

# BYGGJURIDIK



ETT NYHETSBRIV FRÅN **ENTREPRENADAVDELNINGEN** STOCKHOLMS BYGGMÄSTAREFÖRENING

Box 34027, 100 26 Stockholm • 08-587 147 00 • info@stockholmsbf.se • www.stockholmsbf.se

MAJ 2008 • FÖRÄNDRINGAR I LOU

## • Nya LOU från och med 1 januari 2008

Den 1 januari 2008 trädde två nya lagar om upphandling i kraft; lagen (2007:1091) om offentlig upphandling avseende bygg-entreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner och projekttävlingar (klassiska sektorn) och lagen (2007:1092)

om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningssektorn). I detta nyhetsbrev kommer endast LOU dvs den klassiska lagen att kommenteras.

### • Ny struktur

Lagen har 16 kapitel och dispositionen av lagen syftar bland annat till att den skall vara mer användarvänlig. En avsikt finns att dispositionen i lagen skall följa processen i en upphandling. En målsättning med de nya lagarna har varit att regelverket skall förenklas.

Kapitel 15 i nya LOU motsvarar gamla kapitel 6, dvs upphandlingar under tröskelvärdena (cirka 50 000 000 kr för byggentreprenader). Uppskattningsvis genomförs ca 90% av alla upphandlingar

som en förenklad upphandling under tröskelvärdena. Lagstiftaren har således även denna gång valt att placera de bestämmelser som är de i särklass mest använda i det kapitel som ligger nästan längst bak i lagen.

Många av de bestämmelser som är nya i LOU gällde även tidigare enligt praxis från svenska domstolar och bakomliggande EG-rätt. I och med att bestämmelserna nu uttryckligen finns i LOU föreligger i

### • Nya begrepp

Upphandlande enhet benämns numera upphandlande myndighet i den klassiska sektorn. I lagen för försörjningssektorn har dock begreppet upphandlande enhet behållits. Upphandlingsformerna kallas numera förfaranden, sålunda

heter det inte längre öppen eller förenklad upphandling utan öppet förfarande respektive förenklat förfarande. Begreppet direkt upphandling kvarstår dock.



## • Begreppen affärsmässighet och konkurrens ersätts med EG-rättsliga grundprinciper

Portalparagrafen har ersatts med en hänvisning till de grundläggande gemensamhetsrättsliga principerna. Att upphandlingar skall genomföras affärsmässigt och med tillvaratagande av konkurrens är således inte något som anges i LOU längre. I 11 kap 9 § anges numera att upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer likvärdigt och icke-

diskriminerande samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare anges att vid upphandlingar skall principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iaktas. I förarbetena till den nya lagen anges dock att någon skillnad i sak inte är avsedd.

## • Kriterierna för urval av anbudsgivarna måste anges

En nyhet som kan ha viss betydelse för leverantörer är bestämmelserna om urval av anbudsgivare vid selektiv upphandling. Hur urvalet går till av de leverantörer som skall få lämna anbud är något som anbudsgivarna emellanåt står helt frågande inför. Detta torde särskilt gälla den anbudsgivare som vunnit två upphandlingar och i den tredje upphandlingen inte ens blir utvald att få lämna anbud. Enligt 11 kap 3 § LOU skall det anges i

annonsen vilka kriterier eller regler som upphandlande myndighet kommer att tillämpa vid valet av anbudssökande. Vidare skall det lägsta antal anges som kommer att inbjudas och, om högsta antal kommer att inbjudas, detta antal. Detta har tidigare slagits fast i kammarrättsavgöranden varav det framgår att ett förfarande i strid med de angivna principerna skulle vara godtyckligt och strida mot LOU.

## • Rätten att åberopa annans kapacitet

En annan bestämmelse som gällde tidigare enligt praxis men som nu återfinns i LOU är anbudsgivares rätt att åberopa annans kapacitet. Denna bestämmelse återfinns 11 kap 12 § LOU. Bestämmelsen avser ekonomisk, teknisk och yrkesmässig kapacitet. Leverantören skall genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet skall

fullgöras. Ett mimimikrav härvid är att åtagandet visar att leverantören har rätt att förfoga över de resurser som åberopas. Som lagtexten är utformad torde det vara ett formellt fel av en upphandlande myndighet att anta ett anbud i vilken annans kapacitet åberopas om utfästelse eller åtagande saknas. Det är således av största vikt att anbudsgivarna bifogar en utfästelse eller ett åtagande med anbudet om annans kapacitet åberopas.

## • Viktning av utvärderingskriterierna krävs

I 12 kap 2 § LOU anges nu uttryckligen att utvärderingskriterierna skall viktas vid bedömningen av vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga. Endast om det enligt den upphandlande

myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, skall dessa anges i fallande prioritetsordning.

---

## • Anbudens giltighet

Enligt 9 kap 11 § LOU skall det anges i förfrågningsunderlaget hur länge anbudsgivaren skall vara bunden av sitt anbud. Någon bestämmelse om anbudens giltighetstid fanns inte tidigare och denna fråga har uppmärksammats på senare tid.

Dels är det direkt olämpligt att låta anbudsgivarna vara bundna på obestämd tid, dels har detta kommit att få betydelse vid överprövning av upphandlingar.

---

## • Alternativa anbud

Enligt 9 kap 11 § LOU anges att om anbud med alternativa utföranden tillåts skall i förfrågningsunderlaget anges vilka minimikrav som gäller för sådana anbud och de särskilda villkor som gäller för hur de skall presenteras. Denna bestämmelse torde ha en viss betydelse såtillvida

att en anledning att alternativa anbud sällan tillåts är att alternativa anbud är svåra att utvärdera eftersom upphandlande myndigheter många gånger upplever att det kan vara svårt att göra anbuden jämförbara på ett rättvisande sätt.

## • Nya regler om ramavtal

Den största förändringen torde vara de nya reglerna om ramavtal i 5 kap LOU. Bestämmelserna i 5 kap avser upphandlingar både över och under tröskelvärdet. Det finns tre slags ramavtal och punkterna 1 och 2 är i huvudsak enligt den ordning som tillämpats tidigare. Nytt är dock punkten 3 dvs ramavtal som inte är fullständiga med flera leverantörer med ny konkurrensutsättning.

### **1. Ramavtal som tilldelas en enda leverantör:**

Vid tilldelning av kontrakt till en leverantör skall samtliga villkor vara fastställda i ramavtalet. Komplettering och samråd får ske med leverantören. Vad gäller förfarandet i denna synes avsikten vara att detta skall ske skriftligt. Samtliga villkor skall vara fastställda i ramavtalet. Tilldelning av kontrakt på grund av ramavtalet utgör således avrop.

### **2. Ramavtal med flera leverantörer**

Även vid tilldelning av kontrakt avseende ramavtal med flera leverantörer skall samtliga villkor vara fastställda. Tilldelning i enlighet med avtalet utgör ”avrop”. Rangordning/ fördelningsnyckel vid avrop

krävs. Avropen får således inte ske godtyckligt. I propositionen anges dock att det finns möjligheter för upphandlande myndigheter att ha fördelningsnycklar som passar den särskilda verksamheten och om särskilda skäl föreligger frångå rangordningen.

### **3. Ramavtal som inte är fullständiga med flera leverantörer med ny konkurrensutsättning.**

Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, skall parterna inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. I propositionen anges att dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. Tre exempel på sådan precisering anges i propositionen; prisreduktion vid inköp av viss volym, uppgift om vilka konsulter som är tillgängliga vid ett visst givet tillfälle eller leveranstid vid en särskilt brådskande beställning. Detta är helt nytt i LOU och var tidigare inte möjligt.

---

## • Uteslutning av leverantör vid viss ekonomisk brottslighet

I 10 kap 1 § LOU föreskrivs att en leverantör skall uteslutas från att delta i upphandlingen om den upphandlande myndigheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för något av de brott som därefter räknas upp i bestämmelsen. I förteckningen över brotten görs hänvisningar till de EU-rättsakter i vilka brotten närmare beskrivs

och definieras. Formuleringen ”får kännedom” understryker den viktiga omständigheten att den upphandlande myndigheten endast skall utesluta leverantören om den får faktisk kännedom om brottsligheten. Misstanke om brott är inte tillräckligt för ett beslut om uteslutning. Någon skyldighet att utan anledning utreda om brott begåtts föreligger som utgångspunkt inte.