

Till statsrådet och chefen för finansdepartementet

Genom beslut den 25 juni 1998 (dir. 1998.58) bemyndigade regeringen chefen för finansdepartementet att tillkalla en särskild utredare för att utreda organisationen av Nämnden för offentlig upphandling (NOU) och vilken roll samt vilka uppgifter nämnden bör ha i framtiden med hänsyn till behovet av tillsyn av offentlig upphandling. I uppdraget innefattades också att göra en översyn av reglerna i 6 kap. lagen om upphandling (LOU) samt bestämmelserna om skadestånd i 7 kap. 6 § LOU. Genom beslut den 2 september 1998 förordnades generaldirektören för Kammarkollegiet Sture Johansson till särskild utredare. Den 12 maj 1999 beslutade regeringen att ge utredningen tilläggsdirektiv (Fi 1999:34) samt en parlamentarisk sammansättning. Kommitténs tilläggsdirektiv sammanfattades enligt följande;

Kommittén skall, utöver vad som omfattas av redan givna direktiv,

- bedöma vilka närmare avvägningar som en upphandlande enhet bör göra när enheten skall anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga,
- ta fram riktlinjer för det svenska arbetet med upphandlingsfrågor i Europeiska unionen,
- följa det arbete som bedrivs i fråga om miljökrav vid offentlig upphandling,
- behandla frågan om möjligheten att upphandla lokalt,
- analysera möjligheterna för en upphandlande enhet att ta in s.k. antidiskrimineringsklausuler i upphandlingsavtal.

Generaldirektören Sture Johansson ledde utredningen som ordförande. t.o.m. den 28 februari 2000. Som ny ordförande förordnades fr.o.m. 1 mars 2000 riksdagsledamoten Sven-Erik Österberg.

I arbetet med detta slutbetänkande har som ledamöter deltagit kommunalrådet Gunnel Bengtsson, f.d. vice talmannen Christer Eirefelt, sjuksköterskan Gunvor G Ericson, kommunalrådet Mats Ericson, direktören Allan Eriksson, riksdagsledamoten Anne Ludvigsson, adm. chefen Brita Ullman och generaldirektören Sture Johansson samt riksdagsledamoten Sven-Erik Österberg (senare förordnad som ordförande).

Som experter har deltagit från den 23 september 1998 kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, Kammarrätten i Göteborg tillika ordförande i NOU (senare förordnad som sakkunnig), kanslirådet Astrid Nensén Ugglå, Justitiedepartementet, kanslirådet Charlotte Hedberg (senare förordnad som sakkunnig), Finansdepartementet, departementssekreteraren Göran Grén, Utrikesdepartementet (entledigad den 1 januari 2000), förbundsjuristen Ulf Palm, Svenska Kommunförbundet (senare förordnad som sakkunnig), affärsjuristen Thomas Hjörning, Region Skåne (entledigad den 15 juni 1999), direktören Anders Stenlund, Industriförbundet, inköpsdirektören Lennart Borghagen, Försvarets Materialverk. Från den 12 oktober 1998 har förbundsjuristen Lars-Olof Eklöf, svensk Handel och juris kandidaten Jens Karlsson, Företagarnas riksorganisation deltagit som experter. Från den 15 februari 1999 t.o.m. 7 februari 2000 har departementsrådet Gunvor Engström, Näringsdepartementet deltagit som expert.

Från den 7 februari 2000 har kammarrättsassessorn Ylva Qvarnström deltagit som expert.

Från den 15 februari 1999 t.o.m. den 21 september 2000 har juristen Eva Sveman (senare förordnad som sakkunnig), deltagit som expert.

Från den 1 januari 2000 t.o.m. den 30 oktober 2000 har departementssekreteraren Johanna Elmstedt, Utrikesdepartementet deltagit som expert.

Från och med den 22 september 1999 förordnades kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund (entledigad den 10 januari 2000), kanslirådet Charlotte Hedberg, förbundsjuristen Ulf Palm och juristen Eva Sveman att vara sakkunniga i kommittén.

Utredningens huvudsekreterare har varit förbundsjuristen Thomas Hallgren.

Jur. kand Åsa Edman har varit biträdande sekreterare fr.o.m. den 18 maj 1999 t.o.m. den 31 juli 2000.

Hovrättsassessorn Helena Rosén Andersson har varit huvudsekreterare fr.o.m. den 15 november 2000 t.o.m. den 4 mars 2001.

Assistent i utredningen har fr.o.m. 1 juli 2000 varit Anita Olsson.

Reservationer har avgivits av ledamöterna Allan Eriksson, Brita Ullman, Christer Eirefelt, Gunvor G Ericson och Mats Ericson.

Särskilda yttranden har avgivits av ledamöterna Gunnel Bengtsson, Allan Eriksson, Christer Eirefelt och därutöver av experterna Anders Stenlund, Lars-Olof Eklöf och Jens Karlsson.

Reservationer och särskilda yttranden återges i slutet av betänkandet.

Kommittén har tidigare lämnat delbetänkandet "Effektivare offentlig upphandling – för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt (SOU1999:139).

Kommittén får härmed överlämna slutbetänkande "Mera värde för pengarna" (SOU 2001:31). Kommittén har därmed slutfört sitt uppdrag.

Stockholm i mars 2001.

Sven-Erik Österberg

Gunnel Bengtsson
Allan Eriksson
Gunvor G Ericson
Mats Ericson

Christer Eirefelt
Anne Ludvigsson
Brita Ullman
Sture Johansson

/Thomas Hallgren, Helena Rosén Andersson

Innehåll

Till statsrådet och chefen för finansdepartementet	3
Förkortningar	17
Sammanfattning	19
Författningsförslag	27
1 Förslag till lag om ändring i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling	27
2 Förslag till lag om ändring i sekretesslagen (1980:100)	36
1 Inledning.....	39
1.1 Bakgrund.....	39
1.2 Uppdraget.....	40
1.3 Disposition av betänkandet	42
1.4 Kommitténs arbete.....	42
1.5 Avgränsningar.....	44
1.5.1 Frågor som behandlats i delbetänkandet.....	44
1.5.2 Sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn.....	44
1.5.3 Handlingsoffentlighet och sekretess hos upphandlande enheter och leverantörer	45
2 Kvalitetsfrågor i samband med offentlig upphandling	47
2.1 Begreppsdefinitioner.....	47

2.2	Krav på kvalitet avseende varor och tjänster som upphandlas	49
2.3	Struktur, process och resultat	52
2.4	Kvalitetssystem	53
2.4.1	Vad är ett miljöledningssystem?	55
2.5	Kvalitetssäkring av upphandlingsverksamheten	57
2.5.1	Inledning	57
2.5.2	Kvalitetsbrister och kvalitetsbristkostnader	59
2.5.3	Utveckling och säkring av kvaliteten i upphandlingsverksamheten	60
2.5.4	Kvalitetssäkring av upphandlingsverksamheten – en ledningsfråga	61
2.5.5	Upphandlingsorganisationen	61
2.5.6	Kompetensutveckling och kunskapsuppbyggnad	62
2.5.7	Allas delaktighet	63
2.6	Upphandlingsprocessen	63
2.7	Uppföljning och utvärdering	67
2.7.1	Standardiserade rutiner och dokument	67
2.8	Verksamhet som syftar till att utveckla och säkra kvaliteten i den offentliga upphandlingen	68
3	Huvudregeln om affärsmässighet	69
3.1	Inledning	69
3.2	Historiken bakom begreppet affärsmässighet	71
3.2.1	De första regelverken	71
3.2.2	1973 års kungörelse och upphandlingsreglemente	72
3.2.3	1986 års upphandlingsförordning och upphandlingsreglemente	75
3.3	Den nuvarande regleringen i LOU	77
3.3.1	LOU – en anpassning till EG-regler	77
3.3.2	Affärsmässighetsbegreppet i LOU	78
3.3.3	Affärsmässighetsbegreppet enligt Karnov	79
3.3.4	Affärsmässighetsbegreppet enligt lagkommentaren	80
3.3.5	Affärsmässighetsbegreppet och kravet på en effektiv offentlig upphandling	80

3.4	Stämmer affärsmässighetsbegreppet överens med gemenskapsrätten?	81
3.4.1	Det gemenskapsrättsliga regelverket	81
3.4.2	Regeringens inställning.....	86
3.4.3	Synpunkter från EG-kommissionen.....	86
3.5	Kan samhällspolitiska mål såsom sociala hänsyn och miljömål inrymmas i affärsmässighetsbegreppet?	87
4	Köp mellan kommuner och kommunala företag.....	89
4.1	Inledning.....	89
4.2	Kommunal verksamhet i företagsform	90
4.3	Rättsregler som styr kommunernas och landstingens företagsdrift	93
4.4	EG-domstolen	102
4.5	EG-kommissionens uttalanden	108
5	Antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt....	113
5.1	Inledning.....	113
5.2	Antidiskrimineringsklausuler	114
5.2.1	Antidiskriminering vid offentlig upphandling	114
5.2.2	Vad är en antidiskrimineringsklausul?	114
5.3	Arbetet mot diskriminering.....	115
5.3.1	Begreppet diskriminering	115
5.3.2	Sveriges internationella åtaganden	116
5.3.3	EG-direktiv avseende likabehandling	117
5.3.4	Den svenska diskrimineringslagstiftningen.....	118
5.4	Sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn vid offentlig upphandling.....	123
5.4.1	Skäl för och emot arbetsmarknadspolitiska och sociala hänsyn vid offentlig upphandling	124
5.4.2	Utgångspunkter	126
5.4.3	Kommissionens inställning	128
5.4.4	Krav på det som upphandlas.....	129
5.4.5	Uteslutningskriterier	130
5.4.6	Kvalifikationskriterier.....	131

5.4.7	Utvärderingskriterier	133
5.4.8	Tillkommande kontraktsvillkor	136
5.4.9	Exempel på antidiskrimineringsklausuler	137
5.5	Antidiskrimineringshänsyn i andra länder	139
5.5.1	Storbritannien.....	139
5.5.2	Danmark	143
5.5.3	USA.....	144
6	Miljöanpassad upphandling	151
6.1	Inledning	151
6.2	Synpunkter vid hearing den 28 maj 2000	152
6.3	Miljöhänsyn vid offentlig upphandling.....	153
6.3.1	EG-fördraget och unionsfördraget	154
6.3.2	Kommissionens inställning.....	154
6.3.3	Miljökrav på det som upphandlas.....	156
6.3.4	Uteslutningskriterier.....	161
6.3.5	Kvalifikationskriterier	162
6.3.6	Miljöledningssystem	165
6.3.7	Utvärderingskriterier	168
6.3.8	Miljökrav som tillkommande villkor.....	170
6.4	Arbetet med miljökrav vid offentlig upphandling.....	171
6.4.1	Arbetet inom Regeringskansliet.....	171
6.4.2	Delegationen för ekologiskt hållbar upphandling....	172
6.5	Synpunkter från regeringen, Regeringskansliet, kommissionen och de nordiska miljöministrarna	177
6.5.1	Regeringskansliets svar på kommissionens frågor om offentlig upphandling och miljö	178
6.5.2	Regeringskansliets synpunkter på utkastet till tolkningsmeddelande	180
6.5.3	Regeringens faktapromemoria om förslag från kommissionen.....	184
6.5.4	Statskontorets upphandlingar av stationära och bärbara PC och tjänster.....	184
6.5.5	De nordiska miljöministrarnas skrivelse till kommissionen.....	189

7	Lokal upphandling	191
7.1	Inledning.....	191
7.2	Vad är lokal upphandling?	191
7.3	Den kommunala upphandlingen är beroende av lokala leverantörer.....	192
7.4	Kommunalrättsliga aspekter på lokal upphandling.....	193
7.5	Europafördragets principer om varors och tjänsters fria rörlighet m.m. som är tillämpliga vid offentlig upphandling	200
7.6	Lokal upphandling och gemenskapsrätten	202
7.7	Lokal upphandling och LOU	203
7.8	Lokal upphandling och statsstöd	204
8	Positiv särbehandling	207
8.1	Inledning.....	207
8.2	Vad är möjligt utan ändring i LOU?	209
8.3	Arbetsrättsliga frågor	210
8.3.1	Förhandlingar och förhandlingsskyldighet	210
8.3.2	Primär förhandlingsskyldighet.....	210
8.3.3	Fackligt veto	211
8.3.4	Tvisteförhandling.....	212
8.3.5	Arbetsstagarbegreppet - avknoppningar	213
8.3.6	Regler om verksamhetsövergång i 6 b § LAS.....	215
8.3.7	Överlåtelsedirektivet.....	216
8.3.8	EG-dispositivitet.....	216
8.3.9	Begreppet verksamhetsövergång.....	217
8.3.10	Anställningsavtalen övergår automatiskt.....	219
8.3.11	Förbud mot uppsägning på grund av överlåtelsen....	219
8.3.12	Kontraktsvillkor - krav på personalövertagande	220
8.4	Den sociala ekonomin.....	221
8.5	Avknoppning.....	223

8.6	Gemenskapsrätten	227
8.7	Konkurrenslagen.....	228
8.8	Olika associations- och driftformer	229
8.9	Vinst och självkostnadsprincipen	231
8.10	Den s.k. stopplagen	239
8.11	Kundvalssystem i kommunal verksamhet.....	240
8.11.1	Inledning.....	240
8.11.2	Konkurrensneutralitet.....	241
8.11.3	Problemet.....	243
8.11.4	Behövs det lagreglering?	245
9	Direktupphandling	247
9.1	Inledning	247
9.2	Förenklad upphandling och urvalsupphandling	247
9.3	Direktupphandling	248
9.4	Lågt värde.....	248
9.5	Synnerliga skäl	249
10	Information om och överprövning av tilldelningsbeslut ..	253
10.1	Inledning	253
10.2	Information om resultatet av upphandlingen	254
10.2.1	Allmänt	254
10.2.2	Upphandling av varor, byggtreprenader och tjänster.....	254
10.2.3	Upphandling inom försörjningssektorerna	255
10.2.4	Upphandlingar utanför det direktivstyrda området	256
10.3	Avtal om upphandling.....	257
10.3.1	Avtalsslutet	257
10.3.2	Upphandlingsavtal är formalavtal.....	258
10.3.3	Formkravet	259
10.3.4	Gäller ett formkrav vid alla former av upphandlingar?	261

10.3.5	Är parterna bundna innan avtal slutits?	261
10.3.6	En köpehandling?.....	262
10.3.7	Jämförelse med andra medlemsländer	263
10.3.8	Elektronisk handel	263
10.4	Rättsmedel vid offentlig upphandling.....	264
10.4.1	Tillgängliga rättsmedel.....	264
10.4.2	Överprövning.....	264
10.4.3	Interimistiskt beslut.....	265
10.4.4	Skadestånd.....	266
10.5	Rättsmedel enligt EG-direktiven.....	266
10.5.1	Syftet med rättsmedelsdirektiven	266
10.5.2	Det första rättsmedelsdirektivet	267
10.5.3	Det andra rättsmedelsdirektivet.....	269
10.6	Handlingsoffentlighet och sekretess.....	271
10.6.1	Handlingsoffentlighet och sekretess hos upphandlande enheter.....	271
10.6.2	Sekretess till skydd för det allmänna	273
10.6.3	Sekretess till skydd för enskilda.....	276
10.7	EG-direktivens krav på effektiva rättsmedel	277
10.7.1	Alcatel-domen.....	277
10.7.2	Ändringar i Österrikes lagstiftning.....	280
11	Överväganden och förslag.....	281
11.1	Inledning.....	281
11.2	Kvalitetsfrågor i samband med offentlig upphandling.....	282
11.3	Huvudregeln om affärsmässighet.....	285
11.3.1	Affärsmässighetsbegreppet	285
11.3.2	Professor Niklas Bruuns rättsutredning.....	286
11.3.3	Kommitténs bedömning.....	287
11.3.4	Affärsmässighet skall prägla upphandlingsprocessen från ”ax till limpa”	288
11.4	Köp mellan kommun och kommunalt företag.....	289
11.4.1	Bakgrund	289
11.4.2	Kommitténs bedömning.....	292
11.5	Antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt.....	294
11.5.1	Arbetet mot diskriminering	294

11.5.2	Antidiskrimineringshänsyn vid offentlig upphandling	295
11.5.3	Utformningen av och syftet med antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling	297
11.5.4	Krav på det som upphandlas	298
11.5.5	Uteslutningskriterier	299
11.5.6	Kvalifikationskriterier	301
11.5.7	Utvärderingskriterier	304
11.5.8	Tillkommande kontraktsvillkor	306
11.6	Miljöanpassad upphandling	312
11.6.1	Uppdraget	312
11.6.2	Kommitténs utgångspunkter	312
11.6.3	Krav på det som upphandlas	313
11.6.4	Uteslutningskriterier	314
11.6.5	Kvalifikationskriterier	314
11.6.6	Utvärderingskriterier	315
11.6.7	Tillkommande kontraktsvillkor	317
11.6.8	Sammanfattning	317
11.7	Lokal upphandling	319
11.7.1	Skäl för och emot lokal upphandling	319
11.7.2	Kommitténs bedömning	321
11.8	Ökad konkurrens genom positiv särbehandling	323
11.8.1	Avknoppningsstöd	323
11.8.2	Möjlighet att utesluta vinstsyftande leverantörer vid upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänster	327
11.8.3	Kundvalssystem och upphandling	333
11.9	Direktupphandling	335
11.10	Överprövning av tilldelningsbeslut	338
11.10.1	Tilldelningsbeslut skall kunna överprövas	339
11.10.2	Information om tilldelningsbeslut	341
11.10.3	Formkrav för upphandlingsavtal	349
11.10.4	En tidsfrist skall löpa innan avtal får slutas	355
11.10.5	Ogiltighet	358
11.10.6	Undantag från kravet på viss form och viss tidsfrist	359
11.10.7	Offentliggörande av anbudsuppgifter vid tilldelningsbeslut	360

12	Riktlinjer för regeringens arbete i EU	365
12.1	Inledning.....	365
12.2	Nuvarande riktlinjer.....	366
12.2.1	Införlivande av upphandlingsdirektiven inom EU:s medlemsländer.....	366
12.2.2	Tillämpning av upphandlingsdirektiven i EU:s medlemsländer.....	366
12.2.3	Elektronisk upphandling.....	367
12.2.4	Miljökrav vid offentlig upphandling.....	367
12.3	Överväganden och förslag.....	368
12.3.1	Det övergripande svenska intresset.....	368
12.3.2	Förslag till nya och kompletterande riktlinjer.....	369
13	Ekonomiska och andra konsekvenser	379
13.1	Inledning.....	379
13.2	Ekonomiska konsekvenser.....	379
13.3	Konsekvenser för den kommunala självstyrelsen.....	382
13.4	Konsekvenser för sysselsättning och offentlig service.....	382
13.5	Konsekvenser för små företag.....	382
13.6	Ikraftträdande.....	384
14	Författningskommentar	387
14.1	Förslag till lag om ändring i lagen (1992:1528) om offentlig handling.....	387
14.2	Förslag till lag om ändring i sekretesslagen (1980:100).....	398
	Reservationer och särskilda yttranden	401
	BILAGOR	425

Förkortningar

AAP	Affirmative Action Program
AB 92	Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader
CPV	Common Procurement Vocabulary
CRE	Commission for Racial Equality
Dir	Kommittédirektiv-serien
Ds	Departementsstencil-serien
EES	Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet
EG	Europeiska Gemenskaperna
EGT	Europeiska gemenskapernas tidning
EKU	Delegationen för ekologiskt hållbar upphandling
EMAS	Environmental Management and Auditing Scheme
EU	Europeiska Unionen
FiU	Finansutskottet
GPA	Government Procurement Agreement
GPN	European Green Purchasing Network
HD	Högsta Domstolen
ICLEI	International Council for Local Environmental Initiatives
ISO	International Standardization Organization
LOU	Lag om offentlig upphandling
MGPN	Municipal Green Purchasers Network
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
OFCCP	Office of Federal Contract Compliance Programs
Prop.	Proposition
REG	Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol och första instans
RegR	Regeringsrätten
RRA	Race Relation Act
Rskr.	Riksdagsskrivelse

RÅ	Regeringsrättens årsbok
SCB	Statistiska centralbyrån
SFS	Svensk författningssamling
SOI	Sveriges offentliga inköpare
SOU	Statens offentliga utredningar
Swedac	Styrelsen för svensk ackreditering
TED	Tender Electronic Daily
TQM	Total Quality Management
WTO	World Trade Organization
UF	Upphandlingsförordningen
UR	Upphandlingsreglementet

Sammanfattning

Kvalitetsfrågor i samband med offentlig upphandling

Kommittén anser att det finns en stor potential för att förbättra kvaliteten i den offentliga upphandlingen. En förbättrad kvalitet i upphandlingsverksamheten leder till att skattebetalarna får mera värde för pengarna. Den förbättrade kvaliteten åstadkoms främst genom förbättrade kunskaper och metodutveckling. Härigenom förbättras regelefterlevnaden och affärsmässigheten på lång och kort sikt. Kommittén anser att det bör bildas ett permanent kvalitets- och utvecklingsråd för offentlig upphandling. Rådet kan bl.a. ta fram mallar för förfrågningsunderlag, kravspecifikationer och kontraktsvillkor för olika områden. Rådet kan sprida goda exempel och systematisera sådana exempel i handböcker för offentlig upphandling. Rådet är inte tänkt att vara en myndighet utan ett privaträttsligt organ med företrädare för upphandlande enheter och leverantörer.

Affärsmässighet

Kommittén anser att den offentliga upphandlingen skall präglas av affärsmässighet. Detta innebär att en upphandlande enhet förfogar över en professionell och kompetent upphandlingsorganisation som följer regelverket och därutöver har förmåga att utnyttja marknaden för att uppnå de mål och förväntningar som beställare och medborgare kan ställa på offentlig upphandling. Kommittén gör bedömningen att lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) medger upphandlande enheter att ta vissa samhällspolitiska hänsyn vid offentlig upphandling. I vad mån detta är möjligt bestäms av EG-rätten.

Köp mellan kommun och kommunalt företag

Kommittén föreslår att det under vissa förutsättningar skall öppnas möjlighet för en eller flera kommuner eller landsting att köpa och sälja till eller från helägda eller samägda (interkommunala) företag utan upphandlingsförfarande. Förutsättningarna är att företaget endast får ägas av kommuner eller landsting, att företaget är en upphandlande enhet och att kommunen eller landstinget kan visa att en anskaffning utan upphandlingsförfarande är motiverad av att det finns uppenbara samordnings fördelar mellan kommunen eller landstinget och det kommunala eller interkommunala företaget.

Antidiskrimineringsklausuler

Offentlig upphandling - ett verktyg för att motverka diskriminering

Enligt kommittén bör offentlig upphandling kunna användas för att motverka diskriminering. Så sker i många andra länder, däribland USA och Storbritannien. En förutsättning är självfallet att grundläggande EG-rättsliga principer iakttas, exempelvis principerna om fri rörlighet av varor och tjänster, om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet och öppenhet.

Antidiskrimineringshänsyn kan tas i olika delar av upphandlingsprocessen

Antidiskrimineringshänsyn utgör ett av flera sociala hänsyn. Sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn kan ha olika syften och kan enligt nuvarande reglering göras gällande i olika delar av upphandlingsprocessen.

Antidiskrimineringshänsyn kan tas genom att ställa krav på det som upphandlas. En förutsättning är att kraven är relevanta krav på utförandet av en vara eller en tjänst.

Antidiskrimineringshänsyn kan även tas i viss utsträckning i utslutningsfasen genom att ställa upp utslutningskriterier eller kvalifikationskriterier. Möjligheten att ta sådana hänsyn är dock begränsade när det gäller upphandling inom den klassiska sektorn, dvs. vid upphandling av varor, byggtreprenader och A-tjänster. Vid upphandling inom försörjningssektorerna och vid sådan upphandling som ligger utanför det direktivstyrda området, dvs. upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster finns dock ett större utrymme till att ta sådana hänsyn.

EG-domstolens praxis ger stöd för slutsatsen att det är möjligt att i utvärderingsfasen ta sociala hänsyn som inte har en direkt koppling till det som upphandlas. Kommittén anser det dock vara förenat med vissa svårigheter att ta in icke-ekonomiska hänsyn som ett utvärderingskriterier. Skälet är att uppställda utvärderingskriterier skall ligga till grund för en bedömning av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Helt klart är att sociala villkor, exempelvis villkor rörande anti-diskriminering, kan tas in i form av tillkommande kontraktsvillkor. En förutsättning är att villkoren tas in i förfrågningsunderlaget och att de inte är diskriminerande. Begränsningen ligger dock i att sådana villkor inte får "exporteras", dvs. de får inte avse verksamhet som ligger utanför det land där den upphandlande enheten hör hemma.

Enligt kommissionens nuvarande tidsplan skall ett tolkningsmeddelande rörande möjligheten att ta sociala och arbetsmarknads-politiska hänsyn presenteras i slutet av maj 2001. I tolkningsmeddelandet skall kommissionen klargöra i vilken utsträckning sådana hänsyn kan tas vid offentlig upphandling.

Miljöhänsyn

Miljöhänsyn kan på motsvarande sätt som andra sociala hänsyn tas i skilda delar av upphandlingsprocessen. Enligt nuvarande tidsplan kommer kommissionen att presentera ett tolkningsmeddelande rörande miljöhänsyn vid offentlig upphandling under det första kvartalet 2001.

Enligt kommittén är det viktigt att upphandlande enheter utnyttjar den möjlighet som finns idag att ta miljöhänsyn som är kopplat till kontraktsföremålet. Detta kan ske genom utformningen av kravspecifikationen för det som upphandlas. Det kan även ske genom att vid upphandling av tjänster ställa krav på leverantörens tekniska förmåga och kapacitet eller genom att ta in bestämmelser i kontraktet, i form av tillkommande kontraktsvillkor rörande miljöhänsyn.

EG-domstolens praxis ger visserligen stöd för slutsatsen att det är möjligt att, på motsvarande sätt som gäller för sociala hänsyn i allmänhet, ta miljöhänsyn i utvärderingsfasen som inte är direkt kopplade till kontraktsföremålet. Enligt kommittén är det dock lämpligare om miljökrav i större utsträckning än vad som är möjligt i dag kan ställas upp som uteslutnings- eller kvalifikationskriterier och därmed kan föranleda till uteslutning av de leverantörer som inte lever upp till ställda krav.

Överprövning av tilldelningsbeslut

Tilldelningsbeslut skall kunna överprövas

EG-domstolen har i Alcatel-målet slagit fast att det s.k. första rättsmedelsdirektivet innebär att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka ett undanröjande av beslutet om tilldelning av kontrakt, det s.k. tilldelningsbeslutet.

Den nuvarande regleringen i LOU och sekretesslagen (1980:100) innebär att det i praktiken inte är möjligt för en leverantör att få ett tilldelningsbeslut överprövat. I regel får en utomstående kännedom om tilldelningsbeslutet först sedan avtal slutits. När avtal slutits kan överprövning inte längre ske. Av detta skäl är det nödvändigt att den svenska lagstiftningen anpassas till de krav som rättsmedelsdirektiven ställer på den nationella lagstiftningen. I EG- domen erinras också om att den berörde kan ha rätt till skadestånd på grund av att direktivet införlivats felaktigt.

Information till leverantörer

Vi föreslår att upphandlande enheter skall vara skyldiga att på eget initiativ informera anbudssökande och anbudsgivare om vem som tilldelats upphandlingskontraktet och skälen till det. Upplysningar skall samtidigt lämnas om den dag då giltigt upphandlingskontrakt tidigast kan slutas och om möjligheten att ansöka om överprövning eller att väcka talan om skadestånd.

Information om vem som tilldelats upphandlingskontraktet och skälen till det skall även lämnas på begäran av varje leverantör som så begär. På begäran skall sådana uppgifter därför lämnas till en potentiell leverantör som har rätt att ansöka om överprövning eller att begära skadestånd.

Formkrav för upphandlingsavtal

Vi föreslår att formkravet för upphandlingsavtal tydliggörs i LOU. Det skall i definitionen av upphandlingskontrakt anges att det är skriftliga och egenhändigt undertecknade avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt lagen. Vi föreslår även ett tillägg som inne-

bär att upphandlingskontrakt kan ingås i elektronisk form och att undertecknandet kan ske med en elektronisk signatur.

Vi föreslår vidare att det förs in ett krav på att upphandlingskontrakt får slutas först sedan en skälig tidsfrist gått, dock minst tio dagar från det att den upphandlande enheten avsänt sådan information, som vi föreslår att enheten på eget initiativ skall sända till anbudssökande och anbudsgivare om vem som tilldelats upphandlingskontraktet och skälen till det. Om formkraven för upphandlingskontrakt inte iakttagits är avtalet ogiltigt.

Undantag från formkravet för upphandlingsavtal

Vid vissa upphandlingar skall giltigt upphandlingsavtal kunna slutas utan krav på att det sker genom upphandlingskontrakt och utan krav på att det först gått en skälig tid sedan nämnda information avsänts. Undantagen gäller i de fall upphandling får ske utan annonsering. Undantaget gäller även vid direktupphandling och sådan upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskild begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet eller upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 223 i Romfördraget.

Sekretess

I dag får uppgifter som rör anbud eller motsvarande erbjudande inom en kommun eller ett landsting inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbuden eller erbjudandena offentliggörs eller avtal har slutits eller ärendet annars har slutförts. Absolut anbudssekretess gäller således under denna tid och uppgifter som rör anbud eller motsvarande erbjudande får inte lämnas ut.

För att möjliggöra en överprövning av tilldelningsbeslut föreslår vi att den absoluta anbudssekretessen hävs redan när beslut om leverantör fattats. I likhet med vad som gäller nu bör den absoluta anbudssekretessen även kunna hävas om anbuden eller erbjudandena offentliggörs eller ärendet slutförs innan tilldelningsbeslutet fattas.

När den absoluta anbudssekretessen upphört får uppgifter som rör anbud eller motsvarande erbjudande inom kommun eller landsting och uppgifter som gäller enskilda affärs- eller driftförhållanden i dag lämnas ut först sedan en sekretessprövning gjorts. Ett rakt skaderekvisit gäller såväl till skydd för det allmänna som till skydd för enskilda. Detta

innebär att uppgifterna som huvudregel är offentliga men att ett utlämnande inte får ske om det skulle innebära skada för det allmänna eller enskild.

Vi föreslår att det införs en bestämmelse som innebär att uppgifter utan hinder av sådan sekretess får lämnas ut enligt vad som föreskrivs i LOU. Bestämmelsen tar sikte på sådan information som enheten enligt våra förslag skall vara skyldig att lämna såväl på eget initiativ till anbudssökande och anbudsgivare som den information enheten är skyldig att på begäran lämna till varje leverantör som så begär.

Lokal upphandling

Kommittén har utrett i vad mån det är möjligt för en upphandlande enhet att ställa upp villkor för deltagande i en upphandling eller tillämpa utvärderingskriterier som innebär att den tar lokala hänsyn i den enskilda upphandlingen. Kommittén anser inte att det är möjligt enligt gemenskapsrätten och LOU och inte heller önskvärt att öppna möjligheter för ett direkt gynnade av lokala leverantörer. Det är emellertid redan idag möjligt att arbeta med långsiktiga konkurrensstrategier och att planera upphandlingar på sådant sätt att även mindre och medelstora leverantörer har möjligheter att delta i offentlig upphandling. Detta kan bland annat ske genom att, när detta kan ske, upphandla i ”tårtbitar” och att separera upphandling av varor från upphandling av lagerhållning och distribution.

Ökad konkurrens genom positiv särbehandling

Kommittén anser att det finns behov av att stimulera framväxten av nya leverantörer för att stärka konkurrenstrycket vid offentlig upphandling.

Avknopningsstöd

Kommittén föreslår att det skall vara möjligt för en upphandlande enhet att inom ramen för 6 kap. LOU sluta avtal med en personalgrupp om att överlämna driften av en verksamhet till personalen utan föregående upphandlingsförfarande (avknopning). Ett sådant avtal får inte slutas på längre tid än fem år. Därefter skall upphandling ske.

Särskilda krav på leverantörer inom hälso- och sjukvård och socialtjänst

Kommittén föreslår att upphandlande enheter skall ha möjlighet att föreskriva att leverantörer av tjänster inom hälso- och sjukvård samt socialtjänst inte får driva verksamhet i syfte att skapa vinst åt ägare eller motsvarande intressent. Motivet är att i de kommuner och landsting, som är tveksamma till vinstintressen inom vården och omsorgen, skall det vara möjligt att öka konkurrensutsättningen och andelen alternativa driftformer.

Kundvals-system

Kundvals-system med check är i regel utformade på sådant sätt att privata utförare bedriver en kommunal verksamhet på uppdrag av kommunen. Uppdragsförhållandet medför att det föreligger upphandlings-skyldighet. Kommittén har övervägt att föreslå reglering av kundvals-system i LOU eller i särskild lagstiftning. Kommittén har emellertid kommit fram till att kundvals-system hänger intimt samman med vilka krav på styrning och kontroll som bör ställas på samhälls-finansierade välfärdstjänster och att kundvals-system inte passar in i upphandlingslagstiftningens normsystem. Kommittén anser därför att kundvals-system inom äldreomsorg, sjukvård, barnomsorg m.m. bör utredas i särskild ordning.

Direktupphandling

Kommittén föreslår att utrymmet för direktupphandling skall öka genom att det i lagen införs en bestämmelse som slår fast att sju prisbasbelopp är ett lågt värde. Under detta värde skall varje upphandlande slå fast riktlinjer för vilka procedurregler som skall tillämpas. En upphandling får inte delas upp för att komma ned till detta belopp. Direktupphandling får även tillämpas om kostnaderna för en upphandling överstiger värdet av upphandlingen eller om en upphandling av tjänster som innefattar hälso- och sjukvårdstjänster eller socialtjänst inte är ändamålsenlig eller riskerar att försämra kvaliteten i vården eller omsorgen för en enskild individ.

Riktlinjer för regeringens arbete inom EU

I betänkandet ger kommittén förslag till kompletterande och nya riktlinjer för regeringens arbete med upphandlingsfrågor inom EU.

Författningsförslag

1 Förslag till lag om ändring i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

dels att 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 § och 5 kap. 13 § skall upphöra att gälla,

dels att 1 kap. 5 §, 4 kap. 15 § och 6 kap. 1, 2 och 14 §§ skall ha följande lydelse,

dels att det i lagen skall införas sju nya bestämmelser, 1 kap. 6 a § och 27–30 §§ och 6 kap. 19 och 20 §§,

dels närmast före 1 kap. 27 och 30 §§ och 6 kap. 19 och 20 §§ rubriker av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

1 kap.

5 §

I denna lag används följande termer med den betydelse som här anges:

Upphandling: köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, bygg-entreprenader eller tjänster.

Upphandlande enhet: statliga, kommunala och andra myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting, sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som anges i 6 § och, såvitt avser upphandling enligt 4 och 6 kap., sådana enheter som avses i 4 kap. 1 § andra stycket och 6 kap. 1 § tredje stycket, sammanslutningar av sådana myndigheter, beslutande församlingar, bolag, föreningar, samfälligheter, stiftelser och enheter samt

Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter i fråga om verksamhet som bedrivs enligt begravningslagen (1990:1144).

Upphandlingskontrakt: skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag.	Upphandlingskontrakt: skriftliga <i>och egenhändigt undertecknade</i> avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag. <i>Undertecknande kan ske med en elektronisk signatur.</i>
--	---

Byggentreprenad: utförande eller både projektering och utförande av ett arbete, som kan hänföras till en verksamhet som anges i avdelning C i bilagan till denna lag, eller ett byggnads- eller anläggningsarbete i sin helhet, vars resultat självständigt kan fullgöra en teknisk och ekonomisk funktion.

Koncession: ett upphandlingskontrakt avseende byggentreprenad där ersättning för arbetet utgår i form av en rätt att utnyttja anläggningen eller i form av dels en sådan rätt, dels betalning.

Leverantör: den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats.

Ramavtal: avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period.

Formgivningstävling: sådan tävling som avses i 5 kap. 28 § och 6 kap. 18 §.

Förfrågningsunderlag: underlag för anbud, som en upphandlande enhet tillhandahåller en leverantör.

Påskyndat förfarande: sådant förfarande som avses i 2 kap. 15 §, 3 kap. 20 § och 5 kap. 22 §.

Anbudsgivare: den som lämnar anbud.

Anbudssökande: den som ansöker om att få lämna anbud vid selektiv eller förhandlad upphandling eller urvalsupphandling.

Ansökningsinbjudan: underlag varigenom den upphandlande enheten inbjuder leverantörer att ansöka om att få lämna anbud vid urvalsupphandling.

Öppen upphandling: upphandling där alla leverantörer får lämna anbud.

Selektiv upphandling: upphandling där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud.

Förhandlad upphandling: upphandling där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och tar upp förhandling med en eller flera av dem.

Förenklad upphandling: upphandling där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer skall lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

Urvalsupphandling: upphandling där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud och den upphandlande enheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud.

Direktupphandling: upphandling utan krav på anbud.¹

Undantag från upphandlingskyldighet i vissa

6 a §

Avtal mellan en eller flera kommuner eller landsting och sådana företag som avses i 3 kap. 17 § kommunallagen (1991:900) eller företag som ägs gemensamt av kommuner eller landsting (interkommunala företag) behöver inte föregås av ett upphandlingsförfarande om

1. leverantören är en upphandlande enhet enligt denna lag och

2. det finns uppenbara och dokumenterade samordningsfördelar för kommunen eller landstinget och företaget.

¹ Senaste lydelse 2000:877.

Information

27 §

En upphandlande enhet skall lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare som så begär om varför hans ansökan eller anbud förkastats. Enheten skall lämna upplysningarna så snart som möjligt och senast inom 15 dagar från det att begäran kommit in.

28 §

När beslut om leverantör och anbud fattats skall den upphandlande enheten lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare om vem som tilldelats kontraktet och skälet till det. Enheten skall samtidigt lämna upplysning om den dag då giltigt upphandlingskontrakt med tillämpning av 30 § tidigast kan slutas och om möjligheten att enligt 7 kap. ansöka om överprövning eller väcka talan om skadestånd.

Enheten skall genast till den leverantör som så begär lämna upplysningar om vem som tilldelats upphandlingskontraktet och skälet till det.

29 §

Om en upphandlande enhet beslutat att inte avsluta en annonserad upphandling eller att göra om upphandlingen skall enheten på begäran lämna upplysningar till anbudsgivare eller anbudssökande om skälen för sitt beslut.

Enheten skall vid upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. underrätta Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer om sitt beslut.

Upphandlingskontrakt

30 §

Avtal om upphandling är ogiltigt om det inte slutits genom upphandlingskontrakt och först sedan en skälig tid, dock minst tio dagar, gått från det att den upphandlande enheten avsänt information som avses i 28 § första stycket.

Första stycket gäller inte vid upphandling i de situationer som avses i 2 kap. 11 §, 3 kap. 15 §, 4 kap. 16 § andra stycket eller 5 kap. 17 §.

4 kap.

15 §

En upphandlande enhet skall annonsera sin upphandling om inte annat följer av 16 § andra stycket.

En enhet som avslutat en upphandling skall inom 60 dagar därefter meddela Europeiska gemenskapernas kommission hur upphandlingen har avslutats. Därvid skall enheten ange om den har förkastat ett anbud med stöd av 1 kap. 23 § första stycket eller av 26 § i detta kapitel eller tillämpat bestämmelserna i 15 a §. Enheten skall även ange de uppgifter, vars offentliggörande skulle motverka befogade affärs- och konkurrensintressen.

En upphandlande enhet som bedriver en sådan verksamhet som anges i 8 a § första stycket 1–3 skall, om en anbudssökande eller anbudsgivare skriftligen begär det, så snart som möjligt lämna upplysningar om resultatet av upphandlingen, skälen till att ansökan eller anbudet förkastats och om vem som fick upphandlingen och skälet till det.

6 kap.

1 §

Bestämmelserna i detta kapitel tillämpas på

1. upphandling som avses i 2, 3 och 4 kap. och understiger de tröskelvärden som anges där,
2. upphandling av tjänster som avses i avdelning A i bilagan och understiger det tröskelvärde som anges i 5 kap.,
3. upphandling av tjänster som avses i avdelning B i bilagan, oavsett värde,
4. upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket, oavsett värde, och
5. upphandling av telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning eller satellittjänster som avses i 5 kap. 1 § andra stycket 3, oavsett värde.

Vid upphandling som avses i detta kapitel gäller 1 kap. 1–6 §§.

Vid upphandling som avses i detta kapitel gäller 1 kap. 1–6 §§ och, med undantag för upphandling i situationer som avses i 2 b § och upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket, även 1 kap. 28 och 30 §§ vid förenklad upphandling eller urvalsupphandling.

Vid upphandling för verksamhet som anges i 4 kap. innefattar termen ”upphandlande enhet” de företag som framgår av 4 kap. 1 § andra stycket.

Vid upphandling av tjänster enligt detta kapitel för verksamhet som avses i 4 kap. gäller 4 kap. 4 a §.

2 §

Upphandling skall göras genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling.

Upphandling skall göras genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling.

Direktupphandling får användas om

1. upphandlingens värde är lågt,

2. kostnaderna för en upphandling överstiger värdet av upphandlingen,

3. upphandling av tjänster som innefattar hälso- och sjukvårdstjänster eller socialtjänster inte är ändamålsenlig eller riskerar att försämra kvaliteten i vården eller omsorgen för en enskild individ,

4. synnerlig brådska föreligger som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten, eller om

5. det finns synnerliga skäl.

Direktupphandling får dock användas om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten.

En upphandlings värde skall anses vara lågt om den understiger sju prisbasbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring. En upphandling får inte delas upp i syfte att komma ned till detta belopp.

Enheten skall vid behov fastställa riktlinjer för användningen av direktupphandling.

Den upphandlande enheten skall fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling.

14 §

När ett anbud har antagits skall den upphandlande enheten underrätta anbudsgivaren om detta snarast möjligt, *dock senast före utgången av den tid under vilken anbudet är bindande för anbudsgivaren.*

När ett anbud har antagits skall den upphandlande enheten underrätta anbudsgivaren om detta snarast möjligt.

Anbudsgivare vars anbud inte har antagits skall snarast möjligt underrättas om detta.

Överlämnande av verksamhet utan föregående upphandling

19 §

En upphandlande enhet får sluta avtal om överlämnande av verksamhet utan föregående upphandlingsförfarande med anställda eller av anställda bildad juridisk person i fråga om uppgift som de anställda fullgjort.

Ett avtal om överlåtelse av verksamhet gäller under högst fem år.

Särskilda bestämmelser vid upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänst

20 §

Vid upphandling av tjänster avseende hälso- och sjukvård eller socialtjänst får den upphandlande enheten uppställa som krav att utförandet av tjänsten endast får överlämnas till ett bolag, en förening, en stiftelse eller annan som driver verksamheten utan syfte att skapa vinst åt ägare eller motsvarande intressent.

Avtal får inte slutas enligt första stycket med företag som bildats med stöd av kommunallagen (1991:900).

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2002. De nya bestämmelserna i 1 kap. 27 - 30 §§ och ändringarna i 4 kap. 15 § och 6 kap. 1 och 14 §§ gäller inte för upphandlingar som påbörjats före den 1 juli 2002. Bestämmelserna i 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 § och 5 kap. 13 § gäller fortfarande för upphandlingar som påbörjats före den 1 juli 2002.

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

Härigenom föreskrivs att 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen (1980:100) skall ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

6 kap. 2 §

Sekretess gäller för uppgift som hänför sig till ärende angående förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nyttighet, 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 *upphandling* eller *angår det* försäljning av lös egendom för det allmännas räkning, får uppgift som rör anbud eller motsvarande erbjudande inom en kommun eller ett landsting inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän

Sekretess gäller för uppgift som hänför sig till ärende angående förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nyttighet, 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.
Utan hinder av sekretess får uppgift lämnas till enskild enligt vad som föreskrivs i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

Angår ärendet försäljning av lös egendom för det allmännas räkning, får uppgift som rör anbud eller motsvarande erbjudande inom en kommun eller ett landsting inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbuden eller erbjudanden

alla anbuden eller erbjudanden offentliggörs eller avtal har slutits eller ärendet annars har slutförts.

offentliggörs eller avtal har slutits eller ärendet annars har slutförts. *Angår ärendet upphandling får uppgift som rör anbud eller motsvarande erbjudande inom en kommun eller ett landsting inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbuden eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts.*

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.

8 kap.

10 §

Sekretess gäller hos myndighet för uppgift om affärs- eller driftförhållanden för enskild, som i annat fall än som avses i 8 och 9 §§ har trätt i affärsförbindelse med myndigheten, om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Sekretess gäller också hos myndighet för uppgift om affärs- eller driftförhållanden för enskild som har trätt i affärsförbindelse med bolag, förening, samfällighet eller stiftelse som driver affärsverksamhet och vari det allmänna genom myndigheten utövar ett bestämmande inflytande eller bedriver revision, om det kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Sekretessen hos en myndighet som bedriver sådan revision gäller dock inte, om uppgiften ingår i beslut av myndigheten.

Utan hinder av sekretess får uppgift lämnas till enskild enligt vad som föreskrivs i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

Har uppgift, för vilken sekretess gäller enligt första stycket, lämnats till annan myndighet. Gäller sekretessen också där. Sekre-

tessen gäller dock inte, om uppgiften ingår i beslut av den mottagande myndigheten.

Regeringen kan för särskilt fall förordna om undantag från sekretessen, om det finner det vara av vikt att uppgiften lämnas.

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 kommunal affärsverksamhet fem år, har förflutit från det avtalet slöts.

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2002. Lagen gäller inte för upphandlingar som påbörjats före den 1 juli 2002.

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den offentliga upphandlingen uppgår till cirka 400 miljarder kronor per år. Det är av stort samhällsekonomiskt intresse att den offentliga upphandlingen fungerar väl. En effektiv upphandling kan verksamt bidra till att få bästa möjliga värde för de skattemedel som används i de verksamheter som den offentliga sektorn svarar för. Den offentliga upphandlingen kan samtidigt användas som ett instrument som kan bidra till genomförandet av t.ex. sociala och miljöpolitiska mål.

Det pågår ett omfattande arbete inom Europeiska unionen (EU) med upphandlingsfrågor. Offentlig upphandling är ett område som enligt kommissionens handlingsplan för den inre marknaden bör prioriteras. Kommissionen har i ett meddelande om offentlig upphandling från 1998² anført att reglerna bör göras enklare, flexiblere och anpassade efter förändringarna på marknaden.

Riksdagens revisorer har på initiativ av finansutskottet granskat den offentliga upphandlingen. Granskningen har redovisats i Riksdagens revisorers förslag till riksdagen³. Finansutskottet ansåg i sitt betänkande med anledning av riksdagens revisorers förslag⁴ att den pågående NOU-utredningen skulle ges tilläggsdirektiv med innebörd att utredningen skulle övergå till att bli parlamentariskt sammansatt.

I likhet med Riksdagens revisorer ansåg utskottet att det behövde tas ett mer samlat grepp om upphandlingsfrågorna för att upphandlingen skall bli effektivare. Utskottet delade revisorernas bedömning att det som vägledning för upphandlarna och för

² Kom (98) 143 Celex nr 511998DC0143.

³ 1997/98:RR10 Offentlig upphandling.

⁴ Bet.1998/99:FiU17.

arbetet i EU behövs en tydlig nationell policy för upphandlingsfrågor samt att det förelåg ett behov av en fortsatt översyn av reglerna för offentlig upphandling. Enligt utskottet borde utredningen sammanfatta de övergripande riktlinjerna för den offentliga upphandlingen och ta fram riktlinjer för det svenska arbetet i EU. Utskottet ansåg vidare att det är väsentligt att det klargörs under vilka förutsättningar miljökrav får ställas vid offentlig upphandling. Slutligen ansåg utskottet att utredningen skulle behandla frågan om lokal upphandling. Riksdagen beslutade i enlighet med betänkandet.⁵

1.2 Uppdraget

Den 12 maj 1999 beslutade regeringen att ge den pågående NOU-utredningen en parlamentarisk sammansättning och tilläggsdirektiv (dir. 1999:34). Utredningstiden förlängdes till den 31 december 2000 se *bilaga 1*. Under våren 2000 utökade regeringen kommitténs uppdrag genom att överlämna en NOU-rapport om kommuners och landstings möjligheter enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna företag respektive från sådan verksamhet som knoppats av från kommunal verksamhet utan något formellt upphandlingsförfarande enligt LOU. Av bl.a. denna anledning beslutade regeringen i december 2000 om förlängd tid för utredningen till den 31 mars 2001.

Utredningen som i sin parlamentariska sammansättning antagit namnet Upphandlingskommittén överlämnade i december 1999 delbetänkandet *Effektivare offentlig upphandling för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt* (SOU 1999:139). Sammanfattningen återfinns i *bilaga 2*.

Delbetänkandet har remissbehandlats. I proposition 1999/2000:128 *Offentlig upphandling i informationssambället* tog regeringen upp vissa av kommitténs förslag. Riksdagen beslutade i enlighet med regeringens förslag⁶. Med anledning av regeringens bedömning att regler för upphandlingar under tröskelvärdena bör finnas i huvudsak i samma omfattning som idag tillkännagav finansutskottet att det inte fanns någon anledning att nu göra någon bedömning i denna fråga och hänvisade till kommitténs fortsatta arbete.

⁵ Rskr. 1998/99:156-157.

⁶ Bet. 2000/01:FiU8, rskr. 2000/01:25.

Utredningens nu aktuella uppdrag omfattar i huvudsak frågor som följer av tilläggsdirektiven. Kommittén har tolkat regeringens beslut den 10 februari 2000⁷ om att överlämna framställningar om ändrade regler för offentlig upphandling från Kronobergs läns landsting, Borlänge kommun och socialdemokratiska gruppen i Landstingsförbundet samt NOU:s redovisning av sitt uppdrag att utreda kommuner och landstings möjligheter att genomföra köp från sina egna företag m.m. på följande sätt. Kommittén skall utreda frågor om kommuners och landstings möjligheter att köpa från sina egna företag utan upphandlingsförfarande och om detta är förenligt med EG-rätten komma med förslag till hur detta undantag kan utformas. Kommittén skall därutöver utreda i vilken mån det är möjligt att införa regler som tillåter en upphandlande enhet att sluta avtal med en ”avknoppning” utan föregående upphandlingsförfarande och om en kommun eller ett landsting som villkor för deltagande i upphandling av tjänster inom hälso- och sjukvård samt socialtjänst får ställa krav på att leverantören inte får driva verksamhet i syfte att skapa vinst åt ägare eller motsvarande intressent. Om detta är möjligt skall kommittén komma med förslag till regler i denna del.

Uppdraget avser vidare vissa andra frågor som aktualiserades under arbetet med delbetänkandet men som av tidsskäl sköts upp till slutbetänkandet. Sistnämnda frågor är kvalitetsfrågor i samband med offentlig upphandling, frågan om innebörden av begreppet affärsmässighet och möjligheten att beakta samhällspolitiska mål i samband med offentlig upphandling samt behovet av anpassning av reglerna i LOU och i sekretesslagen (1980:100) till följd av en under hösten 1999 meddelad dom från EG-domstolen.⁸

Vissa frågor med anknytning till det pågående arbetet i unionen med att ändra EG:s upphandlingsdirektiv och kommissionens arbete med tolkningsmeddelanden avseende miljö och sociala hänsyn har kommittén inte kunnat utreda i den omfattning som varit önskvärt. Skälet är att kommissionens tidplan för arbetet med upphandlingsdirektiven och tolkningsmeddelandena rörande sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn och rörande miljö skjutits fram.

Enligt kommissionens nuvarande tidplan skall tolkningsmeddelandet avseende miljö och tolkningsmeddelandet avseende sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn presenteras i slutet av maj

⁷ Ju99/113/K

⁸ Mål C-81/98 Alcatel Austria AG m.fl. och Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr REG 1999 s. I-7671.

2001. Någon möjlighet för kommittén att avvakta resultatet av kommissionens och medlemsländernas aktiviteter finns inte.

Frågor som berörs av de kommande direktivförslagen och de kommande tolkningsmeddelandena är bedömningen av vilka närmare avvägningar som bör göras vid offentlig upphandling, riktlinjer för regeringens arbete i EU, möjligheten att ställa miljökrav vid offentlig upphandling och tillåtligheten av s.k. antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt.

1.3 Disposition av betänkandet

I slutbetänkandet består kapitel 2–10 av en allmän bakgrund av de frågor som behandlas.

I kapitel 2 behandlar vi kvalitetsfrågor i samband med offentlig upphandling. I kapitel 3 behandlar vi innebörden av begreppet affärsmässighet i LOU och möjligheten att enligt den lagen beakta samhällspolitiska mål vid offentlig upphandling. I kapitel 4 behandlar vi köp mellan kommun och kommunalt företag.

I kapitel 5 redogör vi för möjligheten att enligt gemenskapsrätten ta in antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt och i kapitel 6 för möjligheten att, enligt gemenskapsrätten, miljöanpassa offentlig upphandling.

I kapitel 7 behandlar vi lokal upphandling. I kapitel 8 redovisas vad som avses med positiv särbehandling av vissa leverantörer och i kapitel 9 redovisas nuvarande förutsättningar för direktupphandling i LOU.

I kapitel 10 beskriver vi förutsättningarna att i dag få information om och begära överprövning av beslut om leverantör, dvs. av tilldelningsbeslut. I kapitlet beskrivs även innehållet i den ovan berörda Alcatel-domen.

I kapitel 11 redovisar vi våra överväganden och förslag. I kapitel 12 beskriver vi våra förslag till riktlinjer för regeringens arbete i EU. I kapitel 13 redovisar vi ekonomiska och andra konsekvenser av våra förslag och i kapitel 14 finns författningskommentarerna.

1.4 Kommitténs arbete

Kommittén har genomfört ett antal hearingar och möten med leverantörer, upphandlande enheter, branschorganisationer samt fackliga organisationer. Till kommitténs möten har inbjudits före-

trädare för Delegationen för ekologiskt hållbar upphandling (EKU-delegationen), EQ-rating AB, Diskrimineringsombudsmannen (DO), Glesbygdsverket, Handikappombudsmannen, Jämställdhetsombudsmannen (JämO), Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning (HomO), Landsorganisationen i Sverige (LO), Tjänstemännens centralorganisation (TCO), PIST-gruppen (privata företag i samhällets tjänst) Pro Tender AB, Nämnden för offentlig upphandling (NOU) Svenska Arbetsgivareföreningen, Svenska Kommunförbundet, och Statskontoret.

Kommitténs ordförande och sekretariatet har genomfört studieresor till Danmark, Storbritannien och USA. Överläggningar har ägt rum med företrädare för kommissionen. Särskilda möten har ägt rum med företrädare för bl.a. Folkrådet Hela Sverige ska leva, Kvalitets- och kompetensutvecklingsrådet, PIST-gruppen, Sveriges Offentliga Inköpare, Näringslivets nämnd för regelgranskning (NNR), Nämnden för offentlig upphandling (NOU), Glesbygdsverket, Östersunds kommun, LO, TCO, Svenska Kommunförbundet, EKU-delegationen, Jämställdhetsombudsmannen, Diskrimineringsombudsmannen, Pro Tender AB, EQ-rating AB.

Kommittén har i arbetet med slutbetänkandet låtit professor Niklas Bruun utföra en rättsutredning om sociala hänsyn vid offentlig upphandling, se *bilaga 3*. förvaltningsjuristen Staffan Hansson har på kommitténs uppdrag tagit fram en rapport om affärsmässighetsbegreppet i LOU, se *bilaga 4* och Arbetsrättsjuristen Göran Söderlöf har på kommitténs uppdrag skrivit en promemoria om arbetsrättsliga förutsättningar vid offentlig upphandling, se *bilaga 5*. Jur.kand. Torbjörn Borg, Coordinator Public Management, har anlåtats för att granska författningstexter och annan text i slutbetänkandet.

Kommittén har samrått med Utredningen om sjukvårdsupphandling (S 1998:01), EKU-delegationen (M 1998:01) och Utredningen om frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster (N 1999:03).

Näringsdepartementets SimpLex-enhet har beretts tillfälle att ge synpunkter på överväganden och förslag i kapitel 11 och konsekvensbeskrivningen i kapitel 12.

1.5 Avgränsningar

1.5.1 Frågor som behandlats i delbetänkandet

De frågor som behandlats i kommitténs delbetänkande behandlas inte vidare i detta slutbetänkande. För allmänna beskrivningar om upphandlingslagstiftningens innehåll och den problembild som kännetecknar den offentliga upphandlingen i stort hänvisas till delbetänkandet.

1.5.2 Sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn

Möjligheten att beakta samhällspolitiska hänsyn i allmänhet vid offentlig upphandling har arbetats in i de redogörelser som berör affärsmässighetsbegreppet, antidiskrimineringsklausuler, miljöanpassad upphandling och lokal upphandling, dvs. i kapitel 3 och 5-7. Våra överväganden rörande de i dessa kapitel behandlade frågorna återfinns i kapitel 11.

I dessa kapitel behandlar kommittén frågan om vilka avvägningar en upphandlande enhet bör göra när enheten skall anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga och frågan om enheten skall göra samma avvägningar oberoende av om upphandlingen avser upphandlingar under eller över de s.k. tröskelvärdena.

Kommittén har inte gått in på andra specifika samhällspolitiska hänsyn än de som avses i nämnda kapitel och avsnitt. Sådana hänsyn kan nämligen ha olika vikt och betydelse. De kan även skilja sig åt vad gäller i vilka delar av upphandlingsprocessen som de kan beaktas.⁹

Kommitténs inställning när det gäller möjligheten att rent generellt ta sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn, inklusive andra angelägna hänsyn än antidiskrimineringshänsyn och miljöhänsyn vid offentlig upphandling redovisar vi i kapitel 12.

LO och TCO har i skrivelser till kommittén bland annat påpekat att företag som lämnat anbud vid en offentlig upphandling exempelvis inte bör tillåtas konkurrera med sämre arbetsvillkor eller med att inte följa gällande lagstiftning. I sammanhanget har

⁹ Jfr NOU:s kommentarer till Integrationsverkets frågor om upphandling med beaktande av etnisk mångfald, ärende 1999/0075-21 s. 2 not 3.

ställt krav på att leverantörer till den offentliga sektorn respekterar ILO:s åtta kärnkonventioner, dvs. konventionerna om förenings- och organisationsfrihet (nr 87 och 98) samt konventionen om förbud mot tvångsarbete (nr 29 och 105), förbud mot barnarbete (nr 138 och 182) samt konventionen om förbud mot diskriminering (nr 100 och 111).

TCO har till kommittén gett in ett förslag till uppförandekoder vid offentlig upphandling.

LO har gett in en skrivelse till kommittén där LO framför krav på att offentlig upphandling ska kunna användas för att främja sociala mål såsom sysselsättningspolitiska mål, jämställdhet och miljömål.

Kommittén anser visserligen att innehållet i skrivelserna från TCO och LO är relevant för en diskussion om i vilken utsträckning den offentliga upphandlingen kan ta hänsyn till samhällspolitiska mål. Med hänsyn främst till den tidigare omnämnda förskjutningen av tidplanen för kommissionens arbete med ändringar i upphandlingsdirektiven och tolkningsmeddelandena avseende miljö och sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn gör kommittén den bedömningen att en utredningsinsats utöver de som anges i tilläggsdirektivet inte ryms inom utredningsuppdraget.

1.5.3 Handlingsoffentlighet och sekretess hos upphandlande enheter och leverantörer

Med anledning av en under hösten 1999 meddelad dom från EG-domstolen behandlar kommittén i kapitel 10 behovet av en anpassning av bl.a. sekretesslagens bestämmelser för att möjliggöra att leverantörer får kännedom om innehållet i tilldelningsbeslutet innan avtal sluts. I avsnitt 11.10 redogör vi för våra överväganden i denna del.

I kommitténs uppdrag ingår dock inte att utreda om statliga och privata bolag som är upphandlande enheter skall omfattas av regler om handlingsoffentlighet och sekretess.

Däremot har Offentlighets- och sekretesskommittén¹⁰ i uppdrag bl.a. att överväga om det är lämpligt med en enhetlig syn på offentlighetsprincipens tillämplighet när det gäller kommunala och statliga företag samt att ange vilka kriterier som bör gälla för insyn i dessa och i andra organ som avses i 1 kap. 8 § sekretesslagen.¹¹

¹⁰ Ju 1999:06.

¹¹ Dir. 1998:32.

Problem som sammanhänger med att statliga bolag till skillnad från kommunala bolag inte har att följa reglerna om handlings-offentlighet och sekretess ingår således uttryckligen i direktiven. Uppdraget kan även genom omnämmandet av bestämmelsen i 1 kap. 8 § sekretesslagen komma att avse sådana privata bolag som är upphandlande enheter enligt 4 kap. LOU. Enligt 1 kap. 8 § sekretesslagen skall vad som föreskrivs i tryckfrihetsförordningen om rätt att ta del av handlingar hos en myndighet gälla i tillämpliga delar också handlingar hos de organ som anges i bilagan till sekretesslagen i den mån handlingarna hör till den verksamhet som nämns där. De i bilagan angivna organen skall vid tillämpningen av sekretesslagen jämföras med myndighet. Uppdraget skall enligt direktiven vara slutfört den 1 maj 2001. Kommittén har dock begärt förlängning.

När det gäller skydd för privatanställdas yttrandefrihet har justitiedepartementet den 16 februari 2001 lämnat ett förslag till en ny lag som syftar till att säkra yttrandefriheten för privatanställda¹². Förslaget innebär bl.a. att privata arbetsgivare förbjuds att ingripa mot arbetstagare för att de utnyttjat tryck- och yttrandefriheten enligt grundlagarna i fråga om åsikter och upplysningar om verksamheter inom eller med anknytning till det allmänna. Förbudet gäller bl.a. information om verksamhet som bedrivs av offentligt upphandlande driftentreprenader.

¹² Ds 2001:9.

2 Kvalitetsfrågor i samband med offentlig upphandling

2.1 Begreppsdefinitioner

Ordet kvalitet kommer från latinet och betyder beskaffenhet eller egenskap. Kvalitet kan betyda olika saker för olika individer och företeelser. Den totala kvaliteten hos en vara eller tjänst låter sig inte fångas med mindre än att flera kvalitetsdimensioner beskrivs. Kvalitet beskriver ett relativt snarare än ett absolut fenomen. Kvalitetsbegreppet är dynamiskt snarare än statiskt och kontextbestämt snarare än objektsbestämt.¹³ För att kunna formulera meningsfulla och tydliga kvalitetskrav är det nödvändigt att klargöra vilket perspektiv som anläggs och vilka delmoment eller processer som skall utföras för att driva en viss verksamhet.

De upphandlande enheternas ansträngningar för att vidmakthålla eller förbättra kvaliteten i det som upphandlas utgår från de som är mottagare av verksamhetens resultat, dvs. kunderna eller brukarna. Exempel på kunder är boende i ett gruppboende för dementa, elever i kunskapslyftet och besökare i en ishall. Kvaliteten ligger i stor utsträckning i deras ögon. Det är i samspelet eller mötet mellan subjektet (kunden) och objektet (tjänsten) som kvalitet uppstår. Kvaliteten i relationerna mellan upphandlingsenheten, fackförvaltningen och leverantör lägger grunden för den kvalitet som upplevs av kunderna.

Det är inte bara kundernas behov, förväntningar och krav som skall tillfredsställas. Även den ansvariga myndigheten, den valda utföraren och personalen har behov, förväntningar och krav som bör infrias. Rätt kvalitet uppstår när behov tillfredställs, förväntningar infrias och krav uppfylls¹⁴.

¹³ Edvardsson Bo, Kvalitet och tjänsteutveckling, 1996 s. 123

¹⁴ a.a. s.129

Vid utformning av förfrågningsunderlag, anbudsprövning och uppföljning av åtaganden i ett upphandlingskontrakt finns ett behov av att definiera och mera exakt konkretisera vad kvalitetsbegreppet står för. I den internationella terminologistandarden ISO 9000¹⁵ definieras kvalitet enligt följande: "alla sammantagna egenskaper hos ett objekt eller en företeelse som ger dess förmåga att tillfredsställa uttalade eller underförstådda behov".

En kvalitetsplan är ett "dokument som anger de specifika kvalitetspåverkande aktiviteterna, deras ordningsföljd och de resurser som används för dessa aktiviteter för viss produkt, projekt eller kontakt".

En kvalitetspolicy innehåller en "organisations övergripande avsikter och inriktning vad avser kvalitet, formellt uttalade av högsta ledningen".

Ett kvalitetssystem omfattar "organisatorisk struktur, rutiner, processer och resurser som är nödvändiga för ledning av verksamheten med avseende på kvalitet. Kvalitetssystemet bör inte vara mer omfattande än vad som är nödvändigt för att uppfylla kvalitetsmålen. Vid kontrakts- och bedömningsituationer och i de fall då det föreligger myndighetskrav kan det krävas att man visar att kvalitetssystemet fungerar". Kvalitetssystemet finns vanligen dokumenterat i en kvalitetshandbok eller kvalitetsmanual.

Med kvalitetssäkring avses "alla inom ramen för ett kvalitetssystem planerade och systematiska aktiviteter presenterade i nödvändig utsträckning, som skapar tillräcklig tilltro till att ett objekt kommer att uppfylla kvalitetskrav". En kvalitetssäkrad organisation har samtliga rutiner dokumenterade och medarbetarna följer dem. De dokumenterade rutinerna sammanfattas i en kvalitetsmanual och externa intressenter skall genom att läsa denna kunna skaffa sig en uppfattning om hur organisationen styrs och om organisationen uppfyller ställda krav. Med kvalitetssäkring avses det som görs innan tjänsten produceras. Det handlar om att skapa och säkerställa rätta förutsättningar för kvalitet genom att formulera tydliga och efterfrågade tjänsteerbjudanden, att rekrytera och introducera lämplig personal, välja rätt organisationsform etc.¹⁶

Med kvalitetsstyrning avses vanligen det som görs under processen för att realisera tjänsteerbjudandet, tillgodose kundbehov och infria förväntningar.¹⁷

¹⁵ SS - EN ISO 8402 (SS - EN ISO 9000)

¹⁶ Edvardsson Bo, Kvalitet och tjänsteutveckling, 1996 s.136

¹⁷ a.a. s.136

Kvalitetskontroll görs i efterhand genom att man följer upp och värderar såväl resultatet, processen som förutsättningarna för att få underlag för förbättringsarbete.¹⁸

2.2 Krav på kvalitet avseende varor och tjänster som upphandlas

Vid upphandling av varor och tjänster är det viktigt att ange vilka kvalitetsmål och kvalitetskrav som skall gälla och hur dessa mål och krav skall följas upp och utvärderas. Kvalitetsmålen och kvalitetskraven finns i kvalitetsprogram eller kvalitetsbeskrivningar. I förfrågningsunderlaget anges dessa i kravspecifikationen. I upphandlingsföreskrifterna redovisas kriterier för kvalitetsbedömning av anbudsgivare och anbud. För att säkra och utveckla kvaliteten i upphandlingsprocessen är det viktigt att hålla isär kvalitetsbedömningsaktiviteter som innefattar kvalitetsanalys av anbudsgivare och anbud från preciseringar av kvalitetsmål och kvalitetskrav i kravspecifikationen.

I 1 kap. 22 § lagen om offentlig upphandling föreskrivs att den upphandlande enheten skall anta antingen

det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller
det anbud som har lägst anbudspris.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet, skall den upphandlande enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Om den upphandlande enheten har för avsikt att ställa krav på en viss kvalitet i det som upphandlas är det kriteriet ”det ekonomiskt mest fördelaktiga” som skall användas.

Om förfrågningsunderlaget innehåller en teknisk beskrivning av föremålet för upphandlingen skall enligt 1 kap.12 § enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) beskrivningen göras med hänvisning till svensk standard som överensstämmer med europeisk standard eller ett sådant europeiskt tekniskt godkännande av en produkts lämplighet som gjorts av ett organ som godtagits av EES-länderna eller en teknisk specifikation som utformats enligt ett förfarande som godtagits av EES-länderna och som publicerats i EGT. En upphandlande enhet får enligt 1 kap. 16 § LOU varken i förfrågningsunderlaget eller i annat underlag för

¹⁸ a.a. s. 136

upphandlingen hänvisa till en särskild vara eller process på ett sådant sätt att vissa företag gynnas eller missgynnas. En sådan hänvisning får dock göras om det är motiverat med hänsyn till föremålet för upphandlingen. En upphandlande enhet får hänvisa till visst märke, fabrikat eller ursprung om den inte på något annat sätt kan beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. Hänvisningen skall följas av orden ”eller likvärdig”.

Vid upphandling av stapelvaror är det förhållandevis enkelt att beskriva den kvalitet som efterfrågas. Vid en mera komplicerad varuupphandling som t.ex. när en upphandlande enhet har behov av att anskaffa en maskin eller ett fordon som inte finns på marknaden blir uppgiften att formulera kvalitetskraven avgörande för det slutliga resultatet av upphandlingen.

Vid tjänstepphandling inom kommuner och landsting kan det ibland vara svårt att definiera vilken kvalitet som efterfrågas. Politiker på olika nivåer nivå bestämmer vad som är rätt kvalitet och sätter budgetramarna. För att uppnå rätt total kvalitet krävs att utförarnas krav på avkastning och personalens förväntningar på löneutveckling och meningsfulla arbetsgifter kan infrias i rimlig utsträckning. Ett sätt att beskriva vad kvalitet är i det enskilda fallet kan vara att ta fram en kvalitetskarta. En kvalitetskarta är en beskrivning eller avbildning av vad kvalitet är för en viss intressent- eller kundgrupp, t.ex. dementa i äldreomsorgen, elever i grundskolan eller besökare i en ishall. Med utgångspunkt från ett antal kvalitetsfaktorer (som i sin tur delas in i kvalitetsvariabler) skickar den upphandlande enheten ut en enkät till berörda intressent – eller kundgrupp. Var och en som besvarar enkäten får ange respektive kvalitetsvariabels betydelse och nuvarande betyg.¹⁹ Härigenom får den upphandlande enheten en bild av vilken kvalitetsnivå som medborgarna efterfrågar och därmed ett underlag för utformning av lokala kvalitetsmål. I en del kommuner och landsting kommer dessa till uttryck i s.k. tjänstegarantier. Med tjänstegaranti avses att en myndighet garanterar en viss miniminivå på kvaliteten i den service som tillhandahålls medborgarna. Medborgarna ges möjlighet att på ett enkelt sätt framföra klagomål på bristfällig kvalitet eller dåligt bemötande. Myndigheten förväntas avhjälpa felet eller bristen inom viss tid och/eller ge kompensation till den missnöjde medborgaren.²⁰ För att bli användbara vid upphandling eller inför-

¹⁹ a.a. s.143

²⁰ Tjänstegarantier och klagomålshantering – en väg till ökat medborgarinflytande?, Svenska Kommunförbundet 1999 s.5

ande av tjänstegarantier krävs att de ofta allmänt hållna kvalitetsmålen konkretiseras och operationaliseras till krav på utförande.

För att möta kraven på utförande måste leverantören kvalitets-säkra sin organisation. Här innefattas även förutsättningar för att stimulera till ständiga förbättringar som kan lägga grunden för kvalitetsutveckling av den aktuella verksamheten.

I den lagstiftning som styr obligatoriska kommunala verksamheter har lagstiftaren successivt infört föreskrifter som direkt eller indirekt ålägger kommunerna och landstingen att bedriva verksamheten med god kvalitet. Exempel på sådan lagstiftning är hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), socialtjänstlagen (1980:620) och skollagen (1985:1100). Syftet med att sätta nationella mål är bland annat att försöka förmå kommunerna att erbjuda en likvärdig service över hela landet samt att göra det möjligt för de statliga tillsynsmyndigheterna att bedriva en effektiv tillsyn. Kravet på god kvalitet har i vissa fall kompletterats med en bestämmelse om att kvaliteten skall fortlöpande utvecklas och säkras. I förarbetena till bestämmelsen i 7a § första stycket socialtjänstlagen, där det föreskrivs att insatser inom socialtjänsten skall vara av god kvalitet, motiveras kravet på god kvalitet med att kommunernas ekonomiska resurser är begränsade och att nya principer för styrning och ledning av verksamheterna aktualiserat frågor om kvalitet och kvalitetsutveckling. Vidare framhålls att betydelsen av att kunna värdera effekter och resultat av socialtjänstens verksamhet och få en samlad överblick över socialtjänstens innehåll och utveckling har ökat. Det finns behov av att kunna jämföra den egna verksamheten med verksamhet hos privata vårdgivare och hos andra kommuner.²¹ Enligt socialstyrelsen har kraven på god kvalitet, kvalitetsutveckling och kvalitetssäkring resulterat i att såväl offentliga som privata utförare påbörjat ett omfattande kvalitetsarbete. Detta arbete har goda utsikter att lägga grunden till radikala förbättringar av kvaliteten inom bland annat äldreomsorgen.²²

För frivilliga verksamheter finns inga nationella kvalitetsmål. Vid konkurrensutsättning av verksamheter inom kultur- och fritidsområdet är uppgiften att formulera tydliga kvalitetsmål särskilt viktig då utförarna inte kan falla tillbaka på nationella mål. Den numera obligatoriska biblioteksverksamheten kan dock sägas vara

²¹ Prop.1996/97:124 s. 51 f.

²² Samtal med Gert Alaby, ansvarig för kvalitetsfrågor inom socialtjänstenheten på Socialstyrelsen

styrd av nationella kvalitetsmål i så motto att varje kommun har skyldighet att tillhandahålla avgiftsfria boklån.

2.3 Struktur, process och resultat

Vid en analys av kvalitet vid upphandling av tjänster skiljer man ofta mellan struktur, process och resultat²³. Med struktur avses de ”yttre” förutsättningar som ges av regelverk, utförarens allmänna kapacitet och resurser (utförarens/företagets fackkompetens, företagarkompetens och finansiella styrka, möjlighet till kompetensutveckling för personalen m.m.) samt den kapacitet och de resurser som avsätts för verksamheten inom en viss produktionsenhet. De strukturella förutsättningarna framgår bl.a. av bolagsordning, årsredovisning, revisorsintyg, betyg, referenser samt den utbildningsnivå, bemanningsplan och personaltäthet m.m. som de facto finns i den aktuella verksamheten.

Med process avses ”inre” förutsättningar som bl.a. utförarens affärsidé, lednings- och personalpolicy, personalutbildning och ”arbetsklimat”. Processförutsättningarna framgår bl.a. av utförarens allmänna personalpolicydokument, kvalitetssäkringsprogram samt de metoder och förhållningssätt som de facto tillämpas i verksamheten. Kvalitetsbeskrivning som är individuellt utformad för respektive entreprenadobjekt bör inforas från anbudsgivarna.

De komponenter som ingår i struktur och processkvalitet har ett funktionellt samband med resultatet, dvs. vilka mål som skall uppnås med hjälp av de strukturella och processuella förutsättningarna. De ger en indikation på sannolikheten för att en anbudsgivare skall lyckas med det som han påstår sig kunna utföra. Det funktionella sambandet är allt annat än statistiskt. Det är t.ex. inte givet att en hög personaltäthet och en hög utbildningsnivå resulterar i en hög eller viss kvalitet. Detta hindrar inte att de strukturella och processuella kvalitetsindikatorerna spelar en framträdande roll vid den kvalitativa bedömningen vid anbudsutvärderingen.

Strukturkvalitet, processkvalitet och resultatkvalitet ger sammanlagt en god information om totalkvaliteten. Kraven på utförandet förutsätter att anbudsgivaren är kapabel och villig att sätta in resurser så att angivna krav kan uppfyllas. Vid anbudsprövningen prövas strukturella och processuella förutsättningar såväl vid kvalificeringen av anbudsgivare (allmän kapacitet) som vid anbuds-

²³ SOU 1993:74, Kvalitetsmätning i kommunal verksamhet s. 18.

utvärderingen (objektsspecifika förutsättningar som framgår av anbudet).

2.4 Kvalitetssystem

Ett kvalitetssystem omfattar organisatorisk struktur, rutiner, processer och resurser som är nödvändiga för ledning av verksamheten med avseende på kvalitet. Kvalitetssystemet innefattar alla kvalitetspåverkande aktiviteter. Det visar i vilket förhållande dessa aktiviteter står till varandra. Härigenom bildar kvalitetssystemet ett nätverk av rutiner som skall följas i arbetet med varornas eller tjänsternas kvalitet.²⁴ Med offensiv kvalitetsutveckling (Total Quality Management, TQM) avses ett system i ständig utveckling bestående av värderingar, verktyg och arbetssätt för ökad kundtillfredsställelse. Det bygger på ett ständigt förbättringsarbete i organisationens alla processer i vilket samtliga medarbetare tillåts engagera sig.²⁵

Inom den privata tjänstesektorn används internationella standarder för kvalitetsarbetet. En internationellt godkänd kvalitetsstandard är ISO 9000. Denna standard är en samlande beteckning på ett antal kvalitetssystem som det internationella standardiseringsorganet (International Standardization Organization) började utge 1987. Den ger generella standarder som preciserar krav och riktlinjer för kvalitetskontroll. Tre av standarderna är avsedda att användas i kontraktsförhållanden mellan kunder och leverantörer.

SS-EN ISO 9001 är ett kvalitetssystem som innefattar kvalitets-säkring vid konstruktion, utveckling, produktion, installation och service. Denna standard är avsedd att användas då överensstämmelse med specificerade krav måste säkerställas av leverantören under konstruktion, utveckling, produktion, installation och service.

SS-EN ISO 9002 är ett kvalitetssystem som innefattar kvalitets-säkring vid produktion, installation och service. Denna standard är avsedd att användas då överensstämmelse med specificerade krav måste säkerställas av leverantören under produktion, installation och service.

SS-EN ISO 9003 är ett kvalitetssystem som innefattar kvalitets-säkring vid slutkontroll och slutprovning. Denna standard är av-

²⁴ Lennart Sandholm, Kvalitetsstyrning med total kvalitet, 1999 s.236

²⁵ Bergman Bo, Klevsjö Bengt, Kvalitet från behov till användning, 1995

sedd att användas då överensstämmelse med specificerade krav endast behöver säkerställas av leverantören vid slutkontroll och slutprovning.

SS-EN ISO 9004-1 är en fjärde standard som är avsedd att vara en vägledning för företag som av eget intresse vill utarbeta ett kvalitetssystem för sin verksamhet.

SS-EN ISO 9004-2, (Kvalitetssystem – Del 2: Allmänna riktlinjer för tjänster är en femte standard som tagits fram för att tillfredsställa behov inom tjänsteområdet. Standarderna går in på vad som skall göras. Det ställs således inga krav på hur arbetet skall utföras.

Inom det privata näringslivet förekommer allt oftare att inköpare hänvisar till dessa standarder och att leverantörerna förutsätts ha kvalitetssystem som uppfyller krav enligt föreskriven standard. I praktiken är det framförallt ISO 9001 och ISO 9002 som det hänvisas till.²⁶ För leverantörerna blir det allt viktigare att visa att de har ett kvalitetssystem enligt krav i ISO 9000. Ett företag kan själv utfärda en leverantörsförsäkran om att det följer en given ISO-standard. En leverantör kan också anlita en kvalitetsrevisor. Denna kan göra en kvalitetsrevision som vid godkännande leder till att leverantören blir certifierad. I Sverige finns det sex företag som godkänner och certifierar företag som infört ISO 9000. Bland dessa kan nämnas Standardiseringskommissionen²⁷. Dessa företag och organisationer övervakas av Styrelsen för teknisk ackreditering (Swedac). På marknaden finns idag även ratingföretag som erbjuder leverantörer att bli utsatta för kvalitetsgranskning enligt ett särskilt förfarande som inte är lika omfattande som ISO-systemet. En leverantör som bedömts av ratingföretaget och fått ett gott omdöme kan ha en fördel vid leverantörsbedömningen (kvalificeringen) genom att upphandlaren får ett bättre underlag för bedömningen. Vid upphandling av varor, A-tjänster och byggtreprenader över tröskelvärdena och vid förenklad upphandling är det dock inte tillåtet för en kommun att anlita en leverantör utan föregående leverantörsbedömning.

En viktig skillnad mellan kvalitetssystem inom den offentliga sektorn jämfört med kvalitetssystem inom det privata näringslivet är att offentliga kvalitetssystem inte alltid kan byggas upp som renodlade kundrelaterade kvalitetssystem. Detta gäller särskilt sådana verksamheter där kommunerna är huvudmän för obligatorisk

²⁶ Lennart Sandholm, Kvalitetsstyrning med total kvalitet, 1999 s. 124

²⁷Jfr. SOU 1993:74, Kvalitetsmätning i kommunal verksamhet s. 27 ff. och ISO 9000 BS 5750 made easy, A practical guide to quality, Sadgrove Kit, Kogan Page, 1994.

verksamhet med ansvar för både myndighetsutövning (beslut om bistånd) och verkställighet av beslutet. Om en kund är missnöjd behöver det inte bero på ett fel eller brist i utförandet av tjänsten utan kan ha sin grund i att hans ansökan om bistånd inte bifallits fullt ut.

2.4.1 Vad är ett miljöledningssystem?

Ett miljöledningssystem är ett systematiskt arbetssätt för ett företag att arbeta med miljöfrågor. Det innebär att ett företag, en myndighet eller organisation samordnar, planerar, genomför, kontrollerar och förbättrar sitt miljöarbete på ett genomtänkt och effektivt sätt.

Miljöledningssystem är således ett verktyg för att samordna miljöarbetet i en organisation. Det är en hjälp att fördela ansvaret, prioritera, kommunicera, följa upp och kontrollera insatserna för en bättre miljö. Rent praktiskt genomförs först en *miljöutredning* för att undersöka vilken miljöpåverkan som genereras i utförandet av verksamheten. Med miljöutredningen som grund fastställs en *miljöpolicy* samt *miljömål* läggs fast i vilka beskrivs vad organisationen ska uppnå med miljöarbete. Därefter utarbetas en *handlingsplan*. Ansvaret för miljöåtgärderna och befogenheten att genomföra åtgärder fördelas inom organisationen. Medarbetarnas kunskaper ska utvecklas och rutiner etableras såväl för det interna miljöarbetet som för de externa kontakterna. Uppföljningar av vad som åstadkommit genomförs periodiskt, vilket bl.a. kan ske genom *miljörevisioner*. Resultatet av miljöarbetet sammanfattas i en särskild *miljöredovisning*, vilket är ett viktigt dokument i det fortsatta arbetet att förbättra miljön.

För att ett miljöledningssystem ska bli effektivt krävs att *ledningen* i organisationen på ett aktivt sätt befordrar arbetet. Ledningen måste bl.a. fatta beslut om *miljöpolicy* och *miljömål*, ta aktiv del i uppföljningsarbetet, meddela besluten om anpassningar och förbättringar samt tydligt visa medarbetarna att miljöarbetet har hög prioritet. De anställda måste känna sig delaktiga och hållas informerade om miljöarbetet.

De största skillnaderna mellan ISO 14001 och EMAS är att EMAS giltighet är begränsad till EU-länderna och att regelverket ställer krav på att miljöarbetet ska redovisas offentligt.

Grunden för alla miljöledningssystem är att organisationen uppfyller gällande miljölagstiftning. I övrigt finns inte några specifika

nivåkrav för t.ex. utsläpp. Standarderna kräver endast att företagsledningen ska precisera sina egna miljöambitioner och att dessa ska höjas från år till år. Ambitionsnivån och förbättringstakten bestäms således av organisationen.

Att en organisation infört miljöledningssystem säger därför inte mycket om hur miljöanpassad organisationen är. Det är bara en garanti för arbetet med miljöhänsyn genomförs på ett systematiskt sätt. miljöledningssystem är frivilliga system utan statsanslag eller subventioner från någon part. Därigenom undviks oproportionerligt inflytande. Systemen är marknadsstyrda och certifieringstjänster upphandlas på en öppen marknad.

Miljöledning för myndigheter

Som ett led i strävandena att uppnå en hållbar utveckling har regeringen beslutat att även myndigheter bör införa miljöledningssystem och att staten på detta sätt bör vara ett föredöme i miljöarbetet. Sedan 1997 har mer än 139 myndigheter (av totalt ca 270) börjat införa miljöledning. Även regeringskansliet är nu i färd med att införa miljöledning. Den stora utmaningen är att få grepp om miljöeffekterna som är en följd av beslut i myndighetsutövning, dvs. av de råd och anvisningar som myndigheten utformar, av de anslag som delas ut, av de beslut som fattas m.m.

Internationella standarder

Som vägledning både för organisationer och för konsumenter som ställer miljökrav har kraven på miljöledning preciserats i olika standarder och regelverk.

ISO 14001 är en internationell standard för miljöledningssystemets utformning och innehåll.

ISO 14004 är en vägledning med praktiska råd vid införandet av miljöledningssystem.

EMAS (Eco Management and Audit Scheme) är en EU-förordning med regler för miljöledningssystemets utformning och innehåll som man frivilligt kan ansluta sig till.

Vad är ISO 14 001 och EMAS?

ISO 14 001 är en internationell standard som är framtagen av näringsliv, myndigheter och organisationer från olika länder. Standarden innehåller ett antal krav, t.ex. att företaget ska ha en miljöpolicy och ett handlingsprogram. Kraven utgör en slags miniminivå som ska vara uppfylld då organisationen har infört sitt miljöledningssystem. Om organisationen uppfyller kraven kan enheten också certifieras. Certifieringen sker av certifieringsrevisorer som avgör om företaget uppfyller kraven i standarden. Om revisorerna godkänner företaget blir företaget ISO 14 001-certifierat. Standarden bygger på 52 skall-krav som skall uppfyllas vid avser olika steg i processen att planera, kontrollera, genomföra och förbättra. Efterlevnad av kraven kan antingen ske genom egendeklarationer, andraparts- eller tredjepartscertifiering. I Sverige är tredjepartscertifiering via ackrediterade certifieringsorgan vanligast.

EMAS är EU:s motsvarighet till den internationella ISO-standard. Istället för en standard har EU en förordning som i likhet med ISO 14 001 har ett antal krav som företaget ska uppfylla för att godkännas. Kraven i EMAS liknar till stor del kraven i ISO-standard med den skillnaden att EMAS kräver att företagen ska ha en offentlig miljöredovisning. Förordningen kräver, förutom överensstämmelse med ISO 14 001-standard, också lagefterlevnad, att miljöledningssystemet skall leda till minskad påverkan på den yttre miljön, en genomförd miljöutredning samt kravet på en granskad och godkänd offentlig miljöredovisning. Den nya EMAS-förordningen (EMAS II) kräver dessutom att väsentliga miljöaspekter som identifieras vid inköp och upphandling av produkter och tjänster skall beaktas inom ramen för miljöledningssystemet. Ett EMAS-godkännande kräver granskning och godkännande av en, av SWEDAC, ackrediterad s.k. miljökontrollant.

2.5 Kvalitetssäkring av upphandlingsverksamheten

2.5.1 Inledning

Den offentliga upphandlingsverksamheten är underkastad statlig tillsyn genom Nämnden för Offentlig Upphandling (NOU). Tillsynen syftar främst till att se till att reglerna om offentlig upphandling efterlevs. I instruktionen för NOU framhålls även att

nämnden skall verka för en effektiv offentlig upphandling. En effektiv offentlig upphandling kan sägas vara ett nationellt kvalitetsmål för den offentliga upphandlingen. Med effektivitet avses i detta sammanhang att de mål som lagstiftaren uppställt eller kommer att uppställa uppfylls. Detta innebär att nationella kvalitetsmål för den offentliga upphandlingen innefattar god regelefterlevnad hos upphandlande enheter så att leverantörer behandlas på ett rättvist sätt, optimalt utnyttjande av tillgängliga resurser så att skattemedel används på bästa möjliga sätt och en etablering eller vård av fungerande konkurrensmarknader.

Stora och komplicerade upphandlingar av t.ex. byggtreprenader, vårdcentraler och äldreboenden kräver minutiösa förberedelser och god planering. Kommittén har tidigare konstaterat att det finns en stor potential för såväl kvalitetsförbättringar som ett förbättrat resursutnyttjande och sänkta kostnader om upphandlings- och konkurrensutsättningsprocessen hanteras på rätt sätt.²⁸

Upphandlingsverksamheten kan aldrig ses som en isolerad företeelse. Den utgör en nödvändig stödfunktion och hänger i högsta grad intimt samman med de kärnverksamheter där upphandlande varor och tjänster används. Den kan därför utgöra en strategisk resurs i den offentliga sektorns förändringsarbete. Detta förutsätter att de upphandlande enheterna satsar på att systematiskt utveckla och säkra kvaliteten i upphandlingsverksamheten. Ett systematiskt kvalitetsarbete i upphandlingsverksamheten utgör en garanti för att de mål för den offentliga upphandlingen, som ytterst ställts upp av medborgarna, kan uppfyllas i så hög grad som möjligt. En korrekt genomförd kvalitetssäkring utgör en garanti för att den upphandlande enheten besitter erforderlig upphandlingskompetens, lojalt följer regelverket och i övrigt verkar för en effektiv offentlig upphandling. För anbudsgivare kan detta vara avgörande för viljan att delta i en annonserad upphandling.

Ett kvalitetssäkringssystem är ett analysredskap för att ta reda på hur och varför en viss aktivitet t.ex. upphandling, utförs på det sätt som det görs och i vilken mån verksamheten kan göras bättre. Resultatet av analysen dokumenteras och ligger till grund för förslag till förbättringar av verksamheten. Kvalitetssäkringssystem innehåller principer för fastställande av kvalitetsmål, krav på utför-

²⁸ Effektivare offentlig upphandling – för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt (SOU:1999:139) s. 191

ande, uppföljning, utvärdering och utveckling av kvaliteten i verksamheten.

2.5.2 Kvalitetsbrister och kvalitetsbristkostnader

Kvalitetsbrister och fel förekommer i alla organisationer. Brister och fel som uppkommer, identifieras och åtgärdas inom ramen för en professionell upphandlingsorganisation, t.ex. en inköpsenhet, kan betecknas som interna kvalitetsbrister. En professionell upphandlingsorganisation med tillräckliga resurser och erforderlig kompetens är en nödvändig förutsättning för att uppnå och vidmakthålla en god kvalitet i upphandlingsverksamheten. Många upphandlande enheter saknar dock tillräckliga resurser och kompetens för att kunna iaktta reglerna om offentlig upphandling och att i övrigt genomföra upphandlingar på ett affärsmässigt godtagbart sätt. Detta gäller särskilt upphandlingar inom den mjuka sektorn. Många som genomför upphandlingar gör det endast vid några enstaka tillfällen. Det är av naturliga skäl svårt att följa LOU och agera affärsmässigt om man inte får tillfälle att annat än sporadiskt hantera upphandlingar. Överträdelser av LOU och andra brister i upphandlingsförfarandet lägger ofta grunden till kvalitetsbrister i verksamheten.

Brister och fel som har sin grund i den ansvariga ledningen eller leverantören kan betecknas som externa kvalitetsbrister. En orsak till kvalitetsbrister i upphandlingsverksamheten är att den ansvariga ledningen inte har analyserat och preciserat vilka behov som skall tillfredsställas med den aktuella upphandlingen. Avsaknad av distinkta kvalitetsmål och krav på utförande försvårar i hög grad en professionell kvalitetsbedömning av anbudsgivare och anbud. Ledningen kan genom orealistiska förväntningar och krav på snabba resultat i praktiken omöjliggöra ett gott upphandlingsresultat. Avsaknad av en heltäckande förändringsstrategi och ett konkurrensprogram leder ofelbart till kvalitetsbrister. Från leverantörernas sida förekommer felkalkylering och glädjekalkyler som inte täcker de kostnader som motsvarar erforderliga insatser. Avvikelse från utfästelser i anbud och kontrakt kan leda till kvalitetsbrister i den verksamhet som myndigheten svarar för gentemot medborgarna. Kvalitetsbrister

kan i sin tur leda till försämrad tilltro till den offentliga verksamheten och merkostnader för att åtgärda bristerna.

2.5.3 Utveckling och säkring av kvaliteten i upphandlingsverksamheten

Att förbättra kvaliteten i upphandlingsverksamheten är inte en engångsföreteelse. Att skicka personalen på någon enstaka kortare grundkurs är inte fel men är helt otillräckligt. Det krävs i allmänhet ett helt batteri av förbättringsåtgärder under en längre tid. Ständiga förbättringar krävs för att nå varaktiga framgångar. För de flesta människor är det dessutom stimulerande att delta i ett förändringsarbete. Förutsättningar för att arbetet med att förbättra kvaliteten i upphandlingsverksamheten skall lyckas fullt ut är

- Att rutiner för förbättringsarbetet är inarbetade och följs
- Att fakta föreligger om kvalitetsläget
- Att ledningen tar aktivt del i förbättringsarbetet
- Att kunskaper om metoder och hjälpmedel finns hos de som deltar i förbättringsarbetet
- Att resurser som krävs för förbättringsarbetet ställs till förfogande
- Att människor som deltar i förbättringsarbetet ges tid för detta arbete
- Att resultatet av förbättringsarbetet fortlöpande följs upp och utvärderas

Ett sätt att säkerställa att upphandlingsverksamheten ständigt förbättras är en systematisk kvalitetssäkring. Kvalitetssäkring av upphandlingsverksamheten innebär att ledningen ser till att det finns rutiner och en ändamålsenlig organisation för myndighetens upphandlingar. Det måste finnas tillräckligt med kunskaper och insikter om regelverket som omgärdar offentlig upphandling men också de affärsprocesser som leder fram till ett upphandlingskontrakt. Medarbetarna i en professionell upphandlingsorganisation måste vara kundorienterade. Att vara kundorienterad innebär att inköpsorganisationen aktivt arbetar med att ta reda på vad de interna kunderna t.ex. personalen på en skola och de externa kunderna, t.ex. elever på samma skola har för behov och önskemål. För att kunna tillfredsställa den externa kunden med hög extern kvalitet måste inköpsorganisationen tillfredsställa de interna kunderna med

en hög intern kvalitet. Med kund i detta sammanhang avses de som upphandlingsorganisationen är till för.

2.5.4 Kvalitetssäkring av upphandlingsverksamheten – en ledningsfråga

Ledningens viktigaste uppgift är att skapa förutsättningar för medarbetarna genom att ange färdriktningen och i dialog med medarbetarna definiera och följa upp målen. Ett framgångsrikt kvalitetsarbete förutsätter ledningens ständiga, synliga och helhjärtade engagemang. Om inte ledningen i ord och handling visar att kvalitet i upphandlingsprocessen och i kärnverksamhetens processer är viktigt kommer inte heller medarbetarna i upphandlings- eller beställareorganisationen respektive utförarorganisationerna att göra en sådan värdering. Ledningen måste formulera strategier och mål för upphandlingsverksamheten som stödjer de mål som kommunen sätter för äldreomsorgen, skolan m.m. Ledningens ansvar är att skapa förutsättningar för kvalitetsutveckling och kvalitetssäkring av såväl kärnverksamheterna som stödfunktionen – upphandlingsverksamheten. Kvalitetssäkringens kärna ligger i att ledningen förmår att tillägna sig, utveckla och föra ut värderingar, arbetssätt och verktyg.

Beslut måste bygga på dokumenterade och tillförlitliga fakta och inte låta slumpfaktorer eller irrelevanta hänsynstaganden ha en avgörande betydelse. Varje medarbetare måste få möjlighet att mäta och analysera fakta av betydelse för att uppnå sina och inköpsorganisationens mål. Har upphandlingen verkligen tillfredställt kundernas uttalade eller underförstådda behov?

2.5.5 Upphandlingsorganisationen

Hos många upphandlande enheter är den professionella upphandlingsverksamheten centraliserad till en inköpsenhet. I andra fall har man valt att decentralisera inköpen. En decentraliserad upphandlingsorganisation kan underlätta kvalitetsstyrning och kvalitetskontroll av leverantörerna. Den fortlöpande dialogen med leverantörerna under avtalstiden underlättas också om de som använder upphandlade varor och tjänster varit med från början i upphandlingsprocessen. Det kan dock vara svårt att upprätthålla tillräcklig upphandlingskompetens om organisationen är alltför split-

trad. Den totala arbetsmängden för upphandlingar kan i sådana fall medföra oacceptabla transaktionskostnader. Volymerna kan bli alltför små och leda till högre priser och merkostnader för t.ex. fakturering. En decentraliserad upphandlingsorganisation kan också göra det svårt att beakta regler om tröskelvärdesberäkning som skall iakttas vid upphandling inom den klassiska sektorn.

Kvalitetssäkringssystemet bör innehålla en modell av upphandlingsorganisationen som beskriver samarbetet mellan den inköpsenheten och de ansvariga nämnder eller motsvarande som "äger" upphandlingarna, dvs. de som har ansvar för att tillgodose de behov som upphandlingarna skall täcka. Det är i allmänhet lämpligt att den ansvariga nämnden bestämmer vilket objekt som skall konkurransutsättas och sätter kvalitetskraven. Även beslutet att anta anbud, skriva kontrakt och upprätta en organisation för upphandling och uppföljning bör normalt ligga på den ansvariga nämnden. Inköpsenhetens personal fungerar som konsulter och projektledare och svarar framförallt för den affärsmässiga kompetensen.

En upphandling av en driftentreprenad inom hälso- och sjukvård och socialtjänst är i regel så komplicerad att det är lämpligt att arbeta i projektform. Förutom inköpskompetens krävs personer med insikter och erfarenheter av att definiera målgrupper, formulera kvalitetskrav, utföra kvalitetsbedömningar, analysera kvalitetssystem och bemanningsplaner samt göra ekonomiska kalkyler av olika alternativ. Även om nämnden har tillgång till egen upphandlingskompetens är det naturligt att olika kompetenser inom kommunen tas till vara.

Upphandlingen är ett redskap - ett medel för att se till att det som upphandlas av varor och tjänster kommer till största möjliga nytta i de kärnverksamheter som bedrivs i den offentliga sektorn och den privata sektor som regleras av LOU. I en liten kommun eller i ett litet offentligt företag kan det givetvis inte bli fråga om att bygga upp någon stor och dyrbar byråkratisk struktur för att åstadkomma kvalitetssäkring.

2.5.6 Kompetensutveckling och kunskapsuppbyggnad

Förbättrade insikter och kunskaper om offentlig upphandling hos myndighetsledningar, upphandlare och leverantörer är en grundförutsättning för en god kvalitet i den offentliga upphandlingsverksamheten. För detta krävs tillgång till goda utbildningar med

kunniga och erfarna lärare samt en vilja hos arbetsgivarna att satsa pengar på såväl längre som kortare vidareutbildning.

För att en myndighet skall lyckas att plantera in en god upphandlingskultur i organisationen krävs att de som på ett eller annat sätt är inblandade i upphandlingar regelmässigt deltar i utbildningsprogram för förbättrad kvalitet i upphandlingen. Ett sådant utbildningsprogram startar med myndighetsledningen och går sedan nedåt steg för steg. Det är viktigt att alla chefer som berörs av upphandlingar deltar i utbildningen i ett tidigt skede.

En viktig källa till kunskapsutveckling är de nätverk som mer eller mindre organiserat växt upp inom upphandlarkåren. Ett sådant nätverk är den ideella föreningen Sveriges Offentliga Inköpare (SOI) som organiserar inköpare från kommuner, landsting, statliga myndighet och offentliga företag. Beställarnätverk förekommer särskilt inom den mjuka sektorn. Inom Svenska Kommunförbundet pågår ett arbete som syftar till att utveckla modeller för upphandling och annan konkurrensutsättning. På universitet och högskolor finns ett växande intresse för upphandlingsfrågor. Till skillnad från många andra länder finns dock ännu inte någon forskningsprofessur med inriktning på offentlig upphandling.

2.5.7 Allas delaktighet

En förutsättning för ett framgångsrikt kvalitetsarbetet är att kommunledning, nämnd, förvaltning och enskilda medarbetare är delaktiga och känner ansvar för att åstadkomma ständiga förbättringar. För att kvalitetsarbetet skall vara framgångsrikt krävs att alla tillåts engagera sig i förbättringsarbetet. Både den interna kunden, nästa kugge i processen och de externa kunderna skall tillfredsställas. Delaktighet skapas av information och kommunikation, delegering av ansvar och befogenheter samt personlig utveckling och organisatoriskt lärande.

2.6 Upphandlingsprocessen

I ett förändringsarbete säkrar kvalitetssystemet den spelplan eller de spelregler som ligger till grund för förändringsarbetet. Upphandlingsprocessen börjar med det politiska förarbetet, med beskrivningar av vilka mål och förväntningar som finns på en viss verksamhet till exempel särskilda boenden inom äldreomsorgen,

förfrågningsunderlaget arbetas fram, anbudsprövning utförs, beslutas, kontrakt upprättas och slutar med att verksamheten startar, följs upp och utvärderas. Mellan varje fas i processen görs avstämningar mot spelplanen.

Inköpsorganisationens verksamhet skall ses som processer som skapar värde för kunderna. En process kan sägas vara en serie aktiviteter som upprepas över tiden i vilken en viss input förädlas till output. Syftet med varje process är att tillfredsställa processens kunder med så liten resursåtgång som möjligt.²⁹ I kvalitetsarbetet identifieras och kartläggs olika processer såsom operativa processer (hur äger upphandlingarna rum från ”ax till limpa”), ledningsprocesser och stödprocesser. Upphandlingsprocessen kan delas in i förberedelsefasen, förfrågningsfasen och kontraktfasen.

Förberedelsefasen

Planering kan aktualiseras i två olika fall.

I det första fallet handlar det om att ett gammalt avtal upphör eller befintlig produkt skall ersättas (löpande investeringar). I planeringen ingår då som en viktig del att följa upp tidigare avtal. Det kan handla om att ta fram historik, exempelvis statistik över gjorda inköp på avtalet, se över hur sortimentet ser ut och beräkna värdet på utvalt sortiment. Statistiken hämtas ur det egna systemet eller hos leverantören. Man måste också se till att det gamla avtalet i förekommande fall sägs upp och att man gör en ordentlig tidsplanering av upphandlingen. Förhoppningsvis har man med hänsyn till tidigare gjorda upphandlingar tillgång till uppgifter på vilka leverantörer som finns på marknaden. I annat fall får man göra en förnyad marknadsanalys. Eventuellt tillsätter man en referensgrupp.

I det andra fallet handlar det om ett nytt område eller en ny produkt. Här måste man analysera behovet från såväl sortiments- som volymsynpunkt. En marknadsundersökning måste troligtvis göras så att man skaffa sig en bra bild av vilka aktörer som finns på marknaden. En referensgrupp blir kanske nödvändig att bilda. Även här måste den upphandlande enheten självfallet göra en tidsplanering av upphandlingen.

²⁹ Klevsjö, Bengt, Kvalitetsutveckling ur ett forskningsperspektiv, dokumentation från Arena-seminariet

Under förberedelsefasen kan i vissa fall förhandsannonsering enligt LOU komma ifråga (2 kap. 6 §, 3 kap. 9 §, 4 kap. 14 § och 5 kap. 11 § LOU).

Förberedelsefasen avslutas med att den upphandlande enheten tar fram förfrågningsunderlaget. Detta består av administrativa bestämmelser, kravspecifikation (uppdragsbeskrivning) och kommersiella villkor. Är det fråga om öppen eller förenklad upphandling måste förfrågningsunderlaget även innehålla leverantörsrelaterade uppgifter. Vid selektiv och förhandlad upphandling ingår dessa uppgifter i ansökningsförfarandet att få lämna anbud (jfr 2 kap. 14 §, 3 kap. 19 §, 4 kap. 20 § och 5 kap. 21 § LOU). Direktupphandling intar en särställning, eftersom något skriftligt anbud inte behöver infordras i dessa fall. I regel finns då inte heller något skriftligt förfrågningsunderlag. Oavsett upphandlingsform (bortsett från direktupphandling) kommer dock samtliga angivna ”bitar” att aktualiseras någon gång under upphandlingen.

I samband med att förfrågningsunderlaget tas fram väljer den upphandlande enheten upphandlingsform. Gränsen mot nästa fas i upphandlingsprocessen, förfrågningsfasen, kan därför bli flytande. Vid en selektiv upphandling behöver exempelvis inte själva kravspecifikationen vara helt färdig förrän man skickar ut inbjudan att lämna anbud. Ofta kan man dessutom redan från början se vilken typ av upphandling det kommer att bli fråga om. På vilken sida av gränsen man skall placera val av upphandlingsförfarande kan därför kanske mer betraktas som ett akademiskt problem.

Förberedelsefasen är reglerad av LOU vad avser förannonsering, anbudsfrågans innehåll och val av upphandlingsform.

Förfrågningsfasen

Generellt gäller att denna fas se olika ut beroende på vilken upphandlingsform som tillämpas. Vid *öppen upphandling* annonseras upphandlingen i de europeiska gemenskapernas officiella tidning EGT och i Tenders Electronic Daily, TED, varefter förfrågningsunderlaget skickas ut. Detta innehåller både själva kravspecifikationen som de kvalificeringskrav som den upphandlande enheten ställer på leverantören. Leverantörerna lämnar in anbud. Den upphandlande enheten genomför kvalificering och utvärderar därefter anbudet. Detta skall ske i två principiellt skilda moment. Förhandlingar får inte äga rum med anbudsgivare. Det innebär att förfrågningsunderlaget måste vara så exakt utformat att beslut i

upphandlingen kan fattas enbart med stöd av detta underlag. Vid *förenklad upphandling* skall den upphandlande enheten infordra anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig eller annons i annan form som leder till effektiv konkurrens. En upphandlande enhet får under vissa förutsättningar infordra anbud utan föregående annonsering genom att skicka en skrivelse till endast en leverantör. Den upphandlande enheten genomför en kvalificering. Förhandlingar med leverantörerna får förekomma. Därefter utvärderas anbuden och beslut tas om val av leverantör.

Förfrågningsfasen avslutas med att den upphandlande enheten fattar beslut i upphandlingsärendet. Beslutet kan innebära att leverantör antas, att samtliga anbud förkastas eller att man övergår till förhandlad upphandling. I beslutet skall finnas en motivering bl.a. för att den upphandlande enheten skall kunna fullgöra sin upplysnings- och rapporteringsskyldighet enligt LOU (1 kap. 11§, 2 kap. 7a § m.fl.). Om den förhandlade upphandlingen inte omfattar samtliga korrekt lämnade anbud från de kvalificerade leverantörerna måste upphandlingen annonseras och påbörjas på nytt. I annat fall behöver ingen annonsering se, utan den upphandlade enheten kan påbörja förhandlingar. Förfrågningsfasen innefattar framtagande av ett förfrågningsunderlag, kvalificering av anbudsgivare eller anbudssökande, anbudsutvärdering samt tilldelningsbeslut.

Kontraktsfasen

Kontraktsfasen kan inledas med att upphandlingen avslutas med att samtliga anbud förkastas (avbrytande). Efter att beslutet fattats underrättas samtliga anbudsgivare om beslutet. EGT skall också underrättas.

I normalfallet inleds dock kontraktsfasen med att *avtal tecknas*. Upphandlingsavtalet är såvitt gäller upphandlingar som genomförs enligt EU:s upphandlingsregler ett formalavtal (se kapitel 10). Den svenska avtalslagen (1915:218) gäller dock för upphandlingar som görs från endast en leverantör. När avtal tecknats skickas underrättelser till icke antagna leverantörer. Det är mycket viktigt att detta sker först när avtalet är slutet, eftersom ett avböjande svar normalt bryter anbudsgivarnas bundenhet av sina anbud. Slutligen skickas efterannons till EGT.

Härefter vidtar ett stadium som kan rubriceras avtalsförvaltning. Det är under denna period som avtalet skall tillämpas. Sortiment och priser skall följas upp och kunna stoppas in i avtalet. Avtalet skall följas upp. Så småningom, i slutet av avtalsfasen, kommer man att hamna i förberedelsefasen igen.

2.7 Uppföljning och utvärdering

Upphandlingsverksamhetens aktiviteter måste kontinuerligt följas upp och utvärderas. Detta är en nödvändig del i kvalitetsarbetet. Metoder för uppföljning och utvärdering av upphandlingsverksamhet är under utveckling. Självklart måste uppföljning och utvärdering utgå från de kvalitetsmål och kvalitetskrav som föreskrivits för verksamheten. Allt fler kommuner och landsting har planer på att konkurrensutsätta upphandlingsverksamheten. Kommunala eller privata företag kan här liksom på andra områden överta egenregins roll. Endast den organisation som har bättre förbättringskraft än sina konkurrenter kommer i det långa loppet att vara konkurrenskraftig. Konkurrenskraft kräver ständig förbättring och förnyelse av alla verksamhetsdelar. Förutsättningen för detta är ett metodiskt förbättringsarbete som genomsyrar organisationen och en kultur som stimulerar till kreativa förslag och nya idéer.

2.7.1 Standardiserade rutiner och dokument

Ledningen för den upphandlande enhet som svarar för upphandlingen av varor eller driften av ett visst objekt måste se till att utveckla de olika stegen i upphandlingsprocessen. Detta ständigt pågående utvecklingsarbete innefattar modeller för utformning av förfrågningsunderlag, kravspecifikationer, kontrakt, metoder för anbudsprövning, kalkylering, uppföljning och utvärdering m.m. En god kvalitet avseende behovsanalyser, annonser, förfrågningsunderlag, kravspecifikationer, anbudsprövning, dokumentation m.m. säkerställer transparens och att rättssäkerheten för leverantörerna stärks. I många kommuner har man redan idag tagit fram kvalitetshandböcker och manualer för olika slags upphandlingar. På senare tid har det uppstått en rad företag som tillhandahåller mer eller avancerade elektroniska verktyg för att underlätta upphandlingsprocessen. Dessa verktyg kan, om de används med för-

stånd, bidra till utvecklingen av kvaliteten i upphandlingsverksamheten.

2.8 Verksamhet som syftar till att utveckla och säkra kvaliteten i den offentliga upphandlingen

Många upphandlande enheter har insett behovet av att utveckla och säkra kvaliteten i upphandlingsverksamheten. Statliga myndigheter med stora upphandlingsvolymmer, som t.ex. Försvarets materielverk (FMV) har utarbetat omfattande kvalitetssystem för sin upphandlingsverksamhet. Även landsting och större kommuner har satsat avsevärda resurser för att förbättra sin upphandlingsverksamhet. Utbildningsinsatser genomförs av t.ex. Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundets upphandlingsgrupp (LFU). Sveriges offentliga inköpare bedriver också viss utbildningsverksamhet. På vissa högskolor och universitet har det startats kurser i offentlig upphandling. Inom vissa branscher har företrädare för upphandlande enheter och företag sedan länge samarbetat för att förbättra kvaliteten i den offentliga upphandlingen. Föreningen Bygghandens kontraktskommitté (BKK) har tagit fram underlag för utarbetande av förfrågningsunderlag, allmänna bestämmelser (AB) och praktiska handledningar. I Bygghandens kontraktskommitté ingår som medlemmar bland andra Byggherreföreningen, Svenska Kommunförbundet, Landstingsförbundet, staten genom Banverket, Fortifikationsverket, Luftfartsverket, Vägverket och Statens Fastighetsverk, HSB:s riksförbund, Riksbyggen och Byggtreprenörerna. På senare tid har ett nätverk inom vård och omsorg, NUDU, etablerats med Svenska Kommunförbundet, Landstingsförbundet och Industriförbundet som huvudmän.

I arbetet med kommitténs delbetänkande övervägdes om den statliga tillsynen av den offentliga upphandlingen skulle innefatta råd och stöd ifråga om kvalitetssäkring av upphandlingsverksamhet. Kommittén kom fram till att detta inte borde ligga inom ramen för den statliga tillsynsverksamheten utan att detta var en uppgift för upphandlade enheter och leverantörer att lösa. I delbetänkandet, kapitel 10, har kommittén närmare utvecklat vilka frågor som ett kvalitets- och utvecklingsråd för offentlig upphandling skall arbeta med, bl.a. utvecklings-, informations- och marknadsfrågor. Denna fråga behandlas även nedan i kapitel 11.

3 Huvudregeln om affärsmässighet

3.1 Inledning

Portalparagrafen 1 kap. 4 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) har rubriken ”Huvudregel om affärsmässighet” och lyder: Upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Affärsmässighetsbegreppet³⁰ finns inte definierat i LOU och förekommer heller inte i EG-direktiven om offentlig upphandling eller annan gemenskapsrättslig lagstiftning. Gemenskapsrätten anger inte uttryckligen att de upphandlande enheterna skall göra bra affärer utan reglerar endast att leverantörerna behandlas rättvist och lika. Indirekt främjas därigenom den offentliga sektorns ekonomi och myndigheterna får ”value for money” eller värde för pengarna. En förutsättning för detta är att myndigheternas upphandlingsverksamhet är av god kvalitet vilket inbegriper professionalism i upphandlingsarbetet, långsiktig planering, intern och extern samordning och säkra rutiner för hela upphandlingsprocessen. Även i förarbetena till upphandlingsförordningen (1986:366) (UF) framgick att i affärsmässigheten låg att myndigheterna skulle få valuta för pengarna.

I den allmänna debatten om offentlig upphandling som förs i medlemsstaterna hävdas att direktiven om offentlig upphandling bör tolkas i ljuset av principen om ”value for money”. Vid en eventuell konflikt mellan den upphandlande enhetens egna affärsmässiga mål och gemenskapsrätten måste dock den upphandlande enhetens mål ge vika.

³⁰ Staffan Hansson, Affärsmässighetsbegreppet i 1 kap. 4 § LOU, se bilaga 4.

Affärsmässighetsbegreppet kan i praktiken ha olika innebörd från fall till fall och dess betydelse beror på vem som gör bedömningen. En vanlig uppfattning är att det privata näringslivets sätt att köpa varor och tjänster skall vara vägledande. Problemet med tillämpningen av ett sådant betraktelsesätt är framför allt frånvaron av företagsekonomiska mål hos de upphandlande enheterna. För kommuner, landsting och statliga myndigheter är verksamheten målet för verksamheten – inte att redovisa maximal vinst för att tillgodose en enskild ägares behov av avkastning. Den offentliga sektorns verksamhet styrs av regler som förestavas av socialpolitiska och andra samhällspolitiska mål. Dessa mål är inte alltid förenliga med de mål och normsystem som är förhärskande inom det privata näringslivet. Den offentliga sektorn har dessutom krav på att behandla alla leverantörer lika vilket inte alltid är motiverat från affärsmässighetssynpunkt.³¹

Affärsmässighetsbegreppet har länge använts på den statliga sidan för att markera att andra, vidare bedömningar, såsom sysselsättnings-, närings-, försvars- och säkerhetspolitiska hänsyn skulle göras av regeringen och inte av myndigheterna själva vid upphandlingen.³² I det tidigare regelverket angavs att det anbud skulle antas som med beaktande av samtliga affärsmässigt betingande omständigheter var att anse som förmånligast (jfr 10 § UF och 15 § upphandlingsreglementet).

Den traditionella uttolkningen av affärsmässighetsbegreppet i kombination med begreppet ”utan ovidkommande hänsyn” har ansetts förhindra att upphandlande enheter använder den offentliga upphandlingen som ett instrument för att uppnå långsiktiga, ekonomiska, sociala, arbetsmarknadspolitiska och miljöpolitiska mål. Denna uttolkning av affärsmässighetsbegreppet torde gå längre än vad gemenskapsrätten kräver. Även ett relativt modest krav i en upphandlingspolicy på att upphandlingar skall genomföras på ett sådant sätt att små och medelstora företag ges möjlighet att delta i upphandlingarna kan med denna tolkning anses vara tveksam från affärsmässig synpunkt.

I detta kapitel beskriver vi innebörden av affärsmässighetsbegreppet i LOU. I kapitel 5 och 6 går vi närmare in på möjligheten att, enligt EG-rätten, ta samhällspolitiska hänsyn i samband med offentlig upphandling.

³¹ A.a. s. 54.

³² Prop. 1973:73 s. 50 ff.

Utredningen har uppdragit åt professor Niklas Bruun vid Svenska Handelshögskolan i Helsingfors och Arbetslivsinstitutet i Stockholm att utreda vilket utrymme som ges enligt gemenskapsrätten att vid offentlig upphandling beakta sociala hänsyn och andra icke-ekonomiska omständigheter. I uppdraget ingick att utreda frågan huruvida den svenska lagstiftningen fullt ut utnyttjar det utrymme som finns i gemenskapsrätten att beakta sociala hänsyn vid offentlig upphandling samt om gemenskapsrätten ger den svenska lagstiftaren tillåtelse att ge utrymme i svensk lagstiftning att tillåta upphandlande enheter att ställa krav på medlemskap i arbetsgivarorganisation och därmed även krav på att leverantören skall ha tecknat kollektivavtal. Uppdraget är redovisat i *bilaga 3, Sociala hänsyn vid offentlig upphandling*.

3.2 Historiken bakom begreppet affärsmässighet

3.2.1 De första regelverken

Redan under 1800-talet fanns vissa bestämmelser för hur upphandling skulle genomföras för statliga myndigheter³³. De äldsta bestämmelserna fanns hos militära organisationer. Mot slutet av seklet utfärdades enhetliga regler för statlig upphandling som avsåg att tillgodose den tidens krav på affärsmässighet. Det skulle också garantera offentlighet och rättssäkerhet. Svenska varor fick i princip företräde framför utländska.

Nya bestämmelser utfärdades 1920. Som huvudregel angavs att svensk vara skulle äga företräde om den var av erforderlig beskaffenhet. Kungl. Maj:t kunde medge undantag från huvudregeln. Vid upphandlingen skulle myndigheterna särskilt beakta betydelsen av den inhemska produktionen. Senare skärptes preferensordningen ytterligare. Myndigheterna skulle ta särskild hänsyn till behovet av att bevara en viss näring inom landet eller till behovet att förhindra arbetslöshet. Om tvekan uppstod skulle frågan underställas Kungl. Maj:t.

År 1952 utfärdades en upphandlingskungörelse (1952:496) som ställde större krav på affärsmässiga upphandlingar. Regler infördes

³³ Centralupphandlingssakkunnigas betänkande, nummer 1, med förslag till förordning angående leveranser och arbeten för statens behov samt försäljning av staten tillhörig lösendom (leveransförordning) m.m., 1916.

som i stort sett liknar det regelverk som fanns omedelbart före LOU:s tillkomst. Enligt kungörelsen skulle besluten grundas enbart på affärsmässiga bedömningar och svenska leverantör fick inte längre företräde framför utländska. I kungörelsen föreskrevs bl.a. att sysselsättningssituationen inte fick inverka på myndigheternas beslut.

3.2.2 1973 års kungörelse och upphandlingsreglemente

1952 års upphandlingskungörelse ersattes av 1973 års kungörelse (1973:600). I kungörelsen angavs endast huvudreglerna och Riksrevisionsverket (RRV) skulle utfärda kompletterande föreskrifter. RRV utgav med stöd av förordningen föreskrifter, allmänna råd och kommentarer till förordningen. Efter överenskommelse i november 1971 med den nedan beskrivna Upphandlingskommittén och RRV beslutade kommun- och landstingsförbunden i september 1973 att rekommendera samtliga kommuner och landsting att anta ett upphandlingsreglemente jämte anvisningar. Samtliga landsting och nästan alla kommuner följde rekommendationen.

Till grund för 1973 års kungörelse låg den år 1968 tillsatta Upphandlingskommitténs betänkande³⁴. I betänkandet angavs beträffande begreppet affärsmässighet att det i lagstiftningen förekommer liknande uttryck, såsom god köpmannased, gott affärsskick etc. Den närmare innebörden av dessa begrepp ansågs bero på förhållandena i olika fall och kunde inte anges generellt giltiga. Hänsyn måste enligt kommittén t.ex. tas till förhållandena inom olika branscher och till förekomsten av allmänna och särskilda leveransbestämmelser inom skilda områden.

Reglerna borde enligt 1968 års Upphandlingskommitté endast gälla myndigheternas normala handlande på grundval av en affärsmässig bedömning. Upphandlaren borde se upphandlingen som en affärstransaktion i den egna verksamheten. Upphandlingar som bedömdes som nödvändiga av andra anledningar såsom av sysselsättnings- eller försvarspolitiska skäl skulle – i den mån principen om affärsmässighet inte kunde tillämpas – bli föremål för någon form av dispens av Kungl. Maj:t. Enligt kommittén kunde sådana hänsyn inte inordnas i det svenska affärsmässighetsbegreppet.

³⁴ Offentlig upphandling, Regler och riktlinjer för stat och kommun, SOU 1971:88 s.109.

I den efterföljande propositionen³⁵ angav regeringen tre grundläggande principer för statlig upphandling; affärsmässighet, offentlighet och rättssäkerhet. Av dessa ansågs principen om affärsmässighet vara den viktigaste. Synsättet byggde på antagandet att vad som är mest förmånligt i det enskilda fallet också är det mest förmånliga ur samhällsekonomisk synvinkel.

Enligt regeringen var konkurrens det viktigaste verktyget för att uppnå verklig affärsmässighet. Regeringen betonade vikten av att upphandlingsförfarandet innehåller moment av tävlan mellan olika leverantörer och det kunde uppnås bl.a. genom reglerna om anbuds-förfarandet. Regeringen påpekade att det inte var tillåtet att neka någon att avge anbud.

Vid bedömningen av vad som var förmånligast angavs inte endast priset som en viktig faktor. I propositionen framhölls även andra väsentliga faktorer såsom kvalitet, utförande, möjlighet till service m.m. Upphandlingen borde betraktas som en affärstransaktion i den egna verksamheten. Regeringen betonade särskilt att myndigheterna inte kunde välja ett från strikt affärsmässig synpunkt mindre förmånligt anbud i syfte att exempelvis främja sysselsättningen. Sådana bedömningar skulle även fortsättningsvis göras av regeringen. Det ansågs emellertid naturligt att de upphandlande enheterna skulle medverka till att av statsmakterna uppställda mål för samhällets utveckling uppnåddes och starka skäl talade för att principen om affärsmässighet i vissa fall kunde behöva modifieras. Regeringen höll möjligheten öppen för särskilda föreskrifter men påpekade att myndigheterna även utan sådana föreskrifter borde underställa regeringen upphandlingsärenden som var av väsentlig betydelse med hänsyn till centrala målsättningar. Tidpunkten för underställning fick avgöras från fall till fall men borde göras så tidigt som möjligt under upphandlingen.

I propositionen förordades avvikelser från regeln om affärsmässighet när det gällde t.ex. sysselsättningspolitiska och regionalpolitiska mål.

Upphandling som sysselsättningspolitiskt medel

Enligt 1952 års upphandlingskungörelse fick myndigheterna inte ta särskild hänsyn till sysselsättningssituationen. Om sådana hänsyn ansågs önskvärda skulle frågan underställas Kungl. Maj:t om inte särskilda föreskrifter meddelats. Sådana föreskrifter hade meddelats

³⁵ Prop. 1973:73.

av Arbetsmarknadsstyrelsen som sålunda var undantaget från kungörelsens bestämmelser. Bestämmelser fanns också om s.k. rådrumsbeställningar, dvs. beställningar som läggs ut till företag som varslat om friställning m.fl. åtgärder.

Upphandling hade också använts för att av konjunkturpolitiska skäl stimulera sysselsättningen i en viss bransch. Detta hade kunnat ske genom att myndigheter medgett rätt att tidigarelägga sina beställningar. Det kunde konstateras att beställningar med ringa sysselsättningseffekt eller där utländska leverantörer kunna komma ifråga inte tidigarelagts. I perioder av högkonjunktur hade även metoden att senarelägga beställningarna tillämpats.

Regeringen delade Upphandlingskommitténs uppfattning att upphandlingen även fortsättningsvis borde utnyttjas som ett medel i sysselsättningspolitiken³⁶. Enligt regeringen var tidigareläggning av industribeställningar ett viktigt instrument för att stimulera sysselsättningen vid en konjunkturavmattning. Regeringen påpekade att förfarandet förutsatte tillgång till goda investeringsobjekt och därmed ställde krav på planering. Vidare ansåg regeringen att systemet med senareläggning av beställningar och leveransuppskov i högkonjunkturlägen kunde vara ett lämpligt ekonomisk-politiskt medel.

Upphandling som regionalpolitiskt medel

I 1952 års upphandlingskungörelse hade hinder uppställts för statliga myndigheter att ta regionalpolitiska hänsyn. Kungl. Maj:t tillät dock styrning till de fyra nordligaste länen avseende myndigheter inom försvaret. Norrlandslänet skulle dessutom stödjas på upphandlingsområdet genom utökad service men inte genom kontinuerligt och selektivt stöd via den offentliga upphandlingen. I propositionen förordades möjligheten att inom ramen för principen om affärsmässighet använda upphandlingen som regionalpolitiskt medel³⁷. Regeringen uppehöll sig därvid främst kring problemen angående norrlandsföretag. Regeringen ansåg, i likhet med 1968 års Upphandlingskommitté, att myndigheterna inom ramen för gällande upphandlingsbestämmelser aktivt skulle medverka till att en ökad del av upphandlingen lades ut hos företag i de fyra norrlandslänen. Myndigheterna borde inhämta anbud från företag i dessa län

³⁶ Prop. 1973:73 s. 14-19 och 53-54.

³⁷ Prop. 1973:73 s. 20-24 och 54-58.

som kunde komma i fråga som leverantörer och ge norrlandsföretagen företräde vid anbud som bedöms likvärdigt med annat företags anbud. Vidare borde förteckningar över norrlandsföretagens produktionskapacitet m.m. upprättas av länsarbetsnämnderna i samråd med företagarföreningarna och tillställas de större upphandlande myndigheterna. Syftet med förteckningarna var att ge en klar bild av i vilken utsträckning det finns företag i de fyra länen som kan komma i fråga vid en viss upphandling.

Samordning genom samköp och avropsavtal

I propositionen förordades inköpssamordning mellan myndigheterna. Det föreslogs även att denna samordning skulle utsträckas att omfatta även kommunerna. Den till RRV knutna samarbetsdelegationen för upphandlingsfrågor skulle, enligt regeringen, utnyttjas i detta arbete. Samordning inom och mellan myndigheter förordades också genom s.k. avropsavtal (numera ramavtal). Ett avropsavtal innebar att de myndigheter som omfattades av avtalet kunde rekvirera och betala direkt hos leverantören. Den avtalslutande myndighetens arbete begränsades i princip till affärsuppgörelsen. Som exempel på avtal som skett för hela statsförvaltningen nämndes Försvarets materielverks inköp av drivmedel och kontorsinventarier och Postverkets inköp och lagerhållning.

Ett förslag om upphandling för främjande av industriell utveckling skulle utredas ytterligare.

3.2.3 1986 års upphandlingsförordning och upphandlingsreglemente

Sedan 1973 års upphandlingsförordning omredigerats och ändringar av närmast administrativ karaktär införts utfärdades år 1986 en ny upphandlingsförordning (1986:366), i detta kapitel angivet som UF, och ett omarbetat kommunalt upphandlingsreglemente, UR.

Affärsmässighetsbegreppet återfanns i såväl förordningen som i reglementet. Upphandlande enheter skulle enligt 3 § i UF och UR vid upphandling utnyttja de konkurrensmöjligheter som fanns och även i övrigt iaktta affärsmässighet samt behandla anbud och anbudsgivare objektivt.

1986 års upphandlingsförordning

RRV anförde i en kommentar till 3 § UF att den grundläggande principen för upphandlingen är att denna skall bedrivas affärsmässigt. Detta innebar att myndigheten skulle beakta alla faktorer som behövdes för att upphandlingen skulle bli så ekonomisk och ändamålsenlig som möjligt för myndigheten själv. Att myndigheten skall utnyttja de konkurrensmöjligheter som fanns innebar, enligt RRV, att någon begränsning till enbart leverantörer i Sverige inte fick ske om myndigheten bedömde att bättre villkor kunde uppnås genom upphandling utomlands. I kravet att utnyttja konkurrensmöjligheterna låg också, enligt RRV, att avtal med längre varaktighet omprövas med jämna mellanrum.

Av förarbetena till UF framgår att i affärsmässigheten låg att myndigheten skulle få valuta för pengarna. Begreppet har på den statliga sidan använts för att markera att andra, vidare hänsyn, såsom sysselsättnings-, närings-, försvars- och säkerhetspolitiska inte fick tas av myndigheterna själva³⁸. Enligt 11 § UF skulle det anbud antas som med beaktande av samtliga affärsmässigt betingade omständigheter var att anse som förmånligast.

I RRV:s kommentarer till bestämmelsen angavs bl.a. att en sammanvägning av de faktorer som påverkar anbudsprövningen måste ske med hänsyn till omständigheterna i varje enskilt fall så att de fördelar och nackdelar som är förbundna med de särskilda anbuden beaktas. En totalkostnadsbedömning skulle göras. Kommande drifts-, underhålls- och förråds-kostnader, rese- och utbildningskostnader för myndighetens personal m.m. måste, enligt RRV, beaktas. Hänsyn behövdes även tas till andra affärsmässigt betingade omständigheter, t.ex. sådana omständigheter rörande anbudsgivaren som tidigare erfarenheter av denne, hans möjligheter att lämna service samt hans tekniska och ekonomiska resurser, hans insikt och erfarenhet samt vederhäftighet och pålitlighet när det gäller att fullgöra åtaganden. Priset fick, enligt RRV, vägas även mot dessa omständigheter. Det erbjudna priset kunde, enligt RRV, givetvis ibland vara ensamt avgörande för ett anbuds antagande. Så var, enligt RRV, ofta fallet när upphandlingen avsåg en standardvara.

³⁸ Prop. 1973:73, s. 50 ff.

1986 års upphandlingsreglemente

UR överensstämde i allt väsentligt med UF. Upphandling skulle även enligt UR ske med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som fanns och med iakttagande av affärsmässighet och objektivitet.

I anvisningarna till 3 § UR angavs bl.a. att en myndighet skall iaktta affärsmässighet vid sin upphandling. Begreppet affärsmässighet kunde, enligt anvisningarna, ha skiftande innebörd beroende på förhållandena i det enskilda fallet. Det inrymde därför alla de hänsynstaganden som måste göras för att upphandlingen skall bli så ekonomisk och ändamålsenlig som möjligt för myndigheten.

Enligt 15 § första stycket UR skulle det anbud antas som i beaktande av samtliga affärsmässigt betingade omständigheter var att anse som förmånligast, om ej annat följde av 18 §. Enligt anvisningarna till 15 § rörande innebörden av begreppet "samtliga affärsmässigt betingade omständigheter" var det inte möjligt att göra en fullständig uppräknig av alla de omständigheter som kunde komma i fråga i olika upphandlingssituationer. En sammanvägning av de faktorer som påverkar anbudsprövningen måste, enligt anvisningarna, ske med hänsyn till omständigheterna i varje särskilt fall och innebära en så fullständig avvägning som möjligt av de fördelar och nackdelar som är förbundna med de skilda anbuden.

3.3 Den nuvarande regleringen i LOU

3.3.1 LOU – en anpassning till EG-regler

Den 1 januari 1994 trädde LOU i kraft och ersatte därmed UF och UR. LOU infördes i syfte att anpassa de svenska upphandlingsreglerna till reglerna i EES-avtalet. Sverige hade genom detta avtal åtagit sig att införa regler motsvarande den Europeiska gemenskapens (EG) regler om den offentliga upphandlingen inom den inre marknaden. Genom EES-avtalet skapades förutsättningar för en gemensam marknad för den offentliga upphandlingen inom hela EG och EES-området. Till grund för LOU låg de direktiv som reglerade den offentliga upphandlingen inom EG och vad som överenskommits i förhandlingar mellan EG och den Europeiska frihandelssammanslutningen EFTA.

I samband med det svenska EU-medlemskapet 1995 gjordes endast marginella ändringar i lagen.

LOU innebar en omdaning i flera viktiga avseenden av det system som dittills gällt i Sverige. Den svenska upphandlingen hade redan tidigare förestavats av konkurrens, icke-diskriminering och objektivitet. I dessa avseenden innebär lagen inget nytt och upphandlingen skulle även i fortsättningen genomföras affärsmässigt. Förändringarna låg snarare i de medel som anbefalldes och tillhandahölls i LOU för uppnående av målsättningarna. Stundom utgörs dessa av tämligen omfattande detaljregleringar i en upphandlings olika skeden. Huvudsyftet var att behandla alla leverantörer lika. En väsentlig ändring från tidigare var uppdelningen av anbudsprövningen i en kvalifikationsfas, som gäller leverantörernas kvalifikationer, och en utvärderingsfas som enbart tar sikte på själva anbudsprövningen.

EG-direktiven avser endast de större upphandlingarna, de som överstiger vissa s.k. tröskelvärden. Upphandlingar under dessa värden - s.k. förenklade upphandlingar som regleras i lagens sjätte kapitel - är inte detaljreglerade i samma utsträckning. Sådana upphandlingar är upphandlingar av varor, s.k. A-tjänster och byggentreprenader under de angivna tröskelvärdena och upphandlingar oavsett värde av s.k. B-tjänster. Lagens huvudprincip, dvs. bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU om affärsmässighet och bestämmelserna om överprövning och skadestånd tillämpas dock även på de förenklade upphandling, urvalsupphandling och direktupphandling.

3.3.2 Affärsmässighetsbegreppet i LOU

Affärsmässighetsbegreppet återfinns som nämnts inledningsvis i 1 kap. 4 § LOU. Någon definition av begreppet finns inte. Det fanns dock redan i 3 § UF och UR och överfördes med samma innehåll från dessa författningar till förstnämnda paragraf.

Huvudregeln om affärsmässighet kompletteras främst genom bestämmelserna 1 kap. 17-18 §§ LOU samt 1 kap. 22 § och 6 kap. 12 § LOU.

Bestämmelsen i 1 kap. 17 § LOU gör det möjligt att ställa vissa angivna krav på leverantörerna (uteslutningskriterier och kvalifikationskriterier) avseende t.ex. deras ekonomiska ställning, deras kapacitet och deras vandel i fråga om yrkesutövningen. Större krav än som anges i bestämmelsen får inte ställas. Av 1 kap. 18 § LOU framgår på vilka sätt en leverantör kan visa att han uppfyller ställda krav enligt 1 kap. 17 § LOU genom intyg o.dyl. I 1 kap. 22 § LOU

anges de grundläggande kraven på hur prövningen av anbud skall gå till och vilket anbud som får antas. Närmare bestämt gäller att det anbud skall antas som antingen är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till samtliga angivna omständigheter eller det som har lägst anbudspris. I 6 kap. 12 § LOU finns en motsvarande bestämmelse för prövning av anbud vid förenklad upphandling.

Nämnda bestämmelser anses grundläggande för att en fri konkurrens skall uppnås. Regeln om lägsta pris är enkel att tillämpa för såväl anbudsgivare som leverantör. Den passar emellertid inte i många upphandlingar där man vid bedömningarna måste ta hänsyn till fler faktorer än priset. Hänvisningen till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet gör att den upphandlande enheten redan från början måste göra klart för sig hur olika omständigheter kan värderas i ekonomiska termer. Enheten bör redan vid upphandlingens början så långt möjligt värdera kring omständigheternas ekonomiska betydelse.

3.3.3 Affärsmässighetsbegreppet enligt Karnov

I *Karnov*³⁹ kommenteras bestämmelsen enligt följande:

”Här anges att upphandling skall ske i konkurrens, affärsmässigt och objektivt. Därmed är bestämmelsen ett utflöde av reglerna om de fyra friheterna och icke-diskrimineringsregeln i Romfördraget. Eftersom regeln gäller för all upphandling innebär detta att även de i övrigt nationellt grundade reglerna i 6 kap. här får en anknytning till de övergripande reglerna i Romfördraget. Objektivitetskravet framgår av förbudet mot ovidkommande hänsyn. Konkurrenskravet uttrycks så att de konkurrensmöjligheter som finns skall utnyttjas, varmed avses att den marknad skall uppsökas som finns för den upphandling som görs. Detta innebär att den totala marknaden inte alltid behöver uppsökas. Avgränsningen får, inom givna regler i de efterföljande kapitlen och med hänsyn till kraven på affärsmässighet, göras från fall till fall beroende av upphandlingens storlek och kompetenskraven för varje enskilt kontrakt. I en upphandling skall den upphandlande enheten i alla delar bete sig affärsmässigt. I affärsmässigheten ligger också att den upphandlande enheten inte bör uppställa krav som kan innebära en begränsning av konkurrensen. I ett fall hade en upphandlande enhet begärt av anbudsgivarna att de i sina anbud skulle specificera sina kostnader, enligt en till förfrågningsunderlaget fogad kostnadsspecifikation

³⁹ Eskil Nord i *Karnov* 1997/98, s. 1412.

innefattande kostnader för administration, lärare och instruktörer. Länsrätt och Kammarrätt ansåg att ett sådant krav var otillåtet. Upphandlingen skulle därför göras om. Den upphandlande enheten fullföljde sin talan till Regeringsrätten. Regeringsrätten ansåg att kravet på en sådan specifikation var konkurrensbegränsande och avsåg den upphandlande enhetens överklagande (RÅ 1997 ref. 40).”

3.3.4 Affärsmässighetsbegreppet enligt lagkommentaren

I *Offentlig upphandling – en lagkommentar*⁴⁰ är författarna kritiska mot portalparagrafens utformning. De anser att bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU borde knytas till gemenskapsrättens krav och definitioner. Kopplingen till EG-direktiven är alltför otydlig, alldeles särskilt som paragrafen är lagens huvudregel. Enligt kommentaren är principerna om icke-diskriminering, öppenhet, förutsebarhet, likabehandling, ömsesidigt erkännande, proportionalitet m.fl. principer som Sverige har skyldighet att följa för att garantera de fyra friheterna i syfte att nå en gemensam inre marknad. Enligt kommentaren täcker bestämmelsen idag endast nödtorftigt dessa krav, samtidigt som den, med hänsyn till innebörden av begreppet affärsmässighet, begränsar handlingsfriheten för den upphandlande enheten att, i den utsträckning gemenskapsrätten medger, ta alla de hänsyn vid upphandlingen som den anser lämpliga.

Enligt kommentaren vore det olyckligt om de upphandlande enheterna och domstolarna med hänvisning till begreppet affärsmässighet gör tolkningar som avviker från tolkningar på området inom gemenskapsrätten eller i tolkningen lägger in allt som de anser följa av ett allmänt språkbruk utan att inse att affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § LOU är ett begrepp med en viss innebörd.

3.3.5 Affärsmässighetsbegreppet och kravet på en effektiv offentlig upphandling

Konkurrens ingår i begreppet affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § LOU. Marknadsekonomi bygger på att det finns konkurrens mellan företagen. Konkurrensen stärker det svenska näringslivets för-

⁴⁰ Sveriges Rikes lag, kommentarer, *Offentlig upphandling*, Margareta Hentze, Hans Sylvén, 1998, lagbokskommentaren, uppl. 1:2, s. 40-41.

måga att hävda sig på internationella marknader och den stimulerar till bättre användning av samhällets resurser. Ett ökat konkurrens-tryck kommer konsumenterna tillgodo genom att priserna pressas och genom att utbudet av varor och tjänster blir större och mer varierat. Kravet i nämnda bestämmelse på ett utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns innebär ett krav på att aktivt söka konkurrens. Kravet på objektiv handläggning av upphandlingsärenden måste också beaktas i sammanhanget. Det får inte uppkomma en snedvriden konkurrens. Upphandlingen skall genomföras affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn, dvs. objektivt. En sådan handläggning syftar till att åstadkomma konkurrens på lika villkor och utgör sålunda en viktig förutsättning för att den upphandlande enhetens uppträdande i upphandlings-sammanhang skall åtnjuta förtroende.

I kravet på affärsmässig upphandling ligger att enheten skall göra en så ekonomiskt bra affär som möjligt. Detta krav är väl inarbetat i svensk förvaltning och leder i sig till en strävan hos handläggarna att göra så ekonomiskt goda affärer som möjligt för myndigheten.

3.4 Stämmer affärsmässighetsbegreppet överens med gemenskapsrätten?

3.4.1 Det gemenskapsrättsliga regelverket

Samtliga EG-direktiv hänvisar i sina ingresser till att de tillkommit under beaktande av EG-fördraget från 1957. Fördraget innehåller visserligen inga speciella regler för offentlig upphandling. Däremot innehåller det vissa grundläggande krav som måste uppfyllas av medlemsstaterna även vid offentlig upphandling. Detta gäller iakttagandet av de fyra friheterna dvs. rätten till fri rörlighet mellan medlemsländerna av personer, varor, tjänster och kapital.

Art. 23 i den konsoliderade versionen av fördraget (Amsterdam-fördraget) innehåller rätten till fri rörlighet av varor och art. 28 förbud mot kvantitativa restriktioner avseende import samt åtgärder med motsvarande verkan. Art. 30 möjliggör undantag härifrån bl.a. till skydd för människors och djurs liv och hälsa och växters bevarande. Art. 49 m.fl. bestämmelser behandlar frihet att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen. Art 95 är av särskilt intresse när det gäller miljöfrågor. I punkt 3 åläggs kommissionen att i sina förslag

om hälsa, säkerhet samt miljö- och konsumentskydd ”utgå från en hög skyddsnivå” och särskilt beakta ny utveckling som grundas på vetenskapliga fakta.

Som ett utflöde av de fyra friheterna följer principerna om *lika-behandling* och *icke-diskriminering*, *öppenhet*, *förutsebarhet*, *ömsesidigt erkännande* och *proportionalitet*. Ett av de viktigaste inslagen i EG:s reglering av den offentliga upphandlingen är att den skall ske på marknadens villkor och att det är marknaden som kan ge de billigaste och bästa villkoren. Till det hör att upphandling skall ske öppet och utan särbehandling samt affärsmässigt och i konkurrens. Affärsmässigheten uttrycks genom kravet på att grunden för antagande av ett anbud skall vara antingen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till olika kriterier beroende på kontraktets art eller det lägsta priset.

Art 249 i EG-fördraget överlåter åt de nationella lagstiftande organen att bestämma form och tillvägagångssätt för införlivningen av direktiven med nationell rätt.

Direktiven kan ses som ett förtydligande av de fyra friheterna och andra principer enligt EG-fördraget. I svensk rätt har upphandlingsdirektiven införlivats genom LOU. Aktuella i sammanhanget är när det gäller upphandling inom den klassiska sektorn de tre procedurdirektiven varudirektivet 93/36/EEG, byggdirektivet 93/37/EEG, tjänstedirektivet 92/50/EEG samt ändringsdirektivet 97/52/EG och det första rättsmedelsdirektivet 89/665/EEG.⁴¹ Procedurdirektiven är sinsemellan likartat uppbyggda.

När det gäller upphandling inom försörjningssektorn är det försörjningsdirektivet 93/38/EEG, ändringsdirektivet 98/4/EG och det andra rättsmedelsdirektivet 92/13/EG som är aktuella.⁴²

⁴¹ Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L199, 09.08.1993, s.1-53, Celex nr 31993L0036), rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfaranden vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L199, 09.08.1993, s. 54-83, Celex nr. 31993L0037). Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT/209, 24.7.1992, p. 1-24, Celex nr 31992L0050), Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1993 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 (EGT L328, 28.11.1997, s. 1-59, Celex nr 311997L0052) och 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 (EGT L395, 30.12.1989, s. 33-35, Celex nr 31989L0665).

⁴² 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 (EGT L199, 09.08.1993, s. 84-138, Celex nr 31993L0038), Europaparlamentets och rådets direktiv 98/4/EG av den 16 februari 1998 om ändring av direktiv 93/38 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom

Likabehandling och icke-diskriminering

Art 12 i EG-fördraget innehåller krav på icke-diskriminering på grund av nationalitet. Krav får vid offentlig upphandling inte ställas som endast svenska företag känner till eller kan utföra.

EG-domstolen har vidare slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen. Likabehandlingsprincipen, som är tillämplig vid all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena, innebär att alla leverantörer skall ges så lika förutsättningar att delta som möjligt. Således måste den upphandlande enheten se till att lika information lämnas till alla leverantörer och att informationen finns tillgänglig för alla leverantörer samtidigt. Detta kommer bl.a. till uttryck i reglerna om annonsering. Det får inte uppkomma en snedvriden konkurrens, vilket framgår av kravet på att upphandlingen skall genomföras affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn, dvs. objektivt.

I detta sammanhang kan nämnas att i art 87 i EG-fördraget finns förbud mot otillåtna statsstöd. Oförenligt med gemenskapsrätten är stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vad slag det må vara, som snedvrider eller hotar snedvrیدا konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, om det påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Med statsstöd förstås bidrag inte bara från staten utan också från kommun, landsting m.fl. Det kan inte uteslutas att ett ensidigt gynnande av en lokal leverantör oavsett om det sker genom upphandling eller ej, kan anses som brott mot denna artikel.

Förutsebarhet och öppenhet

Med krav på öppenhet eller transparens följer skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa. Leverantörerna har rätt att få tillgång till denna information så att de i förväg får kännedom om förutsättningarna för upphandlingen. Viktiga exempel på öppenhet är krav på att förfrågningsunderlaget ska vara fullständigt och tydligt, att utvärderingskriterierna om möjligt skall

vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L101, 01.04.1998, s. 1-16, Celex nr 31998L0004) och 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 (EGT L76, 23.3.1992, s. 14-20, Celex nr 31992L0013).

vara rangordnade och att annan viktning eller betygssättning av kriterierna så långt möjligt skall framgå för leverantörerna. Av ingressen till varu- och byggdirektivet följer att den information som lämnas till leverantörerna vid annonseringen rörande varor och byggtreprenader skall vara adekvat. Detsamma anses också gälla för information som lämnas genom förfrågningsunderlaget. Upphandling av tjänster skall i största möjliga utsträckning behandlas på samma sätt.

Av kravet på öppenhet följer att alla leverantörer skall ha rätt att delta i upphandlingen.

I LOU finns ett antal bestämmelser som syftar till att tillgodose kravet på öppenhet. Enligt 1 kap. 22 § och 6 kap. 12 § LOU skall den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad med den viktigaste först.

Enligt Nämnden för offentlig upphandling (NOU) skall bestämmelsen läsas restriktivt och endast när det inte är möjligt att redan i annonsen eller förfrågningsunderlaget ange någon rangordning får man avstå från detta. Enligt NOU måste rangordningen ha gjorts av den upphandlande enheten innan anbuden skall jämföras. För att åstadkomma en rättvis jämförelse av anbuden krävs ofta också någon form av viktning och betygssättning av kriterierna. För att anbudsgivarna skall kunna lämna så ändamålsenliga anbud som möjligt är det, enligt NOU, angeläget att en sådan viktning och betygssättning framgår av förfrågningsunderlaget.⁴³

En kravspecifikation får som nämnts inte riktas mot en viss leverantör. I 1 kap. 16 a § LOU finns en bestämmelse om bl.a. innehållet i inbjudan att lämna anbud. Kraven på annonsinnehåll styrs av förordningen (1998:77) om annonser.

Under tröskelvärdena saknas sådan styrning och man får falla tillbaka på de allmänna principerna. I föreskrifterna till UF och anvisningarna till UR ställdes krav på ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Sådana bestämmelser saknas visserligen i LOU men bestämmelser finns om hur förfrågningsunderlaget skall vara utformat bl.a. i 1 kap. 12 och 13 §§ LOU som rör hänvisning till tekniska specifikationer m.m. Bestämmelser finns också om att enheten skall lämna ut förfrågningsunderlaget till leverantör inom viss tid efter det att underlaget begärts (2 kap. 14 §, 3 kap. 18 §,

⁴³ Sammanfattning av NOU info 1996 s. 20.

4 kap. 19 § och 5 kap. 20 § LOU). Enligt 6 kap. 6 § LOU har en leverantör som inte tillfrågats rätt att på begäran få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer.

Ömsesidigt erkännande

Med ömsesidigt erkännande förstås att intyg, certifikat, betyg och annan dokumenterad behörighet som utfärdats av en medlemsstats myndigheter skall gälla i upphandlingsärenden också hos myndigheter i övriga medlemsstater. Detta kommer till uttryck i 1 kap. 18 § tredje stycket LOU, enligt vilket en leverantör som är registrerad i ett EES-lands officiella förteckning över godkända leverantörer skall anses uppfylla de krav som kan ställas med stöd av 1 kap. 17 § första stycket 1-3 LOU. Bestämmelsen har betydelse även vid förenklade upphandlingar för tillämpningen av 6 kap. 9 § LOU.

Proportionalitetsprincipen

Med proportionalitet vid upphandlingar förstås att större krav på leverantören eller leveransen inte får ställas än som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven skall ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas. En leverantör kan således inte diskvalificeras på grund av en uppgift som inte är relevant för den aktuella upphandlingen eller rimligen inte är av väsentlig betydelse.

Proportionalitetsprincipen har kommit till direkt uttryck i LOU i 1 kap. 16 c §, enligt vilken bestämmelse en upphandlande enhet vid upphandling enligt 2 och 5 kap. får begära att endast sådana upplysningar om en leverantör lämnas som avses i 1 kap. 17 och 18 §§ LOU och som behövs med hänsyn till vad som skall upphandlas. Härigenom tillgodoses kravet på proportionalitet vad gäller krav på leverantören.

I 3 § UF och UR fanns en bestämmelse enligt vilken myndigheten vid upphandling skulle särskilt beakta att kraven på kvalitet och prestanda inte ställs högre än vad som behövs i varje särskilt fall. Avsikten var att hindra överkvalitet och andra fördyringar i upphandlingen. Bestämmelsen hindrade också att för höga krav ställdes i syfte att utestänga leverantörer. En motsvarande bestämmelse finns inte i LOU.

3.4.2 Regeringens inställning

I förarbetena till LOU⁴⁴ konstaterade regeringen att den grundläggande uppfattningen om hur en upphandling skall göras inte skiljer sig mellan Sverige och EG. Regeringen menade att upphandlingen enligt båda regelverken skall ske affärsmässigt, i konkurrens och på ett icke-diskriminerande sätt. Skillnaderna i Sverige och EG ansågs av regeringen snarare ligga i sättet att uppnå dessa mål.

Kravet på konkurrens enligt 1 kap. 4 § LOU uppnås enligt regeringen genom kravet på internationell annonsering. Bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU att upphandlingar skall göras utan ovidkommande hänsyn innehåller också, enligt regeringen, det centrala moment för upphandlingen på den europeiska marknaden som omfattas av principen om icke-diskriminering. Regeringen konstaterade att denna princip kan sägas ligga till grund för den mycket detaljerade direktivreglering som beslutats inom EG och som blev tillämplig för svensk del genom EES-avtalet. Direktivreglerna syftar, enligt regeringen, till att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvridande sätt.

3.4.3 Synpunkter från EG-kommissionen

I samband med EG-kommissionens genomgång av hur Sverige införlivat EG-direktiven om offentlig upphandling i LOU har kommissionen inte funnit affärsmässighetsbegreppet strida mot gemenskapsrätten. Vid denna genomgång har tjänstemän inom Regeringskansliet framfört att det svenska affärsmässighetsbegreppet skall tolkas i ljuset av gemenskapsrätten. Detta innebär att de ovan nämnda grundläggande principerna i gemenskapsrätten som återfinns i EG-fördraget skall läsas in i 1 kap. 4 § LOU även om dessa principer inte finns uttryckligen formulerade.

Enligt uppgift från svenska regeringstjänstemän har företrädare för kommissionen, efter s.k. "paketmöten" avslutat sin granskning av Sveriges införlivande av upphandlingsdirektiven och därmed ansett att direktiven har införlivats i svensk rätt. I detta sammanhang vill kommittén dock påpeka att det inte föreligger något hinder mot att en medlemsstat frivilligt ålägger sig större restriktioner än vad som är nödvändigt.

⁴⁴ Prop. 1992/93:88 s.37.

3.5 Kan samhällspolitiska mål såsom sociala hänsyn och miljömål inrymmas i affärsmässighetsbegreppet?

I affärsmässighetsbegreppet ligger ett mål om bästa värde för pengarna vid den offentliga upphandlingen i varje särskilt fall. Om LOU skall tolkas i ljuset av gemenskapsrätten får samhällspolitiska mål som erkänns i gemenskapsrätten anses vara affärsmässiga om de hanteras på sådant sätt att de inte strider mot gemenskapsrättens grundläggande principer. Enligt NOU⁴⁵ skall en upphandlande enhet inte väga in andra hänsyn än de som är relevanta för den aktuella upphandlingen. Enheten får t.ex. inte väga in långsiktiga hänsyn. Vi återkommer i kapitel 5 och 6 till i vilken utsträckning LOU och gemenskapsrätten tillåter att arbetsmarknadspolitiska, sociala och miljöpolitiska krav ställs i ett upphandlingsärende.

Här kan dock konstateras att det finns en möjlighet enligt LOU att uppställa miljökriterier vid offentlig upphandling. Miljökriterier kan enligt 1 kap. 22 § LOU ställas om de är kopplade till den vara eller tjänst som skall upphandlas dvs. skall täcka ett behov i den enskilda upphandlingen. Utformade på detta sätt kan miljökriterier utvärderas för bestämningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I det korta perspektivet, i den enskilda upphandlingen, kan således miljöhänsyn tas med beaktande av affärsmässighetsbegreppet.

En fråga som väcktes i prop. 1992/93:88 s. 71 är om det är tillåtet att upphandla dyrare med hänvisning till miljövänlighet. Frågan besvarades med utgångspunkt i regeln om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, som öppnar en sådan möjlighet. Den upphandlande enheten måste ange att enheten tar hänsyn till miljöpåverkan och om möjligt också rangordna vilka olika slag av påverkan man tillmäter betydelse. Det måste också som sagt vara fråga om att täcka ett behov i den enskilda upphandlingen vid användningen av varan eller tjänsten. Det anses därför möjligt att med stöd av 1 kap. 22 § LOU kräva att föremålet för upphandlingen skall uppfylla enhetens miljökrav.

Affärsmässighetsbegreppet är förenligt med strategier för att främja en effektiv offentlig upphandling i ett långsiktigt perspektiv. Miljöhänsyn får tas i syfte att tillgodose samhällspolitiska mål om en förbättrad miljö. Även andra möjligheter finns att integrera målsättningen om skyddet av miljön i kraven som ställs på anbudsökande (se kapitel 6).

⁴⁵ NOU:s rapport 1999-08-19 s. 40.

4 Köp mellan kommuner och kommunala företag

4.1 Inledning

Kommittén har efter skrivelser och kontakter med kommuner och kommunala företag erfarit att kommunsektorn upplever att lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) är ett betydande hinder för en rationell samordning av interna resurser. Det är idag i princip inte möjligt för en kommun eller ett landsting och ett kommunalt eller interkommunalt företag att samordna till exempel personal - och löneadministration, telefonväxel, fordon, underhåll och reparationer av fastigheter utan föregående upphandlingsförfarande. Endast om kommunen har valt att bilda en äkta koncern inom försörjningssektorerna står denna möjlighet till buds. I flertalet fall saknas denna möjlighet till intern samordning. Det kan göras gällande att detta förhållande är en naturlig konsekvens av kommunens eller landstingets beslut att låta bedriva en del av verksamheten i företagsform. Om kommunen eller landstinget vill samordna interna resurser kan kommunen välja att avveckla företaget och bedriva all verksamhet helt i egen regi och i förvaltningsform. Det kan diskuteras om inte upphandlingsskyldigheten är ett sätt att få ett "kvitto" på att det kommunala företaget är effektivt. Ett undantag från LOU skulle därmed riskera att kommunens samlade resurser inte används optimalt.

4.2 Kommunal verksamhet i företagsform

Verksamhet i företagsform utgör ett betydande inslag i kommunsektorn

En stor del av den kommunala serviceproduktionen sker genom de sammanlagt 1 659 företag som kommuner helt eller delvis är ägare av.⁴⁶ 1998 svarade dessa företag för 27 % av kommunernas sammanlagda omsättning eller cirka 131,2 miljarder kronor. Sektorn har en balansomslutning på cirka 544 miljarder kronor. Alla kommuner utom två har ett eller flera kommunala företag. Flertalet kommuner har 3-5 företag. Genomsnittligt hade de svenska kommunerna 6,2 företag 1999. Kommuner organiserar i allt större utsträckning sitt ägande i koncerner. Drygt var tredje kommun hade 1998 organiserat sitt företagsägande i fullständiga aktiebolagsrättsliga koncerner.

Företagsformen utnyttjas framför allt för kapitalintensiva verksamheter. Detta innebär att en stor del av de kommunala tillgångarna är samlade i företagssektorn. Av de sammanlagda kommunala tillgångarna år 1998 låg 55 % i företagssektorn. Inom bostads- och energiområdet är företagsformen den helt dominerande associationsformen. Det är också företag verksamma inom dessa båda områden som dominerar den kommunala företagssektorn. Bostadsföretag och energiföretag svarar tillsammans för drygt 75 % av sektorns totala omsättning och tillgångsmassa. De flesta företagen som kommunen driver är små. Även om det finns enskilda företag med svag lönsamhet uppvisar sektorn sammanlagt ett ekonomiskt positivt resultat på mellan 4 och 9 miljarder kronor årligen.

Enligt Statistiska centralbyrån köper kommuner verksamhet och entreprenader från kommunala företag för omkring 1,8 miljarder kronor per år. Den största posten är köp av tjänster avseende infrastruktur, skydd m.m. som uppgår till 719 miljoner kronor per år. Här innefattas bland annat gator, vägar, parkering, parker och räddningstjänst. Affärsverksamhet står för 566 miljoner kronor per år. Kommunerna köper även tjänster avseende skola, vård och omsorg för omkring 500 miljoner kronor per år.⁴⁷ De totala köpen

⁴⁶ Kommunala företag, Svenska Kommunförbundet, 2000

⁴⁷ Kommunernas hushållning med resurser 1999, SCB

motsvarar drygt en procent av de kommunala företagens omsättning. I vilken utsträckning som företagen köper tjänster av kommunerna finns det ingen statistik på.

Energi och bostadsföretag dominerar

Mätt som antal företag befinner sig den kommunala företagssektorn idag på samma nivå som i början på 1970-talet. En successiv ökning skedde i slutet av 1980-talet och början av 1990-talet. Tillväxten förklaras framför allt av att tekniska verksamheter ombildades från förvaltningsform till aktiebolagsform. Denna tillväxt har idag stannat upp. Utvecklingen går mot att sektorn minskar mätt som antal företag såväl som mätt som konsoliderad andel av kommunsektorn. Under perioden 1995–1999 har antalet företag netto sjunkit med 105 företag. Detta trots att kommunerna under denna period, av laga skäl, varit tvingade att dela på energiverksamheten i ett nätföretag och i ett handelsföretag (dessa delningar har uppskattningsvis ökat företagssektorn med ett hundratal företag). Utvecklingen framgår också av de kommunala boksluten för 1997, 1998 och 1999. Under dessa år minskade såväl företagssektorns omsättning som dess sammanlagda tillgångar. Utvecklingen förklaras främst av förändringar inom området. Minskningen av antalet bostadsföretag är del av en lång trend. Denna grupp av företag har successivt minskat sedan 1980-talet. Utvecklingen beror primärt på att det skett en koncentration i meningen att kommuner med flera företag sammanfört dessa men också på att några kommuner sålt sina allmännyttiga bostadsföretag. En tydlig trend är också att energiföretag börjat säljas ut. Intressant att notera är också att gruppen ”övriga företag” minskar, dvs. företag som inte är verksamma inom områden som energi, bostäder, fastigheter eller annan teknisk infrastruktur. Under perioden 1995 till 1999 försvann femtio företag av sammanlagt 223, dvs. drygt vart femte företag.

Företagssektorn minskar

Företagssektorn blir alltså mindre. Samtidigt går utvecklingen mot att den kommunala företagssektorn blir allt mindre kommunal.

Enligt Svenska Kommunförbundet finns det flera indikatorer på detta:

- Antal företag som till 100 % ägs av kommuner sjunker. 1996 fanns det 1 206 sådana företag. 1999 hade antalet sjunkit till 1 129. Under tre år har alltså 77 helägda företag försvunnit.
- Andelen företag där kommuner delar ägandet med andra ägarkategorier ökar. 1996 utgjorde denna kategori 27,3 %. 1999 hade andelen ökat till 31,9 %.
- Den kommunala ägarandelen i de företag där ägandet delas med andra ägarkategorier sjunker. 1996 utgjorde den kommunala ägarandelen i dessa företag 53,0 %. 1999 hade ägarandelen sjunkit till 50,8 %.

Sektorn domineras fortfarande av de företag som kommuner är ensamma ägare till eller är majoritetsägare i. Den del av sektorn som växer utgörs emellertid främst av företag där kommuner är minoritetsägare. 1996 fanns det t.ex. 178 minoritetsägda företag. 1999 hade antalet ökat till 224, dvs. en ökning med 26 % under en treårs period. Företag där kommuner samarbetar med externa partners svarar också för en allt större del av företagssektorn. 1999 svarade dessa företag för 35 % av sektorns totala omsättning och 28 % av tillgångsmassan. Det finns inga sammanställda uppgifter på vilka dessa externa ägare är.

För landstingens del är den del av verksamheten som bedrivs i företagsform relativt blygsam. Flertalet landstingsägda tvätteriföretag har avvecklats. Det finns dock ett visst nytt tillskott inom sjukvårdssektorn.

Motiv för kommunala företagsbildningar

Motivet för kommunerna att bedriva verksamhet i företagsform har växlat. När kommunerna under senare delen av 1800-talet och början av 1900-talet engagerade sig i järnvägsutbyggnaden, spårvägsbyggande, gas och elektricitetsframställning samt bostadsbyggande erbjöd aktiebolagsformen och stiftelseformen en institutionaliserad form för samarbete mellan kommunerna och privata intressen. Ett viktigt argument för företagsformen var att de inte var underkastade offentligrättslig reglering. Förvaltningsformens

beslutsvägar framstod som alltför omständliga och tidskrävande i affärsmässiga sammanhang.⁴⁸ På senare tid har ekonomisk effektivitet och det förhållandet att företaget automatiskt utgör en urskiljbar och avgränsad redovisningsenhet lyfts fram. Ett kommunalt företag utgör automatiskt en avgränsad redovisningsenhet som anses försvåra korssubventionering mellan skattefinansierad och avgiftsfinansierad verksamhet. Från kommunalt håll framhålls att den kommunala självstyrelsens kärna är friheten att själv bestämma om formerna för den kommunala verksamheten. Lagstiftningen om energiverksamhet och bostadsförsörjning gör det dessutom i praktiken omöjligt att bedriva sådan verksamhet i förvaltningsform.

4.3 Rättsregler som styr kommunernas och landstingens företagsdrift

Organisation och verksamhetsformer

I 8 kap. 5 § regeringsformen föreskrivs att grunderna för kommunernas organisation och verksamhetsformer skall bestämmas i lag. Enligt 3 kap. 16 § kommunallagen (1991:900) får kommuner och landsting, efter beslut i fullmäktige, lämna över vården av en kommunal angelägenhet, för vars handhavande särskild ordning inte föreskrivits, till ett aktiebolag, ett handelsbolag, en ekonomisk förening, en ideell förening, en stiftelse eller en enskild individ. Vården av en angelägenhet som innefattar myndighetsutövning får enligt 11 kap. 6 § 3 st. regeringsformen överlämnas endast om det finns stöd för det i lag. Myndighetsutövning innebär en rätt att bestämma om lagreglerade rättigheter och skyldigheter för enskilda. Stöd för ett sådant överlämnanden finns t.ex. i lagen om kommunal parkeringsövervakning.

Vissa verksamheter skall enligt speciallagstiftning bedrivas i kommunal regi och med egen personal. Exempel på sådana är undervisning inom den *kommunala* grundskolan, kärnämnen inom den *kommunala* gymnasieskolan, *kommunal* skolhälsovård, civilförsvaret och räddningstjänsten som *helhet*. Sådana verksamheter går då inte att lämna över varken till ett kommunalt eller privat

⁴⁸ Fakta och argument om kommunala företag, Svenska Kommunförbundet, 1997

företag. Stödfunktioner såsom måltidsverksamhet och städning berörs inte

Kompetenslig verksamhet

En grundläggande princip är att den verksamhet som överlämnas till ett kommunalt företag skall falla inom *den kommunala kompetensen* enligt kommunallagen eller enligt speciallagstiftningen samt att risken för kompetensöverskridanden vid verksamhetens utövande skall vara ringa. Den allmänna kompetensen följer av 2 kap. 1 § kommunallagen där det föreskrivs att kommuner och landsting själva får ha hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets område eller dess medlemmar och som inte skall skötas enbart av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller någon annan. Lagrummet begränsar föremålet för den kommunala verksamheten till allmänintresset och lokaliseringsprincipen. Verksamheten får heller inte vara förbehållen andra offentliga huvudmän eller någon annan. Om det med hänsyn till arten av ett visst ändamål anses vara ett allmänt intresse att en kommun eller ett landsting främjar ett visst ändamål, är de berättigade till detta även om åtgärden kommer bara en mindre del av kommunens eller landstingets område eller ett mindre antal medlemmar till godo. I kravet på ett allmänt intresse ligger också ett principiellt förbud mot att ge understöd till enskilda eftersom det i regel inte kan vara ett allmänt intresse att sådant understöd lämnas. Stadgandet uttrycker även den för kommuner och landsting centrala lokaliseringsprincipen. Denna princip innebär att en kommunal åtgärd måste vara knuten till kommunens område eller dess invånare för att den skall anses laglig.

I en rad speciallagar, t.ex. socialtjänstlagen (1980:620) och skollagen (1985:1100) föreskrivs såväl kommunala skyldigheter som ytterligare befogenheter jämfört med den allmänna kommunala kompetensen. I särskilda s.k. smålagar t.ex. lagen (1968:131) om vissa kommunala befogenheter inom turistväsendet och lagen (1993:406) om kommunalt stöd till boendet utvidgas den kommunala kompetensen och avsteg görs från de kommunalrättsliga grundprinciperna.

Kommunallagen innehåller därutöver ett antal principer som begränsar handlingsutrymmet särskilt i fråga om utformning av taxor och avgifter. Enligt 8 kap. 3 a § kommunallagen får kommunerna ta

ut avgifter för tjänster och nyttigheter som de tillhandahåller. Enligt 8 kap. 3b § kommunallagen får inte högre avgifter tas ut än som svarar mot kostnaderna för de tjänster eller nyttigheter som kommunen tillhandahåller (självkostnaden). Självkostnadsprincipen skyddar kommunmedlemmarna mot risken för monopolprissättning. Likställighetsprincipen innebär att kommuner skall behandla sina medlemmar lika om det inte finns sakliga skäl för något annat. Särbehandling av enskilda eller grupper av kommunmedlemmar får inte ske på annat än objektiv grund

Den kommunala näringslivskompetensen

I huvudsak styrs kommunernas möjligheter att engagera sig inom näringslivsområdet av den allmänna kompetensregeln i 2 kap 1 § kommunallagen. Jämsides med denna regel finns även särskilda regler om näringsverksamhet i 2 kap 7 och 8 §§ kommunallagen.

Enligt 7 § får kommuner och landsting *bedriva egen näringsverksamhet*, om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget. Enligt 8 § får kommuner och landsting genomföra åtgärder för att *allmänt främja näringslivet* i kommunen eller landstinget. *Individuellt stöd* får lämnas bara om det finns *synnerliga skäl* för det.

I förarbetena⁴⁹ sägs att bestämmelsen ger uttryck för kommunernas och landstingens kompetens i näringslivsfrågor samt den kommunalrättsliga principen om förbud mot spekulativa företag. Den kommunala näringsverksamheten skall bäras upp av ett allmänt samhällligt intresse och vinst får inte vara det primära målet med verksamheten. Syftet med den näringsverksamhet som kommunerna får bedriva skall vara att betjäna de egna medlemmarna. Ingenting hindrar emellertid att anläggningarna eller tjänsterna i praktiken också utnyttjas av andra än kommunmedlemmar. Vidare är det inget som hindrar att kommunerna bildar egna internföretag som enbart betjänar kommunen, t.ex. ett internt städbolag.

⁴⁹ Prop. 1990/91:117 s151

Samma begränsningar för kommunala företag som för kommuner och landsting

Samma kommunalrättsliga begränsningsprinciper som styr den rent kommunala verksamheten styr också kommunernas verksamhet genom kommunala företag.⁵⁰ Det betyder att de *lokaliserings-, likställighets- och självkostnadsprinciperna* i allmänhet kommer att gälla för kommunala företag. Detta innebär att de rättsliga förutsättningarna på avgörande punkter skiljer sig från de som gäller för privata företag. Reglerna tillåter inte att kommunala företag är verksamma i andra kommuner eller på den öppna marknaden annat än i mycket begränsad utsträckning.

Villkor vid bildande av kommunala företag

I kommunallagen finns regler som syftar till att fullmäktige i kommuner och landsting ges inflytande och kontroll över verksamheten i de kommunala företagen. Innan en kommun lämnar över en kommunal angelägenhet till ett *helägt aktiebolag* skall kommunen enligt 3 kap 17 § kommunallagen fastställa det *kommunala ändamålet* med verksamheten, utse *styrelseledamöter* och minst en *revisor* samt se till att *fullmäktige får yttra sig* innan sådana beslut tas i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt. Bestämmelserna gäller också när kommunen eller landstinget ensam bildar en *stiftelse* för en kommunal angelägenhet.

Kravet på precisering av det kommunala ändamålet är enligt förarbetena särskilt stark om verksamheten ligger nära gränsområdet för den kommunala kompetensen. Ändamålet kan t.ex. preciseras så att de olika grundsatser som gäller för kommunal verksamhet, bl.a. likställighetsprincipen, skall gälla för bolagets verksamhet. I andra fall kan fullmäktige i bolagsordningen ta in en bestämmelse om att bolaget inte skall drivas i vinstsyfte. Trots fullmäktiges yttranderätt kan bolaget rättsligt fatta beslut som strider mot fullmäktiges uppfattning. Fullmäktige kan då med stöd av 8 kap. 2 § aktiebolagslagen avsätta styrelsen.

Att bestämmelsen endast anger aktiebolags- och stiftelseformen beror på att dessa former är de enda som kan vara helägda respektive ha en stiftare. Övriga organisationsformer som nämns i 3 kap. 16 § kommunallagen kräver flera delägare eller parter. Av

⁵⁰ Prop. 1990/91:117 sid. 50 f.

förarbetena till 3 kap. 17 § framgår att det inte får finnas någon annan intressent överhuvudtaget i företaget hur litet ett andelsintresse än må vara (dåvarande 16 §, prop. 1990/91:117 sid. 161). Fullmäktige skall också utse minst en lekmannarevisor i aktiebolag, där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier.

Delägda företag

Innan en verksamhet lämnas över till ett bolag eller en förening där kommunen bestämmer tillsammans med någon annan (*delägt företag*), skall fullmäktige enligt 18 § första stycket se till att företaget blir bundet av de villkor som avses i 17 § i en omfattning som är rimlig med hänsyn till andelsförhållanden, verksamhetens art och omständigheterna i övrigt. Fullmäktige skall också verka för att allmänheten skall ha rätt att ta del av handlingar hos företaget enligt de grunder som gäller för allmänna handlingars offentlighet. Även kommunernas engagemang i delägda företag styrs av kompetensreglerna. Det betyder att det ofta möter rättsliga hinder för kommuner att bilda företag tillsammans med näringslivet.

Någon lägsta nivå för kommunens ägarandel eller delaktighet i den privaträttsliga organisationen finns inte angivet i lagtexten. I kommentarerna till 3 kap. 18 § kommunallagen i *Den nya kommunallagen* anser författarna att det kan ifrågasättas om det rör sig om överlämnande av en kommunal angelägenhet i den meningen att en kommunal angelägenhet lämnas över till ett annat rättssubjekt. De anser att en mer adekvat term skulle vara "samverkan" med andra intressenter⁵¹. Även interkommunalt samarbete i privaträttslig form (interkommunala företag) omfattas av denna bestämmelse.

Löpande tillsyn över kommunala företag

I 6 kap 1 § kommunallagen föreskrivs att kommunstyrelsen skall ha uppsikt över sådan kommunal verksamhet som bedrivs i företagsform. I 6 kap 7 § kommunallagen föreskrivs att nämnderna skall var och en inom sitt område se till att verksamheten bedrivs i enlighet med de mål och riktlinjer som fullmäktige har bestämt samt de

⁵¹ Den nya kommunallagen, Paulsson m.fl. sid. 153.

föreskrifter som gäller för verksamheten. De skall också se till att verksamheten bedrivs på ett i övrigt tillfredsställande sätt. Det samma gäller när vården av en kommunal angelägenhet med stöd av 3 kap 16 § har lämnats över till någon annan. Juridiska instrument för att kunna fullgöra dessa åligganden är bl.a. bolagsordning och stadgar i kommunala stiftelser.

Koncernredovisning

Kommunens årsredovisning skall enligt 8 kap 17 § kommunallagen även omfatta sådan kommunal verksamhet som bedrivs i form av aktiebolag, stiftelse, ekonomisk förening, ideell förening eller handelsbolag.

Offentlighet och sekretess i kommunala företag

Efter en lagändring 1994 har insynen ökat i kommunala företag. Enligt 1 kap. 9 § sekretesslagen skall vad som föreskrivs i tryckfrihetsförordningen om rätt att ta del av allmän handling hos myndighet också gälla handlingar hos aktiebolag, handelsbolag, ekonomiska föreningar och stiftelser där kommunen utövar ett rättsligt bestämmande inflytande. Sådana bolag, föreningar och stiftelser skall vid tillämpningen av sekretesslagen jämföras med myndighet. Med rättsligt bestämmande inflytande avses bl.a. den situationen att kommunen äger aktier i ett aktiebolag med mer än hälften av samtliga röster i bolaget.

Laglighetsprövning

Beslut som fattas i kommunala företag kan inte överklagas med laglighetsprövning i den ordning som gäller enligt 10 kap kommunallagen. Bedömningen av huruvida en verksamhet i ett kommunalt företag ligger inom ramen för den kommunala kompetensen är primärt en uppgift för bolagets styrelse. Däremot kan varje kommunalt beslut som rör bolaget, t.ex. att anta bolagsordning, att anslå medel för tecknade av aktier eller att gå i borgen för ett lån överklagas. På så sätt kan bolagets verksamhet indirekt komma att prövas i kommunalbesvärprocessen. Driver företaget en icke

kompetenslig verksamhet bör varje beslut om t.ex. kommunala subventioner kunna överklagas med framgång.

Lekmannarevisor

Kommuner har traditionellt valt en eller flera s.k. förtroendevalda revisorer vid sidan om yrkesrevisorerna i de kommunala bolagen. Den förtroendevalda revisorn har då haft samma uppdrag som den auktoriserade och tillsammans med denna undertecknat revisionsberättelsen. Avsikten med detta har varit att bolagen också skulle granskas ur ett kommunalt verksamhetsperspektiv, men detta har inte tagit sig uttryck i ett särskilt uppdrag i varken kommunallagen eller aktiebolagslagen.

Den förtroendevalda revisorn har dock från 1999-01-01 ersatts av en lekmannarevisor enligt 11 kap. aktiebolagslagen – ett nytt bolagsorgan. Anledningen är landets inträde i EU, vars direktiv inte godtar att andra än yrkesrevisorer verifierar riktigheten av större aktiebolags räkenskaper. För att även fortsättningsvis bereda tillträde för en förtroendevald revisor har därför funktionen lekmannarevisor tillkommit.

Lekmannarevisorns granskningsuppdrag kan med undantag för räkenskapsrevisionen sägas vara identiskt med kommunens revisors granskningsuppgift enligt kommunallagen.

I kommunala aktiebolag är det fullmäktige som ska utse lekmannarevisorer, vilket måste regleras i bolagsordningen. De ska utse minst en, men inget hindrar att det kan utses flera, t.ex. hela gruppen kommunala revisorer. Skyldigheten att utse lekmannarevisor gäller inte bara i helägda aktiebolag, utan även i bolag där kommunen indirekt innehar samtliga aktier. Även dotterbolag omfattas således.

Lekmannarevisorn kan till sin hjälp anlita sakkunniga revisionsbiträden, men detta är inte ett krav.

Samordning av revisionen

Några krav på samordning mellan kommunens och de kommunala bolagens revision har inte tidigare funnits uttryckt i lag. Den samordning som kommit till stånd har skett på frivillighetens väg och – där man gått längst – bestått av personunion mellan de förtroende-

valda revisorerna i bolagen och kommunrevisorerna. Vidare har bolagsstämman, efter beslut av fullmäktige, avlyft den tystnadsplikt bolagsrevisorerna har enligt aktiebolagslagen i förhållanden till kommunens revisorer. Den information som på detta sätt kunnat lämnas till kommunens revisorer har av dessa i första hand kunnat användas för en avstämning av hur kommunstyrelsen fullgjort sin uppsiktsplikt (förvaltningskontroll) såvitt gäller företagen enligt bestämmelsen i 6 kap. 1 § kommunallagen.

Genom en ändring i kommunallagen (1999:621) har betydelsefulla förändringar skett såvitt avser samordning mellan revisionen i kommuner och dess företag. Från och med år 2000 skall alla privaträttsliga juridiska personer, i vilka en fullmäktigeförsamling utsett en revisor eller lekmannarevisor enligt 3 kap. 17 § eller 18 § kommunallagen, omfattas av kommunens revision. Granskningen skall utföras av de revisorer som fullmäktige utser. I aktiebolag och stiftelser gäller därtill att dessa skall hämtas ur kretsen av kommunens revisorer med ersättare, som valts enligt 9 kap. 1 § kommunallagen.

Lekmannarevisorernas granskningsrapport i bolagen skall dessutom bifogas till revisionsberättelsen i kommunen i syfte att bredda fullmäktiges information om bolagen i deras egenskap som ägare. Motsvarande krav gäller dock inte revisionsberättelserna från de kommunala företagen, men det kan givetvis göras ändå, särskilt från stiftelser, ekonomiska föreningar och handelsbolag där förtroendevalda revisorer verkar parallellt med den auktoriserade revisorn och undertecknar revisionsberättelsen. Det framgår av ”God revisionsred i kommunal verksamhet 1999”.

Det utvidgade objektet för kommunens revision har också kompletterats med regler om upplysningsplikt för revisorer och lekmannarevisorer i aktiebolag, revisorer i stiftelser, handelsbolag och ekonomiska föreningar i förhållande till kommunens eller kommunernas revisorer. Detta gäller när kommun eller kommuner utöver bestämmande inflytande i den juridiska personen enligt den definition som gäller för att företaget skall omfattas av offentlighetsprincipen enligt 1 kap. 9 § sekretesslagen.

Kommunala företag är regelmässigt upphandlande enheter

LOU, 1 kap. 6 §, omfattar anskaffningar som görs av kommunala företag och andra offentliga företag som har inrättats i syfte att

täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär och

- vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet, eller
- vars upphandling står under statlig eller kommunal tillsyn eller en tillsyn av en annan upphandlande enhet, eller
- vars styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av stat, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet.

Reglerna innebär att praktiskt taget alla kommunala företag definitionsmässigt är upphandlande enheter. Detsamma gäller för företag som ägs tillsammans med andra kommuner. Kommunala el-handelsföretag och företag som ägnar sig åt kommunal tjänsteexport anses inte vara upphandlande enheter enligt LOU.

Kommunala företag och gemenskapsrätten

Med gemenskapsrätten för offentlig upphandling avses främst EG-fördraget, EG-direktiven om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt och EG-domstolens praxis.

EG-fördraget saknar direkt hänvisning till regler om offentlig upphandling. Artikel 90 anger att medlemsstaterna beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter inte skall vidta och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i EG-fördraget. Detta innebär att inte bara artiklarna 6 samt 85-94 som nämns särskilt, utan även artiklarna 30-37, 52, 59 och 223 i fördraget kan bli tillämpliga. När det gäller offentliga företag framgår det vidare av artikel 90 EG-fördraget att förbudet mot diskriminering av utländska företag, förbuden mot konkurrensbegränsande avtal och missbruk av dominerande ställning också gäller dessa företag. Med offentliga företag avses här även företag som beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter och företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol.

Genom Amsterdamfördraget infördes i EG-fördraget en ny artikel 7 d (nu artikel 16) för att markera den betydelse tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, såsom el, vatten, postbefordran,

information m.m. har för unionens gemensamma värderingar, liksom för den ekonomiska och sociala sammanhållningen. I artikeln klargörs inledningsvis att den inte påverkar fördragets regler om statsstöd och konkurrens i artiklarna 77, 90 och 92.

4.4 EG-domstolen

Frågan huruvida en kommun kan genomföra köp från sina egna företag m.m. utan att köpet föregåtts av upphandling i enlighet med EG-direktiven om offentlig upphandling har prövats av EG-domstolen i två fall.

*Arnhem-målet*⁵²

Två nederländska kommuner beslöt att sammanföra sina befintliga sophämtnings- och renhållningstjänster till en ny juridisk enhet med självständig status. Den nya enheten (ARA) bildades 1994 och ingick kontrakt med respektive kommun om att fullgöra de rättsliga skyldigheter som föreligger vad gäller avfallshantering och kommunal renhållning. Ett privat företag (BFI Holding BV) som tillhandahåller avfallshanteringstjänster anförde besvär mot beslutet att tilldela ARA kontraktet. BFI Holding BV hävdade att kontraktet skulle ha upphandlats i enlighet med tjänstedirektivet.

Generaladvokaten konstaterade bl.a. att de tjänster som utgjorde föremålet för tvisten var A-tjänster, i direktivets mening. Direktivet reglerar endast upphandlingsavtal. Andra former av tillhandahållande av tjänster, som bygger på rättsliga relationer av annan typ, ligger i själva verket ”utanför föreliggande direktivs tillämpningsområde”. Dessutom framgår det av föreskrifterna i artikel 1 a) att i direktivet avses med upphandling av tjänster onerösa avtal i skriftlig form som ingåtts mellan en leverantör av tjänster och en tilldelande förvaltning. Den relation som förbinder kommunerna vid ARA utesluter att situationen skulle kunna betecknas som en koncession på tjänster i gemenskapsrättslig mening. Uteslutningen av koncessionsförhållandet medför dock inte att den tvistiga relationen i stället skulle kunna betecknas som upphandling av tjänster. Generaladvokaten ansåg att förhållande

⁵² EG-domstolens dom 10.9.1988 i mål C-360/96, Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden och BFI Holding BV, ECR 1998 p. I-6821.

mellan kommunerna och ARA var att betrakta som en form av inter-organisatorisk delegering som inte lämnat kommunernas administrativa sfär. Kommunerna hade inte på något sätt avsett att privatisera de av kommunerna tidigare fullgjorda funktionerna inom denna sektor. Förhållandet som rådde mellan kommunerna och ARA kunde enligt generaladvokatens mening inte betraktas som en upphandling i direktivets mening. Han fäste därvid avseende vid dels finansierings-, ägande- och beslutsformen dels syftet med bolagets bildande. Kommunerna var ensamma delägare, de beslutade själva *om* och *när* de skall tillskjuta resurser, majoriteten av ARA:s ledning bestod av styrelseledamöter som var kommunalt tillsatta. Han nämnde vidare att ARA:s överlevnad ur ekonomisk synvinkel inte berodde så mycket på verksamhetens volym och verksamhetens effektivitet, som på kommunernas vilja att avsätta erforderliga finansiella resurser. Det aktuella fallet avsåg en sammanslagning av två sedan tidigare existerande funktioner och verksamheten var inte av kommersiell karaktär.

Domstolen beslutade följande dom:

”Artikel 1 b andra stycket i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster skall tolkas så, att lagstiftaren har gjort en åtskillnad mellan dels allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, dels allmännyttiga behov som är av industriell eller kommersiell karaktär.

Begreppet allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär utesluter inte behov som även tillgodoses eller skulle kunna tillgodoses av privata företag.

Egenskapen att vara ett organ som lyder under offentlig rätt är inte beroende av vilken relativ betydelse tillgodoseendet av allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär har inom det berörda organets verksamhet. Det saknar även betydelse att en oberoende juridisk person, vilken ingår i samma grupp eller koncern som detta organ, utövar affärsverksamhet.

Artikel 1 b andra stycket i direktiv 92/50 skall tolkas så, att förekomsten eller frånvaron av allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär skall bedömas objektivt. Den juridiska formen för de bestämmelser där sådana behov uttrycks saknar i det avseendet betydelse.”

Eftersom domstolen inte kommenterade frågan om upphandlingsskyldighet vid köp från egna företag har domen ett begränsat prejudikatvärde i detta avseende.

*Teckal-domen*⁵³,

EG-domstolen meddelade den 18 november 1999 dom i och då behandlat frågan om upphandlande enheters köp från egna och andra upphandlande enheters bolag skall föregås av ett upphandlingsförfarande enligt direktiven om offentlig upphandling.

I målet har EG-domstolen enligt artikel 234 EG (tidigare artikel 177 i EG-fördraget) meddelat ett förhandsavgörande avseende en fråga om tolkningen av artikel 6 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster. Frågan uppkom i samband med en tvist mellan å ena sidan Teckal Srl (nedan Teckal) och å andra sidan Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia (nedan AGAC) angående kommunens tilldelning av uppdraget att handha uppvärmningen av vissa kommunala byggnader.

I den italienska lagen föreskrivs att kommunerna skall tillhandahålla offentliga tjänster som varuproduktion och sådan verksamhet som syftar till att tillgodose sociala syften och att främja den ekonomiska och sociala utvecklingen på lokal nivå. Kommunerna kan tillhandahålla dessa tjänster, via koncession till tredje man, genom att anlita särskilda företag, institutioner utan affärsintresse eller aktiebolag som till större delen ägs av offentliga lokala intressen. Kommunerna och provinserna kan, i syfte att gemensamt förvalta en eller flera verksamhetsgrenar, bilda en sammanslutning i enlighet med föreskrifterna om speciella företag. I detta syfte skall varje kommunstyrelse, med absolut majoritet, godkänna ett avtal samtidigt med stadgarna för sammanslutningen. Sammanslutningens församling utgörs av företrädare för de deltagande enheterna, genom borgmästaren, ordföranden eller deras befullmäktigade ombud. Församlingen utser styrelse och godkänner de i stadgarna föreskrivna stiftelsehandlingarna.

AGAC är en sammanslutning som bildats av flera kommuner, däribland Vianos kommun för förvaltning av verksamhetsgrenarna energi och miljö. Enligt lagen är den en juridisk person med självständig förvaltning. I lagen föreskrivs att syftet med sammanslutningen är att den skall vara direkt ansvarig för att handha förvaltningen av vissa särskilt angivna grenar av den offentliga förvaltningen däribland ”gas för enskilt bruk och produktion, värme för enskilt bruk och produktion och därmed förenad och accessor-

⁵³ EG-domstolens dom i mål C-107/98 Teckal Srl och Commune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, REG 1999 p. I-8121.

isk verksamhet". De viktigaste förvaltningshandlingarna såsom upprättande av bokslut och budget skall godkännas av AGAC:s församling som utgörs av företrädarna för kommunerna. Det andra styrelseorganet är rådet, ordföranden för rådet och generaldirektören. Dessa ansvarar inte för sin förvaltning inför kommunerna. De fysiska personer som är medlemmar inför dessa organ skall inte inneha några poster i de deltagande kommunerna. AGAC skall iaktta balans i budgeten och ha en lönsam verksamhet. Kommunerna skall tillskjuta medel eller tillgångar till AGAC som skall betala årlig ränta till desamma. Den vinst som eventuellt uppkommer under räkenskapsåret skall fördelas mellan de deltagande kommunerna, behållas av AGAC för att öka reservfonden eller återinvesteras i AGAC:s andra verksamheter. För det fall att förlust uppkommer skall, saneringen av den ekonomiska situationen framför allt säkerställas genom att de deltagande kommunerna inbetalar nytt kapital.

Genom beslut den 27 maj 1997 anförtrodde kommunstyrelsen i Viano handhavandet av uppvärmningen av vissa kommunala byggnader åt AGAC. Beslutet föregicks inte av något som helst anbudsförfarande. AGAC fick genom beslutet i uppgift att ansvara för driften och underhållet av värmeanläggningar för de berörda kommunala byggnaderna, inklusive nödvändiga underhållsarbeten, samt leverans av bränsle. AGAC:s ersättning fastställdes till 122 miljoner italienska lire för perioden den 1 juli 1997 till den 31 maj 1998. Av detta belopp utgjorde värdet av leveransen av bränsle 86 miljoner och kostnaden för driften och underhållet av anläggningarna 36 miljoner.

Teckal, som är ett privaträttsligt företag som är verksam inom uppvärmningsbranschen, väckte vid den italienska domstolen talan och gjorde gällande att Vianos kommun borde ha använt sig av ett förfarande för offentlig upphandling som föreskrivs i gemenskapsrätten.

Den hänskjutande domstolen ställde frågan vilket av direktiven 92/50 och 93/36 som är tillämpligt. Domstolen ansåg att tröskelvärdena för tillämpning på 200 000 ECU som fastställts i båda direktiven i vart fall hade överskridits. Med hänsyn till den blandade karaktären av det uppdrag som AGAC har tilldelats, vilket dels består i att tillhandahålla olika tjänster dels i att leverera bränsle ansåg den hänskjutande domstolen att det inte kunde utslutas att artikel 6 i direktiv 92/50 är tillämpligt.

I målet uttalade EG-domstolen att de gemenskapsrättsliga föreskrifterna inom området för offentlig upphandling är tillämpliga i det fall då en statlig, regional, eller lokal myndighet anförtror leveranser av produkter och tillhandahållandet av tjänster till en sammanslutning som den själv tillhör.

Domstolen uttalade därvid att ”av beslut om hänskjutande framgår att Vianos kommun genom en särskild rättshandling har anförtrott AGAC såväl att tillhandahålla vissa tjänster som att leverera vissa produkter. Det är även otvistigt att produkternas värde är högre än tjänsternas värde” (punkt 37). Därpå konstaterade domstolen att det motsatsvis av artikel 2 i direktiv 92/50 följer att om ett offentligt kontrakt är avsett att omfatta såväl varor enligt definitionen i direktiv 93/36 som tjänster enligt definitionen i direktiv 92/50, skall bestämmelserna i direktiv 93/36 tillämpas om värdet av de varor som omfattas av kontraktet är högre än värdet av tjänsterna. Domstolen uttalade därpå att för att kunna ge den nationella domstolen som begärt förhandsavgörandet ett användbart svar kan EG-domstolen behöva ta hänsyn till gemenskapsrättsliga normer som den nationella domstolen inte har hänvisat till i sin begäran. Därav följer enligt domstolen att det finns skäl att tolka föreskrifterna i direktiv 93/36 och inte artikel 6 i direktiv 92/50.

Domstolen uttalade vidare (punkt 46) att Vianos kommun i egenskap av lokal myndighet är en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 93/36. Det ankommer på den nationella domstolen att kontrollera om förhållandet mellan den lokala myndigheten och AGAC även uppfyller de andra villkor som föreskrivs i direktiv för att utgöra ett offentligt varuupphandlingskontrakt. Så är enligt artikel 1 a i direktiv 93/36 fallet om det är fråga om ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor om bl.a. köp av produkter.

I målet var ostridigt att AGAC levererat bränsle till Vianos kommun till ett visst pris. Den nationella domstolen skall då enligt EG-domstolen kontrollera om det finns en överenskommelse mellan två skilda personer. I detta avseende uttalade domstolen att det enligt artikel 1 a i direktiv 93/36 i princip är tillräckligt att avtalet har slutits mellan å ena sidan en lokal myndighet och å andra sidan en i förhållande till denna myndighet fristående juridisk person. Endast i det fallet att den lokala myndigheten samtidigt utövar kontroll över den aktuella juridiska personen motsvarande den som utövar kontroll över sin egen förvaltning och denna

juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle någonting annat enligt EG-domstolen kunna gälla (jfr. punkt 50). Tolkningsfrågan skall således enligt domstolen besvaras med att direktiv 93/36 är tillämpligt när en upphandlande myndighet avser att sluta ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor med leverans av produkter med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet och oberoende av om denna enhet själv är en upphandlande myndighet.

När det gäller frågan huruvida ett avtal föreligger, skall den nationella domstolen kontrollera om det finns en överenskommelse mellan två skilda personer.

I detta avseende är det enligt artikel 1 a i direktiv 93/36/EG i princip tillräckligt att avtalet har slutits mellan, å ena sidan, en lokal myndighet, och, å andra sidan, en i förhållande till denna myndighet fristående juridisk person. Endast i det fallet att den lokala myndigheten, samtidigt, utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla.

Tolkningsfrågan skall således besvaras med att direktiv 93/36 är tillämpligt när en upphandlande myndighet, såsom en lokal myndighet, avser att sluta ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor om leverans av produkter med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet, oberoende av om denna enhet själv är en upphandlande myndighet.

Domstolen beslutade följande dom:

Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor är tillämpligt när en upphandlande myndighet, såsom en lokal myndighet, avser att sluta ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor om leverans av produkter med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet, oberoende av om denna enhet själv är en upphandlande myndighet.

4.5 EG-kommissionens uttalanden

När det gäller tolkning och tillämpning av EG-direktiven om offentlig upphandling har kommissionen givit ut: Guide to the Community rules on public procurement of services, Guide to the Community rules on public supply contracts och Guide to the Community rules on public works contracts. I detta sammanhang bör dock observeras beträffande dessa guiders status att de är utgivna av kommissionen med reservationen att: "This Guide has no legal value and does not necessarily represent the official position of the Commission". Det är endast EG-domstolen som är behörig att genom tolkning av EG-rätten fastställa dess innehåll.

I guiderna gör kommissionen inte några uttalanden som tyder på att kommuners köp från sina egna företag m.m. inte skulle omfattas av de olika direktiven.

EG-kommissionen, Generaldirektorat Inre marknaden

Vid möten med personer på tjänstemannanivå⁵⁴ vid EG-kommissionen, Inre marknaden, som bl.a. handhar frågor som rör offentlig upphandling, formulering och tillämpning av gemenskapsrätten, har NOU⁵⁵ diskuterat frågan om kommuners möjligheter enligt gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna företag utan upphandlingsförfarande. Kommissionen har haft att ta ställning till flera fall som rör denna problemställning och konstaterar att vare sig EG-fördraget eller direktiven om offentlig upphandling anger några specifika regler för undantag från upphandling i dessa fall.

Enligt framförda tolkningar skulle det vara möjligt för kommuner att, utan att tillämpa direktiven, ingå kontrakt med sina helägda företag förutsatt att företaget ifråga uteslutande levererar till ägaren. Huvudregeln är att när en upphandlande enhet har skapat en fristående juridisk person så kan den upphandlande enheten inte köpa någonting från den fristående juridiska personen utan föregående upphandling i enlighet med gällande direktiv. Undantaget utgör de situationer när den juridiska personen fortfarande kan betraktas såsom tillhörande den upphandlande enhetens organisation.

⁵⁴ Kommittén vill här påpeka att enskilda tjänstemäns uttalanden inte är bindande för kommissionen.

⁵⁵ Texter i det följande har hämtats från NOU:s uppdrag från regeringen avseende kommuners och landstings möjligheter enligt LOU och gemenskapsrätten att genomföra köp från egna företag m.m., NOU 1998-03-11, dnr 165/97-29. Denna text finns att läsa på NOU:s hemsida; www.nou.se.

Kommissionen skiljer således mellan de situationer när en verksamhet är att betrakta som en del av den upphandlande enheten, dvs. en del av förvaltningen, och då verksamheten är fristående.

Som en del av den upphandlande enheten betraktas verksamhet som bedrivs genom ett privaträttsligt subjekt men på ett sätt som kan likställas med verksamhet som bedrivs i förvaltningsform. Tjänstemännen på kommissionen var av den uppfattningen att om den fristående helägda juridiska personen uteslutande levererar till den upphandlande enheten kan dess verksamhet betraktas som en del av förvaltningen trots att det är fråga om en fristående juridisk person. Tjänstemännens ståndpunkt var att en upphandling i enlighet med direktiven då inte behövs.

Grunden för ovannämnda tolkning är att man efter företagsbildningen kan anse att den fristående juridiska personen fortfarande är att betrakta som en del av den upphandlande enheten, dvs. kommunen. Som NOU uppfattat tjänstemännen vid kommissionen är förutsättningarna för att den fristående juridiska personen skall kunna betraktas som en del av den upphandlande enheten

- 1) att den fristående juridiska personen är helägd av den upphandlande enheten (kommunen) och
- 2) att den fristående juridiska personen även uteslutande levererar till den upphandlande enheten (ägaren).

Kommissionen ansåg att det är önskvärt men inte nödvändigt att förutsättningarna anges i bolagsordningen. Även ett "gammalt" företag kan anses som en del av förvaltningen förutsatt att det är helägt och uteslutande levererar till ägaren, även om det inte framgår av bolagsordningen. Det torde i detta fall inte ha någon betydelse om den fristående juridiska personen utför uppgifter inom det obligatoriska eller fakultativa området.

Kommissionen har inte tagit ställning till varianter av ägarandelar eller leveransandelar. Kommissionen anger vidare att en effekt av att betrakta förhållandet mellan kommunen och den fristående juridiska personen som en del av förvaltningen är att den fristående juridiska personen i sin tur kommer att upphandla desto mer, eftersom det inte sker någon upphandling i första ledet.

Kommissionen och andra EES-länder

De EES-länder NOU varit i kontakt med (Belgien, Danmark, Finland, Frankrike, Norge och Storbritannien) har inte reglerat kommuners och landstings köp från sina egna företag vare sig i lag, tillämpningsföreskrifter eller likvärdigt.

Den danska "Klagenævnet for Udbud" har i ett avgörande ansett att kommuner inte behöver upphandla om de köper från sina egna kommunala bolag, i vart fall inte så länge kommunerna har ett bestämmande inflytande över bolagen. Avgörandet berörde Odense kommun, som överlät vissa kommunala uppgifter, avfallshantering och vattenförsörjning, till två av kommunen helägda aktiebolag. Klaganden ifrågasatte rätten att, utan upphandling enligt EG:s regler för offentlig upphandling, dels bilda och att överföra alla aktier till bolagen, dels ge bolagen rätt att förestå hanteringen av avfall och vattenförsörjning. Kommunen återopade bl.a. beträffande avfallshantering artikel 6 i tjänstedirektivet som anger undantag för köp av tjänst från annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten (motsvaras av 5 kap. 2 § LOU) och beträffande vattenförsörjningsverksamheten artikel 13 i försörjningsdirektivet som under vissa förutsättningar anger undantag för s.k. anknutna företag (motsvaras av 4 kap. 4a § LOU). Klagenævnet grundade emellertid inte uttryckligen sitt beslut på dessa två direktivartiklar utan gjorde en samlad bedömning och nämnde särskilt det förhållandet att kommunen hade ett bestämmande inflytande i bolagen. Klagenævnet fastslog att själva bolagsbildningen inte krävde upphandling. Vad beträffar kommunens beslut att utan upphandling ingå avtal med de två bolagen och att överlåta uppgifterna på dessa, ansåg Klagenævnet att det utgjorde en divisionering av kommunens samlade tillgångar som inte var att jämföras med tjänsteupphandling, i vart fall så länge kommunen hade ett bestämmande inflytande i bolagen. Klaganden har efter Klagenævnets uttalande väckt talan i dansk allmän domstol. Saken kommer alltså att tas upp till ny prövning vilket enligt Konkurrencestyrelsen i Danmark innebär att man än så länge bör vara mycket försiktig med att lägga alltför stor vikt vid Klagenævnets uttalande.

Norge förefaller vara det enda land som skriftligen behandlat frågan under vilka förutsättningar ett helägt kommunalt bolag kan betraktas som en del av förvaltningen. Närings- och Handelsdepartementet i Norge har uttalat sig i en fråga angående tjänste-

direktivets tillämplighet avseende tilldelning av kontrakt till ett kommunalt helägt (försäkrings-)bolag. Departementet ansåg att bolaget ifråga kunde betraktas som en del av förvaltningen eftersom syftet med inrättandet endast var att förse kommunen med tjänster och de tjänster bolaget i sin tur behövde anskaffa för sin verksamhet upphandlades enligt tjänstedirektivet. Departementet ansåg att kommunen kunde utnyttja bolagets tjänster utan föregående upphandling enligt tjänstedirektivet förutsatt att bolaget bibehåller sin icke kommersiella karaktär.

NOU:s synpunkter och förslag

NOU har i ovan nämnda rapport föreslagit att ”om regeringen anser det nödvändigt” undanta kommuners anskaffning från helägda företag. Dotterföretag omfattas inte. En annan variant är att det tillskapas en särskild företagsform för kommunala företag.

5 Antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt

5.1 Inledning

I kommitténs uppdrag ingår att analysera möjligheterna för en upphandlande enhet att ta in s.k. antidiskrimineringsklausuler i upphandlingsavtal.

Antidiskrimineringshänsyn utgör ett av flera sociala hänsyn som kan aktualiseras i ett upphandlingsärende.⁵⁶ En omdiskuterad fråga är om och i vilken utsträckning sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn kan tas i upphandlingsförfarandet.

Inledningsvis tar vi i avsnitt 5.2 upp frågan vad som avses med antidiskrimineringsklausuler.

I avsnitt 5.3 beskriver vi diskrimineringslagstiftning i Sverige och i EG.

I avsnitt 5.4 beskriver vi möjligheten att enligt gällande EG-reglering av offentlig upphandling ta sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn i de olika faserna i upphandlingsförfarandet. I kapitel 3 har vi närmare beskrivit innebörden av begreppet affärs-mässighet och möjligheten att enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) beakta sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn.

Avslutningsvis har vi valt att i avsnitt 5.5 göra en jämförelse med förhållandena i några andra länder när det gäller möjligheten att ta samhällspolitiska hänsyn vid offentlig upphandling.

Möjligheten att beakta miljöhänsyn vid offentlig upphandling behandlar vi i kap. 6.

⁵⁶ Public procurement in the European Union: Exploring the way toward 1996-11-27 (COM [96]0583 final, Celex nr 511996DC0583), s. 38 p.542 och Meddelande från kommissionen, Offentlig upphandling inom Europeiska unionen 1998-03-11 (KOM [98]143 slutlig, Celex nr 511998DC0143), se även Arrowsmith, Sue m.fl. (utgivare), Public Procurement; Global Revolution, Kluwer law International Ltd, London 1998, s. 219 f.

5.2 Antidiskrimineringsklausuler

5.2.1 Antidiskriminering vid offentlig upphandling

Möjligheten att vid offentlig upphandling beakta antidiskrimineringshänsyn föreslogs av diskrimineringsutredningen i betänkandet *Räkna med mångfald!*⁵⁷. Utredningen föreslog att när inga rättsliga hinder möter skall statliga myndigheter åläggas att i största möjliga utsträckning ta in s.k. antidiskrimineringsklausuler i avtal med leverantörer av varor och tjänster. Utredningen föreslog att innehållet i och närmare rutiner för användningen av denna typ av klausuler i upphandlingsavtalet skulle utredas vidare.

Riksdagen uttryckte att den ansåg det vara av vikt att åtgärder av olika slag kommer i fråga när det gäller att främja etnisk mångfald i arbetslivet liksom i andra delar av samhällslivet. Riksdagen var dock av samma uppfattning som regeringen när det gäller möjligheten att ta in antidiskrimineringsklausuler i avtal med leverantörer. Enligt regeringen måste ytterligare överväganden göras innan ett ställningstagande kunde göras beträffande antidiskrimineringsklausuler.⁵⁸ Frågan kom därefter att ingå i tilläggsdirektiven för denna kommitté.

5.2.2 Vad är en antidiskrimineringsklausul?

En fråga kommittén ställt sig är vad det innebär att ta in en antidiskrimineringsklausul i ett upphandlingsavtal. En sådan klausul skulle kunna avgränsas till att endast avse leverantörernas eventuella överträdelser av antidiskrimineringsförbuden i gällande antidiskrimineringslagstiftning. Den skulle även kunna innefatta krav på aktiva åtgärder från leverantörens sida exempelvis att leverantören har upprättat en jämställdhetsplan.

Diskrimineringsutredningen ansåg att det torde vara möjligt att ställa krav på att en leverantör dels garanterar att entreprenören bedriver ett sådant aktivt arbete för etnisk mångfald som föreskrivs i lag, dels förbinder sig att i sin verksamhet inte bryta mot diskrimineringsförbud i lag i vart fall i förhållande till arbetssökande och arbetstagare men också i förhållande till kunder.⁵⁹

⁵⁷ SOU 1997:174.

⁵⁸ Prop. 1997/98:177, bet. 1998/99:AU04.

⁵⁹ SOU 1997:174 s. 274-275.

Utredningen om frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster (FRIJA) har i uppdrag att bl.a. belysa möjligheterna att införa ett system för frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster⁶⁰.

I det delbetänkande som FRIJA överlämnade i januari 2001 behandlade utredningen reglerna kring och inställningen till frågor om frivillig jämställdhetsmärkning.⁶¹ I betänkandet gjorde utredningen bedömningen att det är möjligt att ställa krav vid offentlig upphandling på att arbetsgivaren följer jämställdhetslagens regler om det aktiva jämställdhetsarbetet - att upprätta en jämställdhetsplan.

5.3 Arbetet mot diskriminering⁶²

5.3.1 Begreppet diskriminering

Begreppet diskriminering härstammar från latinets "discrimino" och betyder "jag avskiljer". Allmänt sett används ordet ofta för att beskriva en avsiktlig negativ särbehandling. Begreppet återfinns i svensk diskrimineringslagstiftning (se avsnitt 5.3.4). Det rättsliga begreppet diskriminering saknar dock en entydig definition.

Diskriminering förutsätter en handling eller ett beteende. En åsiktsyttring kan i sig normalt inte vara diskriminering. Den kan däremot, beroende på sammanhanget, vara ett tecken på en diskriminerande avsikt med en handling.

Diskriminering har en objektiv och en subjektiv sida som ibland är svåra att särskilja. Den objektiva sidan kan delas in i direkt respektive indirekt diskriminering. Direkt diskriminering är det om en diskrimineringsgrund är direkt kopplad till en viss grupp-tillhörighet, t.ex. att endast svenska medborgare får köpa sommarhus i Småland eller att kvinnor inte får utföra nattarbete. Indirekt diskriminering föreligger om ett krav, en bestämmelse eller ett förfaringssätt framstår som neutralt men ändå i praktiken medför att personer som tillhör en viss grupp sätts i ett sämre läge än personer som tillhör en annan grupp. Ett exempel skulle kunna

⁶⁰ Dir. 1999:13.

⁶¹ Reglerna kring och inställningen till frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster (SOU 2001:9).

⁶² Se SOU 1999:49, Invandrare som företagare, s. 60 ff. och SOU 1999:91, En översyn av jämställdhetslagen, s. 43.

vara att personer som bott i Sverige under en kortare period än fem år inte får köpa sommarhus i Småland. Andra exempel kan vara att för en viss anställning kräva att personen skall vara minst 175 cm lång. Det kan handla om att ha skilda regler för deltids- respektive heltidsanställda.

Subjektivt kan diskriminering vara ett avsiktligt resultat av en handling eller tillämpning av en uppställd regel. Även en avsikt att gynna en viss grupp kan emellertid oavsiktligt leda till att en annan grupp missgynnas. Man måste hålla isär avsikten med ett handlande från insikten om den faktiska effekten av handlandet och om den föreliggande diskrimineringsgrunden. Både direkt och indirekt diskriminering kan vara avsiktlig och oavsiktlig.

Av de under 2000 antagna EG-direktiven som avser inrättande av allmänna ramar för likabehandling i arbetslivet respektive genomförande av principen om likabehandling av personer avsett ras eller etniskt ursprung (se avsnitt 5.3.3), framgår att såväl direkt som indirekt diskriminering strider mot likabehandlingsprincipen i EG-rätten.

Definitionen av indirekt diskriminering har inspirerats av den praxis från EG-domstolen som rör fri rörlighet för arbetstagare.⁶³

5.3.2 Sveriges internationella åtaganden

Sverige har ratificerat Internationella arbetsorganisationens (ILO) konvention nr 111 och nr. 100. ILO bildades 1919 och är ett FN-organ som utarbetar internationella normer i frågor som rör arbetsförhållanden, social trygghet, arbetarskydd, förenings- och förhandlingsfrihet m.m. ILO har en unik trepartsstruktur som består av representanter från regeringar, arbetsgivare och arbetstagare. ILO:s konventioner är internationella avtal som är bindande för de länder som ratificerat dem.

Den förstnämnda konventionen nr 111 angår diskriminering i anställnings- och yrkesutövning (1958). Den stat som har ratificerat konventionen skall i sin nationella politik utarbeta metoder anpassade till landets förhållanden och praxis. Metoderna skall tillämpas för att främja likabehandling med avseende på möjligheter och behandling i fråga om anställning och yrkesutövning i syfte att avskaffa diskriminering på grund av ras, hudfärg, kön, religion, politiska åsikter, nationell härstamning eller socialt ursprung.

⁶³ EG-domstolens dom 1996-05-23 i mål C-237/94, John O'Flynn mot Adjudication Officer. REG 1996 s. I-2617.

ILO:s konvention nr 100 angår lika lön för män och kvinnor för arbete av lika värde (1951) och syftar till att främja och trygga tillämpningen av principen om lika lön för män och kvinnor för arbete av lika värde.

FN:s konvention om rasdiskriminering syftar, utöver en förpliktelse att inte diskriminera, till att främja konkreta åtgärder som rör etnisk likabehandling. Av konventionens artikel 2.2. framgår att medlemmarna, om omständigheterna talar härför, skall vidta konkreta åtgärder på sociala, ekonomiska, kulturella och andra områden för att säkra utveckling och skydd av vissa etniska grupper eller enskilda personer, för att tillförsäkra dem fullt och likvärdigt nyttjande av mänskliga rättigheter och grundläggande friheter.

5.3.3 EG-direktiv avseende likabehandling

Som vi redogör för i avsnitt 5.4.2 ingår jämställdhet som en av gemenskapens uttryckliga målsättningar. Denna målsättning förpliktar gemenskapen att i all sin verksamhet undanröja bristande jämställdhet och att främja jämställdhet⁶⁴.

Sedan 25 år tillbaka finns inom EG ett direktiv om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor.⁶⁵ År 1986 tillkom ett motsvarande direktiv om likabehandling av kvinnor och män med egen rörelse, bl.a. jordbruk samt om skydd för kvinnor med egen rörelse under havandeskap och moderskap.⁶⁶

Den 29 juni 2000 antogs rådets direktiv 2000/43/EG om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung och den 27 november 2000 antogs rådets direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling⁶⁷. Direktiven syftar främst till att stärka medborgarnas skydd mot just diskriminering.

Genom direktiven inrättas allmänna ramar för att inom EU få till stånd en efterlevnad av likabehandlingsprincipen oavsett ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder

⁶⁴ Art. 2 i EG-fördraget.

⁶⁵ Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 (EGT L39, 14.2.1976, p. 40-42, Celex nr. 31976 C0207).

⁶⁶ Rådets direktiv 86/613/EEG av den 11 december 1986 (EGT L359, 19.12.1986, p. 56-58, Celex nr. 31986 C0613).

⁶⁷ Direktiv 2000/43/EG (EGT L180, 19.7.2000, s. 22-26, Celex nr. 32000L0043) och direktiv 2000/78/EG (EGT L303, 2.2.2000, s. 16-22, Celex 32000L0078).

eller sexuell läggning. Direktiven omfattar områdena anställning, sysselsättning, befordran, yrkesutbildning, anställnings- och arbetsvillkor samt medlemskap i vissa organisationer.

Den 20 december 2000 antogs rådets beslut 2001/51/EG⁶⁸ om inrättande av gemenskapens handlingsprogram avseende gemenskapens strategi för jämställdhet mellan kvinnor och män 2001 – 2005.

5.3.4 Den svenska diskrimineringslagstiftningen

Allmänt

Diskriminering kan rikta sig mot olika slags utsatta grupper i samhället. I Sverige finns fyra lagar mot diskriminering i arbetslivet med något olika innehåll. De lagar som avses är jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning. Diskriminering av utsatta grupper är straffbelagt i brottsbalken. Vidare finns ett skydd mot diskriminering i den europeiska konventionen av den 4 november 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen).

Regeringen överlämnade den 7 februari 2001 till riksdagen skrivelsen *En nationell handlingsplan mot rasism, främlingsfientlighet, homofobi och diskriminering*⁶⁹. I skrivelsen presenterade regeringen, som framgår av titeln, en handlingsplan för och brister som bör tillgodoses i det fortsatta arbetet mot rasism, främlingsfientlighet, homofobi och diskriminering på grund av etnisk tillhörighet och sexuell läggning.

I enlighet med sina direktiv har vidare 1998 års författningsutredning i delbetänkandet *Vissa grundlagsfrågor*⁷⁰ föreslagit att skyddet mot diskriminering av utsatta grupper i samhället skall vara inskrivet i grundlagen. Utredningen har således föreslagit att det i 1 kap. 2 § regeringsformen införs en bestämmelse som innebär att

⁶⁸ EGT L17, 19.1.2001, s. 22-29, Celex nr. 32001.D0051.

⁶⁹ Skr. 2000/01:59.

⁷⁰ SOU 2001:19.

det allmänna skall verka för att alla människor skall kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället. Enligt bestämmelsen skall det allmänna även motverka diskriminering av människor på grund av kön, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, språklig eller religiös tillhörighet, funktionshinder, sexuell läggning, ålder eller annan omständighet som gäller den enskilde som person.

Jämställdhetslagen

Jämställdhetslagen innehåller förutom bestämmelser om förbud mot könsdiskriminering på arbetsmarknaden även bestämmelser som ställer krav på aktivt jämställdhetsarbete av alla arbetsgivare. Jämställdhetsombudsmannen (Jämo) har tillsyn över lagens tillämpning.⁷¹

Förbudet mot könsdiskriminering gäller anställning, anställningssökande, lön, arbetsförhållanden och möjligheten att utvecklas och avancera på arbetsplatsen.

Kravet om aktivt jämställdhetsarbete (aktiva åtgärder) innebär att alla arbetsgivare ska främja lika villkor för män och kvinnor och motverka sexuella trakasserier på arbetsplatsen. Arbetsgivare med fler än nio anställda måste upprätta en särskild jämställdhetsplan varje år. Den ska göras i samråd med arbetstagarna och ska innehålla en kartläggning av löneskillnader mellan kvinnor och män, mätbara mål för ökad jämställdhet på arbetsplatsen, konkreta åtgärder som leder dit och en tidsplan för genomförandet.

Lagen om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet

Lagen om etnisk diskriminering i arbetslivet har till syfte att i fråga om arbete, anställningsvillkor och andra arbetsvillkor samt utvecklingsmöjligheter i arbetet främja lika rättigheter och möjligheter oavsett etnisk tillhörighet. Tillsynsmyndighet är Ombudsmannen mot etnisk diskriminering i arbetslivet (DO).

Med etnisk tillhörighet avses att någon tillhör en grupp av personer som har samma ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse.

Etniska trakasserier innebär enligt denna lag ett uppträdande i arbetslivet som kränker en arbetstagares integritet och som har samband med arbetstagarens etniska tillhörighet. Lagen innehåller

⁷¹ Se JämO:s hemsida (www.jamombud.se).

förbud mot såväl direkt som indirekt etnisk diskriminering i arbetslivet.

Förbuden gäller vid olika beslut beträffande inför, under och vid avslutande av den enskildes anställning. Vidare gäller förbuden när arbetsgivaren leder och fördelar arbetet. Arbetsgivare som får kännedom om att en arbetstagare är utsatt för etniska trakasserier av annan arbetstagare skall utreda och vidta de åtgärder som skäligen krävs för att sätta stopp för fortsatta trakasserier. Utöver detta ska arbetsgivare inom ramen för sin verksamhet bedriva ett målriktat arbete för att främja etnisk mångfald i näringslivet. Det gäller förebyggande och främjande åtgärder beträffande arbetsförhållandena på arbetsplatsen och vid rekrytering.

Lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder

Lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder syftar till att motverka diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder. Lagen skyddar såväl arbetstagare som arbetssökande mot diskriminering från arbetsgivarens sida. Handikappombudsmannen utövar tillsyn över lagen.⁷²

Med funktionshinder förstås varaktiga fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga begränsningar av en persons funktionsförmåga som till följd av en skada eller en sjukdom fanns vid födelsen, har uppstått därefter eller kan förväntas uppstå. Sjukdomar som kanske inte begränsar funktionsförmågan i dagsläget, men som kan förväntas få sådana effekter i framtiden t.ex. HIV, omfattas alltså av lagen. Begränsningarna av funktionsförmågan måste vara varaktiga.

Lagen är tillämplig vid såväl direkt som indirekt diskriminering. Arbetsgivaren får inte behandla en arbetssökande eller arbetstagare med funktionshinder sämre än personer utan ett sådant funktionshinder. Även om det inte finns några personer att jämföra sig med på arbetsplatsen kan en person med funktionshinder ha blivit diskriminerad. Det är nämligen också diskriminering om en arbetsgivare skulle ha behandlat en person utan eller med annat funktionshinder bättre. För att det skall kunna röra sig om diskriminering krävs att situationen är likartad för de som blir jämförda och att missgynnandet har samband med funktionshindret.

Förbudet mot diskriminering gäller när arbetsgivaren beslutar i frågor som rör den enskildes anställning, inklusive beslut som rör

⁷² Från Handikappombudsmannens hemsida (www.handikappombudsmannen.se).

arbetsansökningsförfarandet och avslutande av anställning. Diskrimineringsförbudet gäller även när arbetsgivaren leder och fördelar arbetet.

Vid anställning, befordran eller utbildning för befordran ska arbetsgivaren vidta stöd- och anpassningsåtgärder för en person med funktionshinder. En förutsättning är att åtgärderna är skäliga och att de kan skapa en likartad situation för personen ifråga i jämförelse med andra sökande. Att under dessa förutsättningar inte vidta stöd- och anpassningsåtgärder är direkt diskriminering. Vad som är skäligt får bedömas från fall till fall.

En arbetsgivare som får kännedom om att någon i personalen anser sig ha blivit utsatt för trakasserier av en annan arbetstagare ska utreda omständigheterna och vidta de åtgärder som skäligen kan krävas för att förhindra fortsatta trakasserier. Med trakasserier på grund av funktionshinder menas sådant uppträdande i arbetslivet som kränker en arbetstagares integritet och har samband med arbetstagarens funktionshinder.

Lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning

Lagen har till ändamål att motverka diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning. Med sexuell läggning avses homosexuell, bisexuell eller heterosexuell läggning.

Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning utövar tillsyn över att lagen följs.

Liksom de andra diskrimineringslagarna innehåller denna lag förbud mot såväl direkt som indirekt diskriminering. En arbetsgivare får inte missgynna en arbetssökande eller en arbetstagare genom att behandla honom eller henne mindre förmånligt än arbetsgivaren behandlar eller skulle ha behandlat personer med annan sexuell läggning i en likartad situation, om inte arbetsgivaren visar att missgynnandet saknar samband med den missgynnades sexuella läggning (direkt diskriminering). Förbudet får åsidosättas om behandlingen är berättigad av hänsyn till ett sådant ideellt eller annat särskilt intresse som uppenbarligen är viktigare än intresset av att förhindra diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.

En arbetsgivare får inte missgynna en arbetssökande eller arbetstagare med viss sexuell läggning genom att tillämpa en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt men som i praktiken särskilt missgynnar personer med den

sexuella läggningen (indirekt diskriminering). Detta gäller såvida inte syftet med bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet kan motiveras av sakliga skäl och åtgärden är lämplig och nödvändig för att syftet skall uppnås.

I likhet med de övriga diskrimineringslagstiftningarna gäller förbuden mot diskriminering när arbetsgivaren beslutar i en anställningsfråga, tar en person till anställningsintervju, eller vidtar annan åtgärd vid anställningsförfarandet, beslutar om befordran eller tar ut en arbetstagare till utbildning för befordran, tillämpar löne- eller andra anställningsvillkor, leder och fördelar arbetet eller säger upp, avskedar, permitterar eller vidtar annan ingripande åtgärd mot en arbetstagare.

Vidare har arbetsgivaren en skyldighet att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier på arbetsplatsen på grund av en arbetstagares sexuella läggning. Krav på andra aktiva åtgärder från arbetsgivarens sida saknas i lagen.

Olaga diskriminering

I 16 kap. 9 § brottsbalken återfinns en straffbestämmelse som förbjuder olaga diskriminering. Enligt den bestämmelsen kan en näringsidkare dömas för olaga diskriminering till böter eller fängelse i högst ett år om han i sin verksamhet diskriminerar någon på grund av hans ras, hudfärg nationella eller etniska ursprung eller trosbekännelse. Samma bestämmelse är tillämpligt om en person diskrimineras av ovannämnda personer på grund av att han är homosexuell.

Regeln om olaga diskriminering ska även tillämpas på den som är anställd i näringsverksamhet eller annars handlar på en näringsidkares vägnar samt på den som är anställd i allmän tjänst eller innehar allmänt uppdrag. Bestämmelsen, som inte haft avsedd effekt, är föremål för översyn.⁷³

Europakonventionen

Enligt art 14 i Europakonventionen skall de fri- och rättigheter som anges i konventionen säkerställas utan någon åtskillnad såsom på grund av kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell

⁷³ Dir. 1999:49. Uppdraget skall vara slutfört den 30 april 2001.

minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt. Europakonventionen gäller som lag i Sverige sedan den 1 november 1998.

5.4 Sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn vid offentlig upphandling

I detta avsnitt beskriver vi inledningsvis de skäl för och emot möjligheten att beakta sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn vid offentlig upphandling (avsnitt 5.4.1).

Därefter beskriver vi i olika avsnitt i vilken utsträckning det är möjligt att ta sådana hänsyn vid offentlig upphandling i dag. Först beskriver vi de grundläggande bestämmelserna i EG-fördraget (avsnitt 5.4.2) och kommissionens inställning i frågan (avsnitt 5.4.3). Vi går därefter igenom i vilken utsträckning det är möjligt att ta sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn i de olika delarna av upphandlingsprocessen. Upphandlingsprocessen kan delas in i förberedelsefasen, förfrågningsfasen och kontraktsskrivningsfasen. Förberedelsefasen innehåller arbetet med förfrågningsunderlaget och kravspecifikationen med krav på det som skall upphandlas. Förfrågningsfasen startar med en kvalificeringsfas (se nedanstående bild). En efterföljande utvärderingsfas där ett anbud kan förkastas (avsnitt 5.4.7) och en avslutande kontraktsskrivningsfas. I denna sista fas aktualiseras också tillkommande kontraktsvillkor (avsnitt 5.4.8). Avslutningsvis beskriver vi några exempel på antidiskrimineringsklausuler (avsnitt 5.4.9).

Del av upphandlingsprocessen

	1. Kvalificerings- fasen	2. Utvärderings- fasen	3. Kontrakts- skrivningsfasen
Uteslutnings- kriterier:	Kvalifikations- kriterier:	Utvärderings- kriterier:	Tillkommande kontraktsvillkor:
1 kap. 17 § 3-4 p 6 kap. 9 § 3-4 p	1 kap. 18 § 2 st.	1 kap. 22 § 6 kap. 12 §	
* brott avseende yrkesutövningen * allvarligt fel i yrkesutövningen	finansiell/ekonomisk ställning och teknisk förmåga/ kapacitet 4 kap. objektvt	anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga/ lägst anbudspris	Jfr. kommissionens tolkning av Beentjes- domen

5.4.1 Skäl för och emot arbetsmarknadspolitiska och sociala hänsyn vid offentlig upphandling

Både marknadsutvecklingen och företagsutvecklingen går mot ökad globalisering. Detta faktum ställer krav på företagen att kunna avläsa och tillfredställa en marknad med mycket större mångfald. Det innebär att företagen måste kunna hantera organisationer med kulturella olikheter, både vad gäller länders kulturer och företagskulturer (vid företagssammanslagningar). För svenska organisationer innebär detta förmodligen krav på ökad mångfald bland de anställda och krav på ökad kunskap om hur mångfald skall hanteras.

I USA har arbetslösheten varit låg under lång tid. När arbetsmarknaden är den arbetssökandes marknad måste företagen vara lyhörda för arbetskraftens önskemål vad gäller bl.a. var, när och hur arbetet utförs. Man kan ställa sig frågan om svenska företag förberett sin organisationskultur för detta.⁷⁴

Det har antagits av bl.a. företrädare inom näringslivet att en utveckling mot ökat socialt hänsynstagande vid offentlig upphandling kommer att leda till nya krav vid upphandling som bl.a. fordrar långtgående och kostsamma verifieringar. Det kan vara svårt att

⁷⁴ Sveriges Tekniska Attachéer, "Managing Diversity – strategier för mångfald i USA", 1999, s. 69.

överblicka konsekvenserna av att införa större möjligheter att ta arbetsmarknadspolitiska och sociala hänsyn än vad som görs i dag.

En risk med att använda offentlig upphandling som ett verktyg för att uppnå samhällliga mål är givetvis att det skulle kunna leda till att svenska och utländska företag kan komma att behandlas olika. Så blir exempelvis fallet om det vid upphandling ställs krav som tar utgångspunkt i allmänna mål inom arbetsmarknads- och jämställdhetspolitiken. Företrädare för näringslivet hävdar att sådana krav endast kan ställas på svenska företag. Det medför att principen om likabehandling sätts ur spel.

Företrädare för det privata näringslivet och offentliga upphandlare har framfört att osäkerheten i anbudsprövningen kommer att öka ju fler faktorer som skall vägas in vid bedömningen. Framförallt har leverantörer och deras företrädare uttryckt oro för att detta leder till ökat godtycke vid offentlig upphandling. Att till en sådan prövning tillföra ytterligare faktorer, vilka skulle röra allmänna samhällspolitiska mål, försvårar en rättvis prövning. Det leder enligt näringslivet inte bara till svårhanterliga problem för inköparna utan också till sämre anbud och därmed även till ökade kostnader för skattebetalarna.

Rädslan för godtyckliga bedömningar beror till stor del på svårigheterna att utforma förfrågningsunderlag, utvärdera anbudena och under avtalstiden följa upp efterlevnaden av ifrågavarande krav.

Vidare har det framförts en uppfattning att om syftet med antidiskrimineringsklausuler är att leverantörerna skall uppfylla angivna krav i lagstiftningen har klausulerna inte någon självständig betydelse. De leverantörer som lyder under svensk lag skall naturligtvis följa den. Detta förutsätter dock en god efterlevnad av diskrimineringslagarna. Företrädare för de ombudsmän som är satta att utöva tillsyn över dessa lagar har till kommittén framfört att så inte är fallet. JämO har, i en undersökning utförd av SCB (1999), konstaterat att endast 22 procent av de privata företag som enligt jämställdhetslagen skall ha en jämställdhetsplan, har en sådan.⁷⁵

Ett annan uppfattning som har förts fram av företrädare för näringslivet är att den leverantör som dömts och straffats för överträdelse av diskrimineringslagstiftningen straffas dubbelt om han inte får leverera till den offentliga sektorn. Vid kommitténs kontakter med JämO och DO har det framförts att de leverantörer som får en domstols dom eller ett beslut från tillsynsmyndigheten emot sig, i många fall är de som framgent bedriver ett framgångs-

⁷⁵ Se JämO:s hemsida (www.jamombud.se).

rikt arbete med dessa frågor. Det är därför olämpligt att omedelbart utesluta den leverantör som har en dom eller ett beslut emot sig. Det är viktigt att fråga efter vilka åtgärder som vidtagits efter domen eller beslutet och därefter göra en bedömning.

I kommitténs kontakter med diskrimineringsombudsmännen har argumentet framförts att det är en trovärdighetsfråga att myndigheter satsar på genomdrivande av diskrimineringslagstiftningen och inte lägger allt ansvar på den private arbetsgivaren.

Ett viktigt argument som förts fram i debatten är vidare att skattemedel inte skall gå till företag som diskriminerar sina anställda. Många kommuner har en policy som syftar till att bl.a. öka jämställdheten mellan kvinnor och män, att integrera personer med utländsk ursprung, personer med fysiska och psykiska handikapp m.m. Det rimmar illa med en sådan policy om någon av kommunens leverantörer ägnar sig åt verksamhet som strider mot denna.

5.4.2 Utgångspunkter

EG-fördraget saknar speciella bestämmelser om offentlig upphandling. Reglerna om offentlig upphandling emanerar ur de grundläggande principerna för den inre marknaden; fri rörlighet för varor och tjänster och fördraget innehåller en mängd målsättningar och grundläggande principer som inverkar på den offentliga upphandlingen.

Utgångspunkten för all upphandling är enligt huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU att upphandlingen skall genomföras affärsmässigt. Vi har närmare beskrivit innebörden av det begreppet i kapitel 3.

För all upphandling gäller därutöver fem EG-rättsligt grundade allmänna grundprinciper om ickediskriminering, likabehandling, proportionalitet, förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och öppenhet i förfarandet.

Syftet med EG-direktiven om offentlig upphandling är främst att ge leverantörerna i EU lika möjligheter att lämna anbud på offentliga upphandlingskontrakt i alla EU-länder. Frågan om offentlig upphandling kan användas i syfte att främja social- och arbetsmarknadspolitiska målsättningar har ett samband med den allmänna rättsutvecklingen inom EU.

Under 1994 enades de fördragsslutande parterna att mellan sig bilda en europeisk union. Unionen grundas på EG-fördraget och det nya EU-fördraget, Maastrichtfördraget. Under 1998 trädde

Amsterdamfördraget i kraft. Amsterdamfördraget är en vidareutveckling och en fördjupning av de fördragsslutande staternas samarbete.

Gemenskapsrätten har historiskt sett grundat sig på ekonomiska hänsyn. Genom Amsterdamfördragets ikraftträdande lades grunden för en tydligare inriktning av socialpolitiken och arbetsrätten i gemenskapen.

EG-fördragets kapitel om socialpolitik har utvidgats och förtydligats och det finns numera också ett särskilt kapitel om sysselsättningspolitiken. De sociala målsättningarna har genom Amsterdamfördraget fått en ökad tyngd i EG-fördragets övergripande målsättningsbestämmelser.

I art 2 i EG-fördraget anges exempelvis en hög nivå i fråga om sysselsättning och socialt skydd och jämställdhet mellan kvinnor och män samt en höjning av levnadsstandarden och livskvaliteten som målsättningar för unionen. Upprättandet av en gemensamt marknad, EMU och den fria rörligheten av varor, personer, tjänster och kapitel anges vara ett medel för att uppnå bl.a. detta mål.

I artikel 3 i EG-fördraget beskrivs gemenskapens verksamhetsområden däribland en inre marknad som kännetecknas av att hindren för fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital avskaffas mellan medlemsstaterna. Genom Amsterdamfördragets ikraftträdande den 1 maj 1998 gjordes ett tillägg till artikeln. Enligt tillägget skall arbete för jämställdhet mellan kvinnor och män integreras i alla gemenskapens verksamhetsområden dvs. bl.a. den inre marknaden och den fria rörligheten.

I art 6 i EU-fördraget står att unionen bygger på bl.a. respekt för de grundläggande mänskliga fri- och rättigheterna. Unionen skall som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen.

EG-fördraget innehåller vidare flera allmänna grundläggande principer som är tillämpliga vid all offentlig upphandling, dvs. vid upphandling såväl över som under tröskelvärdena.

I upphandlingsdirektiven finns inte några bestämmelser som direkt behandlar frågan om vilka sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn som kan tas inom ramen för en offentlig upphandling. Det huvudsakliga motivet för samtliga upphandlingsdirektiv är det ekonomiska målet att realisera en inre marknad. Som vi ovan nämnt skall detta mål enligt EG-fördraget realiseras genom bl.a. jämställdhetshänsyn.

5.4.3 Kommissionens inställning

Nuvarande direktiv

Kommissionen har i sin grönbok om offentlig upphandling⁷⁶ kommenterat under vilka omständigheter hänsyn till sociala kriterier kan tas vid offentlig upphandling. Enligt kommissionen kan upphandlande enheter anmodas genomföra olika arbetsmarknads- och socialpolitiska aspekter vid sina upphandlingar, eftersom offentliga inköp i själva verket kan vara ett viktigt sätt att påverka ekonomiska aktörers agerande. Som exempel på sådana arbetsmarknads- och socialpolitiska mål nämns juridiska skyldigheter i fråga om anställningsskydd och arbetsvillkor, som är bindande på den arbetsplats, där bygg- och anläggningsarbeten utförs, eller så kallade positiva åtgärder.

Positiva åtgärder innebär att offentlig upphandling används som ett medel för att uppnå ett eftersträvat mål, till exempel genom att bygga upp en stadigvarande avsättningsmöjlighet för en skyddad verkstad, som inte rimligtvis kan förväntas tåla konkurrensen från vanliga affärsföretag med en normal produktivitetsnivå. I nämnda situationer gäller enligt kommissionen fortfarande det regelverk som skapats av EG-fördraget och direktiven. Sedan direktiven om offentlig upphandling trätt i kraft, ställs därför enligt kommissionen ständigt frågan om och i vilken utsträckning dessa sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn kan eller bör eftersträvas, med hänsyn till de särskilda begränsningar, som direktiven föreskriver för att undvika att deras syfte ifrågasätts.

I meddelandet om offentlig upphandling utvecklade kommissionen sin syn på frågan om arbetsmarknadspolitiska och sociala hänsyn kan beaktas i upphandlingsärenden.⁷⁷ Inledningsvis uttalade kommissionen att den redan i sin grönbok angett under vilka omständigheter sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn bör kunna beaktas vid offentlig upphandling och att den där bl.a. pekat på möjligheten att ställa krav på att gällande social lagstiftning skall tillämpas, i synnerhet gemenskapens lagstiftning på området. Ett exempel är den lagstiftning som härrör från ILO.

⁷⁶ Offentlig upphandling inom Europeiska unionen: Överväganden inför framtiden, 1996-11-27, KOM (96) 583 slutlig, p. 5-38 – 5.44.

⁷⁷ KOM(98)143 slutlig.

Vi återkommer i de följande avsnitten till kommissionens inställning till möjligheten att beakta sociala och arbetsmarknads-politiska hänsyn i de olika delarna av upphandlingsprocessen.

I meddelandet utlovade kommissionen ett tolkningsdokument som förtydligar gällande principer som tillåter beaktandet av sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn. Meddelandet kommer enligt nuvarande planer att presenteras i slutet av maj 2001.

I meddelandet uppmanade kommissionen vidare medlemsstaterna att använda sitt inflytande såsom inköpare att fullfölja sociala och arbetsmarknadspolitiska mål och sa sig själv komma att agera på samma sätt i sina egna upphandlingsförfaranden.

*De nya direktivförslagen*⁷⁸

I de nya direktivförslagen besvaras inte frågan vilka sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn som kan tas och i vilken utsträckning det kan ske. I ingressen till respektive direktivförslag anges visserligen att ett utförandevillkor skall anses vara förenligt med direktivet förutsatt att det inte är direkt eller indirekt diskriminerande mot anbudsgivare från andra medlemsstater och om det anges i upphandlingsmeddelandet⁷⁹. Utförandevillkor är detsamma som tillkommande kontraktsvillkor. Skrivningen bygger på kommissionens tolkning av Beentjes-målet⁸⁰, dvs. att ett villkor rörande sociala hänsyn är tillåtet endast som ett tillkommande kontraktsvillkor. Som vi närmare utvecklar i avsnitt 5.4.7 har EG-domstolen dock i ett senare avgörande klargjort att det villkor som var aktuellt i Beentjes-fallet var ett utvärderingskriterium.

5.4.4 Krav på det som upphandlas

En upphandlande enhet har frihet att själv specificera krav på det som skall upphandlas under förutsättning att dessa krav inte på ett

⁷⁸ Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader, 2000-05-10 (KOM[2000] 0275 slutlig – COD2000/0115, EGT C29E, 30.01.2001, s. 11-111, Celex nr. 52000PC0275) och förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi och transporter, 2000-05-10 (KOM[2000]0276 slutlig-COD2000/0117, EGT C29E, 30.01.2001, s. 112-118, Celex nr. 52000PC0276).

⁷⁹ Punkt 22 i ingressen till det föreslagna direktivet om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader, KOM 275 slutlig s. 33 och punkt 32 i ingressen till det föreslagna direktivet om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi och transporter, KOM 2000 (276) slutlig.

⁸⁰ EG-domstolens dom 1998-09-20, mål nr. 31/87 Gebroeders Beentjes, REG 1988 s. 4635.

otillbörligt sätt styr mot en viss leverantör eller viss produkt. Exempelvis kan en kommun kräva att det datorprogram som upphandlas för den kommunala administrationen skall kunna användas av kommunens synskadade medarbetare. De krav enheten ställer på det som upphandlas skall framgå av kravspecifikationen.

5.4.5 Uteslutningskriterier

Brott i yrkesutövningen eller allvarligt fel i yrkesutövningen

En leverantör kan uteslutas från deltagande i offentlig upphandling enligt 1 kap. 17 § LOU bl.a. om han är dömd för brott i yrkesutövningen enligt lagakraftvunnen dom eller om han har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande enheten kan visa detta.⁸¹ En motsvarande bestämmelse finns i 6 kap. 9 § LOU avseende icke-direktivstyrda upphandlingar.

Kommissionen konstaterade i grönboken och i det efterföljande meddelandet att det i alla direktiven finns bestämmelser som gör det möjligt att utesluta entreprenörer som är dömda för brott avseende yrkesutövningen eller som har gjort sig skyldiga till allvarligt fel i denna (se avsnitt 5.4.3). Detta gäller enligt kommissionen givetvis också när brottet eller det allvarliga felet leder till överträdelse av lagstiftning som syftar till att främja arbetsmarknads- och socialpolitiska mål. Enligt kommissionen möjliggör bestämmelserna för de upphandlande enheterna att indirekt söka nå sociala mål genom att från upphandlingsförfarandet utesluta anbudssökande som inte skulle ha iakttagit en sådan lagstiftning.

Kammarrätten i Stockholm har tolkat innebörden av rekvisitet allvarligt fel i ett mål om offentlig upphandling och miljöfarliga utsläpp.⁸² Kammarrätten ansåg att utsläpp av kvicksilver utan erforderligt tillstånd kunde utgöra en tillräcklig grund för att utesluta en anbudsgivare i en öppen upphandling avseende dentalprodukter. I detta fall fann dock kammarrätten att felet inte var tillräckligt allvarligt med anledning av att företaget vid den aktuella prövningen hade erforderligt tillstånd. I enlighet med denna dom är felet inte allvarligt när leverantören åstadkommit rättelse.

⁸¹ Bestämmelsen motsvaras av art. 20 i direktiv 93/36/EEG, art. 24 i dir. 93/37/EEG och art. 31 i dir. 93/38/EEG.

⁸² Kammarrättens i Stockholm, avd. 5, dom 1996-12-11 i mål 8647-1996.

Hentze och Sylvén anser att ett allvarligt fel i yrkesutövningen föreligger först när ett vitesföreläggande utfärdats eller rent av utdömts.⁸³

Underrättelse till anbudsgivare om deras skyldigheter

I 3 kap. 24 §, 4 kap. 31 § och 5 kap. 27 § LOU⁸⁴ finns bestämmelser som gör det möjligt för en upphandlande enhet att vid upphandling av byggentreprenader och tjänster samt vid upphandling inom försörjningssektorerna underrätta anbudsgivare om deras skyldigheter angående nationella bestämmelser om anställnings-skydd och arbetsvillkor i de medlemsstat där prestationen utförs. Om sådan upplysning lämnas skall myndigheten av anbudsgivaren begära en bekräftelse på att hänsyn tagits till dessa nationella bestämmelser vid utformning av anbudet.

Det finns inte någon möjlighet att på grund av dessa bestämmelser utesluta en leverantör som inte bekräftar att sådana hänsyn tagits. Bestämmelserna ger endast en möjlighet att på ett indirekt sätt påverka leverantörernas handlande. För att en leverantör skall bli utesluten krävs att denne enligt ovan nämnda bestämmelse i 1 kap. 17 § LOU har begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

5.4.6 Kvalifikationskriterier

Kvalifikationskriterier är de kriterier som en leverantör skall uppfylla för att i övrigt vara kvalificerad att utföra den aktuella leveransen. Inom det direktivstyrda området gäller för upphandling inom den klassiska sektorn, dvs. upphandling av varor, A-tjänster och byggentreprenader, att kvalifikationskriterierna skall vara hänförliga till en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet eller finansiella eller ekonomiska ställning.

Genom bestämmelsen i 1 kap. 18 § andra stycket LOU genomförs bestämmelserna i direktiven inom den klassiska sektorn⁸⁵ om vilka handlingar som får infordras av en upphandlande enhet för att styrka leverantörens ekonomiska och finansiella ställning samt

⁸³ Hentze, Margareta, Sylvén, Hans, Sveriges Rikes lag, Kommentarer, Offentlig upphandling, lagbokscommentaren, 1998, s. 127.

⁸⁴ Motsvarar art. 23 byggdirektivet, art. 20 försörjningsdirektivet och art 28 tjänstedirektivet.

⁸⁵ Art. 31 och 32 i dir. 92/50/EEG, art 22 och 23 i dir. 93/36/EEG och art. 26 och 27 i dir. 93/37/EEG.

tekniska förmåga och kapacitet. De leverantörer som får delta i selektiv eller förhandlad upphandling måste leva upp till de krav som den upphandlande enheten ställer på ekonomisk och finansiell styrka och teknisk förmåga och kapacitet. Detta innebär att ställda krav måste vara relaterade till leverantörens kapacitet att genomföra kontraktet.

Ekonomiska och tekniska krav på leverantörerna skall ställas i relation till föremålet för upphandlingen. Kvalifikationskriterierna skall framgå av förfrågningsunderlag eller annons.

Enligt kommissionen kan sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn inte beaktas när det gäller uteslutning av leverantörer på grund av deras ekonomiska, finansiella eller tekniska förmåga.

Vid upphandlingar inom försörjningssektorerna finns en bestämmelse i 4 kap. 22 a § LOU som anger att leverantörer vid selektiv och förhandlad upphandling kan väljas ut enligt objektiva kriterier och regler som skall hållas tillgängliga för de leverantörer som vill ta del av dem.

I de icke direktivstyrda upphandlingarna är enligt 6 kap. 12 § LOU den upphandlande enheten skyldig att i förfrågningsunderlaget ange vilka omständigheter som kommer att tillmätas betydelse vid anbudsprövningen. Detta gäller såväl vid kvalificering av anbudsgivare som vid utvärdering av anbuden. Något krav på att kriterierna skall vara objektiva finns inte. Sådana kriterier skall dock vara förenliga med grundläggande EG-rättsliga principer, exempelvis rätten till fri rörlighet av varor, arbete, tjänster, principen om icke-diskriminering och proportionalitetsprincipen.

Det anbud som lämnas av en anbudsgivare som inte kvalificerat sig skall inte beaktas.

Kammarrätten i Stockholm fann i ett mål avseende upphandling enligt 6 kap. LOU,⁸⁶ dvs. under angivna tröskelvärden, att ett krav på att anbudsgivarna tecknat ett kollektivavtal stred mot regeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Även i finansutskottets betänkande 1997/98:FiU7 anges att LOU inte ger någon möjlighet för en upphandlande enhet att begära in upplysningar om en anbudsgivare tecknat kollektivavtal.

⁸⁶ Kammarrätten i Stockholm, dom 1995-03-28, mål nr. 1713-1995.

5.4.7 Utvärderingskriterier

Vid utvärderingen av anbud gäller att en upphandlande enhet enligt 1 kap. 22 § LOU⁸⁷ skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
2. det anbud som har lägst anbudspris.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m.

Enhetsen skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

En motsvarande bestämmelse finns för upphandlingar utanför det direktivstyrda området i 6 kap. 12 § LOU.

Upphandlingskontraktet skall följaktligen gå till den leverantör som kvalificerat sig och lämnar det anbud som har lägst pris eller det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Varje upphandlande enhet får själv bestämma vad den avser med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Utvärderingskriterierna avser, till skillnad från uteslutnings- och kvalifikationskriterier, endast anbudet och inte anbudsgivaren. I utvärderingsfasen är det endast de anbud från de anbudsgivare som inte uteslutits på grund av uppställda uteslutnings- eller kvalifikationskriterier som skall bedömas.

Den uppräknade av utvärderingskriterier som finns i direktiven och LOU är endast exemplifierande och inte uttömmande. En fråga som har diskuterats är vilka hänsyn som kan beaktas under punkten 2 i 1 kap. 22 § och 6 kap. 12 § LOU. Diskussionen gällde länge hur den s.k. Beentjes-domen skulle tolkas (se nedan).

I de nya direktivförslagen får, om utvärderingen sker på grundval av det för den upphandlande myndigheten ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, kriterier som är direkt förbundna med kontraktets föremål tillämpas, t.ex. kvalitet, pris, tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, miljöegenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, service och teknisk support, leve-

⁸⁷ Motsvarar art. 36 i dir. 92/50/EEG, art 26 i dir. 93/36/EEG, art. 30 i dir. 93/37/EEG och art. 34 i dir. 93/38/EEG.

ransdag och leverans- eller genomförandetid.⁸⁸ Enligt förslagen förutsätter uppställandet av utvärderingskriterier således ett samband med upphandlingens syfte. Enligt de nya förslagen blir det vidare i huvudregel obligatoriskt för den upphandlande enheten att i meddelandet om upphandling eller i kravspecifikationen ange varje kriteriums vikt.

Kommissionens inställning

Kommissionen har i grönboken och i det efterföljande meddelandet ansett att sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn inte får tas i utvärderingsfasen.⁸⁹

Enligt kommissionen skall utvärderingskriterierna motsvara de ekonomiska kvaliteter i prestationen som är föremål för upphandlingen.⁹⁰ Kriterierna behöver visserligen, enligt EG-domstolen i Evans-målet,⁹¹ inte vara kopplade till en omedelbar ekonomisk fördel för den upphandlande enheten. I detta mål avsåg ställda kriterier anbudsgivarnas förmåga att vidta lämpliga säkerhetsåtgärder för att förhindra olovlig användning av diacetylmorfin. Kriterierna skall dock ha en naturlig koppling till det som upphandlas.

Enligt kommissionen är det däremot möjligt att ange sociala preferenser bland utvärderingskriterierna vid upphandlingar för belopp som ligger under de tröskelvärden som anges i direktiven. En förutsättning är att dessa kriterier uppfyller kravet på icke-diskriminering.

Rättspraxis

EG-domstolens dom i det s.k. Beentjes-målet⁹² är av stort intresse vid arbetet med icke-ekonomiska krav vid offentlig upphandling. Det ligger till grund för kommissionens uttalanden om bl.a. sociala klausuler i grönboken om offentlig upphandling och det påföljande meddelandet från 1998, se avsnitt 5.4.3.

⁸⁸ KOM (2000) 275 slutlig art. 53.1.b och KOM (2000) 276 slutlig artikel 54.1.a.

⁸⁹ Se avsnitt 5.4.3.

⁹⁰ Kommissionens grönbok om offentlig upphandling inom den europeiska unionen, s. 38, p. 5.43 och kommissionens meddelande avsnitt 4.4.

⁹¹ EG-domstolens dom 1995-03-28 i mål C-324/93, The Queen mot the Secretary of State for Home Department, REG 1995 s. 1-0563, p. 42.

⁹² EG-domstolens dom 1988-09-20 i mål nr C-31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna, REG 1988 s. 4635.

I Beentjes-målet lämnade EG-domstolen ett förhandsavgörande med anledning av en förfrågan av en nederländsk domstol. Målet rörde ett beslut att tilldela ett upphandlingskontrakt i en byggen-treprenad. Trots att Beentjes hade lämnat det lägsta anbudet fick han inte kontraktet som gavs till en annan anbudsgivare. Den upp-handlande enheten angav flera skäl till varför den valt en annan, bl.a. att Beentjes inte kunde anställa långtidsarbetslösa personer, vilket var ett krav. Beentjes ifrågasatte detta krav och påpekade att byggentreprenaddirektivet inte ger upphandlande enheter rätt att ta sådana hänsyn. Till EG-domstolen ställdes bl.a. frågan om en leve-rantörs möjligheter att ge arbete till långtidsarbetslösa får beaktas av den upphandlande enheten vid upphandlingar enligt bygg-entreprenaddirektivet.

EG-domstolen konstaterade att det är möjligt att uppställa krav på att leverantörerna skall utföra arbete med en viss andel lång-tidsarbetslösa eller funktionshindrade. Detta gäller dock under förutsättning att villkoret inte direkt eller indirekt har någon disk-riminerande effekt gentemot anbudsgivare från andra medlems-stater. Ett sådant villkor måste enligt domstolen vara förenligt med bestämmelserna om etableringsrätt och rätten till fri rörlighet av tjänster. Ett villkor skulle nämligen kunna utgöra ett brott mot förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet i nuvarande art. 12 i EG-fördraget om det innebär att endast anbudsgivare från den aktuella staten kan uppfylla villkoret eller om anbudsgivare från andra stater skulle ha svårigheter att uppfylla kravet. Enligt EG-domstolen är det den nationella domstolen som skall bestäm-ma om uppställandet av ett sådant villkor är direkt eller indirekt diskriminerande.

En förutsättning för att det ifrågavarande villkoret skall få ställas är vidare att ett sådant villkor anges i förfrågningsunderlaget så att leverantörerna kan få kännedom om dess existens.

Länge diskuterades om domen innebar att ett arbetsmark-nadspolitiskt krav motsvarande det i Beentjes-domen endast fick ställas som ett tillkommande kontraktsvillkor och inte som ut-värderingskriterium vid anbudsprövningen. Senast vid meddelandet från 1998 var kommissionen av den uppfattningen att Beentjes-domen endast tillåter ett sådant krav som ett tillkommande kontraktsvillkor.

I ett nyligen avgjort mål som gällde upphandling och utförande av skolbyggnader i Frankrike⁹³ fann EG-domstolen att det var möj-

⁹³ Mål C-225/98 Kommissionen mot Frankrike, dom den 26 september 2000, Celex nr. 61998 J0225.

ligt att vid tilldelningen av ett upphandlingsavtal uppställa ett villkor som var knutet till en lokal åtgärd för att bekämpa arbetslösheten.

Domstolen erinrade om att de kriterier som upphandlande myndigheter skall följa vid tilldelning av avtal är, enligt art 30.1 i det i målet aktuella direktivet 93/37/EG, enbart det lägsta priset eller då prövning sker till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika kriterier som kan variera beroende på kontraktet, exempelvis pris, tid för fullgörande, driftkostnader, lönsamhet och teknisk förtjänst.

Enligt domstolen utesluter denna bestämmelse inte användandet av ett sådant villkor som var aktuellt i målet förutsatt att det även i övrigt var förenligt med grundläggande principer i gemenskapsrätten. Detta gäller enligt domstolen särskilt icke-diskrimineringsprincipen sådan den framgår av fördragets bestämmelser om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster.

I målet gjorde kommissionen gällande att sysselsättningshänsyn inte kunde utgöra ett utvärderingskriterium utan endast ett tillkommande kontraktvillkor. Domstolen konstaterade dock att det i Beentjes-domen aktuella villkoret att sysselsätta långtidsarbetslösa hade utgjort grund för att förkasta ett anbud och att det därför med nödvändighet hade utgjort ett utvärderingskriterium. Professor Niklas Bruun har i ett expertutlåtande till kommittén (se bilaga 3) dragit slutsatsen att nämnda dom innebär ökade möjligheter att ta sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn i utvärderingsfasen. Vi återkommer till detta i våra överväganden, se avsnitt 11.5 och särskilt 11.5.7.

5.4.8 Tillkommande kontraktvillkor

Enligt kommissionen är det möjligt att som villkor att gälla under avtalstiden ställa krav av social karaktär.⁹⁴ Sådana villkor äger rum utanför själva upphandlingsförfarandet och kan enligt kommissionen syfta till att främja anställning av kvinnor eller att skydda vissa missgynnade kategorier.

I ett meddelande från år 1989⁹⁵ uttalade kommissionen att det inte fanns anledning anta att Beentjes-domen endast medför att villkor som rör långtidsarbetslösa är tillåtna. Kommissionen menade där att även andra kategorier arbetslösa till exempel ungdomar

⁹⁴ Se avsnitt 5.4.3.

⁹⁵ Commission of the European Communities, COM (89) 400 final, s. 11, p 46.

skulle kunna vara aktuella. Detsamma skulle enligt kommissionen förmodligen gälla för ett brett spektrum av sociala frågor, t.ex. yrkesutbildning, hälsa och säkerhet, arbetsförhållanden, samt diskriminering av etnisk eller religiösa skäl eller könsdiskriminering.

De tillkommande kontraktsvillkoren är framåtsyftande medan kvalifikationskriterierna ser bakåt och avser historiskt verifierbara förhållanden. De tillkommande kontraktsvillkoren får inte utgöra en faktor i anbudstävlingen som anbudsgivarna konkurrerar om. Dessa villkor är inte en del av den offentliga upphandlingsprocessen och omfattas därmed inte av upphandlingsreglerna utan endast av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, icke-diskriminering, proportionalitet, likabehandling och transparens. Transparens, eller öppenhet garanteras genom att dessa villkor anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

I ingressen till förslagen till ett nytt direktiv om upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader⁹⁶ slås fast att ett utförandevillkor skall anses vara förenligt med direktivet förutsatt att det inte är direkt eller indirekt diskriminerande mot anbudsgivare från andra medlemsstater och förutsatt att det anges i upphandlingsmeddelandet. Ett utförandevillkor är detsamma som ett tillkommande kontraktsvillkor. Ett sådant villkor kan enligt ingressen t.ex. ha till ändamål att gynna sysselsättning för människor som är socialt utsatta eller utslagna eller att motverka arbetslöshet.⁹⁷

5.4.9 Exempel på antidiskrimineringsklausuler

Kommittén har valt att inte för egen del ge några exempel på antidiskrimineringsklausuler. Här redovisar vi dock de antidiskrimineringsvillkor som tillämpas av Integrationsverket i verkets upphandlingar och den antidiskrimineringsklausul som Tjänstemännens centralorganisation (TCO) föreslagit i en uppförandekod som getts in till kommittén.

Villkor som tillämpas av Integrationsverket

Sedan Integrationsverket ställt frågor till NOU angående möjligheten att ta antidiskrimineringshänsyn vid offentlig upp-

⁹⁶ P. 22 i ingressen, Kom (2000) 275 slutlig.

⁹⁷ Det kan påpekas att förslagen till nya direktiv lades fram innan EG-domstolen meddelade dom i det ovan nämnda målet mellan kommissionen och Frankrike.

handling och NOU kommenterat de ställda frågorna⁹⁸ är Integrationsverkets upphandlingspolicy att en leverantör som diskriminerat under de senaste fem åren kan uteslutas från upphandlingen enligt bestämmelserna i 1 kap. 17 § 3-4 p och 6 kap. 9 § 3-4 p LOU.

Den diskriminering som avses är om leverantören dömts för olaga diskriminering enligt 16 kap. 9 § brottsbalken eller om denne betalt ut skadestånd på grund av diskriminering i arbetslivet enligt någon av de fyra, i avsnitt 5.3.4 angivna, diskrimineringslagarna.

Upphandlingspolicyn finns med i förfrågningsunderlaget som Integrationsverket sänder ut.

I de allmänna villkor som ingår i samtliga upphandlingsavtal som Integrationsverket sluter finns en bestämmelse som ger verket rätt att häva avtalet om företrädare eller anställd för leverantör eller uppdragstagare i tjänsten och för dennes räkning under avtalstiden gör sig skyldig till sådan diskriminering som är uteslutningsgrundande om den skett under de senaste fem åren före kontraktstilldelningen.

TCO:s förslag till uppförandekod

TCO har till kommittén gett in förslag till klausuler om grundläggande rättigheter för arbetstagare i upphandlingskontrakt. Enligt förslaget kan en upphandlande enhet i kontraktet införa följande antidiskrimineringsklausul.

Alla arbetstagare skall ha samma möjlighet och behandlas lika oavsett kön, ras, hudfärg, etniskt ursprung, nationalitet, religion, politisk uppfattning och socialt ursprung (ILO-konventionerna nr 100 och 111).

I en inledande bestämmelse anges att bestämmelserna utgör kontraktsvillkor och skall tillämpas vid utförande av arbete under ett offentligt upphandlingskontrakt.

Ett åsidosättande av villkoret är ett kontraktsbrott och enligt förslaget skall den upphandlande enheten vid kontraktsbrott ställa in betalningar och häva upphandlingskontraktet. Påföljden skall dock stå i proportion till kontraktsbrottet.

Vidare finns en klausul som reglerar efterlevnaden av villkor i upphandlingskontraktet. Enligt den klausulen skall, när det gäller arbete som utförs under ett upphandlingskontrakt, företaget förse

⁹⁸ NOU, ärende 1999/9975-21, Integrationsverkets frågor om upphandling med beaktande av etnisk mångfald.

den upphandlande enheten med information om verksamhet och tillåta inspektion utan förbehåll på arbetsplatser. Vidare skall företaget se till att uppgifter om namn, ålder, antal arbetade timmar och lön för varje anställd finns tillgängliga för den upphandlande enheten och ansvara för att arbetstagare som utför arbete under ett upphandlingskontrakt informeras muntligen och skriftligen om dessa villkor. Företaget skall slutligen inte straffa, avskeda eller på annat sätt diskriminera arbetstagare som utför arbete under ett upphandlingskontrakt och som lämnar information om efterlevnaden av villkoren i denna klausul.

5.5 Antidiskrimineringshänsyn i andra länder

5.5.1 Storbritannien

Race Relation Act

Storbritannien är ett mångkulturellt samhälle med invånare från världens alla hörn. Efter kriget hade Storbritannien i likhet med många andra industrialiserade europeiska länder ett stort behov av billig arbetskraft. I och med invandringen under 1960-talet insåg regeringen att det fanns stora problem med diskriminering. För att främja integration antogs 1965 en lag mot etnisk diskriminering, *Race Relation Act*.⁹⁹ Lagen utvidgades och effektiviserades flera gånger och resultatet blev 1976 års *Race Relation Act (RRA)*. Som förebild användes 1975 års lag mot könsdiskriminering, *Sex Discrimination Act* som i sin tur är starkt influerad av den amerikanska antidiskrimineringslagstiftningen. År 1995 tillkom en lag mot diskriminering av handikappade, *Disability Discrimination Act*.

Samtliga lagar innehåller förbud mot diskriminering av personer; i arbetsliv och utbildning samt när det gäller tillgång till varor och tjänster.

Commission for Racial Equality (CRE) övervakar RRA:s efterlevnad. CRE är ett självständigt organ som skall verka mot före-

⁹⁹ Lagen gäller inte Nordirland där gäller en särskild lag mot diskriminering på grund av religion.

komsten av diskriminering och främja lika möjligheter och goda relationer mellan etniska grupper.¹⁰⁰

Enligt 71 § RRA skall de lokala myndigheterna se till att de utövar sina funktioner med hänsyn till behovet av att eliminera olaglig rasdiskriminering och främja lika möjligheter samt goda relationer mellan människor av olika raser. Denna förpliktelse uppfylls bl.a. genom antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. Det innebär att de lokala myndigheterna ställer vissa minimikrav på leverantörer av varor och tjänster angående deras anställningspolitik.

Local Government Act

Local Government Act (LGA) från 1988 förbjuder de lokala myndigheterna att ta icke-ekonomiska hänsyn när de väljer leverantör, med undantag för likabehandling i arbetslivet oavsett ras (sektion 18)¹⁰¹. I korthet innehåller sektion 18 i LGA följande:

Lokala myndigheter får ta med skriftliga frågor om etnisk jämställdhet i arbetslivet (racial equality in employment) vid sin prekvalifikation och beakta svaren på dessa frågor vid leverantörsurvalet. Myndigheterna kan begära att leverantören företer bevis med anledning av en av dessa frågor (se fråga nummer 5 nedan). De frågor som får användas i sammanhanget är föreskrivna av miljöministeriet.

Lokala myndigheters avtal kan innehålla villkor som relaterar till etnisk jämställdhet i arbetet. CRE rekommenderar att en viss modell används.

De lokala myndigheterna rekommenderas att inkludera dessa villkor i form av ett skriftligt avtal i förfrågningsunderlaget. Den leverantör får uteslutas från upphandlingen, som bemöter de tillkommande villkoren på ett otillfredsställande sätt.¹⁰²

Den lokala myndigheten får enligt engelsk lag inte häva kontraktet även om den upphandlade leverantören inte lever upp till kraven i avtalet som avser likabehandling. Överträdelser av dessa krav kan dock iakttas vid förnyad upphandling av det som kontraktet avser.

¹⁰⁰ SOU 1997:174, s. 84 f.

¹⁰¹ Sektion 18 tillåter inte iakttagande av jämställdhet mellan kvinnor och män, men väl funktionshinder.

¹⁰² Commission for Racial Equality, Racial equality and council contractors.

Godkända frågor

De följande sex frågorna är de enda frågor som får användas vid kvalificeringen av anbudsgivare.

Den första frågan är: Är det Er policy som arbetsgivare att följa era lagstadgade skyldigheter i RRA och, agerar Ni följaktligen i syfte att inte behandla någon grupp av personer mindre förmånligt i förhållande till andra grupper med anledning av deras hudfärg, ras, nationalitet eller etniska ursprung, när Ni beslutar att rekrytera, utbilda eller befordra personal?

Den andra frågan är: Har någon domstol funnit att det i Er organisation under de senaste tre åren förekommit olaga rasdiskriminering?

Den tredje frågan är: Har Er organisation under de senaste tre åren varit föremål för en formell granskning av CRE grundat på klagomål om olaga diskriminering?

Om svaret på fråga 2 är ja eller om CRE i förhållande till fråga 3 gjort fynd till nackdel för er organisation, är fråga fyra: Vilka åtgärder har Ni vidtagit?

Den femte frågan är: Är Er policy om etniska relationer (race relations) klargjord i instruktioner till dem som rekryterar, utbildar och befordrar personal, i dokument som är tillgängliga för personalen/de anställda, arbetstagarorganisationer eller andra grupper som representerar personalen/de anställda, i platsannonser eller annan litteratur?

Den sjätte frågan är: Iakttar ni så långt det är möjligt CRE's föreskrifter om anställning (code of practice in employment) som 1983 godkändes av parlamentet och som ger praktisk vägledning till arbetsgivare och andra i syfte att eliminera rasdiskriminering och främja lika möjligheter i arbetslivet, inklusive åtgärder som kan vidtas i syfte att uppmuntra personer från etniska minoriteter att söka arbete eller utnyttja utbildningsmöjligheter?

CRE har också tagit fram en förklaring och en kontrollista för utvärdering av svaren med anledning av de sex godkända frågorna. Den upphandlande enheten måste dock enligt CRE bestämma sig för vad som är ett tillfredsställande svar och vad den skall vidta för åtgärder om svaret är otillfredsställande. Det kan handla om att förkasta anbudet eller att föra en dialog med anbudsgivaren om hur denne kan göra för att leva upp till ställda krav. Om myndigheten beslutar sig för att föra en dialog bör den ha klart för sig när den förväntar sig att leverantören skall leva upp till ställda krav.¹⁰³

¹⁰³ Racial Equality and Council Contractors, s. 26.

Vid upphandlingar som styrs av de gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektiven får, enligt CRE, de godkända frågorna inte användas vid utvärderingen av anbuderna utan enbart vid kvalificering av anbudsgivare.¹⁰⁴ CRE anser inte att det strider mot syftet med upphandlingsdirektiven att beakta antidiskrimineringshänsyn vid kvalificering av anbudsgivare. CRE menar nämligen att det är orimligt att bjuda in en leverantör att lämna anbud trots att det framgår att denne inte har kapacitet att möta de krav som ställs i villkoren.¹⁰⁵

Modell för utformning av tillkommande villkor avseende etnisk jämställdhet i arbetet

I detta avsnitt beskriver vi den modell CRE rekommenderar för tillkommande villkor i upphandlingsavtal. Leverantören och underleverantörer som är anlitade av denne, skall anta en policy i syfte att efterkomma de lagstadgade skyldigheter som gäller för arbetsgivare under RRA och följaktligen underlåter att direkt eller indirekt diskriminera någon person på grund av hudfärg, ras, nationalitet eller nationellt eller etniskt ursprung vid beslut om att rekrytera, utbilda, befordra, avskeda eller vidta disciplinära åtgärder gentemot personal.

Leverantören och underleverantörer anlitade av denne skall så långt det är möjligt iakttas, åtminstone i överensstämmelse med myndighetens publicerade kriterier, CRE's anställningsföreskrifter som godkänts av parlamentet och utgivits år 1984. Föreskrifterna ger praktisk vägledning till arbetsgivare och andra i syfte att eliminera rasdiskriminering och främja lika möjligheter i arbetslivet inklusive åtgärder som kan vidtas i syfte att uppmuntra personer från etniska minoriteter att söka arbete eller utnyttja utbildningsmöjligheter.

Om en domstol finner att leverantören eller av honom anlitad underleverantör, under kontraktstiden, gjort sig skyldig till olaga rasdiskriminering eller om CRE vid en formell granskning under samma period finner att olaga rasdiskriminering förekommit skall leverantören informera myndigheten om detta och vidta passande åtgärder för att förhindra att en upprepning av den olaga diskrimineringen.

¹⁰⁴ Racial equality and council contractors, s. 15.

¹⁰⁵ Racial Equality and Council Contractors, s. 64.

Leverantören skall på begäran förse myndigheten med detaljer omkring de åtgärder som vidtagits.

Leverantören skall förse myndigheten med sådan information som är relevant i syfte att bedöma om leverantören lever upp till den fyra ovannämnda villkoren vilket inkluderar, om det begärs, instruktioner, platsannonser eller annan litteratur, och omständigheter som avser granskningen av arbetssökanden och anställda.

5.5.2 Danmark

Rapport fra Udvalget om sociale klausuler

Den danska regeringen anser att likabehandling, oavsett etnisk bakgrund, på den privata arbetsmarknaden kan främjas, bl.a. genom inarbetning av standardvillkor i offentliga avtal med privata verksamheter. Även arbetsmarknadens parter arbetar aktivt för att säkra likabehandling oavsett etnisk bakgrund på arbetsmarknaden.

Under 1999 tillsattes en utredning som bl.a. skulle undersöka möjligheterna att genom standardkontraktsvillkor främja likabehandling oberoende av etnisk bakgrund hos de leverantörer som levererar tjänster till offentliga myndigheter.

Den danska utredningen presenterade sin rapport i januari 2000.¹⁰⁶ Utredningen ansåg att det framgår av Beentjes-domen att gemenskapens upphandlingsbestämmelser inte reglerar de upphandlande enheternas möjligheter att ställa tillkommande villkor i förbindelse med offentlig upphandling. Villkoren bör enligt den danska utredningen framgå av kontraktsutkastet som bör ingå som en del av förfrågningsunderlaget. Anbudsgivarna är normalt tvungna att acceptera ett kontraktsutkast om den vill ha ordern och kontraktsvillkoren utgör inget som anbudsgivarna konkurrerar om. Det skulle tvärtom enligt den danska utredningen stå i direkt strid med upphandlingsdirektiven att göra kontraktsvillkoren till en konkurrensparameter i form av ett kvalificerings- eller utvärderingskriterium om villkoret inte innehåller krav på sådant som ligger inom leverantörens tekniska förmåga och kapacitet samt ekonomiska och finansiella ställning eller har en koppling till det som upphandlas. Kontraktsvillkor får enligt denna utredning inte blandas samman med utvärderingskriterier eller kvalifikations-

¹⁰⁶ Rapport fra Udvalget om sociale klausuler, 20 januari 2000, nr. 95-150-29.

kriterier. Efter det att rapporten upprättats har EG-domstolen uttalat sig angående tillåtligheten att ta in sociala hänsyn i utvärderingsfasen (se avsnitt 5.4.7).

Den danska utredningen påpekade att EG-domstolen har fastställt att nationella åtgärder som har sin grund i skyddsvärda allmänna hänsyn samt är ickediskriminerande och proportionella, får vidtas. Villkor om en etnisk personalpolitik, som syftar till likabehandling av personer oavsett etniskt ursprung på arbetsmarknaden, får anses utgöra ett skyddsvärt allmänt intresse. Proportionalitetsprincipen kräver dock enligt utredningen att den etniska personalpolitiken endast får avse verksamhetens aktiviteter i förbindelse med det konkreta anbudet.

Exempel på villkor för att främja etnisk likabehandling

Den danska utredningen ansåg att en upphandlande enhet kan ställa krav på att anbudsgivaren har en policy för etnisk likabehandling. Den påpekade att villkoren kan utformas på många olika sätt. Ett villkor skulle kunna avse att anbudsgivaren i samband med anbudet skall tillkännage, att verksamheten i samband med utförandet av den konkreta uppgiften har eller kommer att införa en policy – eventuellt en skriftlig policy – som syftar till likabehandling av personer med olika etnisk bakgrund i samband med anställning, avsked, befordran, förflyttning eller med hänsyn till löne- och arbetsvillkor.

Utredningen påpekade att det naturliga är att beställaren själv har en skriftlig personalpolicy om krav ställs på leverantören att denne skall ha en sådan.

Danska bestämmelser om förbud mot särbehandling i arbetslivet medför att kvotering inte är tillåtet.

5.5.3 USA

Bakgrund

I USA har offentliga upphandlingskontrakt ("contract compliance") under lång tid använts som verktyg för att främja lika möjligheter och motverka diskriminering. År 1942 skrev president

Roosevelt under en förordning¹⁰⁷ som förbjöd rasdiskriminering hos de som ville delta vid federala upphandlingar av försvarsprodukter. Presidentens förordning skulle förhindra en hotande strejk bland de svarta arbetarna med anledning av den vitt spridda rasdiskrimineringen inom försvarsindustrin. En sådan strejk skulle ha varit ödesdigert med tanke på att USA låg i brinnande krig med Nazityskland. Två år senare utökade president Roosevelt förordningen till att gälla alla leverantörer till de federala myndigheterna.

Förordningen var inriktad på antidiskriminering och såtillvida ett förhållandevis ”passivt” instrument. Det fanns få praktiska råd som inriktade sig på förebyggande arbete och det saknades reella sanktionsmöjligheter.

President John F. Kennedy utvidgade 1961 förordningen till att avse ”affirmative action”¹⁰⁸. Den nya förordningen krävde av företagen att de inte enbart förebygger diskriminering utan även vidtar åtgärder för att främja lika möjligheter i arbetslivet för arbetstagare oavsett deras ras, religion, hudfärg eller nationella ursprung. Avtal kunde hävas och företag kunde uteslutas från framtida avtal om de bröt mot förordningen. Dessa avtalsenliga åtgärder förstärktes när ras- och könsdiskriminering förbjöds genom 1964 års ”Civil Rights Act”. Förbudet mot könsdiskriminering togs då med i the Executive Order. Leverantörer till de federala myndigheterna ombads att ställa upp mål och tidplaner för att uppnå lika möjligheter (equal opportunity). År 1974 utvidgades the Executive Order till att avse arbetssökande och anställda med fysiska och psykiska funktionshinder för att slutligen även avse vietnamveteraners återanpassning.¹⁰⁹

Office of Federal Contract Compliance Programs (OFCCP)

Det amerikanska arbetsmarknadsdepartementets avdelning för tillsyn m.m. över federala kontrakt (OFCCP) genomför Executive Order 11246, de delar av Rehabilitation Act (1973) och Vietnam Era Veteran’s Readjustment Assistance Act som rör offentlig upphandling.

¹⁰⁷ Executive Order 8802.

¹⁰⁸ Affirmative Action kan översättas till bejakande (eller bekräftande) åtgärder på svenska.

¹⁰⁹ Vietnam Era Veterans’s Readjustment Assistance Act of 1974, Inner London Education Authority och Equal Opportunities Unit, ”Contract Compliance – a brief history”, s. 8.

OFCCP's jurisdiktion omfattar omkring 26 miljoner av den totala civila arbetskraften (ca 22 procent) i USA. Under 1995 upphandlade de federala myndigheterna för mer än 179 miljarder dollar.

OFCCP kräver att leverantörer, såsom villkor för att få delta i federala kontrakt, förbinder sig att analysera sin egen verksamhet i syfte att upptäcka eventuella hinder mot likabehandling och lika möjligheter. OFCCP granskar systematiskt arbetsgivares agerande i syfte att upptäcka eventuell diskriminering. Vidare utreder myndigheten klagomål om diskriminering. Därutöver tar OFCCP fram program för att förebygga diskriminering.¹¹⁰

Executive Order 11246

Varje upphandlande enhet på federal nivå måste ta med en equal opportunity-klausul i varje upphandlingskontrakt över 10 000 dollar. Denna klausul kräver att leverantören vidtar positiva åtgärder (affirmative action) för att försäkra sig om att arbetssökande och anställda behandlas utan hänsyn till deras ras, hudfärg, religion, kön eller nationella ursprung. Denna klausul gör likabehandling och positiva åtgärder till en integrerad del av leverantörens avtal med den federala myndigheten. Misslyckas leverantören med att efterkomma kraven på antidiskriminering och positiva åtgärder är detta ett kontraktsbrott.

Kontraktet med en leverantör som bryter mot Executive Order 11246 kan hävas, frysas i sin helhet eller i delar. Leverantören kan uteslutas från deltagande i framtida federala kontrakt. En leverantör får dock inte uteslutas från framtida deltagande i federala kontrakt utan att denne ges möjlighet att uttrycka sin åsikt vid en slags bevisupptagning. Leverantören kan uteslutas på en obestämd eller en bestämd tid. Om uteslutning sker på obestämd tid får leverantören återinsättas i kontraktet så snart leverantören visat att överträdelsen har blivit åtgärdad. En tidsbegränsad uteslutning är en prövotid under vilken leverantören kan visa sitt engagemang och förmåga att vidta de åtgärder som är föreskrivna i Executive Order 11246.

Om ett ärende inte kan lösas genom medling kan OFCCP skicka det vidare till "the Office of the Solicitor of Labor". Efter en fullständig genomlysning av ärendet framför en domare i

¹¹⁰ "Facts on executive order 11246 affirmative action", avsnitt A., från OFCCP's hemsida (www.dol.gov).

administrativ rätt på arbetsmarknadsdepartementet vilka slutsatser han dragit av föreliggande fakta och gällande rätt samt ger ett förslag till beslut. Med utgångspunkt i detta ger arbetsmarknadsministeriet, Secretary of Labor, ett slutgiltigt administrativt utslag.¹¹¹

Krav på affirmative action i Executive Order 11246

Leverantörer av varor och tjänster (ej byggentreprenader), med 50 eller fler anställda som har ett federalt kontrakt över 50 000 dollar, skall enligt Executive Order 11246 utveckla och inarbeta ett skriftligt positivt åtgärdsprogram, ett s.k. affirmative action program (AAP) i verksamheten. Ett sådant program definieras enligt förordningen som ett resultatorienterat tillvägagångssätt som en leverantör förbinder sig att tillämpa. Ett program utvecklas av leverantören och skall ligga till grund för egentillsyn av personalstyrkan. OFCCP kan vid sin tillsyn begära att få ta del av programmet.

Det positiva åtgärdsprogrammet identifierar de delar av leverantörens personalstyrka som består av kvinnor och minoriteter. Underutnyttjande ("under-utilization") definieras i Executive Order 11246 som att ha färre personer med minoritetsbakgrund eller färre kvinnor i en viss typ av arbete än vad som rimligen kan förväntas utifrån tillgången till sådan arbetskraft. När tillgången till kvinnor och minoriteter bestäms skall leverantören, bl.a. beakta tillgången till kompetenta kvinnor och personer med minoritetsbakgrund i det område som leverantören rimligen kan antas rekrytera inom.

Utifrån denna analys skall leverantören ställa upp mål som syftar till att reducera eller överkomma underutnyttjandet av kvinnor och minoriteter. Det kan ske genom rekrytering, utbildning och andra aktiviteter. Användande av kvotering för att uppnå målen i det positiva åtgärdsprogrammet är olagligt, okvalificerade personer får inte anställas för att målen skall uppnås. Vidare får inte andra anställda avskedas eller hindras i sin karriärutveckling.

För byggindustrin har OFCCP tagit fram ett särskilt positivt åtgärdsprogram. OFCCP delar även ut pris – "Secretary's Opport-

¹¹¹ "Facts on executive order 11246 affirmative action", avsnitt B., från OFCCP's hemsida (www.dol.gov).

unity Award” och ”Exemplary Voluntary Efforts” – till leverantörer som har utmärkta positiva åtgärdsprogram.¹¹²

Positiva effekter av den ifrågavarande upphandlingspolitiken

OFCCP beskriver framgångarna med Executive Order 11246 och dess krav på affirmative action med generell statistik och praktiska exempel:

Generellt sett har OFCCP's arbete hjälpt 129 av USA's största företag att ”slå hål i glastaket” för kvinnor och minoriteter. År 1970 utgjorde kvinnor 10,2 procent av cheferna och företagsledarna och officiella företrädare i dessa företag. År 1993 var 29,9 procent av cheferna och företagsledarna kvinnor.

Många minoriteter och kvinnor har framgångsrikt utfört arbete på stora byggarbetsplatser. Som exempel nämner OFCCP ett byggnadsprojekt i Oakland där 8 procent av de arbetade timmarna på arbetsplatsen utfördes av kvinnor. Vid byggnationerna av den federala domstolsbyggnaden i New York utgjordes 35 procent av arbetskraften utav minoriteter och ca 6 procent av kvinnor.

Personer med funktionshinder anställs för datorarbeten i Columbus, Ohio. Det ifrågavarande företaget har mer än 70 anställda med speciella behov och en föredömligt anpassad arbetsplats.

OFCCP anser att Affirmative Action är nödvändig för förhindra diskriminering och för att påverka de stereotypa tänkanden och beteenden som fortfarande finns på arbetsmarknaden:

Fairfax sjukhuset i Virginia reviderade sin policy för att åtgärda diskriminerande löneskillnader och öppna karriärvägar för kvinnor och minoriteter som tidigare varit stängda, efter att man undertecknade ett medlingsavtal med OFCCP 1993. Vid den tiden fanns inga svarta bland de 37 läkarna som var anställda vid sjukhuset. Redan 1995 hade antalet svarta läkare ökat för att bättre spegla tillgången till skickliga läkare i Washington D.C.-området.

Av en större undersökning som Jonathan Leonard (University of California) framgår att under perioden 1974–1980 ökade antalet anställda personer ur etniska minoritetsgrupper med 20 procent hos leverantörerna till de federala myndigheterna. Siffran skall jämföras med motsvarande ökning på endast 12 procentenheter bland de företag som inte levererade till de federala myndigheterna.

¹¹² ”Facts on executive order 11246 affirmative action”, avsnitt C och D, från OFCCP's hemsida (www.dol.gov).

Ökningen när det gäller antalet anställda kvinnor var 15 procent hos leverantörerna till de federala myndigheterna och endast 2,2 procentenheter hos de övriga leverantörerna. Antalet personer från etniska minoritetsgrupper anställda inom ”professionella” yrken ökade med 57 procent hos leverantörer till de federala myndigheterna. Hos de övriga företagen skedde endast en 12 procentig ökning.¹¹³

Negativa effekter av USA's ”Contract Compliance”-politik

Affirmative Action är enligt en rapport från Sveriges tekniska attachéer ute i politiskt blåsväder. Det finns starka krafter som vill avskaffa systemet och som anser att det leder till omvänd diskriminering och preferensbehandling. I Kalifornien och Texas har efter folkomröstning beslutats att Affirmative Action skall avskaffas på delstatsnivå. Enligt samma rapport är dock krafterna för Affirmative Action betydligt starkare och någon generell avskaffning är inte trolig.¹¹⁴

Professor Sue Arrowsmith m.fl. har också tagit upp frågan om Affirmative Action i USA och konstaterar att den är mycket kontroversiell. Vissa ifrågasätter om affirmative action program är förenliga med konstitutionen. Efter USA's högsta domstols avgörande i fallet Adarand Constructor mot Pena, 115 S.Ct 2097 (1995) beordrades de federala myndigheterna att utvärdera befintliga affirmative action program och ”equal opportunity in employment”-program i syfte att efterkomma domstolens utslag. Clinton-administrationen konstaterade att Adarand Jollet inte automatiskt förbjöd användningen av sådana program.¹¹⁵

¹¹³ Siffrorna är hämtade ur ”Contract Compliance – a brief history”, s. 8 men bygger på studien ”The effectiveness of equal employment law and affirmative action regulation”, testimony presented before the Sub-Committee on Employment Opportunities of the House of Education and Labor Committee and the Sub-Committee on Civil and Constitutional Rights of the House Judiciary Committee, juli 1995.

¹¹⁴ Sveriges Tekniska Attachéer, ”Managing Diversity – strategier för mångfald i USA”, 1999, s. 15 f.

¹¹⁵ Arrowsmith m.fl., Regulation Public Procurement, Kluwer Law International 2000, s. 264.

6 Miljöanpassad upphandling

6.1 Inledning

Frågan om i vilken utsträckning miljöhänsyn kan tas vid offentlig upphandling diskuteras mycket i Sverige och i andra länder, bl.a. Danmark. En upphandlande enhet kan genom krav på miljöhänsyn försöka påverka det sätt som leverantörerna producerar sina varor eller tillhandahåller sina tjänster utan att varan eller tjänsten har en bättre kvalitet än varor eller tjänster som produceras på traditionellt sätt. Ett exempel är när Svenska Kommunförbundet och ett antal kommuner gjorde den första upphandlingen av klorfritt papper. Kommunerna ville påverka tillverkningsprocessen som medförde utsläpp av farliga ämnen i naturen genom att kräva att leverantören kunde garantera att använda minimalt med klor i tillverkningen av papper. Ett litet pappersbruk visade sig kunna uppfylla kraven. Övriga pappersbruk ansåg att det inte fanns någon marknad för klorfritt papper. Den nya produkten välkomnades inte bara av myndigheter och företag utan även av konsumenterna. Upphandlingen av klorfritt papper kom att leda till att flera andra producenter följde efter. I dag finns det inget pappersbruk som inte kan leverera klorfritt papper. Det råder dock oklarheter om i vilken utsträckning som miljökrav får ställas enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och EG:s upphandlingsdirektiv.

Kommitténs uppdrag i denna del är att följa det arbete som bedrivs i fråga om miljökrav vid offentlig upphandling och lämna de synpunkter som är motiverade.

I avsnitt 6.2 redogör vi för de synpunkter som lämnades vid den hearing som kommittén höll i maj 2000.

I avsnitt 6.3 beskriver vi i vilket avseende miljökrav kan beaktas vid offentlig upphandling i dag.

I avsnitt 6.4 beskriver vi det arbete som bedrivs inom Regeringskansliet och Delegationen för ekologiskt hållbar upphandling (EKU-delegationen) när det gäller miljökrav vid offentlig upphandling.

Slutligen beskriver vi i avsnitt 6.5 synpunkter som lämnats av regeringen, Regeringskansliet, kommissionen och de nordiska miljöministrarna i några olika dokument.

6.2 Synpunkter vid hearing den 28 maj 2000

Den 28 maj 2000 höll kommittén en hearing omkring de frågor som ingått i kommitténs uppdrag enligt tilläggsdirektiven. Till hearingen hade inbjudits fem inköpare från stat, kommun och landsting samt fem leverantörer.

Ett par av leverantörerna gav exempel på hur miljökrav ställts i olika upphandlingar som de deltagit i. Kritik framfördes mot inköparnas bristande kunskaper om miljökraven och deras innehåll.

Vidare efterlystes uppföljningar av ställda miljökrav. Leverantörsrepresentanterna ansåg att detta är viktigt så att seriösa företag inte konkurreras ut av leverantörer som inte bryr sig om att leva upp till ställda krav.

Från leverantörshåll ansågs vidare att det är viktigt att samma krav ställs på alla leverantörer i en upphandling. Olika krav på företag i Sverige och i andra medlemsländer är diskriminerande.

Leverantörerna vill också att det klart och tydligt framgår hur miljöhänsyn skall vägas mot andra kriterier exempelvis pris i utvärderingen. De miljökrav som ställs skall kunna förverkligas i en kommersiellt tillgänglig teknik. Om särskild teknik efterfrågas krävs ett långsiktigt samarbete mellan parterna.

Från inköparhåll uttrycktes viss förståelse för leverantörernas önskemål. Många inköpare saknar den nödvändiga kompetensen för att formulera, utvärdera och följa upp miljökrav. Det framfördes att framför allt små kommuner ofta saknar resurser för att utvärdera och följa upp de miljökrav som man ställer idag. Det är därför bra, för att inte säga nödvändigt, att Sverige får en standard med ifyllnadsformulär som verktyg och en gemensam utvärderingsmodell.

Från inköparhåll framhölls vikten av att kraven inte skall sättas högre än vad som är nödvändigt, att kraven skall vara mätbara och kunna utvärderas utan något utrymme för godtycke. Det påtalades även att miljökrav på tillverkningsprocessen eller transporten kan

leda till godtyckliga bedömningar och konkurrensbegränsande effekter.

Många inköpare är av den uppfattningen att tillverkningsprocessen skall godkännas av de myndigheter som har det på sitt ansvar. Det framfördes att om miljökrav skall ställas på tillverkningsprocessen så blir det ytterligare svårigheter för de mindre kommunerna att utvärdera anbud och följa upp avtal även om kraven blir tydliga och standardiserade.

6.3 Miljöhänsyn vid offentlig upphandling

Syftet med reglerna om offentlig upphandling är främst att ge leverantörerna i EU lika möjligheter att lämna anbud på offentliga upphandlingskontrakt i alla EU-länder. Även med beaktande av det huvudsakliga syftet med den offentliga upphandlingen ger gemenskapsrätten och upphandlingsdirektiven en rad möjligheter att ställa miljökrav vid offentlig upphandling.

I detta avsnitt redogör vi inledningsvis för de allmänna principer om miljöhänsyn som förts in i EG-fördraget (avsnitt 6.3.1). Därefter redogör vi för kommissionens inställning till möjligheten att beakta miljöhänsyn vid offentlig upphandling (avsnitt 6.3.2). Vi fortsätter med en redogörelse av i vilken utsträckning miljöhänsyn kan tas såväl när det gäller det som upphandlas (avsnitt 6.3.3) som i övrigt i de skilda faserna av ett upphandlingsförfarande (avsnitten 6.3.4-6.3.8).

När det är lämpligt har vi valt att under särskilda rubriker beskriva vad som gäller inom det direktivstyrda området respektive inom det icke direktivstyrda området. Upphandling av varor, A-tjänster, byggtreprenader och upphandling inom försörjningssektorerna regleras av EG-direktiv när värdet överstiger vissa angivna tröskelvärden. När värdet av sådana upphandlingar understiger tröskelvärdena och när upphandlingen rör B-tjänster regleras upphandlingen endast av de allmänna EG-rättsliga grundprinciperna och reglerna i LOU.

EU har infört marknadsbaserade miljöpolitiska styrmedel såsom the Environmental Management and Auditing Scheme (EMAS) och Ecolabelling (EU-blomman). Syftet med dessa system är att ge de företag som miljöcertifierar sig eller sina produkter de marknadsmässiga fördelar som följer av marknadens krav på miljöhänsyn. Vi återkommer till miljömärkning i avsnitt 6.3.3 och miljöledningssystem i avsnitt 6.3.6.

6.3.1 EG-fördraget och unionsfördraget

I EG-fördraget finns det inte någon bestämmelse som direkt hänvisar till offentlig upphandling. Bestämmelserna om icke-diskriminering i art 12, om den fria rörligheten av varor i art. 23, om etableringsrätt i art 43 och om fri rörlighet av tjänster i art 49 ligger dock till grund för EG-direktiven om offentlig upphandling. Endast i undantagsfall kan medlemsstaterna införa regler som utgör ett hinder mot den fria rörligheten av varor och tjänster. Detta gäller i de fall där det uttryckligen är föreskrivet, dvs. i art. 30, 45 och 55 i EG-fördraget eller ändå utgör ett sådant undantag enligt EG-domstolens praxis. Miljöskydd är, enligt dom från EG-domstolen¹¹⁶ ett sådant krav som tillåter att medlemsstaterna föreskriver undantag från reglerna om fri rörlighet av varor och tjänster.

Såväl unionsfördraget som EG-fördraget har genomgått förändringar som inneburit att miljöfrågorna fått en stärkt ställning inom EU. Efter Amsterdamfördraget har en allmän princip antagits redan i ingressen till unionsfördraget.

Art 2 i EG-fördraget innehåller efter Amsterdamfördraget en målbestämmelse som innebär att gemenskapen skall uppnå målet med en gemensam marknad och en ekonomisk och monetär union genom att bl.a. främja en hög nivå i fråga om miljöskydd och förbättring av miljöns kvalitet.

I EG-fördragets lydelse efter Amsterdamfördraget framgår vidare av art. 3 och 6 att miljöskyddet skall integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens politik och verksamhet särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling.

I artikel 30 i EG-fördraget medges undantag från den fria rörligheten av varor för att skydda bl.a. människors och djurs hälsa och liv och att bevara växter. Kommissionen skall i sina förslag till beslut enligt art 95 a i EG-fördraget när det gäller hälsa, säkerhet samt miljö- och konsumentskydd utgå från en hög skyddsnivå. I artikel 174 i EG-fördraget anges att gemenskapens miljöpolitik skall syfta till en hög skyddsnivå.

6.3.2 Kommissionens inställning

¹¹⁶ EG-domstolens dom 20 9 1998 i mål 302/86 kommissionen mot Danmark, REG 1988 s. 4607.

I kommissionens grönbok om offentlig upphandling från 1996 och det år 1998 av kommissionen utgivna meddelandet behandlar kommissionen offentlig upphandling och miljöhänsyn.¹¹⁷ Ang. innebörden av EG-domstolens tolkning av direktiven, se avsnitt 5.4.7 och 6.3.7.

I meddelandet från 1998 betonar kommissionen att gemenskapsrätten och bl.a. direktiven om offentlig upphandling, ger en rad möjligheter att ta hänsyn till miljön vid offentlig upphandling. Kommissionen uttalade där att en upphandlande enhet rent allmänt kan välja de varor eller tjänster som motsvarar enhetens strävanden att skydda miljön. Kommissionen erinrade om att de åtgärder som vidtas naturligtvis måste stå i överensstämmelse med de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna och principerna, bl.a. principen om icke-diskriminering. Vi återkommer i de följande avsnitten till kommissionens inställning till i vilken utsträckning det är möjligt att beakta miljöhänsyn i de skilda faserna i ett upphandlingsärende.

I meddelandet underströk kommissionen att offentlig upphandling väsentligen är av ekonomisk karaktär och att det är viktigt att för varje upphandlingsprojekt, fastställa de miljökriterier som är direkt kopplade till den vara eller tjänst som skall upphandlas och därför kan beaktas vid ett upphandlingsförfarande.

I samma meddelande utlovade kommissionen ett tolkningsmeddelande som skall förtydliga och utveckla när hänsyn kan tas till miljön vid offentlig upphandling. I tolkningsmeddelandet skall kommissionen utreda i vilken utsträckning det är möjligt att ställa krav på miljömärkning av produkter, t.ex. det europeiska miljömärket eller nationella miljömärken och att leverantörerna har ett miljöledningssystem av typen EMAS eller ISO 14001. Meddelandet som ursprungligen var tänkt att presenteras under 1999 har försenats. Avsikten är nu att meddelandet skall presenteras i slutet av maj 2001.

Kommissionens utkast till tolkningsmeddelande är inte offentligt. Det är däremot Regeringskansliets synpunkter på detta utkast. Regeringskansliet har i en skrivelse daterad den 7 juli 2000 lämnat synpunkter på kommissionens dokument CC/00/59/EN - utkast till tolkningsmeddelande om miljöhänsyn vid offentlig upphandling¹¹⁸. Vi redogör närmare för Regeringskansliets synpunkter

¹¹⁷ Public procurement in the European union, exploring the way forward 1996-11-27 (COM[96]583 final, Celex nr 511996DC0583) och meddelande från kommissionen, offentlig upphandling inom europeiska unionen 1998-03-11 (KOM [98] 143 slutlig, Celex nr 511998 DC0143).

¹¹⁸ Ärende EUF2000/35.

i den skrivelsen i avsnitt 6.5.2. Vi hänvisar vidare till denna skrivelse i de följande avsnitten när det av dokumentet framgår vilka ställningstaganden kommissionen gjort i utkastet. Här kan nämnas att kommissionen inleder tolkningsdokumentet med att referera till Amsterdamfördraget men att Regeringskansliet anser att kommissionens tolkning inte innebär att miljöaspekterna fått ett större genomslag än vad som tidigare varit fallet.

Kommissionens inställning framgår i viss mån även av de nya direktivförslagen. I förslagen har uppräknningen av kriterier som skall ligga till grund för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utökats¹¹⁹. Bland kriterierna anges miljöegenskaper. En förutsättning för att miljökritier skall kunna beaktas vid anbudsutvärderingen är dock, enligt förslaget, att kriteriet är direkt förbundet med kontraktets föremål. Regionkommittén har haft synpunkter på denna utformning, se vidare avsnitt 6.3.7. Det sker också fortlöpande ändringar i kommissionens direktivförslag.

6.3.3 Miljökrav på det som upphandlas

Val av produkt eller tjänst

En upphandlande enhet kan självfallet själv och oberoende av upphandlingsreglerna bestämma vad den vill köpa. Vid valet av produkt eller service har enheten därför en möjlighet att ta miljöhänsyn. Miljöhänsyn kan således tas genom det sätt på vilket den tekniska specifikationen på det som skall upphandlas utformas.

Eftersom miljöhänsyn, enligt kommissionen, skall vara kopplade till det som upphandlas är dock möjligheten att ta sådana hänsyn mer begränsade när det gäller upphandling av varor än när det gäller tjänster och byggtreprenader samt upphandling inom försörjningssektorerna.

Vid upphandling av varor får miljökrav, med kommissionens synsätt, endast avse slutprodukten, inte tillverkningsprocessen. För all upphandling gäller givetvis att de grundläggande reglerna i EG-fördraget om fri rörlighet av varor och tjänster, icke-diskriminering, likabehandling och proportionalitet skall iakttas.

¹¹⁹ Art 54 i förslaget till direktiv om samordning av förfarandena vid upphandling inom områdena vatten, energi och transporter, KOM (2000) 276 och art. 53 förslaget till direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader, KOM (2000) 275.

Europeiska specifikationer och harmoniserande regler

I EG-direktiven och LOU finns bestämmelser som innebär att upphandlande enheter är skyldiga att hänvisa till befintliga europeiska standarder om kravspecifikationen innehåller en teknisk beskrivning. Syftet med tekniska specifikationer är att öppna upp den offentliga sektorns marknad, att skapa konkurrens och förhindra att marknader reserveras för nationella eller specifika företag. Den upphandlande enheten är inte skyldig att endast köpa produkter som är utformade i enlighet med standarderna. Det krävs endast att den upphandlande enheten refererar till befintlig europeisk standard och sedan kan leverantörerna erbjuda liknande lösningar.

Finns det harmoniserande regler inom EU i t.ex. direktiv eller europeiska standarder, begränsas möjligheterna för den upphandlande enheten att ställa strängare krav i de tekniska specifikationerna. Föreligger total harmonisering saknas utrymme för den enskilda medlemsstaten att ställa mer långtgående krav än det som framkommer av gemenskapsrätten. Föreligger minimiharmonisering kan den enskilda medlemsstaten, inom ramen för de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna t.ex. proportionalitets- och likabehandlingsprincipen, ha mera långtgående krav i sin lagstiftning.

Miljömärkning

Tongångarna i samband med kommissionens tolkningsmeddelande tyder på att miljömärkning kan komma att accepteras som ett av flera tänkbara bevis på att leverantörens produkter lever upp till ställda miljökriterier. En reviderad förordning om miljömärkning antogs sommaren 2000. Av den framgår att miljömärket EU-blomman skall användas i upphandlingssammanhang.

En förutsättning för att krav på miljömärkning skall vara tillåtna är givetvis att de är tillåtna ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv och att de är tillgängliga och öppna så att den upphandlande enheten och leverantörerna kan ta del av dem.

En aktuell fråga är huruvida det finns någon anledning att göra skillnad mellan EU:s miljömärke EU-blomman och nationella eller mångnationella miljömärken. Vidare framgår av art. 11 i den reviderade förordningen om miljömärkning att nationella miljömärken

tillåts existera parallellt med EU-blomman på den privata marknaden.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) anser i en av nämnden, på uppdrag av regeringen, upprättad rapport från 1998¹²⁰ att det skulle kunna vara förenligt med gemenskapsrätten att ställa krav på att en vara är märkt med EU-blomman. NOU anser det dock vara diskriminerande att ställa krav på att en viss vara har en nationell miljömärkning. Länsrätten i Örebro hade samma inställning i en dom¹²¹ som bl.a. behandlade krav på att de kopiatorer som upphandlades skulle vara miljömärkta med Svanen, Blå Ängeln eller likvärdigt. Länsrätten fann att anbudsgivarna inte klart kunde utläsa vilka miljökrav som uppställts. Länsrätten menade att den upphandlande enheten istället borde ha angett vilka gränsvärden som inte får överskridas.

I ett dokument utarbetat på begäran av Silf Gruppen AB av jur. kand Jan-Erik Falk i samarbete med professorn vid Stockholms Universitet Ulf Bernitz¹²² föreslår författarna att den upphandlande enheten hänvisar till de kriterier som ingår i ett visst system och inte till märkningen i sig t.ex. Svanenmärket. Enligt författarna borde den upphandlande enheten för att inte riskera att ett krav på miljömärkning av det som upphandlas står i strid med nuvarande art. 23 i EG-fördraget uppställa kravet som ett utvärderingskriterium i stället för ett kvalifikationskriterium.

Av Regeringskansliets synpunkter på kommissionens utkast till tolkningsmeddelande (se avsnitt 6.5.2) framgår att kommissionen jämnställer mångnationella och nationella miljömärken med EU-blomman.

Eftersom kommissionen ännu inte publicerat något tolkningsmeddelande avseende miljökraven vid offentlig upphandling är det dock fortfarande oklart vad som kommer att gälla i upphandlings-sammanhang. Problemet med miljömärkning är att sådan märkning avser inte bara produkten utan även tillverkningsprocessen. Som vi går närmare in på nedan anser kommissionen att det vid upphandling av varor inte är möjligt att ställa krav på tillverkningsprocessen.

För upphandlingar som inte styrs av upphandlingsdirektiven, dvs. som regleras i 6 kap. LOU torde det finnas ett visst utrymme att ställa krav på miljömärkning. Som har nämnts tidigare begränsas den offentliga upphandlingen utanför det direktivstyrda området av bl.a. ickediskrimineringsprincipen.

¹²⁰ Rapport om ekologiskt hållbar offentlig upphandling, NOU ärende nr. 15/98-29.

¹²¹ Länsrättens i Örebro län, dom 1999-09-14, mål nr. 2057-99E.

¹²² Miljökrav i den offentliga upphandlingen, Silf Gruppen AB, 1998-03-24.

EG-domstolen konstaterade i det s.k. Dundalk-målet¹²³ att klausuler som hänvisar till nationella standarder kan leda till att leverantörer med liknande produkter, som dock överensstämmer med standarden, kan avstå från att lämna anbud. Produkter som inte är märkta med den nationella standarden men ändå överensstämmer med dessa kriterier måste därför accepteras. Detsamma får antas gälla vid krav på miljömärkning vid upphandling som inte styrs av upphandlingsdirektiven. Kommissionens tolkningsmeddelande torde komma med närmare besked i frågan.

Miljökrav på tillverkningsprocessen

I den ovan nämnda rapporten från 1998 gör NOU bedömningen att miljökraven inte får gälla själva fabrikationsprocessen för de varor som är föremål för upphandlingen. Det torde dock enligt nämnden vara tillåtet att ställa krav på varans karaktäristika eller prestanda som indirekt föranleder att en viss miljövänlig process måste användas.

Möjligheten att ställa miljökrav är, enligt ett yttrande av professorn i internationell rätt Said Mahmoudi som fogats till den ovan nämnda rapporten av NOU, avhängigt hur och i vilken omfattning gemenskapsrätten reglerat processen. Said Mahmoudi anser att tillverkningsprocessen inte i sin helhet är reglerad av gemenskapsrätten. Det finns enligt honom gemenskapsrättsliga regler för vissa delar av processen t.ex. utsläpp av miljöfarliga ämnen i luften.

Om gemenskapsrättsliga bestämmelser helt saknas gäller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna avseende proportionalitet och ickediskriminering. Ett miljökrav får t.ex. inte innebära att en leverantör utesluts på den grunden att han kommer från ett annat medlemsland. Det får heller inte begränsa handeln mer än vad som är nödvändigt för att nå det eftersträvade syftet, dvs. ett effektivt skydd av miljön. Om dessa grundläggande krav är uppfyllda ser Said Mahmoudi inget hinder mot att ställa miljökrav på tillverkningsprocessen.

Said Mahmoudi instämmer inte i resonemanget att miljökrav på tillverkningsprocessen inte ger någon direkt vinst och därför inte är ett relevant krav. Han instämmer inte i uppfattningen att det saknar betydelse hur en vara produceras och att miljökrav får beaktas endast utifrån varans eller tjänstens direkta användning. Ett

¹²³ EG-domstolens dom 1988-09-22 i mål 45/87, REG 1988 s. 4929 p 19.

sådant resonemang anser Said Mahmoudi bortser från EG:s fjärde handlingsprogram för miljön (1986) där de flesta miljöåtgärder fått en gemenskapskaraktär. Detta innebär att oavsett var de vidtas är det skyddet av miljön i hela gemenskapen som är ändamålet. Detta resonemang förstärks av begreppet delat ansvar som lanserades i det femte miljöhandlingsprogrammet. Begreppet innebär bl.a. att alla måste delta i miljöskyddsarbetet utan att tänka på vem eller vilka som kommer att få nytta av resultatet.

Jur. kand. Jan Erik Falk¹²⁴ är av den uppfattningen att varken LOU eller upphandlingsdirektiven innehåller något generellt förbud mot hänvisningar till tillverkningsprocesser. En sådan hänvisning är endast förbjuden om den avser en särskild process vilket medför att den gynnar eller missgynnar ett visst företag. Enligt ordalydelsen i LOU och i direktivtexterna skall, enligt honom, båda förutsättningarna vara uppfyllda. Det skulle därför vara möjligt att göra en hänvisning till en viss tillverkningsprocess även om det missgynnar eller gynnar vissa företag om den är motiverad med hänsyn till föremålet för upphandlingen.

Som vi närmare redogör för i avsnitt 6.5.2 har Regeringskansliet i sina synpunkter på kommissionens utkast till tolkningsmeddelande påtalat att upphandling av tjänster, byggtreprenader och upphandling inom försörjningssektorerna bör särskiljas från upphandling av varor. När det gäller tjänster finns en nära koppling mellan utförandet av tjänsten och den slutliga funktionen. Detta gäller även vid byggtreprenader och upphandling inom försörjningssektorerna. Krav på tillverkningsprocessen kan följaktligen, vid upphandling av tjänster, byggtreprenad och upphandling inom försörjningssektorerna, betraktas som krav på det som upphandlas (se även under kvalifikationskriterier, avsnitt 6.3.5).

Miljökrav på transporten

Om upphandlingen avser transporttjänsten i sig finns inga andra restriktioner än vad som gäller för upphandling i övrigt. Den upphandlande enheten är fri att välja vilken typ av transport som den vill upphandla. Att ställa miljökrav på transporter som upphandlas separat är därför fullt tillåtet. Det gäller även krav på miljöanpassade logistiksystem när dessa upphandlas separat.

¹²⁴ Falk, Jan-Erik, Miljökrav vid offentlig upphandling - NOU överdrivet försiktig, Inköp Logistik 51/99 s. 24 f.

Som jur.kand. Jan-Erik Falk påpekat i den av honom i samarbete med Ulf Bernitz upprättade rapporten för Silf Gruppen AB (se ovan) ställs dock ofta miljökrav på transporter även i samband med upphandling av varor. Den upphandlande enheten vill därigenom försäkra sig om att varustransporten sker på ett miljöriktigt sätt.

När upphandlingen inte rör transporttjänsten i sig anses transporttjänsten utgöra en extern kostnad i likhet med t.ex. energikostnader.

Av Regeringskansliets synpunkter på kommissionens utkast till tolkningsdokument (se avsnitt 6.5.2) framgår att kommissionen visserligen anser det möjligt att beakta alla kostnader i ett livscykelperspektiv men att kommissionen inte till sådana kostnader inräknar externa kostnader. Detta skulle kunna innebära att kommissionen anser att externa kostnader som föranletts av miljökrav på transporten inte är tillåtna.

Jan-Erik Falk påpekar i den av honom i samarbete med Ulf Bernitz upprättade rapporten att korta transportavstånd oftast är bättre för miljön men att det är diskriminerande att ställa sådana krav och därmed oförenligt med gemenskapsrätten. Det gäller, enligt författarna, även vid upphandlingar som görs enligt 6 kap. LOU. Om krav på miljön avser transporten vid varuupphandling får kraven inte vara absoluta innan man vet vem som vinner kontraktet. Som exempel kan nämnas att ett krav på att varorna levereras med tåg skulle utesluta leveranser från Irland. Författarna anser dock att krav på transporter som inte påverkar valet av leverantörer i samband med varuleveranser är tillåtna.

I den av NOU upprättade rapporten (se ovan) anser NOU det svårt att ställa krav på visst transportsätt av varor inom ramen för upphandlingsförfarandet när upphandlingen inte avser en separat transporttjänst. Enligt Said Mahmoudi i det till nämnda rapport bifogade yttrandet kan en upphandlande enhet oavsett om önskemålet är diskriminerande i annonsen för upphandlingen ange tydlig information om sina önskemål att leveransen skall ske med den miljövänligaste transporten efter överenskommelse.

6.3.4 Uteslutningskriterier

Som vi redan nämnt i avsnitt 5.4.5 kan en leverantör i kvalifikationsfasen uteslutas från deltagande i offentlig upphandling enligt 1 kap. 17 § och 6 kap. 9 § LOU bl.a. om han är dömd för brott i yrkesutövningen enligt lagakraftvunnen dom eller om han har gjort

sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande enheten kan visa detta.

Bestämmelserna om uteslutning på grund av brott i yrkesutövningen eller allvarligt fel i denna kan, som kommissionen uttalat i meddelandet från 1998, tillämpas när en leverantör begått ett miljöbrott eller ett allvarligt fel i miljöhänseende enligt den nationella miljölagstiftningen.

Kammarrätten i Stockholm har i ett mål avseende upphandling av dentalprodukter¹²⁵ behandlat frågan vad som kan anses utgöra allvarligt fel i yrkesutövningen. Målet gällde bl.a. om påstått utsläpp av kvicksilver och det förhållande att anbudsgivaren bedrivit verksamhet under en viss tid utan tillstånd hade utgjort tillräcklig grund för att utesluta denne från upphandlingen. Uppgifterna om kvicksilverutsläpp var inte ostridiga. Kammarrätten fann att den upphandlande enheten, med hänsyn till att utredning om påstått kvicksilverutsläpp fortfarande pågick, inte kunde anses ha visat att leverantören begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

Enligt kammarrätten hade leverantören dock genom att bedriva tillståndspliktig verksamhet utan erforderligt tillstånd gjort sig skyldig till fel i yrkesutövningen. Eftersom leverantören erhöll tillstånd för sin verksamhet under målets handläggning i kammarrätten fann kammarrätten det dock inte visat att leverantören gjort sig skyldig till ett fel som utgjorde ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

6.3.5 Kvalifikationskriterier

Direktivstyrd upphandling

I kvalifikationsfasen aktualiseras förutom uteslutningskriterier även kvalifikationskriterier. Vid upphandling av varor, A-tjänster och byggentreprenader över tröskelvärdena framgår av 1 kap. 18 § andra stycket LOU, att sådana kriterier skall avse en leverantörs finansiella och ekonomiska ställning och tekniska förmåga och kapacitet. Dessa krav skall ställas i relation till föremålet för upphandlingen.

Vid upphandling över tröskelvärdena inom försörjningssektorerna gäller inte någon motsvarande begränsning av vilka

¹²⁵ Kammarrättens i Stockholm, avd 5, dom 1996-12-11, mål nr. 8647-1996.

kvalifikationskriterier som får ställas upp. Det krav som finns är, att uppställda kriterier är objektiva och att reglerna som skall hållas tillgängliga för de leverantörer som vill ta del av dem.

Enligt kommissionens uttalande i grönboken och i meddelandet från 1998 får miljöhänsyn ligga till grund för urval av anbudsgivare i den mån de syftar till att bedöma anbudssökandes ekonomiska och finansiella förmåga eller tekniska kapacitet. Kommissionen har, enligt Regeringskansliets synpunkter på utkastet till tolkningsmeddelande om miljöhänsyn vid offentlig upphandling (se avsnitt 6.5.2) samma inställning i dag.

Det utrymme som kommissionen ger för att ställa miljökrav på leverantören begränsas av att dessa krav skall vara proportionella i förhållande till det som upphandlas.

Det kan enligt Jan-Erik Falk, i det av honom i samarbete med Ulf Bernitz upprättade dokumentet (se avsnitt 6.3.3) föreligga en viss skillnad i möjligheterna att ställa miljökrav på leverantören beroende på om det är en tjänst, byggtreprenad eller vara som upphandlas.

Vid upphandling av tjänster och byggtreprenader kan miljökrav ställas på tjänstens respektive byggtreprenadens utförande. Det går vid dessa upphandlingar att hänföra miljökrav på leverantörerna under rubriken teknisk förmåga och kapacitet.

När det gäller upphandling av varor är förhållandet enligt författarna dock ett annat. Skälet är att produktionsprocessen vid sådan upphandling normalt inte sker hos den upphandlande enheten. Kvalificeringen av leverantörerna skall avse deras förmåga att fullgöra det aktuella kontraktet och detta påverkas vanligtvis inte av hur varorna produceras. Enligt författarna kan miljöpåverkan dock normalt vägas in för varukontrakt när det gäller varans egenskaper. Det är enligt dem även möjligt att väga in leverantörernas leveransförmåga. Den är inte beroende bara av den tekniska kapaciteten utan också av eventuella tillstånd som måste finnas enligt den nationella miljölagstiftningen.

Regeringskansliet anser på motsvarande sätt att upphandling av produkter skall särskiljas från upphandling av tjänster, byggtreprenader och upphandling inom försörjningssektorerna (se vidare avsnitt 6.5.2).

I en dom från Länsrätten i Göteborg¹²⁶ i ett mål om upphandling av linjetrafik fann länsrätten att det bör vara möjligt att föreskriva att förekomsten av internationellt godtagna miljöstyrningssystem

¹²⁶ Länsrättens i Göteborg, dom 1998-05-13, i mål nr 2044-98.

kan beaktas vid val mellan leverantörer då allt annat är lika. Krav på sådana system torde dock enligt länsrätten inte vara förenliga med LOU i andra fall än där de syftar på att säkerställa krav på produkten. Länsrättens dom fastställdes av kammarrätten.¹²⁷

Andra kriterier än de i direktiven angivna

Enligt kommissionens tolkning i ett meddelande från 1989 gäller ett generellt förbud mot uteslutning av anbudsgivare på grund av andra hänsyn än de som anges i direktiven. Enligt kommissionens då gjorda tolkning skulle direktivens kriterier för uteslutning av anbudsgivare och utvärdering av anbud vara uttömmande.

Enligt en annan uppfattning är de i direktiven angivna kriterierna inte uttömmande. Jan-Erik Falk har i den i samarbete med Ulf Bernitz år 1998 upprättade rapporten, mot bakgrund av EG-domstolens praxis, dragit slutsatsen att leverantörer kan uteslutas om de inte klarar att uppfylla villkor som inte har samband med deras ekonomiska eller finansiella ställning eller tekniska förmåga och kapacitet. Detta gäller enligt författarna oavsett om villkoret utgör ett kontraktsvillkor eller inte.

Icke direktivstyrd upphandling

Bestämmelser om leverantörskvalificering motsvarande den i 1 kap. 18 § LOU saknas för upphandlingar som faller utanför det direktivstyrd område. För sådana upphandlingar gäller reglerna i 6 kap. LOU. I det kapitlet finns under rubriken "Krav som får ställas på leverantörerna" endast den ovan nämnda bestämmelsen i 6 kap. 9 § LOU som är aktuell vid uteslutning av leverantörer. Ur ett gemenskapsrättslig perspektiv styrs dessa upphandlingar enbart av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Det finns således ett betydligt större handlingsutrymme för medlemsstaterna att ta miljöhänsyn när det gäller icke-direktivstyrd upphandling (jfr utrymmet för sociala hänsynstaganden, avsnitt 5.4.6).

I det ovan nämnda dokumentet framtaget av Jan-Erik Falk i samarbete med Ulf Bernitz gör författarna den bedömningen att krav kan ställas på leverantören vid upphandlingar i 6 kap. LOU som inte har en direkt koppling till dennes ekonomiska och tekniska förmåga att utföra det som upphandlas. Kraven får självfallet inte

¹²⁷ Kammarrättens i Göteborg, dom 1998-08-28, i mål nr 3696-1998.

innebära att leverantörer från andra medlemsländer blir direkt eller indirekt diskriminerade på grund av nationalitet.

6.3.6 Miljöledningssystem

EMAS-registrering

En vanlig fråga i samband med att miljökrav ställs vid offentlig upphandling är om upphandlande enheter kan ställa krav på att leverantörerna skall vara registrerade enligt Rådets förordning (EEG) 1836/93 av den 29 juni 1993 om en gemenskapens miljöstyrnings- och miljörevisionsförordning, den s.k. EMAS-förordningen (Environmental Management and Audit Scheme) eller miljöledningssystemet ISO 14001 (se kap. 2.4.1). En leverantör som inte har detta miljöledningssystem skulle därmed kunna uteslutas från upphandlingen.

EMAS-förordningen har antagits med art. 175 (f.d. art. 130 s) i EG-fördraget som rättsgrund. Syftet med förordningen är därför miljöskyddet. EMAS-registrering bygger på frivillighet. Den verksamhet som ansluter sig måste dock uppfylla alla krav i EMAS. EMAS gällde ursprungligen för industriföretag, såväl privata som offentligägda, men har nu i vissa medlemsländer utvidgats till att på försök gälla även övrig offentlig sektor.

EMAS är utformat så att det skall ge vissa garantier för att miljöarbetet sker med ett materiellt innehåll. Systemen är relativa eftersom miljölagstiftningen skiljer sig åt mellan olika medlemsländer. EMAS-förordningen uppställer bl.a. vissa minimikrav som har direkt samband till upphandlingsprocessen hos den EMAS-registrerade verksamheten. För att undvika export av negativ miljöpåverkan har bland de aspekter som skall beaktas särskilt angivits leverantörernas miljöpåverkan. Eftersom EMAS-förordningens krav på leverantörerna inriktar sig på miljöskyddet medan upphandlingsdirektiven avser leverantörernas förmåga att fullgöra ett kontrakt utifrån ekonomiska och tekniska kriterier kan det uppstå motsättningar mellan reglerna.

Av Regeringskansliets synpunkter på kommissionens utkast till tolkningsmeddelande framgår att kommissionen inte anser det vara möjligt att ställa krav på att en leverantör har ett miljölednings-

system. Skälet är att det inte finns någon direkt koppling till föremålet för upphandlingen. Se vidare avsnitt 6.5.2.

NOU gör också i sin rapport om ekologiskt hållbar offentlig upphandling¹²⁸ den bedömningen att det inte är tillåtet att vid upphandling av varor ställa krav på EMAS-registrering eller en miljöpolicy.

Enligt NOU ger kommissionen i sin grönbok intryck av att krav på EMAS-registrering skulle vara tillåtet vid upphandling enligt upphandlingsdirektiven. NOU menar att det behöver inte finnas något samband mellan ett företags miljöarbete och dess produkters miljövänlighet eftersom kraven på leverantören kan vara olika hårda beroende på vilket medlemsland som leverantören hör hemma i. NOU anser att det finns en risk att ännu icke registrerade leverantörer med miljövänliga produkter väljs bort till förmån för EMAS-registrerade leverantörer med sämre produkter ur miljöhänseende.

I rapporten bedömer NOU även att krav på en miljöpolicy är oförenligt med gemenskapsrätten. Ett sådant krav kan enligt NOU inte innefattas i leverantörens tekniska förmåga och kapacitet eller dennes ekonomiska och finansiella ställning. Policyn utgör NOU inte heller någon garanti för att varan är miljövänlig.

Som vi beskrivit ovan finns det dock en tydlig koppling mellan krav på miljöledningssystem och leverantörens tekniska förmåga och kapacitet vid upphandling av byggtreprenader och tjänster samt vid upphandling inom försörjningssektorerna. I den rapport som utarbetats av Jan-Erik Falk i samarbete med Ulf Bernitz och som vi nämnt ovan, anser författarna att det vid upphandling av tjänster, entreprenader och inom försörjningssektorn är möjligt att ställa krav på leverantörernas tekniska förmåga och kapacitet som har koppling till miljöaspekter. Detta är också Regeringskansliets inställning i det dokument där Regeringskansliets synpunkter på det kommande tolkningsmeddelandet presenteras (se avsnitt 6.5.2).

Jan-Erik Falk och Ulf Bernitz påpekade dock att det är viktigt att skilja på EMAS-registrering och t.ex. ISO 14001-certifiering å ena sidan och miljökrav å den andra sidan. En registrering eller certifiering kan endast tjäna som bevismedel för att vissa miljökrav efterlevs men kan inte ersätta miljökraven i sig.

¹²⁸ Rapport om ekologiskt hållbar offentlig upphandling, NOU ärende nr. 15/98-29.

Upphandlingar utanför det direktivstyrda området

Jur. kand. Jan-Erik Falk har i den i samarbete med Ulf Bernitz upprättade rapporten påtalat att det framgår av artikel 3 i EMAS-förordningen att vissa upphandlande enheter kan EMAS-registreras och att dessa enheter måste ställa miljökrav på sina leverantörer. Eftersom EG-rätten, i detta fall EMAS-förordningen, tar över vid en normkonflikt med 6 kap. LOU måste kraven i förordningen, enligt författarna, upprätthållas av EMAS-registrerade enheter. Författarna menade vidare att det borde vara möjligt att ställa miljökrav på leverantörer även för enheter som inte är EMAS-registrerade. En motsatt bedömning skulle, enligt dem, innebära att 6 kap. får olika innehåll beroende på om en enhet är registrerad eller inte. I preambeln till EMAS-förordningen anges att det är möjligt för den offentliga sektorn att EMAS-registreras på prov. Författarna påpekade dock att så länge endast ett fåtal företag är EMAS-registrerade kan krav på registrering komma i konflikt med huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

En ny EMAS-förordning

Under våren 2001 förväntas ministerrådet anta en reviderad EMAS-förordning. I förslaget till den nya förordningen uppmuntras medlemsländerna att beakta EMAS vid offentlig upphandling. Enligt art. 11 i förslaget bör kommissionen och andra institutioner inom EG, liksom även andra offentliga myndigheter på nationell nivå för att uppmuntra organisationers deltagande i EMAS överväga hur registreringen till EMAS kan beaktas när kriterier för deras upphandlingsprinciper fastställs. Detta skall inte inverka på gemenskapslagstiftningen.

Den nya EMAS-förordningen har större anknytning till produktens kvalitet. Det är därför möjligt att en EMAS-registrering enligt den nya förordningen kan utgöra ett bevis på leverantörens tekniska förmåga och kapacitet. Det är oklart om den nya EMAS-förordningen kommer att beaktas i det utlovade tolkningsmeddelandet från kommissionen avseende offentlig upphandling och miljö eftersom detta tolkningsmeddelande endast skall avse lagstiftning som redan har trätt i kraft. Av Regeringskansliets synpunkter på utkastet till tolkningsmeddelande framgår att kommissionen i utkastet inte beaktat den reviderade EMAS-förordningen (se avsnitt 6.5.2).

6.3.7 Utvärderingskriterier

Direktivstyrd upphandling

Vid utvärderingen av anbud gäller, som vi närmare beskrivit i avsnitt 5.4.7, att en upphandlande enhet, enligt 1 kap. 22 § LOU, skall anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller det anbud som har lägst anbudspris.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m.

Bestämmelserna i LOU innehåller i andra stycket en längre uppräknning av vilka utvärderingskriterier som enheten kan ta hänsyn till vid bedömningen av vilken anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga än den som återfinns i direktiven. Ordet miljöpåverkan är t.ex. ett svenskt tillägg som inte finns med i direktiven. Miljö-kriterier kan följaktligen ställas enligt LOU om de är kopplade till den vara eller tjänst som skall upphandlas dvs. om kriterierna avser att täcka ett behov i den enskilda upphandlingen.

De i direktiven angivna kriterierna är inte uttömmande. Kommissionen har i sin grönbok om offentlig upphandling uttalat att miljöfaktorer kan vägas in vid val av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En förutsättning är dock, enligt kommissionen, att det innebär en ekonomisk fördel som är beroende av den prestation som är föremål för upphandlingen och som direkt tillfaller den upphandlande enheten, t.ex. genom minskade kostnader för underhåll, avfallshantering eller återanvändning.

I en formell underrättelse från kommissionen till regeringen 1998 kritiserade kommissionen Sveriges införlivande av upphandlingsdirektiven när det gäller införandet av begreppet miljöpåverkan i 1 kap. 22 § LOU. Kommissionen menade att begreppet utgör en alltför allmän utformning som inte motsvarar direktivets krav. Samtidigt erkände kommissionen betydelsen av miljöpolitiken och behovet av att i enlighet med artikel 130r (nu artikel 174) i EG-fördraget integrera miljöaspekterna vid utarbetandet och införlivandet av gemenskapsrättens övriga politik.

EG-domstolens dom i målet Evans Medical¹²⁹ kan tolkas så att den upphandlande enheten kan beakta ett krav som inte är kopplat till någon omedelbar ekonomisk fördel för den upphandlande enheten. Kravet avsåg anbudsgivarnas förmåga att vidta lämpliga säkerhetsåtgärder för att förhindra olovlig användning av diacetylmorfin och kunde enligt domstolen beaktas enligt artikel 25 i varudirektivet 77/62/EEG.

Professorn i internationell rätt vid Stockholms universitet Said Mahmoudi har, i ett yttrande bifogat till den ovan nämnda rapporten om ekologiskt hållbar offentlig upphandling (se avsnitt 6.3.3), gjort den bedömningen att EG-domstolen skulle kunna komma att acceptera ett hänsynstagande till miljökriterier även om den upphandlande enheten inte kan uppvisa någon direkt ekonomisk vinst med sitt val. Skälet är den framträdande plats som miljöhänsyn har fått inom gemenskapsrätten.

Professor Niklas Bruun har (se bilaga 3) bedömt att EG-domstolens praxis, efter domen i målet kommissionen mot Frankrike¹³⁰, ger utrymme för ett visst nationellt skön för att driva åtminstone de politikområden som prioriteras i EG-fördraget som ett utvärderingskriterium. Detta är hänsyn till exempelvis sysselsättning, jämställdhet och miljö. Enligt Niklas Bruuns uppfattning behöver sådana intressen inte nödvändigtvis stå i direkt samband med det som upphandlas.

I kommissionens förslag till direktivändringar¹³¹ anges miljöegenskaper som ett möjligt utvärderingskriterium då det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall väljas. En förutsättning är dock att miljökriteriet har en direkt koppling till det som upphandlas.

Regionkommittén ansåg i sitt yttrande av den 13 december 2000 över direktivförslagen¹³² att det var mycket positivt att man i förslagen nämner miljön som exempel på kriterier som får vägas in vid kontraktstilldelning. Regionkommittén uttalade dock att kommittén slår vakt om den uppfattning den hade i sitt yttrande över meddelandet om offentlig upphandling. Regionkommittén ansåg att det är av avgörande betydelse att det vid offentlig upphandling inte endast är möjligt att ställa krav beträffande en produkts

¹²⁹ EG-domstolens dom 1995-03-28 i mål C-324/93, *The Queen mot Secretary of State for Home Department*, REG 1995 s. I-0563 p 49.

¹³⁰ EG-domstolens dom 2000-09-26, mål C-225/98, *Kommissionen mot Frankrike*

¹³¹ Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader, KOM (2000) 0275 slutlig - COD 2000/0115 och Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi och transporter, KOM (2000) 0276 slutlig - COD 2000/0117.

¹³² CdR 312/2000 fin.

egenskaper (exempelvis PVC-innehåll i plast) utan att det även skall vara möjligt att ställa objektiva krav vad gäller en produkts och ett företags totala miljöbelastning, bl.a. krav beträffande produktionsprocessen¹³³.

EG-domstolen kan inom ett par år komma att ta ställning till frågan i vilken utsträckning vissa typer av miljöhänsyn kan tas i utvärderingsfasen vid offentlig upphandling. Högsta förvaltningsdomstolen i Finland har nämligen begärt ett förhandsavgörande av EG-domstolen med anledning av ett mål om upphandling av en busslinje i Helsingborg stad.¹³⁴ Den finska domstolen vill bl.a. att EG-domstolen uttalar sig om det är tillåtet att beakta olika nivåer av utsläpp och buller vid utvärderingen av anbud.

Icke direktivstyrd upphandling

För de upphandlingar som faller utanför det direktivstyrda området finns en bestämmelse i 6 kap. 12 § LOU motsvarande den som gäller enligt 1 kap. 22 § samma lag vid upphandlingar inom det direktivstyrda området.

Vid upphandling utanför det direktivstyrda området kan det eventuellt finnas större möjligheter att ställa miljökrav förutsatt att affärsmässighetsbegreppet i 1 kap. 4 § LOU inte begränsar detta utrymme. Så länge som kriterierna är objektiva, transparenta, icke-diskriminerande och proportionella får kriterierna antas kunna utformas enligt den upphandlande enhetens önskemål.

6.3.8 Miljökrav som tillkommande villkor

Enligt kommissionen kan en upphandlande enhet från den leverantör, vars bud antagits, som ett tillkommande kontraktsvillkor begära att prestationen som upphandlingen gäller, genomförs med hänsyn till vissa miljökrav. Leverantörens förmåga att fullgöra sina kontraktsskyldigheter i enlighet med dessa villkor prövas utanför själva upphandlingsförfarandet.

En förutsättning för att sådana tillkommande villkor skall vara tillåtna är att de är förenliga med grundläggande gemenskapsrättsliga principer, t.ex. att de inte är diskriminerande och att de är proportionella i förhållande till innehållet i upphandlingskontraktet

¹³³ CdR 108/1998 fin punkt 3.1.2.

¹³⁴ Mål C-513/99 Stagecoach Finland OY Ab mot Helsingfors stad HKL-Bussiliikenne.

i övrigt. Villkoren får inte på något sätt utgöra hinder för en väl fungerande inre marknad. Den upphandlande enheten måste vidare för att villkoren skall vara tillåtna säkerställa att deltagarna i anbudsförfarandet får kännedom om att dessa villkor existerar. Detta kan t.ex. ske genom att villkoren anges i det publicerade meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

Enligt en rapport som utarbetats av den danska regeringen¹³⁵ skall sociala klausuler eller avtalsvillkor om etnisk likabehandling endast avse de personer som skall utföra det konkreta föremålet för upphandlingen. Ett motsvarande resonemang när det gäller miljökrav skulle kunna innebära att den upphandlande enheten endast får ställa miljökrav på den del av leverantörens verksamhet som är involverad i utförandet av kontraktet. Det skulle exempelvis vara svårt att ställa miljökrav på tillverkningsprocessen eller på transporter vid en upphandling av varor. Ett generellt krav skulle enligt den danska utredningen förmodligen anses stå i strid med proportionalitetsprincipen eftersom det inte har en tillräcklig anknytning till det som upphandlats.

I den danska utredningen konstateras att tillkommande sociala villkor endast får uppställas om de avser eller reglerar utförandet av tjänsten i det land som den upphandlande enheten hör hemma. Den danska utredningen menar att det finns ett förbud mot att ”exportera” tillkommande villkor (jfr avsnitt 11.5.8 och 11.6.8).

6.4 Arbetet med miljökrav vid offentlig upphandling

I detta avsnitt beskriver vi det arbete som bedrivs inom Regeringskansliet rörande miljöfrågor vid offentlig upphandling (6.4.1) och därefter det arbete som bedrivs av EKV-delegationen (6.4.2).

6.4.1 Arbetet inom Regeringskansliet

Inom Regeringskansliet finns en beredningsgrupp som arbetar med att ta fram en svensk ståndpunkt avseende vilka miljökrav som bör kunna ställas vid offentlig upphandling, bl.a. i syfte att påverka EU:s arbete med dessa frågor.

Gruppen har initierat ett regeringsuppdrag till Statskontoret att utföra en analys av vilka samhällsekonomiska konsekvenser miljö-

¹³⁵ Rapport fra Udvalget om sociale klausule 20 januari 2000, J nr 95-150-29.

krav vid offentlig upphandling har fått. Uppdraget resulterade i rapporten Miljökrav vid offentlig upphandling – samhällsekonomiska konsekvenser¹³⁶. Rapporten redovisades för regeringen augusti 1999.

Gruppen har vidare arbetat med svar till kommissionen med anledning av frågor från kommissionen om offentlig upphandling och miljö. Arbetet med den huvudsakliga uppgiften, dvs. att ta fram en svensk ståndpunkt när det gäller miljöhänsyn, fortsätter.

6.4.2 Delegationen för ekologiskt hållbar upphandling¹³⁷

Kommittén har följt EKU-delegationens arbete. I detta avsnitt beskriver vi först delegationens uppdrag och organisation. Under särskilda rubriker beskriver vi närmare delegationens arbete med miljöverktyget och det arbete som består i att analysera och bevaka lagstiftning och internationella överenskommelser. Därefter beskriver vi under särskilda rubriker innehållet i delegationens förslag till policy för ekologiskt hållbar upphandling, delegationens underlag till arbetet med tolkningsmeddelandet rörande miljöhänsyn och delegationens remissvar angående förslag till ändringar av upphandlingsdirektiven.

Uppdraget och organisation

Regeringen beslutade den 15 januari 1998¹³⁸ att tillkalla en delegation för ekologiskt hållbar upphandling med uppdrag att arbeta pådrivande för att den offentliga upphandlingen skall vara ett instrument för att åstadkomma en ekologiskt hållbar samhällsutveckling.

Delegationen består av en ordförande och tio övriga ledamöter från stat, kommun, landsting, näringsliv och ideella föreningar. Vidare har delegationen tolv experter från Regeringskansliet, olika statliga myndigheter, Svenska Kommunförbundet, Landstingsförbundet och privata bolag.

EKU-delegationens arbete skall i enlighet med ett tilläggsdirektiv¹³⁹ pågå till den 1 maj 2001.

¹³⁶ Statskontorets rapport 1999:28.

¹³⁷ M 1998:01.

¹³⁸ Dir. 1998:8.

¹³⁹ Dir. 2000:54.

Det ursprungliga uppdraget bestod i att driva på en ekologiskt hållbar upphandling inom stat, kommun och landsting, inrikta arbetet på varor och tjänster där nyttan av att ställa miljökrav är störst, analysera och bevaka lagstiftning och internationella överenskommelser, initiera och utveckla vägledningar och metoder, sprida kunskaper, erfarenheter och goda exempel, initiera utbildningar och seminarier för upphandlande enheter och leverantörer och att följa utvecklingen mot en ekologiskt hållbar upphandling i andra länder. Delegationens arbete och rapporter beskrivs närmare på delegationens hemsida.¹⁴⁰

Genom tilläggsdirektivet fick delegationen i uppdrag att senast den 1 november 2000 redovisa en analys av behovet av ett förslag till upphandlingspolicy. Analysen av upphandlingspolicy redovisades i oktober 2000 till Miljödepartementet¹⁴¹. Delegationen skall även ta fram ett för hela den offentliga sektorn gemensamt Internet-baserat verktyg som skall tjäna som modell för ekologiskt hållbara upphandlingar. Verktyget skall vara klart att användas den 1 juli 2001.

EKU-delegationen är engagerad i olika internationella nätverk som t.ex. European Green Purchasing Network (GPN) som bildats av International Council for Local Environmental Initiatives (ICLEI) och European Partners for the Environment (EPE). Delegationen är även engagerad i European Municipal Green Purchasers Network (MGPN) som är bildat av ICLEI. Nätverken består av företrädare från såväl den offentliga som den privata sektorn. I nätverkens regi anordnas hearings och konferenser om miljöanpassad upphandling i Europa. Man planerar att ta fram gemensamma riktlinjer för miljöanpassad upphandling av olika produkter och tjänster som t.ex. informationsteknologi, jordbruksprodukter och turism.

Arbetet med att initiera och utveckla vägledningar och metoder – miljöverktyget

EKU-delegationen har till uppgift att initiera och utveckla vägledningar och metoder för hur miljökrav, kvalitetskrav och andra krav på ekologisk hållbarhet kan ställas vid offentlig upphandling. Delegationen arbetar med att ta fram ett verktyg som skall hjälpa de upphandlande enheterna att ställa miljökrav vid offentlig upp-

¹⁴⁰ <http://www.upphandling.hallbarasverige.se>

¹⁴¹ Dnr. 31/00.

handling. Verktöget tas fram tillsammans med stat, kommun och landsting och skall vara gemensamt för hela den offentliga sektorn. Verktöget som är internetbaserat avses, som vi nämnt ovan, vara klart att tas i bruk den 1 juli år 2001. Verktöget kommer att vara gratis för de som vill använda det.

Verktöget kommer att bestå av tre delar. I verktögets huvuddel kommer det att finnas ett antal miljödeklARATIONER som är färdiga att användas av inköparen i förfrågningsunderlaget. Deklarationen kommer att innehålla ett frågeformulär och en bakgrundsdel bestående av viktiga miljöaspekter för respektive vara, tjänst eller entreprenad, faktabeskrivning m.m.

Den andra delen kommer att innehålla en beskrivning om hur modellen är uppbyggd, vilka miljökrav som ställs på leverantörer och produkter, hur modellen kommer att uppdateras, hur den kan användas i den egna organisationen och hur man kan ta fram miljökrav för varor som inte omfattas av modellen.

Den tredje delen av verktöget kommer bl.a. att innehålla hänvisningar till relevanta lagar och information om utbildningar och nätverk. Det kommer också att finnas ett debattforum.

Arbete med att analysera och bevaka regler i lagstiftning och internationella överenskommelser

EKU-delegationen har till uppgift att överväga om reglerna i LOU ger tillräckligt stöd för ekologiskt hållbar upphandling eller om de utgör ett hinder mot sådan upphandling. Delegationen har uppfattat att många upplever att upphandlingsdirektiven och LOU starkt begränsar möjligheten att ta miljöhänsyn. Upphandlande enheter är t.ex. osäkra på hur de egentligen får ställa miljökrav.

EKU-delegationen bevakar arbetet med miljö och offentlig upphandling inom EU. Delegationen har haft åtskilliga kontakter med företrädare för generaldirektoraten för Inre marknad och Miljö. Vidare har delegationen själv och tillsammans med miljödepartementet anordnat seminarier där tjänstemän från kommissionen deltagit.

I september 1998 anordnade EKU-delegationen tillsammans med miljödepartementet ett seminarium om ekologiskt hållbar upphandling och EG-lagstiftning. Det råd som företrädarna för kommissionen och OECD gav delegationen var att påverka EU snabbt och via alla kanaler.

I oktober 1999 hölls ett nytt internationellt seminarium tillsammans med miljödepartementet om ekologisk hållbar upphandling. Där deltog representanter från flera olika medlemsländer och företrädare för kommissionen. Man diskuterade bl.a. frågan om nyttan av miljökrav bör få tillfalla tredje part och inte enbart den upphandlande enheten. Man diskuterade även nationella miljömärkningssystem och miljöledningssystem.

Ett tredje seminarium hölls i februari 2001 där olika länders arbete med att ta fram miljökrav presenterades.

Delegationens ordförande och kansli och några ledamöter och experter besökte kommissionen i november 1998, oktober 1999 och i februari 2000. Delegationen har med anledning av samtalen tagit fram ett underlag till kommissionens arbete med tolkningsdokument om upphandling och miljö (se nedan). Delegationen har vidare bidragit, direkt till kommissionen, med exempel på miljökrav man anser bör kunna ställas. I september 2000 överlämnade delegationen ett remissvar till regeringen rörande kommissionens förslag till ändringar av upphandlingsdirektiven (se nedan).

Förslag till policy för ekologiskt hållbar upphandling

Delegationen har, som vi inledningsvis nämnt, enligt tilläggsdirektiven haft i uppdrag att göra en analys av behovet av ett förslag till policy för ekologiskt hållbar upphandling. Delegationen redovisade sina förslag i oktober 2000 till Miljödepartementet. Sammanfattningsvis anser delegationen i analysen att det finns behov av förslag till policy som hjälp för de offentliga organisationer som avser att formulera en sådan för ekologiskt hållbar upphandling. Delegationen föreslår att den skall ta fram ett förslag till vad en sådan policy bör och kan innehålla och även presentera några exempel på sådan policy från olika typer av offentliga verksamheter.

Underlag till kommissionens arbete med miljötolkningsmeddelandet

Delegationen har, som ovan nämnts, tagit fram ett underlag till kommissionens arbete med tolkningsdokument om upphandling

och miljö.¹⁴² Underlaget har överlämnats till regeringen med förslag att det lämnas till kommissionen som delegationens synpunkter.

I underlaget framförs att delegationen anser att det är viktigt att Amsterdamfördragets principer om hållbar utveckling och miljö får genomslag i den offentliga upphandlingen. Det är enligt delegationen önskvärt att kommissionen i sitt kommande tolkningsdokument om offentlig upphandling klart poängterar att det är viktigt att det i medlemsländerna ställs miljökrav i den offentliga upphandlingen. Om klargörandet i tolkningsmeddelandet av Amsterdamfördragets konsekvenser inte har tillräcklig effekt bör direktiven enligt delegationen ändras så att det framgår att ekologisk hållbarhet skall beaktas vid offentlig upphandling.

Direktivändringar kan enligt delegationen vara behövliga även av andra anledningar t.ex. om direktiven inte medger att miljönyttan tillfaller annan än den upphandlande enheten eller att miljökrav inte får ställas på tillverkningsprocesser och transporter.

Delegationen anser vidare att de möjligheter som finns i dagsläget att ta hänsyn till miljö och hållbar utveckling vid offentlig upphandling bör lyftas fram. Företag som arbetar med att förbättra sitt miljöarbete och att miljöanpassa sina produkter bör uppmuntras. Möjligheterna för den offentliga upphandlingen att utnyttja styrmedel som EMAS och miljömärkning måste, enligt delegationen, klargöras.

Remissvar angående förslag till direktivändringar

Delegationen har, som vi nämnt ovan, lämnat över ett remissvar till regeringen angående förslag till ändringar av direktiven om offentlig upphandling. Av detta framgår bl.a. följande.

Delegationen är positiv till att miljöegenskaper uttryckligen anges som ett utvärderingskriterium. Enligt delegationen tydliggörs därmed att detta är möjligt även om det inte innebär någon ändring i sak.

Enligt delegationen bör direktivförslagen ändras så att det blir möjligt att ställa krav på att varan är tillverkad med miljöanpassade och resurseffektiva tillverkningsprocesser. Enligt delegationen bör en upphandlande enhet när den vid upphandling bedömer en vara ur miljösynpunkt också kunna ställa krav som riktar sig mot hela

¹⁴² Inledning och underlag till Kommissionens arbete med ett tolkningsdokument till meddelandet Offentlig upphandling inom den Europeiska Unionen KOM (98) 143, dnr. EuFi1999/287,

livscykeln, dvs. råvaror, tillverkningsprocesser, användning och avfall. Ändringen bör, enligt delegationen, göras så att den inte uppmuntrar diskriminering.

Enligt delegationen bör offentliga upphandlingar kunna ställa krav på att varan uppfyller kriterierna för etablerade miljömärken som exempelvis EU-blomman och Svanen.

Vidare bör en upphandlande enhet kunna ställa krav på att anbudsgivare även i en varuupphandling uppfyller kriterierna för etablerade miljöledningssystem, exempelvis EMAS och ISO14001. Kraven skall enligt delegationen kunna ställas såväl i kvalificeringsfasen som i utvärderingsfasen.

Enligt delegationen bör begränsningen av utvärderingskriterier till att det skall vara det ekonomiskt mest fördelaktiga just för den upphandlande enheten tas bort. Detta kan enligt delegationen tolkas så att fördelen måste tillfalla den upphandlande myndigheten. Det tar, enligt delegationen, inte hänsyn till att myndigheter har till syfte att gynna allmänintressen. Delegationen menar vidare att begränsningen av utvärderingskriterierna till det som är direkt förbundet med kontraktsföremålet bör strykas.

Delegationen anser att upphandlingsdirektiven bör hänvisa till den artikel som behandlar offentlig upphandling i den ändrade miljömärkningsförordningen respektive den ändrade EMAS-förordningen.

Delegationen anser slutligen att upphandlingsdirektiven bör ändras så att offentliga upphandlare kan beakta transporter i bedömningen av en vara med hänsyn till miljö och resurseffektivitet.

6.5 Synpunkter från regeringen, Regeringskansliet, kommissionen och de nordiska miljöministrarna

I detta avsnitt redogör vi för de synpunkter som lämnats av regeringen, Regeringskansliet, kommissionen och de nordiska miljöministrarna rörande miljöanpassad upphandling i olika dokument som publicerats sedan kommissionens meddelande från 1998.

I avsnitt 6.5.1 beskriver vi Regeringskansliets svar på kommissionens frågor om offentlig upphandling och miljö.

I avsnitt 6.5.2 beskriver vi Regeringskansliets synpunkter på kommissionens utkast till tolkningsmeddelande om miljöhänsyn vid offentlig upphandling.

I avsnitt 6.5.3 behandlar vi regeringens synpunkter i den fakta-promemoria som regeringen upprättat med anledning av de nya direktivförslagen.

I avsnitt 6.5.4 beskriver vi såväl kommissionens som regeringens synpunkter i det ärende hos kommissionen där en undersökning sker av Statskontorets upphandling av personatorer.

I avsnitt 6.5.5 beskriver vi slutligen de nordiska miljöministrarnas skrivelse till kommissionen.

6.5.1 Regeringskansliets svar på kommissionens frågor om offentlig upphandling och miljö

I november 1998 ställde kommissionen ett antal frågor till medlemsländerna angående offentlig upphandling och miljö med anledning av arbetet med miljötolkningsdokumentet. Av Regeringskansliets svar,¹⁴³ som i flera delar hänvisar till den analys som NOU gjort, framgår följande.

Uteslutning på grund av miljöbrott

Regeringskansliet ansåg att det enligt den svenska lagstiftningen är möjligt att utesluta en anbudsgivare som har begått miljöbrott.

Miljömärkning

På kommissionens fråga om den tekniska specifikationen kan referera till ett miljömärke hänvisade Regeringskansliet till NOU:s tolkning, dvs. att märkning med EU-blomman eventuellt kan godtas medan det är mera tveksamt om nationell miljömärkning kan accepteras eftersom de kan anses vara diskriminerande.

Regeringskansliets inställning i svaret var att det skall vara möjligt att ställa krav på att de produkter som upphandlas skall uppfylla kriterierna för miljömärkning. I svaret underströk Regeringskansliet även vikten av en grundläggande analys av effekterna av en sådan möjlighet, speciellt effekterna för små och medelstora företag.

¹⁴³Finansdepartementet och Miljödepartementet, Svenska kommentarer på dokument CC098/33/1 Offentlig upphandling och miljö 1998-12-08, dnr. Eufi1999/287.

Högre miljökrav än EU-produktstandard

En annan fråga gällde huruvida upphandlande enheter kan ställa högre miljökrav än de som ingår i en EU-produktstandard. Även i denna del hänvisade regeringen till NOU:s analys av miljökrav vid upphandling. NOU ansåg att miljökrav som är mera långtgående än produktstandarder får ställas där det inte finns något totalharmoniseringsdirektiv för produkten. Regeringskansliets slutsats var att, med utgångspunkt från kraven i Amsterdamfördraget, bör kommissionen i samband med sina standardiseringsuppdrag till CEN och andra standardiseringsorganisationer ålägga dessa att analysera effekterna och ta hänsyn till miljöaspekten i standardiseringsarbetet. I detta sammanhang borde enligt Regeringskansliet även integrering av miljöhänsyn göras vid revidering av befintliga standarder.

Tillverkningsprocessen

Kommissionen ställde även frågan i vilken utsträckning miljökrav kan ställas på tillverkningsprocessen. Regeringskansliet hänvisade till att detta inte var möjligt enligt den ovan nämnda rapporten som utarbetats av NOU. Regeringskansliet påpekade dock att professor i internationell rätt Said Mahmoudi, vars synpunkter bifogats i ett yttrande till NOU:s rapport, anser att vissa möjligheter finns att ställa miljökrav på tillverkningsprocessen. Regeringskansliets slutsats var att det är angeläget att frågan analyseras och klargörs.

Miljöledningssystem

En annan fråga kommissionen ställde var om en upphandlande enhet kan kräva att en leverantör har ett miljöledningssystem eller är miljöcertifierad och i så fall, i vilken fas av upphandlingen. Regeringskansliet svarade att dess inställning är att offentliga upphandlare skall kunna ställa krav på att anbudsgivare uppfyller kriterierna för EMAS eller likvärdiga system men att det även här krävs en noggrann analys.

Livscykelkostnad

Ytterligare en fråga gällde om upphandlande enheter i utvärderingen av anbud kan räkna in livscykelkostnader för en produkt. Regeringskansliet hänvisade till NOU som i sin tur menade att miljökrav på utförandet kan uppställas till viss del. Det gäller krav på att prestationen som upphandlingen avser genomförs med hänsyn till vissa miljökrav. Enligt NOU skall anbudsgivarna ha kännedom om detta vid anbudsgivning och villkoret får inte vara diskriminerande. Regeringskansliet svarade att det är viktigt att frågan analyseras.

Externa kostnader

Kommissionen ställde även en fråga om en upphandlande enhet kan internalisera externa kostnader för t.ex. energi- och transport vid kalkylering av kostnaden för anbudet. Regeringskansliet svarade att i Sverige kalkylerar inte offentliga upphandlare med externa miljökostnader. Det är dock en viktig fråga och Sverige ställer sig positiv till att frågeställningen tas upp. I svaret hänvisade Regeringskansliet till en rådsresolution om miljö och sysselsättning som antogs den 6 oktober 1998.

Transportsättet

Kommissionen frågade slutligen om en upphandlande enhet kan ställa krav på att leverantören måste använda ett särskilt transportsätt. I Regeringskansliets svar hänvisades till att det enligt NOU:s analys inte är tillåtet att ställa krav på att en vara som upphandlas skall transporteras på ett visst miljövänligt sätt. Regeringskansliets slutsats i svaret till kommissionen var även här att det är viktigt att frågan analyseras.

6.5.2 Regeringskansliets synpunkter på utkastet till tolkningsmeddelande

Den 7 juli 2000 lämnade Regeringskansliet, som vi ovan nämnt, synpunkter på kommissionens dokument CC/00/59/EN - utkast till tolkningsmeddelande om miljöhänsyn vid offentlig upphand-

ling.¹⁴⁴ Kommissionens utkast till tolkningsmeddelande är inte offentligt, det är däremot uppgifterna i det dokument där Regeringskansliets lämnat sina synpunkter på utkastet. Vi har, utifrån innehållet i ovan nämnda dokument från Regeringskansliet, i de föregående avsnitten, beskrivit kommissionens inställning i vissa frågor. Här redovisar vi framför allt de synpunkter Regeringskansliet lämnat.

EG-fördraget

Enligt Regeringskansliet behövs ett förtydligande hur fördraget påverkar gällande upphandlingsregler. Kommissionen skriver inledningsvis i förslaget till tolkningsdokument att miljöskydd i och med Amsterdamfördraget är ett mål likställt med andra mål med den inre marknaden och de ekonomiska fördelar som den ger. Trots det synes, enligt Regeringskansliet, miljöaspekterna i kommissionens tolkning inte ha fått ett större genomslag än vad som tidigare varit fallet.

Krav på det som upphandlas

Enligt Regeringskansliet bör skrivningarna om den upphandlande enhetens val att bestämma vad som skall upphandlas förtydligas. Enligt Regeringskansliet bör det framgå att den upphandlande enheten har en stor frihet när den väljer vad den vill upphandla.

Regeringskansliet anser att det bör tydliggöras att det är möjligt att hänvisa till funktion i stället för att använda tekniska specifikationer. Enligt Regeringskansliet kan en sådan möjlighet ha miljöpåverkan. Regeringskansliet anser vidare att det bör tydliggöras i vilken utsträckning det är möjligt att använda mer långtgående krav än standarder som utvärderingskriterium.

Enligt Regeringskansliet bör kommissionen klargöra vad som gäller för möjligheten att ställa miljökrav på tjänster samt bygg- och försörjningssektorerna. I detta ingår, enligt Regeringskansliet, även ett klargörande av möjligheten att ställa krav på miljöledningssystem vid upphandling inom dessa sektorer.

¹⁴⁴ Utrikesdepartementet, Finansdepartementet, Näringsdepartementet och Miljödepartementet, Synpunkter på kommissionens dokument CC/00/59/N - utkast till tolkningsmeddelande om miljöhänsyn vid offentlig upphandling, dnr. EUFi2000/35.

Krav på tillverkningsprocessen

När det gäller krav på tillverkningsprocessen anser Regeringskansliet att upphandling av tjänster, byggtreprenader och upphandlingar inom försörjningssektorerna bör skiljas från upphandling av varor. I tolkningsmeddelandet behandlas de på samma sätt. Skälet är, enligt Regeringskansliet, den nära kopplingen mellan tillverkning och tjänst och att upphandlingen av en tjänst ofta inkluderar både den slutliga funktionen och utförandet. Det finns därför en betydande koppling mellan hur en tjänst genomförs eller tillverkas och den slutliga tjänsten. Resonemanget är enligt Regeringskansliet relevant när det gäller såväl det som upphandlas som de krav som är avgörande vid val av leverantör.

Miljöledningssystem

Regeringskansliet konstaterar vidare att kommissionen utifrån det förhållandet att miljöledningssystemen ISO 14001 och EMAS syftar till att minska miljöpåverkan på en industrianläggning drar slutsatsen att det inte är möjligt att ställa krav på en leverantör har ett miljöledningssystem. Det finns enligt kommissionen inte en direkt koppling till föremålet för upphandlingen.

Regeringskansliet anser dock att det vid upphandling av tjänster, byggtreprenader och upphandling inom försörjningssektorerna finns en nära koppling mellan vad som görs och hur det görs. Det finns alltså en koppling till det som upphandlas. Enligt Regeringskansliet lägger direktiven för byggtreprenader och för upphandling inom försörjningssektorerna inte något hinder mot att krav ställs på miljöledningssystemen. Regeringskansliet anser mot denna bakgrund att det behövs ett klagande om ett krav på kriterierna i sin helhet i ett miljöledningssystem är förenligt med gällande rätt.

Enligt Regeringskansliet blir kopplingen mellan EMAS-registrering och ett företags produkt genom den reviderade EMAS-förordningen tydligare än vad som är fallet i dag. Den reviderade EMAS-förordningen bör därför, enligt Regeringskansliet, beaktas innan tolkningsmeddelandet ges ut.

Miljömärkning

Regeringskansliet konstaterar att kommissionen jämför nationella och nationella miljömärken med EU-blomman. Regeringskansliet konstaterar vidare att de specifika kriterier som måste uppfyllas för att en vara skall få ett miljömärke bestäms utifrån varans miljöpåverkan under hela dess livscykel. Enligt Regeringskansliet är det inte rätt att som kommissionen gjort i tolkningsmeddelandet plocka ut vissa kriterier i stället för att relatera till samtliga kriterier i ett miljömärke. Det är enligt Regeringskansliet inte överensstämmande med det livscykel-tänkande som blir allt vanligare på miljöområdet, t.ex. i kommissionens arbete med Integrated Product Policy. Enligt Regeringskansliet bör kriterierna för ett miljömärke kunna användas i sin helhet oavsett om de är krav som är kopplade till insatsmaterial, tillverkningsprocess eller kostnader som uppstår senare i produktens livscykel.

Den reviderade miljömärkningsförordningen bör enligt Regeringskansliet beaktas innan tolkningsmeddelandet ges ut.

Elektricitet från förnyelsebara energikällor

Elektricitet från förnyelsebara energikällor är, enligt Regeringskansliet, liktydigt med krav på ursprungsmaterial och bör därför behandlas som det och inte under rubriken tillverkningsprocess. Enligt Regeringskansliet krävs det ett förtydligande om det är möjligt att ställa krav på förnyelsebara energikällor enligt gällande regelverk.

Utvärderingskriterier

Regeringskansliet menar vidare att kommissionen skall förtydliga att valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte behöver innebära en monetär fördel utan är avhängigt hur den upphandlande enheten definierar bäst nytta för pengarna. Regeringskansliet drar paralleller med estetiska krav.

Externa kostnader

Av Regeringskansliets svar framgår vidare att kommissionen visserligen gör den tolkningen att det är möjligt att beakta alla kostnader

i ett livscykelperspektiv men att kommissionen skiljer på kostnader i ett livscykelperspektiv och externa kostnader. Regeringskansliet anser att det behövs ett klargörande av om det är förenligt med gällande rätt att beakta externa kostnader eftersom även sådana skall räknas in för att hela livscykeln skall vara beaktad.

6.5.3 Regeringens faktagpromemoria om förslag från kommissionen

Regeringen har i en faktagpromemoria om förslag från kommissionen daterad den 9 oktober 2000¹⁴⁵ redogjort för kommissionens förslag till nya upphandlingsdirektiv. Promemorian har överlämnats till riksdagen. I promemorian anges en preliminär svensk inställning. Här kan nämnas att regeringen anser det positivt att ordet miljöegenskaper har lagts till som ett utvärderingskriterium i de nya direktivförslagen.

6.5.4 Statskontorets upphandlingar av stationära och bärbara PC och tjänster

Bakgrund

Kommissionen (GD Inre Marknad) har under 2000 inlett en undersökning av Statskontorets upphandlingar av stationära och bärbara persondatorer och tjänster¹⁴⁶. Upphandlingen rörde således varor över tröskelvärdena. För sådana upphandlingar gäller varudirektivet 93/36/EEG.

I en skrivelse den 21 augusti 2000 uppmanade kommissionen Sverige att inkomma med synpunkter på vad kommissionen anfört i ärendet. I en skrivelse den 13 oktober 2000 lämnade regeringen svar till kommissionen. Som underlag för svaret hade regeringen inhämtat yttrande från NOU. NOU hade i sin tur inhämtat yttrande från Statskontoret.

Här beskriver vi innehållet i kommissionens frågor och regeringens svar när det gäller krav på miljöhänsyn. Vi har valt att begränsa

¹⁴⁵ Regeringens promemoria 2000/01:18, EUFi2000/1165.

¹⁴⁶ Klagomål P/2000/XXXX-Sverige; Statskontorets upphandlingar av stationära PC och tjänster samt av bärbara PC och tjänster; Direktiv 93/36/EEG (offentlig upphandling av varor).

redogörelsen till det som gäller möjligheten att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling i allmänhet och går inte in särskilt på vad regeringen anfört rörande varje ämne eller kemisk förening som är aktuell i ärendet.

Kommissionens synpunkter

Utvärderingskrav rörande miljöpolicy m.m.

I förfrågningsunderlaget finns s.k. bör-krav som rör anbudsgivarnas miljöpolicy och kvalitetssäkring för miljöarbetet samt miljöanpassad produktutveckling. Till dessa krav, som återfinns i punkt 2.1, 2.2 och 2.3 i bilaga E till förfrågningsunderlaget, fanns en fråga om kravet på miljöpolicy, ISO 14000-certifikat eller motsvarande samt riktlinjer eller motsvarande för miljöanpassad produktutveckling var uppfyllt hos leverantören. En redovisning skulle enligt kraven ske av miljöpolicy, certifikat eller egna kvalitetssäkringsprogram och befintliga riktlinjer för miljöanpassad produktutveckling.

Enligt kommissionen är kraven att betrakta som utvärderingskriterier vilket innebär att företräde ges åt miljörelaterade hänsyn. De miljörelaterade utvärderingskriterierna strider, enligt kommissionen, mot varudirektivets bestämmelser. Enligt kommissionen innebär Beentjes-domen att utvärderingskriterier skall vara kopplade till föremålet för upphandlingen och att det skall innebära en ekonomisk fördel för den upphandlande enheten.

I den aktuella upphandlingen anser kommissionen det svårt att fastställa en direkt koppling mellan bör-krav som gäller anbudsgivarnas interna organisation och föremålet för upphandlingen, dvs. de slutliga produkterna och de relevanta tjänsterna.

Enligt kommissionen har enheten visserligen under rubriken "frågor och svar" på Statskontorets webbplats (vars adress anges i förfrågningsunderlaget) angett att beträffande miljöpolicy och kvalitetssäkring av miljöarbetet kommer svaren på vissa punkter inte att användas för att särskilja leverantörerna vid värderingsarbetet. Enligt kommissionen är denna formulering oklar och enheten uppger inte klart och tydligt att den inte kommer att ta hänsyn till kraven i fråga eller hur den avser att tillämpa kraven under upphandlingarna.

Dessa bör-krav skall därför, enligt kommissionen anses ha en avskräckande effekt på de anbudsgivare som inte har någon miljöpolicy eller kvalitetssäkring för miljöarbetet. Kommissionen hänvisade till att EG-domstolen i Storebaelt-målet¹⁴⁷ konstaterat att enbart strykningen av en tvistig klausul i slutfasen av förfarandet inte kunde anses tillräckligt för att det av kommissionen påtalade fördragsbrottet inte längre skall föreligga.

Utvärderingskrav rörande det som upphandlas

Vissa s.k. bör-krav i de i förfrågningsunderlaget angivna tekniska specifikationerna (p. 3.7, 3.8 och 4.2 samt bilaga E i förfrågningsunderlag F:161 p 3.9 och 3.109) innebär, enligt kommissionen att en fördel ges till de anbudsgivare vars anbud bäst uppfyller de ställda bör-kraven.

Detta gäller exempelvis krav att tungmetallen bly inte bör ingå i mekaniska plastdetaljer över 25 gram, flamskyddsmedel enligt en bifogad lista inte bör ingå i kretskortlaminat, mekaniska plastdetaljer över 25 gram i produkter bör vara materialmärkta enligt ISO 11469, LCD-skärmars kvicksilverinnehåll skall anges på visst sätt och att en miljödeklaration för LCD skärm hos PBC2 bör lämnas med avseende på ingående kemiska ämnen.

Enligt kommissionen är kraven utvärderingskriterier som strider mot bestämmelserna i varudirektivet. I den mån kraven missgynnar vissa produkter som annars lagligen kunnat erbjudas kan enligt kommissionen en tillämpning av art 23 i EG-fördraget inte utslutas. Artikelns uppställer ett förbud mot kvantitativa restriktioner eller åtgärder med motsvarande verkan.

Uteslutningskrav

Kommissionen anser även att vissa s.k. skall-krav i de tekniska specifikationerna kan strida mot gemenskapsrättens regler om den fria rörligheten av varor. Detta gällde krav på att vissa ämnen eller kemiska föreningar inte får ingå i produkterna, exempelvis bromerade flamskyddsmedel och tungmetaller som bly, kvicksilver och kadmium.

När det gäller dessa skall-krav påminner kommissionen i skrivelsen om att hänvisning enligt varudirektivet skall ske till nationella

¹⁴⁷ EG-domstolens dom 1993-06-22 i, mål C-243/89 par 26 REG1993 s. I-3353.

standarder som uppfyller europeiska standarder och om det saknas andra dokument i särskilt angiven ordning. Det är i direktivet förbjudet att i kontraktet införa tekniska specifikationer som anger produkter av visst märke, ursprung eller framställning och som därför gynnar eller utesluter vissa leverantörer eller produkter. I synnerhet förbjuds angivande av varumärken, patent, typbeteckningar eller specifikt ursprung eller framställningar. Undantag från den allmänna regeln medges endast om den upphandlande enheten kan visa att sådana specifikationer är motiverade av kontraktsföremålet eller om en sådan specifikation följs av orden "eller likvärdig" och om de upphandlande enheterna inte kan beskriva kontraktsföremålet på annat sätt med tillräcklig precision och full begriplighet för alla berörda. Om bindande nationell lagstiftning, liksom all nationell standard saknas får den upphandlande enheten enligt upphandlingsdirektiven i princip fritt fastställa den prestandanivå som den anser vara lämplig och som den efterfrågade produkten i det enskilda fallet skall uppfylla för att den skall kunna användas i det syfte som avses. Detta skall ske under förutsättning att prestandanivån i fråga inte utgör ett orättfärdigt hinder mot gränsöverskridande handel enligt art 2 i EG-fördraget.

Kommissionen konstaterar att produkter som nu produceras och marknadsförs lagligen inom EU inte accepteras i förfrågningsunderlaget. För delar av produktionsindustrin och försäljningsledet är de svenska skall-kraven omöjliga att uppfylla eftersom de ställs plötsligt och inte har kunnat förutses. Detta gäller, enligt kommissionen, särskilt mot bakgrund av att ingen nationell reglering eller gemenskapsreglering stöder kraven som ställs i förfrågningsunderlaget.

Enligt kommissionen är åtgärden att förbjuda substansernas existens i datorer varken nödvändig eller proportionerlig i förhållande till det syfte det är satt att fylla. Miljömässiga hänsyn kan enligt kommissionen i stället tas på så sätt att leverantören av datorer åläggs att återta produkterna efter deras livstid samt återvinna materiellt i dem på ett miljövänligt sätt.

Kraven innebär, enligt kommissionen, att den fria rörligheten av varor påverkas negativt genom att tillgången till den svenska marknaden snedvrids mellan de ekonomiska operatörerna.

Med hänsyn till de krav som innebär att ett antal substanser som används till stor del av datorproducenterna inte tillåts frågar kommissionen om de svenska myndigheterna har utfört en förhandsbedömning av antalet eller modeller som kan erbjudas enligt dessa krav. Kommissionen frågar vidare vilka grunder som anges för att

förbjuda förekomsten av varje substans individuellt. Närmare bestämt frågar kommissionen på exakt vilka grunder produkter som annars är lagligen tillverkade och sålda nu inte är tillåtna och vilka skäl som nödvändiggör sådana åtgärder i uteveron av nationella regler eller gemenskapsregler med hänsyn tagen till de motstående ekonomiska intressena för de potentiellt inblandade parterna.

Regeringens svar

I svaret utvecklar regeringen sin syn på hur man kan ställa miljökrav vid direktivstyrda upphandlingar. Enligt regeringen utgör miljöskyddet en central del av EG:s politik och varudirektivets uppräknade av utvärderingskriterier är inte uttömmande. Det sistnämnda framgår, enligt regeringen, förutom av direktivtextens ordalydelse av EG-domstolens praxis genom den i september 2000 meddelade domen mellan kommissionen och Frankrike.¹⁴⁸ En förutsättning är, konstaterar regeringen, dock att kraven överensstämmer med EU:s grundläggande principer.

Enligt regeringen har möjligheterna att ställa miljökrav vid offentlig upphandling vid ett flertal tillfällen bekräftats av kommissionen. Regeringen hänvisade till att miljökrav uttryckligen anges i de nya förslagen till upphandlingsdirektiv och att kommissionen i meddelandet från 1998 bekräftat att en upphandlande enhet har rätt att ställa miljökrav.

Enligt regeringen är de uppställda miljökraven på det upphandlande nödvändiga för att uppfylla miljöhänsyn. De går, enligt regeringen, inte längre än vad som är rimligt. Kraven grundar sig, enligt regeringen, på väletablerade miljöledningssystem, inklusive EU:s egen miljömärkning, EU-blomman. Eftersom systemen funnits på marknaden i flera år är kriterierna, enligt regeringen, i förväg kända kriterier. I svaret påtalade regeringen att den stora spridningen av datorer i samhället ur ett miljöperspektiv ökar risken för spridning av miljöfarliga ämnen.

Regeringen hänvisade vidare till den s.k. försiktighetsprincipen och till utbytesregeln. Försiktighetsprincipen som grundlades för drygt tio år sedan inom ramen för Nordsjökonferensen gäller även inom gemenskapsrätten. Enligt den skall skyddsåtgärder vidtas innan skada på hälsa eller miljö uppstått och detta trots att sambandet mellan orsak och verkan kan vara osäkert. Enligt utbytes-

¹⁴⁸ Jfr. avsnitt 6.3.7.

regeln skall skadliga kemiska produkter ersättas med mindre skadliga eller ofarliga produkter när så är möjligt.

När det gäller utvärderingskraven rörande miljöpolicy m.m. anser regeringen, mot bakgrund av att Statskontoret på ett effektivt sätt meddelat att man avstår från att använda dessa kriterier vid utvärderingen, att det inte finns någon anledning att göra några närmare överväganden om tillåtligheten av dessa krav.

6.5.5 De nordiska miljöministrarnas skrivelse till kommissionen

I februari 2000 riktade de nordiska miljöministrarna en uppmaning till kommissionen att klargöra möjligheterna att ställa miljökrav vid offentlig upphandling. Ministrarna uppmanade kommissionen att i direktiv eller tolkningsmeddelande inarbeta Amsterdamfördragets principer om hållbar utveckling i samstämmighet med principerna om ickediskriminering, proportionalitet och affärsmässighet som avser att garantera den fria handeln.

Miljöministrarna påpekade att detta torde innebära att EU:s miljöledningssystem EMAS och motsvarande system kan användas som ett mått på anbudsgivares tekniska förmåga, att kriterier för EU:s miljömärkningssystem EU-blomman eller för officiella nationella eller regionala miljömärken tillåts användas som bedömningsgrund vid utvärdering av anbud, att miljönyttan av en vara eller tjänst tillåts beaktas vid anbudsutvärderingen och det oavsett om den tillfaller annan än den upphandlande enheten om detta motiveras av internationella avtal på området, t.ex. klimatkonventionen.

Ministrarna ansåg det önskvärt med en långtgående miljöanpassning i alla skeenden under en varus eller tjänsts livscykel. Ministrarna ansåg därför att möjligheten att ställa miljökrav som rör produkters hela livscykel, inklusive transporter, bör analyseras närmare.

Kommissionären Frits Bolkestein lämnade ett svar i april 2000 som tyder på att tolkningsdokumentet kommer att innehålla de klargöranden som utlovats i kommissionens meddelande 1998. Tolkningsdokumentet kommer att baseras på gällande rätt och innehålla t.ex. uttalanden europeisk och nationell om miljömärkning, om krav på EMAS och ISO 14001 kan ställas på leverantören. I svaret angav Bolkestein att kommissionens mål är att samordna unionens upphandlings- och miljöpolitik. Det skall ske

genom att ta hänsyn till upphandlingens primära syften som är av ekonomisk natur och samtidigt integrera miljöaspekterna så mycket som möjligt.

Kommissionären Margot Wallström skrev på liknande sätt i sitt svar i april 2000. Tolkningsmeddelandet skall enligt Wallström även behandla transportfrågor och integrering av miljöhänsyn som en bedömningsgrund vid offentlig upphandling.

7 Lokal upphandling

7.1 Inledning

Kommittén skall enligt sina direktiv utreda i vilken utsträckning och på vilket sätt den offentliga sektorn kan upphandla lokalt utan att komma i konflikt med lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), upphandlingsdirektiven och gemenskapsrätten.

Kommittén har under arbetets gång vid hearingar och andra möten med företrädare för kommuner, mindre företag och kooperativ tagit del av den oro som finns att en strikt tillämpning av lagen om offentlig upphandling försvårar för lokala företag att göra sig gällande vid kommunala upphandlingar.

Det finns en utbredd uppfattning om att det allmänna borde ta särskild hänsyn till de villkor som lokala producenter arbetar under. Detta gäller särskilt små och medelstora företag i glesbefolkade delar av landet. I vissa kommuner försöker man att uppmuntra de lokala företagen att delta i kommunens upphandlingar. Det förekommer även att kommuner medvetet tilldelar lokala företag kontrakt trots att andra anbudsgivare lämnat eller skulle ha kunnat lämna bättre anbud.

7.2 Vad är lokal upphandling?

Begreppet *lokal upphandling* används för att beskriva olika företeelser. Vanligt är att begreppet används för att beskriva den situationen att en upphandlande enhet *i samband* med ett upphandlingsförfarande medvetet försöker att *direkt gynna* leverantörer som har sitt säte i den upphandlande enhetens territoriellt avgränsade område. För svenska staten kan detta innebära att svenska leverantörer gynnas framför utländska företag. För en kommun eller ett lands-

ting kan det vara fråga om att gynna lokala eller regionala leverantörer framför företag från andra delar av landet. I det följande används begreppet lokal upphandling för sådan upphandling som kommuner gör från lokala leverantörer. Dessa leverantörer är företrädesvis små och medelstora företag med säte i kommunen och de har främst sina kunder på den lokala marknaden som finns inom kommunens gränser. Många av dessa lokala leverantörer har kommunen som kund. Även större exportföretag kan vara en del av det lokala näringslivet på de orter där de finns. Dessa företag är dock relativt oberoende av den lokala marknaden och kommunen som kund.

Små och medelstora företag har ofta svårt att hävda sig i konkurrensen med större företag. Större företag har i regel lägre kostnader på grund av skalfördelar och en starkare förhandlingsposition gentemot kreditgivare och leverantörer.

Små och medelstora företag kan å andra sidan ha fördel av sin småskalighet genom att beslutsfattandet i företaget i det lilla företaget är mera informellt och att det ofta finns större utrymme för kreativa lösningar.

Med lokal upphandling kan även avses att upphandlande enheter försöker att *indirekt gynna lokala leverantörer* eller *åtminstone inte missgynna lokala leverantörer* genom att tillämpa en upphandlingsstrategi som går ut på att dela upp upphandlingarna i mindre "tårtbitar" så att mindre och medelstora företag kan klara de volymer som efterfrågas.

7.3 Den kommunala upphandlingen är beroende av lokala leverantörer

Den offentliga sektorn köper varor, tjänster och byggtreprenader för omkring 390 miljarder kronor per år. Kommunerna, landstingen och deras företag svarar för drygt hälften av upphandlingsvolymen. En stor del av den primärkommunala sektorns leverantörer har sitt säte i den upphandlande kommunen. I kommuner utanför storstadsområdena är sannolikt andelen lokala leverantörer mycket hög.

Anledningen till att andelen lokala leverantörer är hög vid kommunal upphandling kan sökas i det förhållandet att de behov som upphandlingarna skall tillgodose främst är av lokal natur. Varje enskilt upphandlingsobjekt är generellt sett förhållandevis begränsat i omfattning och svårighetsgrad. För leverantörer som har sitt

säte i andra kommuner än den upphandlande kommunen kan det vara svårt att få reda på att det pågår en upphandling. Även om de haft information om en pågående upphandling kan det ända vara svårt att tillgodose kommunens krav på tillgänglighet och service utan att vara representerad med ett lokalkontor.

För kommunen är det viktigt att företagen i kommunen är livskraftiga och att företagsklimatet är sådant att nya företag bildas. Detta kan leda till en förstärkt eller bibehållen skattekraft. För det lokala näringslivet är kommunen ofta en betydelsefull kund. Det kan inte uteslutas att några lokala leverantörer inte skulle kunna leva vidare utan kommunens beställningar. Detta kan betyda att förekomsten av en viss kommersiell service som till exempel en livsmedelsbutik i glesbygden är beroende av att kommunen köper varor från butiken för att användas i kommunala verksamheter.

För den kommun där det mindre företaget verkar kan det vara en fördel att företagets ledning och anställda ofta har en lokal förankring. Kunderna finns företrädesvis på den lokala marknaden. Benägenheten att flytta produktionen till andra marknader är därför låg. Det mindre företaget har ofta många anställda i förhållande till omsättningen. En ökad produktion och investeringar i verksamheten leder ofta till flera arbetstillfällen i kommunen.

7.4 Kommunalrättsliga aspekter på lokal upphandling

Det *kommunalrättsliga* utrymmet för styrning av den kommunala upphandlingen till lokala företag är relativt omfattande. En förutsättning är att kommunens aktiviteter ryms inom den kommunala kompetensen. I 2 kap 1 § kommunallagen (1991:900) formuleras den allmänna kompetensen.

”Kommuner och landsting får själva ta hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar och som inte skall handhas enbart av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller någon annan.”

Lagrummet begränsar föremålet för den kommunala verksamheten till allmänintresset och lokaliseringsprincipen. Verksamheten får heller inte vara förbehållen andra offentliga huvudmän eller någon annan. Om det med hänsyn till arten av ett visst ändamål anses vara ett allmänt intresse att en kommun eller ett landsting främjar ett visst ändamål, är de berättigade till detta även om åtgärden kommer bara en mindre del av kommunens eller landstingets

område eller ett mindre antal medlemmar till godo. I kravet på förhandenvaron av ett allmänt intresse ligger också ett principiellt förbud mot att ge understöd till enskilda eftersom det i regel inte kan vara ett allmänt intresse att sådant understöd lämnas. Stadgandet uttrycker även den för kommuner och landsting centrala lokaliseringsprincipen. Denna princip innebär att en kommunal åtgärd måste vara knuten till kommunens område eller dess invånare för att den skall anses laglig.

I en rad speciallagar, t.ex. socialtjänstlagen (1980:620) och skollagen (1985:1100) föreskrivs såväl kommunala skyldigheter som ytterligare befogenheter jämfört med den allmänna kommunala kompetensen. I särskilda s.k. smålagar t.ex. lagen (1968:131) om vissa kommunala befogenheter inom turistväsendet och lagen (1993:406) om kommunalt stöd till boendet utvidgas den kommunala kompetensen och avsteg görs från de kommunalrättsliga grundprinciperna.

Den kommunala näringslivskompetensen

I huvudsak styrs kommunernas möjligheter att engagera sig på näringslivsområdet av den allmänna kompetensregeln i 2 kap 1 § kommunallagen. Jämsides med denna regel finns även särskilda regler om näringsverksamhet i 2 kap 7 och 8 §§ kommunallagen.

Enligt 7 § får kommuner och landsting *bedriva egen näringsverksamhet*, om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget. Enligt 8 § får kommuner och landsting genomföra åtgärder för att *allmänt främja näringslivet* i kommunen eller landstinget. *Individuellt stöd* får lämnas bara om det finns *synnerliga skäl* för det.

I förarbetena¹⁴⁹ sägs att bestämmelsen ger uttryck för kommunernas och landstingens kompetens i näringslivsfrågor samt den kommunalrättsliga principen om förbud mot spekulativa företag. Den kommunala näringsverksamheten skall bäras upp av ett allmänt samhälleligt intresse och vinst får inte vara det primära målet med verksamheten. Syftet med den näringsverksamhet som kommunerna får bedriva skall vara att betjäna de egna medlemmarna. Ingenting hindrar emellertid att anläggningarna eller tjänsterna i praktiken också utnyttjas av andra än kommunmedlemmar. Vidare är det inget som hindrar att

¹⁴⁹ Prop. 1990/91:117 s151.

kommunerna bildar egna internföretag som enbart betjänar kommunen, t.ex. ett internt städbolag.

En direktupphandling från ett lokalt företag i syfte att upprätthålla sysselsättningen i företaget kan ses som individuellt stöd. För att detta skal vara tillåtet krävs att det råder exceptionella förhållanden.

Kommunal näringsverksamhet

Huvuddelen av den kommunala näringsverksamheten är hänförlig till *sedvanlig kommunal näringsverksamhet* där kommunen tillhandahåller allmännyttiga prestationer till betalande kunder. Tyngdpunkten ligger på kollektivanläggningar eller kollektiv-anordningar av olika slag. Det är ofta fråga om faktiska monopol-verksamheter. En mindre del av den kommunala näringsverksamheten kan sägas bedrivas inom ramen för *det egentliga näringslivet*. Det finns inte någon exakt gräns mellan den sedvanliga kommunala näringsverksamheten och det egentliga näringslivet.

Gränserna för den kommunala kompetensen inom näringslivet har dock blivit tydligare i och med den nya kommunallagen och den efter hand alltmer utbyggda speciallagstiftningen ifråga om elförsörjning, bostadsförsörjning, vägar, trafiksäkerhet m.m.

Sedvanlig kommunal näringsverksamhet

Exempel på sådana kommunala verksamheter är bostadsföretag, tvätterier, el-, gas och fjärrvärmeverk, renhållningsverk, fryserier, saluhallar, slakthus, parkeringsanläggningar, buss-, spårvägs- och sjötrafikföretag, hamnar, flygplatser, hotell- och restaurangrörelser, campinganläggningar, idrottsarenor, badhus och nöjesanläggningar.

Det egentliga näringslivet

Inom det egentliga näringslivet får kommuner och landsting i princip endast vidta åtgärder som allmänt främjar näringslivet i kommunen eller landstinget. En allmänt näringslivsfrämjande åtgärd kan vara att tillhandahålla mark, lokaler och teknisk service till företagen i kommunen. Kommunala engagemang i utställningar, mässor och annan kollektiv marknadsföring är tillåten. Vissa verksamheter faller i princip utanför den kommunala kompetensen. De

kan ändå vara tillåtna om det finns en anknytning till en redan befintlig och erkänd kommunal verksamhet som t.ex. stuveriverksamhet i kommunala hamnar, förädling och försäljning från kommunala grustag samt plantskoleväxter från stadsträdgårdar. Kommuner och landsting anses också ha rätt att ägna sig åt extern försäljning vid tillfällig överskottskapacitet och för att undvika kapitalförstöring av redan gjorda investeringar. När det enskilda initiativet viker eller faller bort på ett visst serviceområde som normalt hävdas av den privata företagsamheten kan det också uppkomma ett rättsligt utrymme för annars otillåten näringsverksamhet.

Från dessa stränga huvudprinciper finns undantag i lagstiftning och praxis. Kommunala hamnar kan anses utgöra en sådant undantag. Kommunala hamnar betjänar inte primärt kommunmedlemmarna utan sjöfarten och den därmed förknippade handeln. Ett annat exempel på undantag är lagen om vissa kommunala befogenheter inom turistväsendet och lagen om kommunal tjänsteexport. I rättspraxis har verksamheter som normalt hör till det egentliga näringslivet bedömts vara kompetensliga på grund av *särskild anknytning* till en befintlig och erkänd kommunal verksamhet. Exempel på sådan verksamhet är stuveriverksamhet i kommunala hamnar, biografrörelse i en av kommunen disponerad allmän samlingslokal och kommersiellt nyttjande av kommunala naturtillgångar, jord- och skogsbruk. Sedvanlig kommersiell kringverksamhet på kommunala anläggningar som t.ex. kafeterior och kiosker på sjukhus, servicehus, skolor, idrottsarenor, teatrar och simhallar har accepterats i rättspraxis.

Möjligheterna för en kommun eller ett landsting att agera på den öppna och konkurrensutsatta marknaden är således ytterst begränsade. Kommuner och landsting får inte bedriva verksamhet eller göra andra ingripanden på det *egentliga näringslivets område* annat än under mycket speciella förhållanden.¹⁵⁰ Det råder i princip förbud mot att bedriva näringsverksamhet som räknas till *det egentliga näringslivet*. Till det förbjudna området hör varuproduktion, marknadsföring samt det allmänna penning- och kreditväsendet.

Stöd till näringslivet

¹⁵⁰ Prop. 1990/91:117 s 33.

Enligt 2 kap 8 § kommunallagen får kommuner och landsting genomföra åtgärder för att allmänt främja näringslivet i kommunen eller landstinget. Individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare får lämnas bara om det finns synnerliga skäl för det. Med näringslivet avses det egentliga näringslivet, dvs. privata företag. Till allmänt näringslivsfrämjande åtgärder hör att tillhandahålla mark och teknisk service till det privata näringslivet. Exempel på sådana åtgärder är att ställa i ordning byggklara industriområden med trafikleder, stickspår, vatten och avlopp m.m. En generell lågprislinje får tillämpas för t.ex. lokalhyror och avgifter för el, vatten och avlopp m.m. Något hinder mot att tillämpa priser som inte ger kostnadstäckning finns inte (RÅ 1976 Ab 154). Individuella prisförmåner får dock inte förekomma.

Generellt sett är det inte en kommunal uppgift att tillgodose näringslivets behov av lokaler. Kommunernas befogenheter inom bostadsförsörjningen medför att kommunerna även har befogenhet att tillhandahålla lokaler för kommersiell närservice åt hushållen. Kommuner och landsting får även tillgodose hantverkets och den mindre industrins behov av lokaler under förutsättning att verksamheten inriktas på dessa företag. Individuell lokalhållning åt enstaka industriföretag är inte tillåtet (R 1975 ref. 23). I rättspraxis finns ett flertal fall där kommunala kapitaltillskott genom individuellt anpassad lokalhållning underkänts.

I fallet R 1981 Ab 217 hade kommunen träffat avtal med ett industriföretag som innebar att kommunen skulle uppföra en industri- och kontorsbyggnad om cirka 3 000 kvadratmeter. 2 100 kvadratmeter skulle utformas i enlighet med företagets önskemål. Återstoden skulle disponeras av kommunen alternativt hyras ut till andra hyresgäster. Syftet var enligt avtalet att företaget som drev sin verksamhet i lokaler inom ett blivande köpcentrum skulle flytta sin verksamhet till den nya lokalen. Företaget skulle ges kompensation för sina flyttkostnader. Regeringsrätten ansåg att avtalet uppenbarligen haft till syfte att tillgodose industriföretagets behov av ändamålsenliga lokaler, åtgärderna inte kunde antas få nämnvärd betydelse för motverkande av arbetslöshet och innefattade ett sådant ekonomiskt stöd till enskilt företag som inte utgjorde en uppgift för kommunen.

Andra allmänt näringslivsfrämjande åtgärder är kommunala engagemang i utställningar, mässor och annan kollektiv marknadsföring. Branschstöd i form av anslag till företagareföreningar och handelskammare har godtagits som allmänt näringslivsfrämjande åtgärder (RÅ 1974 A 1712, R1978 Ab 486). Regeringsrätten har

godtagit kommunal sponsring till en golftävling som kompetens-enligt (RÅ 1993:35).

När bestämmelsen om förbudet mot individuellt inriktat stöd infördes hänvisades i förarbetena bl.a. till att det främst är en statlig angelägenhet att medverka till en från samhällelig synpunkt lämplig lokalisering av näringslivet.¹⁵¹ Av olika regionalpolitiska skäl ansågs det inte heller lämpligt att kommunerna engagerade sig i enskilda företag med direkt stöd. De internationella överenskommelserna med GATT, EFTA och ett eventuellt kommande EES-avtal var ytterligare en grund för att inte tillåta konkurrenssnedvridande åtgärder genom stöd till företag.

Den kommunala kompetensen kan vara motiverad av att det enskilda initiativet viker eller faller bort på ett visst serviceområde som normalt hör till det egentliga näringslivet. Här kan nämnas att kommunalt engagemang har accepterats i fråga om att upprätthålla en viss minimistandard av kommersiell service till hushållen¹⁵². För att en sådan insats skall vara kompetenslig krävs dock att det står klart att enskilda företag och personer inte är beredda att göra de nödvändiga insatserna.

Gränsen mellan en kommunalrättsligt tillåten allmänt näringslivsfrämjande åtgärd och ett förbudet individuellt stöd kan i praktiken vara svår att dra. Ett stöd till ett företag som upprätthåller en kommersiell basservice, upplåter lokaler eller efterfrågar lokala underentreprenörer kan även innebära ett allmänt främjande av andra företag i kommunen.¹⁵³

En form av individuellt stöd som inte omfattas av förbudet är att kommuner och landsting anses vara oförhindrade att genom lån eller på annat sätt understödja privatägda företag, vilkas verksamhet tillgodoser samma allmänna intresse som de kommunala affärsverkens. t.ex. privata elektricitetsverk, tvätterier eller kommunikationsföretag. Detta kan dock endast gälla områden där kommunerna och landstingen har en oomtvistlig rätt att bedriva näringsverksamhet.¹⁵⁴

Enligt kommunallagen kan stöd ges till lokala företag enligt de förutsättningar som anges i kommunallagen. Allmänt näringslivsfrämjande åtgärder är generellt tillåtna. Individuella stödåtgärder kan i regel endast komma ifråga om det finns synnerliga skäl. Ett individuellt stöd kan dock i praktiken även vara ett stöd till flera

¹⁵¹ Prop. 1990/91:117 s.34.

¹⁵² R 1970 C 260, R 1973 A 343, R 1979 Ab 14.

¹⁵³ RÅ 1955 I 122, RÅ I 1101, RÅ 1972 C 255.

¹⁵⁴ Bohlin, Kommunalrättens grunder s.90.

företag i kommunen. Det kan vara fråga om ett stöd som ingår i en generell strategi för utveckling av infrastrukturen och förutsättningar för näringslivet inom kommunen. Exempel på detta är utveckling och uppbyggnad av data-, väg-, transport- och logistiknät, tillhandahållande av markområden och lokaler lämpliga för näringslivet samt upphandlingsutbildning. En satsning på en sådan konkurrensstrategi innebär ett generellt främjande av det lokala näringslivet som står i överensstämmelse med kommunallagen.

Konkurrensstrategin kan innefatta åtgärder som mera konkret och direkt främjar små och medelstora företags medverkan i offentlig upphandling. En långsiktig upphandlingsplanering kan främja det lokala näringslivets deltagande. En riktad information till lokala företag om vilka upphandlingar som planeras är fullt tillåten. Kommunen har full frihet att ”paketera” sina upphandlingar på sådant sätt att det lokala näringslivet ges samma möjlighet som andra aktörer att delta i offentlig upphandling. En uppdelning av upphandlingar i mindre delar för att på så sätt underlätta för lokala leverantörer att lämna anbud är fullt tillåtet.

I vissa fall förekommer det att upphandlande enheter gynnar lokala leverantörer, t.ex. genom direktupphandling, i förhoppningen om att detta kan bidra till bygdens överlevnad. I den mån t.ex. en glesbygdskommun diskriminerar ett lokalt företags konkurrenter kan det lokala företaget på längre eller kortare sikt hållas på fötter. Möjligheterna till stödköp framhålls av många som ett viktigt instrument för att kunna upprätthålla viss basservice i glesbygden. I många kommuner finns röster för att kommuner borde kunna köpa tjänster från kooperativa initiativ inom vård, äldre- och handikappomsorg, kultur och fritid utan något föregående upphandlingsförfarande.

Privata företag stödköper inte sällan från lokala företag för att bidra till att upprätthålla viss service så att deras anställda vill bo där företaget är placerat. Riskerna med stödköp är att det kan leda till samhällsekonomisk ineffektivitet eftersom normala marknadsmekanismer sätts ur spel. Sunda och friska företag kan slås ut och hindras att etablera sig p.g.a. konkurrensbegränsande stöd till mindre effektiva företag.

Den bristande regelefterlevnaden kan framstå som negativ från ett kommunalekonomiskt perspektiv. Med hänsyn till de skador som kan tillfogas marknaden kan det vara negativt även från ett samhällsekonomiskt perspektiv.

7.5 Europafördragets principer om varors och tjänsters fria rörlighet m.m. som är tillämpliga vid offentlig upphandling

Den offentliga upphandlingen styrs ytterst av principerna i Europafördraget om den fria rörligheten för varor, personer, tjänster och kapital. Europafördraget saknar speciella regler som rör offentlig upphandling. Däremot innehåller det flertalet grundläggande principer som är tillämpliga även vid all offentlig upphandling, *dvs. vid upphandling såväl över som under tröskelvärdena.*

Solidaritetsprincipen (art. 10) innebär att varje medlemsland är skyldigt att vidta åtgärder som säkerställer EG-rättens efterlevnad i det egna medlemslandet. Solidaritetsprincipen innebär även att medlemsländerna skall arbeta för att gemenskapens uppgifter kan genomföras. Vidare skall varje medlemsstat övervaka tillämpningen av gemenskapsrätten och genom avskräckande men proportionella sanktioner beivra överträdelser.

En av EG-fördragets absolut viktigaste principer är *principen om icke-diskriminering*. I artikel 12 förbjuds all diskriminering p.g.a. nationalitet inom fördragets tillämpningsområde, vilket även innefattar offentlig upphandling. För upphandlingens del innebär detta att förfrågningsunderlag inte får innehålla krav som endast svenska leverantörer kan uppfylla och utföra.

EG-domstolen har i flera fall slagit fast vikten av principen om likabehandling vid upphandling. I målet *Kommissionen mot Danmark (Storebaelt)*¹⁵⁵ uttalade domstolen; "[a]lthough the directive [entreprenaddirektivet] makes no express mention of the principle of equal treatment of tenders, the duty to observe that principle lies at the very heart of the directive...".

EG-domstolen har därmed slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen.¹⁵⁶ Av 1 kap. 4 § LOU framgår att "Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn". Detta krav på objektivitet kan anses uppfylla de krav som gemenskapsrätten ställer på likabehandling och förbud mot icke-diskriminering. LOU kan i flertalet paragrafer anses ge uttryck för likabehandlingsprincipen. I 1 kap. 21 § LOU sägs att en upphandlande enhet endast får begära att anbud och anbudsansökningar förtydligas eller kompletteras om detta kan ske utan risk för särbehandling. I 1 kap. 16 § och 6 kap.

¹⁵⁵ EG-domstolens dom 1993-06-22 i mål C-243/89, REG 1993 I, s. 33530.

¹⁵⁶ Prop. 1993/95:19 del 1 "Sveriges medlemskap i Europeiska unionen", s.478.

3 § finns ett förbud mot att utforma kravspecifikation m.m. så att endast ett varumärke kan komma ifråga. Vidare får annonsering i nationell tidning inte göras före upphandlingsannonsen avsänts till publikationskontoret och inte heller får den nationella annonsen innehålla annan information än den som skall annonseras inom EU. Den upphandlande enheten måste också se till att lämna samma information och att denna finns tillgänglig vid för alla leverantörer samtidigt (1 kap. 10 § LOU). Syftet är att leverantörerna skall ges så lika förutsättningar som möjligt att delta och lämna anbud.

En annan grundläggande princip är *proportionalitetsprincipen*. Den förutsätter att den upphandlande enheten inte ställer högre krav på leverantören eller föremålet för upphandlingen än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. En uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant och rimlig i förhållande till det som upphandlas dvs. vad leverantören skall utföra. I 1 kap. 16 c § LOU tillgodoses detta intresse. Den upphandlande enheten får ”endast begära in sådana upplysningar om en leverantör som avses i 17 och 18 §§¹⁵⁷ och som behövs med hänsyn till vad som skall upphandlas.”

En mycket viktig princip är *transparensprincipen/principen om förutsebarhet och öppenhet*. För att uppnå konkurrens på lika villkor krävs att leverantörerna har tillgång till den information som behövs för att de skall ha en möjlighet att uppfylla den upphandlande enhetens krav. Öppenheten åstadkommes genom tämligen omfattande krav på annonsering vid upphandling över tröskelvärdena. Inte bara den aktuella upphandlingen skall annonseras utan även planerade upphandlingar. Dessutom skall även resultatet av upphandlingen publiceras.¹⁵⁸ Som ytterligare komponent i en öppen och konkurrensutsatt marknad har EG skapat regler för kontroll och insyn i upphandlingsförfarandena. Reglernas syfte är att ge övervakningsorganen tillgång till nödvändiga uppgifter för att de skall kunna fullgöra sina uppgifter.¹⁵⁹ Den enskilde leverantören har rätt, ibland efter att ha genomgått en kvalificeringsfas, att få ut samma förfrågningsunderlag och kompletterande information som andra anbudsgivare. Vidare har anbudsgivaren rätt till en representant vid anbudsöppningen. Reglerna syftar till att ge den

¹⁵⁷ 1 kap. 17 och 18 §§ LOU innehåller bl.a. regler om att den upphandlande enheten får begära utdrag ur bolagsregister och att en upphandlande enhet i annons eller inbjudan till upphandling endast får infordra uppgifter om en leverantörs finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet.

¹⁵⁸ Prop. 1992/93:88, s. 36 och 1 kap. 7-11 §§ LOU.

¹⁵⁹ Prop. 1992/93:88, s. 36.

enskilde en rimlig chans att begära upprättelse i fall han blivit felaktigt behandlad.

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att intyg, certifikat m.m. som utfärdats av en annan medlemsstats myndighet skall godtas också i de övriga medlemsländerna. I upphandlingssammanhang får en upphandlande enhet inte försvåra för en leverantör som innehar det intyg som krävs för tjänstens utförande men som är utfärdat av en myndighet i annat medlemsland. Detta framgår t.ex. av 1 kap. 17 § LOU; ”Enheten får begära att en leverantör visar att han är registrerad i det land där han driver verksamhet enligt landets regler om aktiebolags- eller handelsregister eller liknande register.”

7.6 Lokal upphandling och gemenskapsrätten

Innebörden av de ovan redovisade principerna när det gäller lokal upphandling har bedömts av EG-domstolen. Domstolen har behandlat frågan om särbehandling av geografiska skäl och funnit att förfarandet strider mot fördraget. De upphandlande enheterna får således inte ta regionala eller lokala hänsyn vid upphandling.

Det är inte möjligt att i samband med en pågående upphandling gynna ett viss slags leverantörer. Kommunen måste följa de grundprinciper om likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet och transparens och affärsmässighet som gemenskapsrätten och upphandlingslagstiftningen påbjuder.

EG-domstolen har i ett antal domar behandlat frågan om särbehandling av geografiska skäl och funnit att förfarandet strider mot EG-fördraget. I domen *Du Pont de Nemours Italiana SpA mot Unitá sanitaria locale No 2 di Carrara*¹⁶⁰ hade den upphandlande enheten i enlighet med italiensk nationell lagstiftning förbehållit företag belägna i södra Italien en andel om 30 procent av de beställningar som omfattades av upphandlingen. Lagstiftningen hade tillkommit som en åtgärd för att befrämja tillväxten och att skapa arbetstillfällen i regionen. EG-domstolen fann att reglerna i den italienska lagstiftningen stod i strid med dåvarande art. 30 i EG-fördraget (nu art. 28). I en annan dom där Italien var svarande¹⁶¹ fann domstolen samma förfarande gällande upphandling av en byggtreprenad stå i strid med art. 59 i fördraget.

¹⁶⁰ EG-domstolens dom 1990-03-20 i mål C-21/88, REG 1990-03-30 p.I-0889.

¹⁶¹ EG-domstolens dom i mål C/360/89, REG 1992 s.3401.

7.7 Lokal upphandling och LOU

Av 1 kap. 4 § LOU framgår att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Denna bestämmelse gäller all upphandling oavsett värde, form eller slag av upphandling. I 1 kap.16 § föreskrivs att den tekniska beskrivningen av föremålet för upphandlingen inte varken i förfrågningsunderlaget eller i något annat underlag för upphandlingen får hänvisa till en särskild vara eller process på ett sådant sätt att vissa företa gynnas eller missgynnas. En sådan hänvisning får dock göras om det är motiverat med hänsyn till föremålet för upphandlingen. I 6 kap. 3 § som styr upphandling under tröskelvärdena och upphandling oavsett värde av s.k. B-tjänster finns en motsvarande bestämmelse.

I 1 kap. 22 § och 6 kap. 12 §§ LOU anges att en upphandlande enhet skall anta antingen

- det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
- det anbud som har lägst anbudspris.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först. De i förfrågningsunderlaget ställda kraven och utvärderingskriterierna skall stå i proportion till det som upphandlas och syfta till att identifiera det för enheten ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Av dessa regler följer att förfrågningsunderlaget inte får anpassas eller utformas med syfte att direkt gynna lokala anbudsgivare. Även om kommunen har möjlighet att dela upp en upphandling i mindre delar i syfte att främja konkurrensen på sikt måste reglerna om tröskelvärdesberäkning iakttas. Varje enskild del av ett sammanhängande projekt skall därför ingå i beräkningen av upphandlingens totala värde.

Gullspångs kommuns upphandling av skolskjutsar har prövats av länsrätten i Skaraborg (mål 1789-97). Kommunen hade bestämt sig för att inte anta det anbud som var det mest fördelaktiga enligt anbudsutvärderingen utan antog ett annat företags anbud av den anledningen att detta företag var beläget i kommunen och därför

bidrog med skatteintäkter, arbetstillfällen m.m. Länsrätten beslutade att upphandlingen skulle göras om. Domen fastställdes i Kamrarrätten. Prövningstillstånd meddelades inte av Regeringsrätten.

7.8 Lokal upphandling och statsstöd

Lokal upphandling kan aktualisera tillämpning av de s.k. statsstödsreglerna. Enligt EG-fördragets artikel 87 (f.d. artikel 92) är om inte annat föreskrivs i fördraget, stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrída konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den gemensamma marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Även stöd som ges av en kommun räknas som statsstöd enligt denna artikel.

Förenligt med den gemensamma marknaden är stöd av social karaktär som ges till enskilda konsumenter, under förutsättning att stödet ges utan diskriminering med avseende på varornas ursprung, stöd för att avhjälpa naturkatastrofer och stöd till näringslivet i f.d. Östtyskland. Som förenligt med den gemensamma marknaden kan anses stöd at för att främja den ekonomiska utvecklingen i regioner där levnadsstandarden är onormalt låg eller där det råder allvarlig brist på sysselsättning. Förenligt kan även anses bl.a. stöd för att underlätta utveckling av vissa näringsverksamheter eller vissa regioner när det inte påverkar handeln i negativ riktning i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset.

En upphandlande enhets möjligheter att ställa upp villkor för deltagande i en upphandling eller tillämpa utvärderingskriterier som innebär att den tar lokala hänsyn i den enskilda upphandlingen är mycket begränsade, eftersom det torde strida mot såväl huvudregeln om affärsmässighet som diskrimineringsförbudet i EG-fördraget.

Möjligheterna att indirekt gynna lokala leverantörer utan direkt samband med den enskilda upphandlingen är dock större. Kommuner kan inom ramen för sin näringslivskompetens se till att lokala företag kommer i åtnjutande av det allmänna stöd som kommunen bedömer erforderligt för att öka ortens konkurrenskraft. Upphandlingsreglerna är inte tillämpliga annat än under pågående upphandling. En konkurrens- och upphandlingsstrategi som går ut på att göra det möjligt för mindre och medelstora företag att delta i

offentlig upphandling står i överensstämmelse med EG-fördragets grundprinciper.

Ett direkt gynnande av lokala leverantörer genom t.ex. stödköp kan ses som ett otillåtet statligt stöd enligt EG-fördragets art. 87.

8 Positiv särbehandling

8.1 Inledning

Många kommuner, landsting och statliga myndigheter har erfårit att tillgången på leverantörer vid offentlig upphandling ofta är starkt begränsad. Den ofullständiga konkurrensen i sådana fall medför att priserna ligger på en för hög nivå. Incitamentet för leverantörerna att utveckla sin verksamhet är lågt. De upphandlande enheterna och ytterst skattebetalarkollektivet får vidkännas höga kostnader och kvalitetsbrister. Inom hälso- och sjukvården och socialtjänsten, som under mycket lång tid har bedrivits i förvaltningsform och med egen personal, saknas i stor utsträckning leverantörer som kan lägga anbud vid upphandlingar eller vid annan konkurrensutsättning av verksamheten. I några sektorer och landsdelar finns det inga förutsättningar alls för konkurrensutsättning på grund av leverantörsbrist. Kommuner och landsting försöker därför ofta att verka för att stimulera framväxten av nya leverantörer till kommunen eller landstinget. En möjlighet är att uppmuntra personalen att ”knoppa av” och starta egna företag och delta som anbudsgivare i kommunens eller landstingets upphandlingar. Ett sådant steg kan dock vara stort för personal som inte är vana att arbeta i en konkurrensutsatt miljö. De som förutsätts starta företag har i regel ingen erfarenhet från att göra affärer, kalkylera anbud, m.m. En känslig punkt kan vara svårigheter att få fram ett tillräckligt företagarkapital. Till skillnad från företag som finns på marknaden kommer avknoppningen, i vart fall inledningsvis, vara beroende av en enda kund. Detta gör att risken för att misslyckas och slås ut vid en anbudstävlan är överhängande för en nystartad avknoppning.

Under utredningens gång har företrädare för bland andra kommuner och ideella organisationer framfört till kommittén att det

finns ett behov av särskilda upphandlingsbestämmelser när konsumenter/brukare/patienter eller personal vill ta över driften av en samhällsfinansierad vård- och omsorgsverksamhet inom ramen för den "sociala ekonomin". Med social ekonomi avses organiserade verksamheter som primärt har samhälleliga ändamål, bygger på demokratiska värderingar och är organisatoriskt fristående från den offentliga sektorn. Dessa sociala och ekonomiska verksamheter bedrivs huvudsakligen i föreningar, kooperativ, stiftelser och liknande sammanslutningar. Den sociala ekonomins aktörer har allmännyttan eller medlemsnytta, inte vinstintresse, som främsta drivkraft.¹⁶²

Det anses inte rimligt att verksamhet som drivs i kooperativ form och med ett stort mått av idealitet skall jämföras med privata vinstsyftande företag. De upphandlande enheter som så önskar borde kunna tillåtas att kräva att leverantören inte får vara ett renodlat kommersiellt företag med vinstsyfte. Detta skulle också kunna innebära att kommuner och landsting som idag inte kan acceptera konkurrensutsättning med renodlat kommersiella aktörer kan välja en begränsad form av konkurrensutsättning som kan leda till ökad konkurrens och en ökad andel alternativa driftformer.

Flera kommuner och landsting har framfört till kommittén att traditionell konkurrensutsättning genom anbudsupphandling inte kan tillgodose medborgarnas behov av valfrihet och mångfald samt att anbudsupphandling upplevs som stelt och byråkratiskt. Det borde därför vara möjligt att införa kundvalssystem med check för att därigenom öka konkurrensen mellan utförarna vilket i sin tur leder till förbättrad kvalitet och åtminstone på sikt minskade kostnader. Införandet av ett kundvalssystem med "check" innebär i regel att kommunen inbjuder privata utförare att på lika villkor konkurrera med kommunens egenregiverksamhet. Detta sker genom att kommunen prövar privata utförares lämplighet utifrån fastställda kriterier. De privata utförare som bedöms lämpliga erhåller auktorisation av kommunen och jämföras med kommunens egenregiverksamhet. Det kan givetvis finnas kundvalssystem utan kommunala utförare. Förhållandet mellan finansiär och privat utförare utmärks ofta av ett uppdragsförhållande. När så är fallet föreligger en upphandlingssituation.

¹⁶² Social ekonomi – en tredje sektor för välfärd, demokrati och tillväxt, Kulturdepartementet, 1999.

8.2 Vad är möjligt utan ändring i LOU?

Med positiv särbehandling avses i detta sammanhang möjligheter att ta i anspråk tjänster som utförs av en leverantör utan föregående upphandlingsförfarande. Den grundläggande principen är att om det är fråga om en tjänst som skall utföras på uppdrag av en upphandlande enhet skall tjänsten upphandlas enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Om det är fråga om bidragsgivning till enskild verksamhet finns dock ingen skyldighet att tillämpa upphandlingsreglerna. Kommuner och landsting och statliga myndigheter har relativt stora möjligheter att ge bidrag till företag och föreningar inom t.ex. kultur- och fritidssektorn och till föreningar som ägnar sig åt frivilligt socialt arbete. Den verksamhet som drivs är enskild verksamhet. Kommunen eller landstinget är inte huvudmän och är inte juridiskt ansvariga för verksamheten. En grundläggande förutsättning för bidragsgivning är att den verksamhet som bidraget skall användas för inte är främmande för den kommunala kompetensen. Därutöver brukar följande krav uppställas för att bidragsgivning skall vara möjlig.

1. verksamheten är inte uteslutande eller näst intill uteslutande beroende av finansiering med frivilliga kommunala medel,
2. kommunen eller landstinget har inte tagit initiativ till verksamheten,
3. verksamheten bedrivs huvudsakligen i syfte att tillgodose anordnarens eget behov av den verksamhet som bedrivs,
4. verksamheten bedrivs inte i förvärvssyfte,
5. den private anordnaren är inte primärt underkastad kommunens eller landstingets styrning och beslutsrätt men kan stå under offentlighetsreglerad tillsyn,
6. den private anordnaren och kommunens eller landstingets inbördes relation är inte reglerad genom ett avtal utan styrs i regel av en offentlighetsreglering,
7. den private anordnaren förutsätts inte genomföra sitt uppdrag mot ersättning för avtalad prestation utan får istället ett bidrag till egenfinansiering, som kan vara förknippat med vissa villkor.

Samtliga dessa krav behöver inte vara uppfyllda utan det är tillfyllest att det vid en samlad bedömning framstår som klart att det

inte är fråga om ett uppdrag att utföra en tjänst för kommunens eller landstingets räkning.

En mycket stor del av den ideella sektorns eller den sociala ekonomins offentliga finansiering sker genom offentlig bidragsgivning. Exempel på bidragsfinansierad enskild verksamhet är när idrottsföreningar driver de sporthallar och fotbollsplaner där de själva utövar sin idrottsliga verksamhet. Arbetet utförs normalt främst med ideella krafter men föreningen erhåller driftbidrag. Inom den sociala sektorn erhåller religiösa föreningar och stiftelser bidrag till frivilligt socialt arbete. Inom skolans område kan nämnas att kommuners bidrag till fristående skolor och enskild förskoleverksamhet inte behöver upphandlas. I dessa fall är det inte aktuellt att diskutera något undantag från upphandlingsskyldighet eftersom det inte annat än i undantagsfall blir aktuellt med någon offentlig upphandling.

8.3 Arbetsrättsliga frågor

Vid upphandling av tjänster kan arbetsrättsliga relationer komma att påverkas. Anställningsförhållanden kan förändras genom byte av arbetsgivare alternativt uppsägning på grund av arbetsbrist. Gamla kollektivavtalsrelationer kan också komma att upphöra genom uppsägning av avtal.

8.3.1 Förhandlingar och förhandlingsskyldighet

Arbetstagarorganisationen har en allmän förhandlingsrätt, dvs. en rätt att förhandla med arbetsgivaren, i frågor som rör förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagarorganisationen. Arbetsgivaren har en motsvarande rätt att förhandla med arbetstagarorganisationen. Förhandlingsrätten omfattar förutom arbets- och anställningsvillkor även frågor som rör verksamheten och som hänför sig till arbetsgivar - arbetstagarrelationen. Härutöver har arbetsgivaren – i vissa fall – en skyldighet att på eget initiativ påkalla förhandlingar.

8.3.2 Primär förhandlingsskyldighet

Beslut om att exempelvis ta in anbud på en viss verksamhet som drivits i egen regi eller att lägga ut verksamhet på föreningsdrift, offentliga företag (bolag eller stiftelse), är utan tvekan en sådan

fråga som faller under arbetsgivarens primära förhandlingsskyldighet enligt 11 § medbestämmandelagen (1976:580) MBL. Arbetsgivaren har vidare en särskild form av primär förhandlingsskyldighet enligt 38 § MBL innan beslut fattas om att anlita någon extern utförare som entreprenör.

Den primära förhandlingsskyldigheten enligt 11 § MBL innebär att arbetsgivaren innan beslut fattas, på eget initiativ skall förhandla med de fackliga organisationerna som har kollektivavtal med arbetsgivaren och som har medlemmar som påverkas av föreslagen förändring av verksamheten. Förhandlingen skall genomföras i så god tid och på så tidigt stadium i beslutsprocessen att arbetstagarorganisationerna har en reell möjlighet att påverka beslutsunderlaget.

De fackliga organisationerna har möjlighet att föra en lokal förhandling till central nivå (14 § MBL). Självförvårdad tidsbrist är inte en ursäkt för arbetsgivaren att underlåta att förhandla eller genomföra förhandlingar för sent. Det finns undantag från den primära förhandlingsskyldigheten om det föreligger synnerliga skäl, men det är svårt att tänka sig ett fall där detta kan bli aktuellt i denna typ av fråga.

Reglerna är sanktionerade med skadeståndsskyldighet för arbetsgivaren om han underlåter att tillämpa dem. Förhandlingsskyldigheten inskränker dock inte arbetsgivarens rätt att besluta men kan som sagt rendera honom skadeståndsanspråk.

8.3.3 Fackligt veto

När en förhandling enligt 38 § MBL har ägt rum, har en kollektivavtalsbärande arbetstagarorganisation rätt att under vissa förutsättningar lägga in veto mot att arbetsgivaren anlitar den entreprenör som förhandlingen avsett. För att en facklig organisation skall få använda veto enligt 39 § MBL krävs att anlitaandet av den externa entreprenören kan antas medföra att lag eller kollektivavtal för arbetet åsidosätts eller att åtgärden i övrigt strider mot vad som är allmänt godtagget inom parternas avtalsområde.

Vid upphandling enligt LOU är den fackliga vetorätten begränsad. Den fackliga vetorätten får inte grunda sig på andra omständigheter än som anges i 1 kap. 17 § eller 6 kap. 9-11 §§ LOU. Sådana omständigheter är exempelvis att entreprenören är i konkurs eller i likvidation, är underkastad näringsförbud eller inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller

skatt, gjort sig skyldig till brott avseende yrkesutövningen enligt lagakraftvunnen dom, gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

I ett mål vid kammarrätten i Stockholm¹⁶³ prövades folktandvårdens upphandling av dentala instrument och dentala förbrukningsartiklar. Med stöd av 1 kap. 17 § p.4 LOU uteslöt Folktandvården Gama Dental AB från deltagande i upphandlingen. Enligt Folktandvården, som stödde sig på ett tjänsteutlåtande från miljöförvaltningen, hade Gama Dental AB gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen genom felaktig hantering av kvicksilver och kvicksilverklorid, undanhållande av väsentlig information till myndigheten och att erforderliga tillstånd saknats. Gama Dental AB förnekade Folktandvårdens uppgifter och hävdade att utredningen var ofullständig. Enligt Kammarrätten skall reglerna i 1 kap. 17 § LOU tolkas restriktivt. Bevisbördan åvilar den upphandlande enheten. Eftersom uppgifterna inte var ostridiga och att det inte hade visats att Gama Dental AB gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen fann kammarrätten att Folktandvården inte haft rätt att med stöd av 1 kap. 17 § 4 p. LOU utesluta företaget från deltagande i upphandlingen.

Vetorätten kan inte användas för att utestänga ett visst företag som arbetar under allmänt godtagbara former eller enbart därför att den fackliga organisationen anser det lämpligare att arbetet utförs av arbetsgivaren i egen regi. Om den fackliga organisationen felaktigt använt sin vetorätt kan organisationen bli skadeståndsskyldig.

8.3.4 Tvisteförhandling

Under upphandlings- och förändringsprocessen kan arbetsgivaren drabbas av "olycksfall" i den arbetsrättsliga hanteringen. Exempel på detta är om arbetsgivaren underlåtit att fullgöra sin förhandlingsskyldighet enligt 11 § MBL. Den fackliga organisationen kan då påkalla förhandling med anledning av påstått brott mot MBL. En sådan förhandling kan via lokala och centrala förhandlingar drivas till Arbetsdomstolen som sista instans. Om domstolen finner att arbetsgivaren felat kan resultatet bli att arbetsgivaren döms att betala skadestånd till den fackliga organisationen. Det fattade beslutet blir dock fortfarande, trots MBL-brottet, materiellt giltigt.

¹⁶³ Kammarrättens i Stockholm, avd. 5, dom 1996-12-11 i mål 8647-1996.

8.3.5 Arbetstagarbegreppet - avknoppningar

Frågan om vem som faller in under arbetstagarbegreppet och skall anses som arbetstagare hos arbetsgivaren, har stor betydelse både när arbetstagare startar eget (s.k. avknoppningar) och då entreprenörer anlitas. Före LOU:s ikraftträdande var det under en period vanligt att kommuner och landsting uppmuntrade sina anställda att starta eget i form av s.k. personalkooperativ alternativt att någon eller några arbetstagare startade ett eget företag med anställd personal. Då dessa avknoppningar i regel betrakta som entreprenörer åt kommunen – de utförde ju tjänster åt kommunen mot kontant ersättning – skulle entreprenaden upphandlas med tillämpning av LOU. Detta förhållande har i viss mån dämpat lusten att göra s.k. avknoppningar. När avknoppningar sker är det därför väsentligt att beakta arbetstagarbegreppet. Detta gäller även när småföretagare anlitas som entreprenörer. Är någon att betrakta som arbetstagare faller han inom den arbetsrättsliga lagstiftningens tillämpningsområde med medföljande rättigheter och motsvarande – i vissa fall – långtgående skyldigheter för arbetsgivaren.

Om kommunen träffar avtal med ett större etablerat företag, som bedriver verksamhet även på annat håll och med andra uppdragsgivare, uppstår normalt inga tveksamheter. Då är det företaget som är arbetsgivare. Men om kommunens motpart är en ensam person som bedriver verksamheten för kommunens räkning eller om ett personalkooperativ driver kommunal verksamhet på entreprenad kan det uppstå osäkerhet om vad som gäller.

Frågan om vem som skall anses som arbetstagare är av tvingande natur. Det innebär att det inte går med rättsligt bindande verkan träffa avtal om att ett visst avtal (rättsförhållande) alltid skall vara en entreprenad och entreprenören vara uppdragstagare och inte arbetstagare. En domstol som vid tvist prövar frågan om det föreligger ett anställningsförhållande eller ej kommer inte att vara bunden av en sådan klausul i ett avtal.

Syftet med reglerna kring arbetstagarbegreppet är bland annat att personer som i allmänhet intar en ställning som arbetstagare inte genom juridiska konstruktioner skall kunna ges en svagare ställning vad gäller trygghet än vad som skulle vara fallet om de vore anställda.

Följande omständigheter talar för att det föreligger en arbetsgivar-arbetstagarrelation;

- 1) "Entreprenören" utför arbetet personligen och är skyldig att göra det.
- 2) Arbetet har inte utförts av en av "entreprenören" anlitad person.
- 3) "Entreprenören" tilldelas fortlöpande arbete.
- 4) Förhållandet mellan parterna är av mer varaktig karaktär. Det är inte avgränsat i tid och rum.
- 5) "Entreprenören" får/kan inte samtidigt utföra liknande arbete av någon betydelse åt någon annan. Den upphandlande enheten är den enda kunden.
- 6) "Entreprenören" är beträffande arbetets utförande underkastad bestämda direktiv eller en närmare kontroll. Det gäller arbetstiden, arbetsplatsen eller sättet att utföra arbetet.
- 7) Kommunen äger lokaler, utrustning och verktyg.
- 8) Ersättningen är garanterad och regelbunden (ungefär som lön).
- 9) Ersättning utges för direkta utlägg.
- 10) "Entreprenören" är i ekonomiskt och socialt hänseende jämställd med en arbetstagare.
- 11) "Entreprenören" eller, om det är fråga om något slags kooperativ, "entreprenörerna" har varit anställda i kommunen.
- 12) "Entreprenören" har ett otillräckligt företagarkapital.

Vid den rättsliga prövningen av om ett visst avtalsförhållande skall ses som en anställning eller ej, görs en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Om det därvid kvarstår en osäkerhet om vad som skall gälla brukar domstolarna finna att det föreligger ett anställningsförhållande.

Vid sin prövning har domstolarna även tagit hänsyn till omständigheterna kring hur avtalet har uppkommit. Domstolen har till exempel funnit att arbetstagarbegreppet kringgås om det har varit arbetsgivaren som aktivt velat förändra ett anställningsavtal till ett entreprenadavtal och arbetstagaren har varit i underläge vid förhandlingssituationen.

Av ovan angivna frågor framgår att det normalt inte har någon avgörande betydelse på vilket sätt som parterna valt att klassificera eller rubricera avtalet. Ett avtal med en "arrendator", som driver till exempel en kommunal bowlinghall, kan vid en rättslig prövning visa sig vara ett anställningsavtal. Vid tveksamhet kan man utgå

från att det är fråga om ett anställningsförhållande mellan berörd person och kommunen.

I ett rättsfall från Arbetsdomstolen¹⁶⁴ angående s.k. arrende av frisörstolar gjordes en analys av den arbetspresterande partens ekonomiska och sociala ställning. Arbetsdomstolen kom fram till att arrendatorn i allmänhet uppträdde på samma sätt som en anställd gör gentemot kunderna och var beroende av hur frisersalongens innehavare skötte sin rörelse utan att ha något eget inflytande över situationen. Arrendatorn betraktades med hänsyn till sin osjälvständiga och underordnade ställning som arbetstagare. Hon hade dessutom nyligen varit anställd hos innehavaren.

Vare sig kommunen valt att vara arbetsgivare för ett kooperativt personal eller om detta slås fast i efterhand blir arbetsgivaransvaret i dessa fall inskränkt till ett ansvar utan möjlighet att utöva ur arbetsgivar synpunkt viktiga funktioner. Kooperativet kommer de facto att i praktiken sköta urval, ledning och fördelning av arbetet och bedrivandet av verksamheten.

Om kommunen betraktas som arbetsgivare är den inte bara ansvarig för personalens anställningstrygghet utan också för pensioner, arbetsmiljö, skador till följd av personalens vårdslöshet, skulder till leverantörer, inbetalning av sociala avgifter, preliminärskatt, semesterersättning m.m.

Konflikter kan förebyggas om kommunens och ett kooperativt ansvar formellt renodlas från första början. Ett avtal som klart och tydligt markerar att kooperativet skall vara arbetsgivare för sin personal och i övrigt fördelar rättigheter och skyldigheter mellan två jämbördiga avtalsparter bör i de flesta fall kunna förhindra oförutsedda anspråk på kommunen. Ju mer intresserat kommunen vill detaljreglera arbetstid, avgifter, verksamhetens exakta innehåll etc., desto svårare har kommunen att framgångsrikt hävda att det rör sig om ett uppdragsförhållande och inte om ett arbetstagarförhållande.

8.3.6 Regler om verksamhetsövergång i 6 b § LAS

”Vid övergång av ett företag, en verksamhet eller del av en verksamhet från en arbetsgivare till en annan, övergår också de rättigheter och skyldigheter på grund av de anställningsavtal och de anställningsförhållanden som gällde vid tidpunkten för övergången på den nye arbetsgivaren. Den tidigare arbetsgivaren är dock ansvarig gentemot arbetstagaren för ekonomiska förpliktelser som

¹⁶⁴ AD 1978 nr 7.

hänför sig till tiden före övergången. Detta stycke gäller även arbetstagare i allmän tjänst och på sjögående fartyg.

Första stycket gäller inte vid övergång i samband med konkurs. Första stycket gäller inte heller ålders-, invaliditets-, eller efterlevandeförmåner.

Trots bestämmelserna i första stycket skall anställningsavtalet och anställningsförhållandet inte övergå till en ny arbetsgivare, om arbetstagaren motsätter sig detta.”

8.3.7 Överlåtelsedirektivet

Reglerna bygger på EG-direktivet om överlåtelser av företag, verksamheter eller delar av verksamheter (77/187/EEG - ändrad genom 98/50/EG). I bestämmelsen föreskrivs att vid verksamhetsövergången övergår också de rättigheter och skyldigheter på grund av de anställningsavtal och de anställningsförhållanden som gäller vid tidpunkten för övergången till den nya arbetsgivaren. Den tidigare arbetsgivaren är dock ansvarig gentemot arbetstagaren för ekonomiska förpliktelser som hänför sig till tiden före övergången. Reglerna gäller för arbetstagare såväl i privat som allmän tjänst t.ex. kommunalanställda. Reglerna skall dock inte tillämpas vid övergång i samband med konkurs. Ålders-, invaliditets- eller efterlevandeförmåner påverkas inte. Rena aktieöverlåtelser är inte verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS.

8.3.8 EG-dispositivitet

6 b § LAS är EG-dispositiv. Det betyder att det inte är tillåtet att träffa kollektivavtalsöverenskommelse med arbetstagarnas fackliga organisation om reglering av arbetstagarnas rättigheter enligt det anställningsavtal som automatiskt övergår till den nye arbetsgivaren, om överenskommelsen i någon del innebär att arbetstagarens rättigheter minskar. Detta även om överenskommelsen innebär att arbetstagarnas rättigheter med råge tillgodoses i andra avseenden.

DÚrso

I DÚrso-målet¹⁶⁵ behandlade EG-domstolens ett fall där 940 av totalt 1 450 av de anställda i ett företag skulle övergå i anställning hos den nye arbetsgivaren enligt kollektivavtal och överlåtelseavtal. Resterande skulle sägas upp av den gamla arbetsgivaren. Några av de 500 övertaliga arbetstagarna hävdade att deras anställningar enligt överlåtelsedirektivet automatiskt hade övergått till den nya arbetsgivaren. EG-domstolen uttalade att direktivet är tvingande och inte är möjligt att disponera genom kollektivavtal.

8.3.9 Begreppet verksamhetsövergång

För att kunna avgöra om reglerna är tillämpliga måste man först ta ställning till om det är fråga om en verksamhetsövergång i lagens mening. För detta krävs en bedömning av om det föreligger identitet mellan den verksamhet som överlåtaren bedrev och den verksamhet som förvärvaren övertagit och bedriver. Något rättsligt samband, köpeavtal eller dylikt, mellan den som har drivit en verksamhet och en ny arbetsgivare som tar över verksamheten behöver inte finnas. EG-domstolen har i Spijkers-domen¹⁶⁶ uppställt följande kriterier som skall tas med i bedömningen.

Arten av företag eller verksamhet.

Om företagets materiella tillgångar som byggnader och lösöre har övertagits eller inte.

Värdet av överlåtna immateriella tillgångar vid överlåtelseögonblicket. Om majoriteten av de anställda har övertagits eller inte. Om kunderna har övertagits eller inte. Graden av likhet mellan verksamheten före och efter överlåtelsen. I förekommande fall, den tidsperiod som verksamheten legat nere.

Spijkers

I Spijkers-målet¹⁶⁷. Ett företag överlät ett slakthus med lokaler och visst lösöre till ett annat företag. Verksamheten hade då upphört.

¹⁶⁵ EG-domstolens dom i mål 362/89 ECR I-4105.

¹⁶⁶ EG-domstolens dom i mål C 24/85 ECR 1119.

¹⁶⁷ EG-domstolens dom 1986-03-18 i mål C 24/85 REG 1986 p.1119.

Verksamheten återupptogs efter en och en halv månad. Alla anställda utom Spijkers och ytterligare en anställd övertogs. Spijkers krävde lön och anställning. EG-domstolen uttalade att det avgörande är om verksamheten bevarat sin identitet. Det räcker inte med att tillgångar försålts. Det är nödvändigt att avgöra om verksamheten var i gång vid överlåtelse tillfället ("a going concern"). Man skall titta på alla de fakta som är karaktäristiska för transaktionen, och domstolen hänförde sig till de sju omständigheterna som angetts ovan.

Omständigheterna skall inte betraktas isolerade var för sig. Det skall göras en samlad bedömning av alla förhållanden kring övergången. Det skall vara en stabilt organiserad ekonomisk enhet, "a going concern", som går över till en ny arbetsgivare. EG-domstolen har uttalat att en ekonomisk enhet, "a going concern", inte reduceras till att innebära enbart den verksamhet som bedrivs. Den ekonomiska enhetens identitet följer även av andra omständigheter såsom dess personal, arbetsledning, organisation av arbetet, driftmetoder och i förekommande fall, det driftkapital som enheten förfogar över. Enbart den omständigheten att arbetsuppgiften som sådan gått över föranleder inte att det är fråga om övergång av verksamhet.

EG-domstolen har i ett flertal domar uttalat att direktivet kan vara tillämpligt även vid entreprenader. Såväl vid återgång av verksamhet från entreprenör som vid byte av entreprenör har direktivet ansetts vara tillämpligt. Det avgörande är om det föreligger identitet mellan verksamheterna.

Süzen

EG-domstolen har i Süzen-målet¹⁶⁸ behandlat situationen när en uppdragsgivare först givit ett städuppdrag till en entreprenör och sedan sagt upp avtalet med denne och slutit nytt avtal med en ny entreprenör för att utföra motsvarande städning. Domstolen uttalade att en förutsättning för att överlåtelsedirektivet skall tillämpas i en sådan situation är att processen förenas med en överlåtelse av betydande materiella eller immateriella tillgångar mellan de båda företagen/entreprenörerna eller att den nye entreprenören tar över huvuddelen - i förhållande till antal och kompetens - av personalstyrkan. Härav följer att, om verksamheten hos den överlämnande entreprenören bedrivs med personal som

¹⁶⁸ EG-domstolens dom 1997-03-11 i mål C 13/95 REG 1997 p.I-1259.

främsta eller enda produktionsfaktor, frågan om huruvida en majoritet av arbetstagarna tas över av den nye entreprenören blir avgörande för om en verksamhetsövergång enligt direktivet (och 6 b § LAS) föreligger.

Även om inte hela verksamheten överläts utan endast en del av den, kan direktivet vara tillämpligt. I sådana fall omfattas enligt EG-domstolen endast de arbetstagare som genom sina anställningsförhållanden var knutna till den del av verksamheten som överlåtits. Det kan emellertid vara svårt att generellt avgöra när det är fråga om en verksamhetsövergång i lagens mening. Bedömningen måste göras med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet.

8.3.10 Anställningsavtalen övergår automatiskt

Om det är fråga om en verksamhetsövergång övergår anställningsavtalen automatiskt till förvärvaren. Därför finns det inte några formella regler om hur detta skall gå till praktiskt. En arbetstagare har dock möjlighet att motsätta sig att anställningsförhållandet går över till den nya arbetsgivaren. Arbetstagaren skall inom skälig tid från det att han blivit underrättad om övergången uppge om han vill utnyttja sin rätt att stanna kvar. Om arbetstagaren får vetskap om den kommande övergången genom förhandlingar enligt MBL torde tiden kunna räknas från dessa. Om en arbetstagare väljer att stanna kvar hos överlåtaren kan det uppstå arbetsbrist hos denne.

8.3.11 Förbud mot uppsägning på grund av överlåtelsen

I 7 § tredje stycket LAS stadgas att en sådan verksamhetsövergång som avses i 6 b § LAS inte i sig utgör saklig grund för uppsägning. Överlåtaren har dock rätt att säga upp arbetstagaren på grund av arbetsbrist i den överlåtna verksamheten så länge inget beslut om överlåtelse har fattats. En övertalighet i den verksamhet som skall överlätas kommer således att kunna lösas ut hos överlåtaren, om övertaligheten inte har sin grund i ett beslut om övergång. Det blir då överlåtaren som har omplaceringsansvaret enligt 7 § andra stycket LAS. Om uppsagda arbetstagares uppsägningstider fortfarande löper vid verksamhetsövergången, kommer även deras anställningsavtal att automatiskt övergå till förvärvaren. Deras even-

tuella företrädesrätt till återanställning kommer då att gälla mot förvärvaren.

Om övertalighet uppstår som direkt kan härledas till överlåtelser, dvs. är en följd av övergången och förvärvarens önskemål, har överlåtare enligt 7 § tredje stycket LAS inte möjlighet att säga upp arbetstagare i sin verksamhet. Förbudet hindrar dock inte uppsägningar som sker av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl.

8.3.12 Kontraktsvillkor - krav på personalövertagande

När upphandlande enhet på den kommunala sektorn av verksamhetsskäl anser att personalkontinuitet är viktigt av kvalitetsskäl, exempelvis när verksamheten berör vård- och omsorgstagare, används följande villkor i förfrågningsunderlag och avtal:

Utföraren skall erbjuda de arbetstagare som berörs av entreprenaden anställning hos sig på oförändrade anställningsvillkor.

Detta villkor har varit föremål för samråd med kansliet för Nämnden för Offentlig Upphandling (NOU) som inte haft något att erinra mot formuleringen. Kommunen/huvudmannen bör i varje särskilt fall kunna motivera behovet av personalkontinuitet när detta villkor ställs.

En vidare användning av ovan angivna villkor om personalövertagande än inom de exemplifierade verksamheterna (vård- och omsorg) kan stå i strid med gällande rättspraxis.

Kammarrätten i Göteborg¹⁶⁹ har vid överprövning enligt lagen om offentlig upphandling underkänt bl.a. anbudsvillkoren att ny entreprenör skulle överta tidigare entreprenörs personal. Upphandlingen gällde kollektivtrafik – linjetrafik med buss i Göteborg. Helt säker på rättsläget kan man dock inte vara då det i Göteborgsärendet rörde sig om byte av entreprenör och den upphandlande enheten/ kommunen inte var part i någon arbetsgivar- arbetstagarrelation som påverkades av upphandlingen. Det kan också vara tveksamt om personalkontinuitet är ett kriterium som kan användas som ett kvalitetskrav vid upphandling av linjetrafik med buss även om lokalkännedom, servicekänsla och dylikt är viktiga egenskaper hos förarpersonalen.

¹⁶⁹ Kammarrättens i Göteborg dom 1998-08-28 i mål nr. 3696-1998.

Upphandling 98 – Stockholms stad

I ”Upphandling 98 – Stockholms stads strategier för upphandling och konkurrensupphandling. Sammanställning av gällande styrdokument, avtalsförslag m.m.” har fastlagts att det vid upphandling av drift av verksamheter inom äldre- och handikappomsorgen skall krävas att entreprenören erbjuder den berörda personalen anställning. Följande villkor i förfrågningsunderlag och avtal skall därvid användas:

”Entreprenören skall erbjuda den för verksamheten befintliga personalen anställning. Anställning skall erbjudas i enlighet med de villkor som anges i 28 § MBL och 6 b § LAS.”

8.4 Den sociala ekonomin

Såväl den nuvarande regeringen som tidigare borgerliga regeringar har uttalat stora förväntningar på den sociala ekonomin. I uppdragsbeskrivningen för arbetsgruppen för social ekonomi konstateras att social ekonomi ser ut att ha förutsättningar att bidra med nya arbetstillfällen. Vidare framhålls att social ekonomi har avgörande betydelse för en önskvärd servicenivå för människor i glesbygd. Utvecklingen inom den sociala ekonomin måste dock ske utan att samhällets ansvar för sociala nyttigheter överges. Som en bakgrund till uppdraget återges också att regeringen i 1998 års budgetproposition poängterar folkrörelsernas och den ideella sektorns avsevärda ekonomiska betydelse genom det engagemang som en stor del av befolkningen lägger ner i föreningslivet.

Förväntningar formulerades mer uttryckligt av dåvarande arbetsmarknadsministern Margareta Winberg i ett tal i april 1998: ”Det som regeringen väntar sig av den sociala ekonomin är kreativa nya välfärdslösningar inom vård och omsorg. Dessutom förväntas arbetstillfällen, speciellt för grupper som är svaga på arbetsmarknaden.”

I propositionstexter, utredningsbetänkanden och liknande finns formuleringar som speglar vad regeringen hittills har förväntat sig och velat uppnå i samhället genom att på olika sätt stödja och stimulera föreningar, folkrörelser, Kooperation, stiftelser, lokala utvecklingsgrupper med flera.

Riksdagens näringsutskott skrev i sitt betänkande om Näringspolitik ett avsnitt om stöd till kooperativ utveckling, med följande

bedömning: ”I den rådande ekonomiska situationen med hög arbetslöshet kan den kooperativa företagsformen vara ett alternativ till andra typer av företag. Detta ställer krav på att lagstiftning och stödåtgärder anpassas till de särskilda villkor som gäller för kooperativ verksamhet.”(1993/94:NU15).

I maj 1997 lade regeringen fram en proposition som behandlar frågor om Kooperation, främst med anknytning till lagstiftningen om ekonomiska föreningar (prop. 1996/97:163 *Den kooperativa företagsformen*). I inledningen presenterar regeringen sin syn på värdet av det kooperativa företagandet i Sverige. Det konstateras att Kooperationen rent kvantitativt ”utgör en värdefull sektor i svenskt näringsliv” och att kooperativa lösningar på senare år har börjat växa fram inom områden där det tidigare inte funnits Kooperation. I propositionen framhålls att den nya Kooperationen bidrar till kvalitativ förnyelse både inom offentlig och privat sektor och att den kooperativa företagsformen av allt fler betraktas som ”en modern funktionell lösning”. Vidare konstaterar man att ”den nya Kooperationen ger idag goda möjligheter till sysselsättning och nya arbetstillfällen”. Regeringen uttrycker också uppfattningen att den kooperativa företagsformen kan vara särskilt lämpad för människor som inte är vana vid företagande. Så även för grupper som annars kan ha svårigheter att etablera sig på arbetsmarknaden. ”Det finns skäl att tro att kooperativt företagande kan bli en ny närings- och sysselsättningspolitisk kraft.” I propositionen framhålls slutligen den demokratiska styrningen och det delade ansvaret: ”Den kooperativa företagsformen ger en möjlighet att bedriva näringsverksamhet på en demokratisk grund. En verksamhet där alla delägare har lika möjlighet att påverka företagets utveckling bör ha en betydande utvecklingspotential. Det kooperativa alternativet kan av detta skäl vara mycket tilltalande för den som anser att traditionellt företagande är förknippat med alltför stora personliga risker.”

I den upplaga av Folkrörelse- och föreningsguiden som kom ut 1993 finns en inledningstext av dåvarande civilministern Inger Davidsson (Folkrörelse- och föreningsguiden, andra upplagan, Civildepartementet och CE Fritzes AB, 1993). Hon skriver bland annat följande. ”Idag finns det en ökad insikt om att den offentliga verksamheten inte klarar av att lösa alla våra välfärdsbehov. Vi ifrågasätter också om det är önskvärt. Individer och föreningar är i många fall bättre lämpade att sköta olika uppgifter som ligger nära människorna. ” Texten handlar vidare om föreningslivets viktiga roll som demokratifostrare som lär människor att samverka, fatta

beslut och ta ansvar. En intressant aspekt sätts i samband med att individer och föreningar i allt högre grad deltar i förnyelsen av vårt samhällsliv och formuleras så här: "... upptäcker lätt nya behov, nya risker eller gamla försummelser. Många nya grupper fungerar allt mera som samhällets känselspröt inom viktiga välfärdsområden." Vidare: "Det ideella föreningslivet kommer att spela en viktig roll i framtiden. Det kommer att behövas en mångfald inriktningar hos organisationerna i framtiden för att tillfredsställa olika behov i samhället." Slutligen är ett budskap i texten att föreningar har viktiga uppgifter bland annat i att höja kvaliteten på verksamheter genom att komplettera offentliga uppgifter, utan att ersätta dem.

I Sodemare-målet vid EG-domstolen¹⁷⁰ har domstolen uttalat sig om tillåtligheten för ett medlemsland att tillåta privata aktörer som verkar utan vinstsyfte att delta i genomförandet av statens socialtjänstsystem genom att ingå avtal som ger rätt att få kostnader för socialvårdstjänster av hälsovårdskaraktär ersatta av de offentliga myndigheterna.

Bakgrunden till domen var i korthet att den italienska regionen Lombardiet hade särskilda bestämmelser i sin sociallagstiftning om vilka privata företag som kan komma i fråga för att driva hem för äldreomsorg. Bestämmelsen går ut på att förutom krav på tillräcklig kompetens m.m. har regionen skyldighet att kontrollera att företaget drivs utan vinstsyfte. I annat fall är det inte tillåtet att sluta avtal som medför ersättning från socialförsäkringssystemet. Ett företag med säte i Luxemburg hade anfört klagomål i en nationell, italiensk domstol med påstående att den lombardiska lagen stred mot gemenskapsrätten. Domstolen uttalade inte att bestämmelserna i den Lombardiska lagstiftningen stred mot EG-rätten.

8.5 Avknoppning

Begreppet avknoppning avser *här* de situationer när kommuner och landsting låter en eller flera anställda bilda ett privaträttsligt organ i syfte att överta viss verksamhet eller vissa uppgifter som tidigare utförts i förvaltningsform. Skillnaden är att de nu som självständiga företagare driver samma slags verksamhet som de tidigare bedrivit åt kommunen eller landstinget som anställda. En verksamhet som ombildas till eller överförs till ett kommunalt företag räknas inte som en avknoppning. Detsamma gäller om de anställda organiseras

¹⁷⁰ EG-domstolens dom 1997-06-17 i mål C-70/95, REG 1997 p. I – 3395.

som en resultatenheter inom kommunen eller landstinget vilken deltar i en anbudstävlan med ett internt bud.

En grundläggande förutsättning för att en avknoppning skall kunna kallas avknoppning är att de som tar initiativ till avknoppningen är anställda hos kommunen eller landstinget när avtalet sluts med den nya utföraren. Efter övertagandet av driften av verksamheten är det avknoppningen som är arbetsgivare för den personal som berörs. Ett krav på att den avknoppade verksamheten skall bedrivas i en viss företagsform kan knappast ställas. Däremot är reglerna om verksamhetsövergångar i 6 b § LAS tillämpliga vilket innebär att om det råder verksamhetsidentitet för och efter avknoppningen är alla arbetstagare som berörs automatiskt anställda i det avknoppade företaget om de inte väljer att stanna kvar i kommunen eller landstinget. Det torde inte heller vara nödvändigt att samtliga anställda på arbetsplatsen går över till det avknoppade företaget. Något hinder kan inte föreligga mot att en eller några anställda knoppar av och erbjuder övriga anställda på arbetsplatsen att bli anställda i det nya företaget. Om majoriteten av de anställda och brukarna motsätter sig detta är en avknoppning mindre lämplig.

Avknoppningsstöd

Med avknoppningsstöd avses att en myndighet aktivt understödjer tillkomsten av nya potentiella leverantörer. Exempel på avknoppningsstöd som förekommer är följande:

- Kostnadsfri information, utbildning och konsultstöd.
- Tjänstledighet.
- Återanställningsgaranti.
- Startbidrag.
- Driftbidrag.
- Borgen.
- Subventionerad hyra.
- Kostnadsfritt övertagande av utrustning/inventarier.
- Garanterad lägsta volym på köp av tjänster.
- Avtal utan föregående anbudsinfordran.

Möjligheten att lämna stöd till avknoppare begränsas av regler i kommunallagen och lagen om offentlig upphandling.

Uppdrag

När det är fråga om ett uppdrag är kommunen eller landstinget fortfarande huvudman för verksamheten gentemot dem som tar i anspråk företagets tjänster. Exempel på detta är att en föreståndare för ett kommunalt sjukhem startar ett företag, tar över personalen och driver vårdhemmet på entreprenad. Andra exempel är att personalkooperativt företag driver ett kommunalt daghem, ett kommunalt servicehus eller sköter driften av en kommunal simhall.

Bidrag

När det är fråga om bidrag till enskild verksamhet är det företaget som är huvudman för verksamheten. Exempel på detta är ett personalägt företag som tagit initiativ till och fått tillstånd att starta en friskola eller ett enskilt daghem. Ett annat exempel är att ett personalägt företag hyr en fastighet med liftanläggning, servering m.m. som tidigare drivits av kommunen. Företaget lever på sina kunder men får ett visst bidrag eller subventioner. Verksamheten är likväl en enskild verksamhet.

Kommunallagen

Från ett kommunalrättsligt perspektiv bör utan vidare kostnadsfri information, utbildning, konsultstöd och tjänstledighet kunna accepteras.¹⁷¹ Även återanställningsgarantier bör, trots att de i allmänhet är från arbetsrättslig synpunkt olämpliga genom att de inverkar på turordningsreglerna enligt LAS, vara lagliga enligt kommunallagen. Ytterligare stöd kan ifrågasättas mot bakgrund av kommunallagens förbud mot stöd till enskild. Ett eventuellt stöd kan i vart fall endast utgå under ett övergångsskede i samband med avveckling av egenregin. Stödet skulle i så fall kunna anses utgöra en legitim avvecklingskostnad. Det är sannolikt att det sammanlagda värdet av förmåner för varje individ inte får överstiga beräknad personalavvecklingskostnad.

En komplikation är om stödet ges till ett av personalen redan bildat företag. Företaget har ju till skillnad från dess ägare inte någon rätt att kräva uppsägningslön eller avgångsförmåner enligt

¹⁷¹ Frågan har dock inte prövats i rättspraxis.

kollektivavtal. Givetvis utgör en eventuell kapitalinsats från kommunen skattepliktig inkomst.

Lagen om offentlig upphandling

I fall där kommunen är huvudman och det är fråga om tjänst som skall upphandlas enligt lagen om offentlig upphandling kan diskuteras om kommunen mot bakgrund av denna lag kan ge stöd i form av startkapital m.m. så att en personalgrupp ges möjlighet att bilda ett företag. Detta kan möjligen accepteras om stödet ges innan upphandlingen äger rum och företaget därefter deltar i anbuds-tävling i konkurrens med andra företag.

Att låta avknoppningen överta driften av den verksamhet där personalen tidigare varit anställd utan upphandlingsförfarande är inte tillåtet enligt lagen om offentlig upphandling. Detta förutsätter att det alltjämt är fråga om en kommunal eller landstingsbedriven verksamhet med ett offentligt huvudmannaskap. En avknoppning som sker i samband med att verksamheten ombildas till en bidragsfinansierad enskild verksamhet eller en renodlat kommersiell verksamhet behöver inte föregås av en offentlig upphandling.

NOU om avknoppning

Regeringsrätten har avgjort ett mål¹⁷² som berör övertagande av pågående uppdrag vid försäljning av ett landstings tvätteri. Regeringsrätten fann att uppdraget inte kunde överlåtas utan upphandling. På Regeringsrättens anmodan yttrade sig NOU i målet och anförde att försäljning av verksamhet enligt nuvarande regler inte kan kombineras med övertagandet av gällande överenskommelser. NOU anförde vidare.

"Den omständigheten att de pågående överenskommelser mellan tvätteriet och landstingsinterna enheter, om det tecknats mellan två juridiska personer, vore att anse som ett kontrakt, kan enligt NOU:s bedömning inte medföra att dessa lagligen, utan mellanliggande upphandling, kunde överlåtas till en privat ägare. Upprättandet av ett nytt avtal, Textilservicekontraktet, kräver utan tvekan upphandling."

Regeringsrättens dom innebär att det inte är möjligt för den offentliga sektorn att skapa en s.k. "grace period" genom att i sam-

¹⁷² RÅ 1998 not 44.

band med en avknoppning ”skänka bort” avtal om att utföra tjänster i samband med att de offentligt anställda köper verksamhet (dvs. inkråmet) från den offentliga sektorn. Sådana avtal måste istället upphandlas i konkurrens enligt reglerna i LOU.

EG-kommissionen om avknoppning

EG-domstolen har ännu ej prövat något ärende där avknoppningsstöd i form av direktupphandling varit uppe. När det gäller upphandlingar som styrs av EG-direktiven om offentlig upphandling har tjänstemän inom kommissionen uttalat att upphandlingsreglerna inte ger något sådant utrymme. Ett dylikt avknoppningsstöd strider mot principerna om icke-diskriminering och likabehandling. När det gäller upphandlingar som inte styrs av EG-direktiven om offentlig upphandling torde utrymmet för avknoppningsstöd vara större.

8.6 Gemenskapsrätten

EG-fördraget innehåller i artikel 81.1 och 82 bestämmelser som i allt väsentligt överensstämmer med förbuden i 6 och 19 §§ konkurrenslagen. En avgörande skillnad mellan regelsystemen är dock att EG-reglerna endast är tillämpliga om ett konkurrensbegränsande avtal eller förfarande kan påverka handeln mellan medlemsstaterna eller missbruka en dominerande ställning på marknaden.

EG-domstolen har i målet *Ladbroke Racing*¹⁷³ slagit fast vad som skall gälla avseende företagens ansvar vid konflikter mellan artiklarna 81 och 82 (tidigare 85 och 86) i fördraget och annan nationell lagstiftning än konkurrenslagstiftning. Domstolen uttalade att artiklarna 81 och 82 bara avser sådant konkurrensbegränsande agerande som företagen på eget initiativ har medverkat till. Om företagen åläggs att agera på ett konkurrensbegränsande sätt i nationell lagstiftning eller om denna lagstiftning ger upphov till ett rättsligt ramverk som omöjliggör ett konkurrensmässigt agerande från företagens sida, är artiklarna 81 och 82 enligt domstolen inte tillämpliga. Konkurrensbegränsningen orsakas enligt domstolen i en sådan situation inte av företagens eget agerande. Däremot anser domstolen att artiklarna 81 och 82 kan tillämpas om den nationella

¹⁷³ EG-domstolens dom i de förenade målen C-359/95 P och C-379/95 P *Ladbroke Racing*, REG 1997, s. I- 6265.

lagstiftningen lämnar utrymme för en konkurrens som kan hindras, begränsas eller snedvridas genom företagets eget agerande.

En övergripande princip i gemenskapsrätten är icke-diskriminering. EG-domstolen har angivit¹⁷⁴ att en regel som försvårar för någon att få tillgång till en marknad kan strida mot gemenskapsrätten om denna regel inte kan motiveras av ett allmänt intresse, inte kan anses vara en lämplig åtgärd för att uppnå det angivna syftet och de ingrepp som krävs inte står i rimlig proportion till de fördelar som uppnås.

I ett tredje avgörande¹⁷⁵ har EG-domstolen funnit att fördraget inte hindrar medlemsstaterna från att tillåta endast privata aktörer utan vinstsyfte att delta i genomförandet av ett socialt välfärds-system för tillhandahållande av socialvårdstjänster av hälsovårdskarakter. Ett av EG-domstolens villkor för att godkänna förbudet mot vinstintresse i detta mål var att förbudet inte försatte bolag med vinstsyfte från andra medlemsstater i en situation som faktiskt eller rättsligt var mindre gynnsam än den situation som gällde bolag med vinstsyfte i värdstaten.

Vad som gäller beträffande medlemsstaternas ansvar för innehållet i nationella lagar i konkurrenshänseende följer närmast av artikel 3g i fördraget, som ålägger staterna att verka för en gemensam ordning, som innebär att konkurrensen på den gemensamma marknaden inte snedvrids, liksom av artikel 10 andra stycket som anger att medlemsstaterna skall avstå från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås.

8.7 Konkurrenslagen

Konkurrenslagen (1993:20), innehåller förbud mot konkurrensbegränsande avtal mellan företag (6§) och mot missbruk av ett dominerande företags ställning på marknaden (19§). Med *företag* avses i lagen en fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Till den del sådan verksamhet består i myndighetsutövning omfattas den dock inte av begreppet företag (3§).

I begreppet *företag* inryms således inte bara privat verksamhet utan även sådan verksamhet som bedrivs i offentlig regi. Om ett avtal eller förfarande som strider mot något av förbuden i lagen har sitt ursprung i annan lagstiftning uppkommer frågan om vilket

¹⁷⁴ EG-domstolens dom i mål C-384/93 Alpine Investment

¹⁷⁵ EG-domstolens dom i mål C-70/95 Sodemare SA m.fl.

regelverk som skall ha företräde. Av motiven till konkurrenslagen¹⁷⁶ följer att konkurrenslagen inte är tillämplig om ett företags handlande är en direkt och avsedd effekt av en annan lag eller en ofrånkomlig följd av denna. Utgör däremot ett företags handlande till följd av en reglering någonting som inte förutsatts av riksdagen och som inte heller är ofrånkomligt för regleringens riktiga tillämpning är lagen tillämplig.

8.8 Olika associations- och driftformer

Sverige saknar, till skillnad från vissa andra länder, regler för i vilka ägar- och driftformer som hälso- och sjukvården och socialtjänst kan bedrivas. Eftersom dessa tjänster helt dominerats av den offentligt drivna vården har en sådan reglering hittills heller inte ansetts nödvändig att genomföra. Följande driftformer förekommer bl.a. i dag.

Helägda kommunala aktiebolag är självständiga juridiska personer men betraktas på många sätt som jämställda med förvaltning, bl.a. gäller självkostnadsprincipen även för bolagen. Enligt 2 kap. 7 § kommunallagen får kommuner och landsting driva näringsverksamhet om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget. Fullmäktige skall fastställa ändamålet med verksamheten. Bolagets verksamhet skall också framgå av bolagsordningen. Aktiebolagslagen gäller även för kommunala aktiebolag.

Privatägda aktiebolag kan bedriva hälso- och sjukvård och socialtjänst i vinstsyfte. Bolagens verksamheter styrs av aktiebolagslagen, bolagsordningen och, om sådant har upprättats, avtal med kommunen eller landstinget. Om bolagets verksamhet skall ha ett annat syfte än att bereda vinst åt aktieägarna, skall bolagsordningen innehålla bestämmelse om användning av vinst och behållna tillgångar vid bolagets likvidation.

Stiftelser regleras av stiftelselagen (1994:1220). Stiftelsen är en egen juridisk person som inte "ägs" av någon annan och inte kan säljas. I stiftelseurkunden skall anges hur förmögenheten skall förvaltas och avkastningen användas. Stadgarna kan inte ändras på annat sätt än genom permutation. För stiftelser som har kommun eller landsting som stiftare gäller därutöver kommunallagens bestämmelser på samma sätt som för bolag, dvs. vinstsyfte är inte tillåtet.

¹⁷⁶Prop. 1992/93:56 s. 70.

Ekonomiska föreningar är en självständig juridisk person som alltid syftar till att gynna medlemmarnas ekonomiska intresse på något sätt. Verksamheten regleras i lagen (1987:667) om ekonomiska föreningar. Vissa begränsningar i vad som får delas ut i vinst finns. Personalkooperativ och brukarkooperativ kan driva verksamhet i denna form.

Ideella föreningar är föreningar med religiöst, välgörande, vetenskapligt, politiskt, idrottsligt eller annat ideellt syfte. Föreningen betraktas som ideell även om den för att förverkliga sitt syfte driver ekonomisk verksamhet. Lagstiftning saknas för den juridiska formen ideell förening.

Vid sidan av de vanliga formerna för att driva verksamhet kan noteras att det under senare år formats både brukar- och personalkooperativa organisationer för att tillhandahålla tjänster främst åt kommuner enligt SoL, LSS, HSL, barn- och äldreomsorg samt hälso- och sjukvården.

Handelsbolag och kommanditbolag regleras i lagen (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag. Karakteristiskt för handelsbolagsformen är att bolagsmännens inbördes rättigheter och skyldigheter bestäms genom ett särskilt bolagsavtal (2 kap. 1 § HBL). För att en ny bolagsman skall få inträda i bolaget krävs samtycke av samtliga bolagsmän (2 kap. 2 § HBL). Om ägarkretsen ändras måste bolagsavtalet, som motsvarar aktiebolagets bolagsordning och stiftelsens stadgar, göras om.

Var och en av bolagsmännen kan vidta förvaltningsåtgärder som medför förpliktelser för bolaget om inte åtgärden förbjuds av någon annan bolagsman (2 kap. 3 § HBL).

Bolagsmännen svarar primärt och solidariskt för skulderna (2 kap. 20 § HBL). En borgenär kan således utan att först kräva bolaget vända sig direkt mot en eller flera av bolagsmännen.

Ett handelsbolag föreligger (blir en juridisk person) när två eller flera har avtalat om att gemensamt utöva näringsverksamhet i bolag och bolaget har förts in i handelsregistret.

Ett kommanditbolag är en form av handelsbolag och regleras i 3 kap. HBL. Till skillnad från handelsbolaget där samtliga bolagsmän är primärt solidariskt ansvariga för bolagets skulder kan vissa bolagsmän begränsa sin risk till vad han satt in eller åtagit sig att sätta in i bolaget (3 kap. 3 § HBL). Dessa bolagsmän kallas för kommanditdelägare. Dock måste minst en av bolagsmännen vara fullt ansvarig för bolagets skulder. Denna kallas för komplementär.

Med *brukarkooperativ* avses som regel en verksamhet som ägs och drivs av dem som nyttjar de tjänster som utförs i verksam-

heten. Det är här fråga om verksamhet som kontrolleras av de personer som är direkt berörda av tjänstens utformning och genomförande. Kooperativet skall vara "öppet" i den bemärkelsen att alla brukare som vill kan ansluta sig till organisationen.

Med *personalkooperativ* avses som regel en verksamhet som ägs och drivs av den personal som arbetar i organisationen och i regel i förvärvssyfte. Det är här fråga om verksamhet som kontrolleras av de personer som är direkt berörda av hur arbetet utförs och av verksamhetens ekonomiska utfall. Ett personalkooperativ förutsätts vara "öppet" i den bemärkelsen att alla anställda kan erhålla medlems- eller delägarskap.

En *enskild firma* föreligger när en enskild fysisk person driver näringsverksamhet. Den enskilda firman är inte någon juridisk samverkansform. Den är inte en juridisk person. Firmans ägare svarar själv obegränsat för de förpliktelser som han ingått för firman.

8.9 Vinst och självkostnadsprincipen

På fungerande konkurrensmarknader är företagens förmåga att skapa vinster en nödvändig förutsättning för företagens och samhällets fortlevnad. Vinsten ger möjlighet till utdelning till aktieägarna och indikerar att företaget är friskt och har goda framtidsutsikter.

På marknader som kännetecknas av att konkurrensen inte fungerar (monopol eller oligopol) är höga vinstmarginaler snarast en indikation på att företaget missbrukar sin dominans och sätter för höga priser.

Den kommunala självkostnadsprincipen innebär att en kommun eller ett landsting inte får bestämma sina avgifter så att kommunen eller landstinget tillförs en ekonomisk vinst på bekostnad av avgiftskollektivet. Avgifterna får således inte överstiga de nödvändiga kostnaderna för verksamheten i fråga.

Kommunerna och landstingen förhindras härigenom att ta ut monopolvinster inom verksamheter där det saknas konkurrens. Principen förhindrar kommuner och landsting att utnyttja avgiftsmakten som en alternativ finansieringskälla genom särbeskattning av vissa konsumentgrupper. Vidare innefattas ett principiellt förbud mot att dagens brukare betalar kostnader vilka rätteligen bör bestridas av framtida brukare.

Självkostnadsprincipen gäller inom alla kommunala verksamhetsområden där rätten att ta ut avgift har stöd i lag eller annan författning. Den kommunala avgiftsmakten gäller såväl inom den kommunallagsreglerade som den specialreglerade sektorn. Inom det område som regleras av kommunallagen (det fakultativa området) grundas avgiftsrätten på den allmänna kompetensen i 2 kap. 1 § kommunallagen. Inom det specialreglerade området krävs särskilt lagstöd för rätten att ta ut avgift.

En och samma självkostnadsprincip anses normera all avgiftsbelagd kommunal verksamhet. Det har således inte någon betydelse om rätten att ta ut avgift härrör från kommunallagen eller någon specialförfattning. När självkostnadsprincipen följer av kommunallagen eller någon specialförfattning som tillåter ett avgiftsuttag utan att ange något avgiftstak kan det vara lämpligt att tala om den allmänna självkostnadsprincipen.

I 35 § första stycket socialtjänstlagen (1980:620) ges lagstöd för avgiftsuttag inom socialtjänsten. Avgift får tas ut för plats i förskola eller i fritidshem, färdtjänst, hjälp i hemmet, service och omvårdnad, sådant boende som avses i 20 § andra stycket eller 21 § tredje stycket eller annan liknande social tjänst. Avgifterna måste vara skäliga enligt grunder som kommunen bestämmer. "Avgifterna får dock inte överstiga kommunens självkostnader".

I 22 § hälsoskyddslagen (1982:1080) stadgas att "regeringen kan föreskriva att särskilda avgifter får tas ut i ärenden enligt denna lag. Regeringen kan få överlåta åt kommunen att meddela föreskrifter om sådana avgifter". I 16 § hälsoskyddsförordningen (1983:616) föreskrivs att "kommunen får ta ut särskilda avgifter enligt taxa som kommunen bestämmer".

Den allmänna självkostnadsprincipen innebär inte att avgifterna aldrig får överstiga kostnaderna. I fråga om kommunala affärsverk anses kommunen vara berättigad att företaga så stora avskrivningar och vinstreservationer, att ej det reella värdet av verkets kapital minskas.¹⁷⁷ Avgiftsuttaget är dock maximerat till det ungefärliga läge som uppkommer i verksamheter som drivs i en väl fungerande konkurrens.

Självkostnadsprincipen har enligt rättspraxis fått karaktären av en målsättningsprincip. Kommunerna har härigenom fått en viss handlingsfrihet när det gäller sättet för självkostnadernas beräkning. Anledningen till detta är främst de praktiska svårigheterna att åstadkomma en exakt självkostnadskalkyl, varför det inte är möjligt

¹⁷⁷ RÅ 1958 ref 7.

att alltid uppnå en fullständig korrespondens mellan kostnader och avgifter. Ett överuttag av avgifter godtas så länge avgifterna inte kan sägas till väsentlig eller påtaglig del överstiga en för verksamheten beräknad självkostnad.

Vad som är den närmare innebörden av "väsentlig eller påtaglig" dvs. hur stora överskott som kan tillåtas, ankommer på rättspraxis att fastställa. Något exakt besked har inte givits och kan heller knappast lämnas.

I ett rättsfall¹⁷⁸ hade en beslutad taxehöjning för ett kommunalt gasverk kommit att medföra ett större driftöverskott. Överskottet ansågs inte väsentligt överstiga en beräknad självkostnad. Regeringsrätten slog fast att kommunala affärsdrivande verk hade rätt att till grund för beräkning av självkostnad lägga bl.a. återanskaffningskostnaden för anläggningstillgångar och kostnad för framtida pensionering av anställd personal.

I ett rättsfall¹⁷⁹ där den aktuella elverksrörelsens årsomsättning uppgick till 100 miljoner kronor ansågs ett beräknat driftöverskott om 5 miljoner kronor ej väsentligt överstiga kommunens självkostnad för elverksrörelsen. Kommunen hade belastat elverket med räntekostnad med 25 miljoner kronor avseende avskrivning av kommunens krafttillgångar samt koncessionsavgift med 1,5 miljoner kronor avseende ersättning för olägenhet och intrång genom framdragande av elledningar i eller över kommunen tillhörig mark.

I självkostnadsunderlaget ingår såväl rörliga som fasta kostnader. Till rörliga kostnader hör kostnader för personal och materialkostnader etc. och till de fasta kostnaderna hör framför allt kapitalkostnader. Med kapitalkostnader avses kostnader för avskrivning på investerat kapital och kostnader för ränta på det kapital som ännu inte är avskrivet (internränta).

Kostnader för avsättning till pensionsfond samt olika slag av administrativa kostnader har också ansetts kunna hänföras till självkostnadsunderlaget.

Rent allmänt kan sägas att kostnaden måste ha ett direkt samband med verksamheten i fråga för att få påverka avgiftens storlek. Detta ligger i begreppet nödvändiga kostnader. För verksamheten främmande kostnader faller således utanför självkostnadsprincipens ram. Det är i praktiken svårt att analysera avgifterna avseende främmande kostnader. Om hänsynen till främmande kostnader inte på ett väsentligt eller påtagligt sätt påverkar avgiftsuttaget kan dessa accepteras.

¹⁷⁸ RÅ 1958 ref 7

¹⁷⁹ RÅ 1981 Ab 149

Med självkostnad avses de sammanlagda kostnaderna för att tillhandahålla avgiftsbelagda tjänster och nyttigheter inom en sammanhållen verksamhetsgren. Från ett snävt brukarperspektiv får avgiften i vissa fall överstiga kostnaden för en enskild prestation. Detta är fallet t.ex. om en kommun väljer att tillämpa en enhetlig avgift för tillträde till fritidsanläggningar trots att vissa anläggningar har betydligt lägre kapital- och driftskostnader än andra.

Vad som är att betrakta som en verksamhetsgren kan vara svårt att fastställa. I de fall där det finns naturliga avgränsningar, som t.ex. mellan olika rörelsegrenar inom kommunal affärsverksamhet, skall självkostnadsunderlaget utgöras av varje rörelsegren för sig. I ett rättsfall¹⁸⁰ underkändes kommunfullmäktiges beslut att godkänna ändring i arbetsordning för ett av kommunen ägt energiföretag, varigenom företaget fick tillåtelse att använda vinstmedel inom företagets totala verksamhet och grunda tariffer på självkostnaden utan uppdelning på energiformer.

Det finns inte några entydiga metoder för hur kapitalkostnader skall beräknas. I kommuner och landsting praktiseras olika metoder, såväl reala som nominella, för att periodisera investeringsutgifter till kostnader över tiden. Problematiken kring beräkningen av kapitalkostnaderna belystes av kommunallagsgruppen i delbetänkandet (Ds C 1987:5) Den ekonomiska förvaltningen i kommuner och landsting enligt följande:

En investering, t.ex. uppförandet av en anläggning, inom en fackförvaltnings verksamhetsområde finansieras vanligen till en början med pengar som kommunens eller landstingets finansförvaltning ställer till förfogande. De tillskjutna pengarna består oftast dels av medel som finansförvaltningen själv lånat på den öppna marknaden, dels av inlutna skattemedel. Vid avgiftsbelagd verksamhet är det meningen att de medel som finansförvaltningen har ställt till förfogande så småningom skall återbetalas till finansförvaltningen. Investeringen skall alltså slutligen betalas av brukarna och konsumenterna. Finansförvaltningen kan sägas ha enbart lånat ut de pengar som behövs för att investeringen skulle kunna komma till stånd. Pengarna som fackförvaltningen skall betala tillbaka till finansförvaltningen utgör fackförvaltningens kapitalkostnader, som har brukat uttryckas i termerna avskrivning och internränta. Kapitalkostnaderna ingår som en del i den avgift som den enskilde brukaren eller konsumenten har att erlägga till fackförvaltningen. När det gäller de externt lånade medlen framstår det som naturligt att finansförvaltningen skall ha tillbaka inte bara kapitalbeloppet utan även ett belopp som motsvarar vad finansförvaltningen betalat i ränta till den externa långivaren. Oftast saknas dock kännedom om storleken på denna ränta. Detta beror på att finansförvaltningens upplåning numera i allmänhet inte öronmärks till särskilt bestämda ändamål. Det går alltså inte att härleda

¹⁸⁰ RÅ 1987 ref. 52

de lånemedel som finansförvaltningen ställt till förfogande för investeringens finansiering till något visst lån som finansförvaltningen tagit upp.

Självkostnadsprincipens karaktär av målsättningsprincip innebär att överskott tillåts uppkomma i den avgiftsfinansierade verksamheten under förutsättning att avgifterna inte till väsentlig eller påtaglig del överstiger verksamhetens beräknade självkostnader.

Även om det numera efter Trumslagarmålet får anses klarlagt att redovisningen av väsentliga eller påtagliga överskott i va-verksamheten skall vara avgränsad eller "sluten" finns det inget allmänt krav på att ett avgiftsöverskott skall komma avgiftskollektivet till godo. I de flesta kommuner och landsting tillämpas s.k. öppen redovisning. Detta innebär att eventuella överskott inlevereras till den centrala finansförvaltningen. Någon öronmärkning av inlevererade medel för respektive förvaltning görs inte.

Det ekonomiska resultatet framkommer som skillnaden mellan intäkter och kostnader för verksamheten. De flesta intäkter och kostnader är av den karaktären att de lätt kan identifieras och bestämmas till storlek och slag. Detta gäller t.ex. kostnader för löner, material och tjänster, samt ersättningar vid försäljning av produkter. Andra däremot är kalkylmässiga eller gemensamma för olika verksamheter eller produkter. De måste bestämmas enligt kalkylmodeller eller fördelningsnormer.

Kapitalkostnader (avskrivningar och ränta) är exempel på kostnader som är svåra att bestämma rättvisande ur alla aspekter. Detta sammanhänger med de antaganden som måste göras om värdering, ekonomisk livslängd, räntesats och metod för avskrivning. Flera vedertagna metoder finns bl.a. anskaffningsvärdemetod, nominell eller real, och annuitetsmetod, nominell eller real, vilka alla tillämpas i kommuner och landsting. Därtill kan förekomma en tredje metod i vilken avskrivningar görs på ett framtida nyanskaffningsvärde i de fall behov finns av finansiella resurser för framtida investeringar. Korrekt och konsekvent tillämpade ger både anskaffningsvärdemetoden och annuitetsmetoden samma resultat (samma nuvärde) för hela den ekonomiska livslängden. Skillnaden ligger i den olika periodiseringen av kapitalkostnaderna över tiden. Anskaffningsvärdemetoden ger en hög real belastning i början av perioden medan den reala annuitetsmetoden ger en jämn real belastning av kapitalkostnader.

Ett sätt att bestämma ett riktmärke för avkastningen är att fastställa "avkastningstak" för olika verksamheter. Sådana "tak" bör kunna förändras över tiden. Det kan i vissa fall vara lämpligt att

"taket" fastställs av en statlig myndighet. De olika parametrar som kan ingå i beräkningsunderlaget är real avkastning, kompensation för administrationskostnader, inflation samt hänsynstagande till kredit- och affärsrisken och den härmed sammanhängande likviditetsrisken.

En marknadsmässig parameter skall beakta både kravet på långsiktighet och hänsynstagande till inflationen. Långsiktiga statsobligationer, dvs. obligationer med en löptid av fem år, ger det långsiktiga perspektivet. Den effektiva marknadsräntan på dessa obligationer anses ge marknadens krav på real avkastning och ersättning för en bedömd inflation. En annan modell kan vara att tillämpa statens avkastnings- och utlåningsränta. Denna beräknas på ett genomsnitt av räntan på femåriga statsobligationer under de tre närmast föregående kalenderåren och att en kvarts procentenhet läggs till för att täcka förvaltningskostnader m.m.

Däremot är det svårare att finna godtagbara parametrar för hänsynstagandet till affärsrisken och den finansiella risken.

Kredit- eller affärsrisken avgör i hög grad priset på kapital. I priset ingår sålunda den osäkerhet om framtida intäkter som finns i verksamheten som sådan. Priset uttrycks ofta som en ränta. Ju mer riskabel en penningplacering uppfattas vara, ju högre "riskpremie" ingår då i räntan. En sådan riskpremie, som en av parametrarna för beräkning av avkastningen, skulle kunna fastställas centralt enligt enhetliga och gemensamma grunder.

Avgiftsgruppen¹⁸¹ ansåg att det kan vara motiverat att sätta ett högsta "tak" som skall iakttas vid beräkning av kapitalets avkastning. En sådan gräns för "skälig" avkastning ger också ett skydd för skattebetalarna att leverantörerna tillgodogör sig monopolvinster ur verksamheten.

Samtidigt innebär fastställandet av ett fixerat avkastningstak också en fara. Om en verksamhet präglas av ett mindre risktagande än andra liknande företag finns ett behov av att justera ned "avkastningstaket" för att få en i sammanhanget rimlig räntabilitet. Även det motsatta förhållandet kan förekomma, dvs. att "taket" satts för lågt.

Sådana schabloner för avkastningens beräkning förändras över tiden. För att kunna göra nödvändiga anpassningar kan det krävas att avkastningsräntan fastställs centralt enligt enhetliga och gemensamma grunder.

¹⁸¹ Avgifter inom kommunal verksamhet – förslag till modifierad självkostnadsprincip (Ds 1993:16)

I företagsekonomisk teori och inom näringslivet i allmänhet används ett självkostnadsbegrepp, som har en något annorlunda innebörd än det kommunala självkostnadsbegreppet. Denna begreppskillnad har i sig lett till ökad osäkerhet kring vilka principer för kostnadsberäkningen som bör tillämpas och godtas i olika sammanhang. Många har också uttryckt farhågor för att kravet på rättsäkerhet inte uppfylls då självkostnaden tolkas olika av olika aktörer.

Behovet av en enhetlig självkostnadsdefinition är inte knutet till enbart monopolverksamheter. Också inom sektorer där konkurrens råder är det ibland nödvändigt att externt kunna uppskatta självkostnaden för en viss produkt. Detta kan vara ett sätt att förhindra företag att ta till osunda konkurrensmetoder av typen prisdumpning etc. Naturligtvis är det för företaget självt, bl.a. med tanke på dess fortsatta överlevnad, av avgörande betydelse att så korrekt som möjligt kunna bestämma den faktiska kostnaden för företagets produkter.

En grundläggande skillnad mellan kommunal och privat verksamhet är att kommunen till stor del skattefinansierar sin samlade verksamhet medan privatföretaget får så gott som alla sina intäkter genom försäljning av sina varor eller tjänster. Det är därför nödvändigt att till produktpriserna fördela samtliga i rörelsen uppkomna kostnader. Olika typer av omkostnadspålägg, t.ex. för administration och övriga gemensamma företagsresurser, kommer således att belasta slutpriset. Det kan också finnas anledning för ett företag att ta hänsyn till så kallade operationella kostnader. Med sådana kostnader avses intäkter som företaget går miste om genom att behålla en viss resurs i verksamheten istället för att sälja den till aktuellt marknadspris. Mot den bakgrunden värderas t.ex. anläggningstillgångar till det aktuella bruksvärdet, vilket alltså oftast är ett annat än tillgångens historiska anskaffningsvärde. Verksamhetens avkastning brukar sålunda beräknas på företagets totala sysselsatta kapital.

Hur fördelningen av kostnaderna via kostnadsställen och kostnadsbärare skall göras är inte alltid självklart. Vissa kostnader av typen forskning och utveckling, eller avskrivning av vissa immateriella tillgångar av typen patenträttigheter eller good-will kan ibland vara svåra att knyta till en bestämd produkt i ett företags samlade produktsortiment. Kostnadsfördelningen får bedömas från fall till fall, där huvudsyftet är att beräkna produkternas självkostnad så korrekt som möjligt.

Kommunerna har alltså möjlighet att låta en betydande del av sina kostnader täckas med skattemedel. De har därför inte varit tvingade att på samma sätt som företagen i övrigt försöka upprätta motsvarande fullständiga fördelning av sina totala kostnader på enskilda varor och tjänster.

I en tid då allt starkare krav ställs på högre kostnadseffektivitet och på begränsningar i de offentliga utgifterna har kommunerna mer gått över till metoder för kostnadskalkylering och redovisning som liknar de som används i det övriga näringslivet. Det blir t.ex. allt vanligare att kommunala verksamheter drivs i aktiebolagsform. Det gäller framför allt på de områden där kommunen driver affärsverksamhet.

Det är vanligt att kommunen sätter pris på interna tjänster och egna resurser som överförs från ett kostnadsställe till ett annat inom de kommunala förvaltningarna och bolagen. Ett exempel på detta är internhyressättning för kommunens egna lokaler. Lokalerna uppfattas därmed inte längre som en "fri" resurs i verksamheten. De som ansvarar för verksamheten ges i detta fall möjlighet att väga sina lokalanspråk mot sina anspråk på övriga resurser i verksamheten.

Ett antal företag, vart och ett fristående och med sluten redovisning, som har samma moderbolag som huvudägare bildar tillsammans en koncern. Bokföringslagen ställer krav på särskild koncernredovisning. Skattelagstiftningen tillåter att vinsten före beskattning under vissa villkor kan överföras inom koncernen i form av koncernbidrag. Hela koncernen behandlas därmed som ett enda företag.

Under senare år har koncernbegreppet också fått påverka den kommunala redovisningen. Till skillnad mot andra företag och koncerner tillåts inte kommunerna att driva verksamhet i företagsekonomiskt vinstsyfte. Koncernbidrag är i den meningen inte aktuella inom den kommunala koncernen. En stor del av koncernens intäkter kan säkerställas genom kommunens beskattningsrätt. Interna vinstöverföringar från avgiftsfinansierade verksamheter med rena vinstpåslag tillåts således inte. Ett sådant förfarande skulle betecknas som en form av särbeskattning.

Självkostnaden definierad enligt det företagsekonomiska självkostnadsbegreppet avser inte att inkludera några vinstpåslag. Kalkylräntan uppfattas till exempel som en kostnad, vilken utgör ersättning för det i verksamheten arbetande kapitalet. Anläggningstillgångarna bör enligt företagsekonomiska principer kunna värde-

ras till aktuella bruksvärden utan att eventuella värdestegringar uppfattas som rena vinstpåslag.

8.10 Den s.k. stopplagen

I 1 § första stycket lagen (2000:1440) om inskränkning i landstingens rätt att överlämna driften av akutsjukhus till annan sägs att genom denna lag inskränks landstingens rätt att sluta avtal med annan om att utföra de uppgifter som landstingen svarar för enligt hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), HSL. Paragrafen klargör att lagen innebär ett undantag från bestämmelsen i 3 § HSL som ger landstinget möjligheter, med vissa inskränkningar, att sluta avtal med annan om att utföra de uppgifter som landstinget ansvarar för enligt HSL. Bestämmelsen har för övrigt sin motsvarighet i 4 § socialtjänstlagen. Vidare sägs i bestämmelsens andra stycke att ”vad som i denna lag sägs om landsting gäller även kommun som inte ingår i ett landsting”. För närvarande berör detta endast Gotlands kommun.

I 2 § sägs att ”uppgiften att ansvara för driften av ett akutsjukhus får inte efter upphandling enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling eller på annat sätt överlämnas till den som avser att driva verksamheten med syfte att skapa vinst åt ägare eller motsvarande intressent”. Överlämnandet får varken ske genom avtal om försäljning, entreprenadavtal eller på annat sätt. Med överlämnande av ”ansvaret för driften” avses ansvaret för organisationen och förvaltningen av akutsjukhuset. Det är således fråga om ett ledningsansvar som åsyftas eller, med andra ord, ett överlämnande av en beslutanderätt över hur verksamheten på akutsjukhuset skall bedrivas. Att inskränkningen för landstinget gäller ”ansvaret för driften” av sjukhuset innebär dock inte att vissa andra delar av verksamheten inte kan utföras av bl.a. vinstsyftande bolag. Självklart gäller detta sådan serviceverksamhet som städning, matleveranser och vakthållning. Men det kan också gälla medicinsk service såsom röntgendiagnostik eller laborativ verksamhet. Förslaget innebär inte heller några inskränkningar i möjligheterna att anlita personal inhyrd från bemanningsföretag.

Lagen trädde i kraft den 1 januari 2001 och gäller till utgången av år 2002. Lagen gäller inte akutsjukhus som vid ikraftträdandet drivs enligt avtal med landstinget.

8.11 Kundvalssystem i kommunal verksamhet

8.11.1 Inledning

Kundvalssystem med check eller trygghetssystem med värdebevis inom vård, skola och omsorg utgör en alternativ driftform för kommuner och landsting som diskuteras i flera kommuner och landsting. Företeelsen startade under 1990-talet i några förortskommuner i Stockholm men förekommer även i andra delar av landet. Motivet för införande av kundvalssystem är att skapa valfrihet för enskilda inom ramen för samhällsfinansierade välfärdsystem och att öka mångfalden och kvaliteten i serviceutbudet. Ett konsekvent genomförande av kundvalssystemet kan också etablera en permanent konkurrens mellan utförarna vilket i sin tur skulle leda till ett förbättrat resursutnyttjande. I de kommuner som arbetat längst med kundvalssystem med check, t.ex. Nacka kommun, anser man att de ursprungliga målen har uppfyllts med råge. I flera kommuner upplevs kundvalssystemet vara överlägset traditionella driftentreprenader som uppfattas som byråkratiskt och stelt.

Införandet av ett kundvalssystem med check innebär i regel att kommunen inbjuder privata utförare att på lika villkor konkurrera med kommunens egenregiverksamhet. Detta sker genom att kommunen först prövar privata utförare lämplighet utifrån fastställda kriterier. De privata utförare som bedöms lämpliga erhåller "auktorisering" eller godkännande av kommunen och jämföras med kommunens egenregiverksamhet. Det kan givetvis finnas kundvalssystem utan kommunala utförare. Begreppet auktorisation är egentligen inte korrekt att använda i detta sammanhang eftersom det inte fråga om en lagreglerad tillståndsgivning.

De som har rätt till en viss omsorg eller service, dvs. kunderna, utrustas med en "check" som representerar en viss köpkraft. Kunderna har möjlighet att fritt välja mellan olika kommunala och auktoriserade privata utförare. Utförarna löser in kundernas "checkar" hos kommunen och får under vissa villkor ersättning för varje check med det belopp som kommunen fastställt. Ersättningens storlek är helt och hållet beroende av hur många omsorgsberättigade kunder som utföraren lyckas attrahera. Någon fast ersättning utgår inte till utförarna. Om kunden inte är nöjd med sin utförare kan flytta checken till någon annan utförare. Därigenom har kommunen tillskapat ett marknadsbaserat resursfördelningsystem

med permanent konkurrens mellan de olika utförarna. Om valfriheten för den enskilde skall kunna förverkligas krävs att det finns tillräckligt många utförare som erbjuder samma slags tjänster. En viss överkapacitet förutsätts således för att systemet skall kunna fungera. Den enskildes valfrihet förutsätter även att såväl privata som kommunala utförare styrs mot av kommunen givna kvalitetsmål.

8.11.2 Konkurrensneutralitet

Enligt Svenska Kommunförbundet kan ett kundvalssystem med check sägas vara konkurrensneutralt om det utformas enligt följande.¹⁸²

Om en kommun har planer på att införa ett kundvalssystem med check är det som tidigare framhållits viktigt att systemet är stabilt och förutsebart samt till alla delar uppfyller höga krav på objektivitet och konkurrensneutralitet. När kommunen prövar privata utförares kvalifikationer vid auktorisationsförfarandet måste detta ske på samma noggranna sätt som när kommunen granskar anbudsgivare i samband med traditionella upphandlingar.

För såväl utförare som kunder är det viktigt att systemet är konkurrensneutralt. Detta innebär att de totala insatser som görs från kommunen ifråga om finansiering, infrastruktur, rutiner och service inom ett visst område inte skall vara beroende av vem som är ansvarig för den operativa driften av verksamheten, i vilken juridisk form eller i vilken kommun del verksamheten bedrivs om det inte finns sakliga skäl för det. Checksystemet bör vidare fånga in objektiva, mätbara och relevanta skillnader i fråga om konkurrensförutsättningar och ge kompensation för dessa skillnader.

De krav på konkurrensneutralitet som kan ställas på ett kommunalt kundvalssystem är bl.a. följande:

Det kommunala bidragets storlek (summan av checkbelopp per utförarenhet) bör beräknas enligt samma kriterier (beräkningsgrunder) i jämförbara verksamheter inom kommunen. Bidraget till varje skola bör utgå från det antal elever som sökt sig till och placerats i respektive skola. Eftersom kostnaderna för elever på lågstadiet och mellanstadiet sannolikt är lägre än på högstadiet är det rimligt med en differentiering av checkbeloppet per elev på denna

¹⁸² Konkurrens för fortsatt välfärd – om förekomst, omfattning, effekter och erfarenheter av konkurrensutsättning och alternativa driftformer, s.154, Svenska Kommunförbundet, andra upplagan 2000.

grund. Bidraget till varje förskola/familjedaghem bör utgå från det antal barn som är placerade på respektive förskola/familjedaghem och deras vistelsetid. Bidrag till varje äldreboende bör utgå från det antal äldre som erhållit beslut om bistånd i form av plats inom respektive äldreboende och differentieras med hänsyn till vårdtyngd.

Med hänsyn till kravet på att elever och barn med olika förutsättningar skall ges en likvärdig skolgång och barnomsorg är det viktigt att kundvalssystem inom skola och barnomsorg på ett rimligt sätt kan hantera socioekonomiska skillnader mellan skolor och kommundelar samt fördela extra resurser till barn med behov av särskilt stöd.

Ett konkurrensneutralt resursfördelningssystem förutsätter att de bidrag som utbetalas kan följas upp (kontrolleras) så att utbetalningarna verkligen motsvarar de kriterier som ställts upp för bidrag till olika anordnare.

Ett konkurrensneutralt resursfördelningssystem förutsätter att inte någon anordnare gynnas eller missgynnas vid sidan av systemet. Kommunala anordnare kan vara gynnade t.ex. genom att de inte behöver stå för en skälig andel av förvaltningsgemensamma kostnader eller att de får kontinuerliga tillskott för att täcka underskott i verksamheten. En fullständigt marknadsbaserad hyressättning av kommunalt ägda lokaler kan medföra att det geografiska läget får en opåkallat stor betydelse. En hyressättning som helt och hållet bygger på bokförda värden kan däremot innebära att skolor, förskolor och särskilda boendeformer med nybyggda lokaler får betala en orimligt stor andel av checkbeloppen i hyra.

Rutiner för utbetalning av bidrag bör inte skilja sig åt mellan olika anordnare om det inte finns sakliga skäl för det. Allmänna ekonomiska och juridiska skillnader mellan kommunala och privata anordnare bör kompenseras i den mån dessa skillnader är objektiva, mätbara och relevanta.

Rutiner för förmedling av skola/omsorg samt annan information och service från kommunen till föräldrar, boende eller anhöriga bör inte skilja sig åt mellan olika anordnare om det inte finns sakliga skäl för det.

Kommunala och privata utförares handlingsutrymme respektive begränsningar i handlingsutrymmet bör skilja sig åt endast om det finns sakliga skäl för det. Sakliga skäl för begränsningar kan t.ex. föreligga beträffande möjligheter:

- a) att anställa och avskeda personal
- b) att bestämma om bistånd, placering, intagning av barn/elever m.m.
- c) att bestämma om storleken av avgifter där sådana får tas ut
- d) att bestämma om viss inriktning/profil
- e) att bestämma om visst kvalitetsutvecklingsystem
- f) att köpa in varor och tjänster från ramavtalsleverantörer.

Några begränsningar bör däremot inte föreligga beträffande möjligheter:

- a) att göra prioriteringar i fråga om kvalitetskrav och fördelning av kostnader för personal, läromedel, städning och måltider etc.
- b) att välja billiga och ändamålsenliga lokaler och
- c) att bestämma om utformning av lokaler, utemiljö m.m.

Kommunens rutiner för samarbete och stöd till kommunala och privata anordnare bör inte skilja sig åt beträffande:

- a) information till de som vill starta eget entreprenadföretag respektive starta ett föräldrakooperativ eller fristående skola
- b) fortbildning och tillgång till t.ex. psykologer och andra resurspersoner
- c) företagshälsovård/skolhälsovård
- d) samarbete om kvalitetsutveckling

Kommunala skolor, förskolor, familjedaghem och äldreboenden bör vara ekonomiskt och organisatoriskt separerade från den kommunala nämnd som svarar för finansieringen av verksamheten.

8.11.3 Problemet

Kundvalssystem med check eller trygghetssystem med värdebevis som det också kallas, är i vissa fall utformade så att de innefattar ett uppdragsförhållande mellan kommunen och den private utföraren. Det är i så fall fråga om en kommunal verksamhet som utförs på kommunens uppdrag. I sådana fall köper kommunen en tjänst och lagen om offentlig upphandling skall tillämpas. Det är fråga om en upphandlingssituation. I andra fall är kundvalssystemet utformat på sådant sätt att det inte föreligger ett uppdragsförhållande. Det är i

så fall en enskild bidragsfinansierad verksamhet som inte utförs på kommunens uppdrag utan av enskilda huvudmän. Det kan vara svårt att avgöra när det föreligger ett uppdragsförhållande eller bidrag till enskilda huvudmän.

I en promemoria som utformats av advokatbyrån Mannheimer Swartling på uppdrag av SAF¹⁸³ hävdas att kommunen, efter den individuella behovsprövningen om att en viss person har behov av viss vård, ger den enskilde kunden ett "tillgodohavande". När sedan personen ifråga väljer vårdgivare och överlämnar "checken" eller liknande värdebevis, måste detta vara att anse som att "tillgodohavandet" utnyttjas och ersättningen utges redan då (och alltså inte först då kommunen utger den faktiska betalningen). Den "check" eller liknande som överlämnas av vårdmottagaren måste anses vara att likna vid en slags betalningsanvisning. För dylika gäller att betalning anses ske à vista, dvs. i det ögonblick de överlämnas. Enligt promemorian innebär detta att det inte kan uppkomma något uppdragsförhållande mellan kommunen och vårdgivaren och att det därmed inte kan bli fråga om att tillämpa LOU.

Enligt Svenska Kommunförbundets handbok i konkurrensutsättning föreligger det ett uppdrag om det är uppdragsförhållandet som vid en sammanlagd bedömning dominerar i den rättsliga relationen mellan parterna.¹⁸⁴ I fråga om förvaltningsuppgifter i allmänhet talar följande faktorer typiskt sett för att det föreligger ett uppdragsförhållande.

- 1) verksamheten är uteslutande eller näst intill uteslutande beroende av finansiering med frivilliga kommunala medel,
- 2) kommunen driver redan eller har åtminstone tagit initiativ till verksamheten, dvs. startat en viss institution i egen regi eller har tagit initiativ till nyetablering inom ett visst område i kommunen,
- 3) verksamheten bedrivs huvudsakligen i annat syfte än att tillgodose enskilds eget behov av den aktuella verksamheten, dvs. den bedrivs i normalt förvärvssyfte,
- 4) den private anordnaren är underkastad kommunens styrning och beslutsrätt, t.ex. genom att bestämma om placeringar, taxa, avgift för den enskilde, eventuell avstängning på grund av bristande betalning,

¹⁸³ Kundvalssystem – krävs avtal mellan kommunen och leverantören? Svenska Arbetsgivarförbundet 2000.

¹⁸⁴ Kommunala driftentreprenader, konkurrensutsättning inom äldre- och handikappomsorg, skola, fritid och kultur, 2 upplagan Svenska Kommunförbundet 1997.

- 5) den private anordnaren och kommunens inbördes relation är reglerad genom ett avtal,
- 6) den private anordnaren förutsätts genomföra sitt uppdrag mot ersättning för avtalad prestation.

Det förhållandet att kundvalssystem ofta innefattar en skyldighet att genomföra ett upphandlingsförfarande enligt LOU uppfattas av många kommuner som tillämpar ett kundvalssystem eller som överväger att införa ett kundvalssystem som en onödig omgång. Kundvalssystemet syftar till att öppna upp delar av den offentliga sektorn för konkurrens och ge medborgarna ökad valfrihet. Checken eller värdebeviset uppfattas som ett viktigt led i den enskilde medborgarens rätt att själv bestämma. Auktorisationsförfarandet motsvarar åtminstone delvis upphandlingsförfarandet och innebär en slags kvalificering eller selektering av privata utförare. I kundvalssystemet förutsätts ett successivt inträde i systemet. Om LOU tillämpas krävs en bestämd avtalstid och upphandling med jämna mellanrum.

8.11.4 Behövs det lagreglering?

En kritik som har framförts är att systemet förutsätter att kommunen eller landstinget ensamt bestämmer ersättningen eller priset till utförarna. En sådan ordning innebär att prismekanismen tas bort. Denna brukar framhåvas som central för marknadsekonomins funktionssätt. För att valfriheten och kraven på likabehandling och skall vara möjlig i praktiken kräva också en långtgående detaljstyrning av utförarnas verksamhet. Det har även framförts att privata utförare som önskar delta i systemet men som av någon anledning inte blir auktoriserade eller på felaktiga grunder mister sin auktorisation inte har några möjligheter att begära överprövning av ett sådant beslut. En eventuell lagprövning i länsrätten kan inte ge någon materiell rättelse. Någon möjlighet att få skadestånd enligt LOU finns inte heller.

Mot en reglering kan anföras att det går att åstadkomma ett kundvalssystem med ett upphandlingsförfarande om man genomför successiva ramavtalsupphandlingar. I sådana ramavtal får privata utförare möjlighet att lämna anbud och prövas i vanlig ordning enligt LOU och den enskilde "avropar" på de ramavtal som upphandlats.

9 Direktupphandling

9.1 Inledning

Den svenska lagstiftaren har trots att upphandlingar under tröskelvärdena och upphandlingar av B-tjänster oavsett värde inte omfattas av EG-direktiven om offentlig upphandling valt att reglera dessa upphandlingar med förenklade men likväl tvingande procedurregler och möjlighet för leverantörer att använda samma rättsmedel som för direktivstyrda upphandlingar. Upphandling under tröskelvärdena och upphandling av B-tjänster oavsett värde skall ske i enlighet med 6 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Vidare skall 6 kap. tillämpas vid;

- 1) upphandlingar som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och
- 2) upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 223 i Romfördraget.

Vid upphandling av B-tjänster över de tröskelvärden som anges i 4 och 5 kap. skall enligt 6 kap. 16 § LOU den upphandlande enheten även tillämpa 1 kap. 12-16 §§ och 5 kap. 1-10 §§ LOU.

9.2 Förenklad upphandling och urvalsupphandling

Av 6 kap. 2 § LOU följer att upphandling under tröskelvärdena, upphandling av B-tjänster oavsett värde, försvarsupphandlingar m.m. skall göras genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling. Den förenklade upphandlingsformen innebär att alla intresserade producenter har rätt att delta. Anbudet skall vara skrift-

liga. Den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Urvalsupphandling innebär att alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud och att den upphandlande enheten bjuder in vissa av de sökande att lämna anbud.

9.3 Direktupphandling

Direktupphandling definieras i 1 kap. 5 § LOU som en upphandling utan infordrande av skriftligt anbud. Det krävs inte något formbundet förfarande som är fallet vid förenklad upphandling och urvalsupphandling. Definitionen skall dock inte tolkas så att något anbud inte behöver infordras. Direktupphandling är tillåtet om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl.¹⁸⁵ Som ett exempel på synnerliga skäl nämner lagtexten synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten. Enheten skall vid behov fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling. Det bör framhållas att direktupphandling inte innebär att avsteg får göras från affärsmässigheten. Sålunda bör även vid direktupphandling den lägsta kostnaden eller det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet eftersträvas. Därför bör prisjämförelser och andra undersökningar om möjligt genomföras. Prisjämförelsen bör dokumenteras.

9.4 Lågt värde

Den upphandlande enhet som använder sig av direktupphandling förutsätts fastställa riktlinjer för detta. Dessa kan innehålla beloppsgränser för olika typer av varor och tjänster samt vem som har rätt att besluta (delegeringsordning). Enligt lagbokscommentaren¹⁸⁶ måste beloppsgränserna avgöras utifrån enhetens verksamhetsområde och bör högst uppgå till något eller några basbelopp med hänsyn till lagtexten föreskriver ”om upphandlingens värde är lågt”. En upphandlings värde kan normalt betraktas som lågt när en förenklad upphandling skulle medföra alltför stora administrativa kostnader i förhållande till upphandlingens totala värde. Intellectuella tjänster kan ibland

¹⁸⁵ Beträffande lågt värde har NOU uttalat att ett basbelopp för varor och enklare tjänster kan vara lämpligt. För vissa konsulttjänster kan två basbelopp accepteras NOU info april 94.

¹⁸⁶ Sveriges Rikes lag, kommentarer, Offentlig upphandling, Hentze, Margareta, och Sylvén, Hans, lagbokscommentaren, uppl. 1:2, 1998.

motivera en högre beloppsgräns än för köp av varor och enkla tjänster. Ett för högt belopp kan ses som ett kringgående av systemet. NOU har i ett ärende avseende Linköpings kommun riktat allvarlig kritik mot att kommunen inte fastställt beloppsgränser för direktupphandling.

För att det inte skall betraktas som ett kringgående av regel-systemet bör rimligen upprepade upphandlingar av samma slag under ett år räknas samman. I sådant fall får förenklad upphandling eller urvalsupphandling tillämpas.

9.5 Synnerliga skäl

Härmed avses framför allt synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten. Direktupphandling kan sålunda användas för att t.ex. förhindra stora skador och stora kostnader som annars skulle bli följderna av ett utdraget upphandlingsförfarande. Det är således fråga om akuta och oförutsedda behov. Det är inte tillåtet att använda direktupphandling om brådskan beror på enheten, t.ex. bristande planering.

NOU har uttalat sig i ett ärende (dnr 67/97-26) där en upphandlande enhet direktupphandlat ett konsultuppdrag med motiveringen att uppdraget enbart var en fortsättning på en tidigare upphandlad konsulttjänst. Enheten hade ursprungligen upphandlat ett konsultuppdrag som innefattade en undersökning inom enhetens område. Uppdraget kom dock underhand att ändras, så att undersökningen inom ett visst område skulle anstå för att behandlas vid ett senare tillfälle. Analysen skulle i stället, inom den tidsram som gällde för uppdraget, fördjupas inom övriga områden. Ändringen av uppdraget påverkade därför inte ersättningen. Drygt två efter det att det första uppdraget slutförts beslöt enheten att utreda det kvarvarande området. Detta uppdrag, värt 450 000 kr, tilldelades bolaget genom direktupphandling med hänsyn till att synnerliga skäl enligt denna paragraf ansågs föreligga. Vid bedömningen härav hämtades ledning från undantagsreglerna som medger förhandlad upphandling utan föregående annonsering enligt 5 kap. 17 § första stycket, fjärde punkten, som behandlar upprepning av tjänster i vissa fall. NOU delade enhetens bedömning av tjänster i vissa fall. NOU delade enhetens bedömning att sådana synnerliga skäl omfattar dessa situationer. För att reglerna över tröskelvärdena skall vara tillämpliga krävs dock att den tillkommande tjänsten har

ingått i beräkningen i det ursprungliga uppdragets totala värde och i annonseringen.

NOU ansåg att det undantagna uppdraget skulle ha kunnat direktupphandlas i ett senare skede om uppdraget inte hade ändrats i övrigt. Med hänsyn till att uppdraget ändrades även på så sätt, att en fördjupning beställdes som inte omfattats av förfrågningsunderlaget borde förenklad upphandling i stället ha använts. Skriftliga anbud avseende det tillkommande uppdraget skulle ha infordrats enligt 6 kap. 4 §. I förarbetena till bestämmelsen¹⁸⁷ anges att innebörden av bestämmelsen ansluter till vad som tidigare gällde enligt bl.a. UF beträffande anbudsinfordran utan annonsering. Vidare hänvisas där till Riksrevisionsverkets föreskrifter till 6 § UF. Av paragrafens andra stycke framgår följande: ”När det finns särskilda skäl och under förutsättning att kravet på affärsmässighet och objektiv behandling inte åsidosätts får myndigheten tillfråga endast en leverantör. Motivet härtill skall dokumenteras.

NOU bedömde att sådana särskilda skäl sannolikt fick anses ha förelegat som gett enheten rätt till att beträffande det tillkommande uppdraget, enligt reglerna för förenklad upphandling, tillfråga endast det bolag som utfört det ursprungliga uppdraget. Andra i sammanhanget av enheten beaktade omständigheter – bolagets breda erfarenhet av arbetet hos enheten, den kompetens som bolaget byggt upp under uppdraget, att det bedömdes som angeläget att analysen genomfördes med samma erfarenhetsgrund och enligt samma metodik som tillämpats vid analyserna inom de övriga områdena – utgjorde enligt NOU:s mening inte sådana synnerliga skäl som medgav direktupphandling enligt denna paragraf.

NOU menade att fördelarna med att tillämpa förenklad upphandling med anbudsinfordran från endast en anbudsgivare jämfört med att tillämpa direktupphandling är uppenbara. Leverantören är under formell anbudsinfordran osäker om huruvida konkurrens föreligger och anstränger sig att åstadkomma ett förmånligt anbud. Dessutom har andra leverantörer (konsulter) möjlighet att lämna anbud med stöd av 6 kap. 6 §.

Under tiden för UF begärde en myndighet hos regeringen att få göra avsteg från förordningen och lägga ett uppdrag direkt på den tidigare leverantören utan upphandling i konkurrens med motiveringen att ett byte av leverantör så ofta som vartannat, vart tredje år skulle medföra extra kostnader i utbildning, administration m.m. (omställningskostnader). Upphandlingen avsåg en omfattande be-

¹⁸⁷ Prop. 1993/94:78 s. 25

vakningstjänst som hade utförts av en leverantör och nu skulle förnyas. Regeringen godtog inte myndighetens skäl och avslög begäran.

Kammarrätten i Stockholm (mål nr 12192-1994) har i ett mål avseende upphandling av konst hävdat att det inte finns skäl att ställa större krav på konkurrens under tröskelvärdena än över. Över tröskelvärdena skulle den berörda upphandlingen sannolikt ha kunnat göras genom förhandlad upphandling utan annonsering, dvs. utan förbundet förfarande.

10 Information om och överprövning av tilldelningsbeslut

10.1 Inledning

EG-domstolen har i ett förhandsavgörande från 1999 i det s.k. Alcatel-målet konstaterat att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande i ärenden om offentlig upphandling som ger en klagande möjlighet att få valet av leverantör, dvs. tilldelningsbeslutet, prövat innan ett upphandlingsavtal sluts.

För flera medlemsländer innebär domen att de nationella reglerna måste anpassas så att de uppfyller de krav på möjlighet till överprövning av tilldelningsbeslut som rättsmedelsdirektiven uppställer enligt EG-domstolen. Alcatel- domen diskuteras för närvarande inom den rådgivande kommittén till kommissionens direktorat Inre Marknad. Någon ändring av reglerna i EG-direktiven med anledning av domen är dock inte aktuell.

I avsnitt 10.2 går vi igenom den skyldighet som upphandlande enheter har i dag att lämna information om resultatet av upphandlingen.

I avsnitt 10.3 redogör vi för avtalsslutet vid upphandlingsavtal.

I avsnitt 10.4 redogör vi för de rättsmedel som finns enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och i avsnitt 10.5 beskriver vi regleringen i de s.k. rättsmedelsdirektiven.

I avsnitt 10.6 beskriver vi de regler som om handlingsoffentlighet och sekretess är aktuella i upphandlingsärenden.

I avsnitt 10.7 beskriver vi slutligen vilka krav på effektiva rättsmedel rättsmedelsdirektiven ställer på framför allt möjligheten till överprövning av tilldelningsbeslut.

I avsnitt 11.10 redovisar vi våra överväganden och förslag till regeländringar i denna del.

10.2 Information om resultatet av upphandlingen

10.2.1 Allmänt

I LOU finns flera bestämmelser som reglerar skyldigheten för en upphandlande enhet att lämna upplysning om resultatet av upphandlingen. Ett beslut om tilldelning av upphandlingsavtal är i svensk rätt inte en handling med särskilda rättsverkningar och det beslutet är normalt sett inte något som en anbudsgivare eller någon annan utomstående kan ta del av, i vart fall inte innan avtal slutits.

I det följande beskriver vi de bestämmelser om information till berörda leverantörer som finns i LOU. Vi beskriver även de bestämmelser som finns avseende dokumentation av skälen för beslutet och annonsering av resultatet av en upphandling. Bestämmelserna är desamma för upphandlingar av varor, byggentreprenader och tjänster men har en något annorlunda utformning när det gäller upphandling inom försörjningssektorerna och upphandlingar som ligger utanför det direktivstyrda området.

Informationskyldigheten avser även statliga bolag och när det gäller försörjningssektorerna även privata bolag som bedriver verksamhet med särskilt tillstånd. I notform hänvisar vi till de direktivbestämmelser som reglerna i LOU genomför.

10.2.2 Upphandling av varor, byggentreprenader och tjänster

En upphandlande enhet skall när den avslutat en upphandling av varor, byggentreprenad eller tjänster, enligt 1 kap. 11 § första stycket LOU¹⁸⁸, inom 48 dagar därefter skall sända en annons till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer hur upphandlingen har avslutats. Enligt bestämmelsen får annonsen inte innehålla uppgifter vars publicering skulle strida mot något allmänt intresse eller motverka befogade affärs- eller konkurrensintressen. Enligt denna bestämmelse skall en upphandlande enhet även upprätta en rapport om den avslutade upphandlingen som skall lämnas till kommissionen på dess begäran.

Vid upphandling av varor, byggentreprenader och tjänster är en upphandlande enhet vidare, enligt 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 § respek-

¹⁸⁸ Motsvarar art. 7.3 och 9.5 i varudirektivet 93/36/EEG, art. 8 och 11 i byggdirektivet och art. 12.3, 16.1-2 och 16.5 i tjänstedirektivet, se vidare kap. 3 not 12.

tive 5 kap. 13 § LOU¹⁸⁹, skyldig att inom 15 dagar från det att begäran kommit in lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare som så begär om varför hans ansökan eller anbud förkastats och vem som fick upphandlingen.

Om enheten beslutat att inte avsluta en annonserad upphandling eller att göra om upphandlingen är den vidare, enligt sistnämnda bestämmelser, skyldig att på begäran lämna upplysningar till anbudsgivare eller anbudssökande om skälen för sitt beslut. Enheten skall vidare underrätta Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer om ett sådant beslut.

10.2.3 Upphandling inom försörjningssektorerna

I 4 kap. 15 § LOU regleras skyldigheten att tillkänna resultatet av upphandling av försörjningstjänster.

I paragrafens andra stycke finns en bestämmelse som reglerar den upphandlande enhetens skyldighet att informera kommissionen om hur upphandlingen avslutats.

I paragrafens tredje stycke finns en bestämmelse som reglerar skyldigheten för enheten att lämna upplysningar till anbudssökande eller anbudsgivare. Enligt denna bestämmelse skall de enheter som bedriver en verksamhet som anges i 4 kap. 8 a § första stycket 1-3 LOU¹⁹⁰, efter en skriftlig begäran av en anbudssökande eller anbudsgivare, så snart som möjligt lämna upplysningar om resultatet av upphandlingen, skälet till att ansökan eller anbudet förkastats och om vem som fick upphandlingen och skälet till det.

Bestämmelsen i 4 kap. 15 § tredje stycket LOU genomför ändringen i art. 1.11 i direktiv 94/4/EG genom art. 41.4 i direktiv 93/38/EEG. Ändringen är föranledd av bestämmelser i GPA-avtalet (Government Procurement Agreement), ett avtal inom ramen för världshandelsavtalet WTO (World Trade Organization). Informationsskyldigheten är begränsad till vissa verksamheter inom försörjningssektorn men riktar sig mot alla organ som är upphandlande enheter enligt 4 kap. LOU. Detta innebär att även privata bolag med särskilt tillstånd att bedriva verksamhet omfattas av informationsskyldigheten, i den mån de bedriver verksamhet som anges i 4 kap. 8 a § första stycket 1-3 LOU. Detta är verksamhet inom drift eller tillhandahållande av fasta nät för distribution eller försörjning med dricksvatten, elektricitet eller av leve-

¹⁸⁹ Motsvarar art. 7 i varudirektivet, art 8 i byggdirektivet och art. 12 i tjänstedirektivet.

¹⁹⁰ Art 24 i försörjningsdirektivet 93/38/EEG samt art. 1.11 i ändringsdirektiv 94/4/EG.

rans av sådana nyttigheter till fasta nät, utnyttjande av mark- eller vattenområden för tillhandahållande av terminaler, flygplatser eller hamnanläggningar, eller drift av nät i syfte att betjäna allmänheten ifråga om lokala transporter med järnväg, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana.

GPA-avtalet omfattar visserligen inte privata bolag som bedriver sådan verksamhet med särskilt tillstånd. Genom hänvisningen i 4 kap. 15 § LOU till första stycket i 4 kap. 8 a § LOU gäller dock informationsskyldigheten sådana privata bolag som, i enlighet med försörjningsdirektivet utgör upphandlande enheter, när dessa bolag bedriver verksamhet som anges där.

10.2.4 Upphandlingar utanför det direktivstyrda området

En upphandlande enhets informationsskyldighet avseende upphandlingar utanför det direktivstyrda området, dvs. upphandlingar under tröskelvärdena och av s.k. B-tjänster regleras i 6 kap. 14 § LOU. Enligt den bestämmelsen är en upphandlande enhet skyldig att underrätta såväl den anbudsgivare som tilldelats avtalet som andra anbudsgivare om utgången av upphandlingen. Den upphandlande enheten skall enligt bestämmelsen underrätta anbudsgivaren snarast möjligt när ett anbud har antagits, dock senast före utgången av den tid under vilket anbudet är bindande för anbudsgivaren. Enheten skall vidare snarast möjligt underrätta anbudsgivare vars anbud inte har antagits om detta.

Vid upphandling utanför det direktivstyrda området finns vidare en bestämmelse i 6 kap. 13 § LOU som anger att det hos den upphandlande enheten skall finnas dokumenterat de skäl på vilka ett anbud antagits och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid anbudsprövningen.

10.3 Avtal om upphandling

10.3.1 Avtalsslutet

Avtalsslutets betydelse i LOU

Frågan om när avtal om upphandling sluts är av betydelse för att avgöra den rättsliga effekten av att information om ett tilldelningsbeslut når den anbudsgivare som tilldelats avtalet. Frågan om när avtal om upphandling sluts är även av betydelse för att bedöma möjligheten till överprövning i länsrätt eller begäran om skadestånd i tingsrätt och när information skall lämnas om en avslutad upphandling.

I detta avsnitt beskriver vi regleringen i LOU rörande avtalsslut och lämnande av anbud och accept. Vi beskriver även vilka formkrav som gäller.

Avtalsslutet enligt RÅ 1996 ref.50

Regeringsrätten fann i RÅ 1996 ref. 50 att upphandlingsavtal utgör formalavtal. Målet gällde möjligheten för en klagande att, med dåvarande lydelse av bestämmelsen i 7 kap. 1 § andra stycket LOU, få överprövat ett upphandlingsärende. Regeringsrätten fann att bestämmelsen i dess dåvarande lydelse stred mot den aktuella bestämmelsen i det första rättsmedelsdirektivet (se avsnitt 10.5.2) och att direktivet därför skulle ges företräde framför regeln i LOU. Enligt direktivet var den relevanta tidpunkten för när överprövning senast kunde göras den tidpunkt när avtal slutits.

Regeringsrätten konstaterade att LOU får anses bygga på att ett skriftligt avtal ingår i upphandlingen. I det fallet var det fråga om ett upphandlingskontrakt som avses i 4 kap. 9 § LOU. Ett sådant kontrakt är, som vi återkommer till nedan, enligt definitionen i 1 kap. 5 § LOU ett skriftligt kontrakt.

Regeringsrätten gjorde mot denna bakgrund bedömningen att, med tillämpning av direktivets bestämmelse kunde överprövning enligt 7 kap. 2 § LOU ske fram till den tidpunkt då parterna undertecknat ett skriftligt avtal. Detta gällde även om den upphandlande enheten dessförinnan genom information om tilldelningsbeslutet

hade skickat en ren accept till de anbudsgivare som tilldelats avtalet. Vid en närmare genomgång av handlingarna i målet framgår att informationen om tilldelningsbeslutet var skriftlig och undertecknad.

10.3.2 Upphandlingsavtal är formalavtal

Upphandlingsavtal är således, enligt RÅ 1996 ref. 50 ett formalavtal. Formalavtal är avtal för vars giltighet det enligt lag fordras iakttagande av viss form och sådana avtal är enligt 1 kap. 1 § tredje stycket lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (avtalslagen) undantagna från lagens tillämpningsområde.

Enligt avtalslagen är anbud och accept bindande på det sätt som anges i 1 kap. 2–9 §§ i lagen för den som avgett anbudet eller accepten. Avtalslagen bygger på den s.k. löftesprincipen, dvs. att man blir bunden redan genom ett löfte att på vissa villkor träffa avtal med någon annan.

Enligt huvudregeln innebär avtalslagens regler därför att, i det fall anbud och accept överensstämmer helt eller i allt väsentligt, ett avtal kommer till stånd redan genom accepten.

För formalavtal gäller i stället vad som är särskilt stadgat. Avtalsbundenhet för formalavtal uppstår när formkravet är uppfyllt. Formkravet kan innebära att parterna blir bundna samtidigt. Enligt den s.k. kontraktsprincipen blir anbudsgivaren bunden först när anbudet antagits genom motpartens accept.¹⁹¹

Formalavtal är exempelvis avtal om överlåtelse av fast egendom som enligt 4 kap. 1 § jordabalken skall vara skriftligt, innehålla uppgift om köpeskilling och om överlåtelseförklaring samt vara undertecknat av såväl köpare som säljare. Ett avtal om överlåtelse av fast egendom som inte uppfyller formkraven är ogiltigt. Ett annat exempel är konsumentkreditavtal som enligt 9 § konsumentkreditlagen (1992:830) skall vara skriftliga och undertecknade av konsumenten. Ett konsumentkreditavtal som inte är skriftligt är endast giltigt såvitt gäller villkor som inte är till nackdel för konsumenten.

Kammarrätten i Stockholm har i ett lagakraftvunnet beslut den 4 maj 1999¹⁹² med hänvisning till RÅ ref. 50 gjort tolkningen att något avtal enligt LOU inte har kommit till stånd enbart genom accepten. Kammarrätten i Göteborg har dock funnit att en upp-

¹⁹¹ Jfr. Ramberg, Jan och Hultmark, Christina, Allmän avtalsrätt, 5 uppl. s. 84-85.

¹⁹² Mål nr 3657-1999.

handlande enhet genom beställning ingått ett avtal trots att denna beställning skett via telefax.¹⁹³

10.3.3 Formkravet

Krav på skriftlighet och egenhändigt undertecknande

Enligt Regeringsrättens dom innefattar formkravet vid upphandlingsavtal således både ett krav på skriftlighet och ett krav på egenhändigt undertecknande. I 1 kap. 5 § LOU anges dock endast att upphandlingskontrakt är ett skriftligt avtal. Något krav på egenhändigt undertecknande finns inte uttryckligen angivet.

Terminologin i LOU

I LOU förekommer både begreppet upphandlingskontrakt och begreppet avtal. I 1 kap. 5 §, som är en bestämmelse som innehåller definitioner av vissa begrepp i lagen, definieras upphandlingskontrakt som ett skriftligt avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt lagen. Nämnad bestämmelse genomför de definitioner som finns i varu-, bygg- och tjänstedirektivet.

I den svenska versionen av de skilda EG-direktiven på området används begreppet ”offentliga upphandlingskontrakt”. Enligt exempelvis art. 1 a) i varudirektivet 93/36/EEG är ett offentligt varuupphandlingskontrakt skrivna avtal med ekonomiska villkor mellan en leverantör och upphandlande myndighet. I den engelska versionen av direktivet är används begreppet ”public supply contracts”. Detta definieras som ”contract for pecuniary interest concluded in writing”.

Begreppet upphandlingskontrakt har införts i samband med Sveriges anslutning till EES-avtalet. I samband därmed genomfördes EG-direktiven om offentlig upphandling genom bestämmelser i 1–5 kap. LOU. Begreppet upphandlingskontrakt återkommer på flera ställen i lagen när det gäller den direktivstyrda upphandlingen¹⁹⁴. I kapitel 6 som avser upphandling som ligger utanför det

¹⁹³ Beslut den 9 juni 1997 i mål nr 2400-97 och dom den 19 augusti 1997 i mål nr 4487-1997.

¹⁹⁴ Se t.ex. 1 kap. 18 a §, 2 kap. 3 §, 3 kap. 6, 7, 15 och 23 §§, 4 kap. 9 och 16 §§, 5 kap. 5, 7, 9, 10 och 17 §§ LOU.

direktivstyrda området, dvs. upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster återfinns inte motsvarande begrepp.

I 7 § kap. LOU som reglerar rättsmedel vid offentlig upphandling används begreppet avtal. Enligt 7 kap. 1 § andra stycket är det den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts som är avgörande för när överprövning inte längre får ske. Enligt 7 kap. 8 § är det från samma tidpunkt som preskriptionsfristen för en skadeståndstalan räknas.

Bestämmelserna i 7 kap. LOU genomför rättsmedelsdirektiven (se avsnitt 10.5). I den svenska versionen av rättsmedelsdirektiven förekommer såväl begreppet avtal som begreppet upphandlingskontrakt. I den engelska versionen används begreppet "contract". Avtalsbegreppet är inte definierat i rättsmedelsdirektiven på motsvarande sätt som i varu-, bygg-, tjänste- och försörjningsdirektivet. Bestämmelsen i 1 kap. 5 § LOU har därför inte genomfört någon definition av avtalsbegreppet när det gäller rättsmedelsdirektivens tillämpning.

Anbud och ansökan om deltagande i anbudsgivning

I 1 kap. 19 § LOU regleras formerna för anbud och ansökningar vid direktivstyrda upphandlingar, dvs. vid upphandlingar enligt bestämmelserna i 1–5 kap. LOU.

Enligt bestämmelsens första stycke skall anbud och ansökningar om att få lämna anbud lämnas skriftligen. En upphandlande enhet får dock enligt bestämmelsens andra stycke, i den lydelsen bestämmelsen har sedan den 1 januari 2001, tillåta att anbud lämnas genom elektronisk överföring eller på annat sätt under förutsättning att det säkerställs att innehållet i anbudet inte röjs förrän dessa skall öppnas enligt 20 §. Enheten får därvid begära att ett sådant anbud skall bekräftas omgående. En sådan bekräftelse skall lämnas skriftligen eller om enheten tillåter det på annat sätt. I bestämmelsens tredje stycke regleras möjligheten att lämna ansökningar om anbud på annat sätt än skriftligen. I fjärde stycket anges att enheten i en annons eller i förfrågningsunderlaget skall ange hur anbud och ansökningar om att få lämna anbud får lämnas.

En regel med motsvarande innehåll som den i 1 kap. 19 § LOU finns för upphandling utanför det direktivstyrda området i 6 kap. 5 § LOU.

Accept

Någon regel som anger formerna för accept finns som redan nämnts inte i LOU. När det gäller direktivstyrda upphandlingar har en upphandlande enheten endast en skyldighet att lämna upplysningar till de anbudssökande eller anbudsgivare vars anbud eller ansökan förkastats. Vi har närmare beskrivit dessa bestämmelser i avsnitt 10.2.

När det gäller upphandlingar utanför det direktivstyrda området finns, som vi närmare beskrivit i avsnitt 10.2.4, en bestämmelse i 6 kap. 14 § LOU. Enligt denna skall den upphandlande enheten underrätta anbudsgivaren om att anbudet antagits snarast möjligt, dock senast före utgången av den tid under vilken anbudet är bindande för anbudsgivaren. Någon form för lämnandet av accept finns dock inte angivet.

10.3.4 Gäller ett formkrav vid alla former av upphandlingar?

Regeringsrätten uttalade i nämnda avgörande att förevarande lagstiftning får anses bygga på att ett skriftligt avtal ingår i upphandlingen. Med förevarande lagstiftning avsågs LOU. En fråga kommittén har ställt sig är om det skall gälla ett formkrav vid alla upphandlingar, exempelvis vid sådan upphandling som inte är EG-reglerad. NOU menar att Regeringsrätten inte rimligen borde ha åsyftat att det gäller ett formkrav vid direktupphandling eftersom denna ofta avser köp över disk som normalt görs muntligen.

10.3.5 Är parterna bundna innan avtal slutits?

Avtalsbundenhet när parterna undertecknat ett skriftligt avtal

Avtalsbundenhet vid upphandlingsavtal uppstår när formkravet för ett upphandlingskontrakt är uppfyllt. Detta innebär att båda parterna blir bundna när de undertecknat ett skriftligt avtal.

En fråga kommittén har ställt sig är om en bundenhet inträder för båda eller någon av parterna innan formkravet är uppfyllt.

Anbudsgivarens bundenhet

Den nuvarande regleringen innebär att en anbudsgivare vid vissa former av upphandlingar är bunden av sitt anbud redan innan undertecknande skett. När det gäller öppen upphandling inom det direktivstyrda området finns bestämmelser i förordningen (1998:77) om annonser vid offentlig upphandling som anger att en annons skall innehålla uppgift om den tid under vilken ett anbud är bindande. En motsvarande reglering finns i 6 kap. 6 § LOU när det gäller upphandlingar utanför det direktivstyrda området. Nämda bestämmelser bygger på den förutsättningen att en anbudsgivare är bunden av sitt anbud under en av den upphandlande enheten fastställd acceptfrist.

Bundenheten kan sägas vara en bundenhet till prestation. Om anbudsgivaren återtar sitt anbud under acceptfristen kan den upphandlande enheten, såvitt kommittén bedömer det, inte tvingas att underteckna ett upphandlingskontrakt. Anbudsgivaren kan dock bli skyldig att utge skadestånd enligt allmänna civilrättsliga regler.¹⁹⁵

Den upphandlande enhetens bundenhet

En upphandlande enhet blir bunden först när formkravet för upphandlingskontraktet är uppfyllt, dvs. när båda parter undertecknat ett skriftligt avtal. I avsnitt 11.10.4 återkommer vi till vilken rättsverkan ett offentliggörande av ett beslut om tilldelning av kontrakt kan ha.

10.3.6 En köpehandling?

En fråga kommittén har ställt sig är om ett beslut om leverantör, ett tilldelningsbeslut, som offentliggörs kan utgöra en av flera handlingar som utgör ett upphandlingskontrakt. Detta har i sin tur aktualiserat frågan om formkravet för upphandlingskontrakt är uppfyllt om parterna undertecknat varsin handling eller om formkravet förutsätter att parterna undertecknat en gemensamt handling.

När det gäller fastighetsköp anges i 4 kap. 1 § jordabalken att fastighetsköp sluts genom *en köpehandling* som undertecknas av

¹⁹⁵ Grönfors, Kurt, Avtalslagen, 2 uppl., s. 25.

säljare och köpare. I definitionen i 1 kap. 5 § LOU finns inte något motsvarande krav på en köpehandling. Formkravet är endast beskrivet som ett av den upphandlande enheten ingånget skriftligt avtal.

Bestämmelserna i LOU ger, enligt kommitténs bedömning inte ett klart besked om ett upphandlingskontrakt kan utgöras av två handlingar som är skriftliga och undertecknade, t.ex. av ett anbud och en accept eller av en accept, som är att betrakta som ett nytt anbud, och en följande orderbekräftelse.

I det ovan nämnda målet RÅ 1996 ref. 50 gjorde Regeringsrätten bedömningen att ett avtal slutits först sedan parterna undertecknat ett gemensamt avtal. Detta gällde trots att den upphandlande enheten dessförinnan genom en skriftlig och undertecknad under rättelse om tilldelningsbeslutet lämnat en ren accept.

10.3.7 Jämförelse med andra medlemsländer

Vid en jämförelse som den rådgivande kommittén till kommissionens direktorat Inre Marknad gjort med anledning av Alcatel-domen av rättsläget i medlemsländerna framkommer att avtalsbundenhet i regel uppkommer på motsvarande sätt som enligt den svenska avtalslagen. Anbudsgivaren är således i regel bunden under en viss tid av sitt anbud. I exempelvis Österrikes lagstiftning, som var den lagstiftning som var aktuell i Alcatel-målet, uppstår avtalsbundenhet från den tidpunkt då anbudsgivaren får kännedom om att anbudet accepteras. I några få länder uppkommer avtalsbundenhet först när parterna undertecknat ett kontrakt.

10.3.8 Elektronisk handel

En fråga kommittén ställt sig är om skriftlighetsbegreppet i 1 kap. 5 § LOU kan anses innefatta en elektroniskt överförd handling. Vid en jämförelse med bestämmelsen i 1 kap. 19 § LOU, i dess lydelse från den 1 januari 2001, framgår dock att begreppet skriftlig i LOU inte omfattar även elektroniska överföringar. Enligt nämnda bestämmelse skall anbud och ansökningar om anbud i huvudregel vara skriftliga. Elektroniska överföringar får dock ske enligt vissa, i bestämmelsen närmare angivna, förutsättningar. Med denna systematik kan begreppet skriftlig inte innefatta elektroniska överföringar.

I förslagen till två nya upphandlingsdirektiv¹⁹⁶ definieras upphandlingskontrakt på samma sätt som i dag, dvs. som skriftliga avtal. Begreppet skriftlig definieras dock avse all slags framställning i ord eller siffror som kan läsas, återges och sedan meddelas. Begreppet omfattar således även uppgifter som överförs och lagras med medel för elektronisk överföring.

De kommande direktivändringarna avseende offentlig upphandling sammanhänger när det gäller avtalsfrågor med regleringen i Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (direktivet om elektronisk handel) och Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/93/EG av den 13 december 1999 om ett gemenskapsramverk för elektroniska signaturer.¹⁹⁷

Enligt art 9.1 i direktivet om elektronisk handel skall medlemsstaterna se till att det i deras lagstiftning är tillåtet med avtal på elektronisk väg. Medlemsstaterna skall särskilt se till att de rättsliga krav som är tillämpliga på avtalsprocessen varken skapar hinder för användningen av avtal på elektronisk väg eller medför att sådana avtal fränkänns rättslig verkan och giltighet på grund av att de kommit till stånd på elektronisk väg.

10.4 Rättsmedel vid offentlig upphandling

10.4.1 Tillgängliga rättsmedel

De rättsmedel som kan användas vid offentlig upphandling är överprövning och skadestånd. Genom ett förbud i 7 kap. 5 § LOU mot överklagande med stöd av 10 kap. kommunallagen (1991:900) kan någon laglighetsprövning genom s.k. kommunalbesvär inte längre användas vid offentlig upphandling.

10.4.2 Överprövning

Överprövning kan enligt 7 kap. 1 § LOU begäras av en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada. Överpröv-

¹⁹⁶ Kom (2000) 275 slutlig art. 1.12 och Kom (2000) 276 slutlig artikel 1.11.

¹⁹⁷ Direktiv 2000/31/EG (EGT 178, 17.7.2000, s. 1-16, Celex nr 32000/0031) och direktiv 1999/93/EG (EGT L13, 19.1.2000, s. 12-20, Celex nr 3/0093).

ning begärs hos länsrätten. Överprövning kan leda till att länsrätten beslutar att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Vid upphandling inom försörjningssektorerna får länsrätten vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna.

Överprövning kan ske av samtliga beslut under upphandlingsprocessen. Överprövning kan därför i vart fall på ett teoretiskt plan avse exempelvis ett beslut om leverantör, dvs. tilldelningsbeslutet.

Rättsmedlet överprövning kan dock endast utnyttjas fram till den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts. Enligt 7 kap. 1 § andra stycket LOU får en ansökan om överprövning nämligen inte prövas när ett avtal slutits. En förutsättning för att överprövning av ett beslut under upphandlingsprocessen skall kunna ske är följaktligen att leverantören ansöker om överprövning och att länsrätten även prövar ansökan innan avtal sluts.

Det normala beslutet för länsrätten vid brott mot LOU bör vara att upphandling skall göras om. Detta kan exempelvis ske på grund av att den upphandlande enheten inte annonserat i enlighet med vad som föreskrivs eller att anbudsstiden varit för kort. Rättelse kan vara en lämplig åtgärd när anbudsutvärderingen gjorts på ett felaktigt sätt.¹⁹⁸

10.4.3 Interimistiskt beslut

En leverantör som ansöker om överprövning kan enligt 7 kap. 2 § andra stycket LOU begära att länsrätten omedelbart beslutar att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats (interimistiskt beslut). Länsrätten får dock låta bli att fatta ett sådant beslut om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Det är inte möjligt enligt de svenska reglerna att bryta upp ett redan ingånget upphandlingsavtal även om en upphandlande enhet brutit mot upphandlingsreglerna. Mot denna bakgrund och eftersom överprövning inte är möjlig efter det att ett avtal slutits har de interimistiska besluten stor betydelse.¹⁹⁹ Genom ett sådant beslut kan den klagande leverantören undvika att den upphandlande enheten sluter avtal efter det att ansökan om överprövning gjorts men innan ansökan prövats. Om domstolen inte fattar ett

¹⁹⁸ Sveriges Rikes Lag, Kommentarer, Offentlig upphandling, Lagbokskommentaren Hentze, Margareta och Sylvén, Hans, uppl.1:2, s. 352 - 354.

¹⁹⁹ A.a. s. 352 - 354.

interimistiskt beslut och upphandlingen ändå avslutas genom att avtal sluts kan överprövning enligt bestämmelsen i 7 kap. 1 § andra stycket LOU dock inte längre ske.

10.4.4 Skadestånd

Det andra rättsmedlet vid offentlig upphandling är skadestånd. Enligt 7 kap. 6 § LOU skall en upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna enligt LOU ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör.

När ett avtal har slutits är skadestånd det enda tillgängliga rättsmedlet för en leverantör. Eftersom felaktigt ingångna avtal, som vi redan nämnt, inte kan upphävas enligt svensk rätt får möjligheten till skadestånd stor betydelse i upphandlingsärenden.

Talan om skadestånd skall enligt 7 kap. 8 § väckas vid allmän domstol inom ett år från den dag då avtal om upphandlingen slöts. Väcks inte talan i tid är rätten till skadestånd förlorad.

10.5 Rättsmedel enligt EG-direktiven

10.5.1 Syftet med rättsmedelsdirektiven

Det finns två EG-direktiv som reglerar rättsmedel vid offentlig upphandling. Det är 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 (det första rättsmedelsdirektivet) och 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 telekommunikations sektorerna (det andra rättsmedelsdirektivet).

I direktiven anges de minimikrav som skall vara uppfyllda. Enligt ingressen till direktiven krävs en väsentligt större garanti för insyn och icke-diskriminering då man öppnar det offentliga upphandlingsområdet för konkurrens mellan medlemsstaterna. Enligt ingressen skall vidare tillfredsställande rättsmedel stå till buds i händelse av överträdelse av gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförandet av

sådana regler. Rättsmedlen skall enligt ingressen till båda direktiven vara effektiva.

I ingressen till det första rättsmedelsdirektivet anges att det är nödvändigt att se till att lämpliga förfaranden finns inom alla medlemsstater så att beslut i strid mot dess bestämmelser kan upphävas och ersättning kan ges till dem som skadats av överträdelserna.

I ingressen till det första rättsmedelsdirektivet anges vidare att då rättsmedel saknas för ändamålet eller är otillräckliga kan gemenskapsföretag avskräckas från att lämna anbud. Medlemsstaterna måste därför göra något åt det förhållandet.

10.5.2 Det första rättsmedelsdirektivet

Allmänt

Det första rättsmedelsdirektivet reglerar rättsmedel vid upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten, dvs. den klassiska sektorn. Direktivet består av 6 artiklar, varav art. 1-3 avser rättsmedel och 4-6 genomförandefrågor.

Artikel 1.1

I artikel 1.1, som är ersatt av art. 41 i det s.k. tjänstedirektivet 92/50/EEG, anges att medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut vid upphandlingsförfaranden som omfattas av varudirektivet, byggdirektivet och tjänstedirektivet kan prövas effektivt och, i synnerhet, skyndsamt på de villkor som fastställs i de följande artiklarna, särskilt artikel 2.7. om det hävdas att sådana beslut har inneburit överträdelse av gemenskaps rätten för offentlig upphandling eller av nationella regler om införande av sådan.

Artikel 1.3

Enligt artikel 1.3. i det första rättsmedelsdirektivet skall medlemsstaterna se till att ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas bestämmande införs och att det kan åberopas av var och en som har eller har haft intresse av att få avtal

om viss offentlig upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse. I artikeln anges vidare att en medlemsstat skall kunna kräva av den person som begär prövning att han dessförinnan meddelat den avtalsslutande myndigheten att han hävdar förekomsten av diskriminering och att han ämnar söka prövning.

Artikel 2

Enligt art. 2.1 i det första rättsmedelsdirektivet skall medlemsstaterna bl.a. se till att införda bestämmelser om prövning enligt art. 1 innefattar behörighet att

- a) så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder för att rätta påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen, inklusive åtgärder för att uppskjuta eller garantera uppskjutandet av upphandlingsförfarandet liksom att förhindra verkställighet av den upphandlande myndighetens beslut,
- b) antingen åsidosätta eller garantera åsidosättande av olagliga beslut, vilket innefattar undanröjandet av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbuds- eller kontraktshandlingarna eller i varje annat dokument som har samband med upphandlingen,
- c) ge ersättning åt en person som skadats av överträdelse.

Enligt art. 2.3 behöver prövningsförfarandet i sig inte automatiskt bidra till att upphandlingen skjuts upp.

Enligt artikel 2.6 skall det regleras i nationell lag vilken verkan en begäran om rättsmedel enligt 2.1 skall få på ett redan slutet avtal om upphandling. Enligt den artikeln får vidare medlemsstaterna bestämma att, utom i fall där ett beslut måste undanröjas innan ersättning ges ut, prövningsorganets behörighet sedan ett upphandlingsavtal genomförts skall begränsas till att lämna ersättning till den som lider skada av överträdelsen.

Artikel 3

I artikel 3 regleras kommissionens rätt att tillgripa ett prövningsförfarande om den innan ett upphandlingskontrakt²⁰⁰ slutits anser att en klar och konkret överträdelse av gemenskapsreglerna har ägt rum vid en upphandling enligt varudirektivet eller byggdirektivet.

10.5.3 Det andra rättsmedelsdirektivet²⁰¹

Allmänt

Det andra rättsmedelsdirektivet reglerar rättsmedel vid upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, dvs. inom försörjningssektorerna.

I kapitel 1 regleras rättsmedel på nationell nivå, i kapitel 2 möjligheterna till granskning, i kapitel 3 möjligheterna för kommissionen att tillgripa ett rättelseförfarande och i kapitel 4 regleras medling. I kapitel 5 finns vissa slutbestämmelser. Det är endast bestämmelserna i kapitel 1 som är av intresse för kommitténs uppdrag och vi begränsar den fortsatta redogörelsen till detta kapitel.

Artikel 1.1

I art. 1.1 anges att medlemsstaterna skall vidta de åtgärder som är nödvändiga för att beslut av upphandlande enheter skall kunna prövas noga och snabbt enligt de förutsättningar som anges i nedanstående artiklar, i synnerhet artikel 2.8²⁰² för att avgöra huruvida besluten strider mot gemenskapslagstiftningen om upphandling eller mot nationella regler som har tillkommit för att följa

²⁰⁰ I den svenska versionen används begreppet upphandlingskontrakt i art. 3 och begreppet avtal i art. 2.6. I den engelska versionen används i båda fallen begreppet contract.

²⁰¹ Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillägnade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, EGT L76, 23.3.1992, s. 14-20, Celex nr. 392L0013.

²⁰² I artikel 2.8 föreskrivs att medlemsstaterna skall se till att prövningsorganens beslut verkligen åtföljs.

gemenskapslagstiftningen om upphandlingsförfaranden enligt direktivet om upphandling inom försörjningssektorerna.²⁰³

Artikel 1.3

Enligt artikel 1.3 skall medlemsstaterna se till att prövningsförfaranden med närmare bestämmelser enligt medlemsstaternas bestämmande införs och kan återopas av var och en som har eller har haft intresse av att få kontrakt om viss offentlig upphandling och som har lidit skada eller riskerar att lida skada av en påstådd överträdelse. I artikeln anges vidare att medlemsstaterna kan kräva att den som begär prövning dessförinnan har meddelat upphandlaren att han hävdar att överträdelse har skett och att han ämnar söka prövning av denna.

Artikel 2

Enligt artikel 2.1 skall medlemsstaterna se till att bestämmelserna om prövning enligt artikel 1 ger en möjlighet för ett prövningsorgan att antingen vidta interimistiska åtgärder och att undanröja beslut som tagits utan stöd i lag eller att genom egna beslut i sak själv vidta andra åtgärder för att rätta konstaterad överträdelse eller där rättelse inte kan ske eller överträdelse kunnat förebyggas besluta om föreläggande att betala en viss summa till berörda intressen. Enligt bestämmelsen skall prövningsorganet samtidigt med de båda andra alternativen ha en möjlighet att tillerkänna skadestånd till dem som lidit skada av en överträdelse. När skadestånd begärs på den grunden att ett beslut är lagstridigt får medlemsstaterna enligt samma bestämmelse när deras rättsordning det kräver och de har organ med tillräckliga rättsmedel för ändamålet föreskriva att det klandrade beslutet först undanröjs eller förklaras ogiltigt.

Enligt artikel 2.3 skall prövningsförfarandena i sig inte behöva innebära att förfarandet avbryts automatiskt.

Enligt artikel 2.6 skall verkan av ett ingripande enligt 2.1 på ett redan slutet avtal om upphandling regleras i nationell lag. Medlems-

²⁰³ I artikeln anges rådets direktiv 90/531/EEG och upphandlande enheter enligt artikel 3.2.a i samma direktiv. Enligt artikel 45.4 i direktiv 93/38/EEG (EGT L199, 09.08.1993, s. 84-138, Celex nr 393L0038) som ersätter direktiv 90/531/EEG (EGT L297, 29.10.1990, s. 1-48, Celex nr 31990L0531) skall hänvisningar till sistnämnda direktiv tolkas som hänvisningar till förstnämnda direktiv.

staterna får enligt den bestämmelsen, utom i fall där ett beslut måste undanröjas innan ersättning kan ges ut, begränsa prövningsorganets behörighet att ingripa sedan ett upphandlingsavtal har slutits till att besluta om skadestånd till den som har lidit skada av överträdelsen.

10.6 Handlingsoffentlighet och sekretess

I detta avsnitt beskriver vi inledningsvis vilka upphandlande enheter som omfattas av reglerna om handlingsoffentlighet och sekretess. Vi beskriver därefter de sekretessbestämmelser som är aktuella i ett upphandlingsärende, dvs. bestämmelsen i 6 kap. 2 § sekretesslagen (1980:100) som reglerar sekretess till skydd för det allmännas ekonomiska intresse, och bestämmelsen i 8 kap. 10 § sekretesslagen, som reglerar sekretess till skydd för en enskild motpart i exempelvis ett upphandlingsärende.

10.6.1 Handlingsoffentlighet och sekretess hos upphandlande enheter

Reglerna om handlingsoffentlighet och sekretess är tillämpliga hos de flesta men inte alla enheter som omfattas av LOU. För de myndigheter och andra upphandlande enheter som omfattas av reglerna om handlingsoffentlighet och sekretess styrs möjligheten att lämna ut en handling av reglerna i 2 kap. tryckfrihetsförordningen och bestämmelserna i sekretesslagen.

De upphandlande enheter som inte omfattas av nämnda regler kan själva avgöra om de skall lämna ut en handling eller ej. Reglerna i LOU gäller självfallet för samtliga upphandlande enheter och en skyldighet i den lagen att lämna upplysning gäller för samtliga upphandlande enheter om inte någon uttryckligen undantagits därför.

Upphandlande enhet

En upphandlande enhet är enligt definitionen i 1 kap. 5 § LOU statliga, kommunala och andra myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting samt sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som anges i 1 kap. 6 § samma lag.

Enligt sistnämnda bestämmelse innefattar termen upphandlande enhet sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär och

1. vars kapital huvudsakligen (mer än 50 procent) har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting, en kyrklig kommun eller en annan upphandlande enhet, eller
2. vars upphandling står under statlig eller kommunal tillsyn eller en tillsyn av en annan upphandlande enhet, eller vars styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting, en kyrklig kommun eller en annan upphandlande enhet.

Vid upphandling inom försörjningssektorerna är, enligt 4 kap. 1 § andra stycket LOU, även ett företag med verksamhet inom något av områdena vatten-, energi-, transport- och telekommunikationsområdena en upphandlande enhet.

Ett sådant företag är antingen ett företag i vilket staten, en kommun, ett landsting, en kyrklig kommun eller annan upphandlande enhet direkt eller indirekt kan utöva ett bestämmande inflytande eller ett privat företag som bedriver verksamhet inom något av områdena vatten-, energi-, transport- och telekommunikationsområdena med särskilt tillstånd från en myndighet som innebär att ett eller flera företag förbehålls rätten att bedriva verksamheten.

Ett företag skall genom en hänvisning till bestämmelsen i 3 kap. 8 § LOU anses ha bestämmande inflytande när det direkt eller indirekt i förhållande till ett annat företag innehar större delen av företagets tillskjutna kapital eller kontrollerar majoriteten av rösttalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse fler än halva antalet ledamöter i företagets administrativa, verkställande eller övervakande organ.

Enligt definitionen i 1 kap. 5 § LOU är även sammanslutningar av myndigheter, beslutande församlingar, bolag, föreningar, samfälligheter, stiftelser och enheter samt Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter upphandlande enheter i fråga om verksamhet som bedrivs enligt begravningslagen (1990:1144).

Av bestämmelsen i 6 kap. 1 § tredje stycket LOU framgår att om en organisation är en upphandlande enhet över tröskelvärdena så är den det också under tröskelvärdena.

Bestämmelserna om handlingsoffentlighet och sekretess

Handlingsoffentlighet och sekretess gäller hos myndigheter, riksdagen och beslutande kommunal församling (dvs. kommunfullmäktige och landstingsfullmäktige). Detta framgår av 2 kap. 3, 5 och 17 §§ tryckfrihetsförordningen och 1 kap. 8 § första stycket sekretesslagen.

Reglerna om handlingsoffentlighet och sekretess är vidare sedan den 1 januari 1995 tillämpliga även hos företag som ägs av kommuner och landsting. Enligt 1 kap. 9 § sekretesslagen skall reglerna i 2 kap. tryckfrihetsförordningen om handlingsoffentlighet vara tillämpliga även hos aktiebolag, handelsbolag, ekonomiska föreningar och stiftelser där kommuner, landsting eller kommunalförbund utövar ett bestämmande inflytande. Sådana bolag, föreningar och stiftelser skall vid tillämpningen av sekretesslagen jämföras med myndighet. Med rättsligt bestämmande inflytande avses ett ägande eller inflytande i styrelsen på över 50 procent.

Upphandlande enheter hos vilka reglerna om handlingsoffentlighet och sekretess gäller

Bestämmelserna om handlingsoffentlighet och sekretess är följaktligen tillämpliga hos sådana upphandlande enheter som är myndigheter, beslutande församlingar i kommuner, landsting och hos kommunala bolag där kommunen har ett bestämmande inflytande på över 50 procent. Privata bolag inom försörjningssektorerna och statliga bolag som är upphandlande enheter i LOU:s mening omfattas däremot inte av dessa regler.

Som vi nämnt i avsnitt 1.5.3 kan frågan om reglerna om handlingsoffentlighet och sekretess skall vara tillämpliga även hos statliga och privata bolag som är upphandlande enheter komma att behandlas av Offentlighets- och sekretesskommittén.

10.6.2 Sekretess till skydd för det allmänna*Sekretess till skydd för det allmänna*

I 6 kap. 2 sekretesslagen regleras sekretess för uppgifter som hänför sig till vissa typer av ärenden till skydd för det allmänna

ekonomiska intresse. Sekretess gäller enligt bestämmelsen för uppgift som hänför sig till ärende angående förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan m.m. rörande egendom, tjänst eller annan nytthet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs.

I första stycket andra meningen undantas sådan tjänst som består i att arbete som för en myndighets behov utförs av dess egen eller annan myndighets personal. Undantaget gäller dock inte i fråga om arbete som en myndighet i konkurrens med andra myndigheter eller enskilda erbjuder sig att utföra.

Skaderekvisitet i dessa ärenden har utformats som ett rakt skaderekvisit, dvs. det föreligger en presumtion för offentlighet. Skälet är att det finns ett betydande intresse av insyn i handläggning av de ärenden som avses i bestämmelsen. Med det allmänna avses därmed inte bara myndigheter utan också därmed jämställda organ enligt 1 kap. 8 och 9 §§ sekretesslagen²⁰⁴.

Anbudssekretess

I 6 kap. 2 § första stycket tredje meningen sekretesslagen finns särskilda regler avseende sekretess vid anbudsförfaranden. Om ärendet angår upphandling eller försäljning av lös egendom för det allmännas räkning får uppgift som rör anbudet eller motsvarande erbjudande inom en kommun eller ett landsting inte i något fall lämnas till annan än den som avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller avtal slutits eller ärendet annars slutförts.

Anbudssekretessen i första stycket tredje meningen är absolut, dvs. handlingen är hemlig och någon skadevärdering skall inte göras. Sekretess gäller dock inte gentemot den som har avgett anbudet eller erbjudandet.

Till uppgifter som rör anbud hör uppgifter som kan tjäna som upplysning om att ett visst anbud har infordrats eller som på annat sätt avser ett visst anbud exempelvis vem som avgett det. Sekretessen omfattar även arbetspromemorior och andra av en myndighet upprättade handlingar, t.ex. motförslag.²⁰⁵

Utformningen av sekretessen till förmån för det allmännas ekonomiska förhållanden har skett efter en avvägning av ett starkt sekretessbehov för det allmänna och ett inte mindre betydande

²⁰⁴ Regner, Göran, Eliason, Marianne, Heuman, Sigurd, Sekretesslagen En kommentar, s. 6.

²⁰⁵ Prop. 1979/90:2 del A s. 148.

offentlighetsintresse. Syftet med bestämmelsen och med den regel som bestämmelsen ersatte genom ikraftträdandet av sekretesslagen, dvs. 34 § lagen av den 28 maj 1937 (nr 249) om inskränkningar i rätten att utbekomma allmänna handlingar var bl.a. att förhindra anbudskarteller.²⁰⁶

En förutsättning för att det allmänna skall kunna driva verksamhet under affärsmässiga former var enligt förarbetena till nämnda lag att den är skyddad från insyn från konkurrenters sida. I förarbetena uttalades²⁰⁷ att det å ena sidan finns ett stort behov av offentlig kontroll på områden där stora ekonomiska intressen står på spel och där en alltför långtgående sekretess skulle kunna medföra mindre önskvärda förfaranden. Å andra sidan uttalades att det är angeläget att staten kan bedriva sin rörelse i såvitt möjligt affärsmässiga former.

En alltför långtgående offentlighet ansågs kunna äventyra konkurrensmomentet i upphandlingsärenden. I de fall leverantörerna inom en affärgren bildat anbudskarteller eller på annat sätt träffat prisöverenskommelser ansågs offentlighet i upphandlingsärenden kunna leda till att leverantörer hos myndigheten kan kontrollera att uppgjorda prislister följs.²⁰⁸

Det är sannolikt att även ansökningar om att få lämna anbud vid selektivt och förhandlat förfarande enligt LOU är föremål för sekretess enligt bestämmelsen i 6 kap. 2 § tredje meningen sekretesslagen.²⁰⁹

Den absoluta sekretessen gäller till dess ett avtal har träffats eller ärendet annars har slutförts, exempelvis genom beslut att det inte skall ske någon upphandling. Sekretessen kan upphöra dessförinnan när s.k. offentlig anbudöppning tillämpas. Innebörden av detta är att beställaren själv förfogar över om anbud och erbjudanden skall offentliggöras innan upphandlingen avslutas. En förutsättning för offentlighet innan upphandlingen är avslutad är dock att samtliga anbud och erbjudanden offentliggörs samtidigt. Offentlig anbudöppning och offentliggörande av anbud innan upphandlingen avslutats förekommer ytterst sällan.

²⁰⁶ Prop. 1937:107 s. 91 och 96.

²⁰⁷ SOU 1935:5 s. 72, a. prop. s. 90 och 96.

²⁰⁸ Jfr prop. 1937:107 s. 91.

²⁰⁹ Hentze & Sylvén, a.a. s. 756.

Sekretess sedan ärendet slutförts

Sekretessen för uppgift som rör anbud och erbjudande enligt första stycket tredje meningen gäller under pågående upphandling. När ärendet är slutfört skall frågan om sekretess för uppgifter om anbud prövas enligt 6 kap. 2 § första stycket första meningen sekretesslagen såvitt gäller det allmännas ekonomiska intresse och enligt 8 kap. 10 § första stycket första meningen sekretesslagen när det gäller sekretess till skydd för uppgift om enskildas affärs- eller driftförhållande.

Sekretess kan enligt 6 § första stycket första meningen sekretesslagen gälla efter avtalsslutet om myndighet kan antas lida skada om uppgifter röjs. I sistnämnda bestämmelses andra stycke anges att sekretess för uppgift i allmän handling gäller i högst 20 år. Beträffande handling som anger villkoren i slutet avtal gäller sekretessen dock längst till dess två år eller hos statliga affärsverk, Försvarets materielverk samt i kommunal affärsverksamhet fem år har förflutit från det avtalet slöts. Vidare finns det bestämmelser i lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter som kan vara tillämpliga.

10.6.3 Sekretess till skydd för enskilda

Sekretess till skydd för enskilds ekonomiska förhållanden regleras i 8 kap. 10 § sekretesslagen. Enligt den bestämmelsen gäller sekretess hos en myndighet för uppgift om affärs- eller driftförhållanden för enskild som har trätt i affärsförbindelse med myndigheten. Justitiekanslern har angående begreppet ”trätt i affärsförbindelse med myndigheten” uttalat att landstinget i ärendet i fråga måste ansetts ha trätt i affärsförbindelse med enskild genom att motta ett anbud från denne.²¹⁰

Sekretess gäller endast om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Detta innebär att ett rakt skaderekvisit gäller, dvs. det föreligger en presumtion för handlingsoffentlighet men en skadevärdering skall göras. Om det finns särskild anledning anta att den enskilde lider skada om uppgiften röjs skall den inte lämnas ut.

²¹⁰ JK 1993 s. 41, Jfr. även regeringens beslut den 17 oktober 1996, dnr Jo 96/2782 och den 6 november 1996, dnr S96/5828/Jo.

I bestämmelsens fjärde stycke anges att sekretess för uppgift i allmän handling är tidsbegränsad på samma sätt som sekretess i 6 kap. 2 § sekretesslagen (se avsnitt 10.6.2).

Under ett pågående upphandlingsärende gäller absolut anbuds sekretess enligt 6 kap. 2 § första stycket tredje meningen sekretesslagen. Eftersom det gäller absolut sekretess för uppgifter rörande anbud får nämnda bestämmelse till effekt att även uppgifter om enskilda ekonomiska förhållanden skyddas från insyn. Detta är fallet även om anbudssekretessen endast tar sikte endast på det allmännas behov av sekretess. Sedan upphandlingsärendet avslutats eller anbudshandlingarna dessförinnan offentliggjorts gäller dock sekretess för enskilda ekonomiska förhållanden i enlighet med 8 kap. 10 § sekretesslagen.

10.7 EG-direktivens krav på effektiva rättsmedel

10.7.1 Alcatel-domen

Bakgrund

EG-domstolen har i ett förhandsavgörande i det s.k. Alcatel-målet²¹¹ uttalat sig angående tolkningen av det första rättsmedelsdirektivet. Målet vid den nationella domstolen avsåg tilldelning av kontrakt rörande offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten.

Österrikes Bundesministerium infortrade i maj 1996 anbud avseende leverans, montering och driftsättande av hårdvaru- och mjukvarusystemkomponenter. Föremålet för upphandlingen skulle användas på de österrikiska motorvägarna i elektroniska system för automatisk överföring av vissa data. Det handlade om en öppen upphandling av varor och varudirektivet 93/36/EEG var tillämpligt på förfarandet. Den upphandlande enheten beslutade sig för en viss leverantör och samma dag tecknades även ett kontrakt med den utvalde leverantören. De övriga anbudsgivarna fick kännedom om

²¹¹ EG-domstolens dom 1999-10-28, C-81/98 Alcatel Austria AG m.fl., och Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, REG 1999 s. I-7671.

kontraktet genom ett pressmeddelande och framställde strax därefter en begäran om prövning vid Bundesvergabeamt.

Denna domstol ställde några frågor om tolkningen av det första rättsmedelsdirektivet till EG-domstolen. Den fråga som är aktuell i detta sammanhang var frågan om medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande som innebär att en klagande kan utverka undanröjande av ett tilldelningsbeslut om förutsättningarna för detta är uppfyllda och det oberoende av möjligheten att erhålla skadestånd när kontraktet har ingåtts.

Den österrikiska lagstiftningen

Enligt österrikisk rätt agerar den upphandlande myndigheten under upphandlingsförfarandet endast som innehavare av civilrättsliga skyldigheter. Den avtalsrättsliga relationen mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivaren uppstår inom tilldelningsfristen vid den tidpunkt vid vilken anbudsgivaren får kännedom om att hans anbud har antagits. Enligt den vid tidpunkten för domen gällande lagstiftningen fattades den upphandlande myndighetens tilldelningsbeslut internt inom organisationssystemet och blev inte känt för tredje man. Eftersom en utomstående som regel inte lagligen kunde få kännedom om tilldelningsbeslutet, kunde detta normalt heller inte överprövas.

Domstolens dom

EG-domstolen konstaterade inledningsvis att syftet med det första rättsmedelsdirektivet är att såväl på det nationella planet som på gemenskapsplanet förstärka de redan förekommande medlen för att säkerställa att gemenskapens direktiv i ämnet offentlig upphandling verkligen tillämpas, särskilt på ett stadium där överträdelserna ännu kan rättas till. Domstolen hänvisade till att det i artikel 1.1. i direktivet föreskrivs att medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att en upphandlande myndighets beslut skall kunna prövas effektivt och så skyndsamt som möjligt för att säkerställa att gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling iakttas.

Domstolen fann vidare att tillämpningen av den österrikiska lagstiftningen innebär att den upphandlande enhetens viktigaste beslut, nämligen tilldelningen av kontraktet, på ett systematiskt sätt

undkommer de åtgärder om undanröjande av olagliga åtgärder som rättsmedelsdirektivet skall skydda. Vi hänvisar till vår redogörelse av innehållet i artiklarna i direktivet till avsnitt 10.5.2.

Domstolen konstaterade att det redan av själva ordalydelsen i det första rättsmedelsdirektivet görs en åtskillnad mellan stadiet före ingåendet av kontraktet – på vilket artikel 2.1. skall tillämpas – och stadiet därefter. Artikel 2.1. som anger att medlemsstaterna skall tillhandahålla en möjlighet att utverka interimistiskt beslut, åsidosättande av olagliga beslut och möjlighet till skadestånd är enligt domstolen tillämplig före ingåendet av kontraktet. Bestämmelsen i artikel 2.6. som föreskriver att prövningsorganets behörighet kan begränsas till att lämna ersättning till den som lidit skada av en överträdelse gäller stadiet efter ingåendet av kontraktet.

Det förhållandet att det inte i direktivet anges hur lång tid som skall förflyta mellan beslutet att tilldela ett kontrakt och ingåendet av kontraktet saknade enligt domstolen betydelse. Den omständligheten att det inte finns någon uttrycklig bestämmelse i detta avseende kunde inte heller enligt domstolen berättiga en tolkning av direktivet som skulle medföra att besluten om tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt på ett systematiskt sätt skulle undkomma de åtgärder som enligt artikel 2.1 i direktivet skall vidtas för att garantera den prövning som avses i art. 1.

Domstolen fann följaktligen att artikel 2.1. a och b samt artikel 2.6. andra stycket i det första rättsmedelsdirektivet skulle tolkas så att medlemsstaterna är skyldiga att, vad gäller den upphandlande myndighetens beslut innan kontraktet ingås – i vilken den upphandlande myndigheten beslutar med vilken av de anbudsgivare som deltagit i anbudsförfarandet den skall ingå kontrakt – i samtliga fall tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av det beslutet, om förutsättningarna för detta är uppfyllda. Detta gällde enligt domstolen oberoende av möjligheten att erhålla skadestånd när kontraktet har ingåtts.

Domstolen besvarade de två övriga frågorna så att direktivet inte kunde tolkas på det sättet att en nationell domstol har rätt att företa en prövning på de villkor som anges i art. 2.1. a och b i direktivet när denna bestämmelse inte fullständigt har införlivats i nationell rätt. Domstolen erinrade dock om att de berörda enligt de förfaranden som är lämpliga enligt nationell rätt kan begära ersättning för den skada som de har lidit på grund av att direktivet inte har genomförts innan den föreskrivna fristen.

10.7.2 Ändringar i Österrikes lagstiftning

I Österrike har lagstiftningen rörande offentlig upphandling anpassats till de krav på effektiva rättsmedel som Alcatel- domen uppställer. Den nya lagstiftningen trädde i kraft den 1 januari 2001. Enligt den nya lagstiftningen skall den upphandlande enheten informera alla anbudsgivare om tilldelningsbeslutet. En tidsfrist på i huvudregel två veckor mellan tilldelningsbeslut och avtalslut har införts. Innan denna tidsfrist gått ut kan ett giltigt upphandlingsavtal inte ingås.

Anbudsgivaren är, i likhet med vad som gällde tidigare, bunden av sitt anbud. Den upphandlande enheten är inte bunden på avtalsrättslig grund innan accepten från enheten mottas av den anbudsgivare som tilldelats kontraktet. Enheten är således inte bunden av tilldelningsbeslutet på avtalsrättslig grund. Enheten kan dock vara bunden av tilldelningsbeslutet enligt den generella principen om "culpa in contrahendo", dvs. om enheten orsakar en leverantör skada genom uppsåtligt eller vårdslöst handlande.

Undantag från regeln att giltigt upphandlingsavtal kan ingås först sedan en tidsfrist gått gäller vid vissa upphandlingar. Exempel på sådana undantag är när upphandling sker enligt bestämmelserna om förhandlad upphandling med endast en anbudsgivare eller när det föreligger synnerlig brådska (jfr bestämmelserna i 2 kap. 11 §, 3 kap. 15 §, 4 kap. 16 § och 5 kap. 17 § LOU).

11 Överväganden och förslag

11.1 Inledning

Upphandlingskommittén tar i det följande upp ett antal frågor som är av stor betydelse för en effektiv offentlig upphandling. Utgångspunkten är de tilläggsdirektiv som gäller för vårt arbete under innevarande år. Vi har emellertid även sparat vissa frågor från föregående år och arbetet med delbetänkandet samt fått nya frågor att utreda.

I vårt delbetänkande redovisades den problembild som karakteriserar den offentliga upphandlingen samt kommitténs allmänna utgångspunkter för de förslag som lämnades i delbetänkandet. Kommittén anser inte att det i samband med remissbehandlingen av delbetänkandet framkommit något som ändrar på den huvudsakliga beskrivningen av problembilden. Även de redovisade allmänna utgångspunkterna gäller när vi nu skall fullfölja vårt uppdrag i enlighet med tilläggsdirektiven (dir. 1999:34). I delbetänkandet kom arbetet att till stor del att inriktas på repressiva åtgärder mot upphandlande enheter som inte följer regelverket som styr offentlig upphandling. Förslagen, som ännu endast till en liten del kommit till uttryck i lagstiftning med ikraftträdande från och med den 1 januari 2001²¹² syftade till att skärpa regelfterlevnaden i olika avseenden.

Våra förslag om tillsynsmyndighetens organisation och ökade sanktionsbefogenheter för denna samt den nya sanktionsformen marknadsskadeavgift och vite är enligt kommitténs mening en nödvändig förutsättning för en effektiv offentlig upphandling. En god regelfterlevnad är dock inte alltid en tillräcklig förutsättning för en effektiv offentlig upphandling. För detta krävs ett antal ytterligare

²¹² Prop. 1999/2000:128, bet. 1999/2000:FiU8.

åtgärder som innefattar en satsning på utveckling och säkring av kvaliteten i upphandlingsverksamheten, förbättrad utbildning av beslutsfattare och personal som är involverade i offentlig upphandling samt ett ökat samarbete mellan företrädare för leverantörer och beställare. Därutöver krävs ökade möjligheter och förbättrade metoder för att stärka konkurrenstrycket vid offentlig upphandling och att utnyttja den offentliga köparmakten. För en effektiv offentlig upphandling krävs slutligen att regelverket, där det är möjligt, förenklas och i viss mån anpassas till de förhållanden som många upphandlande enheter lever under.

11.2 Kvalitetsfrågor i samband med offentlig upphandling.

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) är inte en handbok i offentlig upphandling. Den ger ingen ledning till upphandlande enheter hur upphandlingar skall planeras och utformas för att nå de resultat som eftersträvas. Den ger ingen ledning för hur kvaliteten i upphandlingsverksamheten och upphandlingsprocessen skall utvecklas och säkras. LOU är inte *primärt* en lag som syftar till en effektiv offentlig upphandling i den meningen att staten, kommuner, landsting och offentliga företag skall göra goda affärer. Det primära syftet är i stället att främja den fria rörligheten av varor, tjänster, kapital och arbetskraft genom att öppna marknader för konkurrens samt att ge leverantörer en rättvis och korrekt behandling. Lagen, som genomför EG:s upphandlingsdirektiv, består nästan uteslutande av procedurregler som i det privata näringslivet skulle kunna upplevas som ett hinder för långsiktiga och smidiga affärsrelationer. Procedurreglerna skall vara och upplevs ofta som ett hinder mot att göra snabba affärer. Förbudet mot att förhandla vid öppen upphandling tvingar de upphandlande enheterna att ha en mycket god framförhållning och att lägga ned mycket tid på förberedelser. Detta hindrar inte att upphandlare kan göra goda affärer. De goda affärerna som kan leda till ett förbättrat resursutnyttjande och ökad kvalitet för de upphandlande enheterna är dock en indirekt effekt av reglerna. Samtidigt är offentlig upphandling ett effektivt verktyg för att påverka marknaden.

För att åstadkomma en effektiv offentlig upphandling krävs en rad åtgärder som i huvudsak ligger utanför lagstiftningen. Samtliga upphandlande enheter borde i sitt eget intresse satsa på att utveckla

och säkra kvaliteten i upphandlingsverksamheten. Det gäller att se över och stärka upphandlingsorganisationen, satsa på kompetens- och kunskapsuppbyggnad och att få in rutiner för utformning, uppföljning och utvärdering av kvalitetskrav m.m. För att öka kvaliteten i enskilda upphandlingar krävs att de mallar och andra förlagor som används för att utforma förfrågningsunderlag m.m. är av bästa kvalitet. På senare tid har det kommit fram företag som tillhandahåller IT-baserade hjälpmedel för offentlig upphandling. Dessa hjälpmedel kommer att kunna frigöra resurser från mera rutinmässiga uppgifter och möjliggöra för upphandlarna att satsa dels på övergripande konkurrens- och upphandlingsstrategier dels på att utforma den enskilda upphandlingen på ett sådant sätt att leverantörerna finner den kommersiellt intressant att lägga anbud på. I större kommuner, landsting och statliga myndigheter finns det resurser att satsa på kvalitetsutveckling. I mindre upphandlande enheter finns ofta inte dessa resurser.

Kommittén anser att varje upphandlande enhet utifrån sina egna förutsättningar bör ha ett strukturerat och systematiskt *kvalitetsarbete* för att säkerställa att de upphandlingar som görs leder till bästa möjliga resursutnyttjande. Organisationen av upphandlingsverksamheten måste med nödvändighet skilja sig mellan olika upphandlande enheter. En mindre upphandlande enhet har andra behov än en större. En upphandlande enhet som bestämt sig för att i stor skala satsa på konkurrensutsättning och alternativa driftformer kräver en helt annan slags kompetens än en upphandlande enhet som bestämt sig för att driva merparten av all verksamhet i egen regi. En upphandlande enhet som betonar decentralisering och målstyrning som ledningsfilosofi kräver en annan slags organisation av upphandlingsverksamheten än en upphandlande enhet som har en mera centraliserad styrmodell.

Kommittén vill dock framhålla att en förutsättning för att kunna utnyttja den potential till förbättrat resursutnyttjande och kvalitetsförbättringar i offentlig upphandling som finns är att upphandlande enheter förfogar över en professionell och kompetent *upphandlingsorganisation*. De risker för kvalitetsbrister och därmed förenade kostnader som uppstår om den upphandlande enheten inte förfogar över en professionell upphandlingsorganisation kan vara betydande. För att åstadkomma en professionell och kompetent organisation för upphandling, uppföljning och utvärdering är det i regel nödvändigt att samordna resurser såväl internt som med andra upphandlande enheter. Detta förutsätter i sin tur att inköparna och den offentliga upphandlingen ses som en strategisk

resurs och att upphandlings- och konkurrensfrågor av principiell natur diskuteras och beslutas på den högsta nivån.

Även om kommittén gör den bedömningen att upphandlande enheter bör vara bäst skickade att själva avgöra vilka insatser som behöver göras för att förbättra kvaliteten i upphandlingsverksamheten är det ett ovedersägligt faktum att åtskilligt skulle behöva göras på central nivå för att åstadkomma en effektivare offentlig upphandling. Kommittén anser att såväl upphandlande enheter och leverantörer skulle tjäna på att etablera ett permanent *kvalitets- och utvecklingsråd* för offentlig upphandling. Ett sådant råd skulle kunna knyta till sig företrädare för kommunerna, landstingen, staten, offentliga företag, privata företag inom försörjningssektorerna och näringslivet. Syftet skulle vara att främja utvecklingen av kvaliteten i den offentliga upphandlingen. Detta kan ske genom framtagande av mallar för förfrågningsunderlag, kravspecifikationer och kontraktsvillkor för olika områden. En viktig uppgift skulle kunna vara att utarbeta ett "gemensamt språk" mellan upphandlare och leverantörer. Begrepp måste ha samma betydelse i upphandlingar som rör samma sak. Miljökrav och kvalitetskrav bör utformas på ett enhetligt och tydligt sätt i kravspecifikationerna. Utvärderingskriterier och kvalitetsindikatorer bör likaså utformas på ett sätt som främjar en objektiv anbudsprövning. Rådet kan sprida goda exempel och systematisera sådana goda exempel i handböcker för offentlig upphandling. Rådet skulle kunna utarbeta normer för "god offentlig upphandlingssed". En möjlig uppgift kan vara att fungera som medlare om en upphandlande enhet och en leverantör på frivillig väg önskar få till stånd medling av en uppkommen tvist.

Rådet är inte tänkt att över tillsynsmyndighetens uppgifter även om ett visst samarbete kan förekomma. Rådet är inte tänkt att ägna sig åt myndighetsutövning och inte heller sådan rådgivning som ankommer på branschorganisationer, konsultföretag och advokatbyråer.

Kommittén anser att ett kvalitets- och utvecklingsråd för offentlig upphandling bör organiseras som ett privaträttsligt organ, t.ex. ideell förening, med ett råd med företrädare för den offentliga sektorn och näringslivet och ett kansli. Kansliet bör ha personal med juridisk, och ekonomisk kompetens. Dessa bör ha praktisk erfarenhet från upphandling inom olika fält. Till rådet kan även knytas vetenskaplig kompetens. Rådet bör, särskilt i ett initialskede, finansieras med statliga medel över statsbudgeten. Merparten av kostnaderna bör dock branschorganisationer och upphandlande enheter

som tar i anspråk rådets tjänster svara för. Detta kan ske genom anslutningsavgifter eller liknande.

11.3 Huvudregeln om affärsmässighet

11.3.1 Affärsmässighetsbegreppet

I 1 kap. 4 § LOU stadgas att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Stadgandet utgör en portalparagraf i LOU och gäller vid all offentlig upphandling, även vid direktupphandling. Trots att affärsmässighetsbegreppet har en sådan central betydelse i LOU finns ingen legal definition till ledning för tolkning av vad affärsmässighet är för något.

Begreppet *affärsmässighet* är ett svenskt begrepp som inte återfinns i EG-direktiven om offentlig upphandling. I samband med EU-kommissionens genomgång av hur Sverige införlivat EG-direktiven om offentlig upphandling i LOU har kommissionen inte funnit att affärsmässighetsbegreppet strider mot gemenskapsrätten. Vid denna genomgång har tjänstemän inom Regeringskansliet framfört att det svenska affärsmässighetsbegreppet skall tolkas i ljuset av gemenskapsrätten. Detta innebär att de grundläggande principerna i gemenskapsrätten om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet m.m. som återfinns i EGFördraget skall läsas in i portalparagrafens stadgande även om dessa principer inte finns uttryckligen formulerade.

Det har å andra sidan gjorts gällande att kravet på affärsmässighet begränsar möjligheterna att ta andra än rent ekonomiska hänsyn i samband med offentlig upphandling jämfört med det utrymme som finns i gemenskapsrätten. I sådana fall brukar man hänvisa till förarbetena till LOU som i sin tur hänvisar till förarbetena till upphandlingsförordningen (1986:366) som betonade att upphandlande enheter inte utan regeringens tillstånd fick ta andra hänsyn än de som är motiverade av den enskilda upphandlingen. I praktiken förekommer ytterligare uppfattningar om begreppets innebörd. En uppfattning som kommittén tagit del av är att affärsmässighet innebär att offentliga upphandlare skall vara lika goda affärsmän och agera på samma sätt som inköpare på privata företag. En sådan uppfattning kan leda till att offentliga upphand-

lare inte ser till de behov och särskilda krav som gäller för offentlig verksamhet. Det inre förändringsarbete som pågår inom statliga myndigheter, landsting, kommuner och offentliga företag avser t.ex. frågor om medborgerligt inflytande och insyn i offentligt bedriven verksamhet. Personal, fackliga organisationer och brukare är centrala komponenter i ett framgångsrikt förändringsarbete. En ökad offentlig upphandling aktualiserar i vilken utsträckning som den politiska demokratin skall kunna påverka hur de produkter och tjänster som köps in från den privata sektorn framställs. Om huvudmännens möjligheter att påverka leverantörernas sätt att fungera är allt för begränsade finns alltid möjligheten att producera åtminstone vissa tjänster i egen regi. Affärsmässighetsbegreppet kan här sägas innefatta krav på att leverantörerna följer grundläggande uppföranderegler t.ex. gentemot arbetstagare.

11.3.2 Professor Niklas Bruuns rättsutredning

Kommittén har uppdragit åt professor Niklas Bruun vid Svenska Handelshögskolan i Helsingfors och Arbetslivsinstitutet i Stockholm att utreda vilket utrymme som ges enligt gemenskapsrätten för att vid offentlig upphandling beakta sociala hänsyn och andra icke-ekonomiska omständigheter. I uppdraget ingick även att utreda frågan huruvida den svenska lagstiftningen fullt ut utnyttjar det utrymme som finns i gemenskapsrätten att beakta sociala hänsyn vid offentlig upphandling samt om gemenskapsrätten ger den svenska lagstiftaren tillåtelse att ge utrymme i svensk lagstiftning att tillåta upphandlande enheter att ställa krav på medlemskap i arbetsgivarorganisation och därmed även krav på att leverantören skall ha tecknat kollektivavtal. Expertutlåtandet finns återgivet i bilaga 3.

Enligt professor Niklas Bruun ger EG-rätten numera ett klart utrymme för att beakta sociala hänsyn och andra icke ekonomiska omständigheter vid offentlig upphandling. EG-rätten har utvecklats mot en ökad uttalad tolerans för att medlemsstaterna tillåts integrera dylika hänsyn i upphandlingsförfarandet. Sociala, miljöpolitiska och andra samhällspolitiska mål kan bli aktuella att beakta vid kvalificering av anbudsgivare, anbudsutvärdering samt vid utformning av s.k. tillkommande kontraktsvillkor efter beslut om tilldelning av upphandlingskontrakt.

Enligt Bruun överensstämmer LOU till väsentliga delar med de gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektiven och är en anpassning

till sistnämnda reglering. Lagen skall därför tolkas i ljuset av gemenskapsrätten generellt och upphandlingsdirektiven specifikt. Vad som ovan beskrivits beträffande rättsutvecklingen på gemenskapsnivå påverkar därmed även den svenska rättsutvecklingen.

I ett nyligen avgjort mål i EG-domstolen godkändes ett utvärderingskriterium som rörde sysselsättningspolitiken.²¹³ Utvärderingskriterierna såsom de uppställs i bland annat 1 kap 22 § LOU är inte uttömmande. Mot bakgrund av EG-domstolens avgörande är det, enligt Bruun, alltså möjligt att tänka sig att sociala hänsyn kan ingå som underlag vid tilldelningen av ett upphandlingskontrakt. 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. Enligt Bruun är det inte förenligt med EG-rätten att ställa krav på att en leverantör skall vara ansluten till en arbetsgivarorganisation och därmed ha tecknat kollektivavtal.

11.3.3 Kommitténs bedömning

Det torde stå klart att det finns ett handlingsutrymme för Sverige att fullt ut tillåta sociala hänsyn och andra samhällsekonomiska hänsyn i samband med offentlig upphandling inom de ramar som ges av EG-rätten eller att uppställa hårdare svenska regler som begränsar möjligheterna för svenska upphandlande enheter att göra upphandlingar med en social eller miljömässig profil.²¹⁴

Kommittén har övervägt att modifiera eller helt ersätta affärsmässighetsbegreppet med en direkt hänvisning till de grundläggande gemenskapsrättsliga principer som ger EG-direktiven om offentlig upphandling sitt materiella innehåll. En sådan ändring i portalparagrafen skulle undanröja varje tvivel om att LOU begränsar handlingsutrymmet för upphandlande enheter att ta hänsyn till andra än rent ekonomiska faktorer i samband med upphandlingar jämfört med vad som är möjligt enligt gemenskapsrätten. Enligt en

²¹³ EG-domstolens dom 2000-09-26 i mål C-225/98, Kommissionen mot Frankrike, Celex nr. 61998 J0225.

²¹⁴ Jfr dock Reglerna kring och inställningen till frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster (SOU 2001:9) s. 80-81. Utredningen om frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster anser att det finns anledning att se över skrivningen i LOU att upphandling skall genomföras affärsmässigt.

EG-dom²¹⁵ kan begrepp som inte anpassats till gemenskapsrätten bli verkningslösa vid en prövning i EG-domstolen. Den traditionella och snäva uttolkningen av affärsmässighetsbegreppet som har sina rötter i den gamla upphandlingsförordningen är inte anpassat till EG-rätten. Det har sin bestämning i en rättsutveckling i Sverige med helt annan bakgrund än det konkurrensrättsliga regelverket i EG.

Mot en modifiering eller ett borttagande av affärsmässighetsbegreppet får vägas risken för att ett borttagande av begreppet sänder ut felaktiga signaler till de upphandlande enheterna. Ett borttagande av kravet på affärsmässighet skulle kunna tolkas så att det inte längre finns något krav på att göra sitt yttersta för att se till att skattemedlen används så effektivt som möjligt, dvs. att det inte längre är aktuellt att göra goda affärer med leverantörerna.

Vår tids uppfattning om vad som kan rymmas i begreppet affärsmässighet är sannolikt en annan jämfört med den uppfattning som var förhärskande då 1973 års upphandlingsförordning kom till. De olika tänkbara tolkningarna kan dock vara besvärande särskilt om det visar sig att affärsmässighetsbegreppet inskränker det handlingsutrymme som EG-rätten trots allt medger.

En modifiering eller ett borttagande av affärsmässighetsbegreppet ger enligt kommitténs bedömning inte med säkerhet något större utrymme att tillgodose andra än rent ekonomiska mål i förhållande till vad som gäller enligt gemenskapsrätten. Äldre och mera inskränkta tolkningar av affärsmässighetsbegreppet torde enligt kommitténs uppfattning ha blivit obsoleta i och med Sveriges anslutning till EU. Kommittén anser därför att affärsmässighetsbegreppet oförändrat skall finnas kvar i LOU.

11.3.4 Affärsmässighet skall prägla upphandlingsprocessen från "ax till limpa"

Med att upphandlingar skall genomföras affärsmässigt avses enligt kommitténs bedömning att upphandlande enheter skall ta vara på den konkurrens som finns men även planera sina upphandlingar på ett sådant sätt att en långsiktig konkurrens vidmakthålls eller uppkommer. Innan en upphandlande enhet skall göra en upphandling skall den i normalfallet göra en marknadsanalys för att få ett underlag till hur upphandlingen skall läggas upp. Det skall anses vara

²¹⁵ EG-domstolens dom i mål C-28/95, A. Leur-Bloem och Inspecteur der Belastingdienst/Onderneming Amsterdam, REG 1997, s. 4160, p.32.

affärsmässigt att paketera anbud på sådant sätt att leverantörer erbjuds attraktiva och för båda parter förmånliga affärsmöjligheter. Det skall anses vara affärsmässigt att anpassa avtalstiden till det som skall upphandlas. Det skall anses vara affärsmässigt att ställa ekonomiska, konkurrenspolitiska, sociala, arbetsmarknadspolitiska och miljöpolitiska krav på resultatet av offentlig upphandling under förutsättning att dessa ryms inom gemenskapsrätten. LOU:s portalparagraf utgör med denna tolkning inte någon begränsning av handlingsutrymmet i förhållande till gemenskapsrätten.

Vad som i praktiken krävs av upphandlande enheter är att de förfogar över en professionell och kompetent upphandlingsorganisation som följer regelverket men därutöver har förmåga att utnyttja marknaden för att uppnå de mål och förväntningar som beställare och medborgare kan ställa på offentlig upphandling. Affärsmässighet innefattar således i första hand ett krav på professionellt agerande som utesluter varje form av ovidkommande hänsyn. De gemenskapsrättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet m.m. skall vara ledstjärnor samtidigt som den offentliga sektorns mål och förutsättningar måste ges erforderligt utrymme.

11.4 Köp mellan kommun och kommunalt företag

Kommittén föreslår att 1 kap. LOU kompletteras med en ny bestämmelse, 6a §, med innebörden att alla typer av upphandlingar inom den klassiska sektorn från eller till ett sådant företag som avses i 3 kap. 17 § kommunallagen eller ett interkommunalt företag som ägs av kommuner eller landsting kan ske direkt under förutsättning att leverantören är en upphandlande enhet enligt LOU och att åtgärden innebär uppenbara och dokumenterade samordningsfördelar för den part som upphandlar varan, tjänsten eller byggentreprenaden.

11.4.1 Bakgrund

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har på uppdrag av regeringen gjort en genomgång av och redogörelse för kommuners och landstings möjligheter enligt LOU och gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna företag utan föregående upphandlingsförfarande. NOU kom fram till att huvudregeln vid köp

mellan en kommun eller landsting och ett kommunalt företag är att köpet skall föregås av ett upphandlingsförfarande. Undantag kan föreligga i de situationer när ett kommunalt företag efter att det bildats fortfarande kan betraktas som en del av den upphandlande enhetens organisation. NOU:s åsikt var att man måste skilja mellan de situationer när en verksamhet är att betrakta som en del av den upphandlande enheten och då verksamheten är fristående. Verksamhet som bedrivs genom ett juridiskt fristående privaträttsligt subjekt men som kan likställas med verksamhet som bedrivs i förvaltningsform kan räknas som en del av den upphandlande enheten ("in-house"). NOU:s ståndpunkt är att en upphandling i enlighet med direktiven då inte är nödvändig att genomföra. Grunden för denna tolkning av upphandlingsdirektiven är att det kommunala företaget även efter företagsbildningen kan anses utgöra en del av den upphandlande enheten. En förutsättning för att det kommunala företaget skall kunna betraktas som en del av den upphandlande enheten är att

- 1) kommunen kontrollerar företaget lika effektivt som om det vore en del av kommunen,
- 2) företagets ekonomiska aktiviteter är inriktade på leveranser till kommunen.

NOU har för sin del förklarat att 100 procent ägarandel och att företaget har kommunen som enda kund är förutsättningar för att undantaget skall vara tillämpligt. Det bör även noteras att enligt NOU:s uppfattning är det tveksamt om stiftelser kan omfattas av ett undantag eftersom en stiftelse inte juridiskt sett kan ha en ägare. NOU kan inte heller uttala sig om de ekonomiska effekterna av ett undantag och anser att ökade möjligheter att avstå från konkurrensutsättning normalt inte innebär ökad effektivitet.

Den danska Klagenævnet for Udbud har i ett avgörande ansett att kommuner inte behöver upphandla om de köper från sina egna bolag, i vart fall inte så länge kommunerna har ett bestämmande inflytande över bolagen. Närings- och handelsdepartementet i Norge har uttalat att ett helägt kommunalt bolag kunde anses vara en del av förvaltningen eftersom syftet med inrättandet av bolaget var att förse kommunen med tjänster och att de tjänster som bolaget behövde köptes upp enligt upphandlingsdirektiven.

Efter det att NOU:s rapport färdigställts har EG-domstolen avgjort två mål av intresse i detta sammanhang. I såväl Arnhems-

målet²¹⁶ och Teckal-målet²¹⁷ är rättsfrågan om det kan finnas undantag från upphandlingsskyldighet mellan kommuner och deras formellt sett juridiskt fristående företag. I båda målen sägs att det kan föreligga undantag från upphandlingsskyldighet om en lokal myndighet utövar en kontroll över en juridisk person motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning samtidigt som den juridiska personen bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som äger den juridiska personen. Det uppställs inte något krav på 100-procentigt ägande eller att kommunen måste vara enda kunden till det kommunala företaget.

Kommittén har efter skrivelser och kontakter med kommuner och kommunala företag erfarit att kommunsektorn upplever att LOU uppställer betydande hinder för en rationell samordning av interna resurser. Det är idag i princip inte möjligt för en kommun och ett kommunalt företag att samordna till exempel personal- och löneadministration, telefonväxel, fordon, underhåll och reparationer av fastigheter utan något föregående upphandlingsförfarande. Endast om kommunen har valt att bilda en äkta koncern inom försörjningssektorerna står denna möjlighet till buds. I flertalet fall saknas emellertid denna möjlighet till intern samordning. Det kan göras gällande att detta förhållande är en naturlig konsekvens av kommunens beslut att låta bedriva en del av verksamheten i företagsform. Om kommunen vill samordna interna resurser kan kommunen välja att avveckla företaget och i stället bedriva all verksamhet i förvaltningsform. Det kan också diskuteras om inte upphandlingsskyldigheten är ett sätt att få ett "kvitto" på att det kommunala företaget är effektivt. Ett undantag från LOU skulle därmed riskera att kommunens samlade resurser inte används optimalt.

Kommittén konstaterar att en mycket stor del av den kommunala verksamheten bedrivs i företagsform. Sedan slutet av 1990-talet har de kommunala företagen minskat i antal. Även den totala omsättningen och balansomslutningen har minskat. Orsaken till den krympande kommunala företagssektorn är sammanslagningar och utförsäljningar av energi- och bostadsföretag.

För landstingens del är den del av verksamheten som bedrivs i företagsform relativt blygsam. Några landstingsägda tvätteriföretag har avvecklats. Det finns dock ett visst nytt tillskott inom sjukvårdssektorn.

²¹⁶ EG-domstolens dom 1998-11-10 i mål C-360/96, REG 1998 s. I-6821.

²¹⁷ EG-domstolens dom 1999-11-18 i mål C-107/98, REG 1999 s. I-8121.

Motiven för att bedriva kommunal verksamhet i företagsform kan skifta. Historiskt har frånvaron av offentligrättslig reglering uppfattas som en fördel i affärsverksamhet. På senare tid har särskilt transparentmotivet lyfts fram. Ett kommunalt företag utgör automatiskt en avgränsad redovisningsenhet som anses försvåra korssubventionering mellan skattefinansierad och avgiftsfinansierad verksamhet. Från kommunalt håll framhålls att den kommunala självstyrelsens kärna är friheten att själv bestämma om formerna för den kommunala verksamheten. Lagstiftningen om energiverksamhet och bostadsförsörjning gör det dessutom i praktiken omöjligt att bedriva sådan verksamhet i förvaltningsform.

Enligt Statistiska centralbyrån köper kommuner verksamhet och entreprenader från kommunala företag för omkring 1,8 miljarder kronor per år. Detta motsvarar drygt en procent av de kommunala företagens omsättning.

I sammanhanget kan nämnas att regeringen har föreskrivit i förordningen (1998:796) om statlig inköpssamordning att samordning skall i syfte att åstadkomma besparingar för staten. För varor och tjänster som myndigheterna under regeringen ofta, i stor omfattning eller uppgår till stora värden skall det finnas ramavtal eller andra gemensamma avtal som effektiviserar upphandlingen. Vidare föreskrivs att en myndighet skall använda sådana avtal om myndigheten inte finner att annan form av avtal sammantaget är bättre. Den föreslagna bestämmelsen öppnar motsvarande möjligheter för upphandling från eller till en kommun eller ett landsting och kommunala företag.

11.4.2 Kommitténs bedömning

Till frågan om gemenskapsrätten medger att Sverige gör ett undantag för köp mellan kommun eller landsting och ett helägt företag konstaterar kommittén följande.

De helägda kommunala företagen är organ för kommunal verksamhet. De styrs av såväl offentligrättsliga som privaträttsliga regler. I kommunallagen (1991:900) finns regler som ålägger fullmäktige, kommunstyrelsen och ansvarig nämnd att på olika sätt styra och kontrollera verksamheten. I aktiebolagslagen (1975:1385) och stiftelselagen (1994:1220) finns regler om revisorer och förtroenderevisorer som tar sikte på att skärpa kontrollen över kommunala företag. I sekretesslagen (1980:100) finns regler som garanterar att helägda företag omfattas av offentlighet och sekretess på

samma sätt som om verksamheten hade bedrivits i förvaltningsform. Resultatet av ett lagstiftningsarbete som främst bedrivits under 1990-talet kan sägas ha blivit att det skapats en särskild företagsform för kommunala företag. Denna företagsform utgör en hybrid mellan offentlig rätt och privaträtt. När det gäller styrning och kontroll av verksamhet som bedrivs i förvaltningsform respektive företagsform kan konstateras att kommunledningen formellt sett har större möjligheter att påverka företaget än en kommunal nämnd. Kommunstyrelsen har normalt inte möjlighet att överpröva eller intervensera i nämndens verksamhet som i allmänhet styrs av speciallagstiftning. Det kommunala företaget kan bli utsatt för en mycket effektiv såväl informell som formell ägarstyrning. Bolagsordning, stadgar och ägardirektiv är viktiga juridiska instrument för denna ägarstyrning. Kommunledningen kan när som helst initiera att fullmäktige avsätter styrelsen i ett kommunalt företag. Att avsätta en kommunal nämnd är betydligt svårare. Ledamöter i styrelsen för ett kommunalt företag kan bli personligen ansvariga för beslut som skadar företaget eller tredje man. Ett sådant personligt ansvar kan inte utkrävas av ledamöter i en kommunal nämnd såvitt det inte är fråga om rent kriminella handlingar. Dessa regler medför enligt kommitténs bedömning att det krav på styrning och kontroll som uppställts i EG-domstolens praxis är uppfyllt.

Kommittén anser av ovan angivna skäl att det finns ett behov av att möjliggöra för en kommun eller ett landsting att under vissa förutsättningar köpa varor, tjänster och bygg- och anläggningsentreprenader av sina helägda företag utan upphandlingsförfarande. Enligt kommitténs bedömning medger gemenskapsrätten att Sverige ändrar LOU på så sätt att det öppnas en möjlighet att under vissa förutsättningar köpa och sälja mellan en kommun eller landsting och ett av kommunen eller landstinget helägt företag utan föregående upphandlingsförfarande.

En lagändring i enlighet med kommitténs förslag skulle göra det möjligt för en kommun och ett kommunalt företag att samordna till exempel personal - och löneadministration, telefonväxel, fordon, underhåll och reparationer av fastigheter utan något föregående upphandlingsförfarande. En sådan samordning skulle likställa en kommunal "koncern" med sin privata motsvarighet. Kommittén anser inte att ett "koncern"-undantag skulle öppna dörren för kommuner och kommunala företag att missbruka upphandlingsreglerna. Såväl kommunen som det kommunala företaget skall tillämpa LOU för sina anskaffningar från externa leverantörer. För-

slaget innebär inte heller någon ökad frihet för kommunala företag att bedriva affärsverksamhet på sådana konkurrens marknader där de idag inte äger tillträde.

Kommittén anser dock inte att det finns skäl att medge ett större undantag från huvudregeln om upphandlingsskyldighet än vad som är motiverat av behovet av att kunna åstadkomma en rationell samordning av "kommunkoncernens" resurser. Det bör därför krävas, utöver att företaget är ett sådant *belägt företag* som avses i 3 kap. 17 § kommunallagen eller ett företag som ägs av flera kommuner eller landsting (interkommunalt företag) att *företaget är en upphandlande enhet* enligt LOU och att ett avtal utan upphandlingsförfarande innefattar *uppenbara samordningsfördelar* för kommunen eller landstinget och företaget.

Med uppenbara samordningsfördelar bör förstås att de är betydande och att ett upphandlingsförfarande motverkar ett effektivt resursutnyttjande inom "kommunkoncernen". Bevisbördan för att det föreligger uppenbara samordningsfördelar åvilar den kommun eller det landsting som ingår avtal med stöd av bestämmelsen. Den som anser att bestämmelsen inte är tillämplig utan att avtalet skulle ha föregåtts av ett upphandlingsförfarande har rätt att med stöd av 2 kap. tryckfrihetsförordningen begära att få ta del av allmänna handlingar. Kommunen, landstinget eller det helägda företaget skall lämna ut sådana handlingar efter det att en sekretessprövning gjorts enligt sekretesslagen. I kommitténs delbetänkande finns förslag till s.k. marknadsskadeavgift om en upphandlande enhet uppsåtligt eller av oaktsamhet i väsentligt hänseende brutit mot någon bestämmelse i LOU. Detta kan bli aktuellt om inte kommunen eller landstinget kan visa att det finns uppenbara samordningsfördelar.

11.5 Antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt

11.5.1 Arbetet mot diskriminering

Arbetet med att motverka diskriminering berör demokratins innersta kärna. Ett samhälle måste grundas på principen om alla människors lika värde. Näringsdepartementet skriver t.ex. i skriften *Ta tillvara mångfalden!* att för individen kan diskriminering innebära bristande självkänsla, frustration, utanförskap och vrede. Samhällen

kan lösas upp och människor ställas mot varandra. Demokratiska värden kan inte tas för givna utan måste ständigt återerövas på alla områden och nivåer i samhället.²¹⁸

Arbetet mot diskriminering i Sverige och inom EG riktar sig mot olika slags utsatta grupper i samhället. Det kan därför avse skydd mot diskriminering på grund av exempelvis kön, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, språklig eller religiös tillhörighet, funktionshinder, sexuell läggning eller ålder. Ett sådant skydd har, som vi nämnt i avsnitt 5.3.4, nu föreslagits bli grundlagsreglerad i Sverige.

11.5.2 Antidiskrimineringshänsyn vid offentlig upphandling

Offentlig upphandling - ett sätt att motverka diskriminering

Ett möjligt instrument som kan användas för att motverka diskriminering är offentlig upphandling. Offentlig upphandling kan komplettera och förstärka effekten av andra viktiga verktyg som exempelvis diskrimineringslagstiftningen.

Förhållanden i andra länder

Flera EU-länder och länder inom WTO-området (World Trade Organization), däribland Danmark, Storbritannien och USA tillåter upphandlande enheter att använda sig av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingsavtal. Vi har närmare utvecklat detta i avsnitt 5.5. I USA och Storbritannien har offentliga upphandlingskontrakt under en lång tid använts som verktyg för att främja lika möjligheter och motverka diskriminering. I Storbritannien är det ett krav att leverantörerna till kommunerna inte diskriminerar p.g.a. ras eller etniskt ursprung. Vid upphandling av federala kontrakt använder den amerikanska staten kontraktsvillkor som antar ett mångfaldsperspektiv, jämställdhet mellan könen, likabehandling oavsett ras, hudfärg, etniskt ursprung, funktionshinder m.m.

Den danska regeringen anser att likabehandling, oavsett etnisk bakgrund, på den privata arbetsmarknaden kan främjas, bl.a. genom

²¹⁸ "Ta tillvara mångfalden!", en skrift från Näringsdepartementets Mångfaldsprojekt, Stockholm 1999, s. 13.

inarbetning av standardvillkor i offentliga avtal med privata verksamheter.²¹⁹

Kommitténs utgångspunkter

Kommittén anser att det är angeläget att skattemedel inte går till företag som exempelvis diskriminerar sina anställda genom att bryta mot gällande diskrimineringslagstiftning. Antidiskrimineringshänsyn utgör, som vi angett i kapitel 5, ett av flera samhällspolitiska hänsyn. Kommitténs ståndpunkt är att offentlig upphandling skall kunna användas för att uppnå även andra angelägna samhällspolitiska mål. Detta givetvis under iakttagande av de grundläggande principerna om fri rörlighet av varor och tjänster, om affärsmässighet, icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet och öppenhet.

Vi återkommer till behovet av ökat utrymme för samhällspolitiska hänsyn vid offentlig upphandling i våra förslag till riktlinjer för regeringens arbete inom EU i kapitel 12.

Leverantörer som verkar i ett odemokratiskt syfte

I en upphandling som gjorts av Malmö stad har det uppdragats att den kontrakterade leverantören, vid sidan av den upphandlade entreprenadverksamheten, bedrev nynazistisk verksamhet med kommersiella förtecken. Det är naturligtvis en skrämmande utveckling att allmänna medel kan komma att användas av företrädare för odemokratiska intressen. Det har dock under en längre tid debatterats om nazistiska organisationer skall vara tillåtna eller inte. Kommittén anser sig inte kunna komma med förslag som utesluter leverantörer med den ena eller den andra politiska inriktningen. Ett sådant förslag kräver en omfattande utredning som innefattar en granskning av grundlagsstadgade rättigheter. Härtill saknar kommittén såväl mandat som resurser. I detta sammanhang bör dock tilläggas att en leverantör som begått brott avseende yrkesutövningen enligt en lagakraftvunnen dom eller har gjort sig skyldig till fel i yrkesutövningen kan uteslutas från upphandlingen.

²¹⁹ Rapport fra Udvalget om sociale klausuler, 20 januari 2000, Jnr 95-150 s. 26.

Affärsmässighetsbegreppet

Som vi närmare redogjort för i avsnitt 11.3 anser kommittén att affärsmässighetsbegreppet i 1 kap. 4 § LOU skall tolkas i ljuset av gemenskapsrätten och att den bestämmelsen inte utgör någon begränsning av handlingsutrymmet i förhållande till EG-rätten.

Det är således, enligt kommitténs mening, möjligt att enligt LOU ta exempelvis sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn vid offentlig upphandling i den utsträckning EG-rätten medger det.

EG-rätten

EG-domstolen har i Beentjes-målet²²⁰ fastställt att nationella åtgärder som har sin grund i skyddsvärda allmänna hänsyn och som är ickediskriminerande och proportionella, får vidtas. Villkor om en personalpolitik som syftar till likabehandling av personer oavsett kön, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, språklig eller religiös tillhörighet, funktionshinder, sexuell läggning eller ålder²²¹ får anses utgöra ett skyddsvärt allmänt intresse. Som vi närmare redogjort för i avsnitt 5.4 är det möjligt, enligt EG-rätten, att i viss utsträckning ta sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn vid offentlig upphandling. Proportionalitetsprincipen kräver dock att uppställda villkor har relevans till föremålet för upphandlingen.

När det gäller möjligheterna att ta sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn i de skilda faserna i ett upphandlingsärende hänvisar vi till beskrivningen i avsnitt 5.4.

11.5.3 Utformningen av och syftet med antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling

Krav på antidiskrimineringshänsyn kan vara uppställda under olika faser i en upphandlingsprocess. Sådana krav eller kriterier kan vidare ha skilda syften. En förutsättning för att anbudsgivare skall få delta i upphandlingen kan t.ex. vara att de inte har gjort sig skyldig till en överträdelse av gällande diskrimineringslagstiftning i landet. Kravet kan då vara utformat som ett uteslutningskriterium. Den leverantör som har gjort sig skyldig till en sådan överträdelse kan följaktligen uteslutas från upphandlingen.

²²⁰ EG-domstolens dom 1988-09-20 i mål 31/87, Gebroeders Beentjes, REG 1988 P. 44635.

²²¹ Jfr det i avsnitt 5.3.4 beskrivna förslaget från 1998 års författningsutredning rörande grundlagsskydd för sådana hänsyn.

Ett krav på antidiskriminering kan också avse leverantörens förmåga att under avtalstiden uppfylla åtaganden om antidiskriminering. Detta skulle kunna utgöra ett krav på kvaliteten i det som upphandlas. Det skulle även kunna utgöra ett krav på leverantörens tekniska kapacitet att genomföra uppdraget, dvs. ett kvalificeringskriterium. Ett krav som avser åtaganden för leverantören skulle även kunna vara uppställt som ett s.k. tillkommande kontraktsvillkor.

Åtaganden från leverantören kan vara av helt skilda slag. Det kan exempelvis gälla åtaganden att rent generellt följa gällande antidiskrimineringslagstiftning inklusive att ha upprättat en jämställdhetsplan på arbetsplatsen. Det kan även avse krav på målsättningar och positivt engagemang för att öka etniska minoriteters deltagande på och främja deras rättigheter på arbetsplatsen.²²² Åtaganden kan exempelvis gälla upprättande av en antidiskrimineringspolicy, viss personalsammansättning eller krav på att leverantören utser en arbetstagare med ansvar för uppföljning av frågor rörande etnisk mångfald på arbetsplatsen.

11.5.4 Krav på det som upphandlas

När en upphandlande enhet väljer vad som skall upphandlas skall kraven framgå av kravspecifikationen. Vid utformningen av kravspecifikationen kan antidiskrimineringshänsyn i viss mån beaktas. En upphandlande enhet kan exempelvis ställa krav på att det datorprogram som upphandlas skall kunna användas av enhetens synskadade medarbetare. I detta exempel utgör det uppställda kravet en specifikation av egenskaper hos den produkt som upphandlas.

Enligt kommitténs mening kan det vid upphandling av tjänster även finnas ett utrymme att ställa sociala krav på leverantören som har koppling till kvaliteten i den tjänst som upphandlas. Det skulle exempelvis vara möjligt att ta antidiskrimineringshänsyn vid upphandling av drift av fritidsgård, förskola, skola och utbildning. I sådana fall kan leverantörens åsikter och kunskap ha en betydelse för hur tjänsten utförs och antidiskrimineringshänsyn utgör därför relevanta krav på den tjänst som utförs.

Med kommissionens synsätt är det dock inte helt klart om det är möjligt att ställa mer generella sociala krav på leverantören utifrån kravspecifikationen på det som upphandlas. I vart fall kan detta inte

²²² Jfr NOU:s svar på Integrationsverkets frågor om upphandling med beaktande av etnisk mångfald, ärende 1999/0075-21.

gälla vid upphandling av varor eftersom resultatet av produktionen av varor till skillnad av tjänster är skild från själva produktionsprocessen.

Som vi angett i avsnitt 5.4.3 har kommissionen utlovat ett tolkningsmeddelande rörande sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn. Kommittén utgår från att detta tolkningsmeddelande kommer att klargöra i vilken utsträckning det är tillåtet att ställa sociala krav som ett kvalitetskrav på det som upphandlas.

11.5.5 Uteslutningskriterier

Det är i dag möjligt att använda sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn i kvalificeringsfasen genom att med stöd av 1 kap. 17 § och 6 kap. 9 § LOU utesluta en leverantör som är dömd för brott mot avseende yrkesutövningen eller som gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Brott i yrkesutövningen

När det gäller brott avseende yrkesutövningen förutsätter det, enligt kommitténs mening, att brottet har anknytning till företagets verksamhet²²³. Det är dock inte, enligt kommitténs mening, nödvändigt att brottet eller det allvarliga felet är knutet just till det som upphandlas. Kommissionen anger exempelvis i grönboken att ett brott eller ett allvarligt fel i yrkesutövningen gäller vid överträdelse av lagstiftning som syftar till att främja arbetsmarknads- och socialpolitiska mål. Uteslutning skulle således kunna ske om leverantören fällts för brott mot gällande antidiskrimineringslagstiftning.

Allvarligt fel i yrkesutövningen

Uteslutning av en leverantör på den grunden att denne begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen förutsätter visserligen inte att det

²²³ Jfr Hentze, Margareta, Sylvén, Hans, Sveriges Rikes lag, Kommentarer, Offentlig upphandling, lagbokscommentaren, 1998, s. 126.

föreligger en lagakraftvunnen dom. Det gäller även straffbara förfaranden.²²⁴

Enligt kommitténs mening innebär bestämmelsen om uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen ändå vissa tillämpningssvårigheter. Den upphandlande enheten har bevisbördan för att leverantören gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen (se avsnitt 5.4.5). Om en leverantör utesluts på denna grund och en domstol senare finner att felet inte var allvarligt riskerar enheten att upphandlingen måste göras om eller att enheten blir skadeståndsskyldig gentemot en leverantör som lidit skada.

En avgörande begränsning av bestämmelsens tillämpningsområde ligger därför just i kravet att leverantören skall ha gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen för att kunna bli utesluten från upphandlingen.

Vid upphandling av tjänster och byggtreprenader finns en rätt för upphandlande enheter att upplysa om vilka myndigheter som kan lämna en anbudsgivare information om de bestämmelser om anställningsskydd och anställningsvillkor som skall gälla för tjänsten eller byggtreprenaden. Enheten kan av ett EES-land också åläggas att lämna sådana upplysningar. Om enheten lämnat sådana upplysningar, skall den begära att anbudsgivaren bekräftar att hänsyn tagits till bestämmelser om anställningsskydd och arbetsvillkor vid utformandet av anbudet.

Redan med utgångspunkt i dessa bestämmelser kan den upphandlande enheten påtala att anbudsgivarna skall iaktta bestämmelser om anställningsskydd och arbetsvillkor, exempelvis om gällande diskrimineringslagstiftning.

Uteslutning kan dock endast ske om leverantören kan visas ha gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Det är, enligt kommitténs bedömning, svårt att avgöra om det kan anses utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen när en leverantör inte bekräftar att hänsyn tagits till relevanta bestämmelser om exempelvis anställningsskydd, likabehandling av arbetstagare eller inte har upprättat en jämställdhetsplan på arbetsplatsen.

Det är inte heller tillräckligt att enheten befinner sig i tvist angående en tidigare upphandling för att bestämmelsen skall vara tillämplig.²²⁵ Enligt författarna krävs det för att utesluta en leverantör som exempelvis saknar en jämställdhetsplan att ett vitesföreläggande först utfärdats eller kanske t.o.m. utdömts.

²²⁴ Jfr Kammarrättens i Stockholm, avd. 5, dom 1996-12-11, mål nr 8647-1996.

²²⁵ Jfr Hentze, Margareta, Sylvén, Hans, Sveriges Rikes lag, Kommentarer, Offentlig upphandling, lagbokskommentaren, 1998, s. 127.

11.5.6 Kvalifikationskriterier

Klassiska sektorn

Kvalifikationskriterier skall, vid upphandling inom det direktivstyrda området av varor, byggtreprenader och tjänster, vara kopplade till leverantörens tekniska förmåga och kapacitet eller finansiella och ekonomiska ställning. Sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn kan i regel inte anses hänförliga till teknisk förmåga och kapacitet eller finansiell och ekonomisk ställning.

När det gäller upphandling av tjänster där leverantörens åsikter har betydelse för tjänstens genomförande kan dock ett krav på exempelvis antidiskrimineringshänsyn, enligt kommitténs mening utgöra - om inte ett krav på kvaliteten i det som upphandlas - ett krav på leverantörens tekniska förmåga och kapacitet.

När en sådan koppling till tjänstens genomförande saknas ger EG-rätten dock, såvitt kommittén uppfattar det, inte möjlighet att utesluta en leverantör på annan grund än att leverantören begått brott avseende yrkesutövningen eller begått ett allvarligt fel avseende denna. Möjligheten att tillämpa dessa bestämmelser är dock, som vi utvecklat i avsnitt 11.5.5 begränsade.

Försörjningssektorn

Vid upphandling inom försörjningssektorerna krävs endast att kvalifikationskriterierna är objektiva. Vid sådan upphandling är det således möjligt att i högre utsträckning än vid upphandling inom den klassiska sektorn uppställa sociala kriterier i kvalifikationsfasen. Det är exempelvis möjligt att vid sådan upphandling ställa krav på att leverantören följer gällande diskrimineringslagstiftning exempelvis att denne har upprättat en jämställdhetsplan på arbetsplatsen. Det är, såvitt kommittén kan bedöma, även möjligt att i denna fas ställa krav på framåtsyftande åtaganden, exempelvis om viss personalsammansättning eller andra åtaganden för att öka etniska minoriteters deltagande på arbetsplatsen.

Om kraven utställs som kvalificeringskriterier kan enheten utesluta den eller de leverantörer som inte bekräftar att de uppfyller dessa krav.

Upphandling utanför det direktivstyrda området

Det finns vidare inte någon begränsning av vilka kvalifikationskriterier som kan uppställas vid upphandling utanför det direktivstyrda området, dvs. vid upphandling under angivna tröskelvärden eller av B-tjänster enligt 6 kap. LOU. Vid sådan upphandling är det, såvitt kommittén kan bedöma, möjligt att i lika stor utsträckning som inom försörjningssektorn faktiskt ta sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn i kvalificeringsfasen.

Förutsättningar för kvalifikationskriterier

Innebörden av att en leverantör inte uppfyller ställda kvalifikationskriterier är att leverantören kan uteslutas från upphandlingen.

De uppställda kraven får givetvis inte vara diskriminerande. De får således inte vara utformade så att endast svenska företag kan uppfylla dem.

Kraven måste även vara proportionella i förhållande till vad som upphandlas. Här ligger, enligt kommittén, en avgörande begränsning i möjligheten att uppställa kvalifikationskriterier även vid upphandling inom försörjningssektorerna och vid upphandling utanför det direktivstyrda området. Alltför långtgående krav kan av en domstol bedömas som oproportionella i förhållande till vad upphandlingen avser.

Enligt kommittén är det endast möjligt att ställa krav på att leverantören följer gällande diskrimineringslagstiftning eller har upprättat en jämställdhetsplan i den verksamhet där den upphandlande varan eller tjänsten är hänförlig till. Arbetsförhållanden i annan verksamhet hos leverantören är däremot inte möjliga att påverka genom kvalificeringskriterier.

Den avgörande begränsningen i möjligheten att ställa sociala och arbetsmarknadspolitiska krav ligger, enligt kommitténs mening, i det förhållandet att ett sådant krav endast kan tillämpas på tillverkning eller tjänster som utförs i den upphandlande enhetens land. Det är, som vi närmare utvecklar nedan i avsnitt 11.5.8, inte möjligt att ”exportera” sociala villkor.

Behov av enhetliga regler

Även om det finns ett större utrymme att beakta sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn i kvalifikationsfasen vid upp-

handling inom försörjningssektorerna och vid upphandling utanför det direktivstyrda området är det, enligt kommitténs mening, inte lämpligt att göra skillnad mellan olika slags upphandlingar. Det bör enligt kommitténs mening vara möjligt att i lika hög utsträckning ta sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn även vid upphandling inom den klassiska sektorn, dvs. vid upphandling av varor, byggtreprenader och A-tjänster.

För att det skall vara praktiskt möjligt för en enhet att även inom den klassiska sektorn utesluta en leverantör som inte bekräftar att denne följer gällande lag inklusive har upprättat en jämställdhetsplan när detta skall ske eller som inte är beredd att göra positiva åtaganden under tiden för upphandlingskontraktet bedömer kommittén det i nuläget som nödvändigt med en direktivändring. En lämplig ändring skulle kunna vara att förtydliga att en leverantör som inte fullgjort sina åligganden enligt antidiskrimineringslagstiftning eller annan social lagstiftning kan uteslutas från upphandlingen på motsvarande sätt som gäller i dag avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller där upphandlingen sker (jfr. 1 kap. 17 § 5 p och 6 kap. 9 § 5 p LOU).

Vi återkommer i kapitel 12 till våra förslag vad gäller riktlinjer för regeringens arbete. Behovet av direktivändring kan dock egentligen avgöras först sedan kommissionen publicerat det utlovade tolkningsdokumentet avseende sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn. Som vi redan nämnt skall detta, enligt nuvarande tidplan, publiceras i slutet av maj 2001.

Framtida åtaganden –kvalifikationskriterier eller tillkommande kontraktsvillkor?

En fråga kommittén ställt sig är vilket värde det har att kunna ställa upp krav på åtaganden för framtiden i kvalificeringsfasen. Om en leverantör förklarar sig beredd att följa de krav som uppställs kan leverantören inte uteslutas. Ett sådant åtagande är dock mycket litet värt om det inte finns möjligheter för den upphandlande enheten att kontrollera att leverantören faktiskt lever upp till ställda krav under kontraktstiden. Enligt kommitténs mening bör ett krav som innebär ett framtida åtagande lämpligen ställas upp som ett tillkommande kontraktsvillkor (se avsnitt 11.5.8).

11.5.7 Utvärderingskriterier

Ökat utrymme för sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn i utvärderingsfasen?

Som vi närmare redogjort för i avsnitt 5.4.7 kan ett visst ökat utrymme för sociala hänsynstaganden i upphandlingsprocessen skönjas i EG-domstolens praxis²²⁶. En fråga kommittén har ställt sig är dock vilket utrymme det finns i praktiken att, i enlighet med domen, uppställa sociala hänsyn som ett av flera kriterier som skall ligga till grund för utvärdering av vilket anbud som är det ekonomiskt mest förmånliga. Innebär denna dom t.ex. att det är tillåtet för den upphandlande enheten att, vid bedömning av anbuden, ta hänsyn till om leverantören i sin verksamhet lever upp till de antidiskrimineringshänsyn som anses skyddsvärda?

En bedömning av antidiskrimineringshänsyn i utvärderingsfasen skulle kunna ske på olika sätt. Ett exempel är att utse en kvot av kontrakt som förbehålls en viss typ av leverantörer. Ett annat sätt är att ge prismässig fördel till en viss typ av leverantörer. Dessa leverantörers anbud kan beaktas som likvärdiga med de anbud som lämnas av leverantörer som inte lever upp till de antidiskrimineringsklausuler som uppställts i förfrågningsunderlag eller annons. En ytterligare modell vore att beakta en leverantörs vilja, förmåga eller tidigare agerande som utslagsgivande ("tie-break") vid bedömningen av i övrigt jämlika anbud. Man kan också tänka sig att den leverantör som beaktar de efterfrågade antidiskrimineringshänsynen erbjuds möjlighet att matcha ("offer back") det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det lägsta, beroende av vilken utvärderingsform som valts.²²⁷

Ett uppställt kriterium måste alltid vara proportionellt i förhållande till det upphandlingen rör. De kriterier som uppställs skall vidare ligga till grund för en bedömning av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Mot denna bakgrund anser kommittén att det innebär stora tillämpningssvårigheter att ta in sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn i utvärderingsfasen.

Det ovan nämnda tolkningsmeddelande rörande arbetsmarknadspolitiska och sociala hänsyn kan givetvis komma att klargöra

²²⁶ EG-domstolens dom 2000-09-26 i mål C-225/98, Kommissionen mot Frankrike, Celex nr. 61988 J0225.

²²⁷ Arrowsmith, Sue m.fl. (utgivare), Christoffer McCrudden (författare), Public Procurement; Global Revolution, Kluwer law International Ltd, London 1998, s. 220 f.

om detta skall vara möjligt och i så fall hur det tekniskt sett skall gå till. I slutet av maj 2001 förväntas kommissionen presentera ett tolkningsmeddelande om möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling. Vissa tolkningsprinciper i detta meddelande kan antas ha bäring även på frågor som rör antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt.

De nya direktivförslagen

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 (ang. miljöhänsyn som utdelningskriterium, se avsnitt 11.6.6). 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.

Det är EG-domstolen som är ensam behörig att säkerställa att lag och rätt efterföljs vid tolkning och tillämpning av fördraget och det är EG-domstolen som har att se till att de andra gemenskapsinstitutionerna handlar inom sina kompetensområden och i enlighet med EG-rätten. Det är vidare EG-domstolen som bedömer om medlemsstaterna och EG:s institutioner korrekt följer och tillämpar EG-rätten.²²⁸

Begränsningen för domstolens behörighet ligger dock i att domstolen har att tolka och tillämpa fördraget och de bestämmelser som meddelats med stöd av detta. Genom sekundärlagstiftning exempelvis i form av direktiv kan kommissionen initiera och rådet och Europaparlamentet anta bestämmelser som innebär en ändring av domstolens praxis. Även om EG-domstolen gjort den bedömningen att det är möjligt 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.

²²⁸ Jfr Allgårdh, Olof, Norberg, Sven, EU och EG-rätten, En handbok och lärobok om EU och i EG-rätt, 3 uppl. s. 190.

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.

11.5.8 Tillkommande kontraktsvillkor

I kontraktsskrivningsfasen är det enligt kommissionen möjligt att som ett tillkommande villkor ta sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn. En förutsättning är att villkoren inte är diskriminerande och proportionella. De får inte heller strida mot de grundläggande reglerna om fri rörlighet av varor, arbete och tjänster.

En upphandlande enhet som vill föra in en antidiskrimineringsklausul i ett upphandlingskontrakt skall ta in klausulen i kontraktsutkastet. Detta bör, i enlighet med principen om öppenhet, ingå som en del av förfrågningsunderlaget. Kontraktsvillkoren är inte något som leverantörerna konkurrerar om. Anbudsgivarna är dock normalt tvungna att acceptera ett kontraktsutkast om de vill ha ordern.

En upphandlande enhet bör som ett tillkommande villkor kunna ställa krav på att anbudsgivaren har en policy för etnisk likabehandling. Den danska utredning²²⁹ vi refererar till i avsnitt 5.5.2 anger som exempel att anbudsgivaren i samband med anbudet tillkännager att verksamheten i samband med utförandet av den konkreta uppgiften har eller kommer att införa en policy – eventuellt en skriftlig policy – som syftar till likabehandling av personer med olika etnisk bakgrund i samband med anställning, avsked, befordran, förflyttning eller med hänsyn till lön- och arbetsvillkor.

En naturlig konsekvens av att ta in ett sådant krav i upphandlingen är som den danska utredningen anger att beställaren själv har en skriftlig personalpolicy om krav ställs på leverantören att denne skall ha en sådan.

I avsnitt 5.4.9 har vi beskrivit antidiskrimineringsklausuler som används av Integrationsverket i verkets upphandlingar och förslag till antidiskrimineringsklausuler som utarbetats av Tjänstemännens centralorganisation (TCO).

²²⁹ Rapport fra Udvalget om sociale klausuler.

Enheten väljer själv om den vill ta in antidiskrimineringsklausuler i upphandlingsavtal

I vad mån antidiskrimineringsklausuler skall tillämpas vid kommunens eller landstingets egna upphandlingar är en fråga för den kommunala självstyrelsen.

När det gäller statens upphandlingar är det regeringen som har att göra motsvarande bedömning. Regeringen har i den i avsnitt 5.3.4 angivna skrivelsen till riksdagen den 8 februari 2001²³⁰ aviserat att den kommer att arbeta med inriktning mot att verkligen utnyttja de möjligheter att använda diskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling som kan finnas.

Sanktioner

Kommittén anser att önskad effekt riskerar att utebli om inte en lämplig sanktion kopplas till antidiskrimineringsklausulen. Kommittén vill understryka att det är viktigt att den upphandlande enheten noga överväger vilken sanktionsform som passar bäst i den enskilda upphandlingen.

Att häva kontraktet om leverantören inte lever upp till innehållet i en avtal är en radikal påföljd. Det är besvärligt och opraktiskt för den upphandlande enheten att byta ut en leverantör. Samtidig utgör hävning en kraftfull sanktion i avtalssammanhang. Vill den upphandlande enheten markera att den anser att väsentliga överträdelser mot t.ex. en antidiskrimineringsklausul är oacceptabel, utgör hävning ett kraftfullt instrument. Den upphandlande enheten bör dock inte ta med en hävningsklausul om enheten inte är beredd att använda klausulen i de situationer som den avser.

En tänkbar påföljd kan vara ett schabloniserat vite som motsvarar en viss procent av kontraktssumman. Vitesbeloppet blir också en tydlig indikation på det värde som den upphandlande enheten åsätter leverantörens efterlevnad av diskrimineringslagstiftningen. Ett vite ingriper inte i leveransen av varan eller tjänsten på samma sätt som hävning.

Skadestånd p.g.a. kontraktsbrott är ingen effektiv sanktion i sammanhanget. Den upphandlande enheten kan knappast visa att den lidit en ersättningsbar skada p.g.a. leverantören brutit mot en antidiskrimineringsklausul.

²³⁰ En nationell handlingsplan mot rasism, främlingsfientlighet, homofobi och diskriminering (2000/01:59).

En annan tydlig sanktion är uteslutning från deltagande i framtida kontrakt. Detta föreslås bl.a. av ILO i konvention nummer 94 som den mest passande sanktionen vid brott mot arbetsmarknads-klausuler i den offentliga sektorns kontrakt. Uteslutning används ibland mot företag som misslyckats att leva upp till legala krav som saknar koppling till upphandlingsavtalet och används då som ett tillägg till de lagreglerade sanktionerna.

Enligt kommitténs mening kan uteslutning i en framtida upphandling ske med tillämpning av kvalifikationskriterier. När det gäller den klassiska sektorn kan uteslutning ske på grund av att leverantören i fråga inte har teknisk förmåga och kapacitet att genomföra det som upphandlingen avser. Om kontraktsbrottet är att anse som ett allvarligt fel i yrkesutövningen kan givetvis uteslutning även ske på grund av bestämmelserna i 1 kap. 17 § och 6 kap. 9 § LOU.

Uteslutning kan vara en automatisk konsekvens vid överträdelse av angivna villkor eller så kan sanktionens tillämpning göras avhängigt domstols dom eller administrativ myndighets beslut. Hur som helst måste omfattningen av sanktionen beaktas. Den upphandlande enheten måste ställa sig frågan om leverantören skall uteslutas från all offentlig upphandling.

Enheten måste också ställa sig frågan om uteslutningen skall avse alla företag inom en koncern eller bara det felande företaget. En annan fråga av relevans är om företaget skall vara uteslutet för all framtid eller om uteslutningstiden skall begränsas. En utgångspunkt är därvid att villkoret skall vara proportionellt.

Uppföljning av villkorens efterlevnad

Kommittén vill understryka vikten av att antidiskrimineringsklausulerna följs upp och att efterlevnaden kontrolleras. Det är viktigt att särskilja seriösa leverantörer från de leverantörer som saknar ambition att följa ställda krav. Detta är i sin tur en förutsättning för att de uppställda kraven skall vara trovärdiga.

De fackliga företrädarna eller annan personalföreträdare skulle kunna ta ett ansvar och genom en egendeclaration intyga att ifrågasvarande diskrimineringslagar följs på arbetsplatsen samt tillsammans med den upphandlande enheten kontrollera de tillkommande kontraktsvillkorens efterlevnad. Ett problem är att flera mindre företag saknar dylika representanter. Det kan röra sig om familjeföretag eller företag utan anställda.

Vid en tvist rörande avtalet mellan den upphandlande enheten och leverantören som tilldelats kontraktet är det allmän domstol som har att bedöma om det finns exempelvis grund för hävning eller skadestånd. Om enheten i en ny upphandling utesluter en leverantör på grund av det påstådda avtalsbrottet i en tidigare upphandling kan enhetens tillämpning komma att bedömas av en förvaltningsdomstol i ett överprövningsförfarande.

NOU utövar tillsyn över LOU. Nämnden har expertkunskaper omkring det svenska och gemenskapsrättsliga upphandlingsbestämmelserna. Med dessa kunskaper är NOU lämpad att bedöma om antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt är förenliga med LOU och gemenskapsrätten. En motsvarande funktion skulle givetvis den i delbetänkandet föreslagna myndigheten, Konkurrens- och upphandlingsverket.

Jämställdhetsombudsmannen, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Handikappombudsmannen och Ombudsmannen för sexuellt likaberättigande utövar tillsyn över efterlevnaden av de fyra diskrimineringslagarna. Dessa fyra myndigheter besitter var och en expertkunskaper om tillämpningen och tolkningen av respektive diskrimineringslag.

Kommittén har träffat företrädare för samtliga ombudsmän och fått stöd i sin uppfattning att antidiskrimineringsklausuler skulle öka regelefterlevnaden av diskrimineringslagarna. Flera av ombudsmännen har också uttalat att de är beredda att åta sig ett visst tillsynsansvar. Samtliga ombudsmän har dock mycket begränsade resurser så en resursförstärkning skulle krävas. I den ovan nämnda handlingsplanen²³¹ aviserade regeringen att i tilläggsdirektiv uppdra åt utredningen som har till uppgift att utreda ett utvidgat skydd mot diskriminering²³² att också överväga frågan om en sammanslagning av några eller samtliga ombudsmän som är underställda regeringen. Ombudsmännen skulle i första hand bistå leverantörerna och de upphandlande enheterna med information om hur bestämmelserna skall efterlevas. För att informationen skall ske så smidigt som möjligt bör ombudsmännen samarbeta och ta fram gemensamma broschyrer, riktlinjer m.m. En annan viktig uppgift för ombudsmännen är att utöva kontroll över att leverantörerna följer lagstiftningen.

Den upphandlande enheten kan i vissa fall besitta den särskilda kunskap och de resurser som krävs för att göra en uppföljning av

²³¹ Regeringens skrivelse 2000/01:59 En nationell handlingsplan mot rasism, främlingsfientlighet, homofobi och diskriminering.

²³² N 2000:01.

ställda krav. Det är dock snarare regel än undantag att sådana speciella kunskaper saknas. Det har också uttryckts en stor oro från inköpar- och leverantörshåll att den nödvändiga kompetensen saknas. Ombudsmännen skulle kunna få en betydelsefull uppgift att informera inköpare om hur antidiskrimineringslagstiftningen skall efterlevas. Det är viktigt att de kommuner, landsting och statliga myndigheter som vill använda sig av antidiskrimineringsklausuler i sina upphandlingskontrakt, verkligen ser till att deras inköpare har nödvändiga och tillräckliga kunskaper.

Begränsningar i tillämpningen

Beentjes-domen²³³ har kritiserats och ansetts svårtolkad. Möjligheten att använda sig av tillkommande kontraktsvillkor är begränsad av flera skäl. Dels skall villkoren vara förenliga med de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, dels är villkoren svåra att tillämpa i praktiken. Dessa villkor utgör ett krav på leverantören som, enligt kommissionen, inte får beaktas vare sig vid kvalificeringen av leverantörerna eller utvärderingen av anbudena. Det tillkommande kontraktsvillkoret får inte utgöra ett konkurrens-element i upphandlingen utan skall vara av absolut karaktär. Villkoret är jämförbart med s.k. "skall-krav" i kravspecifikationen. De tillkommande villkoren har dock inte samma direkta koppling till den produkt som upphandlas. Detta tillsammans med förbudet att göra dem till konkurrens-element i upphandlingen, särskiljer de tillkommande villkoren från "skall-kraven". Det praktiska problemet blir att utforma villkoren i enlighet med de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna och att den upphandlande enheten inte kan utesluta den anbudsgivare som saknar förmåga att uppfylla de tillkommande villkoren.

Endast de villkor tillåts som inte har någon direkt eller indirekt diskriminerande effekt gentemot anbudsgivare från andra medlemsstater. Sådan effekt har villkor som är svårare att efterleva för företag från de övriga medlemsländerna än för svenska företag.

Vidare är det förbjudet att diskriminera andra arbetstagare inom EU i förhållande till det egna landets arbetstagare. Ett tydligt exempel på diskriminering utgör ett villkor om att endast svenska långtidsarbetslösa personer skall anställas vid den byggtreprenad som upphandlats. Enligt kommissionens uttalande i meddelandet från 1989 skulle villkor, som kräver att den vinnande anbudsgivaren

²³³ EG-domstolens dom 1988-09-20 i mål 31/87, Gebroeders Beentjes, REG 1988 P. 44635.

anställer ett visst antal eller en viss procent långtidsarbetslösa personer vid utförande av entreprenaden, kunna ställas. Inhemska och utländska anbudsgivare har samma möjlighet att uppfylla ett sådant villkor. Mellan dessa två ytterligheter finns dock en gråzon som gör att varje enskilt fall måste behandlas för sig.²³⁴

Adekvat öppenhet garanteras genom att de tillkommande kontraktsvillkoren anges i annonsen om upphandling. Annonsen bör hänvisa till de lagar som den upphandlande enheten lägger särskild vikt vid och vill att leverantören skall beakta.

Tillåtligheten av ett tillkommande kontraktsvillkor är vidare beroende av om det är proportionellt i förhållandet till kontraktet i övrigt. Man kan således inte i den enskilda upphandlingen kräva att den del av leverantörens verksamhet som inte omfattas av det som upphandlas skall tillämpa vissa villkor, t.ex. tillämpa en etnisk personalpolitik eller ha upprättat en jämställdhetsplan. Ett generellt krav skulle förmodligen anses stå i strid med proportionalitetsprincipen eftersom det inte har en tillräcklig och direkt anknytning till det som upphandlats.

En avgörande begränsning i möjligheten att införa sociala klausuler som ett tillkommande kontraktsvillkor är att de endast får avse eller regla utförandet av tjänsten i det land där den upphandlande enheten hör hemma. I den danska utredningen sägs att det är förbjudet att "exportera" sociala villkor.²³⁵

Naturligtvis föreligger inget förbud mot att ställa krav på att harmoniserande gemenskapsrättslig lagstiftning skall följas vid utförande av kontraktet.

Med anledning av "exportförbudet" skulle tillkommande kontraktsvillkor endast kunna avse persongrupper som utför upphandlingskontrakt i landet där den upphandlande enheten har sitt säte. Därför kommer dessa villkor typiskt sett att avse tjänstekontrakt eller bygg- och anläggningsarbete som ska utföras eller levereras på plats och där leverantören samt dennes anställda fysiskt befinner sig på plats för att leverera tjänsten. Kan tjänsten däremot utföras på distans, dvs. från ett annat land än det där den upphandlande enheten har sitt säte är det enligt den danska utredningen inte möjligt att ta med sociala villkor i upphandlingskontraktet. Motsvarande gäller vid all form av varuupphandling. Om sociala villkor tillämpas

²³⁴ "Public procurement – regional and social aspects", (COM (89) 400, p51, 53 och 57, CELEX nr 51989DC0400.

²³⁵ Rapport fra Udvalget om sociale klausuler", s. 11, jfr Communication from the Commission, Public Procurement and Regional and Social Aspects, COM(89)400 final, s. 14, p. 61.

i varuupphandlingar skulle man, i förhållande till utländska leverantörer, uppställa krav som troligen kommer att realiseras utanför den upphandlande enhetens hemland.

11.6 Miljöanpassad upphandling

11.6.1 Uppdraget

Utrymmet för att miljöanpassa den offentlig upphandlingen är, som vi bl.a. närmare redogjort för i kapitel 6, i hög utsträckning beroende av och begränsad till de möjligheter som finns för sådan anpassning enligt EG-rätten, och framför allt EG-direktiven på området. Kommittén har inte haft i uppdrag att lämna förslag till författningsändringar utan att följa det arbete som bedrivs av den svenska regeringen, delegationen för Ekologiskt hållbar upphandling (EKU-delegationen) och av kommissionen i fråga om miljökrav vid offentlig upphandling. Vi har redogjort för det arbete som bedrivs inom Regeringskansliet och av EKU-delegationen i avsnitt 6.4. I detta avsnitt redogör vi för våra överväganden av vilka möjligheter det finns i dag att miljöanpassa offentlig upphandling. I enlighet med vårt uppdrag lämnar vi här de synpunkter kommittén har i denna del. Vi återkommer till vår inställning när det gäller ökade möjligheter till miljöhänsyn vid offentlig upphandling i våra förslag till riktlinjer för regeringens arbete inom EG i kapitel 12.

11.6.2 Kommitténs utgångspunkter

Kommittén anser att det är viktigt att miljöhänsyn kan beaktas vid offentlig upphandling i högre utsträckning än vad som enligt kommissionen är möjligt i dag. Vi utvecklar detta närmare i kap. 12. Miljöhänsyn utgör alltsedan Enhetsakten från 1987 ett övergripande mål för EG. Detta mål har vidareutvecklats och förtydligats genom Amsterdamfördraget. Särskilt i Sverige och Danmark har såväl regeringarna som företrädare för myndigheter och organisationer velat gå längre än vad kommissionen tolkar som förenligt med gemenskapsrätten.

I detta sammanhang kan nämnas att 1999 års författningsutredning, i enlighet med sina direktiv, har föreslagit att miljö-

skyddet skrivs in i grundlagen.²³⁶ När det gäller affärsmässighetsbegreppet och innebörden av det hänvisar vi till avsnitt 11.3. Här kan endast konstateras att kommittén är av den uppfattningen att LOU inte innehåller andra begränsningar när det gäller miljöhänsyn än den som följer av den EG-rättsliga regleringen. I det följande utvecklar vi möjligheten att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling enligt EG-rätten. Vi har närmare beskrivit detta i avsnitt 6.3.

11.6.3 Krav på det som upphandlas

En upphandlande enhet har en möjlighet att utarbeta tekniska kravspecifikationer för det som upphandlas vilka tar hänsyn till miljön. En förutsättning är dock att uppställda miljöhänsyn är kopplade just till kontraktsföremålet.

Möjligheten att ställa krav på det som upphandlas är, mot bakgrund av kommissionens ställningstagande, att miljöhänsyn skall vara kopplat till kontraktsföremålet, beroende vad det är som upphandlas.

När det gäller upphandling av byggtreprenader och tjänster kan, enligt kommitténs bedömning, relativt omfattande miljökrav ställas på tjänstens eller entreprenadens utförande. Miljökrav kan när det gäller upphandling av tjänster och byggtreprenader nämligen hänföras till leverantörernas tekniska förmåga och kapacitet (se nedan).

När det gäller upphandling av varor är det däremot inte möjligt i dag att ställa miljökrav på utförandet, dvs. på produktionsprocessen. Skälet är att krav på produktionsprocessen inte, enligt kommissionen, har en tillräckligt klar anknytning till produktens utförande.

Direktiven reglerar när hänvisning får ske till tekniska specifikationer. Reglerna bygger på principen att en upphandlande enhet är skyldig att hänvisa till en europeisk standard, ett europeiskt tekniskt godkännande eller en teknisk specifikation som utformats enligt ett förfarande som godtagits av EES-länderna. Något utrymme för en enhet att ställa högre krav än det som framgår av en europeisk standard torde, med vissa undantag, inte finnas.

När det gäller miljömärkning är det, såvitt kommittén kan bedöma, möjligt att utforma kriterierna på ett sätt som innebär att i

²³⁶ Vissa grundlagsfrågor (SOU 2001:18). Enligt förslaget skall det införas en bestämmelse i 1 kap. 2 § regeringsformen som anger att det allmänna skall främja en hållbar utveckling som leder till en god miljö för nuvarande och kommande generationer.

vart fall en europeisk miljömärkning kan utgöra bevis att kriterierna är uppfyllda. Av artikel 11 i den reviderade förordningen om miljömärkning framgår att nationella miljömärken tillåts existera parallellt med EU-blomman på den privata marknaden, se vidare avsnitt 6.3.3. Kriterierna får inte utformas så att de strider mot exempelvis principen om icke-diskriminering eller principerna om fri rörlighet av varor eller tjänster.

Enligt kommittén bör det vara möjligt att ställa krav på miljömärkning även vid upphandling av varor. Eftersom miljömärkning även avser produktionsprocessen förutsätter detta dock att det är möjligt att ställa krav på produktionsprocessen även vid sådan upphandling.

Som vi nämnt tidigare kommer kommissionen i ett tolkningsmeddelande, som förväntas presenteras i slutet av maj 2001, att klargöra i vilken utsträckning det är möjligt att i de tekniska specifikationerna hänvisa till det europeiska miljömärket eller till nationella miljömärken.

11.6.4 Uteslutningskriterier

Mot bakgrund av kommissionens uttalanden i meddelandet från 1998 är det klart att en upphandlande enhet kan utesluta en leverantör som brutit mot nationell miljölagstiftning. En leverantör kan uteslutas om det finns en lagakraftvunnen dom där leverantören fällts för brott mot miljölagstiftningen. En leverantör kan uteslutas även om felet inte fastställts i en lagakraftvunnen dom, förutsatt att felet utgör ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Som kommittén närmare utvecklat i avsnitt 11.5.7 är det förenat med en stor osäkerhet för en upphandlande enhet att utesluta en leverantör på sistnämnda grund. En domstol kan exempelvis vid överprövning eller vid en talan om skadestånd komma till slutsatsen att den tillämpade uteslutningsgrunden inte utgjorde ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

11.6.5 Kvalifikationskriterier

Det är möjligt för en enhet att ställa krav som syftar till att bedöma en leverantörs ekonomiska och finansiella samt tekniska förmåga och kapacitet. Krav på produktionsprocessen eller transporten kan, enligt kommitténs bedömning, anses utgöra krav på en leverantörs

tekniska förmåga och kapacitet när upphandlingen rör tjänster. Detta gäller även byggentreprenader och upphandling inom försörjningssektorerna.

Vid upphandling av varor kan miljökrav dock, som vi nämnt ovan, inte ställas i samma utsträckning på tillverkningsprocessen eller transporten. Skälet är att miljökrav skall vara knutet till det som upphandlas. När upphandlingen rör varor är möjligheten att ställa miljökrav begränsade till den upphandlande varan. Krav kan inte ställas på samtliga processer i en varas livscykel.

Enligt kommitténs bedömning kan en EMAS-registrering eller miljömärkning med kommissionens synsätt i vart fall kunna användas som bevis för att det som upphandlas motsvarar de krav som uppställs på det som upphandlas. En förutsättning är givetvis att en sådan registrering eller miljömärkning inte är det enda sättet att bevisa att dessa krav är uppfyllda. Det ovan nämnda tolkningsmeddelandet skall klargöra om det är möjligt att uppställa krav på att leverantörer tillämpar miljöledningssystem av typen EMAS eller motsvarande.

11.6.6 Utvärderingskriterier

En av de mest omdiskuterade frågorna är om det är möjligt att ta miljöhänsyn vid utvärdering av anbud. Som vi närmare utvecklat i avsnitt 6.3.7 gäller såväl vid direktivstyrd upphandling som annan upphandling att den upphandlande enheten vid värdering av anbud skall välja antingen det anbud som har lägst pris eller det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Kommissionen anser att det i denna fas, i likhet med vad som gäller allmänt för miljöhänsyn, endast är möjligt att beakta miljöhänsyn som har en direkt koppling till kontraktsföremålet.

EG-domstolen har i målet kommissionen mot Frankrike²³⁷ gjort bedömningen att ett villkor avseende sociala hänsynstaganden, är tillåtet som ett utvärderingskriterium.

Kommittén gör, mot bakgrund av nämnda dom och det expertutlåtande som utarbetats av professor Niklas Bruun (bilaga 3), den bedömningen att det enligt gällande EG-rättslig reglering är möjligt att ta sociala hänsyn även vid utvärdering och av ett kontrakt och att sådana hänsyn inte nödvändigtvis måste vara direkt kopplade till föremålet för upphandlingen. En förutsättning är givetvis att

²³⁷ EG-domstolens dom 2000-09-26 i mål C-225/98, Kommissionen mot Frankrike, Celex nr. 61988 J0225.

sådana hänsyn ligger till grund för en bedömning av vad som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det är vidare en förutsättning att sådana villkor är förenliga med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten och att det tillämpas med iakttagande av alla direktivets förfaranderegler t.ex. att det anges i annonsen om upphandlingen.

EG-domstolen kan inom ett par år komma att ta ställning till frågan i vilken utsträckning just miljöhänsyn kan tas i utvärderingsfasen av offentlig upphandling. Som vi nämnt i avsnitt 6.3.7 har den Högsta förvaltningsdomstolen i Finland begärt ett förhandsavgörande av EG-domstolen i ett mål om offentlig upphandling. En fråga som den finländska domstolen ställt är om det är tillåtet att beakta olika nivåer av utsläpp och buller vid utvärderingen av anbud.

Enligt kommitténs bedömning bör det vara möjligt att ta miljöhänsyn i samma utsträckning som sociala hänsyn. Den ovan nämnda domen från EG-domstolen innebär därför enligt kommittén att det är möjligt att vid utvärdering av anbud beakta miljöhänsyn som inte har en direkt koppling till kontraktsföremålet.

Avgörande i vilken utsträckning miljöhänsyn får tas är dock i framtiden beroende av hur regelsystemet utformas i de nya direktiven rörande offentlig upphandling. Kommissionens förslag till nya direktiv innebär, som vi närmare utvecklat i avsnitt 6.3.7, att det endast är möjligt att uppställa miljökriterier i utvärderingsfasen om det finns en direkt koppling mellan dessa kriterier och kontraktsföremålet och om det anbud som väljs är det för den upphandlande enheten mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet.

Kommissionens förslag till nya upphandlingsdirektiv bygger, enligt kommitténs mening, på en tolkning av direktiven som står i strid med EG-domstolens tolkning i det ovan nämnda målet mellan Frankrike och kommissionen. Om förslagen antas innebär det således en inskränkning av möjligheterna att ta sociala hänsyn, inklusive miljöhänsyn vid utvärdering av anbud jämfört med det som får anses gälla enligt EG-domstolens praxis i dag.

Förslagen är för närvarande under beredning i Europaparlamentet och rådet. Regionkommittén har, som vi nämnt i avsnitt 6.3.7 ansett att det är av avgörande betydelse att miljökrav kan ställas, förutom beträffande en produkts egenskaper, på en produkt och ett företags totala miljöbelastning.

Kommissionen har uttalat sig angående den ovan nämnda domen i målet mellan Frankrike och kommissionen i sin allmänna rapport

för 2000²³⁸. Enligt kommissionens tolkning av domen är det sociala villkoret ett "icke avgörande tilläggs-kriterium" (i den engelska versionen används begreppet "accessory criterion"), sedan anbudet jämförts ur en strikt ekonomisk synvinkel.

Kommittén anser att det är svårt att avgöra vad kommissionen avsett med detta uttalande. Kommittén anser för egen del att domen skall tolkas så att villkoret i fråga är ett utvärderings-kriterium som kan ligga till grund för en prövning av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

11.6.7 Tillkommande kontraktsvillkor

Enligt kommissionen är det möjligt för den upphandlande enheten att ställa krav i form av s.k. tillkommande kontraktsvillkor på den anbudsgivare som tilldelats avtalet. Eftersom det offentliga upphandlingen i första hand är av ekonomisk karaktär skall uppställda miljökrav dock, enligt kommissionen, vara direkt kopplade till det som upphandlas. Villkoren är tillåtna förutsatt att de är förenliga med de allmänna principerna om bl.a. icke-diskriminering, lika-behandling och proportionalitet.

11.6.8 Sammanfattning

Miljökrav kan ställas på det som upphandlingen avser

Sammanfattningsvis menar kommittén att det i dag enligt LOU och enligt EG-rätten är möjligt att i viss utsträckning ta miljöhänsyn. Begränsningen ligger i att sådana hänsyn, enligt kommissionen, skall vara knutna till det som upphandlas. Det är därför av stor betydelse att upphandlande enheter verkligen utnyttjar det utrymme som faktiskt finns i dag att ställa miljökrav.

I detta sammanhang kan antecknas att statsministern i regeringsförklaringen den 19 september 2000 uttalat att miljökrav skall ställas vid all offentlig upphandling.

För att ställa relevanta krav krävs kompetens avseende vilka miljökrav som är möjliga inom respektive sektor och förmåga och

²³⁸ Allmän rapport 2000, kapitel IX, Gemenskapsrätt p 1119 (<http://www.europa.eu.int/abc/doc/off/rg/sv/2000/pt1119.htm>).

kapacitet att kunna följa upp och utvärdera uppställda villkor. Som vi nämnt i avsnitt 6.4.2 arbetar EKV-delegationen med att utarbeta ett verktyg för ekologiskt hållbar upphandling.

Även i delegationens arbete har det dock visat sig finnas olika meningar angående möjligheten att ställa upp enhetliga kvalifikations- eller utvärderingsvillkor utan att villkoren står i strid med exempelvis proportionalitetsprincipen²³⁹.

Ökade möjligheter att miljöanpassa den direktivstyrda upphandlingen

Det förhållandet att miljöhänsyn inom det direktivstyrda området är begränsad till kontraktsföremålet innebär, enligt kommittén, att bestämmelsen i Amsterdamfördraget att miljö skall inordnas i alla politikområden inte har fått fullt genomslag när det gäller upphandlingsdirektiven.

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.

EG-domstolens dom i det ovan nämnda målet mellan kommissionen och Frankrike när det gäller sociala hänsyn tyder på att det är möjligt att uppställa miljökrav utan direkt koppling till kontraktsföremålet i vart fall vid utvärdering av anbudet.

Som vi angett i föregående avsnitt rörande sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn anser vi det dock vara 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 anbudet som skall väljas.

Enligt kommittén kan det vara lämpligare att införa en ökad möjlighet att ställa miljökrav som ett utvärderingskriterium eller som ett kvalifikationskriterium vid all slags upphandling. De leverantörer som inte uppfyller ett sådant kriterium kan som vi tidigare beskrivit uteslutas från upphandlingen. Det bör vidare, i likhet med vad som gäller i dag, vara möjligt att ställa miljökrav som ett tillkommande kontraktsvillkor.

²³⁹ Sveriges industriförbund och Svensk Handel har i en skrivelse den 16 februari 2001 till miljöministern framfört att verktyget av flera skäl inte är godtagbart som miljöverktyg i förhållande till miljövinster.

Proportionalitetsprincipen innebär 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 villkoret uppställs som kvalifikationskriterium eller som ett tillkommande villkor.

Eftersom de nya direktivförslagen, i enlighet med vad vi beskrivit i avsnitt 6.3.2 och 6.3.7, endast tillåter sådana miljöhänsyn som har en tydlig koppling till kontraktets föremål 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, se vidare kapitel 12.

Upphandlingar utanför det direktivstyrda området

Enligt kommitténs bedömning finns det ett större handlingsutrymme för den upphandlande enheten att ställa miljökrav vid upphandlingar som inte är reglerad av EG-direktiv, dvs. upphandling som regleras i 6 kap. LOU. Det bör vara möjligt att använda miljökriterier i den utsträckning som sociala hänsyn kan tas vid sådan upphandling och utan att villkoren har någon direkt anknytning till det som upphandlas. En förutsättning är självfallet att de allmänna principerna bl.a. om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, öppenhet och ömsesidigt erkännande iakttas.

Eftersom EG-direktiven rörande offentlig upphandling bygger på dessa grundläggande principer och all upphandling fått en enhetlig reglering i LOU är det en lämplighetsfråga om man bör föra in mera långtgående regler i 6 kap. LOU än de som är tillåtna inom det EG-reglerade området²⁴⁰ när det gäller miljöhänsyn.

11.7 Lokal upphandling

11.7.1 Skäl för och emot lokal upphandling

Kommittén skall enligt sina direktiv utreda i vilken utsträckning och på vilket sätt den offentliga sektorn kan upphandla lokalt utan

²⁴⁰ Se Niklas Bruuns expertutlåtande, bilaga 3.

att komma i konflikt med LOU, upphandlingsdirektiven och gemenskapsrätten.

Kommittén har under arbetets gång tagit del av den oro som finns att en strikt tillämpning av LOU försvårar för lokala företag att göra sig gällande vid kommunala upphandlingar.

Det finns en utbredd uppfattning om att det allmänna borde ta särskild hänsyn till de villkor som lokala producenter arbetar under. Detta gäller särskilt små och medelstora företag i glesbefolkade delar av landet. I vissa kommuner försöker man uppmuntra de lokala företagen att delta i kommunens upphandlingar. Det förekommer även att kommuner medvetet tilldelar lokala företag kontrakt trots att andra anbudsgivare lämnat eller skulle ha kunnat lämna bättre anbud.

Begreppet lokal upphandling används för att beskriva olika företeelser. Vanligt är att begreppet används för att beskriva den situationen att en upphandlande enhet i samband med ett upphandlingsförfarande medvetet försöker att direkt gynna leverantörer som har sitt säte i den upphandlande enhetens territoriellt avgränsade område. För svenska staten kan detta innebära att svenska leverantörer gynnas framför utländska företag. För en kommun eller ett landsting kan det vara fråga om att gynna lokala eller regionala leverantörer framför företag från andra delar av landet.

I det följande används begreppet lokal upphandling för sådan upphandling som kommuner gör från lokala leverantörer. Dessa leverantörer är företrädesvis små och medelstora företag med säte i kommunen och de har främst sina kunder på den lokala marknad som finns inom kommunens gränser. Många av dessa lokala leverantörer har kommunen som kund. Även större exportföretag kan vara en del av det lokala näringslivet på de orter där de finns. Dessa företag är dock relativt oberoende av den lokala marknaden och kommunen som kund.

Små och medelstora företag har ofta svårt att hävda sig i konkurrensen med större företag. Större företag har i regel lägre kostnader på grund av skalfördelar och en starkare förhandlingsposition gentemot kreditgivare och leverantörer.

Små och medelstora företag kan å andra sidan ha fördel av sin småskalighet genom att beslutsfattandet i det lilla företaget är mera informellt och att det ofta finns större utrymme för kreativa lösningar.

Med lokal upphandling kan även avses att upphandlande enheter försöker att indirekt gynna lokala leverantörer eller åtminstone inte missgynna lokala leverantörer genom att tillämpa en upphandlings-

strategi som går ut på att dela upp upphandlingarna i mindre "tårtbitar" så att mindre och medelstora företag kan klara de volymer som efterfrågas.

En mycket stor del av den primärkommunala sektorns leverantörer har sitt säte i den upphandlande kommunen. I kommuner utanför storstadsområdena är sannolikt andelen lokala leverantörer mycket hög.

Anledningen till att andelen lokala leverantörer är hög vid kommunal upphandling kan sökas i det förhållandet att de behov som upphandlingarna skall tillgodose främst är av lokal natur. Varje enskilt upphandlingsobjekt är generellt sett förhållandevis begränsat i omfattning och svårighetsgrad. För leverantörer som har sitt säte i andra kommuner än den upphandlande kommunen kan det vara svårt att få reda på att det faktiskt pågår en upphandling. Även om de haft information om en pågående upphandling kan det ända vara svårt att tillgodose kommunens krav på tillgänglighet och service utan att vara representerad med ett lokalkontor.

För kommunen är det viktigt att företagen i kommunen är livskraftiga och att företagsklimatet är sådant att nya företag bildas. Detta kan leda till en förstärkt eller bibehållen skattekraft. För det lokala näringslivet är kommunen ofta en betydelsefull kund. Det kan inte uteslutas att några lokala leverantörer inte skulle kunna leva vidare utan kommunens beställningar. Detta kan betyda att förekomsten av en viss kommersiell service som till exempel en livsmedelsbutik i glesbygden är beroende av att kommunen köper varor från butiken för att användas i kommunala verksamheter.

För den kommun där det mindre företaget verkar kan det vara en fördel att företagets ledning och anställda ofta har en lokal förankring. Kunderna finns företrädesvis på den lokala marknaden. Benägenheten att flytta produktionen till andra marknader är därför låg. Det mindre företaget har ofta många anställda i förhållande till omsättningen. En ökad produktion och investeringar i verksamheten leder ofta till flera arbetstillfällen i kommunen.

11.7.2 Kommitténs bedömning

En upphandlande enhets möjligheter att ställa upp villkor för deltagande i en upphandling eller tillämpa utvärderingskriterier som innebär att den tar lokala hänsyn i den enskilda upphandlingen är mycket begränsade, eftersom det torde strida mot såväl huvud-

regeln om affärsmässighet i LOU som diskrimineringsförbudet i EG-fördraget.

Möjligheterna att indirekt gynna lokala leverantörer utan direkt samband med den enskilda upphandlingen är dock större. Kommuner kan inom ramen för sin näringslivskompetens se till att lokala företag kommer i åtnjutande av det stöd som kommunen bedömer vara erforderligt för att öka deras konkurrenskraft. Detta stärker även företagets möjligheter att vinna anbudstävlingar. Upphandlingsreglerna är inte tillämpliga annat än under pågående upphandling. En konkurrens- och upphandlingsstrategi som går ut på att göra det möjligt för mindre och medelstora företag att delta i offentlig upphandling står i överensstämmelse med EG-fördragets grundprinciper.

I vissa fall förekommer det att upphandlande enheter gynnar lokala leverantörer, t.ex. genom direktupphandling, i förhoppningen om att detta kan bidra till bygdens överlevnad. I den mån t.ex. en glesbygdskommun diskriminerar ett lokalt företags konkurrenter kan det lokala företaget på längre eller kortare sikt hållas på fötter. Möjligheterna till stödköp framhålls av många som ett viktigt instrument för att kunna upprätthålla viss basservice i glesbygden.

Privata företag stödköper inte sällan från lokala företag för att bidra till att upprätthålla viss service så att deras anställda vill bo där företaget är placerat. Riskerna med stödköp är att det kan leda till samhällsekonomisk ineffektivitet eftersom normala marknadsmekanismer sätts ur spel. Sunda och friska företag kan slås ut och hindras att etablera sig p.g.a. konkurrensbegränsande stöd till mindre effektiva företag.

Den bristande regelefterlevnaden kan framstå som negativ från ett kommunalekonomiskt perspektiv. Med hänsyn till de skador som kan tillfogas marknaden kan det vara negativt även från ett samhällsekonomiskt perspektiv.

Det är oförenligt med gemenskapsrätten att införa regler som godtar att upphandlande enheter gynnar lokala leverantörer vid upphandling. Stödköp strider även mot EG-fördragets statsstödsregler och kommunallagen.

Kommittén anser på grund av det anförda att det inte finns skäl att underlätta lokal upphandling genom att öppna möjligheterna till direkt gynnande av lokala leverantörer i samband med offentlig upphandling.

11.8 Ökad konkurrens genom positiv särbehandling

Våra förslag: En upphandlande enhet får sluta avtal om överlämnande av verksamhet utan föregående upphandlingsförfarande med anställda eller av anställda bildad juridisk person, i fråga om uppgift som de anställda fullgjort. Ett avtal om överlåtelse av verksamhet gäller under högst 5 år. Vid upphandling av tjänster avseende hälso- och sjukvård eller socialtjänst får den upphandlande enheten uppställa som krav att utförandet av tjänsten endast får överlämnas till ett bolag, en förening, en stiftelse eller annan som driver verksamheten utan syfte att skapa vinst åt ägare eller motsvarande intressent. Kommunala företag omfattas inte av den föreslagna bestämmelsen.

11.8.1 Avknopningsstöd

I detta avsnitt redovisar kommittén sina överväganden och förslag avseende avknopningsstöd, möjligheten för upphandlande enheter att ställa som krav på att en leverantör att denne skall driva sin verksamhet utan något vinstsyfte samt kundvalssystemets förenlighet med LOU.

Skäl för avknopningsstöd

I många kommuner och landsting är tillgången på leverantörer starkt begränsad. Kommuner och landsting försöker ofta att verka för att stimulera framväxten av en kår av leverantörer. En möjlighet är att uppmuntra personalen att ”knoppa av” från den kommunala verksamheten och i stället starta egna företag inom samma verksamhetsområde. Det kommunala stödet till personalen kan bestå i t.ex. arbetsplatsförlagda starta-eget-kurser, konsultinsatser och tjänstledighet. Det förekommer även att personalen erbjuds återanställningsgarantier. Möjligheten att lämna stöd till avknoppare begränsas av bestämmelser i kommunallagen och LOU. Det torde inte vara tillåtet att lämna driftbidrag eller att erbjuda subventionerad hyra om inte andra leverantörer får samma subvention, borgen eller bankgaranti. Att låta avknoppningen överta driften av den verksamhet där personalen tidigare varit anställd utan upphandlingsförfarande är inte tillåtet.

I debatten har ofta marknadsorientering, konkurrensutsättning och bolagisering m.m. på ett missvisande sätt betecknats som "privatiseringar". Med begreppet privatisering avses här att det allmänna helt och hållet frånhänder sig ansvaret för en uppgift som tidigare bedrivits i offentlig regi eller i varje fall varit finansierad med stöd av offentliga medel. Det allmänna avvecklar således både driftansvaret och finansieringsansvaret för verksamheten²⁴¹. Överlämnandet av vården av en kommunal angelägenhet till ett privaträttsligt organ enligt 3 kap. 16-19 §§ kommunallagen innebär med denna definition inte någon privatisering. Ett överlämnande kan dock vara ett led i en planerad utförsäljnings- eller privatiseringsstrategi.

Begreppet *avknoppning* avser här de situationer när kommuner låter en eller flera anställda bilda ett privaträttsligt organ i syfte att överta viss verksamhet eller vissa uppgifter som tidigare utförts i förvaltningsform. Skillnaden är att de nu som självständiga företagare driver samma slags verksamhet på uppdrag av den upphandlande enheten, som de tidigare utfört som anställda.

När det gäller tjänster som skall upphandlas enligt LOU kan kommunen således inte stödja avknoppningen genom att sluta avtal om t.ex. köp av tjänster utan att avtalet föregåtts av upphandling från det självständiga företaget i enlighet med LOU och direktiven. Kommissionen har aviserat att koncessioner och andra former av partnerskap mellan offentlig och privat sektor samt privatisering skall bli föremål för översyn, klarlägganden och lagförslag till direktivändringar.

Ett problem är huruvida ett företag vars verksamhet varit ägd eller kontrollerad av en upphandlande enhet, kan erhålla eller överta ett uppdrag - "avtal" - om leverans av varor och tjänster i samband med överlåtelsen av verksamheten. För närvarande föreligger ibland ett motsatsförhållande mellan kraven på god avkastning vid privatisering av verksamhet och kravet på upphandling i konkurrens. Så kan t.ex. offentliga verksamheter som övertas av anställda eller säljs ut i vissa fall vara av mycket begränsat värde om inte inarbetade och gällande överenskommelser, "avtal", också ingår. Gällande bestämmelser tillåter inte att man utan upphandling tilldelar kontrakt till en sådan privatiserad enhet. Detta kan leda till att försäljningsvärdet blir så lågt att den offentlige ägaren av ekonomiska skäl eller sysselsättnings-skäl avstår från att sälja, varvid verksamheten aldrig kommer ut på marknaden.

²⁴¹ SOU 1995:105, Konkurrens i balans, sid. 39 f.

Bland många medlemsländer i EU finns det ett önskemål om att kunna överföra offentlig verksamhet till ett privaträttsligt organ för att möjliggöra en (senare) privatisering. I debatten har härvid framkommit att ett villkor skall vara att det som överläts skall vara av normal kontraktslängd.

Om företaget uteslutande har levererat till kommunen (ägaren) har dessa avtal aldrig upphandlats. Första gången kommunen kommer att genomföra en upphandling enligt LOU avseende dessa avtal blir när de löpande avtalen går ut. Löptiden på avtalen som ingår i företagsöverlåtelsen måste dessutom vara av normallängd. Kommissionen betraktar bolagiseringen som ett första steg för att privatisera verksamheten. Även i Sverige kan företagsbildningen vara ett första led i privatiseringen.

Om däremot bildandet av företaget och överlåtelsen av detsamma sker på samma gång förefaller kommissionen vara av den uppfattningen att ett avtal med det privata företaget skall föregås av upphandling i enlighet med direktiven. Annars betraktas det som ett kringgående av regelsystemet. En individuell bedömning av varje enskilt fall måste därför ske.

EG-domstolen har ännu inte prövat något ärende där avknoppningsstöd i form av direktupphandling varit aktuellt. När det gäller upphandlingar som styrs av EG-direktiven om offentlig upphandling har tjänstemän inom kommissionen uttalat att upphandlingsreglerna inte ger något sådant utrymme. Ett dylikt avknoppningsstöd strider mot principerna om icke-diskriminering och lika-behandling. När det gäller upphandlingar som inte styrs av EG-direktiven om offentlig upphandling torde utrymmet för avknoppningsstöd vara större.

Kommitténs bedömning

Kommittén anser att det finns skäl att möjliggöra avknoppningar för att stimulera personalgrupper att ta över driften av en verksamhet där de tidigare varit anställda. Detta skulle göra det möjligt att öka konkurrensen på marknader med obefintlig eller ringa konkurrens. Nuvarande regler i LOU ger inte något utrymme för en myndighet att teckna ett kontrakt med ett personalägt företag utan föregående upphandlingsförfarande om verksamheten som skall bedrivas i företaget går ut på att tillhandahålla en tjänst i enlighet med ett avtal med myndigheten som huvudman och uppdragsgivare. Om verksamheten inte skall bedrivas på uppdrag av kom-

munen föreligger dock inte någon upphandlingssituation. Det är således fullt möjligt att redan idag låta en personalgrupp ta över en verksamhet om verksamheten efter avknoppningen utgör en bidragsfinansierad enskild verksamhet. Exempel på detta är om lärare startar en fristående skola eller om förskollärare startar en enskild förskola. I sådana fall är inte kommunen huvudman och uppdragsgivare även om kostnaderna för verksamheten till största delen bestrids av kommunala medel.

Om en "avknoppning" däremot skall driva en vårdcentral eller ett äldreboende på uppdrag av ett landsting eller en kommun med bibehållet offentligt huvudmannaskap är det fråga om en tjänst som skall upphandlas enligt LOU. Om ett avtal utan föregående upphandlingsförfarande skall vara möjlig krävs ett uttryckligt stöd i LOU. För att ett sådant stöd skall vara förenligt med EG-rätten torde krävas att lagen endast medger avknoppning utan upphandlingsförfarande i fråga om upphandlingar som avser B-tjänster eftersom dessa tjänster i allt väsentligt inte styrs av EG-direktiven om offentlig upphandling. Det kan dock göras gällande att ett sådant avtal, som sluts utan föregående upphandlingsförfarande, skulle kunna strida mot EG-fördragets grundprinciper. Här bör dock erinras om att ett dylikt förfarande inte står i strid mot EG-fördragets grundläggande principer om de fyra friheterna och målet om ökad konkurrens i offentlig sektor. För att säkerställa att avknoppningar resulterar i konkurrenskraftiga företag och inte bidrar till en snedvriden konkurrens bör den tid under vilken avknoppningen får verka utan konkurrens begränsas till maximalt fem år. Om den ursprungliga ägarkretsen under femårsperioden ändras så att företaget inte längre kan karakteriseras som personalägt skall avtalet sägas upp av huvudmannen.

Personalen

En avknoppning aktualiserar ett antal arbetsrättsliga frågor. Den offentlige arbetsgivaren som har för avsikt att godkänna ett förslag till avknoppning måste till att börja med fullgöra sina skyldigheter rörande förhandlingar enligt 11 § medbestämmandelagen (1976:580), primär förhandlingsskyldighet. Med tanke på reglerna om övergång av verksamhet i anställningsskyddslagen (1982:8) bör huvudprincipen vara att den personal som har anställning i den verksamhet som kommer att avknoppas också erhåller anställning hos det avknoppade företaget.

11.8.2 Möjlighet att utesluta vinstsyftande leverantörer vid upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänster

Inledning

Under utredningens gång har företrädare för olika ideella organisationer framfört att det finns ett behov av särskilda upphandlingsbestämmelser när konsumenter/brukare/patienter eller personal vill ta över driften av en samhällsfinansierad vård- och omsorgsverksamhet. Kommittén anser inte att verksamhet som drivs i kooperativ form och med ett stort mått av idealitet skall jämföras med privata vinstsyftande företag. De upphandlande enheter som så önskar borde kunna tillåtas att kräva att leverantören inte får vara ett renodlat kommersiellt företag med vinstsyfte.

EG-fördraget stadgar att etableringsfriheten innefattar rätt att utöva verksamhet på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver (art. 43). Bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning likställs vid tillämpningen av kapitel 2 i fördraget med fysiska personer som är medborgare i något av unionens länder (art. 48 första stycket). I fördragets artikel 48, andra stycket, finns en legaldefinition som säger att med bolag avses enheter som bildats enligt civil- eller handelslagstiftning, inbegripet kooperativa sammanslutningar samt andra offentlig-rättsliga juridiska personer, med undantag av sådana som inte drivs i vinstsyfte. Avsaknaden av vinstsyfte hos ett bolag är således inte någon främmande konstruktion i EG-rätten. Detsamma kan sägas om den svenska lagstiftningen. Begreppet vinstsyfte förekommer i mer än trettio skilda författningar, t.ex. brottsbalken, kommunallagen (1991:900), lagen (2000:1440) om inskränkning i landstingens rätt att överlämna driften av akutsjukhus (den s.k. stopplagen) samt i LOU (2 kap. 11 §, 3 kap. 14 §, 4 kap. 16 § samt 6 kap. 2b §).

I EG-domstolens avgörande i det s.k. Sodemare-målet²⁴² har domstolen uttalat sig om tillåtligheten för ett medlemsland att tillåta privata aktörer som verkar utan vinstsyfte att delta i genomförandet av statens socialtjänstsystem genom att ingå avtal som ger rätt att få kostnader för socialvårdstjänster av hälsovårdskaraktär ersatta av de offentliga myndigheterna.

²⁴² EG-domstolens dom 1997-06-17 i mål C-70/95, Sodemare SA m.fl., REG 1997 P. I-3395.

Bakgrunden till domen var i korthet att regionen Lombardiet i Italien i sin sociallagstiftning har speciella bestämmelser om vilka privata företag som kan komma i fråga för att driva hem för äldreomsorg. Bestämmelsen går ut på, förutom krav på tillräcklig kompetens m.m. sådant, ett krav på att företaget skall drivas utan vinstsyfte för att kunna sluta avtal som medför ersättning från socialförsäkringssystemet. Ett företag med säte i Luxemburg anförde klagomål i en nationell, italiensk domstol med påstående att den lombardiska lagen stred mot gemenskapsrätten. Domstolen uttalade inte, såvitt kommittén kan bedöma, att den ifrågasatta lagstiftningen stred mot EG-rätten.

Enligt kommitténs mening hindrar inte gemenskapsrätten en medlemsstat att ha regler som pekar ut privata företag utan vinstintresse som exklusivt berättigade att ingå avtal med det allmänna om utförande av hälso- och sjukvårdstjänster eller socialvårdstjänster och få kostnaderna täckta av allmänna medel. Sådana bestämmelser inkräktar varken på reglerna om tjänsters fria rörlighet eller etableringsfrihet. Enligt kommittén har domen även relevans för offentlig upphandling. I domen prövas nationella rättsregler som är tillämpliga på avtal mellan en upphandlande enhet och en fristående juridisk person. Detta innebär för svenskt vidkommande att LOU skall tillämpas.

Det måste dock poängteras, vilket också tydligt framgår av domskälen, att slutsatserna gäller när omständigheterna är sådana som i det aktuella fallet. De nationella reglerna får alltså inte hindra företag från andra medlemsstater och som uppfyller kraven från att etablera sig i den ifrågavarande staten. Vidare får inte företagen i fråga uppnå en sådan storlek eller tillskansa sig en sådan ställning på marknaden att de kommer i konflikt med konkurrensreglerna. Det ter sig också tämligen självklart att de gängse reglerna för den inre marknaden ligger till grund när offentliga tjänster öppnas för privata företag. Dessa regler rubbar inte det faktum att medlemsstaterna får inskränka den krets av företag som är behöriga att gå in på den aktuella marknaden.

Kommitténs bedömning

Regeringen har påtalat, bl.a. i den nationella handlingsplanen för utveckling av hälso- och sjukvården²⁴³, vikten av att primärvården byggs ut och förstärks samt att mångfalden av vårdgivare ökar. Så-

²⁴³ Prop. 1999/2000:149.

ledes bör i större utsträckning än hittills engageras privata, kooperativa och ideella aktörer. Regeringen har även påtalat att det är viktigt att inte kommersiella intressen tillåts ta överhanden och försvåra möjligheten att upprätthålla de grundläggande principerna för en allmän hälso- och sjukvård. Vården skall vara demokratiskt styrd, solidariskt finansierad och ges efter behov. För att dessa mål skall kunna upprätthållas samtidigt som man släpper in alternativa driftsformer är det nödvändigt att i lag läggas fast i vilka situationer vinstintressen inte får förekomma.

Enligt kommitténs uppfattning är det angeläget att arbetet med att främja förutsättningar för alternativa driftsformer inte avstannar och att faktorer som skapar skilda förutsättningar mellan drift i privat och offentlig regi, om möjligt, undanröjs.

Kommuner och landsting bör i större utsträckning ges möjligheter att engagera privata, kooperativa och ideella aktörer i socialtjänsten och i primärvården, samtidigt som det är viktigt att upprätthålla de grundläggande principerna för välfärdspolitiken.

Kommittén anser att det finns ett behov av att ge utrymme för upphandlande enheter att tillämpa en positiv särbehandling av icke-vinstsyftande leverantörer under vissa förutsättningar. Denna typ av leverantörer har i regel mycket svårt att hävda sig om de utsätts för konkurrens från kommersiella företag. Verksamheten bedrivs ofta i mindre skala och i kooperativa former. Det är vanligt att sociala kooperativ ägs av såväl personal som brukare. Företagen agerar inom den s.k. den sociala ekonomin.

Kommittén anser även det vara motiverat att underlätta för religiösa och andra idéburna organisationer att vara leverantörer inom ramen för den sociala ekonomin. Kommunernas och landstingens rätt att ställa krav på att leverantörerna inte driver verksamhet i syfte att skapa vinst åt ägare eller motsvarande intressent innebär att det öppnas en möjlighet att utesluta renodlat kommersiella företag från deltagande i upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänst. De leverantörer som den upphandlande enheten har möjlighet att positivt särbehandla är företag eller organisationer som i sin bolagsordning eller stadgar direkt eller indirekt deklarerat att syftet med verksamheten inte är att skapa vinst åt någon enskild ägare eller motsvarande intressent. I första hand avses att i bestämmelsen reglera att leverantörer som är noterade på Stockholmsbörsen eller motsvarande utländsk fondbörs kan uteslutas. Även andra kommersiella aktörer skall också kunna uteslutas.

De leverantörer som bestämmelsen avser att prioritera är leverantörer som kan anses bedriva sin verksamhet med stöd av en självkostnadsprincip (se vidare kap. 8). En sådan princip medger att intäkterna under vissa år överstiger kostnaderna men på lång sikt skall eftersträvas att resultatet blir noll. Självklart skall verksamheten bedrivas efter affärsmässiga principer. Skillnaden är att överskott plöjs ned i verksamheten som investeringar eller att överskottet fonderas för framtiden.

Det skall åligga kommuner och landsting som överlämnar ansvaret för genomförandet av hälso- och sjukvård samt socialtjänst till annan att på lämpligt sätt försäkra sig om att den tilltänkte verksamhetsutövaren inte avser att tillgodogöra sig någon vinst.

I detta sammanhang och med hänsyn till landstingens och kommunernas huvudmannaroll för hälso- och sjukvårdstjänster respektive socialtjänst har det emellertid betydelse hur ett överskott används. Att t.ex. ett landstingsägt bolag inte får drivas i vinstsyfte hindrar emellertid inte att verksamheten ger överskott.

I vilken mån verksamheten får ge överskott och hur ett överskott skall användas skall prövas mot grunderna för den kommunala självkostnadsprincipen och andra grundläggande kommunalrättsliga principer. I många verksamheter behövs det naturligtvis ett vinstmoment för att t.ex. få fram nödvändigt kapital. Vid offentligt finansierad verksamhet avseende hälso- och sjukvård samt socialtjänst på marknader som karaktäriseras att konkurrensen inte fungerar, företrädesvis utanför storstadsområdena, är förhållandena annorlunda. Vinstintresset kan här motverka kravet på en god vård och omsorg åt alla medborgare på lika villkor. För att dessa mål skall kunna upprätthållas samtidigt som alternativa driftformer tillåts genomföra delar av denna vård, kan det vara lämpligt att möjliggöra för att privata vinstintressen inte får förekomma. Om ansvaret för att överlåta ansvaret för hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänst till en organisation som är vinstsyftande försätter kommunen eller landstinget i en situation där handlingsutrymmet begränsas. Den vinstsyftande driftansvarige kan, inför en ny upphandling, omförhandling eller förlängning av avtalet, komma att finna det mera lönsamt att ge vård åt andra än landstingets befolkning och då med annan finansiering än den offentliga. Det finns också en risk för att den driftansvarige väljer att upphöra med verksamheten för att lönsamheten inte varit acceptabel, vilket skulle kunna innebära allvarliga konsekvenser för den upphandlande enheten och alla brukare.

Ett i förfrågningsunderlaget uppställt krav på att verksamheten inte får drivas i vinstsyfte kan kringgås genom att det företag som ansvarar för driften i och för sig inte ger någon utdelning till aktieägare eller motsvarande intressenter men i stället lämnar t.ex. koncernbidrag till ett annat företag i samma koncern eller betalar överpriser för prestationer utförda av denna enhet. Det åligger en kommunen eller ett landsting som avser att överlämna ansvaret för hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänst till annan att på lämpligt sätt försäkra sig om att den tilltänkte verksamhetsutövaren faktiskt inte tillgodogör sig något överskott. I prövningen ingår en kontroll av innehållet i den tilltänkte verksamhetsutövarens bolagsordning eller motsvarande stadgar samt en helhetsbedömning av de syften som denne kan antas ha med verksamheten. Ger prövningen vid handen att verksamhetsutövaren kan antas att – direkt eller indirekt – generera vinst, kan ett överlämnande av ansvaret för utförande av hälso- och sjukvårdstjänster respektive socialtjänst inte komma till stånd. Risken för kringgåenden kommer därmed att minska betydligt. Även i det avtal som sluts mellan parterna skall förbudet mot att generera vinst ingå. Vidare måste de upphandlande enheterna under avtalstiden kontrollera att det uppställda kravet att verksamheten får täcka den faktiska kostnaden, självkostnaden, iakttas.

Kommittén gör bedömningen att förslaget är förenligt med EG-rätten och LOU. Kravet på att verksamheten inte skall vara vinstsyftande är således inte oförenligt med kraven på affärsmässighet och förbudet mot att ta ovidkommande hänsyn. Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänst faller utanför EG-direktivens tillämpningsområden, men nationella bestämmelser finns i 6 kap. LOU.

Kommittén har även prövat huruvida den föreslagna lagbestämmelsen inkräktar på den kommunala självstyrelsen. Kommittén konstaterar att någon konflikt med denna grundlagskyddade rätt inte uppkommer utan förslaget till reglering snarare vidgar än inskränker den kommunala självbestämmanderätten. Motivet för bestämmelsen är att göra det möjligt för de kommuner och landsting där det råder tveksamhet till privata vinstintressen inom vård och omsorg att likväl introducera konkurrensutsättning och alternativa driftformer. De kommuner och landsting som inte hyser dessa tveksamheter berörs inte av förslaget.

Den föreslagna regleringen har inte till syfte och får heller inte till effekt att begränsa näringsfriheten. Regleringen riktar sig till kommunerna och landstingen och inte till enskilda. Enskilda rätts-

subjekts möjligheter att i sig bedriva nu aktuell verksamhet begränsas således inte av den föreslagna regleringen. Kommittén menar att förslaget till reglering vilar på en klar vilja att uppnå och upprätthålla konkurrensneutralitet mellan offentlig och privat verksamhet samt bidrar på ett aktivt sätt till att förstärka konkurrensen mellan ett ökat antal marknadsaktörer.

Ett viktigt syfte med kommitténs förslag är att skydda ett angeläget allmänt intresse. Grundlagsbestämmelsen i 2 kap. 20 § första stycket regeringsformen innebär att begränsningar i rätten att driva näring eller utöva yrke endast får införas för att skydda angelägna allmänna intressen och aldrig i syfte gynna ekonomiskt vissa personer eller företag.

Av 7 kap. 5 § LOU framgår att ”ett beslut på vilket denna lag är tillämplig får inte överklagas med stöd av 10 kap. kommunallagen (1991:900)”. I en upphandlingssituation där en kommun eller ett landsting avser att lämna över driften av hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänst till annan kommer eventuella felaktigheter som kommunen eller landstinget gör sig skyldig till i förhållande till vad som stadgas i LOU inte att kunna laglighetsprövas enligt 10 kap. kommunallagen. Ett agerande i strid med den av kommittén föreslagna begränsningen bör däremot kunna prövas enligt 10 kap. kommunallagen. Om ett beslut upphävs med stöd av kommunallagens bestämmelse om laglighetsprövning finns en risk för att kommunen eller landstinget kan komma att åläggas en civilrättslig skadeståndsskyldighet på grund av kontraktsbrott.

Det är viktigt att noga följa vilka effekter införandet av förslaget får. Regeringen har med anledning av införandet av den ovan nämnda s.k. stopplagen (2000:1440), tillsatt en särskild utredning som fått i uppdrag att bl.a. analysera vilka effekter den lagen får samt överväga om en annan reglering, som stärker det demokratiska inflytandet över beslutsprocessen vid försäljning av och överlåtelse av driftsansvar för den offentligt finansierade vården, är mer ändamålsenlig. Eftersom det nu framlagda förslaget vilar på en likartad grund bör effekterna av den nu föreslagna bestämmelsen också kontrolleras. Det finns därför skäl att även inbegripa kommitténs förslag till reglering i 6 kap. 20 § LOU i detta utredningsarbete.

Det kan diskuteras om en sådan positiv särbehandling skall regleras i den lagstiftning som styr vård - och omsorgsverksamheter eller i LOU. En svårighet med att placera en regel om positiv särbehandling i LOU är att lagen är generellt utformad. Ett alternativ är då att införa regler i exempelvis hälso- och sjukvårds-

lagen (1982:783) och socialtjänstlagen (1980:620). Enligt kommitténs bedömning står en sådan regel inte i strid mot icke-diskrimineringsprincipen om det inte görs skillnad mellan nationella företag och företag från annan medlemsstat.

Kommittén anser att en positiv särbehandling av icke-vinstsyftande leverantörer endast bör tillåtas inom hälso- och sjukvård samt socialtjänst.

11.8.3 Kundvalssystem och upphandling

Kommittén anser med hänsyn till att kundvalssystem diskuteras i allt fler kommuner och landsting och att sådana system hänger intimt samman med vilka krav på styrning och kontroll som kan ställas på samhällsfinansierade välfärdstjänster att kundvalssystem inte passar in i upphandlingslagstiftningens normsystem utan borde regleras i särskild ordning. Kommittén anser därför att kundvalssystem inom äldreomsorg, sjukvård, barnomsorg m.m. bör utredas i särskild ordning.

Införandet av ett kundvalssystem med ”check” innebär i regel att kommunen inbjuder privata utförare att på lika villkor konkurrera med kommunens egenregiverksamhet. Detta sker genom att kommunen prövar privata utförares lämplighet utifrån fastställda kriterier. De privata utförare som bedöms lämpliga erhåller auktorisation av kommunen och jämställs med kommunens egenregiverksamhet. Det kan givetvis finnas kundvalssystem utan kommunala utförare.

De som har rätt till en viss omsorg eller service, dvs. kunderna, utrustas med en ”check” som representerar en viss köpkraft. Kunderna har möjlighet att fritt välja mellan olika kommunala eller privata utförare. Utförarna löser in kundernas checkar hos kommunen och får under vissa villkor ersättning för varje check med det belopp som kommunen fastställt. Därigenom har kommunen tillskapat ett marknadsbaserat och bidrags- eller resursfördelnings-system med konkurrens mellan de olika utförarna.

För såväl utförare som kunder är det viktigt att systemet är konkurrensneutralt. Detta innebär att de totala insatser som görs från kommunen ifråga om finansiering, infrastruktur, rutiner och service inom ett visst område inte skall vara beroende av vem som är ansvarig för den operativa driften av verksamheten, i vilken juridisk form eller i vilken kommun del verksamheten bedrivs om

det inte finns sakliga skäl för det. Checksystemet bör vidare fånga in objektiva, mätbara och relevanta skillnader i fråga om konkurrensförutsättningar och ge kompensation för dessa skillnader.

Kundvalssystem med check eller trygghetssystem med värdebevis som det också kallas, innefattar i vissa fall ett uppdragsförhållande mellan kommunen och den private utföraren. Det är fråga om en kommunal verksamhet som utförs på kommunens uppdrag. I sådana fall köper kommunen en tjänst och LOU skall tillämpas. Det är här således fråga om en upphandlingssituation.

Det kan vara svårt att avgöra när det föreligger ett uppdragsförhållande. En naturlig utgångspunkt är att studera hur verksamheten finansieras. Om verksamheten uteslutande eller till övervägande delen finansieras med skattemedel och om finansieringen och villkoren för denna är fixerad i ett avtal mellan parterna talar detta för att det är fråga om en kommunal verksamhet. Detsamma gäller om det är kommunen som tagit initiativet till verksamheten och det huvudsakliga syftet inte är att tillgodose medlemmarnas eget behov av den verksamhet som bedrivs utan snarare att verksamheten drivs i förvärvssyfte, t.ex. om en idrottsklubb tar hand om reparationer och underhåll av lokaler som inte huvudsakligen disponeras av klubben eller om ett kooperativ erbjuder sig att bedriva barnomsorg för andras barn. Kommunens styrning och kontroll av verksamheten är en central del i bedömningen. Likaså är förekomsten av ett avtal (muntligt eller skriftligt) något som talar för ett uppdragsförhållande.

Det förhållandet att kundvalssystem ofta innefattar en skyldighet att genomföra ett upphandlingsförfarande enligt LOU uppfattas av många kommuner som tillämpar ett kundvalssystem eller som överväger att införa ett kundvalssystem som en onödig omgång. Kundvalssystemet syftar till att öppna delar av den offentliga sektorn för konkurrens och ge medborgarna ökad valfrihet. Checken uppfattas som ett viktigt led i den enskilde medborgarens rätt att själv bestämma. Auktorisationsförfarandet motsvarar åtminstone delvis upphandlingsförfarandet och innebär en slags kvalificering eller selektering av privata utförare. I kundvalssystemet förutsätts ett successivt inträde i systemet. Om LOU tillämpas krävs en bestämd avtalstid och upphandling med jämna mellanrum.

Frågan är om kundvalssystemen skall undantas från LOU, regleras som en särskild form av förenklad upphandling eller regleras i en särskild lag. De två senare varianterna skulle göra det möjligt att införa överprövning och skadestånd för sådana fall då privata utförare på felaktiga grunder inte blir auktoriserade.

En reglering underlättar för de kommuner och landsting som önskar införa kundval. Argumentet är då främst att lagstiftningen borde vara neutral i förhållande till olika slags alternativa driftformer. Mot en reglering kan anföras att det går att åstadkomma ett kundvalssystem om man genomför successiva ramavtalsupphandlingar där privata utförare får lämna anbud och prövas i vanlig ordning enligt LOU och den enskilde ”avropar” på de ramavtal som upphandlats.

Kommitténs bedömning

Kommittén anser med hänsyn till att kundvalssystem diskuteras i allt fler kommuner och landsting och att sådana system hänger intimt samman med vilka krav på styrning och kontroll som kan ställas på samhällsfinansierade välfärdstjänster att kundvalssystem inte passar in i upphandlingslagstiftningens normsystem utan borde regleras i särskild ordning. Kommittén anser därför att kundvalssystem inom äldreomsorg, sjukvård, barnomsorg m.m. bör utredas i särskild ordning.

11.9 Direktupphandling

Våra förslag: Direktupphandling bör få användas även i andra situationer än när upphandlingens värde är lågt och det föreligger synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten eller om det finns synnerliga skäl.

Sådana andra situationer då direktupphandling bör få användas är om kostnaderna för en upphandling överstiger värdet av upphandlingen eller upphandling av tjänster som innefattar hälso- och sjukvårdstjänster eller socialtjänster inte är ändamålsenlig eller riskerar att försämra kvaliteten i vården eller omsorgen för en enskild individ.

Förenkling av procedurreglerna

Den svenska lagstiftaren har trots att upphandlingar under tröskelvärdena och upphandlingar av B-tjänster oavsett värde inte omfattas av EG-direktiven om offentlig upphandling valt att

reglera dessa upphandlingar med förenklade men likväl tvingande procedurregler och möjlighet för leverantörer att använda samma rättsmedel som för direktivstyrda upphandlingar. Kommittén anser inte att det finns anledning att ompröva den i delbetänkandet redovisade uppfattningen att det finns vägande skäl för att behålla en nationell reglering av upphandlingar under tröskelvärdena och B-tjänster. Avgörande för kommitténs ställningstagande är att den förenklade upphandlingen så kraftigt dominerar den offentliga upphandlingen i Sverige. Icke desto mindre finns skäl att överväga en förenkling av procedurreglerna för mindre upphandlingar. Många upphandlande enheter upplever att den tid och de kostnader som är förknippade med förenklad upphandling av mindre värde inte står i proportion till det resultat som kan uppnås av ett upphandlingsförfarande. Från affärsmässig synpunkt skulle det vara bättre om resurserna kunde koncentreras på större upphandlingar. Kommittén delar denna uppfattning. Om det öppnades en möjlighet att i större utsträckning utforma och tillämpa lokala riktlinjer för mindre upphandlingar skulle det kunna få stor betydelse för att öka effektiviteten i den offentliga upphandlingen.

Kommitténs bedömning

Kommittén anser att det skulle vara en väsentlig förbättring av upphandlingsreglerna om det öppnades en möjlighet att i större utsträckning än vad som nu är möjligt utforma och tillämpa lokala riktlinjer för mindre upphandlingar. En lämplig gräns under vilken den upphandlande enheten själv får bestämma procedurregler är enligt kommitténs bedömning om upphandlingens värde beräknas understiga sju prisbasbelopp (för närvarande 258 300 kronor).

Kommittén anser att en sådan reform skulle kunna få stor betydelse för att öka effektiviteten i den offentliga upphandlingen. En upphandling skall givetvis inte få delas upp i syfte att komma ned till detta belopp. Om den upphandlande enheten kan eller borde kunna förutse att det finns ett behov av flera likartade leveranser från samma leverantör överstigande detta belopp skall LOU:s procedurregler tillämpas.

Det bör understrykas att alla upphandlingar oavsett värde är underkastade gemenskapsrättens principer och den svenska regeln om affärsmässighet. Det är viktigt att den upphandlande enheten kan redovisa vilka åtgärder som vidtagits för att komma fram till den bästa leverantören och det bästa kontraktet.

En ny tröskel under vilken upphandlande enheter själva får bestämma procedurregler bör enligt kommitténs mening utformas på så sätt att lagtexten fixerar sju basbelopp som ett lågt värde. En upphandlande enheten kan givetvis tillämpa ett lägre belopp om den så önskar.

Enligt kommitténs mening skall direktupphandling kunna tillämpas om kostnaderna för en upphandling överstiger värdet av upphandlingen eller om en upphandling av tjänster som innefattar hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänst inte är ändamålsenlig eller riskerar att försämra kvaliteten i verksamheten.

Det första fallet är ett uttryck för proportionalitetsprincipen. De upphandlande enheternas resurser får inte i orimlig utsträckning användas för tidsödande upphandlingar under tröskelvärdet 200 000 ECU. Förutsättningen är här att de administrativa kostnaderna för upphandlingen kan beräknas överstiga eller i det närmaste överstiga värdet av upphandlingen. Bestämmelsen innebär en liberalisering. Det krävs inte att det föreligger synnerliga skäl. Det räcker att kostnaderna för upphandlingen kan beräknas bli oproportionerligt stora. Det bör observeras att bestämmelsen inte reglerar direktivstyrda upphandlingar.

Det andra fallet tar sikte på situationer när det i och för sig föreligger en upphandlingssituation men en strikt tillämpning av LOU riskerar att framstå som kontraproduktivt och skadligt för t.ex. patienter på ett sjukhus eller boende på ett hem för psykiskt sjuka eller en person som har rätt till omsorg enligt LSS. Avgörande är här att relationen mellan vårdgivare och vård- eller omsorgstagare riskerar att störas, vilket därmed allvarligt kan försämra kvaliteten i vården och omsorgen runt vård- eller omsorgstagaren. Bestämmelsen skall läsas restriktivt vilket innebär att utrymmet för direktupphandling är förbehållet situationer när det är uppenbart att kvaliteten i vården eller omsorgen riskerar att försämrats till följd av upphandlingen.

Huvudregeln i fråga om anskaffning av tjänster inom hälso- och sjukvård samt socialtjänst är att upphandling skall genomföras enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU som förenklad upphandling.

11.10 Överprövning av tilldelningsbeslut

Våra förslag: När beslut om leverantör och anbud fattats skall upphandlande enheter på eget initiativ informera anbudssökande och anbudsgivare om vem som tilldelats upphandlingskontraktet och skälen till det. Upplysningar skall samtidigt lämnas om den dag då giltigt upphandlingskontrakt tidigast kan slutas och om möjligheten att ansöka om överprövning eller väcka talan om skadestånd (övrig information). Till den leverantör som så begär skall en upphandlande enhet genast lämna upplysningar om vem som tilldelats upphandlingskontraktet och skälet till det.

Avtal skall vara ogiltigt om det inte sluts genom upphandlingskontrakt. Avtal skall även vara ogiltigt om det inte sluts först sedan en skälig tidsfrist gått. Tidsfristen skall räknas från det att den upphandlande enheten avsänt information till anbudssökande och anbudsgivare om vem som tilldelats upphandlingskontraktet och skälen till det samt den övriga information som skall skickas på eget initiativ till anbudssökande och anbudsgivare.

Vid vissa upphandlingar kan giltigt avtal slutas utan krav på att det sker genom upphandlingskontrakt och utan krav på att det först gått en skälig tid. Detta gäller vid direktupphandling samt vid vissa upphandlingar inom det direktivstyrda området.

I ärende om upphandling skall uppgift som rör anbud eller motsvarande erbjudande inom en kommun eller ett landsting inte i något fall få lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbuden eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts (absolut anbudssekretess). När den absoluta anbudssekretessen upphört får uppgift som rör anbud eller motsvarande erbjudande inom en kommun eller ett landsting samt uppgift om affärs- eller driftförhållanden för enskild, som har trätt i affärsförbindelse med myndigheten, utan hinder av sekretess lämnas ut till enskild enligt vad som föreskrivs i LOU.

11.10.1 Tilldelningsbeslut skall kunna överprövas

Innebörden av Alcatel-domen

EG-domstolen har, som vi närmare redogjort för i avsnitt 10.7 i det s.k. Alcatel-målet²⁴⁴ slagit fast att det första rättsmedelsdirektivet innebär att alla medlemsstater är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av beslutet om tilldelning av ett kontrakt. Detta gäller oberoende av klagandens möjlighet att erhålla skadestånd efter det att avtal slutits med den utsedda leverantören.

Beslut om tilldelning av kontrakt, dvs. tilldelningsbeslutet, är det beslut där en upphandlande enhet beslutar att ingå avtal med en viss leverantör avseende ett visst anbud.

De slutsatser man kan dra av Alcatel-domen är att medlemsstaterna måste ha ett system som i praktiken gör det möjligt att överpröva tilldelningsbeslutet. I domen erinras om att den berörde kan ha rätt till skadestånd på grund av att direktivet införlivats felaktigt om det inte finns en sådan möjlighet i den nationella rätten.

Den nuvarande regleringen i LOU och sekretesslagen

Som vi närmare utvecklat i kapitel 10 innebär de svenska reglerna om överprövning av upphandling bl.a. att det i praktiken ofta inte är möjligt att få ett tilldelningsbeslut överprövat.

Upphandlingsreglerna innebär att beslutet att tilldela en anbudsgivare ett upphandlingsavtal normalt sett är ett beslut som någon anbudsgivare eller någon utomstående inte kan ta del av. I dag finns det inte någon skyldighet för en upphandlande enhet att informera förlorande anbudsgivare, dvs. de anbudsgivare vars anbud förkastats eller inte antagits, om tilldelningsbeslutet som sådant innan avtal träffats. Vidare finns det inte några regler i LOU om att det skall löpa en tidsfrist mellan tidpunkten för tilldelningsbeslut och tidpunkten för slutande av avtal.

I ett system som det svenska, där beslutet att tilldela en leverantör avtalet och ingåendet av avtalet i praktiken ofta sammanfaller, saknas det följaktligen ett beslut som de berörda leverantörerna

²⁴⁴ EG-domstolens dom 1999-10-28 i mål C-81/98, Alcatel Austria AG m.fl., REG 1999 P. I-7671.

kan få kännedom om. Utomstående får i regel kännedom om tilldelningsbeslutet först sedan avtal slutits. När avtal slutits kan överprövning, enligt bestämmelsen i 7 kap. 1 § andra stycket LOU, inte längre ske. Mot denna bakgrund saknas det ett beslut som skulle kunna bli föremål för en talan om undanröjande, som avses i artikel 2.1 a och b i det ovan nämnda rättsmedelsdirektivet (se avsnitt 10.5.2).

I regel gäller sekretess för anbud tills avtal träffats och det är därför inte heller möjligt, på grund av gällande sekretessreglering, för en leverantör att få information som kan ligga till grund för en ansökan om överprövning när det gäller tilldelningsbeslut. Endast i de fall anbuden offentliggjorts innan avtal slutits kan det ske. Denna möjlighet tillämpas dock mycket sällan.

Slutsatser

Den svenska regleringen uppfyller inte de krav på överprövning som rättsmedelsdirektivet uppställer enligt EG-domstolens dom i Alcatel-målet. En anpassning förutsätter att det införs en skyldighet för upphandlande enheter att informera berörda leverantörer om tilldelningsbeslutet, att avtal kan slutas först sedan en viss tid gått från tilldelningsbeslutet och att det blir möjligt att utan hinder av sekretess lämna ut information om tilldelningsbeslutet. Detta överensstämmer i huvudsak med den anpassning som skett av den österrikiska lagstiftningen (se avsnitt 10.7.2), som var den lagstiftning som var aktuell i Alcatel-målet.

Vi har, som vi närmare utvecklar i de följande avsnitten valt att föreslå en gemensam reglering av bestämmelserna om informationsskyldighet och upphandlingskontrakt i 1 kap. LOU. Utgångspunkten är därvid att bestämmelserna är tillämpliga på alla former av upphandlingar även om undantag skall gälla vid vissa upphandlingar.

Förslagen är begränsade till en anpassning av de svenska reglerna

Våra förslag är begränsade till att i huvudsak föreslå ändringar som är nödvändiga för att anpassa den svenska lagstiftningen till rättsmedelsdirektivens krav. Förslagen innebär inte några sanktioner mot otillåten direktupphandling. För att stävja det missbruk av upphandlingsreglerna som sker genom att upphandlande enheter

tar kontakt med och sluter avtal med en leverantör utan att bestämmelserna i LOU efterlevs över huvud taget har vi i delbetänkandet föreslagit att det införs en marknadsskadeavgift.

I detta sammanhang kan noteras att Högsta domstolen i en dom meddelad den 22 december 2000²⁴⁵ har funnit att en leverantör kan ha rätt till skadestånd vid otillåten direktupphandling, dvs. även om upphandlingen inte föregåtts av något anbudsförfarande.

11.10.2 Information om tilldelningsbeslut

Nuvarande reglering

I avsnitt 10.2 har vi beskrivit de bestämmelser som i dag reglerar en upphandlande enhets skyldighet att lämna information om resultatet av upphandlingen.

Informationsskyldigheten gäller inom det direktivstyrda området, enligt 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 §, 4 kap. 15 § och 5 kap. 13 § LOU, endast sedan en begäran framställts av en anbudsgivare eller en anbudssökande.

Vid upphandlingar utanför det direktivstyrda området är den upphandlande enheten, enligt 6 kap. 14 § LOU, skyldig att sedan ett anbud antagits på eget initiativ och snarast möjligt underrätta en anbudsgivare vars anbud inte har antagits om detta.

Kravet på informationsinnehållet varierar beroende på vad upphandlingen rör. Vid upphandling inom det direktivstyrda området skall information lämnas om vem som fick upphandlingen. Vid upphandling inom försörjningssektorn skall information därutöver lämnas om skälet till att en viss anbudsgivare fick upphandlingen samt om resultatet av upphandlingen. Vid upphandling utanför det direktivstyrda området gäller informationsskyldigheten däremot endast den omständigheten att ett anbud har antagits.

Den nuvarande sekretessregleringen innebär, som vi närmare utvecklat i avsnitt 10.6 att anbud i regel är hemliga till dess avtal sluts eller upphandlingen på annat sätt avslutas. Detta får till följd att upphandlande enheter, som omfattas av reglerna om handlingsoffentlighet och sekretess, kan fullgöra informationsskyldigheten enligt ovan nämnda bestämmelser först sedan avtal slutits. Upphandlande enheter som inte har att tillämpa reglerna om hand-

²⁴⁵ Mål nr T 2417-98.

lingsoffentlighet och sekretess kan själva välja när de vill offentliggöra sina beslut.

I de fall anbud offentliggörs innan avtal sluts kan givetvis dagens bestämmelser om informationsskyldighet ge en anbudsgivare rätt att på begäran få viss information om resultatet av upphandlingen innan avtal slutits, t.ex. om ett tilldelningsbeslut. Som vi angett i avsnitt 10.6.2 tillämpas dock offentlig anbudsöppning mycket sällan.

En informationsskyldighet skall införas

En nödvändig förutsättning för att överprövning av tilldelningsbeslutet skall vara möjlig är, enligt kommitténs mening, att det införs en skyldighet för den upphandlande enheten att informera berörda leverantörer om tilldelningsbeslutet.

En sådan informationsskyldighet skall införas i en ny bestämmelse, 1 kap. 28 §, i LOU och utgångspunkten är därvid att den är tillämplig vid all upphandling som regleras i lagen.

Informationsskyldigheten skall gälla från den tidpunkt då den upphandlande enheten fattat beslut om att anta ett visst anbud från en leverantör.

Samtliga upphandlande enheter skall vara informationsskyldiga

Skyldigheten skall gälla för samtliga upphandlande enheter, dvs. även för sådana upphandlande enheter, t.ex. statliga bolag och privata bolag inom försörjningssektorn, som inte omfattas av förvaltningslagens (1986:223) bestämmelser eller av reglerna om handlingsoffentlighet i 2 kap. tryckfrihetsförordningen och om sekretess i sekretesslagen. Detta överensstämmer med den nuvarande regleringen i LOU. Samtliga bestämmelser om skyldighet för en upphandlande enhet att på begäran lämna viss information gäller för statliga bolag. Vid upphandling inom försörjningssektorn gäller informationsskyldigheten i 4 kap. 15 § LOU även för privata bolag.

Informationsskyldigheten skall i princip gälla vid all upphandling

Vid upphandling inom försörjningssektorerna är det i dag, genom en hänvisning i 4 kap. 15 § LOU, endast de upphandlande enheter som bedriver den verksamhet som anges i 4 kap. 8 a § första

stycket samma lag som omfattas av informationsskyldigheten. Begränsningen till vissa verksamheter har skett för att genomföra de ändringar i ändringsdirektiv 98/4/EG som i sin tur syftar till att anpassa regleringen till det s.k. GPA-avtalet (Government Procurement Agreement).

Enligt kommitténs mening ställer Alcatel- domen krav på att medlemsstaterna inför system som gör det möjligt att överpröva tilldelningsbeslut i samtliga verksamheter som omfattas av det direktivstyrda området. Vi föreslår, mot denna bakgrund, att informationsskyldigheten vid upphandling inom försörjningssektorerna utvidgas till att omfatta alla verksamheter som regleras i 4 kap. LOU.

Information om vem som tilldelats upphandlingskontraktet och skälet till det

Den information som lämnas skall kunna ligga till grund för överprövning av riktigheten av tilldelningsbeslutet. För att detta skall kunna ske krävs att informationen innehåller upplysning om vem som tilldelats avtalet och skälet till det. Innehållet i informationen motsvarar i princip den information som i dag skall lämnas på begäran, enligt bestämmelsen i 4 kap. 15 § tredje stycket LOU, vid upphandling inom försörjningssektorerna.

I förhållande till den informationsskyldighet som gäller vid upphandling inom det direktivstyrda området av varor, byggtjänster och tjänster, dvs. enligt 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 § och 5 kap. 13 § LOU, och vid upphandling utanför det direktivstyrda området, dvs. enligt 6 kap. 14 § andra stycket LOU, innebär den föreslagna bestämmelsen dock en mer omfattande informationsskyldighet.

I avsnitt 11.10.4 analyserar vi närmare vilken rättsverkan ett tilldelningsbeslut kan ha och frågan när avtalsbundenhet inträder.

Information skall lämnas på eget initiativ till anbudssökande och anbudsgivare

Inom det direktivstyrda området är en upphandlande enhet endast skyldig att lämna viss information sedan en anbudsgivare framställt en begäran om detta. Detta är enligt vår mening inte tillräckligt för att garantera att en missnöjd leverantör skall kunna utnyttja till-

gängliga rättsmedel på det sätt som krävs enligt EG-domstolens dom i Alcatel-målet. Vi föreslår därför att den upphandlande enheten skall vara skyldig att på eget initiativ lämna information om vem som tilldelats kontraktet och skälet till det.

Det är framför allt vid upphandlingar där det förekommer anbudssökande eller anbudsgivare som det finns skäl att införa en skyldighet att på eget initiativ informera om tilldelningsbeslutet. En mer långtgående informationsskyldighet, dvs. en skyldighet att på eget initiativ lämna information om tilldelningsbeslutet även till leverantörer som varken lämnat anbud eller ansökt om att få lämna anbud, skulle endast kunna ske genom annonsering. Upphandlingsreglerna bygger emellertid på att upphandling i vissa situationer kan ske utan krav på föregående annonsering. Exempel på detta är s.k. direktupphandling enligt 6 kap. 2 § LOU eller upphandling i s.k. force majeure situationer. Det är enligt kommitténs bedömning inte lämpligt att vid upphandlingar där det i ett tidigare skede i upphandlingsärendet inte finns något krav på annonsering införa ett krav på annonsering av själva tilldelningsbeslutet.

Den information som skall lämnas på eget initiativ av den upphandlande enheten kan, mot denna bakgrund, begränsas till de leverantörer som är anbudssökande och anbudsgivare i ett visst upphandlingsärende. En sådan lösning överensstämmer med den informationsskyldighet som i dag gäller enligt de i avsnitt 10.2 beskrivna bestämmelserna i 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 §, 4 kap. 15 § och 5 kap. 13 § LOU. Vid upphandling utanför det direktivstyrda området gäller enligt 6 kap. 14 § LOU endast en informationskyldighet gentemot anbudsgivare.

Eftersom skyldigheten för en upphandlande enhet att på eget initiativ lämna information om tilldelningsbeslutet endast gäller vid upphandlingar där det finns anbudssökande eller anbudsgivare är bestämmelsen inte tillämplig vid upphandlingar som avses i 2 kap. 11 §, 3 kap. 15 §, 4 kap. 16 § eller 5 kap. 17 § LOU. Något uttryckligt undantag för upphandling som sker i där angivna situationer är således inte nödvändigt.

Information skall lämnas till varje leverantör som så begär

Enligt 7 kap. 1 § första stycket LOU som hänvisar till 7 kap. 2 § samma lag kan den leverantör ansöka om överprövning som anser att han lidit eller kan komma att lida skada om den upphandlande enheten brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i

LOU. Talan om skadestånd kan, enligt 7 kap. 6 § LOU, väckas av en leverantör som uppger sig ha lidit skada.

Eftersom även potentiella leverantörer har rätt att ansöka om överprövning och väcka talan om skadestånd föreslår vi att information om vem som tilldelats kontraktet och skälet till det även skall lämnas till varje leverantör som så begär.

Leverantör anses den vara som anser att den pågående upphandlingen sker på ett sådant sätt att han inte kan delta på ett korrekt och i lagen förutsatt sätt.²⁴⁶

Kommittén har övervägt att föreslå att uppgifter endast skall lämnas ut om det behövs för att leverantören skall kunna iaktta sin rätt till överprövning. Någon möjlighet för en upphandlande enhet att kontrollera en uppgift från den som uppger sig behöva uppgifterna i detta syfte finns dock inte. Enligt kommittén är det därför tillräckligt att ange att uppgifter skall lämnas ut till en leverantör. Den som inte är anbudssökande eller anbudsgivare måste därför för att ha rätt att få ut uppgifter om tilldelningsbeslutet med stöd av den föreslagna bestämmelsen ange att denne är en potentiell leverantör i den ifrågavarande upphandlingen.

Andra än anbudssökande, anbudsgivare eller de som uppger sig vara potentiella leverantörer kan visserligen genom vårt förslag till ändring av bestämmelsen om anbudsssekretess begära att få ut motsvarande information, se vidare avsnitt 11.10.7. Ett utlämnande från en enhet som har att iaktta bestämmelserna om handlings offentlighet och sekretess till någon som inte påstår sig vara en leverantör förutsätter dock en skadebedömning enligt relevanta sekretessbestämmelser.

Utgångspunkten är att skyldigheten för en enhet att på begäran lämna ut uppgifter om tilldelningsbeslutet gäller vid alla upphandlingar enligt LOU, dvs. även vid upphandlingar som skett i de situationer som avses i 2 kap. 11 §, 3 kap.15 §, 4 kap. 16 § eller 5 kap. 17 § LOU. Undantag gäller dock för vissa upphandlingar som regleras enligt bestämmelserna i 6 kap, se närmare nedan.

Kompletterande upplysningar

För att en anbudssökande eller anbudsgivare skall kunna förutse när ett giltigt upphandlingskontrakt, i enlighet med vårt förslag till 1 kap. 30 § LOU, kan ingås föreslår vi att informationen som lämnas på eget initiativ av en upphandlande enhet till anbuds-

²⁴⁶ Jfr prop. 1992/93:88 s. 101.

sökande och anbudsgivare även skall innehålla upplysning om när ett giltigt upphandlingskontrakt kan ingås. Informationen har framför allt ett pedagogiskt syfte. Anbudssökanden eller anbudsgivaren kan genom denna upplysning få en möjlighet att bedöma vilken tid som står till buds för en ansökan om överprövning och för en begäran om interimistiskt beslut.

Enligt kommittén är det lämpligt att en anbudssökande eller anbudsgivare blir informerad även om tillgängliga rättsmedel och relevanta tidpunkter för att begära överprövning eller skadestånd. Därigenom säkerställs att rättsmedlen fungerar på ett effektivt sätt. Som vi närmare beskrivit i avsnitt 10.7.1 betonas EG-domstolen i Alcatel-målet vikten av att de rättsmedel som finns att tillgå vid upphandling är effektiva. Vi föreslår därför att informationen som lämnas på eget initiativ till anbudssökande och anbudsgivare även skall innehålla upplysning om möjligheterna för en leverantör att ansöka om överprövning eller att väcka talan om skadestånd enligt 7 kap. LOU. En sådan upplysning skall även ange möjligheterna att ansöka om interimistiskt beslut.

Motsvarande kompletterande upplysningar är enligt kommitténs mening inte nödvändiga att lämna när någon som påstår sig vara potentiell leverantör men inte ansökt om anbud eller avgett anbud begär att få ut uppgifter om tilldelningsbeslutet. Ett giltigt upphandlingskontrakt kan exempelvis vara slutet när en sådan begäran kommer in. I sådant fall har leverantören inte längre någon möjlighet att få överprövat upphandlingen.

När och på vilket sätt skall informationen lämnas?

Det finns enligt vår mening inte någon anledning att i lag reglera när den information som skall lämnas på eget initiativ senast skall ha avsänts. Skälen är att ett upphandlingskontrakt enligt vårt förslag får slutas först sedan en viss tid förflutit från det att information om tilldelningsbeslutet skickats (se avsnitt 11.10.4). Det ligger således i den upphandlande enhetens eget intresse att expediera ifrågavarande information så snart det kan ske efter det att tilldelningsbeslutet fattats.

För att även en potentiell leverantör som avser att ansöka om överprövning skall kunna göra detta innan avtal kan slutas skall en upphandlande enhet vara skyldig att genast sedan en begäran därom framställts lämna information om vem som tilldelats kontraktet och skälen till det.

Kommittén anser det inte nödvändigt att reglera hur informationen om tilldelningsbeslutet skall lämnas. Informationen kan därför lämnas muntligen, skriftligen eller genom elektronisk överföring. Eftersom upphandlingsärendet inte avgörs genom tilldelningsbeslutet är bestämmelsen i 21 § förvaltningslagen inte tillämplig när den upphandlande enheten är en förvaltningsmyndighet.

Undantag för upphandlingar som regleras enligt 6 kap. LOU

Direktupphandling och upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket LOU, dvs. upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 223 i EG-fördraget, skall vara undantagna från informationskyldigheten.

Vid direktupphandling kan den i 1 kap. 28 § LOU föreslagna bestämmelsen aldrig bli aktuell redan på grund av det förhållandet att det inte finns några anbudssökande och att det inte finns några andra anbudsgivare än den som den upphandlande enheten själv valt att vända sig till.

Direktupphandlingar och upphandlingar som avses i 1 kap. 3 § andra stycket LOU bör dock uttryckligen vara undantagna från bestämmelsens tillämpning.

Vid upphandlingar som regleras i 6 kap. LOU gäller i dag enligt 6 kap. 14 § andra stycket samma lag en skyldighet för en upphandlande enhet att underrätta anbudsgivare vars anbud inte har antagits om när detta skett. Denna bestämmelse skall fortsättningsvis gälla för upphandlingar som regleras i 6 kap. LOU, där det förekommer fler än en anbudsgivare. Den gäller därför t.ex. vid upphandlingar som regleras i 1 kap. 3 § andra stycket samma lag.

Information om varför ansökan eller anbud förkastats

Bestämmelserna i 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 §, 4 kap. 15 § och 5 kap. 13 § LOU ger en anbudsgivare eller en anbudssökande vid upphandling över tröskelvärdena en möjlighet att på begäran få upplysning om skälet till att dennes ansökan eller anbud förkastats. Eftersom det bör införas enhetliga bestämmelser för samtliga upp-

handlingar i 1 kap. LOU förslår vi att denna skyldighet införs i en ny bestämmelse i 1 kap. 27 § i denna lag.

Vid upphandling av varor, byggtreprenader och tjänster gäller enligt 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 § och 5 kap. 13 § LOU att upplysningar skall lämnas inom 15 dagar från det att begäran kommit in. Vid upphandling inom försörjningssektorerna gäller i stället att enheten så snart som möjligt skall lämna begärda upplysningar. För att den gemensamma regleringen i 1 kap. 27 § LOU inte skall medföra någon ändring av de nuvarande reglerna föreslår vi att en enhet skall vara skyldig att lämna begärda upplysningar så snart som möjligt, dock senast inom 15 dagar från det att begäran kom in.

Övrig informationskyldighet

Upphandlande enheter är enligt bestämmelserna i 2 kap 7 a §, 3 kap. 11 § och 5 kap. 13 § LOU skyldiga att lämna upplysningar till anbudsgivare eller anbudssökande om skälen för sitt beslut när enheten beslutat att inte avsluta en annonserad upphandling eller att göra om den. Denna upplysningsskyldighet skall regleras på ett enhetligt sätt i en ny paragraf i 1 kap. 29 § LOU. Även den informationskyldighet som i dag gäller vid upphandling inom försörjningssektorerna enligt 4 kap. 15 § tredje stycket LOU avser, enligt kommitténs mening en sådan situation. Enligt sistnämnda bestämmelse skall enheten lämna upplysningar om resultatet av upphandlingen.

Mot denna bakgrund bör den nya bestämmelsen gälla för all upphandling inom det direktivstyrda området, dvs. för upphandling enligt 2-5 kap.

Våra förslag innebär inte någon ändring i den nuvarande skyldigheten för en upphandlande enhet som avslutat en upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. LOU att enligt 1 kap. 11 § LOU lämna information till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer och till kommissionen. Även denna skyldighet bör regleras gemensamt i den nya bestämmelsen i 1 kap. 27 § LOU. Vid upphandling inom försörjningssektorerna, dvs. enligt 4 kap. samma lag, gäller en något annorlunda utformad upplysningsskyldighet i bestämmelsen i det nuvarande första stycket i 4 kap. 15 § LOU (se avsnitt 10.2.3). Någon ändring av den bestämmelsen föreslås inte.

Följändringar i nuvarande bestämmelser

Vårt förslag till informationsskyldighet för upphandlande enheter föranleder vissa ändringar i nuvarande bestämmelser om upplysningsskyldighet i 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 §, 4 kap. 15 § och 5 kap. 13 § LOU.

Eftersom en upphandlande enhet, enligt vårt förslag till 1 kap. 28 § LOU, är skyldig att på eget initiativ och redan när beslut om leverantör och anbud har fattats informera anbudssökande eller anbudsgivare om tilldelningsbeslutet blir bestämmelserna om upplysningsskyldighet till anbudssökande eller anbudsgivare i 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 §, 5 kap. 13 § LOU i motsvarande utsträckning onödiga. Eftersom vi föreslår att en enhet på begäran skall vara skyldig att genast lämna information om skälet till att en viss leverantör tilldelats kontraktet blir även den nuvarande informationsskyldigheten till anbudssökande och anbudsgivare i 4 kap. 15 § tredje stycket LOU onödig.

Den ytterligare informationsskyldighet som gäller enligt nämnda bestämmelser skall, som vi angett ovan, regleras 1 kap. 27 och 29 §§ LOU. Bestämmelserna i 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 § och 5 kap. 13 § samma lag kan mot denna bakgrund upphävas. Våra förslag innebär även att bestämmelsen i 4 kap. 15 § tredje stycket LOU kan upphävas.

Informationsskyldigheten skall, som vi angett ovan, som huvudregel även gälla för upphandlingar utanför det direktivstyrda området. Detta sker genom en hänvisning i 6 kap. 1 § LOU till 1 kap. 28 § samma lag. Eftersom upphandlingar som avses i 1 kap. 3 § andra stycket LOU endast regleras av 6 kap. och informationsskyldigheten i 1 kap. 28 § LOU inte skall gälla för dessa upphandlingar har kommittén valt att bibehålla informationsskyldigheten i 6 kap. 14 § andra stycket LOU.

11.10.3 Formkrav för upphandlingsavtal

Utgångspunkter

Regeringsrätten har som vi redovisat ovan²⁴⁷ funnit i ett mål om upphandling enligt 4 kap. LOU, dvs. inom försörjningssektorn, att

²⁴⁷ RÅ 1996 ref. 50.

upphandlingsavtal är formalavtal. Regeringsrätten kom till denna slutsats sedan den konstaterat att upphandlingskontrakt som anges i 4 kap. 9 § LOU enligt definitionen i 1 kap. 5 § samma lag är ett skriftligt kontrakt som en upphandlande enhet ingår avseende en upphandling enligt lagen. Regeringsrätten gjorde bedömningen att ett avtal var slutet när parterna undertecknat ett skriftligt avtal.

När det gäller upphandlingar inom det direktivstyrda området, dvs. i 2–5 kap. LOU är det, såvitt kommittén kan bedöma, lämpligt att ha ett formkrav för avtalsbundenhet. Dessa upphandlingar avser stora belopp där det i parternas eget intresse, inte minst ur bevis-synpunkt, är av stor betydelse att reglera åtagandena i ett form-bundet avtal. Ett formkrav innebär att det blir enklare även för tredje man, t.ex. konkurrerande anbudsgivare, att bedöma från vilken tidpunkt ett avtal om upphandling kan anses slutet. När avtal är slutet kan, som vi närmare utvecklat i avsnitt 10.4 över-prövning inte längre ske. Från denna tidpunkt börjar även preskrip-tionsfristen för att väcka talan om skadestånd att löpa.

Som Regeringsrätten konstaterat i nämnda avgörande bygger LOU på att ett skriftligt avtal ingår i upphandlingen. Detta gäller, enligt kommitténs bedömning, dock endast sådana upphandling som regleras av EG-direktiv, dvs. upphandlingar som avses i 2–5 kap. LOU. Vi återkommer nedan till frågan om avtalsbundenhet vid upphandlingar utanför det direktivstyrda området, dvs. upp-handlingar som regleras i 6 kap. LOU.

Behov av tydliga regler för avtalsslut

Det formkrav som enligt ovan nämnda dom gäller för upphand-lingsavtal är inte tydligt angivet i LOU. Formkravet framgår endast av det förhållandet att begreppet upphandlingskontrakt återkom-mande används i flera bestämmelser i 2–5 kap LOU, rörande fram-för allt beräkning av tröskelvärden, och att detta begrepp i sin tur i definieras i 1 kap. 5 § samma lag som ett skriftligt avtal.

I lagen saknas således en bestämmelse som, i likhet med exem-pelvis 4 kap. 1 § jordabalken avseende fastighetsköp, anger vilka formkrav som skall vara uppfyllda för att ett upphandlingsavtal skall vara giltigt.

Det är enligt kommitténs bedömning viktigt att såväl parterna som konkurrerande leverantörer har klart för sig när ett upphand-lingsavtal anses slutet. Denna tidpunkt är avgörande inte bara för frågan om vilken rättsverkan ett offentliggörande av tilldelnings-

beslut kan ha utan även för möjligheterna att ansöka om överprövning eller begära skadestånd (se avsnitt 10.4.1 och 10.4.2). Upphandlingens avslutande är vidare av betydelse för när en upphandlande enhet skall annonsera en avslutad upphandling.

Enligt kommittén bör det formkrav som gäller för upphandlingsavtal tydliggöras i LOU.

Avtal om upphandling är ogiltigt om det inte slutits genom upphandlingskontrakt

Kommittén har övervägt att införa en ny bestämmelse där formkravet, i likhet med vad som gäller t.ex. vid fastighetsköp, för ett giltigt avtal anges. En sådan lösning innebär dock att definitionen av upphandlingskontrakt i 1 kap. 5 § LOU blir överflödigt.

Kommittén anser att det finns anledning att bibehålla definitionen i 1 kap. 5 § LOU. En sådan systematik överensstämmer såväl med de gällande EG-direktiven som med kommissionens förslag till två nya direktiv på området²⁴⁸.

Mot denna bakgrund har vi valt att i en ny paragraf, 1 kap. 30 §, i LOU ange att ett avtal om upphandling är ogiltigt om det inte slutits genom upphandlingskontrakt. I avsnitt 11.10.4 återkommer vi till kravet på att en skälig tid skall ha gått innan giltigt avtal kan slutas. Formkravet för upphandlingskontrakt framgår därvid, som i dag, av bestämmelsen i 1 kap. 5 § LOU.

Rättsföljden av att formkravet inte iakttas är att avtalet blir ogiltigt. Vi utvecklar detta närmare i avsnitt 11.10.5.

Med denna reglering blir det klart att avtalsbundenhet uppstår först när ett upphandlingskontrakt ingåtts. Vi har närmare redogjort för avtalsslutet vid upphandlingskontrakt i avsnitt 10.3.

I vissa upphandlingssituationer är och skall det vara möjligt att sluta avtal utan att det sker i form av ett upphandlingskontrakt. Vi återkommer till detta i avsnitt 11.10.6.

Lämpligheten i nuvarande reglering, dvs. att anbudsgivaren i vissa fall är ensidigt bunden av sitt anbud innan formkravet är uppfyllt kan givetvis ifrågasättas. Det ankommer dock inte på kommittén att föreslå några ändringar i denna reglering.

²⁴⁸ Kom (2000) 275 slutlig-COD 2000/0115, EGT C 29 E.30.1.2001, s. 11-111, Celex nr. 52000 PC0275 och KOM (2000) 276 slutlig-COD 2000/0117, EGT C29E, 30012001, s. 112-188, Celex nr. 52000 PC 0275.

Formkravet

Det förhållandet att avtal om upphandling sluts genom ett upphandlingskontrakt innebär i enlighet med vad som uttryckligen anges i definitionen i 1 kap. 5 § LOU att avtalet skall vara skriftligt. I enlighet med Regeringsrättens dom²⁴⁹ i det tidigare nämnda innefattar formkravet även ett krav på egenhändigt undertecknande.

Enligt kommitténs mening är det i dag inte tillräckligt tydligt att formkravet även innefattar ett krav på egenhändigt undertecknande. I regel gäller ett sådant krav i svensk rätt först om detta uttryckligen anges. Ett krav på skriftlighet utan krav på egenhändigt undertecknande har i praxis, när det gäller t.ex. överklaganden, ansetts innefatta även överföring via telefax (se NJA 1993 s. 308). Detta har dock inte varit möjligt när det finns ett krav på egenhändigt undertecknande. Kammarrätten i Göteborg har, som vi nämnt redan i avsnitt 10.3.2, accepterat att ett upphandlingsavtal ingåtts genom att den upphandlande enheten lämnat en accept genom telefax.

Även i LOU har ett krav på egenhändigt undertecknande uttryckligen angivits när detta varit nödvändigt. Ett exempel är 1 kap. 19 § LOU i dess lydelse till och med den 31 december 2000. Enligt denna äldre lydelse kunde anbud och ansökningar om deltagande i anbudsgivning avges skriftligt. Ansökningar kunde dock göras muntligt eller genom telegram eller telefax om de bekräftades genom en egenhändigt undertecknad handling. Systematiken i den tidigare lydelsen innebar, såvitt kommittén kan bedöma, att det inte fanns något krav på egenhändigt undertecknande av skriftliga anbud eller ansökningar. Detta krav gällde endast bekräftelser av ansökningar som gjorts på annat sätt än skriftligen.

EG-direktiven ger inte något entydigt svar på frågan i vad formkravet vid upphandlingskontrakt består. Det förhållandet att begreppet "contract in writing" används i den engelska versionen av EG-direktiven kan eventuellt tas till intäkt för att begreppet skriftlig när det gäller upphandlingskontrakt skall innefatta även ett krav på egenhändigt undertecknande.

För att tydliggöra att ett upphandlingskontrakt, som Regeringsrätten funnit i RÅ 1996 ref. 50, skall vara egenhändigt undertecknat bör det, enligt kommitténs mening, uttryckligen anges i definitionen i 1 kap. 5 § LOU.

Vi återkommer nedan till vad som skall innefattas i skriftlighetsbegreppet.

²⁴⁹ RÅ 1996 ref. 50.

Avtal om upphandling skall kunna slutas på elektronisk väg

Den informationsteknologiska utvecklingen har gjort det möjligt att sluta avtal på elektronisk väg. Det finns givetvis, i likhet med vad som gäller på andra områden, ett behov av att kunna använda modern kommunikationsteknik i upphandlingsförfaranden.²⁵⁰ Kommissionen bedriver arbete på flera olika områden i syfte att så långt som möjligt tillåta användning av modern teknik. I Kommissionens meddelande från 1998 avseende offentlig upphandling²⁵¹ aviserade kommissionen riktlinjer för ändringar i direktiven. Förändringarna berör elektronisk upphandling och syftar bl.a. till att ge de upphandlande enheterna en möjlighet att välja bort det skriftliga förfarings sättet vid anbudslämnande till förmån för elektroniskt lämnade anbud. Kommissionen har nu lagt fram förslag till två nya upphandlingsdirektiv. I dessa definieras begreppet skriftlighet som all slags framställning i ord eller siffror som kan läsas, återges och sedan meddelas. Begreppet anges även omfatta uppgifter som överförs och lagras med medel för elektronisk överföring²⁵².

Enligt kommitténs mening finns det ett behov, i vart fall att i framtiden, kunna ingå avtal om upphandling på elektronisk väg. Detta ligger i linje med kommissionens arbete inom såväl upphandlingsområdet som på andra områden. Medlemsstaterna skall enligt art 9.1 i direktivet om elektronisk handel se till att det i deras lagstiftning är tillåtet med avtal på elektronisk väg. Medlemsstaterna skall vidare särskilt se till att de rättsliga krav som är tillämpliga på avtalsprocessen varken skapar hinder för användningen av avtal på elektronisk väg eller medför att sådana avtal fränkänns rättslig verkan och giltighet på grund av att de kommit till stånd på elektronisk väg.

Sedan den 1 januari 2001 är det, som vi ovan nämnt, möjligt att även vid ett ordinärt förfarande ge in anbud på elektronisk väg eller på annat sätt. Detta var tidigare endast möjligt vid s.k. påskyndat förfarande. Ändringen har motiverats av behovet av att göra det möjligt för de upphandlande enheterna att tillåta användningen av modern teknik.²⁵³

Det är enligt kommitténs mening möjligt att en accept av ett på elektroniskt väg eller på annat sätt lämnat anbud kan leda till att ett

²⁵⁰ Se t.ex. skr. 1997/98:190 Elektronisk handel och prop. 1999/2000:128.

²⁵¹ Offentlig upphandling inom Europeiska Unionen, KOM (98) 143, Celex nr. 51998 Dc 0143.

²⁵² Kom (2000) 275 slutlig och Kom (2000) 276 slutlig.

²⁵³ Prop. 1999/2000:128, bet. 2000/01:FiU8, rskr. 2000/01:25.

bindande avtal om upphandling ingås. Avgörande är vad som kan anses innefattas i skriftlighetsbegreppet i 1 kap. 5 § LOU.

Begreppet skriftlighet kan i allmänhet, enligt kommitténs mening innefatta även elektroniskt överförd information. Elektroniska meddelanden som kan läsas och lagras kan anses vara skriftliga meddelanden.²⁵⁴ Begreppet skriftlighet har dock, som vi närmare redogjort för i avsnitt 10.3.3 i 1 kap. 19 § och 6 kap. 5 § LOU angående formerna för anbud och ansökningar om deltagande i anbudsgivning inte ansetts omfatta elektroniska eller andra överföringar. Med den nuvarande regleringen i LOU kan begreppet skriftlighet således inte anses omfatta även elektroniska eller andra överföringar.

Kommittén har övervägt att i enlighet med kommissionens förslag till nya direktiv införa en motsvarande enhetlig definition av begreppet skriftlighet i 1 kap. 5 § LOU. En sådan definition skulle dock ta sikte på skriftlighetsbegreppet i samtliga bestämmelser i lagen och skulle inte överensstämma med systematiken i 1 kap. 19 § och 6 kap. 5 § LOU.

För att det med bibehållande av den nuvarande regleringen av former för anbud och ansökningar skall vara möjligt att sluta avtal på elektronisk väg föreslår kommittén att det i definitionen av upphandlingskontrakt anges att undertecknandet kan ske med en elektronisk signatur. En sådan reglering innebär att kravet på undertecknande samt kravet på skriftlighet är uppfyllt även vid en elektronisk överföring. Den upphandlande enheten kan själv fastställa vilken teknisk säkerhetsnivå som skall gälla för den elektroniska signaturen.

Behov av en generell översyn av skriftlighetsbegreppet

Det kan enligt kommitténs mening finnas anledning att se över behovet av ett enhetligt skriftlighetsbegrepp i LOU. En sådan generell översyn har, med hänsyn främst till tidsaspekten, inte varit möjlig att göra inom ramen för vårt uppdrag. För att nå bättre överensstämmelse med kommande EG-direktiv på området bör en översyn lämpligen kunna ske vid genomförandet av de nya direktiven.

²⁵⁴ Se PM upprättat av professorn i handelsrätt Christina Hultmark till Statskontoret ang. kravet på skriftlighet och egenhändigt undertecknande i LOU, 1999-09-20. I Statskontorets rapport Elektronisk upphandling under tröskelvärdena (1999:39) hänvisas till detta PM.

Avtalsbegreppet i kapitel 7

Som vi närmare beskrivit ovan skall huvudregeln visserligen vara att upphandlingsavtal sluts genom upphandlingskontrakt. I vissa situationer är detta dock inte nödvändigt (avsnitt 11.10.6). Mot denna bakgrund har vi valt att inte föreslå någon ändring av begreppen i bestämmelserna i 7 kap. LOU. Som vi nämnt i avsnitt 10.3.3 används begreppet avtal och inte begreppet upphandlingskontrakt i det kapitlet när det gäller möjligheten att utnyttja rättsmedlen överprövning och skadestånd.

11.10.4 En tidsfrist skall löpa innan avtal får slutas*Behov av tidsfrist mellan tilldelningsbeslut och avtalslut*

För att en missnöjd anbudsgivare skall ha en reell möjlighet att få ett tilldelningsbeslut prövat är det nödvändigt, förutom att denne får information om tilldelningsbeslutet (avsnitt 11.10.2), att ett avtal om upphandling inte kan ingås alltför tidigt i anslutning till detta beslut.

Behovet av en tidsfrist mellan tilldelningsbeslut och bindande avtal finns endast vid de upphandlingar som skall avslutas genom upphandlingskontrakt. Vi föreslår därför att villkoret om viss tidsfrist regleras i förslaget till 1 kap. 30 § i LOU tillsammans med villkoret att ett giltigt avtal om upphandling skall slutas genom upphandlingskontrakt.

Rättsföljden av att tidsfristen inte iakttas är att avtalet är ogiltigt. Vi utvecklar detta närmare i avsnitt 11.10.5.

Skälig tidsfrist

Vilken tid som skall ha förflutit innan ett giltigt upphandlingskontrakt kan ingås kan bestämmas först efter en avvägning mellan å ena sidan den anbudssökandes eller den anbudsgivandes behov av tid för att möjliggöra en överprövning och eventuellt utverka ett inhibitionsbeslut av länsrätten och å andra sidan den upphandlande enhetens behov av att snabbt kunna träffa avtal med utsedd leverantör.

Kommittén har övervägt att i lag ange en tid bestämd i dagar som för alla former av upphandlingar skall vara att anse som skälig. Eftersom det förekommer stora variationer mellan olika branscher och olika slags upphandlingar är det emellertid, enligt vår mening, inte lämpligt att i lagtexten ange en viss, enhetlig tidsfrist för alla former av upphandlingar. Vid en jämförelse med regleringen av anbudstider i LOU framgår att anbudstidernas längd varierar (jfr exempelvis 2 kap. 13-16 §§ LOU) beroende bl.a. på vilken form av upphandling det är fråga om och om det finns skäl till förlängning av anbudstiden. I 6 kap. 5 a § första stycket LOU är tidsfristen för anbudsgivning vid upphandling utanför det direktivstyrda området angiven endast som en skälig tid.

Kommittén har stannat för att föreslå att det i LOU endast anges att en skälig tid skall ha gått innan ett giltigt upphandlingskontrakt kan ingås. Denna tid skall räknas från avsändandet av sådan information som enligt vårt förslag till 1 kap. 28 § första stycket LOU skall lämnas till anbudssökande och anbudsgivare.

Minimitid

En förutsättning för att rättsmedlet överprövning skall vara ett effektivt rättsmedel är att den ifrågavarande tidsfristen inte blir så kort att det i realiteten är omöjligt för en anbudssökande eller anbudsgivare att få till stånd en överprövning innan avtalsslutet även om avtalsslutet ligger något senare i tiden än tilldelningsbeslutet.

I syfte att säkerställa att förlorande anbudssökande eller anbudsgivare verkligen ges skälig tid för att begära överprövning av tilldelningsbeslut föreslår vi att det i lagen anges en minimitid som skall iakttas innan ett giltigt upphandlingskontrakt kan ingås. Minimitiden kan för alla former av upphandlingar som skall slutas genom upphandlingskontrakt bestämmas till tio dagar. Detta gäller följaktligen även vid påskyndade förfaranden.

Tidsfristen räknas från det att information om tilldelningsbeslut avsänts

Vi föreslår att tidsfristen skall räknas från det att information om tilldelningsbeslutet enligt 1 kap. 28 § första stycket LOU avsänts. Som vi angett i avsnitt 11.10.2 får den upphandlande enheten själv välja sättet på vilket den lämnar information om tilldelningsbeslutet

enligt 1 kap. 28 § LOU. Det finns inte något krav på delgivning av beslutet. Denna reglering överensstämmer med vad som gäller vid upplysnings- och underrättelseskyldighet i dag enligt 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 §, 4 kap. 15 §, 5 kap. 13 § och 6 kap. 14 § LOU. Det överensstämmer vidare med regleringen av t.ex. beräkning av anbudsfrister. Anbudsfrister beräknas i LOU från den dag då annonsen om upphandling avsändes (jfr exempelvis 2 kap. 18 § LOU).

Rättsverkan av tilldelningsbeslut

Avtalsbundenhet för upphandlingskontrakt uppstår, som vi närmare utvecklat i avsnitt 10.3.3, när formkravet för upphandlingskontrakt är uppfyllt. Detta innebär att båda parterna blir bundna när de undertecknat ett skriftligt avtal. Vid vissa upphandlingar kan avtal dock slutas utan att det sker i form av ett upphandlingskontrakt, se vidare avsnitt 11.10.6.

En anbudsgivare är i vissa fall i dag bunden av sitt anbud under en skälig acceptfrist. Bundenheten är provisorisk. Om anbudsgivaren återtar sitt anbud under acceptfristen kan den upphandlande enheten, såvitt kommittén bedömer det, inte tvingas att underteckna ett upphandlingskontrakt. Anbudsgivaren kan dock bli skyldig att utge skadestånd enligt allmänna civilrättsliga regler²⁵⁵.

En upphandlande enhet däremot blir bunden först när formkravet för upphandlingskontraktet är uppfyllt. En fråga kommittén ställt sig är dock vilken rättsverkan offentliggörandet av ett tilldelningsbeslut kan medföra för enheten.

Ett tilldelningsbeslut kan med våra förslag aldrig leda till att ett giltigt upphandlingskontrakt sluts. Detta är en konsekvens av att ett giltigt upphandlingskontrakt kan ingås tidigast sedan en skälig tid förflutit från det att information om tilldelningsbeslutet avsänts.

Frågan är dock vilka andra konsekvenser ett tilldelningsbeslut kan få för upphandlande enheten. En förvaltningsmyndighet är enligt den offentlighetsrättsliga regleringen i regel bunden av gynnande förvaltningsbeslut (jfr. 27 § förvaltningslagen). Detta gäller dock inte beslut som bara är ett internt ställningstagande, t.ex. att bygga en väg eller göra ett inköp. Att motparten, t.ex. den leverantör som förvaltningsmyndigheten beslutat ingå avtal med har intresse av att

²⁵⁵ Grönfors, Kurt, Avtalslagen, 2 uppl. s. 25.

beslutet står fast hindrar i princip inte att det ändras²⁵⁶. Regeln om gynnande förvaltningsbeslut är således inte tillämpligt vid tilldelningsbeslut i ett upphandlingsärende.

Även om någon offentligrättslig bundenhet inte uppkommer för upphandlande myndigheter kan det, enligt kommitténs bedömning, inte uteslutas att en upphandlande enhet, kan ådra sig skadeståndsskyldighet på utomobligatorisk grund för det negativa kontraktsintresset om den förfarit uppsåtligt eller oaktsamt²⁵⁷. Som vi närmare angett i avsnitt 10.7.2 anses i österriskisk lagstiftning - som var den lagstiftning som var aktuell i Alcatel-målet - att en upphandlande enhet kan vara bunden enligt regeln om culpa in contrahendo.

11.10.5 Ogiltighet

Enligt kommittén är det nödvändigt i syfte att garantera effektiviteten av rättsmedlet överprövning att det inträder en rättsföljd om en upphandlande enhet träffar ett upphandlingskontrakt utan att det först gått en viss tid sedan tilldelningsbeslutet.

Som vi närmare redogjort för i avsnitt 10.4 kan överprövning inte ske sedan avtal slutits. Det finns inte heller möjlighet att bryta upp ett redan ingånget avtal om upphandling.

Vi har mot denna bakgrund utformat bestämmelsen i 1 kap. 30 § så att ett avtal om upphandling är ogiltigt, förutom om det inte slutits genom upphandlingskontrakt, om det ingås utan att en viss tidsfrist iakttas. I de båda rättsmedelsdirektiven (se avsnitt 10.5) ges medlemsländerna frihet att själva bestämma om det skall vara möjligt att häva ingångna avtal eller inte på grund av brott mot upphandlingsreglerna.

Rättsföljden av att en upphandlande enhet undertecknar ett upphandlingskontrakt utan att iakttä den i 1 kap. 30 § LOU angivna tidsfristen är enligt vårt förslag att upphandlingskontraktet är ogiltigt.

En förutsättning för att tidsfristen skall börja löpa är, som vi närmare beskrivit ovan, att den upphandlande enheten lämnar den information som avses i 1 kap. 28 § första stycket LOU. Rätts-

²⁵⁶ Hellners, Trygve, Malmqvist, Bo, Nya förvaltningslagen med kommentarer, 5 uppl., s. 296.

²⁵⁷ Se bl.a. Ramberg, Jan, Hultmark, Christina, Allmän avtalsrätt, 5 uppl., s. 76-77 och Hellners och Malmqvist m.fl., a.a., s. 296. Jfr även Kleineman, Jan, Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, Juridisk tidskrift 1993-94 s. 433.

följden ogiltighet inträder således även om en upphandlande enhet underlåter att skicka information som avses i 1 kap. 28 § första stycket LOU eller om den information som skickas inte innehåller samtliga upplysningar som anges i den bestämmelsen.

I detta sammanhang kan antecknas att den föreslagna rättsföljden ogiltighet endast inträder vid underlåtelse att iaktta bestämmelserna i 1 kap. 28 första stycket och 30 §§ LOU. Våra förslag innebär inte att ett upphandlingsavtal är ogiltigt när en upphandlande enhet brutit mot andra bestämmelser i lagen. Ett avtal blir t.ex. inte ogiltigt om information inte lämnas genast sedan en potentiell leverantör framställt en begäran därom enligt vårt förslag till bestämmelse i 1 kap. 28 § andra stycket LOU.

11.10.6 Undantag från kravet på viss form och viss tidsfrist

Upphandling utanför det direktivstyrda området

Som vi redan nämnt finns det vissa upphandlingssituationer där ett formkrav för avtalsbundenhet inte bör gälla. Regeringsrätten uttalade i det ovan nämnda RÅ 1996 ref. 50 att den aktuella lagstiftningen, dvs. LOU, får anses bygga på att ett skriftligt avtal ingår i upphandlingen. Enligt kommitténs bedömning är det emellertid inte helt klart att även upphandlingar utanför det direktivstyrda området endast kan avslutas genom ett upphandlingskontrakt. Begreppet upphandlingskontrakt förekommer inte i 6 kap. LOU även om det i 6 kap. 1 § hänvisas till bestämmelsen i 1 kap. 5 § där begreppet definieras.

Även om det inte är självklart att ett formkrav skall gälla för upphandlingar utanför det direktivstyrda området talar övervägande skäl, enligt kommitténs mening, för att ett formkrav skall gälla som huvudregel även vid upphandling utanför det direktivstyrda området.

När det gäller vissa former av upphandlingar ligger det emellertid i sakens natur att något skriftligt upphandlingsavtal inte kan ingås. Detta gäller framför allt direktupphandling som regleras i 6 kap. 2 § andra stycket LOU.

Direktupphandling kan i dag användas om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska

orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten.

När upphandlingen avser ett lågt värde ingås avtalet i regel muntligen och över disk. Vid direktupphandling som sker på grund av att värdet är lågt finns det inte något behov av att parternas åtaganden konkretiseras i läsbar form. Ett formkrav skulle tvärtom många gånger utgöra ett onödigt hinder i enhetens löpande verksamhet. Ett skriftligt kontrakt skulle behöva undertecknas för att enheten skulle kunna inhandla t.ex. en dagstidning.

Det är, enligt kommitténs mening, inte heller lämpligt med ett formkrav när direktupphandling sker på grund av synnerlig brådskan.

I avsnitt 11.9 har vi redogjort för våra överväganden när det gäller ett ökat utrymme för direktupphandling. Inte heller i de övriga fall där vi föreslår att direktupphandling bör få ske gäller något formkrav.

Något formkrav är heller inte nödvändigt vid upphandling i de situationer som avses i 6 kap. 2b § LOU. I de däri angivna situationerna får upphandling ske utan föregående annonsering med en leverantör.

Upphandling inom det direktivstyrda området

Enligt kommitténs mening bör även vissa upphandlingar inom det direktivstyrda området undantas från formkravet. Detta gäller upphandling som vid upphandling av varor, byggentreprenad och tjänster får ske genom förhandlad upphandling utan föregående annonsering enligt 2 kap. 11 §, 3 kap. 15 § och 5 kap. 17 § och som vid upphandling inom försörjningssektorn får ske utan annonsering enligt 4 kap. 16 § LOU.

11.10.7 Offentliggörande av anbudsuppgifter vid tilldelningsbeslut

Handlingsoffentlighet och sekretess i upphandlingsärenden

De upphandlande enheter som har att iaktta bestämmelserna om handlingsoffentlighet och sekretess har att pröva om ett utlämnande av uppgifter kan ske enligt bestämmelserna i 2 kap. tryck-

frihetsförordningen och i sekretesslagen. Som vi närmare redogjort för i avsnitt 10.6 omfattas samtliga upphandlande enheter av dessa regler med undantag för statliga och privata bolag.

Som vi beskrivit närmare i avsnitt 10.6.2 gäller sekretess till skydd för det allmänna enligt 6 kap. 2 § tredje meningen sekretesslagen för uppgifter rörande anbud till dess avtal sluts eller ärendet på annat sätt avgjorts. Denna anbudssekretess kan brytas innan ärendet på annat sätt avgjorts om samtliga anbud offentliggörs. Anbudssekretessen är absolut vilket innebär att uppgifterna omfattas av sekretess utan att det finns någon möjlighet att efter en skadebedömning lämna ut dem.

När den absoluta anbudssekretessen upphört gäller sekretess till förmån för det allmänna ekonomiska intresse enligt 6 kap. 2 § första meningen sekretesslagen och sekretess till förmån för enskildas ekonomiska intresse enligt 8 kap. 10 § sekretesslagen.

Anpassning av bestämmelsen om absolut anbudssekretess

Eftersom anbudshandlingar i regel inte offentliggörs innan avtal slutits innebär den nuvarande sekretessbestämmelsen att det är ytterst svårt för en leverantör att få till stånd någon överprövning av ett tilldelningsbeslut. Detta är fallet även om det inte föreligger hinder mot överprövning på grund av bestämmelserna i LOU. För en upphandlande enhet som har att iaktta reglerna om sekretess således skall kunna fullgöra den informationsskyldighet som vi föreslår i 1 kap. 28 § LOU måste bestämmelsen om anbudssekretess anpassas i enlighet härmed.

Syftet med anbudssekretessen i 6 kap. 2 § första stycket tredje meningen sekretesslagen är att förhindra anbudskarteller. Detta syfte kan, enligt kommitténs mening, upprätthållas även om sekretessen hävs vid en tidigare tidpunkt än när avtal sluts.

Som vi närmare beskrivit i avsnitt 10.3.5 är anbudsgivaren vid vissa upphandlingar bunden under den tid som den upphandlande enheten angett. Denna tid kan givetvis bestämmas så att anbudsgivaren är bunden fram till den tidpunkt då ett giltigt upphandlingskontrakt kan slutas.

Det förhållandet att anbudssekretessen hävs innan avtal sluts bör vidare inte vid upphandlingar där anbudsgivarna inte är bundna av sina anbud innebära någon egentlig risk för att det allmänna skall lida skada. Som vi närmare beskrivit i avsnitt 10.6.2 är bestämmelsen i 6 kap. 2 § första meningen sekretesslagen tillämplig sedan

den absoluta anbudssekretessen hävts. Dessutom är det redan i dag möjligt att häva den absoluta anbudssekretessen innan upphandlingsärendet avslutats. I dag är det dock den upphandlande enheten själv som förfogar över denna möjlighet.

Vi föreslår mot denna bakgrund att bestämmelsen om anbudssekretess ändras så att sekretess hävs redan när beslut om leverantör fattats. Enligt vårt förslag kan anbudssekretessen således hävas när beslut om leverantör fattats eller om den upphandlande enheten dessförinnan beslutat att offentliggöra alla anbud eller slutfört ärendet.

Anpassning av sekretessbestämmelser sedan anbudssekretessen hävts

När anbudssekretessen hävts gäller sekretess enligt 6 kap. 2 § första meningen och 8 kap. 10 § sekretesslagen. Enligt dessa bestämmelser kan, som vi närmare redogjort för i avsnitt 10.6 2 och 10.6.3, uppgifter lämnas ut först sedan en skadebedömning gjorts.

Huvudregeln är att uppgifterna är offentliga. Sekretess gäller endast om det kan antas att det allmänna enligt 6 kap. 2 § första meningen eller en enskild enligt 8 kap. 10 § sekretesslagen lider skada om uppgiften röjs. Om någon skada inte kan antas föreligga skall uppgiften lämnas ut.

För att en upphandlande enhet som har att tillämpa sekretesslagens bestämmelser skall kunna fullgöra den informationsskyldighet vi föreslagit i 1 kap. 28 § LOU bör bestämmelserna i 6 kap. 2 § första meningen och i 8 kap. 10 § sekretesslagen anpassas så att enheten kan lämna ut uppgifterna utan hinder av sekretess.

Ett uttryckligt undantag från sekretessen anges i de särskilda sekretessbestämmelserna

Enligt kommitténs mening är det nödvändigt att i sekretesslagen uttryckligen undanta de uppgifter som omfattas av informationskyldigheten i LOU från den i 6 kap. 2 § första meningen och 8 kap. 10 § sekretesslagen föreskrivna sekretessen. Bestämmelsen i 14 kap. 5 § sekretesslagen är visserligen tillämplig i det fall det finns en bestämmelse i annan lag som anger att uppgifter skall lämnas ut. Enligt nämnda bestämmelse hindrar sekretess inte att sökande, klagande eller annan part i mål eller ärende hos domstol eller annan

myndighet tar del av handling eller annat material i målet eller ärendet.

Nämnda regel är dock försedd med undantag. Handling eller annat material får nämligen inte lämnas ut i den mån det av hänsyn till allmänt eller enskilt intresse är av synnerlig vikt att sekretessbelagd uppgift i materialet inte röjs. I sådant fall skall myndigheten på annat sätt lämna parten upplysning om vad materialet innehåller, i den mån det behövs för att han skall kunna ta tillvara sin rätt och det kan ske utan allvarlig skada för det intresse som sekretessen skall skydda.

Genom den av oss föreslagna informationskyldigheten i LOU skulle bestämmelsen kunna tillgodose anbudsgivares och anbudssökandes behov av information sedan den absoluta anbudssekretessen hävts. Det är dock tveksamt om bestämmelsen är tillämplig på sådana potentiella anbudsgivare som har rätt att ansöka om överprövning eller väcka talan om skadestånd men som av olika anledningar inte ansökt om att få lämna anbud eller lämnat anbud. Sådana potentiella anbudsgivare kan, enligt kommitténs bedömning, bli parter i ett ärende om upphandling först vid den tidpunkt när de ansöker om överprövning eller väcker talan om skadestånd. Mot denna bakgrund anser vi det mer lämpligt att i 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen uttryckligen ange att uppgifter får lämnas ut till enskild utan hinder av sekretess enligt vad som föreskrivs i LOU.

Genom ett uttryckligt undantag i nämnda bestämmelser blir det även tydligt att de uppgifter som anges i 1 kap. 28 § LOU skall lämnas ut, utan hinder av sekretess. Någon möjlighet att med hänsyn till allmänt eller enskilt intresse välja att inte lämna ut informationen kan inte ske.

Offentliggörandet av uppgifter som rör anbud eller erbjudanden innan avtal sluts står inte i strid med Sveriges åtaganden gentemot EU. I EG-direktiven föreskrivs att publicering inte får innehålla uppgifter vars publicering skulle strida mot något allmänt intresse och motverka befogade affärs- eller konkurrensintressen (jfr exempelvis art. 9.3 direktiv 93/36/EEG). En förlängd sekretess säkerställs i de svenska reglerna genom det sekretesskydd som föreskrivs i 6 kap. 2 § första meningen sekretesslagen såvitt gäller det allmännas intresse och 8 kap. 10 § sekretesslagen såvitt gäller enskildas intressen.

Tystnadsplikt för enskild

Kommittén har övervägt om informationskyldigheten i LOU borde motsvaras av en bestämmelse om tystnadsplikt hos mottagaren av informationen.

Eftersom informationen i regel kan antas begäras endast om mottagaren behöver denna för att kunna ta tillvara sin rätt att begära överprövning eller väcka talan om skadestånd är det, enligt kommitténs mening, mindre lämpligt att införa en tystnadsplikt för den mottagna informationen.

För att inte innebära en inskränkning i nuvarande reglering skulle en generell tystnadsplikt med nödvändighet vidare behöva vara tidsbegränsad till den dag då avtal slutits. När avtal slutits upphör, som vi beskrivit i avsnitt 10.6.2 den absoluta anbudssekretessen och uppgifter kan lämnas ut efter en sekretessprövning enligt 6 kap. 2 § första meningen eller 8 kap. 10 § sekretesslagen om det inte finns anledning anta att det allmänna respektive enskild lider skada om uppgiften röjs. Enskild som efter en sådan sekretessprövning tar del av uppgifter i ett upphandlingsärende är i dag inte skyldig att iaktta någon tystnadsplikt för mottagna uppgifter.

Vidare är den information som skall lämnas ut enligt vårt förslag till 1 kap. 28 § LOU begränsad till upplysningar om vem som tilldelats upphandlingskontraktet och skälet till det. Enheten skall givetvis lämna ut tillräckligt med information för att det skall vara möjligt att göra en överprövning av tilldelningsbeslutet. Närmare uppgifter om det anbud som enheten beslutat anta kan lämnas ut först sedan en skadebedömning gjorts.

Informationen skall givetvis inte innehålla uppgifter som är att anse som företagshemligheter. En enhet som röjer en företagshemlighet kan ådra sig skadeståndsansvar enligt lagen (1990:409) om företagshemligheter och det gäller oavsett om enheten har att iaktta reglerna om handlingsoffentlighet och sekretess eller inte.

En tystnadsplikt skulle dessutom endast gälla för sådan information som mottas av upphandlande enheter som har att iaktta reglerna om handlingsoffentlighet och sekretess men inte för motsvarande information som mottas av andra enheter, t.ex. statliga och privata bolag.

Mot denna bakgrund har kommittén stannat för att inte föreslå att det införs en generell tystnadsplikt för mottagaren av information om tilldelningsbeslut.

12 Riktlinjer för regeringens arbete i EU

12.1 Inledning

I mars 1997 yttrade sig den svenska regeringen²⁵⁸ över kommissionens grönbok om offentlig upphandling²⁵⁹. Enligt regeringens yttrande finns det fyra huvudfrågor som är särskilt viktiga från ett svenskt perspektiv. Dessa huvudfrågor är:

- EU:s medlemsländer och EES-länderna måste snarast genomföra upphandlingsdirektiven i sina nationella rätts-system,
- det måste bli en likartad tillämpning av upphandlingsdirektiven i alla medlemsländer och kommissionen måste noggrant följa upp genomförandet av upphandlingsdirektiven,
- det måste vara möjligt att upphandla elektroniskt, t.ex. att anbud får lämnas elektroniskt och
- att det måste utredas vilka miljökrav som får ställas vid offentlig upphandling, eftersom det är viktigt att i framtiden kunna ta större miljöhänsyn i upphandlingssammanhang.

Sedan 1997 har flera av dessa frågor på ett eller annat sätt beaktats och bearbetats inom EU och i Sverige. Kommittén skall pröva om de av regeringen i yttrandet över grönboken lämnade riktlinjerna bäst motsvarar det övergripande svenska intresset. Om de inte överensstämmer med kommitténs uppfattning bör den föreslå andra riktlinjer för det svenska arbetet i EU.

²⁵⁸ Regeringen, Finansdepartementet, dnr Fi97/646, 1997-03-20.

²⁵⁹ Kommissionens grönbok om offentlig upphandling inom Europeiska unionen, KOM(96) 583.

12.2 Nuvarande riktlinjer

12.2.1 Införlivande av upphandlingsdirektiven inom EU:s medlemsländer

Regeringen anser att det är viktigt att EU:s medlemsländer och EES-länderna snarast införlivar upphandlingsdirektiven i sina nationella rättssystem och att det blir en likartad tillämpning. Efterlevnaden av regelsystemet i Sverige förutspås bli bättre om det är klart för upphandlande enheter och leverantörer att regelverket genomförts i alla medlemsländer. Regeringen understryker också vikten av att kommissionen noggrant följer upp genomförandet av upphandlingsdirektiven.

I en bilaga till regeringens skrivelse påtalas vikten av att leverantörer och inköpare vet att direktiven införlivats och tillämpas likartat i de olika medlemsländerna. Detta gäller inte minst rättsmedelsdirektiven. Leverantörerna måste veta att direktiven tillämpas och hur de kan få hjälp vid regelvidriga beteenden. Vidare behövs övervakande organ som kontrollerar att reglerna efterlevs.

12.2.2 Tillämpning av upphandlingsdirektiven i EU:s medlemsländer

I grönboken och det påföljande meddelandet uppmanas medlemsstaterna att ha självständiga myndigheter som övervakar införlivandet av upphandlingsdirektiven. Myndigheten bör på ett snabbt och smidigt sätt lösa problem i samband med tilldelning av upphandlingskontrakt.

I Danmark initierades i september 1998 ett pilotprojekt som syftar till administrativt samarbete för att lösa tvister. I projektet ingår förutom Danmark även Tyskland, Italien, Nederländerna, Spanien och Storbritannien. Projektet skall pågå i tre år.

Ett av huvudsyftena med projektet är att identifiera metoder för att nå en pålitlig och snabb informell lösning på problem som har att göra med tillgängligheten till upphandlingsmarknaden i de deltagande medlemsstaterna. För att nå målet kommer en eller flera myndigheter att utnämnas som kontaktorgan för problemlösning. Sinsemellan skall dessa kontaktorgan samarbeta.

De medlemsländer som deltar har gått med på att följa vissa guidelines vid ärenden när en myndighet efterfrågar samverkan med motsvarande myndighet i någon av de andra länderna.

En fråga eller ett klagomål skall kunna behandlas genom att de inblandade medlemsländerna diskuterar problemet och ger landet som har mottagit frågan eller klagomålet en möjlighet att ändra ett olagligt beteende.²⁶⁰

12.2.3 Elektronisk upphandling

Enligt regeringens bedömning bör modern informationsteknik få användas i de olika leden av offentlig upphandling för att på så sätt kunna ta till vara de fördelar som kan vinnas ifråga om exempelvis snabbhet, effektivitet och kostnadsbesparing. Hög prioritet bör sålunda ges ett utvecklingsarbete som skapar de nödvändiga förutsättningarna för ett förfarande som så snart som möjligt kan genomföras helt elektroniskt. Regeringen anser vidare att direktiven inte ger någon klart besked på frågan om i vilken utsträckning som de upphandlande enheterna kan använda ett elektroniskt förfarande. Direktiven bör enligt regeringen förtydligas i denna del.

12.2.4 Miljökrav vid offentlig upphandling

Det är enligt regeringens uppfattning viktigt att direktiven inte förhindrar att rimliga miljöhänsyn tas vid offentlig upphandling. Enligt grönboken finns ett visst utrymme att ställa miljökrav vid offentlig upphandling men det finns enligt regeringens uppfattning också oklarheter i direktiven och grönboken om i vilken utsträckning detta får göras. De oklarheter regeringen nämner är om en upphandlande enhet får ställa miljökrav på produktionen och transporten av varorna. Sådana miljökrav, som upphandlande enheter i dag ser som angelägna att ställa på leverantörerna, strider inte sällan mot EG-direktiven. Läget har i Sverige givit upphov till många olika tolkningar och en negativ attityd till direktiven och gemenskapsrätten.

Regeringen anser således att det finns ett stort behov av att utreda vilka miljökrav som får ställas eftersom det är viktigt att kunna ta större miljöhänsyn i upphandlingssammanhang. Samtidigt måste

²⁶⁰ Informationen är hämtad från SIMAP:s hemsida (<http://simap.eu.int>), Simap (Système d'Information pour les Marchés Publics).

man se till att upphandling sker under tillräcklig konkurrens, dvs. är icke-diskriminerande och sker affärsmässigt. Det föreligger också enighet, inom ramen för gemenskapens åtgärdsprogram för miljö och en hållbar utveckling, om att prioritera en översyn av gemenskapens regler för offentlig upphandling så att miljöhänsyn i större utsträckning tas vid tillämpning av reglerna samtidigt som sund konkurrens bevaras.

12.3 Överväganden och förslag

12.3.1 Det övergripande svenska intresset

Kommittén anser att följande mål utgör det övergripande svenska intresset (utan inbördes rangordning) när det gäller regeringens arbete inom EU. Dessa mål stämmer väl överens med de mål som kommittén utvecklade i sitt delbetänkande²⁶¹. Det övergripande svenska intresset kan därmed sägas vara att:

- värna och öka det svenska näringslivets exportmöjligheter,
- stärka de svenska företagens internationella konkurrenskraft,
- åstadkomma en ekologiskt hållbar tillväxt,
- bidra till en långsiktig hållbar utveckling,
- undanröja hinder för den gränsöverskridande handeln,
- förbättra konkurrens vid offentlig upphandling till fördel för konsumenter,
- ge ökade möjligheter för små och medelstora företag att delta i offentlig upphandling,
- skattemedlen används på ett så kostnadseffektivt sätt som möjligt, dvs. mera värde för pengarna,
- skattemedel endast går till företag som följer lagen,
- använda den offentliga upphandlingen som instrument för att påverka leverantörernas beteende i fråga om miljö, jämställdhet, antidiskriminering etc.,
- bidra till en allsidig utveckling av hela Sverige,

²⁶¹ SOU 1999:139 s. 187 ff.

- positiv särbehandling av vissa leverantörer kan ske för att på sikt åstadkomma en ökad konkurrens, mångfald och valfrihet,
- alla medlemsländer måste se till att upphandlingsdirektiven införlivas i deras rättsordningar och efterföljs solidariskt.

12.3.2 Förslag till nya och kompletterande riktlinjer

Kommittén anser att de riktlinjer som gäller för regeringens arbete i EU stämmer väl överens med det övergripande svenska intresset. Riktlinjerna bör emellertid tydliggöras och kompletteras med nya huvudfrågor.

1. Införlivande av Amsterdamsfördraget

För att uppfylla Amsterdamsfördragets intentioner att miljö skall integreras i alla politikområden samt att hållbar utveckling är en prioriterad fråga behövs en ändrad hållning vad gäller upphandlingsdirektiven. Kommittén uppmanar regeringen att med kraft driva att långsiktig hållbar utveckling läggs till som en grundprincip i gemenskapsrätten. Grundprinciperna skulle då bli öppenhet och transparens icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, ömsesidigt erkännande och långsiktig hållbar utveckling.

2. Införlivande av upphandlingsdirektiven inom EU:s medlemsländer

Sedan 1997 har upphandlingsdirektiven och särskilt rättsmedelsdirektiven införlivats i medlemsländernas rättsordningar på ett mera fullständigt sätt än tidigare. Ett exempel är förbundsrepubliken Tyskland som införlivade rättsmedelsdirektiven 1999.²⁶² I flera länder pågår nationellt lagstiftningsarbete med anledning av EG-domstolens avgörande i Alcatel-målet.²⁶³ Ändringar av upphandlingsdirektiven och utvidgningen av unionen kommer att nödvändiggöra en fortsatt kontroll av att medlemsländerna införlivar upphandlingsdirektiven på ett korrekt sätt.

²⁶² Se i övrigt delbetänkandet SOU 1999:139 s. 114 ff.

²⁶³ se avsnitt 10.7.1.

3. Tillämpning av upphandlingsdirektiven i EU:s medlemsländer

Kommittén anser att bevakningen av att medlemsländerna tillämpar upphandlingsdirektiven på ett likartat sätt är minst lika viktig som att kontrollera att medlemsländerna införlivat direktiven i sina nationella rättsordningar. Kommittén har erfarenhet att tillämpningen av upphandlingsdirektiven skiljer sig åt mellan medlemsländerna. I vissa medlemsländer är den statliga tillsynen helt otillräcklig eller obefintlig. Regeringen måste verka för att upphandlande enheter i alla medlemsländer solidariskt efterföljer de upphandlingsdirektiv som beslutats av rådet och Europaparlamentet och att varje medlemsland inrättar oberoende statliga tillsynsmyndigheter.

4. Elektronisk upphandling

Den 10 maj år 2000 beslutade kommissionen om ett lagstiftningspaket som bl.a. syftar till att anpassa upphandlingen till informationssamhället²⁶⁴. Paketet innehåller nya bestämmelser om elektronisk upphandling och förkortning av tidsfristerna. Förslagen kan komma att underlätta spridningen och utvecklingen av elektronisk upphandling.

Upphandlingskommittén har tagit del av det svenska arbetet med elektronisk upphandling. Mycket arbete återstår ännu men Sverige ligger långt framme. Företrädare för arbetet med elektronisk upphandling från Svenska kommunförbundet har informerat kommittén²⁶⁵ om utvecklingen på området inom den offentliga sektorn.

Kommittén har i detta betänkande lämnat förslag som innebär att det skall vara möjligt att sluta ett upphandlingskontrakt på elektronisk väg. Kommittén anser det vara av största vikt att regeringen arbetar för att upphandlingsdirektiven och andra rättsakter ger utrymme för bestämmelser och standarder som underlättar elektroniska affärer. Kommittén förutsätter att datorstödd upphandling utformas på ett sådant sätt att inte mindre och medelstora företag diskrimineras. Samtidigt får inte en outvecklad datoranvändning

²⁶⁴ Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader och förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi och transporter (KOM (2000) 275 slutlig - 2000/0115 COD och KOM(2000) 276 slutlig - 2000/0117 COD)

²⁶⁵ Kerstin Wiss Holmdahl och Lena Dahlmans anförande vid kommittésammanträdet den 7 april 2000.

göras till utgångspunkt för utformning av bestämmelser om elektronisk upphandling. Något som direkt försvårar en utveckling av elektronisk upphandling är att CPV-nomenklaturen (Common Procurement Vocabulary) inte fungerar för att definiera vilka produkter som en upphandlande enhet efterfrågar och leverantörerna erbjuder. För att öka den offentliga sektorns möjligheter och intresse av att upphandla elektroniskt och att underlätta för leverantörer att delta i elektronisk upphandling krävs att kommissionen tar fram användbara generiskt neutrala koder för olika produktområden. Dessa koder är nödvändiga, dels för att upphandlande enheter skall kunna specificera egenskaper hos efterfrågade varor och tjänster utan att behöva hänvisa till visst märke, fabrikat eller ursprung (jfr 1 kap 16 § LOU), dels för att leverantörer skall kunna "docka" sina artikeldatabaser mot kravspecifikationens detaljuppgifter om vad som skall upphandlas (anbudsspecifikation).

5. Ökade möjligheter att ställa miljökrav vid offentlig upphandling

Genom Amsterdamfördraget har miljö- och naturresursfrågorna fått en stärkt ställning inom EU. Hållbar utveckling är ett av de prioriterade områdena inom unionen och miljöfrågor skall integreras i övriga politikområden. Kommittén anser att det bör få ett tydligt genomslag i den offentliga upphandlingen. Kommittén vill, i likhet med Delegationen för ekologiskt hållbar upphandling (EKU-delegationen) peka på att rådet, i samband med översynen av EU:s femte åtgärdsprogram för miljön och hållbar utveckling, träffat en politisk överenskommelse om att reglerna för offentlig upphandling bör ses över i syfte att öka möjligheterna att ta miljöhänsyn.

Kommissionens tolkningsdokument om miljö och offentlig upphandling, som kan förväntas komma ut under våren 2001, kommer sannolikt att medföra ett antal klargöranden av möjligheterna att ställa miljökrav. Det går emellertid redan nu att konstatera, innan tolkningsmeddelandet är klart, att tolkningar av befintligt regelverk inte gör det möjligt att ställa miljökrav i tillräcklig utsträckning. Enligt kommittén är det nödvändigt med ändringar av direktiven för att öka utrymmet för miljöhänsyn vid offentlig upphandling, framför allt när det gäller upphandling av varor.

Kommittén ställer sig bakom det remissvar som EKU-delegationen lämnat till regeringen avseende kommissionens förslag till ändrade upphandlingsdirektiv. Kommittén vill understryka att

kommissionens förslag till nya direktiv genom de uttryckliga kraven på direkt koppling till det som upphandlas och att anbudet skall innebära en ekonomisk förmån endast för den upphandlande enheten kommer att innebära minskade möjligheter att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling än vad som gäller enligt EG-domstolens praxis i dag. Regeringen uppmanas därför att agera kraftfullt för att få till ändringar i kommissionens ändringsförslag så att upphandlande enheter får ökade möjligheter att ställa miljökrav. Kommittén vill särskilt framhålla följande riktlinjer för regeringens arbete med miljöfrågor i samband med offentlig upphandling.

Kommittén anser att upphandlingsdirektiven bör ändras så att det blir möjligt att ställa krav på att en vara är tillverkad med miljöanpassade och resurseffektiva tillverkningsprocesser. Enligt kommittén bör regeringen verka för att det skall bli möjligt att vid all slags upphandling ställa krav som riktar sig mot hela livscykeln hos en vara. Miljökrav skall således kunna ställas på såväl råvaror, tillverkningsprocesser, varans användning och avfall. Behovet av att kunna ställa miljökrav på produktionsprocessen har, som vi beskrivit i avsnitt 6.3.7, påtalats av Regionkommittén i dess yttrande över kommissionens förslag till direktiv. Till livscykelperspektivet hör även miljöpåverkan från transporter. Miljökrav bör således även kunna ställas på transporter. En förutsättning är självfallet att ställda miljökrav är förenliga med de grundläggande principerna om bl.a. fri rörlighet av varor och tjänster, icke-diskriminering och proportionalitet. Upphandlande enheter skall således kunna ställa krav på att anbudsgivare även i en varuupphandling uppfyller kriterierna för etablerade miljöledningssystem såsom t.ex. EMAS och ISO 14001 m.fl. Kraven skall kunna ställas antingen i kvalificeringsfasen eller i utvärderingsfasen.

Allmänintresset

Kommissionen instämmer i EKU-delegationens synsätt att möjligheten att i hög utsträckning ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling är en nödvändighet för att myndigheter och andra offentliga organ skall kunna ta hänsyn till ett bredare allmänintresse och inte endast till den ekonomiska fördel som upphandlingen innebär för just den upphandlande enheten. Ett exempel är Statskontorets upphandlingen av persondatorer som för närvarande är föremål för utredning hos kommissionen (se avsnitt 6.5.4).

Miljömärkning

Även när det gäller miljömärkning instämmer kommittén i vad EKV-delegationen anført. Regeringen bör således verka för att det i upphandlingsdirektiven tas in hänvisningar till den artikel i den ändrade miljömärkningsförordningen respektive i den ändrade EMAS-förordningen som behandlar offentlig upphandling. En revidering av EG:s förordning om miljömärkningssystemet EU-blomman antogs sommaren 2000. I den reviderade förordningen har en paragraf tagits in som berör miljömärkning och offentliga inköp. Den innebär att offentliga organisationer skall föregå med gott exempel när de fastställer sina produktkrav med syftet att uppmuntra användningen av miljömärkta produkter. En reviderad förordning om EU:s miljöledningssystem EMAS kommer att antas inom kort. Även i denna förordning finns en paragraf införd som behandlar EMAS och offentliga inköp. Här står det att offentliga organisationer ska överväga hur de kan ta hänsyn till EMAS-registrering när de ställer upp kriterier för sin upphandlingspolicy. Syftet är att främja leverantörers deltagande i EMAS.

6. Sociala hänsyn och arbetsmarknadspolitiska hänsyn vid offentlig upphandling

Kommittén anser att det är mycket viktigt att de upphandlande enheterna kan ställa krav på att leverantörerna följer gällande lag inom det sociala och arbetsmarknadspolitiska området i respektive medlemsland. Medborgarna skall inte behöva acceptera att leverantörer som betalas av skattemedel bryter mot regler om bekämpning av arbetslöshet, arbetsmiljö, minimilön eller barnarbete.

Kommittén anser att det trots den öppning som EG-domstolens praxis innebär, finns en risk att utrymmet för sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsynstaganden inte kommer att bli större genom de nya direktiven. Regeringen bör således verka för att upphandlingsdirektiven ändras så att det klart och tydligt framgår att det är möjligt att ta sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn vid offentlig upphandling. Sådana hänsyn bör i större utsträckning än vad som är möjligt i dag kunna tas vid kvalificeringen av leverantörerna. En leverantör skall således kunna uteslutas vid all slags upphandling om denne inte är beredd att åta sig att följa gällande lagstiftning i landet. Som vi angett i avsnitt 11.5.5 och 11.5.6 är det vid upphandling inom den klassiska sektorn i dag i princip endast möjligt att utesluta en leverantör som enheten kan

visa har begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Det kan även finnas visst utrymme att, i enlighet med EG-domstolens praxis, ta sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn vid anbudsutvärderingen även om det enligt kommitténs mening är svårt att göra en värdering av sådana hänsyn när det gäller att bestämma vilket anbud som är det ekonomisk mest fördelaktiga. Som vi närmare redogjort för i avsnitt 11.5.8 är det i dag redan möjligt att föra in villkor om exempelvis antidiskriminering som ett tillkommande kontraktsvillkor. Det bör enligt kommitténs mening även vara möjligt att i motsvarande utsträckning föra in klausuler som innebär att leverantörer inte får bryta mot innehållet i ILO-konventionerna. Det sistnämnda förhållandet leder i sin tur till frågan om Sverige bör ratificera ILO:s konvention nr. 94 om arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part. Enligt kommitténs mening bör regeringen verka för att ILO-konventionen skrivs in i upphandlingsdirektiven.

7. Förenklingar av upphandlingsdirektiven

Kommittén anser att regeringen bör verka för förenklingar av upphandlingsdirektiven. En viktig förenkling skulle vara att höja tröskelvärdena. Detta gäller också de tröskelvärden som gäller enligt det s.k. GPA-avtalet (Government Procurement Agreement). För svensk del skulle detta medföra att utrymmet för förenklad upphandling enligt 6 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) skulle öka. Kommittén anser också att regeringen bör verka för att upphandlingsdirektiven kompletteras med uttryckliga bestämmelser under vilka förutsättningar som kommuner och landsting får göra upphandlingar från sina självständiga företag och vice versa utan formellt upphandlingsförfarande, dvs. att sådana transaktioner faller utanför direktivens tillämpningsområde och skall betraktas som produktion i egen regi (in-house).

En mycket viktig förenkling skulle vara att ta bort omotiverade skillnader mellan upphandlingsreglerna för den klassiska sektorn och försörjningssektorerna. En sådan omotiverad skillnad är reglerna om kvalificering av leverantörer som skiljer sig åt mellan de olika sektorerna.

8. Större öppenhet vid offentlig upphandling bland EU:s medlemsländer.

Den svenska offentlighetsprincipen ger leverantörer, massmedia och allmänheten långtgående möjligheter att kontrollera att de beslut som fattas i samband med offentlig upphandling är korrekta och att tendenser till korrupcion kan avslöjas på ett tidigt stadium. Svenska företag som deltar i offentliga upphandlingar i andra medlemsländer har inte samma möjlighet till insyn och kontroll av upphandlingsförfarandet. Regeringen borde verka för större öppenhet vid offentlig upphandling vilket kan stärka svenska företags internationella konkurrenskraft och underlätta för svenska företag att öka exporten till andra medlemsländer. En större öppenhet skulle också underlättas av att regeringen verkar för att kommissionen inför bestämmelser och standarder som underlättar portaler och elektroniska marknadsplatser för elektroniska affärer.

9. Undanröja hinder mot den gränsöverskridande handeln mellan medlemsländerna och länder utanför EU

Under den tid som Sverige varit medlem i EG har inte handeln mellan medlemsländerna ökat på något märkbart sätt. Trots att det råder tullfrihet och att en rad åtgärder har vidtagits för att underlätta rörligheten för personer, varor, tjänster och kapital finns en rad barriärer som omger varje medlemsland och varje marknad. Detta märks inte minst vid offentlig upphandling. Trots en omfattande obligatorisk annonsering i EGT och TED av direktivstyrda upphandlingar får upphandlande enheter i regel ett mycket magert resultat av sina ansträngningar. Det finns sannolikt flera förklaringar till detta. En förklaring kan vara att om ett företag vill ta sig in på en ny utländsk marknad kan detta göras genom att etablera ett dotterbolag på den främmande marknaden eller att sälja till etablerade grossister och andra aktörer på den aktuella marknaden.

I andra fall kan det dock finnas språkliga och kulturella hinder som försvårar handeln.

En svårighet som kan vara avgörande för ett företag att inte lämna anbud på en offentlig upphandling över nationsgränsen kan vara svårigheter att transportera och distribuera varor till de enheter som skall förbruka varorna. De initiala kostnaderna för att bygga upp en distributionsapparat kan avhålla utländska företag från att delta i gränsöverskridande offentlig upphandling. För den

offentliga sektorn medför detta att konkurrensrycket ofta är lågt vid offentliga upphandlingar. Kostnaderna för kommuner, lands- ting och statliga myndigheter blir därmed onödigt höga. Regeringen bör, enligt kommittén, verka för att stimulera till nya former av upphandlingar som underlättar för leverantörer att delta i offentliga upphandlingar i andra länder. En sådan åtgärd skulle vara att satsa på en uppdelning av upphandlingar så att varor upphandlas för sig och transport och distribution av varorna upphandlas för sig. Genom denna separering åstadkoms inte bara att flera företag kan lämna anbud utan också att det finns större möjligheter att ställa miljökrav på själva transport- och distributionstjänsten. Något som skulle underlätta gränsöverskridande offentlig upphandling är att den gemensamma upphandlingsordlistan - CPV-nomenklaturen – förbättras. För många leverantörer är det svårt att hitta relevanta annonser och det förekommer att de får ut felaktiga förfrågningsunderlag på grund av att de vilseletts av kodifieringen.

10. Positiv särbehandling av vissa leverantörer

Kommittén anser att regeringen borde verka för att upphandlingsdirektiven kompletteras med bestämmelser under vilka förutsättningar som en upphandlande enhet kan sluta avtal med en grupp av anställda som tar över verksamhet med lokala eller regionala myndigheter som huvudman. Reglerna om tjänsteupphandling bör inte försvåra s.k. ”avknoppningar” som syftar till att öppna den offentliga sektorn för konkurrens och att öka konkurrensstrycket vid offentlig upphandling. Regeringen bör också verka för att upphandlingsdirektiven kompletteras med bestämmelser som reglerar under vilka förutsättningar en upphandlande enhet kan föreskriva att en leverantör inte får driva sin verksamhet med syfte att skapa vinst åt ägare eller motsvarande intressent. En sådan komplettering syftar till att möjliggöra för lokala och regionala myndigheter att introducera konkurrens, mångfald och valfrihet inom branscher och områden där offentlig verksamhet i mycket stor utsträckning drivs i egen regi.

11. Internationell upphandling

En ökad liberalisering av den internationella upphandlingsregimen är viktig för Sverige då det handlar om stora ekonomiska värden och området endast delvis är reglerat av internationella avtal. Flera olika initiativ att utveckla nuvarande regelverk diskuteras för när-

varande inom ramen för Världshandelsorganisationen (World Trade Organization, WTO). Det är angeläget att de kommer igång snarast. Kommittén anser att regeringen bör verka för ökade möjligheter till gränsöverskridande offentlig upphandling mellan EU:s medlemsländer och länder utanför unionen. Regeringen bör verka för att GPA:s upphandlingsregler klart och tydligt gör det möjligt för upphandlande enheter att föreskriva krav på att leverantörer följer ILO-konventionerna.

13 Ekonomiska och andra konsekvenser

13.1 Inledning

Enligt 14 § kommittéförordningen (1998:1474) skall kommittén beräkna och redovisa de ekonomiska konsekvenserna av sina förslag. Det gäller förslag som påverkar kostnaderna eller intäkterna för staten, kommuner, landsting, företag eller enskilda och förslag som innebär samhällsekonomiska konsekvenser i övrigt. Om förslagen i betänkandet har betydelse för den kommunala självstyrelsen eller för små företags arbetsförutsättningar, konkurrensförmåga eller villkor i övrigt i förhållande till stora företag, skall dessa konsekvenser, enligt 15 § samma förordning, beskrivas. Det samma gäller om förslagen kan ha betydelse för brottsligheten eller det brottsförebyggande arbetet, sysselsättningen och offentlig service i olika delar av landet, jämställdheten, möjligheter att nå de integrationspolitiska målen samt personlig integritet.

Kommittén anser att förslagen i betänkandet kan ha vissa ekonomiska konsekvenser och viss betydelse när det gäller den kommunala självstyrelsen, små företag och sysselsättning och offentlig service i olika delar av landet. Dessa konsekvenser redogör vi närmare för i detta kapitel.

Avslutningsvis redogör vi även för våra förslag till ikraftträdande.

13.2 Ekonomiska konsekvenser

Förslaget om tillskapandet av ett permanent kvalitets- och utvecklingsråd för offentlig upphandling kan leda till väsentliga kostnadsbesparingar för den offentliga sektorn dels om rådet inrättas, dels om upphandlande enheter tillgodogör sig de råd och förslag som

kvalitets- och utvecklingsrådet lämnar. Kommittén har i sitt delbetänkande skattat att med en radikal omvandling av upphandlingskulturen skulle det kunna finnas en potential för kostnadsbesparingar upp till 15 procent eller nästan 60 miljarder kronor per år²⁶⁶. Denna besparingspotential kan givetvis även användas för att förbättra kvaliteten i offentlig service.

Förslagen om undantag från upphandlingsskyldighet i vissa fall mellan kommun eller landsting och helägt kommunalt företag, större möjligheter till direktupphandlingar och positiv särbehandling av vissa leverantörer kommer att leda till ett effektivare utnyttjande av kommunsektorns och den kommunala företagssektorns resurser genom minskade transaktionskostnader. Möjligheterna till positiv särbehandling av vissa leverantörer kommer att leda till ett ökat konkurrenstryck vid sådana typer av upphandlingar. Därmed minskar kommunernas och landstingens kostnader för offentlig service. Möjligheten att prioritera leverantörer som inte är vinstsyftande kan möjliggöra att överskott som genereras i företagen stannar kvar och kan investeras i kommunernas eller landstingens geografiska område.

Förslaget om förbättrad information om tilldelningsbeslut och därmed bättre möjligheter att ansöka om överprövning får till följd att tiden för upphandlingen förlängs i vart fall de tio dagar under vilka ett giltigt upphandlingskontrakt inte kan ingås. Detta kan innebära en merkostnad för både upphandlande enheter och leverantörerna. Det är inte möjligt att bedöma storleken av denna kostnad.

En överprövning kan i sin tur medföra ökade kostnader för den upphandlande enheten och för den leverantör som tilldelats kontraktet genom att avtalsslutet skjuts fram i tiden. Kommittén har emellertid inte funnit det möjligt att inom ramen för sitt arbete göra någon bedömning av vilka kostnader skulle kunna medföra. I detta sammanhang bör påpekas att förslagen inte innebär ökade möjligheter att förebygga s.k. otillåtna direktupphandlingar. Det är endast i de upphandlingar där det finns anbudssökande eller anbudsgivare som en upphandlande enhet är skyldig att på eget initiativ informera om tilldelningsbeslutet. När det inte finns anbudssökande eller anbudsgivare finns visserligen en skyldighet för en enhet att på begäran lämna ut viss information. Detta förutsätter dock, i likhet med vad som gäller i dag, att en leverantör själv är aktiv för att informera sig om tilldelningsbeslutet.

²⁶⁶ SOU 1999:139 s.191.

Förslaget kan även komma att medföra vissa mindre administrativa merkostnader för de upphandlande enheter som ännu inte utformat rutiner för att lämna information om tilldelningsbeslutet. Denna kostnad torde dock vara försumbar i sammanhanget. Det nuvarande regelsystemet i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och sekretesslagen (1980:100) medger under vissa förutsättningar att upphandlande enheter lämnar information om tilldelningsbeslutet och väntar med att sluta avtal under en viss tid. För de enheter som redan inrättat sina upphandlingsrutiner i enlighet med EG-domen innebär förslagen i sig inte några ökade ekonomiska kostnader.

En följd av att den svenska lagstiftningen inte anpassas till nämnda dom från EG-domstolen är dock att staten kan bli skadeståndsskyldig på EG-rättslig grund.

Kommittén lämnar inte några förslag till ändring i LOU när det gäller möjligheten att beakta samhällspolitiska mål i den offentliga upphandlingen. I viss utsträckning är det möjligt redan i dag att ta sådana hänsyn vid offentlig upphandling. Vi har närmare redogjort för det när det gäller antidiskrimineringshänsyn och miljöhänsyn i kapitel 5 och 6 och redovisat våra överväganden i denna del i avsnitt 11.5 och 6.

Enligt kommittén bör det, som vi närmare utvecklat i såväl nämnda avsnitt som i kapitel 12, vara möjligt att i viss högre utsträckning ta samhällspolitiska hänsyn vid offentlig upphandling. Detta gäller givetvis endast inom ramen för EG-rättens allmänna principer om rätten till fri rörlighet av varor, och tjänster samt principerna om icke-diskriminering, likabehandling och proportionalitet.

SAF²⁶⁷ hävdar att den offentliga sektorns merkostnader till följd av att det införs samhällspolitiska mål enligt försiktiga beräkningar kan komma att uppgå till 4 till 6 miljarder kronor per år. Kommittén anser att dessa beräkningar kan ifrågasättas.

Eftersom upphandlande enheter redan i dag tar hänsyn till samhällspolitiska mål exempelvis genom att företagen följer skattelagstiftning och andra lagar av betydelse för offentlig upphandling anser kommittén att möjligheten att ta samhällspolitiska hänsyn inte är av den karaktären att företagens kostnader påverkas mer än vad som är fallet med nuvarande rutiner. Här bör vidare nämnas att det inte finns någon beräkning av vilka kostnader som uppstår om den offentliga upphandlingen helt och hållet avstår från att beakta

²⁶⁷ Tänkbara konsekvenser av att införa samhällspolitiska mål i den offentliga upphandlingen, - en förstudie, Svenska Arbetsgivarförbundet, 2000.

samhällspolitiska mål. Eftersom kommittén inte lämnat några författningsförslag när det gäller möjligheten att ta samhällspolitiska hänsyn har vi heller inte gjort en analys av ekonomiska eller andra konsekvenser av att sådana hänsyn tas vid offentlig upphandling.

13.3 Konsekvenser för den kommunala självstyrelsen

Förslagen om undantag från upphandlingsskyldighet i vissa fall mellan kommun och landsting och helägt kommunalt företag, större möjligheter till direktupphandlingar och positiv särbehandling av vissa leverantörer kommer att leda till ett större handlingsutrymme och en större flexibilitet när det gäller kommunernas och landstingens möjligheter att organisera, styra och kontrollera offentligt finansierad serviceproduktion. Förslagen medför att kommuner och landsting kan koncentrera sina resurser på stora och komplicerade upphandlingar.

13.4 Konsekvenser för sysselsättning och offentlig service

Förslagen om större möjligheter till direktupphandlingar och positiv särbehandling av vissa leverantörer kommer att leda till ökade möjligheter för kommuner och landsting att i samverkan med företag, kooperativ och föreningar inom den sociala ekonomin verka för åtgärder som främjar sysselsättning och offentlig service i glest bebodda områden och landsbygdsområden. Förslagen kommer att i viss utsträckning göra det möjligt att skapa bättre förutsättningar för varaktig ekonomisk tillväxt, rättvisa och valfrihet så att levnadsvillkoren blir likvärdiga för medborgarna i hela landet. Det allmännas åtgärder begränsas dock av principerna om icke-diskriminering och likabehandling.

13.5 Konsekvenser för små företag

Småföretagen har generellt sett betydande nackdelar i förhållande till de större. Hit hör att de små företagen har bristande möjligheter att utnyttja skalfördelar och svårare att få lämplig finansiering till sin verksamhet. Detta leder ofta till lägre flexibilitet och till ökad sårbarhet för störningar utifrån. Vidare saknar de i många fall tillräcklig förhandlingsstyrka och förhandlingsvana gentemot

större aktörer. Andra sårbara punkter hos småföretagen är ofta brist på tid, personal, stabs- och andra specialistresurser och administrativ kompetens. Bland annat innebär detta att tidsåtgången för att hantera regler proportionellt sett är högre i småföretagen än i de större företagen. Givetvis påverkar detta hårdare och mer direkt de resurser som kan användas för småföretagets produktion. Ytterligare kan pekas på att småföretagens inflytande på offentliga beslut är svagare än de stora aktörernas. En anledning är skillnader i resurser. En annan anledning kan vara att det är fördelaktigare för myndigheterna att ha direktkontakter med få företag i stället för med många företag. Regler och andra administrativa rutiner, inte minst formerna för den offentliga upphandlingen, kan därför sägas slå hårdare mot småföretagen, som dessutom är särskilt sårbara vid regelförändringar. Krångel och annan onödig byråkrati samt en alltför stor administrativ börda är mycket kännbara hinder för småföretagandet. De nu redovisade faktorerna ökar dessutom, direkt eller indirekt, kostnaderna för småföretagen. Samtidigt har småföretagen en mycket viktig roll i Sveriges ekonomi. Ett ökat företagande både bland kvinnor och män är ett viktigt led i att öka tillväxten och förnyelsen i svensk ekonomi. Genom att det finns många nya och växande småföretag skapas tillskott av idéer och insatser och ökat entreprenörskap. Därmed bidrar dessa företag till dynamik och förnyelse i näringslivet. Detta motverkar de koncentrationstendenser som finns i ekonomin. Vidare gäller att låga etableringströsklar och goda verksamhetsbetingelser i övrigt för småföretagen ofta är grunden för ett lokalt diversifierat näringsliv. Även småföretagens roll och potential som arbetsgivare visar deras betydelse i vår ekonomi.

Förslaget om undantag från upphandlingsskyldighet i vissa fall mellan kommun eller landsting och helägt kommunalt företag kan tänkas medföra att små företag går miste om beställningar som skulle kunna ha aktualiserats om kommunen, landstinget eller det kommunala företaget genomfört ett traditionellt upphandlingsförfarande. Kommittén anser dock att ett samordningsförfarande som bygger på att kommunen/landstinget och deras helägda företag är organ för offentlig verksamhet inom ramen för en kommun eller landstings-”koncern” har små om ens några negativa effekter på marknaden. Om upphandlingsskyldigheten skulle bestå är det inte ett osannolikt scenario att kommuner och landsting avstår från att köpa tjänster och väljer att i stället driva verksamheter i egen regi. En sådan tendens har märkts i vissa kommuner.

Förslaget om större möjligheter till direktupphandlingar kan tänkas medföra att små företag får svårt att göra sig gällande gentemot större företag som har större marknadsföringsresurser. Ett mindre företag med en begränsad leveranskapacitet och få tillfällen att visa upp sig kan ha svårare att övertyga om sin konkurrensduglighet om anskaffningen inte föregås av en anbudstävling. Om det inte sker någon annonsering finns risk för att små företag inte får kännedom om de anskaffningar som görs.

Kommittén gör den bedömningen att små företag inte behöver missgynnas genom att upphandlande enheter får större möjligheter att tillämpa egna procedurregler för urval av leverantör. Det kan tvärtom vara så att små företag som inte behärskar upphandlingens regler och som har svårt att tränga in i förfrågningsunderlag, kravspecifikationer, utvärderingskriterier i ett traditionellt upphandlingsförfarande får en lättnad i ett mera informellt förfarande. Det bör understrykas att upphandlande enheter alltid skall iaktta LOU:s principer om utnyttjande av befintlig konkurrens, affärsmässighet och likabehandling. Kommittén anser att detta medför att även vid direktupphandling skall upphandlande enheter kunna dokumentera vilka åtgärder som vidtagits för att undersöka konkurrensen på marknaden och vilka skälen är för att anlita en viss leverantör.

Förslaget om positiv särbehandling av vissa leverantörer kan tänkas medföra att små företag som startats utan att få förmånen av att bli positivt särbehandlad och som verkar på samma marknad kan uppleva förslaget som orättvist och att vissa företag ges en gräddfil. Kommittén anser dock att positiv särbehandling av vissa leverantörer är sakligt motiverad under vissa förutsättningar. Den typiska avknoppningen sker på en marknad som kännetecknas av obefintlig eller bristande konkurrens. Förslaget kommer att leda till att en rad nya företag kan komma att bildas. Konkurrensen vid offentlig upphandling kommer därigenom att öka.

13.6 Ikraftträdande

Förslagen bör träda i kraft den 1 juli 2002.

Förslagen om information till anbudssökande och anbudsgivare i 1 kap. 28 § LOU, om krav på iakttagande av viss tidsfrist innan upphandlingskontrakt sluts i 1 kap. 30 § LOU och förslagen till anpassning av reglerna i 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen är en följd av EG-domstolens dom i det s.k. Alcatel-målet. Som vi

närmare har angett i avsnitt 10.7.1 innebär domen att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla ett överprövningsförfarande av tilldelningsbeslut innan avtal sluts. De förslag vi lämnat innebär att regelverket i LOU och i sekretesslagen anpassas till de krav på effektiva rättsmedel som rättsmedelsdirektiven enligt EG-domen ställer. De nuvarande reglerna i LOU och sekretesslagen innebär inte något egentligt hinder för upphandlande enheter att tillgodose leverantörernas behov av information om tilldelningsbeslut innan avtal sluts. Detta kan således ske redan innan författningsförslagen träder i kraft.

Bestämmelserna i rättsmedelsdirektiven riktar sig till medlemsstaterna och innebär, enligt EG-domstolens dom, att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande av tilldelningsbeslutet. Enligt domen kan bestämmelserna i rättsmedelsdirektiven inte tolkas så att de organ som i medlemsstaterna är behöriga att pröva förfaranden för offentlig upphandling har rätt att företa en prövning på de villkor som anges i bestämmelsen i direktiven även när det inte finns ett beslut om tilldelning av ett kontrakt som kan bli föremål för en talan om undanröjande. Bestämmelserna i direktivet har således inte någon direkt effekt som kan åberopas av enskild till stöd för att *överprövningsorganet* skall tillämpa direktivets bestämmelser utan att de genomförts i nationell rätt.

Direktivbestämmelserna innehåller inte någon skyldighet för en upphandlande enhet att lämna information om tilldelningsbeslutet innan avtalet sluts. Det finns inte heller någon skyldighet för en upphandlande enhet att låta en viss tidsfrist gå mellan tilldelningsbeslut och avtalsslut.

Om en upphandlande enhet sluter avtal utan att först informera anbudssökande eller anbudsgivare om tilldelningsbeslutet kan, som EG-domstolen anger i domen, de berörda enligt de förfaranden som är lämpliga enligt nationell rätt begära ersättning för den skada som de har lidit på grund av att direktivet inte genomförts. Det är staten som är skadeståndsskyldig för att ett direktiv inte införlivats på rätt sätt. EG-domstolens dom har verkan från det datum då den tolkade bestämmelsen trädde i kraft. Undantag gäller givetvis om domstolen i domen förordnar om undantag från sådan retroaktiv verkan men det har inte skett i Alcatel-domen²⁶⁸. Mot denna bakgrund finns det givetvis starka skäl för en snabb anpassning av det svenska regelverket till rättsmedelsdirektivens krav.

²⁶⁸ Jfr Hagsgård, Anders, EG-rätten i nationell rättstillämpning, Stockholm 1996 s. 197.

Med hänsyn till att upphandlande enheter inte är skyldiga att ändra sina rutiner innan våra förslag träder i kraft och mot bakgrund av att våra förslag innefattar en ogiltighetspåföljd när upphandlingskontrakt ingåtts utan att bl.a. kraven på viss tidsfrist iakttagits är det, enligt kommittén, inte lämpligt att förslagen omfattar upphandlingar där beslut om leverantör och anbud fattats före ikraftträdandet.

De nya bestämmelserna i 1 kap. 27- 30 §§ LOU och följdändringarna i 4 kap. 15 § och 6 kap. 1 och 14 §§ LOU samt ändringarna i 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen bör således inte gälla för upphandlingar som påbörjats före den 1 juli 2002. Vid upphandling av varor, byggentreprenader och A-tjänster som påbörjats före den 1 juli 2002 skall bestämmelserna i 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 § och 5 kap. 13 § LOU fortfarande gälla.

Det införda kravet på undertecknande i 1 kap. 5 § LOU är endast ett tydliggörande av vad som redan gäller i dag, enligt regeringsrättens dom i RÅ 1996 ref. 50 och ett tydliggörande att en underskrift kan göras på elektronisk väg. Förslagen till ändring av den bestämmelsen kan därför gälla även upphandlingar som pågår när förslagen träder i kraft.

Förslagen i 1 kap. 6 a § och 6 kap. 2, 19 och 20 §§ LOU medför endast en möjlighet för upphandlande enheter att, när de anser det lämpligt, tillämpa bestämmelserna. Även dessa förslag kan således gälla för upphandlingar som pågår när förslagen träder i kraft.

14 Författningskommentar

14.1 Förslag till lag om ändring i lagen (1992:1528) om offentlig handling

1 kap. Allmänna bestämmelser

Definitioner

5 §

Punkten Upphandlingskontrakt har fått en ny lydelse. Till definitionen görs ett tillägg som förtydligar att upphandlingskontrakt skall vara egenhändigt undertecknade. Vi har närmare utvecklat skälen för det i avsnitt 11.10.3.

Av en ny *andra mening* framgår att undertecknandet kan ske med en elektronisk signatur. Därigenom framgår att definitionen även innefattar avtal i ett digitalt dokument. Eftersom formkravet innefattar ett krav på egenhändigt undertecknande kan ett upphandlingskontrakt dock aldrig ingås per fax.

Undantag från upphandlingskyldighet i vissa fall

6a §

Paragrafen är ny. Under vissa förutsättningar får en eller flera kommuner eller landsting sluta avtal som innefattar köp av tjänster m.m. med ett helägt kommunalt eller interkommunalt bolag. Avtal får under de givna förutsättningarna även slutas mellan helägda företag i "kommunkoncernen". Detsamma gäller om kommunen eller landstinget bildat en aktiebolagsrättslig koncern.

Det finns emellertid inte skäl att medge ett mer omfattande undantag från huvudregeln än vad som är motiverat av behovet av att kunna åstadkomma en rationell samordning av kommunens eller landstingets resurser. För att bestämmelsen skall vara tillämplig uppställs som krav dels att företaget är en upphandlande enhet enligt LOU, dels att ett avtal utan upphandlingsförfarande innefattar uppenbara samordningsfördelar.

Med begreppet uppenbara samordningsfördelar förstås att ett upphandlingsförfarande skulle motverka ett effektivt resursutnyttjande och att vinsten med att kunna sluta avtal utan upphandlingsförfarande överstiger nackdelarna. Det måste finnas en rimlig proportion mellan kostnaderna för upphandlingen och värdet av det som skall upphandlas. Avsikten med bestämmelsen är ge ett utrymme för rationella handlingsregler samtidigt som bestämmelsen förorsakar minsta möjliga konkurrensstörning på marknaden. Kan målet om rationell samordning nås genom ett upphandlingsförfarande bör detta alternativ väljas.

Med uppenbara samordningsfördelar bör förstås att de är betydande och att ett upphandlingsförfarande motverkar ett effektivt resursutnyttjande inom "kommunkoncernen". Bevisbördan för att det föreligger uppenbara samordningsfördelar åvilar den kommun eller det landsting som ingår avtal med stöd av bestämmelsen. De grunder som den upphandlande enheten haft för beslutet att genomföra upphandlingen med stöd av uppenbara samordningsfördelar skall tydligt framgå. Dokumentationskravet omfattar både skälen för den upphandlande enhetens beslut men också vad som i övrigt av betydelse har förekommit vid själva upphandlingsförfarandet. Anskaffningar som görs inom ramen för regler om direktupphandling i 6 kap. 2 § LOU berörs inte av denna bestämmelse.

Information

27 §

Paragrafen är ny. I den har införts den rätt som en anbudssökande eller anbudsgivare har, enligt de nuvarande bestämmelserna i 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 §, 4 kap. 15 § och 5 kap. 13 § LOU, att på begäran få upplysning om varför hans ansökan eller anbud förkastats. En sådan begäran kan framställas såväl före som efter det att ett tilldelningsbeslut fattats.

I praktiken lämnar upphandlande enheter dock inte ut uppgifter om att ett anbud förkastats innan tilldelningsbeslutet fattats. Om en ansökan om anbud förkastats innan tilldelningsbeslut fattats är

dock bestämmelsen tillämplig även innan enheten är skyldig att lämna information enligt vårt förslag till 1 kap. 28 §.

Bestämmelsen riktar sig mot samtliga upphandlande enheter och, till skillnad från den nuvarande bestämmelsen i 4 kap. 15 §, gäller den för samtliga verksamheter inom försörjningssektorerna. Skälet till detta har vi utvecklat närmare i avsnitt 11.10.2.

En enhet skall så snart som möjligt, dock senast inom 15 dagar lämna begärda upplysningar. Som vi närmare utvecklar i sistnämnda avsnitt överensstämmer detta med den nuvarande regleringen.

28 §

Paragrafen är ny. I *första stycket första meningen* har införts en skyldighet för en upphandlande enhet att på eget initiativ lämna information till anbudssökande eller anbudsgivare om vem som tilldelats kontraktet och skälet till det. Vi har närmare behandlat skälet till införandet av bestämmelsen i avsnitt 11.10.1 och 11.10.2.

Bestämmelsen har en viss motsvarighet i nuvarande 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 §, 4 kap. 15 § och 5 kap. 13 §. I nämnda bestämmelser behöver information dock endast lämnas på begäran av anbudsgivare eller anbudssökande.

En upphandlande enhet är skyldig att lämna informationen när den fattat beslut om leverantör och anbud. Detta innebär att enheten, när en leverantör lämnat flera anbud, även skall ha fattat beslut om vilket av de av leverantören ingivna anbuden som skall antas.

Bestämmelsen omfattar samtliga upphandlande enheter och, till skillnad från bestämmelsen i 4 kap. 15 §, samtliga verksamheter inom försörjningssektorerna.

I *första stycket andra meningen* har införts en skyldighet för en upphandlande enhet att i informationen även upplysa om den dag då giltigt upphandlingskontrakt med tillämpning av 30 § tidigast kan slutas och att upplysa om möjligheten att enligt 7 kap. ansöka om överprövning eller väcka talan om skadestånd. Denna skyldighet har inte någon motsvarighet i de nuvarande bestämmelserna om informationsskyldighet.

Informationsskyldigheten i första stycket gäller inte när det inte finns några anbudssökande eller några andra anbudsgivare än den som enheten vänt sig till, exempelvis i de situationer som avses i 2 kap. 11 §, 3 kap. 15 §, 4 kap. 16 § samt 5 kap. 17 §.

Den tidsfrist som anges i 1 kap. 30 § skall räknas från det att information som avses i detta stycke har avsänts.

I *andra stycket* har införts en skyldighet för en upphandlande enhet att till varje leverantör som begär det lämna upplysningar om vem som tilldelats upphandlingskontraktet och skälen till det. Uppgiftsskyldigheten i *andra stycket* avser även potentiella leverantörer som visserligen inte är anbudssökande eller anbudsgivare men som ändå har rätt att ansöka om överprövning eller väcka talan om skadestånd enligt bestämmelserna i 7 kap.

Bestämmelsen i *andra stycket* är tillämplig vid alla upphandlingar enligt 2-5 kap. och vissa upphandlingar enligt 6 kap (se kommentaren till 6 kap. 1 §). Bestämmelsen i *andra stycket* gäller därför, till skillnad från bestämmelsen i första stycket, även när det inte funnits några anbudssökande eller andra anbudsgivare än den enheten ingått avtal med.

Uppgiftsskyldigheten i *andra stycket* skall fullgöras omgående. Det framgår av att uppgifter skall lämnas genast. Det förhållandet att en upphandlande enhet inte genast lämnar ut information om tilldelningsbeslutet när det begärts av en leverantör kan ha betydelse vid förvaltningsdomstols prövning av om ett interimistiskt beslut skall meddelas.

En enhet som har att iaktta reglerna om handlingsoffentlighet och sekretess kan utan hinder av sekretess lämna ut den information som anges i denna bestämmelse, se vidare kommentaren till 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen. Andra uppgifter rörande anbud än de som anges i denna paragraf kan dock endast lämnas ut sedan en sekretessprövning gjorts, se vidare kommentaren till ändringarna i nämnda sekretessbestämmelser.

29 §

Bestämmelsen är ny. I *första stycket* har, som vi närmare utvecklat i avsnitt 11.10.2, införts den skyldighet en upphandlande enhet har i dag, enligt 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 §, 4 kap. 15 § och 5 kap. 13 §, att lämna upplysningar till anbudsgivare eller anbudssökande när den beslutat att inte avsluta en annonserad upphandling eller att göra om upphandlingen.

I *andra stycket* har införts den skyldighet som en upphandlande enhet har i dag, vid upphandling av varor, byggtreprenader och tjänster enligt 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 § och 5 kap. 13 § att underrätta Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer om sitt beslut. Skyldigheten för en upphandlande enhet att lämna information om en avslutad upphandling inom försörjningssektorerna regleras, i likhet med vad som gäller i dag, även fortsättningsvis i 4 kap. 15 § *andra stycket*.

Upphandlingskontrakt

30 §

Paragrafen är ny. Enligt *första stycket* är ett avtal om upphandling ogiltigt om det inte slutits genom upphandlingskontrakt och sedan en skälig tid gått från det att den upphandlande enheten avsänt information som avses i 1 kap. 28 § första stycket. Beträffande formkravet för upphandlingskontrakt, se kommentaren till 1 kap. 5 §. Skälet till att ett avtal om upphandling skall vara ogiltigt om det inte slutits först sedan en viss tidsfrist gått har vi närmare utvecklat i avsnitt 11.10.4 och 11.10.5.

Tidsfristen skall vara minst tio dagar och skall löpa från det att informationen som avses i 1 kap. 28 § första stycket sänts till de som ansökt om eller lämnat anbud. Om informationen skickas till flera anbudssökande och anbudsgivare vid olika tidpunkter skall tidsfristen räknas från den dag då den sista informationen avsändes.

Ogiltighetspåföljden kan återopas inte bara av avtalsparterna utan även av en leverantör som ansöker om överprövning av upphandlingen.

Ett upphandlingskontrakt är slutet i den mening som avses i 7 kap. 1 § andra stycket först när parterna efter iakttagande av den tidsfrist som anges i 1 kap. 30 § träffat ett upphandlingskontrakt. En ansökan om överprövning kan prövas så länge den tidsfrist som anges i 1 kap. 30 § inte gått till ända. Om den upphandlande enheten underlåter att lämna information som avses i 1 kap. 28 § första stycket eller om informationen är bristfällig, dvs. inte innehåller samtliga de upplysningar som anges i nämnda bestämmelse börjar tidsfristen inte att löpa. Det förhållandet att ett avtal slutits utgör i ett sådant fall inte hinder mot att överprövning sker.

Det förhållandet att överprövning begärts hindrar inte den upphandlande enheten från att sluta ett giltigt upphandlingsavtal. Om en upphandlande enhet slutit avtal sedan den iakttagit bestämmelserna i 1 kap. 28 och 30 §§ kan enheten, utan hinder av att en ansökan om överprövning getts in till länsrätten, sluta ett giltigt upphandlingskontrakt. För att den klagande leverantören skall kunna förhindra att avtal sluts måste leverantören, i likhet med vad som gäller i dag, utverka ett interimistiskt beslut som förhindrar enheten från att sluta avtal.

Ett giltigt upphandlingskontrakt kan vidare slutas oberoende av om potentiella leverantörer fått information om tilldelningsbeslutet enligt 1 kap. 28 § andra stycket eller inte. När en potentiell leve-

rantör får information om tilldelningsbeslutet kan ett giltigt upphandlingskontrakt redan ha slutits och, som vi angett tidigare, finns det då inte längre någon möjlighet att ansöka om överprövning.

Enligt *andra stycket* skall kravet på att avtal skall slutas genom upphandlingskontrakt och kravet på viss tidsfrist inte gälla vid upphandling som avses i 2 kap. 11 §, 3 kap. 15 §, 4 kap. 16 § andra stycket samt 5 kap. 17 §.

Beträffande undantaget för direktupphandling enligt 6 kap. 2 §, upphandling i de situationer som avses i 6 kap. 2b § samt upphandling enligt 1 kap. 3 § andra stycket, se kommentaren till 6 kap. 1 §.

Vid de upphandlingar som är undantagna från formkravet ingås avtal i enlighet med avtalslagens bestämmelser. Avtal kan slutas muntligen, eller, om parterna så vill, skriftligen. Avtal kan även slutas genom konkludent handlande. Om parterna väljer att sluta avtal som uppfyller kraven för ett upphandlingskontrakt så medför det inte i sig att något krav på iakttagande av viss tidsfrist gäller.

4 kap. Upphandling inom vatten-, energi-, transport och telekommunikationsområdena

Annonsering m.m.

15 §

Tredje stycket i paragrafen har utgått. Bestämmelsen i detta stycke finns, genom våra förslag, i en modifierad lydelse i förslagen till nya bestämmelser i 1 kap. 27–28 §§, se vidare kommentaren till nämnda bestämmelser. Ändringen är motiverad av att införa enhetliga regler för alla upphandlingar i 1 kap. och någon ändring i sak är inte avsedd.

6 kap. Upphandling som understiger de tröskelvärden som anges i 2-5 kap., m.m.

Tillämpningsområde

1 §

I *andra stycket* har införts en hänvisning även till 1 kap. 28 och 30 §§. Skälet till detta har utvecklats i avsnitt 11.10.6.

Hänvisningen gäller endast vid förenklad upphandling eller urvalsupphandling. Direktupphandling har således undantagits från kravet på information enligt 1 kap. 28 § och på att avtal skall ha viss form och ingås först efter en viss tidsfrist iakttagits enligt 1 kap. 30 §.

Vidare har upphandling som avses i 6 kap. 2 b § och 1 kap. 3 § andra stycket uttryckligen undantagits från hänvisningen till 1 kap. 28 och 30 §§. Detta gäller dels situationer där upphandling kan ske utan annonsering med en leverantör, dels upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 223 i EG-fördraget. För sistnämnda upphandlingar gäller enligt 1 kap. 3 § andra stycket endast bestämmelserna i 6 kap. Inte heller vid upphandling som sker med stöd av 6 kap. 2b § eller 1 kap. 3 § andra stycket finns således något krav på informationsskyldighet eller på iakttagande av viss form och tidsfrist innan avtal kan slutas. För upphandling som regleras av 6 kap. gäller dock den nuvarande informationsskyldigheten i 6 kap. 14 § andra stycket.

Val av upphandlingsförfarande

2 §

Andra stycket i paragrafen har ändrats så att området för direktupphandling har utökats. I bestämmelsen anges att direktupphandling, utöver vad som gäller i dag (p 1, 4 och 5), får ske om kostnaderna för en upphandling överstiger värdet av upphandlingen (p 2) eller upphandling av tjänster som innefattar hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänster inte är ändamålsenlig eller riskerar att försämra kvaliteten i vården eller omsorgen för en enskild individ (p 3). Skälet till detta har vi närmare utvecklat i avsnitt 11.9. Exempel på situationer som avses i p. 3 är om en upphandling riskerar att försämra behandlingsresultatet för en enskild individ på grund av att relationen mellan vårdgivare och vårdtagare är beroende av fortsatt personkontinuitet.

Ett nytt *tredje stycke* har införts. Där anges att en upphandlingsvärde skall anses vara lågt om den understiger sju prisbasbelopp. Prisbasbeloppet är för år 2001 fastställt till 36 900 kronor, vilket innebär att den övre gränsen för vad som avses med lågt upphandlingsvärde för närvarande är 258 300 kronor.

I enlighet med vad som gäller för upphandling enligt 2–5 kap. anges att en upphandling inte får delas upp i syfte att underskrida

tröskelvärde. För beräkning av tröskelvärde gäller i övrigt motsvarande principer som gäller enligt nuvarande regler om tröskelvärdesberäkning.

I ett nytt *fjärde stycke* har den nuvarande bestämmelsen i andra stycket sista meningen införts. Till skillnad från tidigare är dock enheten skyldig att fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling.

Dokumentation, underrättelse, förvaring av handlingar

14 §

I *första stycket* har kravet på att underrättelsen skall ske senast före utgången av den tid under vilken anbudet är bindande för anbudsgivaren tagits bort.

Beträffande skälet till att *andra stycket* har bibehållits även om det införts en mer omfattande informationsskyldighet i 1 kap. 28 §, se avsnitt 11.10.2.

Överlämnande av verksamhet utan föregående upphandling

19 §

Paragrafen är ny. Bestämmelsen förtydligar och ger handlingsnormer för överlämnande av verksamhet, ”avknoppning”, från en upphandlande enhet till enhetens personal utan föregående upphandlingsförfarande. Förfarandet syftar till att underlätta konkurrensutsättning inom ramen för förenklad upphandling. De tjänster som avses är s.k. B-tjänster enligt bilagan. Bestämmelsen är formellt tillämplig även på anskaffningar av varor och A-tjänster under tröskelvärdena. Bestämmelsen skall inte tillämpas på upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket.

Avtalet som sluts om överlämnande av verksamhet utan föregående upphandling skall således ses som en överenskommelse av sitt eget slag som sluts för en begränsad övergångstid. När avtals tiden löper ut eller avtalet av någon anledning sagts upp skall den upphandlande enheten genomföra en upphandling i enlighet med procedurreglerna i LOU. Den nu avknoppade verksamheten kan delta, men då på samma villkor som gäller för övriga leverantörer.

Avtalet om överlämnande av verksamhet sluts med de anställda. Avtal kan även slutas med den juridiska person som de anställda bildat och det oavsett val av associationsform. Även olika kooperativa associationsformer omfattas av bestämmelsen. Under avtals tidens gång kan förändringar av ägarstrukturen ske. Sådana för-

ändringar som innebär att nya ägare inte tidigare haft ett anställningsförhållande med den upphandlande enheten påverkar inte avtalets fortsatta giltighet. Emellertid avses här inte att möjligheter skall öppnas för aktörer som har som affärsidé att bilda ”avknoppningsföretag”. Om det skulle visa sig att grunderna för överenskommelsen om överlämnande av verksamhet radikalt förändrats under avtalstiden skall den upphandlande enheten med omedelbar verkan kunna bringa överenskommelsen att upphöra.

I andra stycket anges att den längsta tid för vilken ett avtal om överlämnande av verksamhet kan slutas är fem år. Enheten kan välja att dock tillämpa en kortare avtalstid.

När avtalstiden gått ut kan verksamheten konkurrensutsättas genom att en upphandling genomförs. Vid en sådan upphandling kan även den avknoppade enheten inbjudas att delta.

Särskilda bestämmelser vid upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänster

20 §

Paragrafen är ny. I *första stycket* har införts en möjlighet för upphandlande enheter, som så önskar, att i samband med upphandling av samhällsfinansierad vård- och omsorgsverksamhet i förfrågningsunderlaget få ställa krav på att en leverantör inte får vara ett renodlat vinstsyftande kommersiellt företag. Det åligger kommuner och landsting, som avser att överlämna ansvaret för genomförandet av sådana tjänster till annan, att försäkra sig om att den tilltänkte verksamhetsutövaren inte tillgodogör sig vinst.

Bestämmelsen medför inte någon diskriminering genom att icke vinstdrivande företag från andra medlemsstater hindras från att delta i anbudstävlingen, se avsnitt 11.8.2. Stadgandet ger således ett utrymme för de upphandlande enheterna att positivt särbehandla icke vinstsyftande leverantörer, som har svårt att hävda sig på en konkurrensutsatt marknad mot kommersiella företag. Verksamhet som drivs i t.ex. kooperativ form och med ett stort mått av idealitet kan inte jämföras med privata vinstsyftande företag. Gemenskapsrätten och EG-domstolens praxis²⁶⁹ hindrar inte införandet av bestämmelsen.

För att värna de sociala målsättningarna fordras att det i förfrågningsunderlaget samt i upphandlingsavtalet uppställs som krav att leverantören skall verka utan vinstsyfte. Privata aktörer

²⁶⁹ Se mål C-70/95 (Sodemare).

skall heller inte vara styrda av internt uppställda mål, som innebär att vinst eftersträvas.

Begränsningen gäller *vinst åt ägare*, dvs. att överskott delas ut till aktieägare eller motsvarande intressenter. Med motsvarande intressenter avses här medlemmar i en ekonomisk förening, grundarna av en stiftelse och liknande. Eventuellt uppkomna överskott i verksamheten får användas t.ex. i och för utveckling av verksamheten. Det kan handla om investeringar i teknisk och annan utrustning eller utveckling av personalens kompetens. Av bolagsordningen eller motsvarande handling samt i avtalet som tecknas mellan leverantörerna och den upphandlande enheten skall framgå att ett eventuellt överskott inte får användas för att ge ägarna vinst. De upphandlande enheterna måste förvissa sig om att leverantörens styrande dokument har ett acceptabelt innehåll, innan ett överlämnande sker. Kommunerna och landstingen skall därutöver göra en helhetsbedömning av de syften som verksamheten kan antas ha. Ger prövningen – grundad på arten av tidigare verksamhet m.m. – vid handen att ägarna, trots innehållet i alla relevanta handlingar, kan antas, direkt eller indirekt, ta ut vinst ur verksamheten, får något överlämnande av ansvaret för hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänst inte ske, när detta uppställts som krav i upphandlingen.

Den upphandlande enhetens krav innebär att utförandet av uppdraget endast får täcka verksamhetens faktiska kostnader, dvs. självkostnaden. I 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) stadgas som en förutsättning, för att kommunerna och landstingen skall få bedriva sedvanlig kommunal affärsverksamhet, att det sker utan vinstsyfte. Den nu föreslagna bestämmelsen skall tolkas med utgångspunkt från den kommunala självkostnadsprincipen. Genom att ange denna förutsättning framträder skillnaden klart mellan det privata näringslivets klart uttalade vinstsyfte och den kommunala verksamheten, som har till uppgift att bära upp ett allmänt och samhällsligt intresse.

Någon avgränsning har inte gjorts i bestämmelsen till vilken eller vilka associationsformer som en tjänsteleverantör kan ha för att kunna få uppdraget att tillhandahålla dessa tjänster. Avgörande blir i stället om bolaget, föreningen, stiftelsen etc. avser att driva uppdraget under kommersiella villkor eller inte.

Bestämmelsen gäller oavsett värde men endast för tjänster avseende hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänst, vilka uppdragits i avdelning B, punkten 25, till LOU.

Enligt *andra stycket* kan avtal rörande hälso- och sjukvård samt socialtjänst inte tecknas med kommunala företag, oavsett om dessa är helägda av en eller flera kommuner eller landsting. Regleringen innebär, att sådana traditionella kommunala och landstingskommunala kärnverksamheter, såsom hälso- och sjukvård samt socialtjänst, inte tillåts att upphandlas av kommunala bolag, även om dessa skulle vara helägda av kommunen eller landstinget enligt 3 kap. 17 eller 3 kap. 18 §§ kommunallagen. Bestämmelsens syfte är att främja alternativa driftformer och att undanröja faktorer som skapar skilda förutsättningar mellan drift i privat och offentlig regi. Kommuner och landsting ges i större utsträckning möjligheter att engagera privata, kooperativa och ideella aktörer i socialtjänsten och i primärvården, samtidigt som de grundläggande principerna för välfärdspolitiken kan upprätthållas. Det skulle således motverka syftet att främja alternativa driftformer om kommunala företag tillåts att utföra sådana tjänster. Vidare saknas motiv för att tillåta att icke vinstsyftande och helägda kommunala företag medges rätt att utföra dessa tjänster, när detta lämpligast kan ske i traditionell förvaltningsform.

Av 7 kap. 5 § LOU framgår att ett beslut på vilket denna lag är tillämplig, inte får överklagas med stöd av 10 kap. kommunallagen. I en upphandlingssituation i vilken en kommun eller ett landsting avser att lämna över driften av hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänst till annan, kommer eventuella felaktigheter som kommunen eller landstinget gör sig skyldig till i förhållande till vad som stadgas i LOU inte att kunna laglighetsprövas enligt 10 kap. kommunallagen. Ett agerande i strid mot LOU bör däremot kunna prövas enligt 10 kap. kommunallagen. Om ett beslut upphävs med stöd av kommunallagens bestämmelser finns emellertid en risk för att kommunen eller landstinget kan drabbas av civilrättslig skadeståndsskyldighet på grund av kontraktsbrott.

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

6 kap. Sekretess med hänsyn till det allmännas ekonomiska intresse

2 §

Paragrafen har ändrats och delats upp i tre stycken.

I *första stycket* finns bestämmelsen i den nuvarande första och andra meningen. Till bestämmelsen har gjorts ett tillägg som innebär att uppgift får lämnas ut till enskild enligt vad som föreskrivs i LOU utan hinder av sekretess. Skälet till detta har vi närmare utvecklat i avsnitt 11.10.7. Genom tillägget utgör sekretessen i första stycket inte hinder för en upphandlande enhet som har att iaktta sekretessreglerna, att lämna ut uppgifter som avses i 1 kap. 28 § LOU. Som vi angett i kommentaren till denna bestämmelse gäller detta uppgifter till leverantörer om vem som tilldelats ett upphandlingskontrakt och skälet till det. Andra uppgifter rörande anbud, t.ex. innehållet i det anbud som antagits kan dock endast lämnas ut sedan en sekretessprövning gjorts. Utgångspunkten är därvid att uppgifterna är offentliga. Endast om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs kan enheten besluta att inte lämna ut uppgifterna. Det förhållandet att den absoluta anbudssekretessen hävs redan när tilldelningsbeslutet meddelas kan leda till en något strängare tillämpning av skaderekvisitet i tiden mellan tilldelningsbeslut och avtalsslut. Enheten skall även iaktta bestämmelserna i lagen (1990:409) om företagshemligheter.

När uppgifter enligt vårt förslag lämnas ut utan hinder av sekretess har mottagaren inte någon tystnadsplikt avseende de mottagna uppgifterna. Eftersom uppgifter kan lämnas ut utan hinder av sekretess blir det inte aktuellt att dessutom tillämpa bestämmelsen om partsinsyn i 14 kap. 5 § och om förbehåll vid utlämnande av information i 14 kap. 9 eller 10 §§ sekretesslagen.

Bestämmelsen om absolut anbudssekretess i ärende om upphandling eller försäljning av lös egendom i den nuvarande tredje meningen har tagits in i ett nytt andra stycke.

I *första meningen andra stycket* regleras sekretess vid försäljning av lös egendom på motsvarande sätt som i nuvarande lydelse. I *andra meningen andra stycket* regleras sekretess i ärenden om upphandling. I den nya lydelsen upphör den absoluta sekretessen i

ärenden om upphandling redan när beslut om leverantör fattats i stället för när avtal har slutits. Skälet till detta har vi utvecklat närmare i avsnitt 11.10.7. Bestämmelsen innehåller fortfarande en möjlighet för en upphandlande enhet att dessförinnan upphäva den absoluta sekretessen genom att offentliggöra samtliga anbud. För att den absoluta sekretessen, i likhet med vad som gäller enligt den nuvarande lydelsen, skall upphöra när ärendet slutförts på annat sätt än genom att avtal slutits har angetts att sekretessen upphör om ärendet dessförinnan har slutförts.

I *tredje stycket* har det nuvarande andra stycket införts.

8 kap. Sekretess med hänsyn främst till skyddet för enskilda ekonomiska förhållanden

10 §

Ett nytt *andra stycke* har införts. I andra stycket anges att uppgifter utan hinder får lämnas ut till enskild enligt vad som föreskrivs i LOU. En upphandlande enhet, som har att iaktta sekretessreglerna, kan således utan hinder av sekretess lämna ut uppgifter i enlighet med 1 kap. 28 § LOU. Andra uppgifter, t.ex. uppgifter i det anbud som enheten beslutat anta, kan lämnas ut först sedan en sekretessprövning gjorts. Se kommentaren till bestämmelsen i 6 kap. 2 §. Utgångspunkten är dock att uppgifterna är offentliga. Endast om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs skall enheten besluta att inte lämna ut uppgifterna.

Som vi närmare utvecklat i kommentaren till bestämmelsen i 6 kap. 2 § har mottagaren inte någon tystnadsplikt för de uppgifter som med stöd av den föreslagna bestämmelsen lämnas ut till enskild utan hinder av sekretess.

De nuvarande andra, tredje och fjärde styckena har förts in i ett nytt tredje, fjärde och femte stycke.

Reservationer och särskilda yttranden

Reservation från ledamöterna Allan Eriksson (m), Brita Ullman (kd), Christer Eirefelt (fp) och Gunnel Bengtsson (c)

Krav på att leverantör inte får driva verksamhet i syfte att skapa vinst.

Vi avvisar med skärpa förslaget om att kommuner och landsting skall kunna utestänga företag med vinstsyfte från att delta i upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänst. Enligt kommitténs majoritet anses det inte rimligt "att verksamhet som drivs i kooperativ form och med ett stort mått av idealitet skall jämföras med privata vinstsyftande företag." Därför bör, enligt majoritetens mening, de upphandlande enheter som så önskar tillåtas att kräva att leverantören inte får vara ett renodlat kommersiellt företag med vinstsyfte.

Motiven för detta flagranta undantag från en normal affärsmässig upphandling är minst sagt grumliga. Eftersom upphandlaren skall försäkra sig om att verksamhetsutövaren inte avser att tillgodogöra sig någon vinst sägs inskränkningen innebära "en ekonomisk fördel för den upphandlande enheten". Samtidigt hävdas det att de kooperativa företagen har svårt att konkurrera med privata vinstgivande företag.

Det påstås att "vinstintresset kan här motverka kravet på god vård och omsorg åt alla medborgare på lika villkor". Därmed under-

känns också de bärande motiven för all den upphandling i konkurrens som syftar till bästa möjliga kvalitet till lägsta möjliga pris.

Kommittémajoriteten inser att det möjligen kan göras gällande att den föreslagna regleringen innebär en begränsning av näringsfriheten. Men även om så vore fallet kan en sådan begränsning införas om syftet är att "skydda ett angeläget allmänt intresse".

Flera viktiga frågor lämnas obesvarade. Vinstbegreppet har inte närmare analyserats, inte heller vilka företag som kommer att drabbas. Vinst som kan utdelas får inte skapas, men får mervärde uppstå i företaget? En rad privata vårdgivare finns på marknaden idag. Läkare, tandläkare, sjukgymnaster, röntgen- och laboratorieenheter, psykologer, terapeuter m.fl. Skall alla dessa utestängas från upphandlingar i kommuner och landsting, där en politisk majoritet valt att förhindra vinstdrivande företag att delta? Hur går det med de vårdföretag som avknoppats och som efter en femårsperiod måste ut på en konkurrensutsatt marknad? Skall de livnära sig på "självkostnadsprincipen"?

Svensk sjukvård blir bättre av att både vinst- och icke vinstdrivande företag har rätt att vara med och konkurrera. Svensk sjukvård blir sämre om den mångfald företag som idag vuxit fram inom hälso-, sjukvård och socialtjänst minskar eller stagnerar i antal.

När vinstdrivande företag ej tillåts att lämna anbud under en längre period, är risken stor att de inte längre finns kvar. Förslaget skapar ett instabilt och dåligt företagsklimat som är beroende av vilka politiska majoriteter som finns i en region. Detta minskar företagets möjligheter till överlevnad och därmed slår man ut den naturliga konkurrens som är ett av huvudsyftena med LOU.

Förslaget är illa genomtänkt och dåligt underbyggt. Det har tagits fram under stark tidspress och utan närmare diskussion i kommittén.

Lagparagraf och skrivningar har presenterats i sista stund och tagits med i kommitténs slutbetänkande, vilket ger intryck av att vara ett politiskt beställningsverk i den s.k. stopplagens kölvatten.

Konsekvensen, om förslaget genomförs, torde bli att den utveckling och förnyelse inom vårdsektorn som så väl behövs även i de kommuner och landsting, där lagen tillämpas, kommer att försvåras.

Reservationer från ledamöterna Allan Eriksson (m), Brita Ullman (kd) och Christer Eirefelt (fp)

I kommitténs delbetänkande "Effektivare offentlig upphandling" redovisades en rad förslag som syftade till en effektivare offentlig upphandling. Mot bakgrund av bristerna i efterlevnaden av LOU föreslogs en uppstramad lagstiftning med bl.a. effektivare sanktionsmöjligheter och vidgade möjligheter att överklaga felaktiga beslut. En tillsynsmyndighet med sanktionsbefogenheter skulle svara för en effektiv tillsyn och uppföljning av upphandlingsfrågorna.

Tyvärr har endast en ringa del av kommitténs förslag kommit till uttryck i lagstiftning, vilket vi djupt beklagar. Dessa förslag med den nya tillsynsmyndigheten och de mera kraftfulla åtgärderna med bl.a. sanktionsformerna marknadsskadeavgift och vitesförelägganden är nödvändiga förutsättningar för en effektivare offentlig upphandling.

Affärsmässighet och samhällspolitiska mål

Grunden för den offentliga upphandlingen är att den skall ske i konkurrens, affärsmässigt och objektivt. Den är därmed ett utflöde av EG-direktiven om ickediskriminering, likabehandling, transparens och proportionalitet. Syftet med upphandlingen är att inköpet av varan eller tjänsten skall ske till bästa möjliga kvalitet till lägsta möjliga pris. Eller annorlunda uttryckt det man vill uppnå är "value for money". Rätt utförd blir upphandlingen till gagn för skattebetalarna, men också för de företag som på lika villkor kan tävla om att få leverera sina varor eller tjänster. Denna grundläggande innebörd får enligt vår mening inte tappas bort eller suddas ut.

Vi anser att det är viktigt att leverantörer följer gällande lagstiftning och att den upphandlande enheten kan ställa krav så länge som dessa är kopplade till och har ett direkt samband med den upphandlade varan eller tjänsten. Men vi vänder oss emot kommitté-

majoritetens uppfattning att upphandlingen även skall användas i syfte att främja vissa samhällspolitiska mål. Redan i delbetänkandet reserverade vi oss mot den uttalade avsikten att göra upphandlingen till ett instrument för att främja en rad olika mål och syften. En sådan politisering av den offentliga upphandlingen skulle enligt vår mening leda till en rad olyckliga konsekvenser.

Diskussionen i kommittén under det senaste året har i stor utsträckning handlat om hur dessa politiska mål skall kunna inordnas i upphandlingens regelverk. Det har också medfört att man så långt möjligt sökt tänja på begreppet affärsmässighet och vidga dess betydelse. Följaktligen anser kommitténs majoritet att det skall anses vara affärsmässigt att ställa "ekonomiska, konkurrenspolitiska, sociala, arbetsmarknadspolitiska och miljöpolitiska krav på resultatet av offentlig upphandling". Visserligen görs detta med tillägget att det kan ske under förutsättning att dessa ryms inom gemenskapsrätten. Men samtidigt ges EG-rätten en vidsträckt tolkning. Kommittémajoriteten betonar att vid sidan av de gemenskapsrättsliga principerna "den offentliga sektorns mål och förutsättningar måste ges erforderligt utrymme". Därmed avses tydligen den politisering av den offentliga upphandlingen som vi kritiserat.

Framst kommer detta till uttryck i synen på antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt, där man gör bedömningen att det redan med nuvarande lagstiftning skulle vara möjligt att ställa dylika krav - en tolkning som kan starkt ifrågasättas. Därefter överlåter man till den kommunala självstyrelsen huruvida antidiskrimineringsklausuler skall tillämpas vid kommunens eller landstingets egna upphandlingar.

Enligt vår mening är det helt fel att på detta sätt öppna dörren för krav som inte har med själva upphandlingen att göra. Det skapar ytterligare osäkerhet bland leverantörer och inköpare.

Redan idag är det ett stort problem att kommuner och landsting i många fall ställer allt flera och omfattande krav i tron att den offentliga upphandlingen kan användas som instrument att tillgodose politiska mål. Inte minst drabbar en komplicerad upphandlingsprocess med ett antal i sammanhanget ovidkommande krav de små företagen. Följden kan bli att leverantörer i allt större utsträckning avstår från att delta i upphandlingar. Kravställandet leder också till en fördyring. Kritik mot det långtgående kravställandet har med all tydlighet uttalats av såväl leverantörer som inköpare, vilket framgått vid en av kommittén anordnad hearing och av undersökningar gjorda i andra sammanhang.

Enligt vår uppfattning skall långtgående miljökrav kunna ställas på den produkt eller tjänst som upphandlas. Det bör t.ex. vara möjligt att kräva att varan uppfyller kriterier för miljömärkning. Krav som inte har med upphandlingen att göra, innebär däremot liknande problem som redovisats ovan. Risken för godtycke, osäkerhet och fördyring är uppenbar.

Det är således viktigt att de miljökrav som ställs har relevans för den aktuella upphandlingen och inte är mera långtgående än som är motiverat i det konkreta fallet.

Den syn som vi redovisat beträffande samhällspolitiska mål i samband med upphandlingar gäller naturligtvis även EG-rättens inriktning. Regeringen bör inte i sitt arbete med EU:s regelverk arbeta för förändringar som undergräver och uttunnar innebörden av och syftet med den offentliga upphandlingen.

Självfallet innebär vår reservation inte att vi fäster mindre vikt vid antidiskrimineringssträvanden eller vid arbetet för ökad jämställdhet och större hänsyn till miljön. Dessa frågor behandlas och omhändertas emellertid av sina egna lagar och föreskrifter och tillsyn utövas av de fyra ombudsmännen. Av de skäl vi redovisat bör frågorna inte blandas ihop med den offentliga upphandlingen.

Direktupphandling

Kommitténs majoritet anser att det finns ett behov av att möjliggöra för en kommun eller ett landsting att under vissa förutsättningar köpa varor och tjänster av sina helägda företag utan upphandlingsförfarande. Förutsättningen är att köpet skall innebära "uppenbara samordnings fördelar" för kommunen/landstinget och företaget. Denna möjlighet till direktupphandling innebär att en stor del av den kommunala verksamheten undandras från konkurrens, vilket är mycket olyckligt.

Ett av de stora problemen med dagens offentliga upphandling är förekomsten av otillåtna direktupphandlingar. Visserligen skulle en effektivare tillsyn och en marknadsskadeavgift kunna leda till en viss sanering, men det föreslagna undantaget för kommunala bolag ger fel signaler. Det finns en påtaglig risk att den uppfattningen sprids att köp från det egna kommunala bolaget behöver man inte upphandla. Det är lätt att hävda - och svårt att kontrollera - att det föreligger "uppenbara samordnings fördelar". Vanligen vet inte ens övriga presumtiva leverantörer om att affären gjorts upp. Om kommittémajoriteten önskat en större öppenhet och möjlighet till revision borde den ha föreslagit att direktupphandlingar från egna bolag skulle redovisas i årsbokslutet. Men så har inte skett.

En möjlighet till direktupphandling föreslås också i kap 6 LOU om upphandlingens värde beräknas understiga sju prisbasbelopp (f.n. 258.300 kronor). Här är motivet en förenkling. Det är naturligtvis en avvägningsfråga var gränsen skall gå mellan värdet på det som skall inköpas och de resurser som läggs ned på själva upphandlingsprocessen men enligt vår uppfattning ligger den föreslagna beloppsgränsen alldeles för högt. I små kommuner och även större med exempelvis kommunaldelsnämnder - ofta med en decentraliserad upphandling - görs många inköp på den nivån. Det är också här som risken för godtycke och favorisering av vissa leverantörer föreligger. Vi anser att tre prisbasbelopp kan vara en lämplig gräns.

Kundvalssystem med check

I vår gemensamma reservation i delbetänkandet berörde vi även frågan om kundvalssystem, som man då inte hade behandlat närmare i betänkandet. Frågan hade endast berörts i förbigående som en utvecklingstendens inom den offentliga sektorn.

I slutbetänkandet har nu kommittén dragit slutsatsen att kundvalssystem inte passar in i upphandlingslagstiftningens normsystem.

Vi delar uppfattningen att frågan bör utredas i särskild ordning, men vill uttrycka förhoppningen att utredningen sker skyndsamt så att de problem, som kan finnas, rörande konkurrens och rättssäkerhet m.m. snabbt blir utklarade. Kundvalssystem inom äldreomsorg, sjukvård, barnomsorg m.m. är en alternativ driftsform som har många förtjänster och som nu prövas inom allt fler kommuner och landsting. Det är därför angeläget att denna utveckling med konkurrens och ökad valfrihet för den enskilde inte bromsas upp utan underlättas.

Kostnadsberäkningar och konsekvenser

Enligt 14 och 15 §§ i kommittéförordningen åligger det en kommitté att redovisa de ekonomiska konsekvenserna av sina förslag och förslagens betydelse för små företags arbetsförutsättningar, konkurrensförmåga och villkor i övrigt.

Enligt vår uppfattning kommer alla de samhällspolitiska krav som ställs att leda till fördyrade upphandlingar och ökade svårigheter framför allt för små företag att delta i upphandlingarna. Kommittémajoriteten hävdar visserligen att den "inte lämnat några författningsförslag" som tvingar upphandlande enheter att ta hänsyn till samhällspolitiska mål, men samtidigt är andemeningen att anti-

diskrimineringsklausuler och andra sociala krav i upphandlingskontrakt både är fullt ut tillåtna och motiverade.

Med vidsträckta tolkningar av affärsmässighetsbegreppet och av EG-rätten skapar majoriteten intrycket att det är fritt fram för ett kravställande som kommittén också säger sig vilja främja. Ett försök till beräkning av kostnader och konsekvenser av en sådan utveckling borde därför ha skett. Det som kommitténs majoritet redovisat i nämnda sammanhang tillgodoser på intet sätt kommittéförordningens krav och syften. Vad som presteras är en sammanfattande skönmålning av majoritetens kontroversiella förslag.

Reservation från ledamöterna Gunnel Bengtsson (c) och Brita Ullman (kd)

Lokal upphandling

Stat, landsting och kommuner ska i den offentligt upphandlingen ta tillvara den konkurrens, som finns på marknaden för att få bästa utbyte av insatta pengar. Därför bör lokal upphandling, i formen av att lokala företag ges företräde framför andra anbudsgivare, inte ske. För att de lokala företagen ska kunna delta i upphandlingen bör upphandlande enheter utforma upphandlingarna på sådant sätt att det är möjligt också för små och medelstora företag, oavsett lokalisering, att delta i konkurrensen och vinna uppdrag. Detta är också till fördel för det lokala näringslivet och är gynnsamt för konkurrensen på sikt.

Kommunerna har emellertid också ett ansvar för att en basservice kan upprätthållas för samtliga medborgare. På orter med långa avstånd till service på annan ort kan kommunens inköp till sin lokala verksamhet vara avgörande för att t.ex. den enda livsmedelsbutiken ska kunna leva vidare och erbjuda service till de boende och besökande. I dessa fall förekommer inte marknadsmässig konkurrens, som skulle kunna skadas. I sådana undantagsfall bör kommunen ges möjlighet att köpa lokalt utan att riskera att drabbas av sanktioner.

Vi anser att kommittén bort utforma en undantagsregel i lagstiftningen med denna innebörd.

Reservation av ledamoten Gunnel Bengtsson (C)

Icke-direktivstyrd upphandling

En uppgift för kommuner, landsting och stat är att med hjälp av de skattemedel man hanterar bedriva en verksamhet av viss omfattning och kvalitet. Verksamheten kan utföras antingen av entreprenörer eller i egen regi. Vid köp av varor och tjänster ska upphandlingen ske så att den ger mest värde för pengarna och för den skull ska konkurrensen på marknaden nyttjas. LOU reglerar hur offentlig upphandling ska genomföras. Som framgår i betänkandet är LOU inte primärt en lag som syftar till en effektiv offentlig upphandling i den meningen att staten, kommuner, landsting och offentliga företag ska göra goda affärer. Det primära syftet är i stället att främja den fria rörligheten av varor, tjänster, kapital och arbetskraft. EG's upphandlingsdirektiv, som LOU genomför, gäller därför upphandlingar över tröskelvärdena medan det överläts åt varje nation att själva besluta om regler för de mindre omfattande upphandlingarna. Sverige valde när LOU infördes att reglera all upphandling oavsett värde i samma lag. Det ansågs i prop. 1993/94:79 fördelaktigt att vissa enkla generella regler gällde såväl över som under tröskelvärdena. LOU har förändrats flera gånger sedan dess. Reglerna är snarare detaljerade än generella och lagen har med rätta under åren kritiserats för att vara snårig och svår att tillämpa.

Genom de av Upphandlingskommittén föreslagna förändringarna för att anpassa lagen till EG-direktiven med dess tolkningar, blir inte regelverket enklare eller generellare. Detta kan få till följd att små och medelstora företag avstår från att lämna anbud, då man saknar tid och kunskap att lämna sådana anbud som inte riskerar att bli förkastade pga. ofullständighet eller felaktigheter. Lagen har då motverkat ett av sina syften, nämligen att flera företag ska konkurrera om offentliga uppdrag.

De större möjligheter till miljömässiga och social hänsyn som finns för icke-direktivstyrd upphandling förloras om man i Sverige väljer att ha i stort enhetlig reglering i LOU för all upphandling.

I betänkandet föreslås som en förenkling att direktupphandling ska tillåtas upp till ett värde av sju basbelopp, för närvarande ca 250 000 kr. Därigenom kommer LOU att innehålla två trösklar, 200 000 euro resp. sju basbelopp, och tre regelverk, vilket knappast ger enklare eller mer överskådlig hantering.

I särskilt yttrande till Upphandlingskommitténs delbetänkande poängterade jag behovet att dela på regelverket för direktivstyrd resp. icke-direktivstyrd upphandling. Det fortsatta arbetet i kommittén har stärkt min uppfattning att det skulle betyda en förenkling att dela på regelverken.

Jag anser att kommittén borde föreslagit att LOU, med lagregler och kraftiga sanktionsmöjligheter, skulle gälla för direktivstyrd upphandling medan icke-direktivstyrd upphandling borde regleras genom reglemente/förordning anpassade efter gemenskapsrättens grundläggande principer om solidaritet, likabehandling, proportionalitet, förutsägbarhet och ömsesidigt erkännande.

Reservation från ledamot Gunvor G Ericson (mp)

Affärsmässighet

I 1 kap. 4 § LOU stadgas att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Stadgandet utgör en portalparagraf i LOU och gäller vid all offentlig upphandling, även vid direktupphandling. Trots att affärsmässighetsbegreppet har en sådan central betydelse i LOU finns ingen legal definition till ledning för tolkning av vad affärsmässighet är för något.

Professor Nicklas Bruun, som fått i uppdrag att utreda vilket utrymme som ges enligt gemenskapsrätten för att vid offentlig upphandling beakta *sociala hänsyn och andra icke-ekonomiska omständigheter*, skriver så här:

”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. Konklusionen blir alltså här att det primärt är en *intern svensk rättspolitisk fråga* huruvida man vill tillåta sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling.”

Kanslichefen Margareta Hentze och chefjuristen Hans Sylvén, båda tjänstemän på NOU, är kritiska mot portalparagrafens utformning. De skriver i *Offentlig upphandling en lagkommentar* att de anser att bestämmelsen i 1 kap. 4 § borde knytas till gemenskapsrättens krav och definitioner. Kopplingen till EG-direktiven är alltför otydlig, alldeles särskilt som paragrafen är lagens huvudregel. ”Icke-diskriminering, öppenhet och förutsebarhet, likabehandling, ömsesidigt erkännande, proportionalitet m.fl. är sålunda principer som Sverige

har skyldighet att följa för att garantera ”de fyra friheterna” i strävan efter en gemensam marknad. Bestämmelsen täcker idag endast nödortfittigt dessa krav, samtidigt som den, med hänsyn till innebörden av begreppet affärsmässighet, begränsar handlingsfriheten för den upphandlande enheten att – så långt gemenskapsrätten medger - ta alla de hänsyn vid upphandlingen som den anser lämpliga.”²⁷⁰

I kapitel 3.6 lyfter kommittén fram hur affärsmässighetsbegreppet i svensk rättsutveckling gör att endast rent företagsekonomiska hänsyn får tas enligt LOU. I detta avseende skiljer sig LOU från EG-rätten. Kommittén konstaterar i kap 3.7”. Det anses möjligt att med stöd av 1 kap. 22 § LOU, dvs. kvalitetskravet, kräva att föremålet för upphandlingen skall uppfylla enhetens miljökrav. Affärsmässighetsbegreppet är däremot inte förenligt med strategier för att främja en effektiv offentlig upphandling i ett långsiktigt perspektiv. Miljöhänsyn får således inte tas i syfte att tillgodose samhällspolitiska mål om en förbättrad miljö, såvida det inte är fråga om bieffekter av direkta förbud mot varan eller tjänsten av miljöhänsyn”.

Kommittén har övervägt att modifiera eller helt ersätta affärsmässighetsbegreppet med en direkt hänvisning till de grundläggande gemenskapsrättsliga principer som ger EG-direktiven om offentlig upphandling sitt materiella innehåll. Jag anser att med alla de argument som framkommit under kommitténs arbete så borde vi ha föreslagit att ta bort affärsmässighetsbegreppet och istället direkt hänvisat till de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna i EG-direktiven. En sådan ändring i portalparagrafen skulle undanröja varje tvivel om att LOU begränsar handlingsutrymmet för upphandlande enheter att ta hänsyn till andra än rent ekonomiska faktorer i samband med upphandlingar jämfört med vad som är möjligt enligt gemenskapsrätten. Enligt en EG-dom nyligen²⁷¹ kan begrepp som inte anpassats till gemenskapsrätten bli verkningslösa vid en prövning i EG-domstolen. Den traditionella och snäva uttolkningen av affärsmässighetsbegreppet som har sina rötter i den gamla upphandlingsförordningen är inte anpassat till EG-rätten. Det har sin bestämning i en rättsutveckling i Sverige med helt annan bakgrund än det konkurrensrättsliga regelverket i EG. Jag reserverar mig tillförmån för mitt yrkande enligt ovan att ta bort affärsmässighetsbegreppet i LOU.

²⁷⁰ Hentze, Sylvén, Offentlig upphandling s. 50

²⁷¹ C-28/95, A. Leur-Bloem och Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam, REG 1997, s. 4160, p. 32.

Majoritetens argument att risken för att ett borttagande av affärsmässighetsbegreppet sänder ut felaktiga signaler till de upphandlande enheterna är mycket ihåligt. Att det skulle kunna tolkas så att inte längre finns något krav på att göra sitt yttersta för att se till att skattemedlen används så effektivt som möjligt, dvs. att det inte längre är aktuellt att göra goda affärer med leverantörerna är att förringa upphandlande enheters syfte. Självklart vill man göra så goda affärer som möjligt. Problemet är dock att man inte får ställa de kvalitetskrav man vill ha, att man inte alltid får ha det bästa för det allmänna som mål. Genom att ta bort affärsmässighetsbegreppet kan man åtminstone undanröja ett hinder så som miljöpartiet ser det.

Skärskilt yttrande angående kapitel 12 och angående kommittéarbetet i stort.

Det är glädjande att vi i majoriteten i kommittén kunde enas om att ”uppmåna regeringen att med kraft driva att långsiktig hållbar utveckling läggs till som en grundprincip i gemenskapsrätten”. Det innebär att upphandling ska genomföras så att man åstadkommer en långsiktig hållbar utveckling vilket är ett stort steg framåt.

Tyvärr har arbetet i kommittén präglats av stor tidsbrist och material med nya texter presenterades ofta med mycket kort varsel, även vid slutjusteringssammanträdet fanns nya texter på bordet. En kommitté som fått så många uppdrag i sina direktiv borde ha haft bättre resurser vilket jag genom detta påpekande hoppas kommer att beaktas i kommande utredningar.

Reservation och särskilt yttrande från ledamot Mats Ericson (v)

Upphandlingskommitténs arbete har i stor utsträckning handlat om att försöka tolka och klargöra EG-rätten och den utveckling som eventuellt kan spåras i nya formuleringar i Amsterdamfördraget, i EG-domar, i uttalanden från kommissionen osv. Sammantaget ser kommittén positivt på möjligheterna att förena sociala hänsyn, miljökrav och andra samhällspolitiska mål med den offentliga upphandlingen. Huruvida kommittén hamnar rätt i sina slutsatser kommer dock att visa sig först när kommissionen presenterar sina tolkningsmeddelanden, när upphandlingsdirektiven ändras eller när ytterligare avgöranden kommer från EG-domstolen.

När det gäller möjligheten att ta hänsyn till andra än rent ekonomiska faktorer i samband med upphandlingar, stöder sig kommittén sig i hög grad på Niklas Bruuns rättsutredning. Enligt Bruun ger EG-rätten numera utrymme för att sociala, miljöpolitiska och andra samhällspolitiska mål skall kunna beaktas vid offentlig upphandling. Om det nu verkligen skulle vara så återstår som sagt att se, men det är här nödvändigt att även uppmärksamma en avgörande reservation i Bruuns resonemang (bilaga 3). Eftersom huvudregeln om affärsmässighet inte återfinns i EUs upphandlingsreglering är det dock möjligt att den svenska rätten skall anses utsluta en sådan möjlighet trots att den i och för sig är förenlig med EG-rätten. Konklusionen blir alltså här att det primärt är en intern svensk rättspolitisk fråga huruvida man vill tillåta sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling.

1 Utmönstra affärsmässighetsbegreppet ur LOU

Uppenbarligen är det affärsmässighetsbegreppet som är avgörande för hur den offentliga upphandlingen kan utvecklas i Sverige. Kommitténs överväganden framgår av bl.a. avsnitt 11.3.3, men jag kan inte dela eller förstå majoritetens slutsats att låta affärsmässig-

hetsbegreppet vara kvar i LOU med den framträdande ställning det har. Jag anser att det är nödvändigt att utmönstra denna för Sverige självpåtagna begränsning som affärsmässighetsbegreppet innebär för de upphandlande enheterna och för att vi ska kunna ta tillvara de möjligheter EG-rätten ger att ta andra hänsyn än strikt ekonomiska.

Affärsmässigheten är en väsentlig del av LOU:s portalparagraf men trots floran av förklarade termer, ges inte någon förklaring till vad som är affärsmässigt eller ej. Det är därför inte förvånande att det förekommer många olika tolkningar av begreppets innebörd. Historiskt har affärsmässigheten uppfattats olika och följaktligen är begreppet under fortsatt förändring.

Kommittémajoriteten är klart medveten om att kraven på affärsmässighet är hinder för upphandlande enheter att ställa exempelvis miljökrav i upphandlingen. Majoriteten har övervägt att modifiera begreppet men har uppenbara svårigheter att ringa in vad ett modernt affärsmässighetsbegrepp skulle omfatta. Går man igenom betänkandet kan man finna att det exempelvis är affärsmässigt att både ta vara på den konkurrens som finns och skapa förutsättningar för att konkurrensen ska finnas kvar långsiktigt. Det är affärsmässigt att paketera anbuden attraktivt och så förmånligt som möjligt för både upphandlare och leverantörer. Upphandlingen ska ske på marknadens villkor men skall ändå innebära så bra affärer som möjligt för båda parter. Affärsmässigheten kan uttryckas genom att lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga budet ska antas, eller varför inte, det som ger mesta värde för pengarna. Det skall även anses vara affärsmässigt att ställa konkurrenspolitiska, sociala, arbetsmarknadspolitiska och miljöpolitiska krav. Även samhällspolitiska mål kan anses vara affärsmässiga — men att kräva kollektivavtal strider mot affärsmässigheten! I det stora hela verkar det mesta vara affärsmässigt så länge det är förenligt med LOU och tolkat »i ljuset av gemenskapsrätten«.

Ur ett juridiskt perspektiv torde det dock vara tveksamt med ett så vitt, för att inte säga, allomfattande och därmed intetsägande begrepp. I vart fall blir det komplicerat att i domstol tvista om vad som är affärsmässigt eller ej. Eftersom affärsmässigheten som begrepp heller inte förekommer i EG-rätten kan det inte prövas av EG-domstolen och av det skälet saknar begreppet värde. Även NOU tar upp dessa brister i en rapport från 1999 och föreslår att begreppet i lagtexten ersätts av EG grundläggande principer för offentlig upphandling.

Staffan Hanssons genomgång av affärsmässighetsbegreppet (se bilaga 4!) visar att det utgår från företagsekonomiska krav och leder till att endast rent företagsekonomiska hänsyn får tas enligt LOU, vilket således inte har någon motsvarighet i EG-rätten. Följaktligen kan samhällspolitiska mål beträffande miljö, arbetsmarknad och sociala hänsyn inte inrymmas inom LOU så länge kravet på affärsmässighet finns kvar. I likhet med juristerna Henze och Sylvé är Staffan Hansson kritisk till portalparagrafen utformning, som endast nödortfört knyter an till de principer som framgår av EG-fördraget och som Sverige har skyldighet att följa, nämligen likabehandling och icke-diskriminering, öppenhet, förutsebarhet, ömsesidigt erkännande, och proportionalitet. 1 kap. 4 § LOU täcker endast delvis de krav gemenskapsrätten ställer för genomförande av principerna på upphandlingsområdet. Likabehandling och icke-diskriminering samt proportionaliteten täcks, dock ej de övriga principerna.

Jag ansluter mig till uppfattningen att 1 kap. 4 § LOU ersätta affärsmässighetskravet med en formulering utifrån följande innehåll: *Upphandling skall göras enligt denna lag och gemenskapsrätten med särskilt beaktande av principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, öppenhet, förutsebarhet och proportionalitet.*

Som skäl mot att ta bort affärsmässighetsbegreppet ur LOU anför kommittémajoriteten att det skulle sända ut felaktiga signaler till de upphandlande enheterna. Det skulle naturligtvis kunna uppfattas så om portalparagrafen bara ströks, men en ny lagtext enligt ovanstående modell som tydligt knyter an till EG-rätten, skulle kunna få ett starkt pedagogiskt värde i och med att offentliga upphandlare (och även leverantörer) skulle bli tvungna att sätta sig in i dessa grundläggande principer på ett helt annat sätt än vad som varit nödvändigt hittills.

Den av Upphandlingskommittén i delbetänkandet föreslagna tillsynsmyndigheten skulle i sina »råd och föreskrifter« kunna definiera innebörden av affärsmässighet och utveckla normer kring vad »god upphandlingssed« kan innebära. Affärsmässigheten skulle därmed som en sorts praxis få en mindre ingripande ställning än ett lagbundet krav.

2 Avtal med icke vinstsyftande verksamheter

När det gäller möjligheter till positiv särbehandling av vissa leverantörer innebär Upphandlingskommitténs förslag att bl.a. kommunerna får tydligare regler kring vad som gäller vid avknopp-

ning och när ideella organisationer, församlingar och andra icke vinstsyftande föreningar anlitas som komplement till ordinarie verksamhet inom exempelvis vård och omsorger.

Kommitténs förslag till en ny skrivning i kapital 6 LOU kring tjänster avseende hälso- och sjukvård eller socialtjänst, förutsätter att en upphandling faktiskt görs. Mot den bakgrund som kommittén tagit fram kan det även vara motiverat att tillåta att avtal får slutas *utan* upphandlingsförfarande med exempelvis föreningar, församlingar eller andra som driver sin verksamhet utan vinstintressen men med ett starkt ideellt engagemang som drivkraft. Med kommitténs förslag finns en risk att t.ex. ett äldreboende drivet av katolska församlingen blir utkonkurrerat av en annan ideell förening. Lagstiftaren bör därför även överväga om ett undantag till upphandlingsreglerna av det skälet är motiverat, som komplement till eller alternativ till kommitténs förslag. En sådan lagtext skulle kunna ha följande skrivning:

Utan föregående upphandlingsförfarande får avtal slutas avseende tjänster, som innefattar hälso- och sjukvård samt socialtjänst av det slag som anges i avdelning B i bilaga till denna lag, med bolag, förening, stiftelse eller annan som driver verksamheten utan syfte att skapa vinst åt ägare eller motsvarande intressent.

Särskilt yttrande från experterna Anders Stenlund, Lars-Olof Eklöf och Jens Karlsson

Inledning

Från näringslivets sida har vi vid olika tillfällen betonat den stora betydelsen av den offentliga upphandlingen. Upphandlingskommittén har uppskattat värdet av denna till 400 miljarder kronor per år enbart i Sverige, värdet av den offentliga upphandlingen inom hela EU uppgår till enorma belopp. Det är självklart att det spelar stor roll hur dessa medel används. Reglerna om offentlig upphandling är en hörnpelare i den gemensamma europeiska marknaden och ska skapa garantier för att leverantörerna tävlar på lika villkor när de gör affärer med myndigheter i medlemsländerna.

Detta är bra för alla. Näringslivet får tillgång till nya marknader inom EU men också tuffare konkurrens på hemmaplan, vilket i det långa loppet är bra för utvecklingen av svenskt näringsliv. Och skattebetalarna får garantier för att myndigheterna använder skatte-medlen på bästa sätt.

Men för att upphandlingen ska fungera är det nödvändigt att reglerna verkligen garanterar en tävlan på lika villkor. Detta förutsätter i sin tur att reglerna tydligt talar om vad leverantörerna tävlar med och hur deras anbud kommer att värderas. Utrymmet för godtycke eller för gynnande av någon leverantör måste bli så litet som möjligt.

Från näringslivets sida anser vi att leverantörerna ska tävla med de varor eller tjänster som de erbjuder. Vi anser vidare att den leverantör som lämnar det bästa anbudet också ska få kontraktet. Det handlar inte alls om att enbart priset ska avgöra utan det kan lika gärna handla om att den bästa kvaliteten på varan eller tjänsten föller utslag. Och, precis som med andra kvalitetsaspekter, är det helt naturligt att ställa miljökrav på de varor och tjänster som det offentliga köper in.

För leverantörerna och de flesta inköpare i den offentliga förvaltningen är detta självklarheter medan andra vill politisera den offentliga upphandlingen. Denna önskan avspeglar sig tydligt på olika ställen i det betänkande som Upphandlingskommittén nu lägger. En bärande tanke bakom flera av förslagen är att den offentliga upphandlingen ska användas för att uppnå olika politiska samhällsmål.

De samhällsmål som kommittén säger sig vilja värna är viktiga, jämställdhet och etnisk mångfald är exempel som nämns i betänkandet. Vi sluter självfallet upp bakom dessa men anser inte att den offentliga upphandlingen är ett bra instrument för detta. Det finns redan idag omfattande regelverk och myndigheter som verkar för de samhällsmål som nämns. Ett framgångsrikt arbete med dessa bedrivs bäst med de regler och av de myndigheter som är skapade för detta.

Det viktigaste skälet till att vi från näringslivets sida är kritiska till flera av förslagen är att de öppnar för godtycke. Om utfallet i upphandlingar ska avgöras av allmänna omdömen om leverantörerna och inte av konkreta jämförelser mellan varor och tjänster, så skapar detta ett utrymme för fritt val av leverantör. Det är redan idag vanligt att leverantörerna är osäkra på om de har blivit rättvist behandlade i offentliga upphandlingar. Flera av betänkandets förslag och bedömningar ökar den osäkerheten.

Samhällspolitiska mål, diskriminering och sociala klausuler

Som har framgått ovan anser vi inte att reglerna om offentliga upphandlingen ska ändras från att vara en garanti för konkurrens på lika villkor till att vara ett instrument för olika samhällspolitiska mål. En sådan utveckling hotar det grundläggande målet bakom EU:s och Sveriges regler om den offentliga upphandlingen – att skapa en gemensam marknad för offentliga affärer – och rimmar dessutom illa med kommitténs uttalade ambitioner att skapa en effektivare offentlig upphandling.

Som stöd för att ändra användningen av upphandlingsreglerna åberopas ibland ett par senare avgöranden i EG-domstolen, som också återges av professor Niklas Bruun i hans utredning åt kommittén. I dessa avgöranden betonas emellertid att upphandling alltid måste ske med hänsyn till EU-fördragets grundläggande krav på transparens, proportionalitet, icke-diskriminering och likabehandling. Vi menar att varken de europeiska eller de svenska reglerna om upphandling lämnar det utrymme för politiska överväganden som en majoritet i kommittén vill läsa in. Utrymmet för att ta

sådan hänsyn är tvärtom enligt vår mening mycket begränsat. Som nämnts ovan anser vi att de samhällsmål som kommittén säger sig vilja värna bäst behandlas i den särskilda lagstiftning och av de speciella myndigheter som har i uppdrag att bevaka områdena.

Köp mellan kommun och kommunalt företag

Vi avvisar förslaget att kommuner och landsting ska få göra affärer med sina bolag utan att följa upphandlingsreglerna. Som vi har nämnt ovan vilar reglerna om upphandling på att alla leverantörer ska behandlas lika, även offentliga bolag. Det bör inte komma på fråga att gynna någon grupp leverantörer utan mycket starka skäl. Det skäl som framförts för förslaget – samordningsvinster i den kommunala sektorn – kan uppnås även genom att följa reglerna om upphandling. Man bortser också från den tydliga konkurrensnedvridning som förslaget skapar gentemot privata företag. Detta skulle skada inte minst småföretagen som är beroende av lokala marknader. Inte heller tar man upp de förluster som skattebetalarna oundvikligen gör när kommuner och landsting får handla av egna bolag utan att använda sig av marknadens möjligheter. Det är självklart att de offentliga ägarna kommer att känna ett starkt tryck att handla av de egna bolagen, även när det finns bättre privata alternativ. Slutligen är det också på denna punkt osäkert vilket utrymme EG-rätten lämnar för förslaget.

Avknopningsstöd

En omdebatterad fråga är hur man ska se på fallet att en del av den offentliga sektorn bryts ut och omvandlas till ett privat företag genom att anställda hos den offentlige aktören tar över och driver verksamheten vidare på egen hand. Ett moment i detta är att det tecknas ett avtal mellan å ena sidan det offentliga och å andra sidan det nya företaget. Ett synsätt har varit att detta är en upphandlingssituation och att avtalet ska upphandlas i konkurrens, vilket också har fått stöd i svensk rättspraxis. Ett annat synsätt är dock att det här främst handlar om en omstrukturering där den offentliga sektorn minskar till förmån för den privata.

Vi anser att sådan omvandling har många goda sidor, den skapar större marknader för företagen, den ökar konkurrensen och den leder i de flesta fall till ett effektivare utförande av de aktuella tjänsterna. Detta måste dock ske under former som inte sätter konkurrensen ur spel mellan nybildade och redan existerande företag mer än vad som är absolut nödvändigt. Den maximala avtalstiden utan upphandling bör därför, enligt vår mening, sättas till tre år. Längre

avtalsid - upp till den av kommittén föreslagna 5 års gränsen – bör endast kunna komma ifråga om det föreligger särskilda skäl, exempelvis höga investeringskostnader, exempelvis av investeringar.

Icke vinstsyfte

Vi avvisar bestämt förslaget om att vissa kontrakt ska få förbehållas aktörer som inte har vinstsyfte i sin verksamhet och att därmed andra kan utestängas oavsett vad de har att erbjuda. Enligt vår uppfattning är förslaget helt oacceptabelt. Motiveringen är mot-sägelsefull och saknar bärkraft. Själva utgångspunkten tycks vara att mångfald, kvalitet och effektivitet skulle gynnas av att vinstdrivande företag avskärs från möjligheten att över huvud tävla om uppdrag inom hälso- och sjukvård samt socialtjänst. Detta synsätt har ingen verklighetsförankring och står förvisso i rak motsats till konkurrensens grundläggande betydelse vid offentlig upphandling. Vi menar att alla aktörer ska bedömas efter sina prestationer och att vinstdrivande företag har mycket att bidra med också inom vård och omsorg i form av koncept- och verksamhetsutveckling, effektivitet, valfrihet etc. Det är ett inslag som bör välkomnas, inte motarbetas.

Majoriteten redovisar inte heller något material som ger vid handen att aktörer utan vinstsyfte skulle vara missgynnade eller i underläge och därför behöver skyddas mot konkurrens. Vi menar tvärtom att dessa oftast redan har konkurrensfördelar just genom sitt speciella verksamhetskoncept. Den sk stopplagen avser driften av akutsjukhus. Vi menar att de reglerna är uttryck för samma felaktiga synsätt som det nu aktuella förslaget. Detta går dock längre på så sätt att det omfattar tjänster inom hela hälso- och sjukvården och dessutom socialtjänsten. Det må visserligen sägas att kommuner och landsting kan välja att inte använda sig av den föreslagna särbehandlingen. Man måste dock förutsätta att majoritetens avsikt med undantaget är att det ska utnyttjas. Själva dess existens skapar dessutom helt onödig osäkerhet för företagen och befordrar vanföreställningen att vinst skulle vara något negativt.

Majoritetens förslag bryter vidare skarpt mot principen om likabehandling vid offentlig upphandling. Det har inte klargjorts hur förslaget skulle kunna vara förenligt med EG-rätten, som vilar på bl.a. den principen. Vår bedömning är tvärtom att förslaget strider mot EG-rätten och sålunda ska avvisas även på denna grund. Förslaget illustrerar också väl riskerna med en politisering av den offentliga upphandlingen, och understryker vikten av att affärs-mässighet och ekonomiskt resultat hålls strikt i fokus.

Direktupphandling

Vi avvisar förslaget om en väsentligt höjd ekonomisk gräns för direktupphandling ända upp till sju basbelopp, dvs. omkring 250 000 kronor. Som vi har anført ovan är det viktigt att likabehandling gäller vid all upphandling, vilket garanteras bäst av upphandling i konkurrens. Vi tror också att detta utgör en viktig kontroll över att skattemedel används kostnadseffektivt och utan godtycke. Med tanke på de mycket begränsade formkrav som ställs på mindre upphandlingar idag, ser vi det därför som anmärkningsvärt att undanta en stor mängd enskilda inköp från upphandling i konkurrens. Risken är dessutom uppenbar – särskilt i kommuner med decentraliserad upphandling – att även större upphandlingar i praktiken delas upp och direktupphandlas. Vi förordar istället att begreppet lågt värde bibehålls, men att det klart framgår att detta innefattar situationen där upphandlingskostnaderna inte står i rimligt proportion till värdet av det som ska upphandlas.

Konsekvensanalys

Vi anser inte att kommittén uppfyllt sina åligganden enligt kommittéförordningen vad avser analys av ovan kommenterade förslags ekonomiska konsekvenser.

Avslutningsvis vill vi betona vikten av att gå vidare med förslagen om marknadsskadeavgift, en starkare tillsynsmyndighet och talerätt för branschorganisationer som kommittén lade fram i sitt delbetänkande eftersom dessa åtgärder starkt skulle bidra till en bättre upphandling.

Särskilt yttrande från ledamöterna Allan Eriksson och Christer Eirefelt

Kommittén föreslår ett kvalitets- och utvecklingsråd för offentlig upphandling. Avsikten är att på central nivå åstadkomma en effektivare upphandling och förslaget redovisar ett antal angelägna arbetsuppgifter.

Vi har ingen annan uppfattning när det gäller behovet av att förbättra kvalitén i den offentliga upphandlingsverksamheten. Det råd kommittén föreslår, med företrädare för såväl beställare som upphandlande enheter, kan vara ett led i en sådan strävan.

Däremot anser vi att rådet fullt ut ska finansieras av upphandlande enheter och leverantörer, inte med hjälp av statliga medel över statsbudgeten.

Särskilt yttrande från ledamot Gunnel Bengtsson (c)

Affärsmässighetsbegreppet och samhällspolitiska mål

I portalparagrafen 1 kap 4 § LOU anges att offentlig upphandling ska genomföras affärsmässigt. För affärsmässighetsbegreppet finns ingen absolut tolkning. I betänkandet resonerar kommittén kring begreppet, bl.a. i relation till EG-direktiven. Kommittén konstaterar också att ett eventuellt borttagande av affärsmässighetsbegreppet ur portalparagrafen felaktigt skulle kunna tolkas som om kravet på effektivitet i den offentliga upphandlingen förändrats.

Om man bedömer affärsmässighet utifrån agerandet i det privata näringslivet, kan man konstatera att innebörden förändrats över tiden och efter samhällsutvecklingen och inte avser endast kortsiktigt ekonomiskt resultat utan också täcker företagens miljömässiga och sociala ambitioner.

Jag anser att affärsmässighet innebär att upphandlingen genomföres på ett professionellt sätt utifrån beställarens krav och mål för verksamheten. I det professionella arbetssättet ligger att utifrån dessa krav och önskemål få ut mesta värde för pengarna genom att ta vara på den konkurrens som finns, att följa uppställda nationella och interna regelverk och att i övrigt agera utan ovidkommande hänsyn. Affärsmässighetsbegreppet innebär därmed ingen begränsning utöver EG-direktiven för de upphandlande enheterna att kunna ställa krav som syftar till att uppnå samhällspolitiska mål. Den offentliga upphandlingen bör vara ett av flera instrument för samhället att uppnå sådana mål.

Med en tolkning av affärsmässighetsbegreppet som inte begränsar möjligheterna för upphandlande enheter att ställa krav i syfte att uppnå samhällspolitiska mål, biträder jag kommitténs förslag att behålla affärsmässighetsbegreppet i 1 kap 4 § LOU.

BILAGOR

Bilaga 1

Kommittédirektiv 1999:34

Tilläggsdirektiv

Kommittédirektiv

Dir. 1999:34

Tilläggsdirektiv till Utredningen (Fi 1998:08) om översyn av Nämnden för offentlig upphandling, m.m.

Beslut vid regeringssammanträde den 12 maj 1999.

Sammanfattning av uppdraget

Enligt regeringens bemyndigande den 25 juni 1998 har en särskild utredare tillkallats med uppgift att utreda organisationen av Nämnden för offentlig upphandling, m.m. Utredningen har antagit namnet NOU-utredningen (Fi 1998:08). Utredningen skall övergå till en parlamentarisk kommitté.

Kommittén skall, utöver vad som omfattas av redan givna direktiv,

- bedöma vilka närmare avvägningar som en upphandlande enhet bör göra när enheten skall anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga,
- ta fram riktlinjer för det svenska arbetet med upphandlingsfrågor i Europeiska unionen,
- följa det arbete som bedrivs i fråga om miljökrav vid offentlig upphandling,
- behandla frågan om möjligheten att upphandla lokalt,
- analysera möjligheterna för en upphandlande enhet att ta in s.k. antidiskrimineringsklausuler i upphandlingsavtal.

Bakgrund

Den offentliga upphandlingen uppgår till cirka 300 miljarder kronor per år. Det är av stort samhällsekonomiskt intresse att den offentliga upphandlingen fungerar väl. En effektiv upphandling kan verksamt bidra till besparingar i de offentliga utgifterna.

Det pågår ett omfattande arbete inom Europeiska unionen med upphandlingsfrågor. Offentlig upphandling är ett område som enligt kommissionens handlingsplan för den inre marknaden bör

prioriteras. Kommissionen har i ett meddelande om offentlig upphandling (KOM () () 143) anför att reglerna bör göras enklare, flexiblare och anpassade efter förändringarna på marknaden.

Riksdagens revisorer har på initiativ av finansutskottet granskat den offentliga upphandlingen. Granskningen har redovisats i Riksdagens revisorers förslag till riksdagen 1997/98:RR10 Offentlig upphandling. Syftet med granskningen har varit att undersöka effekterna av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), särskilt för statliga myndigheter och vilka problem som uppstått för upphandlande enheter. Revisorerna har också granskat tillsynen över lagen och inköpssamordningen samt användningen av ramavtal. Enligt revisorerna finns det ett behov av att ta ett mer samlat grepp om upphandlingsfrågorna för att upphandlingen skall bli effektivare.

Finansutskottet anser i sitt betänkande med anledning av revisorernas förslag (bet.1998/99:FiU17 Offentlig upphandling) att den pågående NOU-utredningen skall ges tilläggsdirektiv innebärande att utredningen skall övergå till att bli parlamentariskt sammansatt. I likhet med Riksdagens revisorer anser utskottet att det behöver tas ett mer samlat grepp om upphandlingsfrågorna för att upphandlingen skall bli effektivare. Utskottet delar revisorernas bedömning att det som vägledning för upphandlarna och för arbetet i EU behövs en tydlig nationell policy för upphandlingsfrågor samt att det föreligger ett behov av en fortsatt översyn av reglerna för offentlig upphandling. Enligt utskottet bör utredningen sammanfatta de övergripande riktlinjerna för den offentliga upphandlingen och ta fram riktlinjer för det svenska arbetet i EU. Utskottet anser vidare att det är väsentligt att det klargörs under vilka förutsättningar miljökrav får ställas vid offentlig upphandling. Slutligen anser utskottet att utredningen skall behandla frågan om lokal upphandling. Riksdagen beslutade i enlighet med förslaget i utskottsbetänkandet.

Uppdraget

Avvägningar vid offentlig upphandling

Det har visat sig att det för upphandlande enheter många gånger är svårt att förena reglerna om offentlig upphandling, bl.a. med deras krav på öppenhet, konkurrens och affärsmässighet, med målen för andra samhällssektorer, t.ex. miljömål och regional- och sysselsättningspolitiska mål.

EG:s upphandlingsdirektiv ligger till grund för LOU. Grundprinciperna är att offentlig upphandling skall göras affärsmässigt, i konkurrens och på ett ickediskriminerande sätt (1 kap. 4 § LOU). I förarbetena till LOU (prop. 1992/93:88 s. 60) anges att reglerna bl.a. är utformade i syfte att försvåra möjligheterna att vid en upphandling gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvridande sätt.

Enligt 1 kap. 22 § LOU skall den upphandlande enheten anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst anbudspris. När enheten skall avgöra vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall den ta hänsyn till samtliga omständigheter som pris, leveranstid, driftskostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Den upphandlande enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen ange vilka omständigheter den kommer att lägga till grund för anbudsutvärderingen. Om det är möjligt skall kriterierna rangordnas. Denna bestämmelse i lagen överensstämmer i princip med motsvarande bestämmelser i upphandlingsdirektiven.

Kraven i förfrågningsunderlaget och utvärderingskriterierna skall tydligt utvisa den upphandlande enhetens behov för anbudsgivarna/leverantörerna, vara rimliga och ändamålsenliga samt stå i proportion till det som skall upphandlas och syfta till att identifiera det för enheten ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Regeringen beslutade i februari 1999 att tillkalla en särskild utredare med uppdrag att bl.a. utreda om frivillig jämställdhetsmärkning skulle innebära problem i förhållande till LOU, lagen (1994:615) om otillbörligt upphandlingsbeteende samt marknadsföringslagen (1994:450).

Regeringen beslutade i mars 1999 om tilläggsdirektiv till Utredningen (S1998:01) om sjukvårdsupphandling. Den särskilde utredare skall, utöver vad som omfattas av redan givna direktiv, utreda om LOU är tillämplig t.ex. vid och kommuner och då kommuner köper hälso- och sjukvårdstjänster.

Kommittén skall med utgångspunkt från det som framförts i detta avsnitt analysera vilka avvägningar som en upphandlande enhet bör göra när enheten skall anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga och om enheten skall göra samma avvägningar oberoende av om upphandlingen avser upphandlingar under eller över de s.k. tröskelvärdena.

Riktlinjer för arbetet i Europeiska unionen

Regeringen har i yttrande över kommissionens grönbok om offentlig upphandling bl.a. framfört att det är viktigt att EU:s medlemsländer och EES-länderna snarast genomför upphandlingsdirektiven i sina nationella rättssystem, att det blir en likartad tillämpning och att kommissionen noggrant följer upp genomförandet av upphandlingsdirektiven.

Vidare har regeringen anfört att det bör vara möjligt att upphandla elektroniskt, t.ex. att anbud får lämnas elektroniskt. Slutligen har framhållits att det finns ett stort behov att utreda vilka miljökrav som får ställas vid offentlig upphandling, eftersom det är viktigt att i framtiden kunna ta större miljöhänsyn i upphandlings-sammanhang.

Kommittén skall pröva om de av regeringen i yttrandet lämnad riktlinjerna bäst motsvarande det övergripande svenska intresset. Om de inte överensstämmer med kommitténs uppfattning, bör den föreslå andra riktlinjer för det svenska arbetet i Europeiska unionen.

Miljökrav

Frågan om offentlig upphandling och miljökrav diskuteras mycket i Sverige och i andra länder, bl.a. Danmark. Det råder oklarheter om i vilken utsträckning som miljökrav får ställas enligt LOU och EG:s upphandlingsdirektiv. Detta har såväl i Sverige som inom EU i övrigt gett upphov till olika tolkningar. Nämnden för offentlig upphandling har på uppdrag av regeringen lämnat en redogörelse för hur den anser att miljökrav får ställas enligt LOU och EG:s upphandlingsdirektiv (rapport om ekologiskt hållbar offentlig upphandling, 1998-03-24).

Vid bedömningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet får en upphandlande enhet bl.a. ta hänsyn till miljöpåverkan enligt 1 kap. 22 § LOU. Ordet miljöpåverkan är ett svenskt tillägg som saknas i motsvarande artiklar i EG-direktiven. Kommissionen har i en formell underrättelse till svenska regeringen kritiserat Sveriges införlivande av upphandlingsdirektiven på denna punkt. Kommissionen har dock i sin grönbok om offentlig upphandling uttalat att miljöfaktorer kan vägas in vid val av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, om det innebär en ekonomisk fördel som är beroende av den prestation som är föremål för upphandlingen och som direkt tillfaller den upphandlande enheten, t.ex. genom minskade kostnader för underhåll, avfallshantering eller återanvändning.

Genom Amsterdamfördraget betonas att miljöhänsyn skall integreras i alla gemenskapens politikområden för att en hållbar utveckling skall uppnås. Kommissionen har uttalat att den i ett tolkningsmeddelande skall analysera behovet av och möjligheten att ta hänsyn till miljöaspekter vid offentlig upphandling. Tolkningsmeddelandet skall presenteras under 1999. Regeringskansliet har i en skrivelse till kommissionen lämnat synpunkter på kommissionens dokument "Offentlig upphandling och miljö". Av skrivelsen framgår att det är angeläget att skapa klarhet på det här området. Bl.a. skall det vara möjligt att ställa krav på att produkter som köps in uppfyller kriterier för miljömärkning. Vidare skall upphandlare kunna ställa krav på att anbudsgivare uppfyller kriterierna för miljöledningssystemet EMAS eller likvärdiga system. Det är dock angeläget att kommissionen först gör en analys av de samhällsekonomiska effekterna.

Inom Regeringskansliet arbetar en beredningsgrupp med att ta fram en svensk ståndpunkt om vilka miljökrav som bör kunna få ställas vid offentlig upphandling. Avsikten är att Sverige utifrån den ståndpunkten skall verka för att EG-direktiven klargörs eller ändras så att det tydligt framgår vilka miljökrav som får ställas.

Regeringen har under 1998 inrättat en särskild delegation för ekologiskt hållbar upphandling. Delegationen skall bl.a. vara pådrivande för att den offentliga upphandlingen skall vara ett instrument för att åstadkomma en ekologiskt hållbar samhällsutveckling.

Kommittén skall följa dessa arbeten och lämna de synpunkter som är motiverade.

Lokal upphandling

Romfördragets principer om varors och tjänsters fria rörlighet för skapandet av den inre marknaden innebär att de upphandlande enheterna inte får ta regionala eller lokala hänsyn vid upphandling. Innebörden av dessa principer har bedömts av EG-domstolen.

EG-domstolen har sålunda i några domar behandlat frågan om särbehandling av geografiska skäl och funnit att förfarandet strider mot fördraget. I domen C-21/88 hade den upphandlande enheten i enlighet med italiensk lag förbehållit företag i södra Italien en viss andel av de beställningar som omfattades av upphandlingen. Lagstiftningens syfte var att skapa arbetstillfällen i regionen och EG-domstolen fann att reglerna stod i strid med artikel 30 i Romfördraget.

En upphandlande enhets möjligheter att ställa upp villkor för deltagande i en upphandling eller tillämpa utvärderingskriterier

som innebär att den tar lokala hänsyn är således mycket begränsade, eftersom det torde strida mot såväl huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU som diskrimineringsförbudet i Romfördraget.

Kommittén skall utreda i vilken utsträckning och på vilket sätt den offentliga sektorn kan upphandla lokalt utan att komma i konflikt med LOU, upphandlingsdirektiven och gemenskapsrätten.

Antidiskrimineringsklausuler

I kommissionens grönbok om offentlig upphandling anges under vilka omständigheter hänsyn till "sociala kriterier" kan tas vid offentlig upphandling. En upphandlande enhet får t.ex. ställa krav på att gällande social lagstiftning skall tillämpas. I kommissionens meddelande om offentlig upphandling utvecklar kommissionen sin syn på denna fråga. Bl.a. framhåller kommissionen att upphandlingsdirektiven ger utrymme för att utesluta potentiella leverantörer som bryter mot gällande lagstiftning på det sociala området, inklusive sådan lagstiftning som syftar till att främja lika möjligheter. Kommissionen anser att en beställare i samband med offentlig upphandling kan kräva att leverantören verkar för vissa "sociala mål", t.ex. att främja skyddet av vissa utsatta grupper.

Det kan inte uteslutas att s.k. antidiskrimineringsklausuler i samband med offentlig upphandling kan användas på ett sådant sätt att de kan spela en viktig roll för att motverka diskriminering. Genom sådana klausuler skulle som förutsättning för en offentlig upphandling gälla att leverantören följer gällande lagstiftning mot diskriminering.

Kommittén skall analysera möjligheterna för offentliga sektorn att ta in s.k. antidiskrimineringsklausuler i upphandlingsavtal.

Redovisning av uppdraget

Kommittén skall samråda med Utredningen (S 1998:01) om sjukvårdsupphandling, Delegationen för ekologiskt hållbar upphandling (M 1998:01) och Utredningen om frivillig jämställdhetsmärkning (N 1999:03).

Kommittén skall i enlighet med gällande tidsplan, dvs. senast den 31 december 1999, avlämna ett delbetänkande omfattande det uppdrag kommittén fått genom dir. 1998:58. Dessa tilläggsdirektiv gör det nödvändigt med ytterligare tid för uppdraget. Kommittén skall redovisa resultatet av tilläggsdirektiven senast i december 2000.

Bilaga 2

Sammanfattning av delbetänkande SOU 1999:139 Effektivare offentlig upphandling

—

För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt

Sammanfattning av delbetänkande SOU 1999:139

Den sammanlagda offentliga upphandlingsvolymen uppgår till omkring 400 miljarder kronor per år. Det motsvarar drygt 23 procent av värdet av den samlade produktionen av varor och tjänster i Sverige, dvs. bruttonationalprodukten (BNP). Merparten av alla upphandlingar som görs av regering, riksdag, statliga myndigheter, kommuner och landsting och offentligt ägda företag regleras sedan 1994 i lagen om offentlig upphandling (LOU).

Upphandlingskommitténs uppdrag

Upphandlingskommitténs uppdrag har varit att se över behovet av statlig tillsyn över den offentliga upphandlingen. En viktig fråga har varit att utreda om den framtida tillsynsmyndigheten skall ges rätt att väcka talan vid domstol. Kommittén har haft till uppgift att formulera en definition av begreppet tillsyn inom upphandlingsområdet och föreslå hur tillsynsrollen skall utvecklas och ges större tyngd.

Kommittén har haft att se över bestämmelserna i 6 kap. LOU. Dessa bestämmelser har Sverige infört trots att detta in krävs enligt EG-direktiven om offentlig upphandling. Detta beror huvudsakligen på att Sverige har haft liknande regler även före inträdet i EU. Flera andra medlemmar i EU och EES-länder har också regler för upphandling under de s.k. tröskelvärdena och för s.k. B-tjänster (hälso- och sjukvård, omsorg, utbildning m.m.).

Kommittén har även haft att se över bestämmelserna om skadestånd vid offentlig upphandling och undersöka hur andra medlemsländer i EU genomfört rättsmedelsdirektiven i denna del. Kommittén har slutligen haft att beakta branschsaneringsutredningens förslag till åtgärder för att komma till rätta med oseriösa leverantörer och ekonomisk brottslighet genom en noggrannare leverantörskontroll vid offentlig upphandling (SOU 1997:111).

Problembilden vid offentlig upphandling

Varje år görs cirka 3 500 direktivstyrda upphandlingar, s.k. EG-upphandlingar. Både antals- och värdemässigt domineras dock den svenska upphandlingen av s.k. förenklade upphandlingar som styrs av 6 kap. LOU. Ungefär 200 000 förenklade upphandlingar görs årligen. Därutöver tillkommer mängder med direktupphandlingar.

Ett inte obetydligt antal av de omkring 10 000 upphandlande enheterna saknar tillräckliga resurser och kompetens att följa reglerna om offentlig upphandling. Även i sådana upphandlande enheter där man har tillgång till kunniga medarbetare och byggt upp

väl fungerande inköpsrutiner hanteras en stor del av den offentliga upphandlingen utanför de professionella inköpsavdelningarna. Detta går till en del att åtgärda med program för kompetenshöjning och kvalitetsarbete hos de som svara för den offentliga upphandlingen.

De upphandlande enheter som mer eller mindre uppsåtligt eller av oaktsamhet sätter sig över regelverket och tillämpar "egna regler" är en svårare nöt att knäcka. Det paradoxala är att den som försöker följa lagen men gör fel kan drabbas av höga skadestånd medan den som inte har en tanke på att följa lagen inte behöver oroa sig nämnvärt för eventuella sanktioner.

Allmänna utgångspunkter för våra förslag

Lagen om offentlig upphandling har under de sex år den varit i kraft lett tillförbättrad kvalitet och goda ekonomiska effekter. Kommitténs bedömning är att det finns en stor potential för kvalitetsförbättringar och besparingar om den offentliga upphandlingen bidra till fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt. En effektivare offentlig upphandling torde även kunna användas som verktyg för att bidra till genomförande av olika samhällsliga mål såsom sociala, arbetsmarknadspolitiska och miljöpolitiska mål.

Konkurrens- och upphandlingsverket

Kommittén föreslår att den nuvarande statliga tillsynsmyndigheten Nämnden för offentlig upphandling (NOU) slås samman med Konkurrensverket som ombildas till en ny myndighet benämnd Konkurrens- och upphandlingsverket. Det nya verkets tillsynsverksamhet över offentlig upphandling utökas betydligt. Verkar förses med "muskler" och nya resurser så att allvarliga överträdelser mot reglerna i lagen om upphandling kan förhindras.

Marknadsskadeavgift

Kommittén föreslår att Konkurrens- och upphandlingsverket, en branschorganisation eller en enskild leverantör skall kunna föra talan om marknadsskadeavgift vid länsrätt om en upphandlande enhet vid anskaffning av vara, tjänst eller byggtreprenad uppsåtligt eller av oaktsamhet i väsentligt hänseende brutit mot LOU. Kommittén pekar på åtta typfall när marknadsskadeavgift skall kunna komma i fråga. Marknadsskadeavgift skall vara reserverad för allvarliga regelöverträdelser. Ett sådant beteende är typiskt sett skadligt för tilltron till den offentliga upphandlingen.

Det är inte möjligt att exakt ange de olika situationer då marknadsskadeavgift skall kunna utgå. Vissa typsituationer kan dock anges.

- 1) Den upphandlande enheten har uppsåtligen eller av oakt-samhet gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling och det står klart att den organisation som genomfört upphandlingen är en upphandlande enhet och att det inte föreligger något legalt undantag från skyldighet att infordra anbud.
- 2) Den upphandlande enheten har uppsåtligen eller av oakt-samhet tagit fram en otillbörligt styrande kravspecifikation så att bara den leverantör som man velat gynna kunnat komma i fråga.
- 3) Den upphandlande enheten har uppsåtligen eller av oakt-samhet utformat godtyckliga och oprecisa utvärderingskriterier utan rangordning så att endast en viss leverantör kunnat komma ifråga.
- 4) Den upphandlande enheten har uppsåtligen eller av oakt-samhet manipulerat anbudsprövningen genom att ändra på kvalifikationskrav eller utvärderingskriterier jämfört med vad som angivits i förfrågningsunderlaget.
- 5) Den upphandlande enheten har uppsåtligen eller av oakt-samhet antagit ett anbud som har kommit in för sent och anbudsgivaren har inte kunnat visa att förseningen inte berott på anbudsgivarens vållande.
- 6) Den upphandlande enheten har uppsåtligen eller av oakt-samhet antagit ett anbud som har lämnats av någon som är jävig och det funnits risk för otillbörlig särbehandling.
- 7) Den upphandlande enheten har uppsåtligen eller av oakt-samhet antagit ett anbud från någon som lämnat, utlovat eller erbjudit muta eller annan otillbörlig belöning till den som beslutar eller delar i handläggningen av upphandlingsärendet.
- 8) Den upphandlande enheten har uppsåtligen eller av oakt-samhet underlåtit att annonsera en aktuell upphandling som enligt bestämmelserna i 2-6 kap. LOU skall annonseras.

Ändrade skadestandsregler

Kommittén föreslår att det skadestånd som kan utgå till en fördelad leverantör skall beräknas med utgångspunkt från det positiva kontraktsintresset. En leverantör skall med andra ord få

full ersättning för den förlust som drabbat honom till följd av att han gått miste om ett kontrakt som rätteligen borde ha tilldelats honom. I förhållande till den nuvarande lydelsen av skadeståndsbestämmelsen föreslås emellertid att möjligheterna att erhålla skadestånd begränsas till ett med hänsyn till kostnader och utebliven vinst, skäligt belopp. I såväl skadeståndsmål som marknadsskadsmål föreslås att preskriptionstiden förlängs från ett till två år från det att avtal slöts eller upphandlingsärendet slutförts på annat sätt.

Förenklingar och förtydliganden

Kommittén föreslår också en rad förenklingar och lättnader för de upphandlande enheterna. Möjlighet införs för upphandlande enheter att begära in anbud från endast en leverantör utan annonsering. Det förutsätts dock att särskilda skäl föreligger. Det införs en möjlighet att anordna formgivningstävlingar i förenklad form. Med formgivningstävling förstås en tävling om arkitektjänster m.m. som genomförs i syfte att arrangören ges möjlighet att från de tävlande förvärva en teknisk ritning eller dylikt till grund för utförande av en bestämd uppgift.

Krav på obligatorisk annonsering i elektronisk databas införs. Samtidigt införs möjlighet till ett selektivt förfarande i 6 kap. Huvudtanken är att det skall bli lättare för de små och medelstora företagen att få reda på vilka upphandlingar som pågår. Ett ökat deltagande av dessa företag i offentlig upphandling medför ökad konkurrens och tillväxt.

Det föreslås även en rad bestämmelser som syftar till att komma till rätta med oseriösa leverantörer. En leverantör som är en juridisk person får uteslutas från deltagande i upphandling om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brott i näringsverksamheten eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Vidare införs förbud mot att anta anbud från någon som försökt att muta en företrädare för en upphandlande enhet. Anbud får inte heller antas som avgivits av någon som är jävig och det finns risk för otillbörlig särbehandling. Slutligen införs ett krav på att det skall finnas sakliga skäl för att en påbörjad upphandling skall få avbryta.

Bilaga 3

Sociala hänsyn vid offentlig upphandling

-

En rättslig expertutredning utarbetad på uppdrag
av upphandlingskommittén
av professor Niklas Bruun
2000-11-15

1 Frågeställningen

Undertecknad har fått i uppdrag att utreda tre grundläggande frågeställningar som rör offentlig upphandling:

- 1) Vilket utrymme ger gemenskapsrättens regler för att vid offentlig upphandling beakta sociala hänsyn och andra icke ekonomiska omständigheter? Frågan avser gemenskapsrättens regler i dess helhet, både EG-fördraget, EG-rättens allmänna rättsprinciper och direktiven om offentlig upphandling.
- 2) Vidare innefattar uppdraget frågan huruvida den svenska lagstiftningen fullt ut utnyttjar det utrymme som finns inom gemenskapsrätten att beakta sociala hänsyn vid offentlig upphandling.
- 3) Tillåter gemenskapsrätten att den svenska lagstiftaren ger utrymme i lagstiftningen enligt vilka den upphandlande enheten kan kräva att leverantören är ansluten till arbetsgivarorganisation och därmed även har tecknat kollektivavtal? Finns det andra effektiva sätt att försäkra sig om att bestämmelser om arbetsvillkor och anställningsskydd upprätthålls?

Den problematik som måste utredas för att besvara de uppställda frågorna är komplicerad och mångfacetterad. Undertecknad har i olika sammanhang bedrivit forskning på detta område. I den följande analysen försöker jag därför undvika att alltför ingående gå in på frågor som redan tidigare varit föremål för diskussion och utredning. Jag försöker framförallt lyfta fram nya argument och synpunkter förutom att jag sammanfattar min egen syn på vad som får anses gälla på området. Sammanfattningen måste dock läsas med beaktande av att rättsläget fortfarande måste betecknas som något oklart och att åsikterna också bland experterna går i sär.

2 Rättsutvecklingen inom EU

2.1 Bakgrund

För att kunna sätta in frågan om sociala hänsynstaganden inom ramen för offentlig upphandling i dess rättsliga kontext är det nödvändigt att iaktta rättsutvecklingen i EU på området specifikt och i gemenskapsrätten generellt. Frågan huruvida offentlig upp-

handling kan och bör utgöra ett instrument för att främja miljö- och socialpolitiska målsättningar har under de senaste åren varit föremål för diskussion både på europeisk och nationell nivå. Rättsutvecklingen såväl som det rådande rättsläget måste förstås mot bakgrund av denna diskussion. Även det faktum att den ekonomiska tyngdpunkt som länge funnits i gemenskapsrätten successivt har fått ge vika för konkurrerande målsättningar påverkar den rättsliga utvecklingen.

De ändringar i Romfördraget som genomfördes i och med Amsterdamfördragets ikraftträdande har lagt grunden för en tydligare rättslig ram för socialpolitiken och arbetsrätten i EU. Romfördragets kapitel om socialpolitik har utvidgats och förtydligats. Det finns numera även ett särskilt kapitel om sysselsättningspolitiken. Därtill har de sociala målsättningarna fått en ökad tyngd i Romfördragets övergripande målsättningsbestämmelser. Exempelvis har ett mål om främjandet av en hög nivå i fråga om sysselsättning och socialt skydd samt jämställdhet mellan kvinnor och män förts in i artikel 2; upprättandet av en gemensam marknad, EMU liksom den fria rörligheten, såsom den preciseras i artikel 3.1.c anges vara medel för att uppnå bland annat detta mål. Denna distinktion mellan mål och medel antyder att det är fullt möjligt att på rättsliga grunder argumentera för att den offentliga upphandlingen i EU utgör ett medel för att uppnå de sociala mål som anges i artikel 2.

Beträffande jämställdhet föreskrivs särskilt i artikel 3.2 att detta mål skall integreras med alla politikområden som anges i artikel 3, vilken alltså inkluderar den inre marknaden och den fria rörligheten. Denna bestämmelse utgör ett starkt incitament till att jämställdhetshänsyn skall kunna föras in i den offentliga upphandlingen på nationell nivå, även om artikeln är adresserad till EU. En jämförelse kan här göras med artikel 6 i Romfördraget som införts genom Amsterdamfördraget, där det fastslås att miljöskydds krav skall integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens politik och verksamhet. Kommissionen har i ett utkast till dokument om tolkningen av direktiven och möjligheterna att ta miljömässiga hänsyn uppmärksammat denna bestämmelse och poängterat att främjandet av miljöskydd idag har samma dignitet som den inre marknaden. Trots detta ger kommissionen inte denna bestämmelse någon avgörande betydelse vid de avvägningar som måste göras mellan ekonomiska och sociala hänsyn. Vid en målkonflikt får dock inte de primära ekonomiska mål som ligger bakom upphandlingsdirektiven åsidosättas. Kommissionen menar även att artikel 6 inte för med sig någon skyldighet att skapa posi-

tiva effekter för miljön, utan endast att undvika att skapa negativa effekter.

Utöver de förändringar som märks i Romfördraget går det att i EU-institutionernas praxis skönja en utveckling mot allt större sociala hänsynstaganden. EG-domstolen har successivt kommit att lyfta fram sociala mål. Detta kommer till synes i kommissionens förslag till nya upphandlingsdirektiv som diskuteras närmare nedan. Ett annat exempel på detta utgör ett antal mål, Albany m.fl., angående de nederländska pensionssystemens förenlighet med gemenskapens konkurrensregler, där EG-domstolen bland annat prövade konkurrensreglernas tillämplighet på kollektivavtal. EG-domstolen slog fast att kollektivavtal som slutits av arbetsmarknadsparterna visserligen har en viss inneboende konkurrensbegränsande verkan, men att det socialpolitiska syftet med sådana avtal allvarligt skulle äventyras om arbetsmarknadsparternas gemensamma strävan att vidta åtgärder som förbättrar anställnings- och arbetsförhållandena skulle omfattas av artikel 81 i Romfördraget; om ett kollektivavtal har ett sådant syfte omfattas det därför, på grund av sin beskaffenhet och syfte, inte av artikeln. Det är möjligt att göra en parallell mellan konkurrensregleringen och upphandlingsdirektiven, eftersom de vilar på samma ekonomiska rationalitet och utgör grundläggande element i den inre marknaden och för dess funktion. Vid en prövning av förenligheten mellan EG-rätten och nationella åtgärder som för in sociala hänsyn i upphandlingen skulle en liknande argumentering kunna föras; även om sådana åtgärder skulle kunna hämma konkurrensen i ett upphandlingsförfarande, så skulle det socialpolitiska mål som ligger bakom den nationella åtgärden kunna äventyras om den inte gjordes tillåtlig. Något som skulle kunna tala mot att en sådan direkt parallell kan göras är det faktum att Albany-fallen i realiteten rör frågan om upprätthållandet av de nationella kollektivavtalssystemen och arbetsmarknadsparternas autonomi. Fallen rörde med andra ord en betydligt mer grundläggande och politiskt känslig fråga, än vad frågan om sociala hänsynstagande vid upphandling kan anses göra.

Ett annat exempel där en förskjutning från konkurrenshänsyn till sociala hänsyn kan skönjas följer av en dom som EG-domstolen nyligen avkunnat rörande artikel 141, där domstolen slog fast att det ekonomiska syftet att hindra snedvriden konkurrens är sekundärt i förhållande till det sociala syftet bakom artikeln. Mot denna bakgrund fann EG-domstolen att en tysk reglering som gav deltidanställda arbetstagare rätt att ansluta sig retroaktivt till ett

tjänstepensionssystem och att uppbära pension enligt detta system var förenligt med nationalitetsdiskrimineringsförbudet och artikel 141, trots att det förelåg en risk för konkurrenssnedvridningar mellan ekonomiska aktörer i olika medlemsstater till förfång för arbetsgivare etablerade i Tyskland. Även här konstaterar EG-domstolen att en nationell åtgärd som i och för sig kan hämma konkurrensen ändå är tillåtlig då de sociala hänsyn som ligger bakom åtgärden skall ges företräde.

EG-domstolen har även funnit att friheten att tillhandahålla tjänster kan inskränkas genom nationella regler som rättfärdigas av tvingande hänsyn av allmänintresse. Den har också tillkännagett att skyddet för arbetstagare är ett av de tvingande hänsyn av allmänintresse som kan rättfärdiga en inskränkning av den fria rörligheten för tjänster. Offentlig upphandling av tjänster är en fråga som faller under den fria rörligheten för tjänster och det skulle därmed, med stöd av denna praxis, gå att argumentera för att socialpolitiska åtgärder som förs in i ett upphandlingsförfarande och som vidtas i syfte att ge ett skydd för arbetstagare kan anses rättfärdigade trots att de kan föra med sig en inskränkning i den fria rörligheten.

Frågan om sociala hänsyn vid offentlig upphandling bör mot bakgrund av den förskjutning som skett i Romfördraget och i EG-domstolens praxis i dagens läge rimligtvis komma i ett annat ljus än vid den tidpunkt då de gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektiven kom till. Det får dock fortfarande betraktas som något oklart hur långt de rättsliga implikationerna av denna utveckling för. Upphandlingsdirektiven bygger alltjämt på en ekonomisk rationalitet. Att föra över EG-domstolens argumentation i de ovan angivna exemplen försvåras även till en del av det faktum att det på EU-nivå finns en utförlig reglering av offentlig upphandling; upphandlingsdirektiven är mycket detaljerade och är därför i stor utsträckning uttömmande.

2.2 Detaljgranskning av upphandlingsförfarandet

Enligt en ofta använd terminologi kan man vid offentlig upphandling skilja mellan tre olika faser då anbudsgivare och deras anbud kan bedömas enligt olika kriterier. I samtliga dessa faser kan frågan om betydelsen av sociala hänsyn aktualiseras. Kvalifikationskriterierna är avgörande för vilka entreprenörer som skall anses kunna vara med och konkurrera om ett upphandlingsprojekt. Tilldelningskriterierna eller utvärderingskriterierna avgör på vilka grunder man jämför de olika anbuden eller entreprenörerna, då man skall avgöra vem som skall erhålla upphandlingsprojektet.

Slutligen talar man om kontraktskriterier eller tillkommande kontraktsvillkor som tar sikte på de villkor under vilket avtalet skall utföras. I det följande görs en genomgång av hur EG-rätten reglerar dessa tre olika kriterietyper. Därefter sammanfattas särskilt författarens egen syn på problemställningen utgående från denna genomgång.

Kvalifikationskriterierna. Det står klart att det måste finnas relativt goda skäl för att helt diskvalificera en anbudsgivare i offentliga upphandlingssammanhang och det förefaller mig därför principiellt tveksamt hur långt man kan tänja på de lagstadgade (i direktiven) kvalifikationskriterierna.

Gemenskapens upphandlingsdirektiv innehåller inte några bestämmelser som omedelbart behandlar frågan om vilka sociala hänsyn som kan främjas inom ramen för en offentlig upphandling. Om en leverantör fällt för brott mot yrkesetiken enligt lagakraftvunnen dom eller har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen kan denna uteslutas från ett upphandlingskontrakt. I maj 2000 framlade kommissionen två förslag till två nya upphandlingsdirektiv. Förslagen syftar primärt till att förenkla upphandlingsregleringen. Nämda fråga besvaras inte i dessa förslag (se närmare nedan).

En granskning av regleringen i EU visar vidare att det i upphandlingsdirektiven finns en bestämmelse som föreskriver en möjlighet för nationell myndighet att underrätta anbudsgivare om deras skyldigheter angående nationella bestämmelser om anställningsskydd och arbetsvillkor i den medlemsstat där prestationen utförs. Om sådan upplysning lämnas skall myndigheten av anbudsgivaren begära en bekräftelse på att hänsyn tagits till dessa nationella bestämmelser vid utformning av anbudet. Detta är dock inte ett direkt kvalifikationskriterium, eftersom man knappast kan utesluta en anbudsgivare enbart på grund av att bristande hänsyn till kraven tagits om inte förfarandet samtidigt utgör ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

Det finns skäl att understryka några faktorer vid bedömning av kvalifikationskriterierna. För det första står det klart att frågan om vad som är ett allvarligt fel vid yrkesutövningen måste avgöras av nationell rätt. Det är sålunda ingalunda uteslutet att ett lagbrott i sig kan konstituera ett allvarligt fel, t.ex. ett brott mot skyldigheten att upprätta en jämställdhetsplan i synnerhet om man informerat därom i anbudsunderlaget. Å andra sidan blir kravet på en jämställdhetsplan naturligtvis mer eller mindre formellt, man kan knappast ställa krav på innehållet. För det andra är kan konstateras

att allvarliga fel kan bestå i olika typer av brott, det kan alltså gälla t.ex. kollektivavtalsvillkor eller arbetsmiljöbestämmelser etc. I ett arbetsrättsligt system som det svenska, där kollektivavtalen fyller en grundläggande funktion, ter det sig naturligt att brott mot kollektivavtal kan leda till bedömningen att en anbudsgivare begått ett allvarligt fel vid yrkesutövningen.

Tilldelnings- eller utvärderingskriterierna. Den kanske största diskussionen kring frågan om möjligheten att beakta sociala hänsyn vid offentlig upphandling har gällt tilldelningskriterierna. Det finns en omfattande debatt i frågan och själv har jag hört till dem som ansett att det finns ett visst utrymme för dylika hänsyn i direktivtexten som ju talar om att ”De kriterier upphandlande myndigheterna skall följa vid prövning av anbud skall vara a) antingen det lägsta priset, b) eller, då prövning sker till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika kriterier beroende på kontraktets art, t.ex. pris, tid för fullgörande, driftskostnader, lönsamhet, teknisk förtjänst.” Diskussionen har alltså här gällt frågan om vad som kan beaktas under punkten b.

Den diskussionen har länge gällt frågan om hur Beentjes-domen skall tolkas. Den diskussionen torde nu åtminstone delvis kunna avföras från dagordningen eftersom EG-domstolen nyligen i ett fall som rörde upphandling och utförande av skolbyggnader i Frankrike klart och entydigt tagit ställning i frågan. Här godkänner domstolen ett tilldelningskriterium som var knutet till en lokal åtgärd för att bekämpa arbetslösheten. Eftersom domen i sin svenska språkversion lämnar en del i övrigt att önska citeras domen i det följande på engelska (se p. 46, 48-54):

46. The Commission claims that, in expressly setting forth as an award criterion in a number of contract notices a condition relating to employment linked to a local project to combat employment, The French authorities have infringed Article 30 of Directive 93/37. The Commission acknowledges that the taking into account of employment-related projects may be regarded as a condition of performance for the purpose of the rule in Beentjes..., but it points out that, in the present case, that possibility was characterised as an award criterion or in the contract notices in question. Under Article 30 Directive 93/37, award criteria must be based either on the lowest price or on the most economically advantageous tender. ...

- - -

48. The first point to be noted here is that, by this complaint, the Commission alleges that the French Republic has infringed Article 30(1) of Directive 93/37 purely and simply by referring to the criterion linked to the campaign against unemployment as an award criterion in some of the disputed contract notices.

49. Under Article 30(1) of Directive 93/37, the criteria on which the contracting authorities are to base the award of contracts are either the lowest price only or, when the award is made to the most economically advantageous tender, various criteria according to the contract such as price, period for completion, running costs, profitability, technical merit.

50. None the less, that provision does not preclude all possibility for the contracting authorities to use as a criterion a condition linked to the campaign against unemployment provided that that condition is consistent with all the fundamental principles of Community law, in particular the principle of non-discrimination flowing from the provisions of the Treaty on the right of establishment and the freedom to provide services (see, to that effect, Beentjes, paragraph 29).

51. Furthermore, even if such a criterion is not in itself incompatible with directive 93/37, it must be applied in conformity with all the procedural rules laid down in the directive, in particular the rules on advertising (see, to that effect, on Directive 71/305, Beentjes, paragraph 36).

52. As regards the Commission's argument that Beentjes concerned a condition for of performance of the contract and not a criterion for the award of the contract, it need merely be observed that, as is clear from paragraph 14 of Beentjes, the condition relating to the employment of long-term unemployed persons, which was at issue in that case, had been used as the basis for rejecting a tender and therefore necessarily constituted a criterion for the award of the contract.

53. In this case, as has been stated in paragraph 48 above, the Commission criticises only the reference to such a criterion as an award criterion in the contract notice. It does not claim that the criterion linked to the campaign against unemployment is inconsistent with the fundamental principles of Community law, in particular the principle of non-discrimination, or that it was not advertised in the contract notice.

54. In those circumstances, the Commission's complaint relating to the additional award criterion linked to the campaign against unemployment must be rejected.

- - -

På basen av den citerade domen kan vi omedelbart dra den slutsatsen att EG-domstolen anser att skrivningen i artikel 30 (direktiv 93/37) inte anger en uttömmande uppräkningslista på tilldelningskriterier, utan att också sociala hänsyn här kan ingå under förutsättning att sedvanliga EG-rättsliga krav på icke-diskriminering och transparens samt att riktiga regler om förfarandet iakttagits. EG-domstolen hänvisar i domen till Beentjes-fallet, vilken tidigare tagits till intäkt för att en dylik social klausul endast kan anta formen av ett tillkommande kontraktsvillkor och inte av ett tilldelningsvillkor. EG-domstolen konstaterar dock att det villkor om att sysselsätta långtidsarbetslösa som prövades i Beentjes-fallet hade utgjort grund för att utesluta en anbudsgivare och att det därmed måste ha varit fråga om ett tilldelningskriterium. Domstolens utslag i målet talar därmed för att även sociala hänsyn får ske vid tilldelningen av ett upphandlingskontrakt. Det är alltså möjligt att i denna dom som omedelbart rör upphandlingsdirektiven urskilja en förskjutning mot sociala hänsynstagande i relation till de ekonomiska mål som upphandlingsdirektiven syftar till att uppnå. Samtidigt är det skäl att konstatera att kommissionens tolkningslinje uttryckligen förkastades.

Det citerade domslutet från EG-domstolen är av intresse även med beaktande av de förslag till nya upphandlingsdirektiv som tidigare refererats. I båda direktivförslagen införs ett nytt explicit tilldelningskriterium, närmare bestämt miljöegenskaper. De tilldelningskriterier som räknas upp i upphandlingsdirektiven är enligt förslagen inte uttömmande, utan är endast en exemplifiering. Denna ändring skulle därför möjligen kunna tolkas som att även andra

hänsyn som inte är direkt kopplade till en ekonomisk fördel, såsom sociala hänsyn, kan iakttas vid tilldelningen av ett upphandlingskontrakt. Det understryks dock i förslagen, vilket framgår av själva direktivtexten, att ett iakttagande av miljökriterier förutsätter ett direkt samband med upphandlingens syfte. Det skall med andra ord finnas ett naturligt samband mellan de miljöegenskaper som kan få betydelse vid en tilldelning och det som upphandlas. Detta torde innebära att miljökrav generellt inte kan ställas upp enligt de föreliggande förslagen.

Ett sådant direkt samband mellan upphandlingsföremålet och ett tilldelningskriterium kan vara svårt att återfinna beträffande exempelvis sysselsättningsåtgärder. Detta innebär att kommissionens förslag till nya upphandlingsdirektiv förefaller bygga på en tolkning av direktivet som står i strid mot EG-domstolens tolkning i det ovan refererade målet. Om direktiven godtas i förslagen form innebär de en inskränkning av möjligheterna att ta sociala hänsyn vid tilldelning av upphandlingsanbud jämfört med det rättsläge som nu kan anses råda efter EG-domstolens tolkning i målet C-225/98.

Tillkommande kontraktsvillkor eller kontraktskriterier. Vad avser rena kontraktsvillkor kan man slå fast att de allmänna EG-rättsliga kraven på upphandlingsavtalsvillkor även bör tillämpas i själva kontraktet. I övrigt så måste ju de villkor som uppställts som kvalifikationskriterier eller tilldelningskriterier också kunna tas in i själva avtalet. Också i övrigt torde anbudsunderlaget och gällande lagreglering (inte minst den offentlighetsrättsliga regleringen) i upphandlingslandet relativt uttömmande bestämma vad som skall beaktas vid avtalslutet.

I maj 2000 framlade kommissionen förslag till två nya upphandlingsdirektiv. Förslagen syftar primärt till att förenkla upphandlingsregleringen. Frågan om vilka sociala hänsyn som kan iakttas vid upphandling besvaras inte direkt i dessa förslag. I visst avseende uppmärksammas dock den sociala aspekten, närmare bestämt beträffande kontraktsvillkor. I ingressen till respektive direktivförslag fastslås att "[e]tt utförandevillkor skall anses vara förenligt med direktivet, förutsatt att det inte är direkt eller indirekt diskriminerande mot anbudsgivare från andra medlemsstater och om det anges i upphandlingsmeddelandet. Ett sådant villkor kan t.ex. ha till ändamål att gynna sysselsättning för människor som är socialt utsatta eller utslagna eller att motverka arbetslöshet." Det bör dock noteras att formuleringen i ingressen utgår från den tolkning av Beentjes-fallet som EG-domstolen sedermera i mål C-225/98 har förkastat.

2.3 Generella konklusioner om utrymmet för sociala hänsyn

Den första frågeställning jag ombetts att utreda avser vilket utrymme gemenskapsrätten ger för att beakta sociala hänsyn. Genomgången ovan anger i stort sett var gränserna går, här försöker jag närmast sammanfatta diskussionen.

EG-rätten ger numera ett klart utrymme för att beakta sociala hänsyn och andra icke ekonomiska omständigheter vid offentlig upphandling. EG-rätten har klart utvecklats mot en ökad uttalad tolerans för att medlemsstaterna tillåts integrera dylika hänsyn i upphandlingsförfarandet.

Avseende kvalifikationskriterierna kan vi slå fast att det finns ett handlingsutrymme på nationell nivå. Detta kan dock inte utsträckas alltför långt, då det gäller att diskvalificera anbudsgivare. Till denna del nöjer jag mig med att hänvisa till vad som sagts ovan.

Avseende utvärderings- eller tilldelningskriterierna menar jag att fördragets nya skrivningar och den betydelse dessa tillmätts i praxis (se ovan), de nya direktivförslagen och EG-domstolens senaste praxis alla är faktorer som entydigt pekar mot att möjligheterna att införa sociala hänsyn som en del av tilldelningskriterierna numera klart erkänns.

Vidare finns det skäl att understryka att detta förutsätter att kriterierna och deras viktning redovisas i anbudsunderlaget samt att kraven på objektivitet, icke-diskriminering och transparens uppfylls. I de nya förslagen till direktiv om offentlig upphandling förutsätts uttryckligen att den inbördes viktningen av olika tilldelningskriterier skall anges i upphandlingsmeddelandet. Anbudsgivaren skall alltså på förhand veta vilken vikt olika krav tillmäts. Utan att gå in på vilken precisionsgrad i detta hänseende som krävs i dag står det utan tvekan klart att om myndigheten fäster stor vikt vid vissa krav så bör detta anges redan i meddelandet.

EG-rätten ger alltså en möjlighet att i bedömningen om vad som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet på nationell nivå integrera hänsyn till sociala faktorer. Krav på jämställdhetsplanering, miljöarbete eller sysselsättningsaspekter i samband med offentlig upphandling är alltså legitimt. Det finns dock skäl att understryka att bedömningen fortfarande sker inom ramen för upphandlingsförfarandets målsättningar och inom ramen för direktivets klara ordalydelse "ekonomiskt mest fördelaktigt". Detta faktum ställer enligt min uppfattning upp vissa gränser för den betydelse dylika sociala faktorer kan tillmätas. Helhetsbedömningen i

tilldelningsprocessen måste vara någorlunda objektiv och kraven på proportionalitet måste iakttas. Krav på jämställdhetsplanering kan sålunda fälla utslaget till förmån för det ena av två i övrigt som helhet någorlunda likvärdiga anbud. Om ett anbud som innefattar särskilda miljöhänsyn är väsentligt dyrare än ett anbud som till denna del är mindre avancerat måste någon form av objektiv utvärdering ske, där det går en gräns för vilken betydelse man kan tillmäta miljöaspekterna. Här kan man dra en parallell till att positiv särbehandling vid anställningsförfarandet numera tillåts i EG-rätten, men den kan övergå i diskriminering om den tillåts gå alltför långt och inte innefattar en individuell bedömning av alla sökandena. Krav som innefattar sociala hänsyn och som är relevanta med tanke på anbudsgivarens förutsättningar att fullgöra kontraktet kan eventuellt ges en större tyngd vid den helhetsbedömning eller viktning som avgör vem som skall tilldelas kontraktet.

Sammanfattningsvis förefaller regleringen av utvärderings- eller tilldelningskriterierna i EG-rättens nuvarande utvecklingsstadium, så som jag tolkar den, lämna ett visst nationellt skön för att driva åtminstone de politikområden som prioriteras i fördraget, nämligen sysselsättning, jämställdhet och miljö. Och det förefaller - i motsats till vad man ofta hävdar - vara rimligt att utgå från att dylika intressen inte nödvändigtvis behöver förutsättas stå i direkt samband med det som upphandlas. Den tyngd dylika hänsyn kan tillmätas vid upphandlingsförfarandet är dock begränsad.

Det tredje kategorin är tillkommande kontraktsvillkor eller kontraktskriterierna. Vilka villkor kan inskrivas i avtalet på ett bindande sätt? Här måste det rimligtvis finnas en koppling mellan tilldelningskriterier och avtalsvillkor sålunda att möjligheterna att uppfölja att tilldelningskriterierna följs förutsätter att de också kan stadfästas i avtalet. Det torde knappast råda någon tvekan om att rimliga krav på att gällande lag i utförandelandet skall efterlevas även kan ingå som ett kontraktsåtagande. Detta innebär alltså att det inte torde föreligga några hinder mot att införa så kallade anti-diskrimineringsklausuler i upphandlingskontraktet.

Ett problem som måste beaktas när det gäller tillkommande kontraktsvillkor är att vi här ofta har att göra med villkor som skall tillämpas i relation till tredje man från entreprenörens sida. Detta gör naturligtvis att avtalsvillkoren i första hand skall sammanhånga med det uppdrag som utförs samt att villkoren bör kunna specificeras på ett rimligt och klart sätt. Ett visst utrymme för sociala kontraktsvillkor vid offentlig upphandling torde EG-rätten dock erbjuda, vilket även antyds av ILO konventionen 94, som ju utgår

från att man via kontraktsvillkor skall kunna styra de anställningsvillkor som underentreprenörer tillämpar. Denna konvention har ratificerats och tillämpas av flera medlemsstater bl.a. Danmark och Finland. Eftersom Sverige inte ratificerat konventionen förbi-gås en närmare diskussion av den i detta sammanhang.

3 Svensk rättsutveckling

1992 års lag om offentlig upphandling (LOU) överensstämmer till väsentliga delar med de gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektiv-en och är en anpassning till sistnämnda reglering. Lagen skall därför tolkas i ljuset av gemenskapsrätten generellt och upphandlings-direktiven specifikt. Vad som ovan beskrivits beträffande rättsut-vecklingen på gemenskapsnivå påverkar därmed även den svenska rättsutvecklingen.

LOU vilar på en huvudregel om affärsmässighet. I 1 kap 4 § LOU föreskrivs att ”upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall be-handlas utan ovidkommande hänsyn.” Principen om affärsmässig-het återfanns redan i 1952 års upphandlingskungörelse. Något di-rekt motsvarande krav på affärsmässighet finns inte i gemenska-pens upphandlingsdirektiv och det är därför möjligt att den svenska rätten går längre än EG-rätten.

Trots att denna huvudregel finner sin grund långt tillbaka i tiden så har det i svensk rätt likväl funnits ett visst utrymme för andra hänsynstaganden vid offentlig upphandling. I 1952 års upphand-lingskungörelse, liksom 1973 och 1986 års upphandlingsförord-ningar, har den inledande bestämmelsen föreskrivit att kungörelsen respektive förordningen kan åsidosättas genom föreskrifter från regeringen. Denna bestämmelse har öppnat en möjlighet att åsido-sätta huvudregeln om affärsmässighet på grund av andra av sam-hället uppställda mål. Ett ärende har kunnat hänskjutas till rege-ringen som haft att göra en avvägning mellan affärsmässiga och andra hänsyn. På så sätt har upphandling kunnat användas som ett medel i sysselsättningspolitiken. Enligt de särskilda föreskrifter som gällde så kunde AMS lägga ut så kallade rådrumsbeställningar hos industriföretag som varslat om friställning av anställda i större omfattning till följd av driftinskränkning eller driftnedläggning. I sådana fall behövde bestämmelserna i upphandlingskungörelsen om infordrande av anbud inte tillämpas. Det fanns även en möjlighet att tidigarelägga industribeställningar som en sysselsättningsåtgärd.

Denna möjlighet att avvika från upphandlingsregleringen torde ha upphört när LOU trädde ikraft.

I den ovan refererade domen från EG-domstolen godkändes tilldelningsvillkor som rörde sysselsättningspolitiken. Tilldelningskriterierna såsom de uppställs i bland annat 1 kap 22 § LOU är inte uttömmande. Mot bakgrund av EG-domstolens avgörande är det alltså möjligt att tänka sig att sociala hänsyn kan ingå som underlag vid tilldelningen av ett upphandlingskontrakt. Eftersom huvudregeln om affärsmässighet inte återfinns i EUs 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. Här finns olika uppfattningar om det rådande rättsläget i svensk rätt, undertecknad ser ingen anledning att här ta ställning i den diskussionen eller referera olika åsikter.

Konklusionen blir alltså här att det primärt är en intern svensk rättspolitisk fråga huruvida man vill tillåta sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling. Denna fråga får Upphandlingskommittén avgöra utgående från olika ekonomiska och sociala överväganden. EG-rätten innehåller såpass många klara indikationer att dylika hänsyn kan tas, att det är fullt befogat att i enlighet med ett subsidiaritetsänkande utgå från att man nationellt kan bestämma hur långt man - inom de ramar EG-rätten uppställer - vill gå när det gäller att godta olika klausuler som tillgodoser sysselsättnings-, miljö- och jämställdhetshänsyn. Här måste en analys göras beträffande olika typer av sådana klausuler. Dessa kan ha olika syften och utformning och här är det inte möjligt att detaljgranska olika kategorier.

Denna min analys innebär också att det knappast är befogat att göra en skarp distinktion mellan upphandlingsprojekt som ligger under de tröskelvärden som direktiven föreskriver. Det är nämligen skäl att understryka att också i dessa fall äger EG-fördraget och de allmänna principerna för EG-rätten tillämpning. Det förefaller mot bakgrund av den anförda analysen enbart vara ägnat att skapa förvirring om man börjar göra en skillnad mellan projekt under och över tröskelvärdena i lagstiftningen.

4 Krav på kollektivavtal

Avslutningsvis behandlas frågan om det är möjligt att i samband med offentlig upphandling ställa krav på att entreprenören är bunden vid tillämpligt kollektivavtal. Detta är en kontroversiell fråga och det finns exempel från svensk rättspraxis, dock mig veterligen inte från högsta instans, på att dylika krav underkänts.

Från EG-rättsligt perspektiv och också med beaktande av den europeiska konventionen om mänskliga rättigheter finns det en rad problem med en dylik klausul. Arbetsgivarens negativa föreningsfrihet skyddar en anbudsgivare från ett krav på att han skall vara ansluten till en arbetsgivarorganisation. Ett krav på kollektivavtalsbundenhet kan lätt tolkas som ett brott mot den negativa föreningsfriheten, det är ju något problematiskt att tvingas iaktta villkoren i kollektivavtalet utan att som medlem i en arbetsgivarorganisation kunna påverka avtalets innehåll.

Det krav som enligt min uppfattning är oproblematiskt med hänsyn till arbetsgivarnas föreningsfrihet är kravet att teckna ett så kallat hängavtal. Frågan är dock om man kan kräva ingåendet av ett avtal med tredje part som ett villkor i form av tilldelningskriterium vid offentlig upphandling. Problemet är att också hängavtalets tillkomst beror på motpartens agerande. Det kan inte uteslutas att t.ex. en svensk fackförening i detta sammanhang särskilt önskar gynna vissa företag, medan förhandlingarna med andra drar ut på tiden. Det är också ett principiellt problem med kontraheringstvång eller avtalsplikt, som ju är främmande för svenskt rättssystem och svensk arbetsmarknad.

Samtidigt bör understrykas att EU har skyddat nationella anställningsvillkor genom utstationeringsdirektivet. Utstationering och upphandling kan ske parallellt och det kan också innebära att det företag som vinner kontraktet redan tidigare är bunden av ett kollektivavtal i förhållande till de anställda som skall utföra arbetet. Om utstationeringsdirektivets minimikrav är uppfyllda är det knappast gångbart att från myndighetshåll förutsätta ett svenskt kollektivavtal med stöd av lag. Att gå så långt som till att kräva kollektivavtalsbundenhet, vilket får anses vara ett mer ingripande krav än de som följer av utstationeringsdirektivet, kan dock eventuellt tänkas strida mot EG-rättens proportionalitetsprincip.

Å andra sidan är problemet för svensk del att den svenska utstationeringslagen inte reglerar lönevillkor. EG-rätten däremot ställer inga hinder i vägen för att kräva att nationella minimilöner tillämpas i det land där en upphandlingsentreprenad genomförs. Det torde knappast finnas några EG-rättsliga hinder i vägen att vid offentlig upphandling kräva att minimilönen i branschens kollektivavtal skall tillämpas som ett kvalifikations- eller tilldelningskriterium. Detta motsvarar helt kraven i direktivet om offentlig upphandling.

Också ett kontraktsvillkor som går ut på att gängse lönenivå enligt kollektivavtalet skall tillämpas torde vara gångbart. Detta

motsvarar innehållet i ILO-konventionen 94 och fastän Sverige inte ratificerat den är det svårt att se varför Sveriges rörelsefrihet till denna del vore mindre än vad som gäller i andra av EU:s medlemsländer.

Slutsatsen blir alltså att krav på kollektivavtalsbundenhet knappast kan uppställas av offentlig myndighet i anbudsförfrågan. Där emot kan man kräva att vissa centrala anställningsvillkor är i paritet med branschens kollektivavtal.

Slutligen är det skäl att understryka att det naturligtvis står facket fritt att kräva avtalsrelationer till den entreprenör som vunnit en anbudstävlan och att det står de anställda fritt att till denna del vidta eventuella påtryckningsåtgärder. Förutsättningarna för användning av dessa regleras närmare i den arbetsrättsliga lagstiftningen.

Bilaga 4

Affärsmässighetsbegreppet i 1 kap. 4 § LOU

PM av Staffan Hansson 1999-10-27

Definition av begreppet affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU

Begreppet affärsmässighet är inte definierat i lagstiftningen. Det har olika innebörd från fall till fall och dess betydelse beror på vem som gör bedömningen. En vanlig uppfattning är att det privata näringslivets sätt att köpa varor och tjänster skall vara vägledande. Problemet med tillämpningen av ett sådant betraktelsesätt är framför allt bristen på företagsekonomiskt risktagande hos de upphandlande enheterna, vilket i sig är grunden till behovet av ett regelsystem. Kanske har den offentliga sektorn dessutom att större krav på att behandla alla leverantörer lika än som ibland kan var riktigt motiverat från affärsmässighetssynpunkt.

Begreppet har länge använts på den statliga sidan för att markera att andra, vidare bedömningar, såsom sysselsättnings-, närings-, försvars- och säkerhetspolitiska hänsyn inte får göras av myndigheterna själva vid upphandlingen. Affärsmässigheten har uttryckts genom kravet på att grunden för antagande av ett anbud skall vara det lägsta priset. Möjlighet har funnits för den upphandlande enheten att ta hänsyn till bl.a. kostnaderna för ett utdraget upphandlingsförfarande. Hänsyn har också kunnat tas till andra affärsmässigt betingade omständigheter, t.ex. tidigare erfarenheter av anbudsgivaren, dennes möjligheter att lämna service samt hans tekniska och ekonomiska resurser, insikt och erfarenhet samt pålitlighet när det gäller att fullgöra åtaganden. Priset har fått vägas även mot dessa omständigheter. Det erbjudna priset har givetvis kunnat vara ensamt avgörande, vilket ofta är fallet när upphandlingen avser standardvara.

Enligt 1 kap. 4 § LOU skall upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Paragrafen rubriceras som "Huvudregel om affärsmässighet". Affärsmässighetsbegreppet i sig innefattar ett rent företagsekonomiskt krav. Av bestämmelsen anses framgå att kraven på kvalitet och prestanda inte får bestämmas av ovidkommande hänsyn eller annars av andra faktorer än affärsmässiga. Detta innebär att kraven på kvalitet och prestanda inte får ställas högre än vad som behövs i varje särskilt fall. Liksom tidigare utesluts inte andra ekonomiskt betingade omständigheter än priset vid den ekonomiska bedömningen. I ordet "affärsmässigt" ligger också en möjlighet att ta hänsyn till kostnader för bl.a. ett utdraget upphandlingsförfarande.

Huvudregeln i 1 kap. 4 § kompletteras främst genom bestämmelserna i 1 kap. 17-18 §§, som anger vilka krav som får ställas på leverantörerna för att de skall kvalificera sig för upphandlingen (kvalifikationskrav) samt i 1 kap. 22 § och 6 kap.12 §, som anger hur prövningen av anbud skall gå till och vilka anbud som får antas (kvalitetskrav).

NOU:s synpunkter avseende tolkning av affärsmässighetsbegreppet (Rapport 1999-08-19 s 40)

Rapporten innehåller följande. En upphandlande enhet skall inte väga in andra hänsyn än de som är relevanta för den aktuella upphandlingen. Den får t.ex. inte väga in konkurrens hänsyn eller andra hänsyn på sikt. Det framkommer inte tydligt av förarbetena till LOU hur begreppet om affärsmässighet skall tolkas i förhållande till EG:s grundläggande principer på upphandlingsområdet. Ett förtydligande bör ske i LOU antingen genom att begreppet affärsmässighet ersätts av relevanta EG-rättsliga principer eller genom att 1 kap.4 § LOU kompletteras av att det anges, antingen direkt i lagtexten eller i förarbetena, att paragrafen omfattar även principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Principiellt anser NOU avslutningsvis att det inte är önskvärt med en portalparagraf som 1 kap. 4 § LOU som inte kan definieras.

Definition

Sammantaget kan sägas att affärsmässighetsbegreppet i 1 kap. 4 § bestäms av utvecklingen genom tidigare svenska författningar, rättstillämpningen och genom lagens förarbeten och bestämmelser.

En definition av begreppet affärsmässighet i huvudregeln kan formuleras på följande sätt: "Affärsmässighet föreligger då en upphandlande enhet för sitt enskilda behov gör en så strikt ekonomiskt bra affär som möjligt".

Historiken bakom begreppet

Offentlig upphandling avser såväl statlig som kommunal upphandling. Redan under 1800-talet fanns vissa bestämmelser för hur upphandling skulle genomföras för statliga myndigheter. De äldsta bestämmelserna fanns hos militära organisationer. Mot slutet av seklet utfärdades enhetliga regler för statlig upphandling som avsåg att tillgodose den tidens krav på affärsmässighet. Det avsåg också att garantera offentlighet och rättssäkerhet. Svenska varor skulle i princip få företräde framför utländska.

Nya bestämmelser utfärdades 1920. Som huvudregel angavs att svensk vara skulle äga företräde om den var av erforderlig beskaffenhet. Det var alltså möjligt att avväga upphandlingen med hänsyn till kvalitet. Kungl. Maj:t kunde medge undantag från huvudregeln. Vid upphandlingen skulle myndigheterna särskilt beakta betydelsen av den inhemska produktionen. Senare skärptes preferensordningen ytterligare. Myndigheterna skulle ta särskild hänsyn till behovet av att bevara en viss näring inom landet eller till behovet att förhindra arbetslöshet. Om tvekan uppstod skulle frågan underställas Kungl. Maj:t.

1952 utfärdades en upphandlingskungörelse (1952:496) som ställde större krav på affärsmässiga upphandlingar. Regler infördes som i stort sett liknar det regelverk som fanns innan LOU:s tillkomst. Besluten skulle grundas enbart på affärsmässiga bedömningar och svenska leverantör fick inte längre företräde framför utländska. Bl.a. föreskrevs att sysselsättningssituationen inte fick inverka på myndigheternas beslut.

1973 års kungörelse

1968 tillkallades en utredning om statlig upphandling m.m., den s.k. Upphandlingskommittén. I ett betänkande (Offentlig upphandling, Regler och riktlinjer för stat och kommun, SOU 1971:28, s.109) angavs beträffande begreppet affärsmässighet att "det i lagstiftningen förekommer liknande uttryck, såsom god köpmannased, gott affärsskick etc. Den närmare innebörden av dessa begrepp beror på förhållandena i olika fall och kan inte anges generellt. Hänsyn måste t.ex. tas till förhållandena inom olika branscher och till förekomsten av allmänna och särskilda leveransbestämmelser inom skilda områden." Reglerna borde enligt kommittén endast gälla myndigheternas normala handlande på grundval av en affärsmässig bedömning. Upphandlaren borde se upphandlingen som en affärstransaktion i den egna verksamheten. Upphandlingar som bedömdes som nödvändiga av andra anledningar såsom sysselsättnings- eller försvarspolitiska skäl skulle – i den mån principen om affärsmässighet inte kunde tillämpas – bli föremål för någon form av dispens av Kungl.Maj:t. Enligt kommittén kunde sådana hänsyn inte inordnas i det svenska affärsmässighetsbegreppet. Utredningen redovisade sina slutliga överväganden i betänkandet (SOU 1971:88) Offentlig upphandling, som låg till grund för regeringens proposition till riksdagen (prop. 1973:73).

I propositionen angavs tre grundläggande principerna för statlig upphandling, affärsmässighet, offentlighet och rättssäkerhet. Som

den viktigaste principen sågs affärsmässigheten. Synsättet byggde på antagandet att vad som är mest förmånligt i det enskilda fallet också är mest förmånligt samhällsekonomiskt. Enligt propositionen syntes konkurrens vara det viktigaste verktyget för att uppnå verklig affärsmässighet. Propositionen betonade vikten av att upphandlingsförfarandet innehåller moment av tävlan mellan olika leverantörer. Detta kunde uppnås bl.a. genom reglerna om anbudsförfarandet och underströks av att det inte var tillåtet att neka någon att avge anbud.

Vid bedömningen av vad som var förmånligast angavs inte endast priset som en viktig faktor. I propositionen framhölls även andra väsentliga faktorer såsom kvalitet, utförande, möjlighet till service m.m. Upphandlingen borde betraktas som en affärstransaktion i den egna verksamheten. Departementschefen betonade särskilt (s. 50) att myndigheterna inte kunde välja ett ”från strikt affärsmässig synpunkt mindre förmånligt anbud i syfte att exempelvis främja sysselsättningen”. Sådana bedömningar skulle även fortsättningsvis göras av regeringen. Det ansågs emellertid naturligt att de upphandlande enheterna skulle medverka till att av statsmakterna uppställda mål för samhällets utveckling uppnåddes och starka skäl talade för att principen om affärsmässighet i vissa fall kunde behöva modifieras. Departementschefen höll möjligheten öppen för särskilda föreskrifter men påpekade att myndigheterna även utan sådana föreskrifter borde underställa regeringen upphandlingsärenden som var av väsentlig betydelse med hänsyn till centrala målsättningar. Tidpunkten för underställning fick avgöras från fall till fall men borde göras så tidigt som möjligt under upphandlingen.

I propositionen förordades följande avvikelser från regeln om affärsmässighet.

- *Upphandling som sysselsättningspolitiskt medel*
1952 års upphandlingskungörelse innebar som nämnts att myndigheterna inte fick ta särskild hänsyn till sysselsättningssituationen. Om sådana hänsyn ansågs önskvärda skulle frågan underställas Kungl.Maj:t om inte särskilda föreskrifter meddelats. Sådana föreskrifter hade meddelats av arbetsmarknadsstyrelsen (AMS) som sålunda var undantaget från kungörelsens bestämmelser. Bestämmelser fanns också om s.k. rådrumsbeställningar, dvs. beställningar som läggs ut till företag som varslat om friställning m.fl. åtgärder.
Upphandling hade också använts för att av konjunkturpolitiska skäl stimulera sysselsättningen i en viss

bransch. Detta hade kunnat ske genom att myndigheter medgetts rätt att tidigarelägga sina beställningar. Det kunde konstateras att beställningar med ringa sysselsättnings-effekt eller där utländska leverantörer kunna komma ifråga inte tidigarelagts. I perioder av högkonjunktur hade även metoden att senarelägga beställningarna tillämpats.

- *Upphandling som regionalpolitiskt medel.*
I 1952 års upphandlingskungörelse fanns hinder om regionalpolitiska hänsyn. Kungl. Maj:t tillät dock styrning till de fyra nordligaste länen avseende myndigheter inom försvaret. Norrlandslänet skulle dessutom stödjas på upphandlingsområdet genom utökad service men inte genom kontinuerligt och selektivt stöd via den offentliga upphandlingen. Samtidigt påpekades möjligheten till underställning. Man förordade också möjligheten att ”inom ramen för principen om affärsmässighet” använda upphandlingen som regionalpolitiskt medel och uppehöll sig därvid främst kring problemen angående norrlandsföretag. En sådan ordning skulle innebära att norrlandslänet fick förtur vid tävlan mellan lika anbud.
- *Samordning genom samköp och avropsavtal*
Inköpssamordning mellan myndigheterna förordades och borde utsträckas att omfatta även kommunerna. Den till RRV knutna samarbetsdelegationen för upphandlingsfrågor skulle utnyttjas i det arbetet. Samordning inom och mellan myndigheter förordades också genom s.k. avropsavtal. Dessa innebar att de myndigheter som omfattas av avtalet kan rekvirera och betala direkt hos leverantören. Den avtalslutande myndighetens arbete begränsades i princip till affärsuppgörelsen. Som exempel på avtal som skett för hela statsförvaltningen nämns Försvarets Materielverks inköp av drivmedel och kontorsinventarier samt postverkets inköp och lagerhållning.

Ett förslag om upphandling för *främjande av industriell utveckling* skulle utredas ytterligare.

Riksdagens beslut med anledning av propositionen 1973:73 resulterade i utfärdandet av en ny upphandlingskungörelse (1973:600). Riktlinjerna i propositionen innebar bl.a. att i författningen endast skulle anges huvudregler, en ram, för verksamheten, medan Riksrevisionsverket (RRV) skulle utfärda kompletterande föreskrifter. RRV har med stöd av förordningen utgett föreskrifter, allmänna råd och kommentarer till förordningen.

Efter överenskommelse mellan Upphandlingskommittén, kommun- och landstingsförbunden samt RRV antogs ett kommunalt upphandlingsreglemente jämte anvisningar.

Upphandlingsförordningen och Upphandlingsreglementet 1986

Sedan 1973 års upphandlingsförordning omredigerats och ändringar av närmast administrativ karaktär införts utfärdades en ny upphandlingsförordning (1986:366), UF, och ett omarbetat kommunalt upphandlingsreglemente, UR.

Affärsmässighetsbegreppet återfinns i båda dessa författningar i 3 §. Myndigheterna skulle enligt 3 § i UF och UR vid upphandling utnyttja de konkurrensmöjligheter som fanns och även i övrigt iaktta affärsmässighet samt behandla anbud och anbudsgivare objektivt.

RRV har i en kommentar till 3 § UF anfört:

”Den grundläggande principen för upphandlingen är att denna skall bedrivas affärsmässigt. Det innebär att myndigheten skall beakta alla faktorer som behövs för att upphandlingen skall bli så ekonomisk och ändamålsenlig som möjligt för myndigheten själv.

Att myndigheten skall utnyttja de konkurrensmöjligheter som finns innebär att någon begränsning till enbart leverantörer i Sverige inte får ske om myndigheten bedömer att bättre villkor kan uppnås genom upphandling utomlands. I kravet att utnyttja konkurrensmöjligheterna ligger också att avtal med längre varaktighet omprövas med jämna mellanrum.”

Av förarbetena till UF framgår att i affärsmässigheten låg att myndigheten skulle få valuta för pengarna. Begreppet har på den statliga sidan använts för att markera att andra, vidare hänsyn, såsom sysselsättnings-, närings-, försvars- och säkerhetspolitiska inte fick tas av myndigheterna själva (prop. 1973:73, s.50 ff). Det anbud skulle antas som med beaktande av samtliga affärsmässigt betingade omständigheter var att anse som förmånligast (10 § UF, 15 § UR).

I RRV:s kommentarer till 11 § UF angavs:

En sammanvägning av de faktorer som påverkar anbudsprövningen måste ske med hänsyn till omständigheterna i varje enskilt fall så att de fördelar och nackdelar som är förbundna med de särskilda anbuden beaktas (totalkostnadsbedömning). Kommande drifts-, underhålls- och förrådskostnader, rese- och utbildningskostnader för myndig-

hetens personal m.m. måste beaktas. Hänsyn behöver även tas till andra affärsmässigt betingade omständigheter, t.ex. sådana omständigheter rörande anbudsgivaren som tidigare erfarenheter av denne, hans möjligheter att lämna service samt hans tekniska och ekonomiska resurser, hans insikt och erfarenhet samt vederhäftighet och pålitlighet när det gäller att fullgöra åtaganden. Priset får vägas även mot dessa omständigheter. Det erbjudna priset kan givetvis ibland vara ensamt avgörande för ett anbuds antagande vilket ofta kan vara fallet när upphandlingen avser standardvara.

UR överensstämde i allt väsentligt med UF. Upphandling skulle även enligt reglementet ske med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och med iakttagande av affärsmässighet och objektivitet.

Anvisningarna till 3 § UR innehåller bl.a. följande: ”Myndighet skall iaktta affärsmässighet vid sin upphandling. Begreppet affärsmässighet kan ha skiftande innebörd beroende på förhållandena i det enskilda fallet. Det inrymmer alla de hänsynstaganden som måste göras för att upphandlingen skall bli så ekonomisk och ändamålsenlig som möjligt för myndigheten”.

Enligt 15 § första stycket skulle det anbud antas som beaktande av samtliga affärsmässigt betingade omständigheter var att anse som förmånligast, om ej annat följde av 18 §. Anvisningarna innehåller i denna del bl.a. följande: Vad gäller innebörden av ”samtliga affärsmässigt betingade omständigheter” är det inte möjligt att göra en fullständig uppräknning av alla de omständigheter som kan komma i fråga i olika upphandlingssituationer. En sammanvägning av de faktorer som påverkar anbudsprövningen måste ske med hänsyn till omständigheterna i varje särskilt fall och innebära en så fullständig avvägning som möjligt av de fördelar och nackdelar som är förbundna med de skilda anbuden”.

Lagen om offentlig upphandling, LOU

I propositionen 1992/93:88 föreslogs ett nytt regelverk för den offentliga upphandlingen för att motsvara de krav som ställts genom EES-avtalet. Sverige hade genom detta avtal åtagit sig att införa regler motsvarande EG:s regler om den offentliga upphandlingen inom den inre marknaden. Genom avtalet skapades förutsättningar för en gemensam marknad för den offentliga upphandlingen inom hela EU. Till grund för propositionen låg de direktiv som reglerar den offentliga upphandlingen inom de Europeiska Gemenskaperna (EG) och vad som överenskommit i förhandlingar mellan EG och den Europeiska frihandelssammanslutningen

(EFTA). Propositionen resulterade i Lagen om offentlig upphandling, LOU (1992:1528), som trädde i kraft den 1 januari 1994. I samband med EU-medlemskapet 1995 gjordes endast marginella ändringar.

LOU innebar en omdaning i flera viktiga avseenden av det system som ditills gällt i Sverige. Den svenska upphandlingen hade redan tidigare skett med konkurrens, icke-diskriminering och objektivitet. I dessa avseenden innebär lagen inget nytt och upphandlingen skulle även i fortsättningen genomföras affärsmässigt. Förändringarna låg snarare i de medel som anbefalldes och tillhandahölls i LOU för uppnående av målsättningarna. Stundom utgörs dessa av tämligen omfattande detaljregleringar av en upphandlings olika skeden. Huvudsyftet var att behandla alla leverantörer lika. En väsentlig ändring från tidigare var uppdelningen av anbudsprövningen i en kvalifikationsdel, som gällde leverantörernas kvalifikationer, och en del som enbart tog sikte på själva anbudsprövningen

EG-direktiven avser endast de större upphandlingarna, de som överstiger vissa s.k. tröskelvärden. Upphandlingar under dessa värden - förenklade upphandlingar - är inte detaljreglerade i samma utsträckning. Lagens huvudprinciper, dess ändamålsparagraf och bestämmelser om överprövning och skadestånd tillämpas dock även på de förenklade upphandlingarna.

Affärsmässighetsbegreppet återfinns som nämnts i 1 kap.4 § under rubriken Huvudregel om affärsmässighet. Begreppet fanns redan i 3 § UF och UR och överfördes med samma innehåll från dessa författningar till 1 kap. 4 §.

Huvudregeln kompletteras genom 1 kap.17-18 §§ samt 1 kap. 22 § och 6 kap.12 §.

1 kap. 17 § gör det möjligt att ställa vissa angivna krav på leverantörerna avseende t.ex. deras ekonomiska ställning, deras kapacitet och deras vandel i fråga om yrkesutövningen. Större krav än som anges i bestämmelsen får inte ställas. Av 18 § framgår på vilka sätt en leverantör kan visa att han uppfyller ställda krav enligt 17 § genom intyg o.dyl.

I 1 kap. 22 § anges de grundläggande kraven på anbudsprövning, närmare bestämt att det anbud skall antas som antingen är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till samtliga angivna omständigheter eller det som har lägsta anbudspris. Dessa bestämmelser anses grundläggande för att en fri konkurrens skall uppnås. Regeln om lägsta pris är enkel att tillämpa för såväl anbudsgivare som leverantör. Den passar emellertid inte i många upphand-

lingar där man vid bedömningarna måste ta hänsyn till fler faktorer än priset. Hänvisningen till det ”ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” gör att den upphandlande enheten redan från början måste göra klart för sig hur olika omständigheter kan värderas i ekonomiska termer. Det anses visserligen inte möjligt att värdera varje enskild omständighet i dessa termer, men enheten bör redan vid upphandlingens påbörjande så långt möjligt värdera kring omständigheternas ekonomiska betydelse.

6 kap. 12 § innehåller en motsvarande bestämmelse för prövning av anbud vid förenklad upphandling.

Finns en koppling mellan affärsmässighetsbegreppet och en effektiv offentlig upphandling?

Konkurrens ingår i begreppet affärsmässighet enligt 1 kap. 4 §. Marknadsekonomi bygger på att det finns konkurrens mellan företagen. Konkurrensen stärker det svenska näringslivets förmåga att hävda sig på internationella marknader och den stimulerar till bättre användning av samhällets resurser. Ett ökat konkurrenstryck kommer konsumenterna tillgodo genom att priserna pressas och genom att utbudet av varor och tjänster blir större och mer varierat. Med uttrycket ”utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns” följer också ett krav på att aktivt söka konkurrens.

Kravet på objektiv handläggning av upphandlingsärenden måste också beaktas i sammanhanget. Det får inte uppkomma en snedvriden konkurrens, vilket framgår av kravet på att upphandlingen skall genomföras affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn, dvs. objektivt. En sådan handläggning syftar till att åstadkomma konkurrens på lika villkor och utgör sålunda en viktig förutsättning för att den upphandlande enhetens uppträdande i upphandlings-sammanhang skall åtnjuta förtroende.

I kravet på affärsmässig upphandling ligger att enheten skall göra en så ekonomiskt bra affär som möjligt. Detta krav är väl inarbetat i svensk förvaltning och leder i sig till en strävan hos handläggarna att göra så ekonomiskt goda affärer som möjligt för myndigheten.

Slutsats

Sammantaget leder det sagda till att frågan om det finns en koppling mellan affärsmässighetsbegreppet och effektiv upphandling måste besvaras jakande.

Stämmer affärsmässighetsbegreppet överens med gemenskapsrätten?

Samtliga EG-direktiv hänvisar i sina ingresser till att de tillkommit under beaktande av Romfördraget från 1957. Detta innehåller visserligen inga speciella regler för offentlig upphandling. Däremot innehåller det vissa grundläggande krav som måste uppfyllas av medlemsstaterna även vid offentlig upphandling. Detta gäller iakttagandet av de "fyra friheterna" dvs. rätten till *rörlighet* mellan medlemsländerna av *personer, varor, tjänster och kapital*. Art. 28 i den konsoliderade versionen av fördraget (Amsterdamfördraget) innehåller rätten till fri rörlighet av varor och förbud mot kvantitativa restriktioner avseende import samt åtgärder med motsvarande verkan. Art. 30 möjliggör undantag härifrån bl.a. till skydd för människors och djurs liv och hälsa och växters bevarande. Art. 49 m.fl. behandlar frihet att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen. Art.12 innehåller krav på icke-diskriminering på grund av nationalitet. Krav får inte ställas som endast svenska företag känner till eller kan utföra. Ett krav på att en leverantör skall ha en jämställdhetsplan är sannolikt ett brott mot art.12. I art. 87 finns förbud mot otillåtna statsstöd. Oförenligt med gemenskapsrätten är stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vad slag det må vara, som snedvrider eller hotar snedvrیدا konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, om det påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Med statsstöd förstås bidrag inte bara från staten utan också från kommun, landsting m.fl. Det kan inte uteslutas att ett ensidigt gynnande av en lokal leverantör oavsett om det sker genom upphandling eller ej, kan anses som brott mot denna artikel. Art. 95 är av särskilt intresse när det gäller miljöfrågor. I punkt 3 åläggs kommissionen att i sina förslag om hälsa, säkerhet samt miljö- och konsumentskydd "utgå från en hög skyddsnivå" och särskilt beakta ny utveckling som grundas på vetenskapliga fakta.

Som ett utflöde av "de fyra friheterna" följer principer om *likabehandling* och *icke-diskriminering*, *öppenhet*, *förutsebarhet*, *ömsesidigt erkännande* och *proportionalitet*. Ett av de viktigaste inslagen i EG:s reglering av den offentliga upphandlingen är att den skall ske på marknadens villkor och att det är marknaden som kan ge de billigaste och bästa villkoren. Till det hör att upphandling skall ske öppet och utan särbehandling samt affärsmässigt och i konkurrens. Affärsmässigheten uttrycks genom kravet på att grunden för antagande av ett anbud skall vara antingen det ekonomiskt

mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till olika kriterier beroende på kontraktets art eller det lägsta priset.

Art. 249 överlåter åt de nationella författningsberättigade organen att bestämma form och tillvägagångssätt för införlivningen av direktiven med nationell rätt. I svensk rätt har upphandlingsdirektiven införlivats genom LOU. Aktuella i sammanhanget är de tre procedurdirektiven varudirektivet (93/36/EEG), byggdirektivet (93/37/EEG) och tjänstedirektivet (97/52/EG) samt ändringsdirektivet (97/52/EG) och rättsmedelsdirektiv 1 (89/665/EEG). Procedurdirektiven är sinsemellan likartat uppbyggda.

I proposition 1992/93:88 (s.37) konstateras att den grundläggande uppfattningen om hur en upphandling skall göras inte skiljer sig mellan Sverige och EG. Sålunda gäller enligt båda regelverken att upphandling skall ske affärsmässigt, i konkurrens och på ett icke-diskriminerande sätt. Skillnaderna i Sverige och EG sägs snarare ligga i sättet att uppnå dessa mål.

Huvudregeln 1 kap. 4 § är grundläggande för all upphandling enligt LOU. Det är angeläget att marknaden får tillfälle att arbeta i *konkurrens*. Detta uppnås enligt propositionen genom kravet på internationell annonsering. Bestämmelsen i 1 kap. 4 § att upphandlingar skall göras ”utan ovidkommande hänsyn” innehåller också det centrala moment för upphandlingen på den europeiska marknaden som omfattas av principen om icke-diskriminering (jfr art.12 i Romfördraget). Denna princip kan sägas ligga till grund för den mycket detaljerade direktivreglering som beslutats inom EG och som blev tillgänglig för svensk del genom EES-avtalet. Reglerna syftade till att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt.

Affärsmässighetsbegreppet i svensk rättsutveckling gör att endast rent företagsekonomiska hänsyn får tas enligt LOU. I detta avseende skiljer sig LOU från EG-rätten. I EG-rätten anges inte uttryckligen att de upphandlande enheterna skall göra bra privat-ekonomiska affärer (eng. ”value for money”). Regleringen går endast ut på att leverantörerna skall behandlas rättvist och lika. Tanken är dock att enheterna härigenom också skall göra så bra affärer som möjligt. Också i den allmänna debatten inom EG talas om betydelsen av ”value for money”.

Likabehandling och icke-diskriminering

Likabehandlingsprincipen i EG-rätten, som är tillämplig vid all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena, innebär att alla

leverantörer skall ges så lika förutsättningar att delta som möjligt. Således måste den upphandlande enheten se till att lika information lämnas till alla leverantörer och att informationen finns tillgänglig för alla leverantörer samtidigt. Detta kommer bl.a. till uttryck i reglerna om annonsering. Det får inte uppkomma en snedviden konkurrens, vilket framgår av kravet på att upphandlingen skall genomföras affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn, dvs. objektivt.

I Romfördraget art. 12 finns som nämnts ett förbud mot diskriminering p.g.a. nationalitet. EG-domstolen har slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen.

Objektivitetskravet i 1 kap. 4 § får anses uppfylla de krav som EG-rätten ställer på likabehandling och förbud mot diskriminering p.g.a. nationalitet. Även bestämmelserna i 1 kap. 16 § och 6 kap. 3 § angående förbud mot att rikta kravspecifikationen så att den passar viss leverantör kan ses som ett uttryck för likabehandlingsprincipen.

Förtusbarhet och öppenhet (transparens)

Med krav på transparens följer skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa. Leverantörerna har rätt att få tillgång till denna information så att de i förväg får kännedom om förutsättningarna för upphandlingen. Viktiga exempel på transparens är krav på att *förfrågningsunderlaget* ska vara fullständigt och tydligt, att *utvärderingskriterierna* om möjligt rangordnade och att annan viktning eller betygsättning av kriterierna så långt möjligt skall framgå för leverantörerna. Av ingressen till varu- och byggdirektivet följer att den information som lämnas till leverantörerna vid annonseringen rörande varor och byggentreprenader skall vara adekvat. Detsamma anses också gälla för information som lämnas genom förfrågningsunderlaget. Upphandling av tjänster skall i största möjliga utsträckning behandlas på samma sätt.

Av kravet på öppenhet följer att alla leverantörer skall ha *rätt att delta* i upphandlingen.

I LOU finns ett antal bestämmelser som syftar till att tillgodose kravet på transparens. Enligt 1 kap. 22 § och 6 kap.12 § skall den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka *omständigheter* den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad med den viktigaste först. Kravspecifikation får som nämnts inte

riktas mot en viss leverantör. I 1 kap 16 a § finns en bestämmelse om bl.a. innehållet i inbjudan att lämna anbud. Kraven på *annonsinnehåll* styrs av förordningen (1998:77) om annonser. Under tröskelvärdena saknas sådan styrning och man får falla tillbaka på de allmänna principerna. I föreskrifterna till UF och anvisningarna till UR ställdes krav på ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Sådana bestämmelser saknas visserligen i LOU men bestämmelser finns om hur *förfrågningsunderlaget* skall vara utformat bl.a. i 1 kap. 12 och 13 §§ som rör hänvisning till tekniska specifikationer m.m.. Bestämmelser finns också om att enheten skall lämna ut förfrågningsunderlaget till leverantör inom viss tid efter det att underlaget begärts (2 kap. 14 §, 3 kap. 18 §, 4 kap. 19 §, 5 kap. 20 §). Enligt 6 kap. 6 § har en leverantör som inte tillfrågats rätt att på begäran få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer.

Huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § innehåller ingen regel som syftar till att säkerställa förutsebarhet och öppenhet i upphandlingarna. En regel härom borde intas i bestämmelsen. Krav på klart och tydligt förfrågningsunderlag borde i likhet med vad som var förhållandet i UF också framgå av en regel i LOU.

Ömsesidigt erkännande

Med ömsesidigt erkännande förstås att intyg, certifikat, betyg och annan dokumenterad behörighet som utfärdats av en medlemsstats myndigheter skall gälla i upphandlingsärenden också hos myndigheter i övriga medlemsstater. Detta kommer till uttryck i 1 kap.18 § tredje stycket enligt vilket en leverantör som är registrerad i ett EES-lands officiella förteckning över godkända leverantörer skall anses uppfylla de krav som kan ställas med stöd av 17 § första stycket 1-3. Bestämmelsen har betydelse även vid förenklade upphandlingar för tillämpningen av 6 kap. 9 §.

Ömsesidigt erkännande täcks inte av 1 kap. 4 §. Principen borde framgå av bestämmelsen.

Proportionalitetsprincipen

Med proportionalitet vid upphandlingar förstås att större krav på leverantören eller leveransen inte får ställas än som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven skall ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas. En leverantör kan således inte diskvalificeras p.g.a. en uppgift som inte är relevant för den aktuella upphandlingen eller rimligen inte är av väsentlig betydelse.

Proportionalitetsprincipen har kommit till direkt uttryck i LOU i 1 kap. 16 c §, enligt vilken bestämmelse en upphandlande enhet vid upphandling enligt 2 och 5 kap. får begära att endast sådana upplysningar om en leverantör lämnas som avses i 17 och 18 §§ och som behövs med hänsyn till vad som skall upphandlas. Härigenom tillgodoses kravet på proportionalitet vad gäller krav på *leverantören*.

I 3 § UF och UR fanns en bestämmelse enligt vilken myndigheten vid upphandling skulle särskilt beakta att kraven på *kvalitet och prestanda* inte ställs högre än vad som behövs i varje särskilt fall. Avsikten var att hindra överkvalitet och andra fördyringar i upphandlingen. Bestämmelsen hindrade också att för höga krav ställdes i syfte att utestänga leverantörer. En motsvarande bestämmelse finns inte i LOU.

Affärsmässighetsbegreppet i 1 kap. 4 § täcker i stort kravet på proportionalitet genom kravet på att upphandlingen skall genomföras strikt företagsekonomiskt. Principen borde dock uttryckligen framgå av bestämmelsen.

Slutsats

Bestämmelserna i 1 kap. 4 § täcker endast delvis de krav gemenskapsrätten ställer för att garantera genomförandet av de ovan upptagna principerna. Kopplingen i svensk rätt till gemenskapsrätten är alltför otydlig för att affärsmässighetsbestämmelsen kan anses heltäckande. Å andra sidan kan inte uteslutas att affärsmässighetsbegreppet i LOU innebär begränsningar utöver de som följer av gemenskapsrätten, vilket för vissa frågeställningar behandlas i det följande.

Kan samhällspolitiska mål såsom förbättrad miljö, arbetsmarknad och sociala förhållanden inrymmas i affärsmässighetsbegreppet?

I affärsmässighetsbegreppet ligger ett mål om bästa värde för pengarna vid den offentliga upphandlingen i varje särskilt fall. Genom att endast företagsekonomiska hänsyn får tas vid tillämpningen av LOU utesluts från lagtillämpningen andra hänsyn såsom sysselsättnings-, industri-, närings-, beredskaps-, försvars-, lokal- eller regionalpolitiska hänsyn. Affärsmässighetsbedömningen är som tidigare nämnts knuten till den enskilda upphandlingen och det behov upphandlingen skall fylla. Utgångspunkten för organisationer med offentlig verksamhet som uppträder som privaträttsliga kontraktsparter (som fallet är vid offentlig upphand-

ling), anses vara att såväl köp som försäljning skall ske på allmänna kommersiella marknadsvillkor utan hänsyn till andra samhällsliga förhållanden.

Miljökrav

Miljökrav kan ställas om de är kopplade till den vara eller tjänst som skall upphandlas dvs. skall täcka ett behov i den enskilda upphandlingen. Utformade på detta sätt kan miljökrav utvärderas för bestämningen av "det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet". I det korta perspektivet, i den enskilda upphandlingen, kan således miljöhänsyn tas med beaktande av affärsmässighetsbegreppet. En fråga som väckts i prop. 1992/93:88 (s 71) är om det är tillåtet att upphandla dyrare med hänvisning till miljövänlighet. Frågan besvaras med utgångspunkt i regeln om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, som öppnar en sådan möjlighet. Den upphandlande enheten måste då ange att enheten tar hänsyn till miljöpåverkan och om möjligt också rangordna vilka olika slag av påverkan man tillmäter betydelse. Det måste också som sagt vara fråga om att täcka ett behov i den enskilda upphandlingen vid användningen av varan eller tjänsten. Det anses därför möjligt att med stöd av 1 kap. 22 § LOU, dvs. kvalitetskravet, kräva att föremålet för upphandlingen skall uppfylla enhetens miljökrav.

Affärsmässighetsbegreppet är däremot inte förenligt med strategier för att främja en effektiv offentlig upphandling i ett långsiktigt perspektiv. Miljöhänsyn får således inte tas i syfte att tillgodose samhällspolitiska mål om en förbättrad miljö, såvida det inte är fråga om bieffekter av direkta förbud mot varan eller tjänsten av miljöhänsyn. Lagstiftning kan ställa krav som kan var till fördel för miljön på sikt. En leverantör som bryter mot sådan lagstiftning kan uteslutas från upphandlingen. Även andra möjligheter finns att integrera målsättningen om skyddet av miljön i kraven som ställs på anbudssökande. Kvalifikationskrav som avser att bedöma anbudssökandes ekonomiska, finansiella och tekniska förmåga och kan innefatta miljöhänsyn, beroende på utformningen av de krav på leverantörens förmåga som ställs i en bestämd upphandling (Grönboken s. 50).

De åtgärder som vidtas skall naturligtvis stå i överensstämmelse med gemenskapsrättens regler och principer, bl.a. principen om icke-diskriminering

Arbetsmarknad och sociala förhållanden

Kravet på affärsmässighet hindrar en upphandlande enhet att ta hänsyn till arbetsmarknadsmässiga och sociala krav. Vissa bestämmelser finns dock som erbjuder en möjlighet att utesluta entreprenörer som är dömda för brott avseende yrkesutövningen eller som gjort sig skyldiga till allvarligt fel i denna. Detta gäller givetvis också när brottet eller det allvarliga felet leder till överträdelse av lagstiftning som syftar till att främja arbetsmarknads- och socialpolitiska mål. I övrigt kan inte arbetsmarknadsmässiga eller sociala hänsyn tas, varken i den enskilda upphandlingen eller för att främja en effektiv offentlig upphandling i ett långsiktigt perspektiv. I dessa hänseenden får bedömningen äga rum utanför själva upphandlingen.

Slutsats

Enligt LOU kan miljöhänsyn och i viss mån även arbetsmarknads- och sociala hänsyn tas i den enskilda upphandlingen för att tillgodose den upphandlande enhetens egna behov. Lagstiftning som förbjuder användning av en vara eller en tjänst kan därvid tillgodose även ett långsiktigt behov och krav kan ställas på leverantörernas kvalifikationer då det gäller förmågan att tillgodose miljökrav och att iaktta lagstiftning som rör arbetsmarknad och sociala förhållanden. I övrigt kan samhällspolitiska mål beträffande miljö, arbetsmarknad och sociala hänsyn inte inrymmas i affärsmässighetsbegreppet.

Vinner man något på att ta bort affärsmässighetsbegreppet t.ex. beträffande de långsiktiga samhällspolitiska målen?

Som framgått här ovan finns en koppling mellan affärsmässighetsbegreppet och en effektiv upphandling. Frågan är då vad man kan vinna på att ta bort begreppet från lagstiftningen. I första hand har frågan ställts med tanke på vinster beträffande de långsiktiga samhällspolitiska målen.

Eftersom Sverige är bundet av EG:s principer och direktiv i fråga om den offentliga upphandlingen gäller det att först utröna om affärsmässighetsbegreppet innebär en längre gående inskränkning i möjligheterna att beakta långsiktiga samhällspolitiska mål än gemenskapsrätten.

Miljö

Enligt kommissionen (KOM (98) 143 s. 27) ger gemenskapsrätten en rad möjligheter att ta hänsyn till miljön. Kommissionen erinrar om följande.

- Rent allmänt har varje administration vid beslut om vilka varor eller tjänster som skall köpas, möjlighet om den så önskar att välja sådana tjänster eller varor som motsvarar dess strävanden att skydda miljön.
- Under vissa omständigheter tillåter direktivreglerna att anbudssökande eller anbudsgivare som brutit mot nationell miljölagstiftning utesluts.
- Upphandlande enheter har möjlighet att utarbeta tekniska kravspecifikationer för de bygg- eller anläggningsarbeten, varor eller tjänster som skall upphandlas, vilka tar hänsyn till miljön. Upphandlande enheter kan främja utvecklingen av en aktiv miljöpolicy hos företag genom att i sina upphandlingar ta emot anbud som innehåller produkter som uppfyller de i förfrågningsunderlaget angivna kraven.
- I den mån sådana kriterier syftar till att bedöma anbudssökandes ekonomiska och finansiella samt tekniska förmåga tillåter direktiven att miljöhänsyn integreras i kriterierna för urval av anbudsgivare.
- Vad gäller utvärdering av anbud, kan miljökriterier användas vid identifiering av det "ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet" i de fall då dessa kriterier är kopplade till det som skall upphandlas och innebär en direkt ekonomisk fördel för den upphandlande enheten. En upphandlande enhet kan vid utvärdering av anbud t.ex. ta hänsyn till kostnaderna för underhåll, avfallshantering eller återanvändning.
- En upphandlande enhet får av den som får kontraktet begära att det skall utföras i överensstämmelse med särskilda villkor som tar hänsyn till miljön. Dessa utförandevillkor skall vara kända för alla anbudsgivare i förväg. Leverantörens förmåga att fullgöra sina kontraktsskyldigheter i enlighet med dessa villkor prövas utanför själva upphandlingsförfarandet.

Målet för offentlig upphandling är väsentligen av ekonomisk karaktär och kommissionen påminner om vikten av att för varje upphandlingsprojekt fastställs de miljökriterier som är direkt kopplade

till den vara eller tjänst som skall upphandlas och därför kan beaktas vid ett upphandlingsförfarande.

Upphandlingar under de tröskelvärden som anges i direktiven omfattas inte av direktiven men väl av Rom-fördragets principer. För sådana upphandlingar kan miljöpreferenser således utan hinder av direktiven utgöra tilldelningskrav som går utöver den upphandlande enhetens egna behov, under förutsättning att de inte är diskriminerande utan öppna för alla anbudsgivare från gemenskapen. Däremot hindrar affärsmässighetsbegreppet i LOU miljöpreferenser utöver den egna enhetens behov. Detsamma gäller för s.k. utförandevillkor som enligt vad som framgått här ovan kan ställas med hänsyn till miljöpolitiska mål. Svenska och utländska leverantörer måste också behandlas lika oavsett tröskelvärden varför långsiktiga miljöpolitiska mål även i förenklade upphandlingar kan komma att betraktas som brott mot gemenskapsrätten.

Slutsats

Direktiven ger vissa öppningar att ställa krav som inte är förenliga med affärsmässighetsbegreppet i form av utförandevillkor under förutsättning att de är förenliga med gemenskapsrätten. Upphandlingar under tröskelvärdena lyder inte under EG:s direktiv men krav på långsiktiga miljöpolitiska mål hindras av affärsmässighetsbegreppet i LOU och gemenskapsrättens principer.

Arbetsmarknad och sociala förhållanden

Europeiska unionens arbetsmarknads- och socialpolitik skall bidra till att främja en hög nivå i fråga om sysselsättning och socialt skydd (art. 2 i Romfördraget). Lika möjligheter för kvinnor och män skall främjas och diskriminering bekämpas.

Enligt Grönboken (s. 37) kan upphandlande enheter anmodas 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. Kommissionen utpekar en rad möjligheter att ta hänsyn till sociala eller arbetsmarknadspolitiska målsättningar vid offentlig upphandling.

Bl.a. pekar kommissionen på

- Möjligheten att i upphandlingen utan hinder av direktivreglerna ställa krav på att gällande social lagstiftning skall tillämpas, i synnerhet gemenskapens lagstiftning på området, t.ex. lagstiftning som härrör från Internationella arbetsorganisationen.

- Direktivreglerna om offentlig upphandling som tillåter att anbudssökande eller anbudsgivare som brutit mot gällande lagstiftning på området, inklusive bestämmelser om främjande av lika möjligheter, utesluts från upphandlingen. Detta gäller brott av leverantörer avseende yrkesutövningen eller allvarlig överträdelse av lagstiftning som syftar till att främja arbetsmarknads- och socialpolitiska mål. Bestämmelserna ger sålunda en indirekt möjlighet att nå sociala mål genom att utesluta anbudssökande som inte iakttagit en sådan lagstiftning.
- Möjlighet finns att ställa utförandevillkor krav av social karaktär som skall gälla under avtalstiden. Dessa kan t.ex. syfta till att främja anställning av kvinnor eller att skydda vissa missgynnade kategorier. Som ett annat exempel på arbetsmarknads- eller socialpolitiska mål nämns i kommissionens meddelande KOM (98) 143 de rättsliga skyldigheterna i fråga om anställningsskydd och arbetsvillkor, som är bindande på den plats där bygg- och anläggningsarbeten utförs, eller s.k. "positiva åtgärder". Det sistnämnda innebär att offentlig upphandling används som ett medel för att uppnå ett eftersträvat mål, t.ex. att bygga upp en stadigvarande avsättningsmöjlighet för en skyddad verkstad, som inte rimligtvis kan förväntas kunna konkurrera med vanliga affärsföretag med en normal produktivitetsnivå.

Upphandlingar för belopp under tröskelvärdena lyder som framhållits ovan inte under EG:s direktivregler. Vid förenklade upphandlingar utgör således inte direktiven hinder mot att långsiktiga samhällspolitiska hänsyn tas vid anbudsutvärderingen. Däremot hindrar affärsmässighetsbegreppet att sådana hänsyn tas. Detta gäller även för utförandevillkor. Gemenskapsrättens principer begränsar också möjligheten att ta långsiktiga samhällspolitiska hänsyn, vilket även gäller förenklade upphandlingar och utförandevillkor.

Slutsats

Vissa öppningar finns att utan hinder av direktiv ställa utförandevillkor under förutsättning att de är förenliga med gemenskapsrätten. Krav som hänger samman med långsiktiga samhällspolitiska mål beträffande miljö, arbetsmarknads- och sociala förhållanden kan också ställas utan hinder av EG-direktiven i förenklade upphandlingar men inte enligt gemenskapsrättens principer. I praktiken

synes utrymmet att driva långsiktiga samhällspolitiska mål som ett syfte i enskilda offentliga upphandlingar som mycket begränsat.

Borttagande av affärsmässighetsbegreppet

Ett borttagande av affärsmässighetsbegreppet öppnar som framgått ovan inte möjlighet att tillgodose långsiktiga samhällspolitiska mål. För upphandlingar över tröskelvärdena gäller EG-direktiven och proportionalitetsprincipen utgör där ett hinder mot i sammanhanget ovidkommande hänsyn dvs. långsiktiga politiska mål. För förenklade upphandlingar utgör gemenskapsrättens principer, särskilt kravet på lika-behandling, ett hinder.

Affärsmässighetsbegreppet kan ifrågasättas också av andra skäl. Numera finns helt privata företag som betraktas som upphandlande enheter, nämligen företag som bedriver verksamhet p.g.a. särskilda tillstånd (t.ex. vissa koncessioner) från behörig myndighet. Dessa måste iakttaga bestämmelserna i LOU. Ett åläggande för de privata företagen att handla affärsmässigt framstår som främmande. Eftersom begreppet inte är definierat inbjuder det dessutom till tolkningssvårigheter vid rättstillämpningen och leder ofta till en inte närmare preciserad hänvisning i domskälen till 1 kap. 4 §. I de fall någon specifik bestämmelse i LOU stöder avgörandet återopas vanligtvis även denna. Mest påtagligt är detta då det gäller konkurrensförutsättningarna, vilket kan förklaras av att konkurrenskravet finns inskrivet i 1 kap. 4 §.

Mot ett borttagande av affärsmässighetsbegreppet får vägas den förlust som ligger i att strikt ekonomiska principer inte alltid kommer att iakttas vid den offentliga upphandlingen. Affärsmässigheten i upphandlingarna har ju genom lång tradition en fast förankring i svensk förvaltning. Upphandlingen genomförs visserligen affärsmässigt i den meningen att antingen det "ekonomiskt mest fördelaktiga" anbudet eller det med lägsta priset skall antas. Men risk finns att man vid förenklade upphandlingar lägger sig på en högre nivå kostnadmässigt och att kriterier som inte är nödvändiga för varan eller tjänsten medtas. Långsiktiga politiska mål är dessutom redan aktuella såsom jämställdhetsfrågor, lokala stödfrågor, m.m. De senare kan dessutom vara en fråga om otillåtet statsstöd. Att väga alla dessa krav mot varandra kan bli en omöjlig uppgift. Att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet då det gäller exempelvis jämställdhetskriterier kan knappast klaras ut av den enskilda upphandlande enheten.

Uppfattningen om affärsmässigheten är en helt annan än då 1973 års upphandlingsförordning kom till. Om affärsmässighetsbe-

greppet skall finnas kvar måste det omdefinieras. Om begreppet inte definieras måste det tolkas med hjälp av gemenskapsrättens allmänna principer och/eller lagens specifika regler.

Slutsats

Ett borttagande av affärsmässighetsbegreppet öppnar inte en ytterligare möjlighet att i de offentliga upphandlingarna tillgodose långsiktiga politiska mål. Ett något friare spelrum skulle visserligen nås vid förenklade upphandlingar men även för dessa är gemenskapsrättens principer gränssättande.

Kan affärsmässighetsbegreppet omdefinieras utifrån önskemålen om att tillgodose de långsiktiga samhällspolitiska målen? Är det lämpligt?

En omdefinition av affärsmässighetsbegreppet påverkar som nämnts inte möjligheterna att tillgodose långsiktiga samhällspolitiska mål vid upphandlingar. Direktiven är ju gränssättande och p.g.a. proportionalitetsprincipen kommer ovidkommande hänsyn inte ifråga. I förhållande till det som skall upphandlas måste långsiktiga samhällspolitiska mål ses som ovidkommande.

Väljer man att bygga på ett begrepp måste man finna en definition som står i samklang med EG-direktiven. Enligt en EG-dom nyligen kan begrepp som inte anpassats till gemenskapsrätten bli verkningslösa vid prövning i EG-domstolen. Affärsmässighetsbegreppet är inte anpassat till direktiven. Det har sin bestämning i en rättsutveckling i Sverige med helt annan bakgrund än det konkurrensrättsliga regelverket i EG. Gemenskapsrätten lämnar vissa öppningar för andra aspekter än de rent företagsekonomiska och det kan därför inte uteslutas att kravet på affärsmässighet i LOU ibland går längre än vad EG-rätten kräver. Begreppet affärsmässighet, begränsar som framgått handlingsfriheten för den upphandlande enheten att – så långt gemenskapsrätten medger – ta alla de hänsyn vid upphandlingen som den anser lämpliga. Det gör det svårt att passa in begreppet i ett regelverk som bygger på EG:s regler.

Utan definition finns risk för att det som följer av allmänt språkbruk kan läggas i tolkningen av begreppet utan hänsyn till att detta i lagen har en viss innebörd som framgår av de mer preciserade reglerna. Svårigheter vid rättstillämpningen har redan framhållits. Att omdefiniera affärsmässighetsbegreppet utifrån önskemålet att tillgodose långsiktiga samhällspolitiska mål är som framgått ovan inte möjligt. En möjlig definition skulle kunna gå ut på

att med affärsmässighet menas att man skall anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det som har lägst pris. Hur detta skall gå till framgår av reglerna om anbudsprövning i 1 kap. 22 § och 6 kap. 12 §. Dessa bestämmelser överensstämmer i princip med motsvarande regler i upphandlingsdirektiven.

En möjlighet är att i en bestämmelse i LOU med borttagande av affärsmässighetsbegreppet hänvisa till gemenskapsrätten. En sådan hänvisning saknas i dag. Hänvisningen skulle kunna göras antingen i 1 kap. 4 § och/eller i 7 kap. 2 § och 6 §. En justering av paragraferna i 7 kap. skulle bringa LOU i bättre överensstämmelse med rättsmedelsdirektiven I och II (89/665/EEG och 92/13/EEG). Hänvisningen till gemenskapsrätten bör dock lämpligen placeras i portalparagrafen 1 kap. 4 §, som på ett övergripande sätt anger hur de offentliga upphandlingarna skall gå till.

Slutsats

En omdefiniering av affärsmässighetsprincipen uppnår inte syftet att tillgodose långsiktiga samhällspolitiska mål i upphandlingar oavsett tröskelvärden. Begreppet lämpar sig inte för en anpassning till EG-reglerna som bygger på andra principer, varför en definition som bygger på begreppet inte är lämplig under några omständigheter.

Genom en lagändring (1997:1068) i 1 kap. 22 § LOU, som trädde i kraft den 1 januari 1998, tydliggjordes att lägsta pris inte är ett huvudalternativ då det gäller den inbördes ordningen mellan detta kriterium och det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Som skäl härför anfördes (prop.1997/98:FiU7, s.11) att många upphandlande enheter och leverantörer uppfattat att lägsta pris var ett huvudalternativ, vilket inte är fallet enligt EG:s direktiv. Genom lagändringen åstadkoms bättre överensstämmelse med direktiven. Inställningen till valet av lägsta priset som ledstjärna för upphandlingarna är således annorlunda nu än före EG-anslutningen. Tiden är måhända att ytterligare anpassa reglerna till EG:s regelsystem genom att helt ta bort affärsmässighetsbegreppet i 1 kap. 4 § LOU.

Gemenskapsrättens principer gäller redan för offentliga upphandlingar oavsett om värdena på det som upphandlas över- eller understiger tröskelvärdena. Kravet på affärsmässighet får vid ett borttagande av begreppet tillgodoses genom en strikt tillämpning av gemenskapsrätten och dess principer på upphandlingsområdet.

Förslag

Förslagsvis skulle 1 kap. 4 § LOU med uteslutande av affärs-
mässighetsbegreppet och skrivningen om kravet på ovidkommande
hänsyn få följande lydelse: "Upphandling skall göras enligt denna
lag och gemenskapsrätten samt principerna om likabehandling,
icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, öppenhet, förutse-
barhet och proportionalitet."

Bilaga 5

Belysning av arbetsrättsliga frågeställningar vid offentlig upphandling

-

PM av Göran Söderlöf 1999-06-08

(texten är reviderad 2001-02-23)

1. Belysning av arbetsrättsliga frågeställningar vid offentlig upphandling.

Frågeställningar

Denna promemoria handlar om de arbetsrättsliga frågor som aktualiseras när man upphandlar i offentlig sektor. Författarens verksamhetsområde och erfarenheter gör att exemplen ibland är hämtade från kommuner och kommunala verksamheter, men problemställningarna är generella för hela den offentliga sektorn vare sig det är kommun, landsting eller statlig myndighet som berörs.

I promemorian behandlas särskilt de juridiska förutsättningarna för upphandlande enhet att i förfrågningsunderlag ställa krav på

- övertagande av berörd personal vid upphandling - även om 6 b § LAS (verksamhetsövergång) inte är tillämplig.
- att kollektivavtal finns hos entreprenören.
- antidiskrimineringsklausuler avseende etnisk härkomst, kön, funktionshinder och sexuell läggning.
- uppgifter om jämställdhetsarbetet hos entreprenören.
- god arbetsmiljö och personalpolitik hos entreprenören.

Är det tillåtet att avtala om detta enligt LAS (arbetsrättsligt) och enligt 1 kap. 4 § LOU (upphandlingsrättsligt)?

Rättsläget och den nu aktuella debatten avseende det fackliga deltagandet i upphandlingsprocessen genomgås. Vad säger MBL?

Vad har arbetsmarknadens parter för åsikter avseende de relevanta frågeställningarna? Berör centrala och lokala konkurrensprogram dessa ämnen?

Finns skillnader beroende på om upphandlingen avser tjänster som regleras i 6 kap. LOU eller inte? Har typen av upphandling; exempelvis driftentreprenad inom äldreomsorg eller städentreprenad (mjuka contra hårda tjänster) betydelse? Tillåtligheten av exempelvis norska HMS klausuler (hälsa, miljö och säkerhet)?

Arbetstagarna och arbetstagarorganisationerna

Vid allt förändringsarbete är det givet att de anställda och deras fackliga organisationer informeras i god tid innan definitiva beslut fattas. Om den offentliga arbetsgivaren försummat att informera om motiven för förändringsarbetet och "spelplanen" framstår som oklar, är det naturligt att upphandling och konkurrensutsättning

kan upplevas som ett hot av de anställda. Bristande framförhållning och dåliga relationer till de fackliga organisationerna kan också medföra att förändringsprocessen drar ut på tiden och de förväntade resultaten uteblir.

Rättsläget

En upphandling skall genomföras affärsmässigt med utnyttjande av befintliga konkurrensmöjligheter. En presumtiv anbudsgivare får uteslutas från att delta i upphandling enbart på grund av omständigheter som hänför sig till anbudsgivarens förmåga att utföra entreprenaden exempelvis att anbudsgivaren trätt i likvidation, är försatt i konkurs, dömts för brott avseende yrkesutövningen, ej betalat skatt osv. Detta strikt affärsmässiga synsätt på upphandling har på senare tid ansetts stå i strid med samhällets önskemål om att använda offentlig upphandling som ett medel att främja önskvärda intressen när det gäller olika aspekter på miljöfrågor och sociala frågor. Eftersom diskussionen förts har det naturligtvis funnits opinioner både för och emot. Här kan man dock se en tendens mot ändring av gällande rätt. Det finns grund att påstå att den sociala dimensionen har förstärkts genom Amsterdamsfördraget. EU-kommissionen har i en s.k. grönbok 1996 och sedan i en s.k. vitbok 1998 (inte rättsligt bindande meddelanden från kommissionen med analyser och policyuttalanden som dock har stort genomslag) öppnat möjligheter för upphandlande enheter att vid upphandlingar beakta även arbetsmarknads- och socialpolitiska aspekter samt genom krav i förfrågningsunderlag och avtal främja dessa aspekter. Europaparlamentet har i början av 1999 gått längre och krävt bindande EG-lagstiftning som säkrar upphandlarnas och anbudsgivarnas hänsynstagande till sociala, miljömässiga och konsumentpolitiska aspekter. EG-fördragets artikel 2 anger också att gemenskapen har till uppgift att bl.a. främja en hög nivå i fråga om sysselsättning och socialt skydd, fri rörlighet för arbetstagare, lika möjligheter för män och kvinnor, förbättrade arbetsvillkor och höjd levnadsstandard samt social integration. I de förslag till nya upphandlingsdirektiv som kommissionen lade i maj 2000 (KOM (2000) 275 och 276 slutliga) uppmärksammades också den sociala aspekten; villkor som har till ändamål att gynna sysselsättning för människor som är socialt utsatta eller utslagna eller att motverka arbetslöshet.

2 Arbetsrätten vid upphandling. Medbestämmandelagen och anställningsskyddslagen.

Vid upphandling av driftentreprenader kan arbetsrättsliga relationer komma att påverkas. Anställningsförhållanden kan förändras genom byte av arbetsgivare alternativt uppsägning på grund av arbetsbrist. Gamla kollektivavtalsrelationer kan också komma att upphöra genom uppsägning av avtal. Detta gör att de arbetsrättsliga frågorna inte får glömmas bort i sammanhanget.

Med arbetsrätt avses de rättsregler som gäller mellan arbetsgivare och arbetstagare samt mellan arbetsgivare och arbetstagarorganisation. Dessa regler finns huvudsakligen i arbetsrättslig lagstiftning, kollektivavtal och enskilda anställningsavtal. Exempel på lagstiftning är anställningsskyddslagen (LAS) och medbestämmandelagen (MBL). Exempel på kollektivavtal på den kommunala sektorn är Huvudöverenskommelsen (HÖK) om lön och Allmänna bestämmelser (AB). Exempel på enskilt anställningsavtal är överenskommelse mellan arbetsgivare och arbetstagare om anställning, lön, arbetstid etc.

Förhandlingar och förhandlingsskyldighet

Arbetstagarorganisationen har en allmän förhandlingsrätt, dvs. en rätt att förhandla med arbetsgivaren, i frågor som rör förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Arbetsgivaren har en motsvarande rätt att förhandla med arbetstagarorganisationen. Förhandlingsrätten omfattar förutom arbets- och anställningsvillkor även frågor som rör verksamheten och som hänför sig till arbetsgivararbetstagarrelationen. Härutöver har arbetsgivaren – i vissa fall – en skyldighet att på eget initiativ påkalla förhandlingar.

Upphandlingens olika faser

En upphandling kan förenklat indelas i följande faser:

Beslut om att exempelvis konkurrensutsätta egenregin – att upphandling skall ske.

Förfrågningsunderlag med kravspecifikationer tas fram.

Anbud inkommer och utvärderas.

Visst anbud antas.

Avtal tecknas med i detta exempel entreprenör (alternativt avbryts upphandlingen för det fall egenregianbud bedöms som mest förmånligt).

Primär förhandlingsskyldighet

Beslut om att exempelvis ta in anbud på en viss verksamhet eller att lägga ut verksamhet på föreningsdrift, offentliga företag (bolag eller stiftelse), är utan tvekan en sådan fråga som faller under arbetsgivarens primära förhandlingsskyldighet enligt 11 § MBL. Arbetsgivaren har vidare en särskild form av primär förhandlingsskyldighet enligt 38 § MBL innan beslut fattas om att anlita någon extern utförare som entreprenör.

Den primära förhandlingsskyldigheten enligt 11 § MBL innebär att arbetsgivaren innan beslut fattas, på eget initiativ skall förhandla med de fackliga organisationerna som har kollektivavtal med arbetsgivaren och som har medlemmar som påverkas av föreslagen förändring av verksamheten. Förhandlingen skall genomföras i så god tid och på så tidigt stadium i beslutsprocessen att arbetstagarorganisationerna har en reell möjlighet att påverka beslutsunderlaget.

De fackliga organisationerna har möjlighet att föra en lokal förhandling till central nivå (14 § MBL). Självförvårdad tidsbrist är inte en ursäkt för arbetsgivaren att underlåta att förhandla eller genomföra förhandlingar för sent. Det finns undantag från den primära förhandlingsskyldigheten om det föreligger synnerliga skäl, men det är svårt att tänka sig ett fall där detta kan bli aktuellt i denna typ av fråga.

Reglerna är sanktionerade med skadeståndsskyldighet för arbetsgivaren om han underlåter att tillämpa dem. Förhandlingsskyldigheten inskränker dock inte arbetsgivarens rätt att besluta men kan som sagt rendera honom skadeståndsanspråk.

Kommunala konkurrensprogram

Svenska Kommunförbundet tog 1996 fram ett underlag för lokal anpassning av kommunalt konkurrensprogram. I denna mall till konkurrensprogram betonas att samråd och information skall ske med arbetstagarerna och deras organisationer. Vidare uppmanas kommunerna att sörja för att arbetstagarerna har sådan kompetens som behövs för att konkurrensprogrammen skall kunna genomföras inklusive utbildning till de arbetstagarare som önskar bli avknoppade och bilda egna företag. Övertagande av personal, inventarier och dylikt är exempel på frågor som också bör aktualiseras med anbudsgivarna.

Ett fyrtiotal kommuner och landsting har utvecklat lokala konkurrensprogram. I boken "Konkurrens för fortsatt välfärd?",

Svenska Kommunförbundet 1999” finns exempel på huvudlinjer som finns med i lokala konkurrensprogram.

Fackligt veto

När en förhandling enligt 38 § MBL har ägt rum, har en kollektivavtalsbärande arbetstagarorganisation rätt att under vissa förutsättningar lägga in veto mot att arbetsgivaren anlitar den entreprenör som förhandlingen avsett. För att en facklig organisation skall få använda veto enligt 39 § MBL krävs att anlitaandet av den externa entreprenören kan antas medföra att lag eller kollektivavtal för arbetet åsidosätts eller att åtgärden i övrigt strider mot vad som är allmänt godtagat inom parternas avtalsområde.

Vid upphandling enligt LOU är den fackliga vetorätten begränsad. Den fackliga vetorätten får inte grunda sig på andra omständigheter än som anges i 1 kap. 17 § eller 6 kap. 9-11 §§ LOU. Sådana omständigheter är exempelvis att entreprenören är i konkurs eller i likvidation, är underkastad näringsförbud eller inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt, gjort sig skyldig till brott avseende yrkesutövningen enligt lagkraftvunnen dom, gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Vetorätten kan inte användas för att utestänga ett visst företag som arbetar under allmänt godtagbara former eller enbart därför att den fackliga organisationen anser det lämpligare att arbetet utförs av arbetsgivaren (kommunen) i egen regi. Om den fackliga organisationen felaktigt använt sin vetorätt kan organisationen bli skadeståndsskyldig.

Allvarligt fel i yrkesutövningen

Kammarrättens dom 1996-12-11 i målnr. 8647-1996. Rättsfallet rörde Folktandvårdens upphandling av dentala instrument och dentala förbrukningsartiklar. Med stöd av 1 kap. 17 § p.4 LOU uteslöt Folktandvården Gama Dental AB från deltagande i upphandlingen. Enligt Folktandvården, som stödde sig på ett tjänsteutlåtande från miljöförvaltningen, hade Gama Dental AB gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen genom felaktig hantering av kvicksilver och kvicksilverklorid, undanhållande av väsentlig information till myndigheten och att erforderliga tillstånd saknats. Gama Dental AB förnekade Folktandvårdens uppgifter och hävdade att utredningen var ofullständig. Enligt Kammarrätten skall reglerna i 1 kap. 17 § LOU tolkas restriktivt. Bevisbördan åvilar den upphandlande enheten. Eftersom uppgifterna inte var ostridiga

och att det inte hade visats att Gama Dental AB gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen fann kammarrätten att Folkhandvården inte haft rätt att med stöd av 1 kap. 17 § p.4 LOU utesluta företaget från deltagande i upphandlingen.

Vetorrätten kan inte användas för att utestänga ett visst företag som arbetar under allmänt godtagbara former eller enbart därför att den fackliga organisationen anser det lämpligare att arbetet utförs av arbetsgivaren i egen regi. Om den fackliga organisationen felaktigt använt sin vetorätt kan organisationen bli skadeståndsskyldig.

Minst fyra förhandlingar

Arbetsgivaren skall i exemplet att egenregin konkurrensutsätts förhandla vid följande tillfällen:

Inför beslut att konkurrensutsätta egenregin (11 § MBL).

Inför antagande av anbud (38 § MBL).

Om övergång av verksamhet (38 § eller senare 11 § MBL).

Om organisatoriska konsekvenser i kommunen (omorganisation, övertalighet o.dyl.) av driftentreprenaden (11 § MBL).

Kommunalt konkurrensprogram

Härutöver bör arbetsgivaren förhandla enligt 11 § MBL med arbetstagarorganisationerna inför utformande av ett kommunalt konkurrensprogram, jfr Svenska Kommunförbundets riktlinjer till kommunalt konkurrensprogram som förutsätter att arbetstagar sidan på något sätt involveras i arbetet. Vid allt förändringsarbete är det nödvändigt att de anställda och deras fackliga organisationer informeras i god tid innan definitiva beslut fattas. Om kommunen försummar att informera om motiven för förändringsarbetet och ”spelplanen” framstår som oklar kan konkurrensutsättning upplevas som en hotbild och bidra till att förändringsprocessen drar ut på tiden och de förväntade resultaten uteblir.

Förfrågningsunderlag

Huruvida arbetstagarorganisationerna bör aktivt delta i framtagandet av förfrågningsunderlaget och utvärderingen av anbuden råder det delade meningar om.

Mot facklig inblandning talar att upphandlingsorganisationen bör vara självständig och agera strikt affärsmässigt enligt LOU:s regler. Upphandlingsorganisationen får inte misstänkas för att

gynna den kommunala egenregin på externa anbudsgivares bekostnad. Verksamhetens omfattning, inriktning och kvalitet tillhör ju dessutom den politiska sfären.

För facklig inblandning i upphandlingsprocessen talar att den fackliga sidan kan tillföra erfarenhet och kunskap om verksamheten och presumtiva entreprenörer. Dessutom kan konkurrensutsättningen och upphandlingen avdramatiseras och därmed underlättas om arbetstagarorganisationerna deltar.

Det behöver naturligtvis inte vara antingen eller utan det är fullt möjligt att ha facklig medverkan i form av 11 § MBL vid framtagandet av förfrågningsunderlag men exkludera dem vid utvärdering av anbud. I praktiken torde samtliga alternativ förekomma inom den kommunala sektorn.

Lokalt samverkanssystem

Det är naturligtvis möjligt att hantera konkurrensutsättning och upphandling inom ramen för existerande lokala samverkanssystem vid sidan om det formella MBL-förhandlandet enligt 11 och 38 §§ MBL. Detta kan dock innebära att tidsplanen inte kan hållas då de fackliga organisationerna under processen kan kräva att samverkansförfarandet övergår i formella 11 § MBL-förhandlingar.

19 § MBL information

19 § MBL-information behöver inte avhållas i fråga som också är föremål för 11 § MBL-förhandling; 19 § informationen konsumeras av 11 § förhandlingen (AD 1978 nr 166 Byråkratidomen).

Informationen skall istället lämnas fortlöpande, varmed avses att den ges med en viss – helst överenskommen – periodicitet.

Twisteförhandling

Under upphandlings- och förändringsprocessen kan arbetsgivaren drabbas av ”olycksfall” i den arbetsrättsliga hanteringen. Exempel på detta är om arbetsgivaren underlåtit att fullgöra sin förhandlingsskyldighet enligt 11 § MBL. Den fackliga organisationen kan då påkalla förhandling med anledning av påstått brott mot MBL. En sådan förhandling kan via lokala och centrala förhandlingar drivas till Arbetsdomstolen som sista instans. Om domstolen finner att arbetsgivaren felat kan resultatet bli att arbetsgivaren döms att betala skadestånd till den fackliga organisationen. Det fattade beslutet blir dock fortfarande, trots MBL-brottet, materiellt giltigt.

Arbetstagarbegreppet - avknoppningar

Frågan om vem som faller in under arbetstagarbegreppet och skall anses som arbetstagare hos arbetsgivaren, har stor betydelse både när arbetstagare startar eget (s.k. avknoppningar) och då entreprenörer anlitas. Före LOU:s ikraftträdande var det under en period populärt att kommunerna positivt uppmuntrade sina anställda att starta eget i form av s.k. personalkooperativ alternativt att någon eller några arbetstagare startade ett eget företag med anställd personal. Då dessa avknoppningar egentligen var att anse som entreprenörer åt kommunen – de utförde ju tjänster åt kommunen mot kontant ersättning – skulle entreprenaden upphandlas med tillämpning av LOU. Detta förhållande har i viss mån dämpat lusten att göra s.k. avknoppningar. Men när avknoppningar ändå sker är det väsentligt att beakta arbetstagarbegreppet. Detta gäller även när små- och enmansföretagare anlitas som entreprenörer. Är någon att betrakta som arbetstagare faller han inom den arbetsrättsliga lagstiftningens tillämpningsområde med medföljande rättigheter och motsvarande – i vissa fall – långtgående skyldigheter för arbetsgivaren.

Om kommunen träffar avtal med ett större etablerat företag, som bedriver verksamhet även på annat håll och med andra uppdragsgivare, uppstår normalt inga tveksamheter. Då är det företaget som är arbetsgivare. Men om kommunens motpart är en ensam person som bedriver verksamheten för kommunens räkning eller om ett personalkooperativ driver kommunal verksamhet på entreprenad kan det uppstå osäkerhet om vad som gäller.

Frågan om vem som skall anses som arbetstagare är av tvingande natur. Det innebär att det inte går med rättsligt bindande verkan träffa avtal om att ett visst avtal (rättsförhållande) alltid skall vara en entreprenad och entreprenören vara uppdragstagare och inte arbetstagare. En domstol som vid tvist prövar frågan om det föreligger ett anställningsförhållande eller ej kommer inte att vara bunden av en sådan klausul i ett avtal.

Syftet med reglerna kring arbetstagarbegreppet är bland annat att personer som i allmänhet intar en ställning som arbetstagare inte genom juridiska konstruktioner skall kunna ges en svagare ställning vad gäller trygghet än vad som skulle vara fallet om de vore anställda.

Följande omständigheter talar för att det föreligger en arbetsgivar-arbetstagarrelation.

1. "Entreprenören" utför arbetet personligen och är skyldig att göra det.

2. Arbetet har inte utförts av en av "entreprenören" anlitad person.
3. "Entreprenören" tilldelas fortlöpande arbete.
4. Förhållandet mellan parterna är av mer varaktig karaktär. Det är inte avgränsat i tid och rum.
5. "Entreprenören" får/kan inte samtidigt utföra liknande arbete av någon betydelse åt någon annan. Den upphandlande enheten är den enda kunden.
6. "Entreprenören" är beträffande arbetets utförande underkastad bestämda direktiv eller en närmare kontroll. Det gäller arbetstiden, arbetsplatsen eller sättet att utföra arbetet.
7. Kommunen äger lokaler, utrustning och verktyg.
8. Ersättningen är garanterad och regelbunden (ungefär som lön).
9. Ersättning utges för direkta utlägg.
10. "Entreprenören" är i ekonomiskt och socialt hänseende jämställd med en arbetstagarare.
11. "Entreprenören" eller, om det är fråga om något slags kooperativ, "entreprenörerna" har varit anställda i kommunen.
12. "Entreprenören" har ett otillräckligt företagarkapital.

Vid den rättsliga prövningen av om ett visst avtalsförhållande skall ses som en anställning eller ej, görs en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Om det därvid kvarstår en osäkerhet om vad som skall gälla brukar domstolarna finna att det föreligger ett anställningsförhållande.

Vid sin prövning har domstolarna även tagit hänsyn till omständigheterna kring hur avtalet har uppkommit. Domstolen har till exempel funnit att arbetstagarbegreppet kringgås om det har varit arbetsgivaren som aktivt velat förändra ett anställningsavtal till ett entreprenadavtal och arbetstagaren har varit i underläge vid förhandlingsituationen.

Av ovan angivna frågor framgår att det normalt inte har någon avgörande betydelse på vilket sätt som parterna valt att klassificera eller rubricera avtalet. Ett avtal med en "arrendator", som driver till exempel en kommunal bowlinghall, kan vid en rättslig prövning visa sig vara ett anställningsavtal. Vid tveksamhet kan man utgå från att det är fråga om ett anställningsförhållande mellan berörd person och kommunen.

AD 1978 nr 7. Arrende av frisörstolar.

Vid en analys av den arbetspresterande partens ekonomiska och sociala ställning kom arbetsdomstolen fram till att arrendatorn i allmänhet uppträdde på samma sätt som en anställd gör gentemot kunderna och var beroende av hur frisersalongens innehavare skötte sin rörelse utan att ha något eget inflytande över situationen. Arrendatorn betraktades med hänsyn till sin osjälvständiga och underordnade ställning som arbetstagare. Hon hade dessutom nyligen varit anställd hos innehavaren.

"Avknoppningar" i form av personalkooperativ har blivit vanliga i kommunerna. Vare sig kommunen valt att vara arbetsgivare för ett kooperativs personal eller om detta slås fast i efterhand blir arbetsgivaransvaret i dessa fall inskränkt till ett ansvar utan möjlighet att utöva ur arbetsgivarsynpunkt viktiga funktioner. Kooperativet kommer de facto att i praktiken sköta urval, ledning och fördelning av arbetet och bedrivandet av verksamheten.

Om kommunen betraktas som arbetsgivare är den inte bara ansvarig för personalens anställningstrygghet utan också för pensioner, arbetsmiljö, skador till följd av personalens vårdslöshet, skulder till leverantörer, inbetalning av sociala avgifter, preliminärskatt, semesterersättning m.m.

Konflikter kan förebyggas om kommunens och ett kooperativs ansvar formellt renodlas från första början. Ett avtal som klart och tydligt markerar att kooperativet skall vara arbetsgivare för sin personal och i övrigt fördelar rättigheter och skyldigheter mellan två jämbördiga avtalsparter bör i de flesta fall kunna förhindra oförutsedda anspråk på kommunen. Ju mer klåfingrig kommunen är att detaljreglera arbetstid, avgifter, verksamhetens exakta innehåll etc., desto svårare har kommunen att framgångsrikt hävda att det rör sig om ett uppdragsförhållande och inte om ett arbetstagarförhållande.

Sociala klausuler

Den offentliga sektorn – statlig myndighet, kommun och landsting – kan via sin upphandling få stort genomslag på önskvärda sociala och arbetsmarknadspolitiska synsätt. En upphandlande enhet i offentlig sektor som vill använda sin upphandling för att, förutom affärsmässiga, även främja arbetsmarknadspolitiska syften – att påverka arbetsförhållanden – kan använda olika kriterier i förfrågningsunderlag och avtal för att uppnå detta. Man kan ställa krav på att vissa arbetsvillkor tillämpas. Eller krav som innebär att arbetslösa, etniska minoriteter eller underrepresenterade kön anställs är

andra exempel på tänkbara krav på den som skall vinna offentlig upphandling. Även krav på mänskliga fri- och rättigheter som yttrandefrihet för de anställda hos entreprenör har aktualiserats.

Skäl som kan anföras mot s.k. mjuka/sociala klausuler är att de strider mot upphandlingens ekonomiska mål, nämligen strikt affärsmässighet. Detta synsätt bygger på att det primära med upphandlingsreglerna är att skapa en konkurrensutsatt marknad för offentlig upphandling.

Det som kan tala för att upphandlingen kan utnyttjas för att uppnå arbetsmarknadspolitiska mål är EG-fördragets artikel 2 och det sociala handlingsprogrammet 1995-97. Kommissionen har också i ett meddelande av den 11 mars 1998 "Public procurement in the European Union" uttalat sig i samma riktning.

"4.4 Public procurement and social aspects

There is a range of possibilities for public administration to take the pursuit of social objectives into consideration in their purchasing:

The rules of public procurement directives allow the exclusion of candidates who breach national legislation, including those relevant to the promotion of equality of opportunities.

A second possibility is to lay down as a condition of execution of public contracts, compliance with obligations of social character, aimed for example at promoting the employment of women or encouraging the protection of certain disadvantaged groups. Of course, only those conditions of executions are authorised which do not discriminate, directly or indirectly, against tenders from other Member States. Moreover, indicating these conditions in the tender notice of the specification must ensure sufficient transparency.

-----"

De ekonomiska och sociala dimensionerna kan då sägas vara beroende av varandra och de ekonomiska målen kan inte uppnås utan att man också beaktar arbetsmarknadsdimensionen.

Brentjens' Handelsoonderneming

Målen C-115/97 och C-117/97. EG-domstolen fann att kollektivavtal om obligatorisk anslutning till en tjänstepensionsfond visserligen hade en viss konkurrensbegränsande verkan men att kollektivavtalets socialpolitiska syfte vägde tyngre.

Kommissionen mot republiken Frankrike

Mål C-225/98. EG-domstolen godkände villkor i samband med upphandling av uppförande och underhåll av skolbyggnader som var knutet till lokal åtgärd för att bekämpa arbetslösheten.

Detta är svåra frågor som kräver att den upphandlande enheten och dess handläggare behärskar både den nationella upphandlingsrätten och den i dessa frågor relevanta EG-rätten.

Krav på kollektivavtal.

Redan när MBL trädde ikraft 1977 (årsskiftet 1976/77) aktualiserades krav på kollektivavtal hos entreprenören som ett MBL-villkor i förfrågningsunderlag och avtal. Det sågs som ett tecken på att det anbudsgivande företaget var seriöst att det hade kollektivavtal och därmed ordnade relationer till arbetstagarorganisationerna. Detta krav på kollektivavtal var vanligt på den offentliga sektorn fram till år 1995 då Kammarrätten i Stockholm (Dom 1995-03-28 i mål nr. 1713-1995) vid överprövning enligt lagen om offentlig upphandling underkände ett anbudsvillkor om kollektivavtal som saknade sådan hänvisning till bestämmelserna i 1 kap. 17 § eller 6 kap. 9-11 §§ LOU som anges i 39 § MBL som kriterier för det fackligt vetot.

Krav på kollektivavtal

Kammarrättens dom 1995-03-28 i mål nr. 1713-1995. Rättsfallet rörde en upphandling av telefon- och datanät av verket för högskoleservice. Enligt förfrågningsunderlaget krävde verket att anlita företag och underentreprenörer till dem skulle ha kollektivavtal. Enligt kammarrätten stred villkoret mot LOU, eftersom krav på kollektivavtal inte finns med bland de villkor som enligt lagen får ställas på en entreprenör.

Kommunala upphandlande enheter brukar – efter ovan nämnda Kammarrättsdom 1995 - använda följande av Svenska Kommunförbundet anvisade villkor i förfrågningsunderlag och avtal:

§

”Företaget får inte vidtaga åtgärd som kan antas åsidosätta lag eller kollektivavtal för arbetet eller annars strida mot vad som är allmänt

godtaget inom den bransch som entreprenaden avser. Detta gäller dock endast om åtgärden grundar sig på omständighet som sägs i 1 kap. 17 § eller 6 kap. 9-11 §§ lagen om offentlig upphandling (LOU).

Företaget skall kräva samma utfästelse av den som företaget kan komma att anlita som underentreprenör.

Om företaget bryter mot vad som anges ovan får kommunen häva avtalet.”

Frånvaron av kollektivavtal hos en arbetsgivare/arbetsplats kan dock medföra att arbetsplatsen försätts i blockad av arbetstagarorganisation som önskar teckna kollektivavtal med de merkostnader och förseningar som detta kan medföra för beställaren. Ett annat argument för krav på kollektivavtal är att frånvaron av kollektivavtal hos entreprenören kan leda till social (löne- och anställningsvillkor) dumping och därmed en snedvriden konkurrenssituation till förmån för den kollektivavtalslöse arbetsgivaren/-entreprenören.

Verksamhetsövergång.

Enligt 6 b § LAS övergår av en verksamhetsövergång berörda anställningar på den nya arbetsgivaren.

6 b § LAS

”Vid övergång av ett företag, en verksamhet eller del av en verksamhet från en arbetsgivare till en annan, övergår också de rättigheter och skyldigheter på grund av de anställningsavtal och de anställningsförhållanden som gällde vid tidpunkten för övergången på den nye arbetsgivaren. Den tidigare arbetsgivaren är dock ansvarig gentemot arbetstagaren för ekonomiska förpliktelser som hänför sig till tiden före övergången. Detta stycke gäller även arbetstagare i allmän tjänst och på sjögående fartyg.

Första stycket gäller inte vid övergång i samband med konkurs.

Första stycket gäller inte heller ålders-, invaliditets-, eller efterlevandeförmåner.

Trots bestämmelserna i första stycket skall anställningsavtalet och anställningsförhållandet inte övergå till en ny arbetsgivare, om arbetstagaren motsätter sig detta.”

Överlåtelsedirektivet

Reglerna bygger på EG-direktivet om överlåtelser av företag, verksamheter eller delar av verksamheter (77/187 /EEG - ändrad genom 98/50/EG). I bestämmelsen föreskrivs att vid verksamhets-

övergången övergår också de rättigheter och skyldigheter på grund av de anställningsavtal och de anställningsförhållanden som gäller vid tidpunkten för övergången på den nya arbetsgivaren. Den tidigare arbetsgivaren är dock ansvarig gentemot arbetstagaren för ekonomiska förpliktelser som hänför sig till tiden före övergången. Reglerna gäller för arbetstagare såväl i privat som allmän tjänst t.ex. kommunalanställda. Reglerna skall dock inte tillämpas vid övergång i samband med konkurs. Ålders-, invaliditets- eller efterlevandeförmåner påverkas inte. Rena aktieöverlåtelser är inte verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS.

EG-dispositivitet

6 b § LAS är s.k. EG-dispositiv. Det betyder att det inte är tillåtet att träffa kollektivavtalsöverenskommelse med arbetstagarnas fackliga organisation om reglering av arbetstagarnas rättigheter enligt det anställningsavtal som automatiskt övergår till den nye arbetsgivaren, om överenskommelsen i någon del innebär att arbetstagarens rättigheter minskar. Detta även om överenskommelsen innebär att arbetstagarnas rättigheter med råge tillgodoses i andra avseenden.

DÚrso

I Mål nr. 362/89 ECR I-4105 behandlades ett fall där 940 av totalt 1450 av de anställda i ett företag skulle övergå i anställning hos den nye arbetsgivaren enligt kollektivavtal och överlåtelseavtal. Resterande skulle sägas upp av den gamla arbetsgivaren. Några av de 500 övertaliga arbetstagarna hävdade att deras anställningar enligt överlåtelsedirektivet automatiskt hade övergått till den nya arbetsgivaren. EG-domstolen uttalade att direktivet är tvingande och inte är möjligt att disponera genom kollektivavtal.

Begreppet verksamhetsövergång

För att kunna avgöra om reglerna är tillämpliga måste man först ta ställning till om det är fråga om en verksamhetsövergång i lagens mening. För detta krävs en bedömning av om det föreligger identitet mellan den verksamhet som överlåtaren bedrev och den verksamhet som förvärvaren övertagit och bedriver. Något rättsligt samband, köpeavtal eller dylikt, mellan den som har drivit en verksamhet och en ny arbetsgivare som tar över verksamheten behöver inte finnas. EG-domstolen har i "Spijkersdomen" (Mål nr. C 24/85 ECR 1119) uppställt följande kriterier som skall tas med i bedömningen.

1. Arten av företag eller verksamhet.
2. Om företagets materiella tillgångar som byggnader och lösöre har övertagits eller inte.
3. Värdet av överlåtna immateriella tillgångar vid överlåtelse-tidpunkten.
4. Om majoriteten av de anställda har övertagits eller inte.
5. Om kunderna har övertagits eller inte.
6. Graden av likhet mellan verksamheten före och efter överlåtelsen.
7. I förekommande fall den tidsperiod som verksamheten legat nere.

Spijkers

Mål nr. C 24/85 ECR 1119. Ett företag överlät ett slakthus med lokaler och visst lösöre till ett annat företag. Verksamheten hade då upphört. Verksamheten återupptogs efter en och en halv månad. Alla anställda utom Spijkers och ytterligare en anställd övertogs. Spijkers krävde lön och anställning. EG-domstolen uttalade att det avgörande är om verksamheten bevarat sin identitet. Det räcker inte med att tillgångar försålts. Det är nödvändigt att avgöra om verksamheten var i gång vid överlåtelse-tillfället ("a going concern"). Man skall titta på alla de fakta som är karaktäristiska för transaktionen, och domstolen hänförde sig till de sju omständigheterna som angetts ovan.

Omständigheterna skall inte betraktas isolerade var för sig. Det skall göras en samlad bedömning av alla förhållanden kring övergången. Det skall vara en stabilt organiserad ekonomisk enhet, "a going concern", som går över till en ny arbetsgivare. EG-domstolen har uttalat att en ekonomisk enhet, "a going concern", inte reduceras till att innebära enbart den verksamhet som bedrivs. Den ekonomiska enhetens identitet följer även av andra omständigheter såsom dess personal, arbetsledning, organisation av arbetet, driftmetoder och i förekommande fall, det driftkapital som enheten förfogar över. Enbart den omständigheten att arbetsuppgiften som sådan gått över föranleder inte att det är fråga om övergång av verksamhet.

EG-domstolen har i ett flertal domar uttalat att direktivet kan vara tillämpligt även vid entreprenader. Såväl vid återgång av verksamhet från entreprenör som vid byte av entreprenör har direktivet ansetts vara tillämpligt. Det avgörande är om det föreligger identitet mellan verksamheterna.

Süzen

EG-domstolen har 1997 i "Süzen-domen" (Mål nr. C 13/95 REG I-1259) behandlat situationen när en uppdragsgivare först givit ett städuppdrag till en entreprenör och sedan sagt upp avtalet med denne och slutit nytt avtal med en ny entreprenör för att utföra motsvarande städning. Domstolen uttalade att en förutsättning för att överlåtelsesdirektivet skall tillämpas i en sådan situation är att processen förenas med en överlåtelse av betydande materiella eller immateriella tillgångar mellan de båda företagen/entreprenörerna eller att den nye entreprenören tar över huvuddelen - i förhållande till antal och kompetens - av personalstyrkan. Härav följer att, om verksamheten hos den överlämnande entreprenören bedrivs med personal som främsta eller enda produktionsfaktor, frågan om huruvida en majoritet av arbetstagarna tas över av den nye entreprenören blir avgörande för om en verksamhetsövergång enligt direktivet (och 6 b § LAS) föreligger.

Även om inte hela verksamheten överläts utan endast en del av den, kan direktivet vara tillämpligt. I sådana fall omfattas enligt EG-domstolen endast de arbetstagare som genom sina anställningsförhållanden var knutna till den del av verksamheten som överläts. Det kan emellertid vara svårt att generellt avgöra när det är fråga om en verksamhetsövergång i lagens mening. Bedömningen måste göras med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet.

Swebusdomen

Genom arbetsdomstolens dom 1995 nr 163 mellan Swebus, Linjebuss, Ödåkra buss och Kommunal prövades reglerna om verksamhetsövergångar i 6 b § LAS och EG-rådets direktiv 77/187/EEG i Sverige. Målet rörde omfattande uppsägning av personal efter upphandling av linjetrafik i malmöhus län. Arbetsdomstolen konstaterade att enbart entreprenadbyte inte gjorde att 6 b § LAS var tillämplig då verksamheten inte bevarat sin identitet i enlighet med de sju kriterier som EG-domstolen uppställt.

Arbetsdomstolens praxis har därefter följt de principer som angavs i Swebusdomen och följaktligen har, som påpekats från fackligt håll, personal på entreprenadföretag som blir föremål för upphandling inte något starkt skydd genom LAS regler om övergång.

Anställningsavtalen övergår automatiskt

Om det är fråga om en verksamhetsövergång övergår anställningsavtalen automatiskt till förvärvaren. Därför finns det inte några formella regler om hur detta skall gå till praktiskt. En arbetstagare har dock möjlighet att motsätta sig att anställningsförhållandet går över till den nya arbetsgivaren. Arbetstagaren skall inom skälig tid från det att han blivit underrättad om övergången uppge om han vill utnyttja sin rätt att stanna kvar. Om arbetstagaren får vetskap om den kommande övergången genom förhandlingar enligt MBL torde tiden kunna räknas från dessa. Om en arbetstagare väljer att stanna kvar hos överlåtaren kan det uppstå arbetsbrist hos denne.

Förbud mot uppsägning på grund av överlåtelsen

I 7 § tredje stycket LAS stadgas att en sådan verksamhetsövergång som avses i 6 b § LAS inte i sig utgör saklig grund för uppsägning. Överlåtaren har dock rätt att säga upp arbetstagaren på grund av arbetsbrist i den överlåtna verksamheten så länge inget beslut om överlåtelse har fattats. En övertalighet i den verksamhet som skall överlåtas kommer således att kunna lösas ut hos överlåtaren, om övertaligheten inte har sin grund i ett beslut om övergång. Det blir då överlåtaren som har omplaceringsansvaret enligt 7 § andra stycket LAS. Om uppsagda arbetstagares uppsägningstider fortfarande löper vid verksamhetsövergången, kommer även deras anställningsavtal att automatiskt övergå till förvärvaren. Deras eventuella företrädesrätt till återanställning kommer då att gälla mot förvärvaren.

Om övertalighet uppstår som direkt kan härledas till överlåtelsen, dvs. är en följd av övergången och förvärvarens önskemål, har överlåtaren enligt 7 § tredje stycket LAS inte möjlighet att säga upp arbetstagare i sin verksamhet. Förbudet hindrar dock inte uppsägningar som sker av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl. verksamhetsskäl anser att personalkontinuitet är viktigt av kvalitetsskäl, exempelvis

Anbudsvillkor - krav på personalövertagande

När upphandlande enhet på den kommunala sektorn av närverksamheten berör vård- och omsorgstagare, används följande villkor i förfrågningsunderlag och avtal:

§

”Utföraren skall erbjuda de arbetstagare som berörs av entreprenaden anställning hos sig på oförändrade anställningsvillkor.”

Detta villkor har varit föremål för samråd med kansliet för Nämnden för Offentlig Upphandling (NOU) som inte haft något att erinra mot formuleringen. Kommunen/huvudmannen bör i varje särskilt fall kunna motivera behovet av personalkontinuitet när detta villkor ställs.

En vidare användning av ovan angivna villkor om personalövertagande än inom de exemplifierade verksamheterna (vård- och omsorg) kan stå i strid med gällande rättspraxis. Kammarrätten i Göteborg har vid överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (Dom 1998-08-28 i mål nr. 3696-1998) underkänt bl.a. anbudsvillkoren att ny entreprenör skulle överta tidigare entreprenörs personal. Upphandlingen gällde kollektivtrafik – linjetrafik med buss i Göteborg. Helt säker på rättsläget kan man dock inte vara då det i Göteborgsärendet rörde sig om byte av entreprenör och den upphandlande enheten/kommunen inte var part i någon arbetsgivar- arbetstagarrelation som påverkades av upphandlingen. Det kan också vara tveksamt om personalkontinuitet är ett kriterium som kan användas som ett kvalitetskrav vid upphandling av linjetrafik med buss även om lokalkännedom, servicekänsla och dylikt är viktiga egenskaper hos förarpersonalen.

Göteborg trafiknämnd

Kammarrättsdom 1998-08-28 i mål nr. 3696-1998. Kammarrätten instämde i länsrättens bedömning att en upphandlande enhet - trafiknämnden i Göteborg - hade brutit mot 1 kap. 4 § LOU genom att i förfrågningsunderlaget ställa upp villkor om övertagande av personal och fordon samt övertagande av gaskompetens och gasinfrastruktur. Trafiknämnden hade inte haft stöd i LAS att kräva övertagande av personal då 6 b § LAS inte var tillämplig. Villkoret stred också mot kravet på affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § LOU genom att anbudsgivarna inte fick frihet att använda den egna organisationens kompetens. Även kravet på övertagande av gaskompetens och infrastruktur stred mot LOU:s krav på affärsmässighet. Länsrätten uttalade att det dock torde vara möjligt att ställa krav på internationellt godtagna miljöstyrningssystem, men bara om syftet är att säkerställa krav på produkten. Den upphandlande enheten hade ställt för långtgående krav, som därför bedömdes vara diskriminerande. Upphandlingen fick göras om.

Upphandling 98 – Stockholms stad

I ”Upphandling 98 – Stockholms stads strategier för upphandling och konkurrensupphandling. Sammanställning av gällande styrdokument, avtalsförslag m.m.” har fastlagts att det vid upphandling av drift av verksamheter inom äldre- och handikappomsorgen skall krävas att entreprenören erbjuder den berörda personalen anställning. Följande villkor i förfrågningsunderlag och avtal skall därvid användas:

§

”Entreprenören skall erbjuda den för verksamheten befintliga personalen anställning. Anställning skall erbjudas i enlighet med de villkor som anges i 28 § MBL och 6 b § LAS.”

Antidiskrimineringsklausuler.

Som ett led i integrationssträvandena har man i Stockholms stad fört diskussioner om att använda antidiskrimineringsklausuler i förfrågningsunderlag och avtal, för att därigenom offensivt agera mot diskriminering på grund av etnisk tillhörighet eller kön. Det har föreslagits att det i förfrågningsunderlaget skall ingå en begäran om redogörelse för hur anbudsgivaren efterlever gällande diskrimineringslagstiftning. Följande förslag till avtalsvillkor har också framtagits:

§

”Entreprenören, eller underentreprenör som denne anlitar, åtar sig att inte bryta mot gällande diskrimineringslagstiftning”

§

”Eftersom beställaren anser att diskriminering utgör ett kontraktsbrott av väsentlig betydelse skall beställaren ha rätt att häva avtalet om entreprenören, eller underentreprenör som denne anlitar, under avtalstiden bryter mot gällande diskrimineringslagstiftning.”

Argument för detta har, förutom att gällande lagstiftning skall följas och att integrationssträvandena är viktiga, varit att undvika att skattemedel går till företag som diskriminerar arbetstagare. Dessa förslag till antidiskrimineringsklausuler har inte antagits av staden.

Med ”.. gällande diskrimineringslagstiftning ..” i de föreslagna antidiskrimineringsklausulerna avses lagarna mot diskriminering i

arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet (EDA), sexuell läggning (SEDA) och funktionshinder (FUDA), jämställdhetslagen samt olaga diskriminering enligt 16 kap. 9 § brottsbalken.

EDA-utredningen (SOU 1997:174) förde fram förslaget att offentliga myndigheter skulle uppmanas eller åläggas en skyldighet att i upphandling säkerställa att entreprenör/leverantör aktivt arbetar med etnisk mångfald i förhållande till sina egna anställda eller inte gör sig skyldig till brott mot diskrimineringsförbud i lag.

I Växjö kommun, har ett aktivt intresse för jämställdhetspolitik från arbetsgivarens/kommunens sida också tagit sig uttryck i en inköspolicy som föreskriver stor öppenhet att redovisa anbudsgivarnas jämställdhetspolitik och jämställdhetsplaner. Syftet är opinionsbildande och tanken är att detta skall vara ägnat att påverka företag att aktivt börja arbeta med sin jämställdhetspolitik.

Krav på god arbetsmiljö och god personalpolitik

Ett utmärkande drag för de ”mjuka” verksamheterna inom vård och omsorg i kommunerna är att de är personalintensiva. När driften av sådana verksamheter upphandlas är kunskapsnivån och kontinuiteten på personalsidan ett viktigt kvalitetskrav som den upphandlande enheten inom kommun aktualiserar som villkor i förfrågningsunderlag och avtal. Krav på god arbetsmiljö och personalpolitik får ses som ett led att vidmakthålla och säkra kvaliteten.

En annan aspekt på god personalpolitik är de anställdas möjligheter att offentligt kunna ge uttryck för sina åsikter även om det innebär kritik mot arbetsgivaren. En offentliganställd skyddas här genom den grundlagsfästa yttrandefriheten (2 kap. 1 § regeringsformen); rätten för alla medborgare att offentligt kritisera det allmänna, d.v.s. stat, kommun och landsting. Någon motsvarande rätt att kritisera privat arbetsgivare finns inte. Stockholms läns landsting har efter ett uppmärksammat mål i arbetsdomstolen (AD 1997 nr 57), avseende ambulanssjukvårdare som kritiserade sin privata arbetsgivare och därför höll på att förlora sina anställningar, i förfrågningsunderlaget infört ett villkor som skall trygga personalens yttrandefrihet.

§

”Landstinget vill försäkra sig om att entreprenörens anställda får meddelar- och yttrandefrihet i förhållande till entreprenören avseende arbetsförhållandena i den verksamhet som utförs åt landstinget. Det är betydelsefullt för upprätthållande av verksamhetens anseende och kvalitet.”

Att en entreprenör har god arbetsmiljö och personalpolitik har också betydelse för om den i verksamheten hos exempelvis en kommun befintliga personalen väljer att gå över i anställning hos entreprenören. Arbetstagarna kan välja att stanna i kommunen hellre än att gå över till en ny arbetsgivare som inte är känd för en bra arbetsmiljö och god personalpolitik. Denna situation har inträffat och vållat problem för entreprenör att vidmakthålla avtalad kvalitet på exempelvis äldrevård. Flera sådana fall har fått stor uppmärksamhet i media.

Att en arbetstagare väljer att stanna kvar i anställning hos kommun, trots att de antingen har rätt att övergå i anställning hos entreprenören enligt bestämmelserna om verksamhetsövergång i 6 b § LAS eller erbjuds anställning av entreprenören, innebär inte automatiskt att arbetstagarna blir uppsagda. Vid en uppsägning på grund av arbetsbrist kan andra än de av entreprenören direkt berörda arbetstagarna drabbas genom turordningsbestämmelserna i 22 § LAS. Situationen kompliceras även av eventuellt förekommande lokala trygghetsutfästelser eller avtal.

De fackliga organisationernas benägenhet att positivt medverka till konkurrentutsättning av den kommunala egenregin påverkas erfarenhetsmässigt negativt av om inte de aktuella entreprenörerna framstår som goda arbetsgivare.

Debatten

LO och TCO

Landsorganisationen (LO) och Tjänstemännens centralorganisation (TCO) har varit kritiska (juristerna Kurt Junesjö och Ingemar Hamskär) till de begränsningar i rätten för upphandlande enheter att uppställa villkor om lägsta nivå för arbetsvillkor genom av krav om kollektivavtal och dylikt hos en entreprenör som kammarrätternas rättspraxis ger uttryck för. Enligt ovan nämnda dom 1995 från kammarrätten i Stockholm underkändes villkor om kollektivavtal i förfrågningsunderlag och avtal. Detta avgörande kritiserades som felaktigt då det inte beaktar de aktuella EG-direktiven, Romfördraget eller EG-domstolens praxis. Den s.k. Beentjesdomen från 1989 - anbudsgivaren skulle anställa långtidsarbetslösa - (Mål nr C 3/87 1988 ECR s.4635) åberopas därvid som stöd för att det är möjligt att ställa krav i arbetsmarknadspolitiskt syfte på entreprenörer.

Direktiven om företagsöverlåtelse (77/187/ EEG ändrad genom 98/50/EG) och utstationering av arbetstagare (96/71/ EEG)

behandlar också anställningsvillkor enligt kollektivavtal. Kollektivavtalet skulle alltså vara en naturlig del av EG-rätten och inte att betrakta som någon allmänt diskriminerande faktor. LO och TCO ser istället en fara för social dumping, konkurrens (med sämre anställningsvillkor) från icke kollektivavtalsbundna anbudsgivare, om inte svensk praxis ändras i riktning mot att s.k. sociala klausuler tillåts.

Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet delade inte LO och TCO:s farhågor om social dumping med hänvisning till den vikt som upphandlande enheter fäster vid kvalitetsaspekterna och att kammarrättsdomen är gällande rätt och därför inte kan frångås genom att ställa "skall" krav om kollektivavtal.

Professor Niklas Bruun har i en expertutredning till Upphandlingskommittén (2000-11-15) givit uttryck för inställningen att offentlig myndighet inte kan kräva kollektivavtalsbundenhet av anbudsgivaren. Detta skulle enligt Bruun strida mot arbetsgivarens negativa föreningsrätt och mot EG-rätten.

Häremot invände Junesjö och Hamskär. De menade att krav på kollektivavtal är både rimligt och praktiskt då man genom kollektivavtalstecknandet undviker konfliktåtgärder från den fackliga organisationen som regelmässigt kräver att exempelvis en entreprenör skall teckna kollektivavtal.

Doktrinen

I den juridiska doktrinen har åsikter motsvarande LO och TCO's 1998 framförts i en bok om offentlig upphandling "European Public Contracts in a Labour Law Perspective" av professorerna Kai Kruger, Ruth Nielsen och Niklas Bruun. I vilken mån kan och bör affärsavtal användas som ett instrument för att påverka arbetsförhållanden? Författarna besvarar frågan jakande med i korthet följande argumentation.

De som förordar en restriktiv tolkning av LOU anser att upphandling syftar till att uppfylla ekonomiska mål av strängt affärsmässig natur och att skapa och vidmakthålla konkurrensförhållanden som ger bäst valuta för pengarna.

Författarna (Kruger, Nilsson och Bruun) förordar en tillåtande tolkning. Den innebär att upphandling kan användas för ändamål som rör arbetslivet. Ett restriktivt synsätt skulle enligt dessa sakna starkt stöd i EG-rätten. EG-fördragets artikel 2 och det sociala handlingsprogrammet 1995-97 åberopas som stöd för att det skall vara möjligt för en upphandlande enhet att utnyttja upphandling för att kräva minsta sociala standard eller att vissa arbetsvillkor

tillämpas av leverantör/entreprenör. Detta skulle enligt författarna innebära att de anbudsgivare som inte uppfyller de krävda arbetsklausulerna skulle vara diskvalificerade och därför väljas bort. Synsättet bygger också på att det är omöjligt att trygga ekonomisk tillväxt om man inte samtidigt tar hänsyn till den sociala dimensionen.

Docent Birgitta Nyström har i boken "EU och arbetsrätten, andra upplagan," skrivit att det är osäkert vilket utrymme som finns för socialpolitiska hänsyn vid offentlig upphandling. I avvaktan på utförliga tolkningsdokument från EU-kommissionen och på grund av kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU anser hon att utrymmet för sociala klausuler förefaller inskränkt i den svenska rätten.

De norska HMS-klausulerna.

HMS står i svensk översättning för "miljö- och säkerhetsbestämmelser på arbetsplatserna" och innebär att anbudsgivaren skall dokumentera hur det förhåller sig med exempelvis internkontrollen på den egna arbetsplatsen. På den privata sektorn i Norge förekommer redan HMS-klausuler som ett kvalifikationskrav på leverantörerna. Man har uppmärksammat att Norges motsvarighet till EES-avtal kan lägga EG-rättsliga hinder mot olika former av sociala klausuler som stat och kommun har intresse av att använda för att främja arbetsmarknadspolitiska och motsvarande målsättningar.

Både norska LO och NHO (näringslivets huvudorganisation) har hos den norska regeringen tagit upp och betonat vikten av att den offentliga sektorn i samband med upphandling ställer s.k. HMS-krav för att inte oseriösa entreprenörer som underlåter att följa arbetsmarknadslagstiftningen skall få en konkurrensfördel.

I Norge förekommer också HMS-villkor i olika system för certifiering och säkring av kvalitetsstandard.

Slutsatser och förslag.

I många europeiska länder finns det en vilja att använda den offentliga upphandlingen som ett medel att nå socialpolitiska mål. Att offentlig upphandling skulle vara ett verkningsfullt medel för att få genomslag för socialpolitiska ambitioner förefaller mot bakgrund av de mycket stora belopp som denna representerar som uppenbart. Enligt den ovan nämnda grönboken från kommissionen 1996 och meddelandet från kommissionen av den 11 mars 1998 skall detta vara möjligt under förutsättning att EG-rätten

respekteras. Detta resonemang förutsätter att de åsikter som kommissionen i sina meddelande gett uttryck för är gällande rätt.

Den sociala dimensionen betonas genom Amsterdamsfördraget. EG-domstolen har uttalat att det är möjligt att inom ramen för ett opartiskt och sakligt förfarande ställa vissa sociala krav på samtliga anbudsgivare. Detta är ett uttryck för att EG-rätten är stadd i förändring. Det innebär en öppning mot ett accepterande av socialpolitiska och miljömässiga hänsynstaganden vid offentlig upphandling.

Krav på socialpolitiska hänsyn måste framgå av förfrågningsunderlaget. Vid anbudsprövningen skall anbudet behandlas objektivt och icke-diskriminerande. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas sedan på strikt affärsmässighet grunder.

De invändningar som kan göras mot att upphandlande enheter skall ta hänsyn till annat än rent kommersiella omständigheter vid en anbudsprövning bygger på att det finns en risk för att anbudsgivarna utsätts för godtycke till följd av att kompetens att hantera dessa frågor saknas. Det finns dessutom en risk för att anbudsgivare, trots att de har det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, diskrimineras på grund av ovidkommande krav från den upphandlande enheten. Detta kan också verka kostnadsdrivande.

Vid upphandling av exempelvis driften av ett äldreboende är det faktiskt fråga om en privat driftentreprenad, inte privatisering, då verksamheten fortfarande har kommunen som ansvarig huvudman och bekostas med kommunala skattemedel. Att kommunen i detta fall förutom rena driftfrågor även önskar lägga standarden genom sociala krav är inte ägnat att förvåna. Tvärtom kan sådana krav även vara både kvalitativt och ekonomiskt motiverade. Övertagande av berörd personal kan vara ett sådant krav. Antidiskrimineringsvillkor synes också vara exempel på villkor som bör vara rättsligt godtagbara.

De förslag som kan aktualiseras utifrån denna promemoria är att tillsynsmyndigheten åläggs att bevaka, bedriva opinionsbildning och informera om ur det allmännas synpunkt önskvärda socialpolitiska ambitioner som bör få genomslag i den offentliga upphandlingen, att de s.k. mjuka tjänsterna enligt 6 kap. LOU, som inte omfattas av EG-direktivet om upphandling, skall få en annan ur den upphandlande enhetens synvinkel friare reglering än idag.