

Kommunala kompetensutredningen
Regeringsgatan 30-32
103 33 Stockholm

Uppdrag rörande lagen (1992:1528) om offentlig upphandling och kommunal samverkan

Bakgrund

Kommunala kompetensutredningen har givit Nämnden för offentlig upphandling (NOU) i uppdrag att sammanställa ett underlag kring vissa undantag som anges i den svenska lagstiftningen om offentlig upphandling och de bakomliggande direktiven om offentlig upphandling. Utredningen vill framför allt få utrett utrymmet för kommunala samverkansavtal inom ramen för lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. Resultatet av uppdraget presenteras i denna rapport.

Utredningen konstaterar att lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) ofta blir tillämplig när kommuner eller landsting inom ramen för t.ex. avtal säljer tjänster till varandra. Utredningen anser att det behövs en rättslig utredning kring de undantag som anges i den svenska lagstiftningen om offentlig upphandling och de bakomliggande direktiven (om offentlig upphandling) för att få ökad klarhet kring behovet av upphandling av tjänster i samband med kommunal samverkan.

Uppdraget

NOU ska

- 1) redogöra för utrymmet för *kommunala samverkansavtal* inom ramen för bestämmelserna i
 - 4 kap. LOU om upphandling inom försörjningssektorerna,
 - 5 kap. 2 § LOU om upphandling av tjänster från annan upphandlande enhet som har ensamrätt samt dess motsvarighet i upphandlingsdirektiven,
 - 5 kap. 17 § första punkten LOU om förhandlad upphandling utan annonsering om tjänsterna på grund av ensamrätt kan utföras av endast en viss leverantör, samt
 - 6 kap. 2 § LOU om direktupphandling.

- 2) beskriva eventuella andra undantagsmöjligheter som bedöms relevanta för att möjliggöra kommunala samverkansavtal.
- 3) belysa huruvida upphandlingsbestämmelserna omfattar *gemensam nämnd* och *kommunalförbund*.
- 4) sammanställa praxis från EG-domstolen (och i förekommande fall Regeringsrätten) rörande kommuners och landstings *upphandling från egna bolag*.

Uppdraget p. 1-3 ska huvudsakligen genomföras genom sammanställning av relevant befintligt material som tagits fram i NOU:s verksamhet samt genom problemformuleringar rörande frågeställningarna.

Uppdragets genomförande

Rapporten är baserad på sammanställningar av NOU:s tidigare publicerade material, d.v.s. ärenden som beslutats av NOU:s nämnd eller enbart dess kansli samt information som lämnats i nyhetsbrevet NOU info som framställs av NOU:s kansli. Utöver detta lämnas vissa problemformuleringar. Dessa markeras genom att de är *skrivna med kursiv text*. Vid genomgång av NOU:s tidigare publicerade material kan konstateras att Kommunala kompetensutredningens frågeställningar inte i någon större omfattning har behandlats av NOU. Hänvisningar till förarbeten och Upphandlingsutredningens förslag till ny lagstiftning samt i viss mån den EG-rättsliga utvecklingen har därför redovisats för att ge en grundläggande inblick i frågeställningarna.

Innehåll

Bakgrund.....	1
Uppdraget.....	1
Uppdragets genomförande	2
Innehåll	3
1. Redogörelse för utrymmet för <i>kommunala samverkansavtal</i> inom ramen för vissa bestämmelser i LOU	5
1.1 Om begreppet samverkansavtal	5
1.1.1 Regeringsrättens dom RÅ 2006 ref 26.....	5
1.2 4 kap. LOU om upphandling inom försörjningssektorerna	7
1.3 5 kap. 2 § LOU om upphandling av tjänster från annan upphandlande enhet som har ensamrätt samt dess motsvarighet i upphandlingsdirektiven.....	7
1.4 5 kap. 17 § första stycket första punkten LOU om förhandlad upphandling utan annonsering om tjänsterna på grund av ensamrätt kan utföras av endast en viss leverantör	9
1.5 6 kap. 2 § LOU om direktupphandling	9
2. Eventuella andra undantagsmöjligheter som kan vara relevanta för att möjliggöra kommunala samverkansavtal	12
2.1 Upphandlingsutredningen om kommunal samverkan	12
2.2 Upphandlingsutredningen om Inköpscentraler	12
2.3 Pågående förändringar inom EU.....	13
3. Huruvida upphandlingsbestämmelserna omfattar <i>gemensam nämnd</i> och <i>kommunalförbund</i>	15
3.1 Gemensam nämnd.....	15
3.2 kommunalförbund.....	18
4. Sammanställning av praxis från EG-domstolen och Regeringsrätten rörande kommuners och landstings upphandling från egna bolag.....	19
4.1 EG-domstolens praxis.....	19
4.2 Regeringsrättens praxis.....	38

Bilagor.....

1. Rapport Regeringsuppdrag att utreda kommuners och landstings
möjligheter enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och
gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna företag m.m., dnr
1997/0165-29, sid. 31-33
2. Karlskoga kommuns köp av tjänster från kommunalförbund dnr
2006/0100-26

1. Redogörelse för utrymmet för *kommunala samverkansavtal* inom ramen för vissa bestämmelser i LOU

1.1 *Om begreppet samverkansavtal*

NOU har bl.a. i remissyttranden¹ uttryckt en uppfattning, ”att det kan förefalla motstridigt att samverkansavtal ges en legaldefinition av ’avtal’ samtidigt som det inte anges att det omfattas av LOU. Det kan således inte anses uteslutet att ett samverkansavtal skulle kunna falla inom definitionen av ett upphandlingskontrakt. EG-domstolen har konstaterat att det ankommer på den nationella domstolen att avgöra vad som är ett avtal.² Emellertid följer det av EG-domstolens avgörande i Scala-målet³ att alla avtal som omfattas av gemenskapsrättens tillämpningsområde skall upphandlas, även om de i den nationella rätten kategoriseras på annat sätt. Det är inte beteckningen i sig som är viktig utan innebörden i funktionella termer. Avgörande i avseendet om LOU är tillämplig eller inte är således om den aktuella situationen avser tilldelning av kontrakt med motprestation eller om det är en bidragssituation/anslutning till en lagstadgad taxeersättning. Bidrag, gåvor och liknande transaktioner utan krav på motprestation är undantagna den direkta tillämpningen av LOU. En anslutning till taxeersättning som innebär att alla villkor är fastställda samt att ingen motprestation åligger kommunerna anses inte vara tilldelning av kontrakt enligt LOU. Istället är det reglerna om statsstöd som blir tillämpliga på en sådan situation.”

1.1.1 *Regeringsrättens dom RÅ 2006 ref 26*

NOU har i NOU info -06 sid. 7 refererat en dom från Regeringsrätten⁴ i vilken domstolen konstaterade att samverkansavtal som sluts i enlighet med bestämmelserna i lagen om ersättning för sjukgymnastik (LOS) inte behöver upphandlas enligt LOU. NOU skrev följande. ”Enligt Regeringsrätten utgör således ett sådant samverkansavtal inte köp av tjänster som omfattas av bestämmelserna i LOU. Före år 1995 hade alla sjukgymnaster som uppfyllde vissa behörighets- och kompetenskrav rätt till offentlig finansiering av sin verksamhet utan att det krävdes något godkännande från landstingets sida. År 1995 infördes krav på att de sjukgymnaster som skulle erhålla offentlig

¹ Remissyttrande över betänkandet Mottagandet av barn från annat land som kommer till Sverige utan medföljande legal vårdnadshavare (s.k. ensamkommande barn) (Ds 2004:54), dnr 2005/0004-22. För ett liknande resonemang se NOU:s synpunkter angående betänkandet Upphandling av hälso- och sjukvård (SOU 1999:149), dnr 2000/0193-29.

² EG-domstolens dom den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal Srl mot Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia. Domstolen anger att det enligt direktivet är tillräckligt att konstatera att ett avtal slutits mellan den upphandlande enheten och en i förhållande till denna juridiskt fristående person. Se vidare referat på sid. 21 f. i denna rapport.

³ EG-domstolens dom C-399/98 Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi.

⁴ RÅ 2006 ref 26.

finansiering för sin verksamhet skulle ingå ett samverkansavtal med landstinget. Bestämmelserna om detta återfinns i LOS, samt i förordningen om ersättning för sjukgymnastik, FOS. Syftet med kravet på ett samverkansavtal var att hejda etableringen av sjukgymnaster med offentlig finansiering och att ge landstingen bättre kontroll över kostnaderna.

Frågan i målet var om de samverkansavtal som Västra Götalandsregionen (Regionen) hade träffat med tre sjukgymnaster innefattade köp av tjänster som skulle upphandlas enligt bestämmelserna i LOU.

Regeringsrätten konstaterade att ett samverkansavtal enligt LOS innebär att sjukgymnasten får rätt till offentlig finansiering av sin verksamhet enligt de grunder och på de villkor som framgår av LOS och FOS. Samverkansavtalets innehåll regleras av lagen och förordningen och det finns inget utrymme för parterna att avtala om andra villkor. Enligt regeringsrätten får samverkansavtalet därmed, namnet till trots, ses som ett beslut av landstinget att ansluta en enskild sjukgymnast till det system för offentlig finansiering som regleras i LOS och FOS och inte som ett avtal om köp av tjänster från sjukgymnasten.

De samverkansavtal som Regionen i enlighet med LOS hade träffat med sjukgymnasterna innefattade således enligt Regeringsrättens mening inte köp av tjänster som skall upphandlas enligt bestämmelserna i LOU. Regeringsrätten biföll därför överklagandet av kammarrättens tidigare dom.”

NOU lämnade följande kommentar till den refererade domen.

”Underinstanserna ansåg att Regionen inte förmått visa att den slutit ett avtal som inte omfattats av LOU. Regeringsrätten slår fast att ett avtal som slutits i enlighet med LOS och som innebär att sjukgymnasten får rätt till offentlig finansiering av sin verksamhet inte är ett upphandlingskontrakt. Av domen kan dock inte utläsas om Regeringsrätten gjort någon bedömning av de faktiska omständigheterna i målet, dvs. huruvida Regionen i det aktuella fallet verkligen slutit ett kontrakt i enlighet med LOS och därmed endast beviljat ett tillstånd om anslutning till offentlig finansiering. NOU vill därför påminna om EG-domstolens dom i mål C-399/98, Scala, REG 2001, sid. I-5409, som får tolkas så att det inte spelar någon roll hur ett kontrakt kallas i den nationella rätten, utan vad det verkligen reglerar.”

Ovanstående kan tala för att, vid eventuell lagstiftning om kommunala samverkansformer som inte anses omfattas av LOU, benämna detta som något annat än samverkansavtal.

1.2 *4 kap. LOU om upphandling inom försörjningssektorerna*

Kommuner och landsting omfattas av 4 kap. LOU då de bedriver verksamhet inom vatten-, energi- och transportområdena. I NOU:s verksamhet har mycket lite skrivits om sådant som särskilt berör utrymmet för kommunala samverkansavtal enligt 4 kap. LOU.

En frågeställning som NOU dock yttrat sig över är undantagsmöjligheten att inte behöva tillämpa 4 kap. vid köp från anknutna företag. NOU har därvid anfört att ”i 4 kap. 4 a § LOU som rör upphandling av tjänster inom försörjningssektorerna, regleras i vilka fall upphandling från *anknutna företag* är undantagna från LOU. Bestämmelserna är emellertid inte tillämpliga vid upphandling som görs av en kommun eftersom undantagen endast avser upphandling som görs av företag som är upphandlande enheter. (Något motsvarande undantag finns inte i varu- och tjänstedirektiven.)”⁵

I det nya försörjningsdirektivet 2004/17 finns bestämmelserna om anknutna företag i art. 23. I Upphandlingsutredningens delbetänkande⁶ behandlas undantaget på sid. 445-448.

För försörjningssektorerna gäller undantag på grund av ensamrätt motsvarande den i 5 kap 2 § LOU (som genom 5 kap. 1 § 1 st. 2 men. är tillämplig vid upphandling som avses i 4 kap, i det nya försörjningsdirektivet finns motsvarande bestämmelse i art. 25) och 5 kap. 17 § (4 kap. 16 § 2 st. p. 3, i det nya försörjningsdirektivet finns motsvarande bestämmelse i art 40.3 c).

1.3 *5 kap. 2 § LOU om upphandling av tjänster från annan upphandlande enhet som har ensamrätt samt dess motsvarighet i upphandlingsdirektiven*

Enligt 5 kap. 2 § LOU skall bestämmelserna i detta kapitel inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt att utföra tjänsten.⁷

I svensk praxis har den aktuella undantagsmöjligheten bedömts i målet RÅ 2000 ref 60. Målet är refererat i rapporten nedan under rubriken 4.2. Någon ensamrätt ansågs inte föreligga.

⁵ Rapport Regeringsuppdrag att utreda kommuners och landstings möjligheter enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna företag m.m., dnr 1997/0165-29, sid. 15.

⁶ Upphandlingsutredningens delbetänkande ”Nya upphandlingsregler”, SOU 2005:22.

⁷ En bestämmelse med motsvarande innehåll finns i det nya klassiska direktivet 2004/18 art. 18. I Upphandlingsutredningens delbetänkande ”Nya upphandlingsregler”, SOU 2005:22, sid. 246 anges att den av utredningen förslagna paragrafen motsvarar 5kap. 2 § LOU.

Från EG-domstolen finns några mål där frågan om den lagstadgade ensamrätten varit aktuell, se t.ex. *Kommissionen mot Italien*, om ensamrättens bristande förenlighet med fördraget och *Arnhem mot BFI Holding*, om den nationella domstolens bedömning av ensamrätt. Målen är refererade i rapporten nedan under rubriken 4.1.

I det nya klassiska direktivet anges i art. 18, som gäller undantag för tjänstekontrakt som tilldelas på grundval av en ensamrätt anges att detta direktiv skall inte tillämpas på offentliga tjänstekontrakt som av en upphandlande myndighet tilldelas en annan upphandlande myndighet eller en sammanslutning av upphandlande myndigheter på grundval av en ensamrätt som dessa innehar enligt offentliggjorda lagar (*published law*) eller andra författningar (*regulation or administrative provision*) som är förenliga med fördraget.

Den engelska språkversionen i kursiverad stil är något utvidgad i förhållande till den svenska språkversionen i denna del genom att "administrative provision" anges.

NOU har i Rapport om köp från egna företag⁸ behandlat undantagsmöjligheten på grund av lag eller annan författning. Bl.a. anfördes följande med hänvisning till ett möte med tjänstemän på EG-kommissionens generaldirektorat för inre marknad och en diskussion om förutsättningarna för när undantagsmöjligheten skulle kunna anses uppfyllda. "Monopolet/rättigheten som grundar ensamrätten måste vara klart definierad av en därtill kompetent myndighet eller kommun och framgå av lokal lag eller likvärdig handling. Därefter måste den publiceras på något sätt. Vid mötet framkom att publiceringskravet inte anses uppfyllt genom att ange att ett beslut har tagits, utan hela beslutet dvs. hela förordningen/stadgan/lagen måste publiceras. Vidare angavs att detta borde ske i en för detta ändamål särskild avsedd författningssamling."

Det kan ifrågasättas om inte ett kommunalt beslut som tillkommit i laga ordning och som publicerats i enlighet med kommunallagen uppfyller kraven på publicering enligt direktiven och LOU.

Undantagsmöjligheten på grund av ensamrätt redovisades även i ett eget avsnitt i Rapport om köp från egna företag, sid. 31-33. Detta avsnitt, Undantag på grund av ensamrätt, bifogas som bilaga 1 till denna rapport. Två stycken i avsnittet som inte längre kan anses som relevanta är strukna.

⁸ Rapport Regeringsuppdrag att utreda kommuners och landstings möjligheter enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna företag m.m., dnr 1997/0165-29, sid. 19-20. (I fortsättningen "Rapport om köp från egna företag").

1.4 *5 kap. 17 § första stycket första punkten LOU om förhandlad upphandling utan annonsering om tjänsterna på grund av ensamrätt kan utföras av endast en viss leverantör*

Av 5 kap 17 § 1 st. p. 1 LOU framgår att förhandlad upphandling får användas utan föregående annonsering om tjänsterna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan utföras av endast en viss leverantör.⁹ I NOU:s verksamhet har endast lite skrivits som särskilt berör utrymmet för kommunala samverkansavtal enligt 5 kap.17 § 1 st. 1 p. LOU.

Av förarbetena framgår att ensamrätten innebär att leverantören i praktiken är den enda som kan utföra beställningen.¹⁰

I svensk praxis har den aktuella undantagsmöjligheten bedömts i det s.k. Ryanair-målet, RÅ 2005 ref 10. Regeringsrätten yttrade att "[b]estämmelsen utgör ett undantag från huvudregeln i samma kapitel om att tjänsteupphandling skall ske genom öppen eller selektiv upphandling och skall tillämpas restriktivt. Kommunen har emellertid inte visat att det förelegat ensamrätt i den mening som avses i undantagsbestämmelsen. Det har därför - som underinstanserna anfört - inte varit möjligt för kommunen att använda förhandlad upphandling utan föregående annonsering på grund av ensamrätt."

NOU som lämnade yttrande till Länsrätten i Ryanair-målet angav då att "reglerna om förhandlad upphandling utan annonsering utgör ett undantag och att möjligheterna därtill därför skall tolkas restriktivt. En upphandlande enhet som avser att återropa undantaget skall visa att sådana särskilda omständigheter som gör undantaget befogat verkligen föreligger".¹¹

1.5 *6 kap. 2 § LOU om direktupphandling*

Enligt 6 kap. 2 § skall upphandling göras genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling. Direktupphandling får dock användas om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Enheten skall vid behov fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling. I NOU:s verksamhet har lite skrivits som särskilt berör utrymmet för kommunala samverkansavtal enligt 6 kap. 2 § LOU.

Det finns inget fastställt maximibelopp som anses utgöra lågt värde. Den upphandlande enheten fastställer vanligtvis i interna riktlinjer vilket värde som skall anses utgöra gränsen för lågt värde. Ofta fastställs detta till

⁹ En bestämmelse med motsvarande innehåll finns i det nya klassiska direktivet 2004/18 art. 31.1. I Upphandlingsutredningens delbetänkande "Nya upphandlingsregler", SOU 2005:22, sid. 264 anges att den av dem förslagna paragrafen motsvarar 5kap.17 § 1 st. p 1.

¹⁰ Prop. 1992/93:88, "Om offentlig upphandling", sid. 77 och 99.

¹¹ NOU:s yttrande till Länsrätten i Södermanlands län i mål angående avtal mellan Nyköpings kommun och Ryanair, dnr 2003/0234-29.

någonstans mellan två och fem prisbasbelopp. NOU har erfårit variationer ner till ett och upp till åtta prisbasbelopp.

Synnerliga skäl är den andra förutsättningen som kan ligga till grund för direktupphandling. Regeln är ”avsedd främst för sådana oförutsedda händelser som inte den upphandlande enheten själ kunnat råda över”¹². Vid den senaste ändringen av 6 kap. 2 § gjordes i förarbetena¹³ vissa uttalanden om socialtjänster, hälso- och sjukvårdstjänster som kan vara av intresse för denna rapport och som NOU lämnade följande kommentar till i NOU info juni -02 sid. 7.

”I propositionen nämns vidare att vissa hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänster bör kunna direktupphandlas. Det är främst sådana tjänster där relationen mellan vårdgivare och vård- eller omsorgstagare skulle störas och vården eller omsorgen därmed försämras eller sådana situationer där det endast finns ett möjligt vård- och boendialternativ på grund av vårdbehov eller anhöriganknytning. I de fall där patientens fria val av vårdgivare omöjliggör upphandling enligt reglerna för förenklad upphandling eller urvalsupphandling kan det finnas grund för direktupphandling.”

Undantagsmöjligheten för direktupphandling av hälso- och sjukvårdstjänster har kommenterats av NOU¹⁴ med anledning av en skrivelse i vilken två anhöriga klagade på att en upphandlande enhet gjort en sådan direktupphandling. De anhöriga hade uppgivit att patienterna inte ville ha den leverantör som den upphandlande enheten hade för avsikt att direktupphandla. NOU anförde att ”tillämpningen av LOU i detta fall svårligen kan anses överensstämma med lagstiftarens avsikt. NOU anser att ett undantag på grund av synnerliga skäl, för vilket den upphandlande enheten har bevisbördan, inte skall kunna åberopas i situationer där den som vården är avsedd för, direkt eller genom ombud, motsätter sig den föreslagna vården och anser att ett byte av leverantör bättre hade tillgodosett hans behov.”

I Upphandlingsutredningens slutbetänkande redogör utredningen för att den övervägt en annan formulering nämligen särskilda skäl. Sådana särskilda skäl skulle bl.a. kunna vara att kommuner och landsting samverkar inom ramen för den kommunala kompetensen. Upphandlingsutredningen föreslår dock att den nuvarande skrivningen med synnerliga skäl behålls.¹⁵ I lagrådsremissens förslag till ny lag om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster 15 kap. 3 § 2 st. föreslås begreppet synnerliga skäl bestå.¹⁶

¹² Prop. 2001/02:142, ”Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.”, sid. 99.

¹³ Prop. 2001/02:142, ”Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.”, sid. 46-50, 99.

¹⁴ NOU info december -03 sid. 19-20.

¹⁵ Upphandlingsutredningens slutbetänkande ”Nya upphandlingsregler 2”, SOU 2006:28, sid. 250-252.

¹⁶ Lagrådsremissen ”Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster”, sid. 47.

*I 6 kap. 2 b § p 3 finns en bestämmelse med liknande innehåll som 5 kap. 2 §
och 5 kap. 17 § 1 st. p. 1.*

2. Eventuella andra undantagsmöjligheter som kan vara relevanta för att möjliggöra kommunala samverkansavtal

NOU har inte yttrat sig om andra undantagsmöjligheter inom ramen för LOU vars särskilda omständigheter kan möjliggöra kommunala samverkansavtal. Några andra uttalanden och problemformuleringar kan dock vara intressanta i sammanhanget.

2.1 *Upphandlingsutredningen om kommunal samverkan*

Vid arbetet med införlivningen av det nya försörjningsdirektivet 2004/17 och det nya klassiska direktivet/18/EG fick Upphandlingsutredningen i uppdrag att analysera möjligheterna för kommuner och/eller landsting att samarbeta om administrativa stödfunktioner utan föregående upphandling.¹⁷ Utredningens slutsats blev ”att det inte finns någon möjlighet att underlåta att tillämpa bestämmelserna i lagarna om upphandling vid transaktioner mellan kommuner inbördes¹⁸ eller mellan en kommun och en av kommunen tillsammans med annan ägd juridisk person, oavsett om värdet av transaktionen uppgår till eller understiger tröskelvärdet. I den utsträckning det är möjligt att tillämpa bestämmelserna om direktupphandling gäller denna möjlighet även vid transaktioner som nu nämnts.”¹⁹

2.2 *Upphandlingsutredningen om Inköpscentraler*

Upphandlingsutredningen har skrivit om inköpscentraler i såväl delbetänkandet som slutbetänkandet.²⁰ ”Utredningen tolkar EG-direktiven så att en inköpscentral kan antingen anskaffa varor eller tjänster för överlåtelse till en upphandlande myndighet/enhet eller som ombud för en upphandlande myndighet/enhet anskaffa byggentreprenader, varor eller tjänster eller ingå ramavtal.”²¹

I skrivande stund är det oklart om inköpscentraler kommer att införas i svensk lagstiftning. Om inköpscentraler införs kan det därigenom öppnas vissa möjligheter för kommunal samverkan inom ramen för sådana inköpscentraler.

¹⁷ Upphandlingsutredningens slutbetänkande ”Nya upphandlingsregler 2”, SOU 2006:28, sid. 259-265.

¹⁸ Som framgått är det dock tveksamt om det ligger inom den kommunala kompetensen att lämna anbud i en annan kommuns upphandling.

¹⁹ Upphandlingsutredningens slutbetänkande ”Nya upphandlingsregler 2”, SOU 2006:28, sid. 264.

²⁰ Upphandlingsutredningens delbetänkande ”Nya upphandlingsregler”, SOU 2005:22, sid. 283-284 och 483-484. Upphandlingsutredningens slutbetänkande ”Nya upphandlingsregler 2”, SOU 2006:28, sid. 20-22 och 159-172.

²¹ Upphandlingsutredningens slutbetänkande ”Nya upphandlingsregler 2”, SOU 2006:28, sid. 21.

Kommunen eller landstinget skulle då - direkt utan upphandling - kunna uppdra åt inköpscentralen (exempelvis en annan kommun eller ett landsting) att genomföra upphandlingar för denne. Frågan om införande av inköpscentraler hanteras nu av lagstiftaren.

2.3 Pågående förändringar inom EU

Pågående förändringsarbete inom EU kan på sikt öppna upp för nya möjligheter till kommunala samverkansavtal. I detta avseende kan bl.a. nedanstående vara av intresse.

EG-kommissionen har i ett meddelande om offentlig-privata partnerskap (OPP), offentlig upphandling och koncessioner²² konstaterat att ett förtydligande är nödvändigt för att fastställa i vilken utsträckning EG:s lagstiftning är tillämplig på tilldelningen av uppdrag till offentliga organ och vilka samarbetsformer som inte omfattas av bestämmelserna för den inre marknaden. Kommissionen hänvisade till EG-domstolens dom i målet *kommissionen mot Spanien*²³ som den anser klargjorde att förbindelser mellan offentliga myndigheter, deras organ och, rent allmänt, icke-kommersiella offentlighetsrättsliga enheter inte på förhand kan anses falla utanför lagstiftningen om offentlig upphandling. Kommissionen föreslog att ytterligare klargöranden i denna fråga skulle lämnas i ett tolkningsmeddelande om institutionella OPP.

Europaparlamentet har därefter i en resolution uttryckt sin syn på frågan om samarbete mellan offentliga myndigheter.²⁴ Bl.a. framgår:

- att Europaparlamentet delar den inställning som EG-domstolen ger uttryck för i sin dom i målet *Kommissionen mot Spanien* nämligen att samarbetsavtal som ingås mellan offentliga myndigheter inte kan undantas från bestämmelserna om upphandling genom en rättslig form i nationell lagstiftning.
- att de rättsliga bestämmelserna om upphandling inte skall betraktas som relevanta för samarbete mellan offentliga myndigheter
 - om det rör sig om samarbete mellan kommunala myndigheter,
 - om de uppgifter som dessa kommunala myndigheter har tilldelats antingen skall betraktas som en uppgift som gäller en omstrukturering av förvaltningen eller då den berörda lokala myndigheten utövar en kontroll över företaget som är likvärdig med den som den utövar på sina egna avdelningar, och
 - om aktiviteterna huvudsakligen utförs för den berörda lokala myndigheten.

²² Kommissionens meddelande den 15 november 2005 om offentlig-privata partnerskap och EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner KOM (2005) 569, sid. 11.

²³ C-84/03 Kommissionen mot Spanien. Se vidare referat på sid. 26 f. i denna rapport.

²⁴ Europaparlamentets resolution den 26 oktober 2006 om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner (2006/2043(INI)), p. 42-48.

- att de rättsliga bestämmelserna om upphandling inte skall tillämpas i sådana fall där offentliga myndigheter inom sitt verksamhetsområde avser att utföra uppgifter tillsammans med andra offentliga myndigheter som en administrativ omorganiseringsåtgärd, utan att erbjuda andra parter på den öppna marknaden att tillhandahålla de berörda tjänsterna.

Det av EG-kommissionen tilltänkta tolkningsmeddelandet om institutionella OPP kan ge viss ny vägledning om möjligheterna till kommunal samverkan. Enligt uppgift från medarbetare vid EG-kommissionen kan tolkningsmeddelandet förväntas komma under hösten 2007.

3. Huruvida upphandlingsbestämmelserna omfattar gemensam nämnd och kommunalförbund.

Gemensamma nämnder och kommunförbund är enligt 1 kap. 5 § LOU upphandlande enheter. I den mån anskaffning av tjänster skall göras för dessa organisationers behov skall upphandlingsbestämmelserna tillämpas. Nedan redovisas vilka regler som gäller när kommuner och landsting skall tilldela avtal till gemensamma nämnder och kommunalförbund om tjänster som dessa ska utföra för kommunen eller landstinget.

3.1 Gemensam nämnd

NOU har uttalat att "[m]ånga upphandlande enheter bedriver verksamhet i egen regi utan att leverantörer på den öppna marknaden ges tillfälle att konkurrera. Sådana leveranser av varor och tjänster *inom en och samma juridiska person* anses inte som en upphandling och regleras därför inte av LOU. Det tillhör heller inte NOU:s uppgifter att ha synpunkter på huruvida egenregiverksamhet konkurrensutsätts eller inte."²⁵

NOU har vidare konstaterat²⁶ att varken LOU eller direktiven är tillämpliga vid anskaffning internt inom en kommun. När en enhet inom kommunen utför verksamhet på uppdrag av en annan enhet inom samma kommun behöver uppdraget inte föregås av upphandling enligt LOU eller direktiven. En enhet inom kommunen som tillhör samma juridiska person som kommunen är inte att betrakta som en leverantör i LOU:s eller direktivens mening (fysisk eller juridisk person). Något avtal i juridisk mening kan inte ingås mellan enheter inom en kommun.

Mot bakgrund av NOU:s ovan redovisade yttranden är nedanstående uttalande i förarbetena till kommunallagen av särskilt intresse för bedömningen av upphandlingslagstiftningens tillämplighet då kommuner eller landsting vill få tjänster utförda av en gemensam nämnd.

"En gemensam nämnd skall inte vara en egen juridisk person utan skall formellt tillsättas av och ingå i en av de samverkande kommunernas eller landstingens organisation."/---/ "Den gemensamma nämnden är en egen myndighet liksom övriga nämnder. Inrättandet av en gemensam nämnd innebär inte att en ny juridisk person tillskapas. Detta är en väsentlig skillnad i förhållande till vad som gäller för kommunalförbund. Den gemensamma nämnden blir i stället att se som en företrädare för alla de samverkande

²⁵ NOU info 93-95 sid. 13 f.

²⁶ Rapport om köp från egna företag sid. 23. NOU bekräftade denna åsikt i Rapport om LOU:s tillämplighet vid sponsring av varor och tjänster till statliga myndigheter dnr 2003/0039-28, sid. 9.

huvudmännen. En gemensam nämnd kan inte fatta beslut, ingå avtal eller anställa personal i eget namn. Beslut fattas formellt av den kommun eller det landsting som tillsatt nämnden. Avtal träffas dock på samtliga huvudmäns vägnar och personalen måste formellt vara anställd av någon av huvudmännen. I vissa fall måste avtal godkännas av respektive fullmäktige. /---/En gemensam nämnd företräder samtliga huvudmän och ingår avtal för deras räkning. Det är alltså de samverkande kommunerna och landstingen - och inte den gemensamma nämnden - som gentemot externa avtalsparter är ansvariga för att avtal följs m.m. Om någon utomstående vill rikta civilrättsliga krav på grund av ett avtal som ingåtts mellan honom och de samverkande kommunerna eller landstingen är det dessa, och inte den gemensamma nämnden, som är motparter.”²⁷

NOU har i ett yttrande till Högsta domstolen utvecklat sin syn på gränsdragning mellan upphandling och utförande av uppdrag i egen regi.²⁸

NOU noterade att Högsta domstolen i två domar²⁹ konstaterat, att LOU måste anses vila på principen att det inte är fråga om upphandling när en enhet väljer att själv utföra en tjänst, s.k. egenregiverksamhet. Högsta domstolen uttalade därvid att det ”[i] skilda sammanhang efter lagens tillkomst har antagits att det med hänsyn härtill inte innebär upphandling i lagens mening, om en enhet beställer varor eller tjänster från en annan enhet som ingår i samma juridiska person (se t ex SOU 1999:139 s 71). Huruvida ett sådant antagande i alla lägen är hållbart kan vara föremål för diskussion. När det gäller offentlig verksamhet kan stundom även avtal träffade inom samma juridiska person tänkas ha viss civilrättslig betydelse. Det kan i andra fall tänkas att enheterna är så fristående i förhållande till varandra att ett köp eller någon liknande transaktion dem emellan inte rimligen kan karakteriseras som ett uttryck för egenregiverksamhet utan bör falla in under upphandlingsbegreppet.”

NOU anförde vidare att ” [d]et beskrivna synsättet skulle kunna tänkas vara tillämpligt då det är fråga om tilldelning av upphandlingskontrakt mellan enheter, som är att betrakta som olika upphandlande enheter inom samma juridiska person. Avgörande för om en transaktion är att betrakta som offentlig upphandling torde vara huruvida tjänstens tillhandahållande eller varuleveransen förutsätter en civilrättslig avtalsreglering. Något behov att sluta ett kontrakt med en utomstående uppkommer inte om leveranserna kan tillförsäkras genom överenskommelse med egen regiverksamhet eller sådant organ som på grund av sin anknytning till beställaren de facto kan jämföras med egen regi.

EG-domstolen har beträffande varudirektivets tillämpningsområde uttalat att ’... detta direktiv är tillämpligt när en upphandlande myndighet, såsom en lokal myndighet, avser att skriftligen ingå ett oneröst avtal om leverans av

²⁷ Prop. 1996/97:105, Kommunal samverkan, sid. 36-38.

²⁸ NOU:s yttrande i Högsta domstolens mål nr T 1289-03, dnr 2003/0229-29, sid. 9 f. Högsta domstolen beslutade den 17 augusti 2004 att inte meddela prövningstillstånd i målet.

²⁹ NJA 2001 sid. 3 och dom i mål nr T 1683-99.

varor med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet, oavsett huruvida denna enhet själv är en upphandlande myndighet.³⁰

EG-domstolen har vidare beträffande frågan om möjligheterna för upphandlande enheter att utan föregående upphandling ingå avtal med närstående organ uttalat att den '... medgett ett undantag från att tillämpa direktiven om offentlig upphandling. Undantaget, kallat In House Providing, avser avtal som en tilldelande myndighet ingår med vissa offentliga organ vilka är knutna till denna myndighet. Gränserna för detta undantag har klart och tydligt formulerats i bland annat dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121), punkt 50, och av den 7 december 2000 i mål C-94/99, ARGE Gewässerschutz (REG 2000, s. I-11037), punkt 40. Av dessa domar följer att det, såvida inte annat uttryckligen har angetts, för att utgöra ett offentligt avtal i princip räcker att avtalet har ingåtts mellan en lokal myndighet och en med denna myndighet fristående person. Det kan endast förhålla sig på annat sätt om den lokala myndigheten utövar en kontroll över personen i fråga motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, samtidigt som nämnda person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den.'³¹

Om omständigheterna är sådana att det kan anses vara fråga om upphandling, är den upphandlande enheten som tilldelar kontraktet skyldig att följa inte bara de ovan beskrivna grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, utan även de konkreta bestämmelserna i LOU. Ett anbud från en annan upphandlande enhet inom samma juridiska person skall enligt NOU:s mening behandlas på objektiva grunder i likhet med anbud lämnade av leverantörer som utgör, eller tillhör, en annan leverantör."

Om kommuner eller landsting väljer att upprätta en gemensam nämnd för utförande av vissa uppgifter kan NOU:s resonemang om egenregiverksamhet vara ett stöd vid bedömning av skyldigheten för värdkommunen eller värdlandstinget att följa upphandlingslagstiftningen, eftersom en gemensam nämnd inte utgör en egen juridisk person med beaktande av vad NOU yttrat kring egenregiverksamhet. Om den gemensamma nämndens tjänster utförs åt en kommun som inte är värdkommun är det avseende den kommunens förhållande till den gemensamma nämnden sannolikt nödvändigt att göra en prövning enligt Teckalkriterierna.

³⁰ Mål C-94/99, ARGE Gewässerschutz mot Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, p. 40.

³¹ Mål C-349/97, Konungariket Spanien mot Europeiska gemenskapernas kommission, p. 204.

3.2 *kommunalförbund*

Frågan i vilken mån kommuners och landstings köp från kommunalförbund i vilka de är medlemmar skall föregås av upphandling i enlighet med LOU har utretts i NOU:s ärende dnr 2006/0100-26, Karlskoga kommuns köp av tjänster från kommunalförbund, se bilaga 2.

4. Sammanställning av praxis från EG-domstolen och Regeringsrätten rörande kommuners och landstings upphandling från egna bolag

4.1 *EG-domstolens praxis*

Upphandlande enheters avtal med egna bolag har vid flera tillfällen ifrågasatts och i flera domar underkänts av EG-domstolen. Ofta har det varit fråga om uteblivna upphandlingsförfaranden och direkt tilldelning till egna bolag. Nedan redogörs för EG-domstolens praxis. Vad som i dagsläget är utgångspunkten för bedömningen om avtal med egna bolag skall upphandlas eller kan tilldelas direkt formulerades i *Teckal*-målet³².

I *Teckal* fastställde EG-domstolen grundinställningen att när en upphandlande 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 skall detta upphandlas.

Endast i det fallet att

1. den upphandlande enheten samtidigt utövar en **kontroll** över den ifrågavarande personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och
2. denna person bedriver **huvuddelen av sin verksamhet** tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den,

skulle något annat kunna gälla.

Dessa två undantag från huvudregel, de så kallade ”Teckalkriterierna” har utvecklats i en rad efterkommande avgöranden. Innan *Teckal* finns två avgöranden som ger viss vägledning avseende möjligheterna att direkt tilldela avtal till egna företag. EG-domstolens avgöranden redogörs för nedan. Rättsfallsreferaten är baserade på referat som publicerats i NOU info och återges i för denna rapport relevanta delar. Därtill görs vissa ytterligare reflektioner och problemformuleringar. Dessa är kursiverade och lämnas efter referatet.

Kommissionen mot Italien³³

Domen i målet *Kommissionen mot Italien* som meddelades den 5 december 1989 var den första från EG-domstolen där frågan om köp från egna bolag aktualiserades. Kommissionen ifrågasatte en nationell lagstiftning som påbjöd att vissa uppdrag avseende utveckling av datasystem för den offentliga sektorn

³² C-107/98, Teckal Srl mot Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia. Dom meddelad den 18 november 1999. Målet har refererats i NOU info december -99, sid. 4 f, 20 f.

³³ C-3/88, Kommissionen mot Italien. Målet har refererats i NOU info mars -97 sid. 8.

skulle tilldelas endast till företag, vars andelar eller aktier direkt eller indirekt, till övervägande del eller helt, var i offentlig italiensk ägo. Domstolen fann villkoret diskriminerande och i strid med EG-fördragets art. 52 (nu art. 43) som behandlar etableringsfrihet och art. 59 (nu art. 49) som behandlar friheten att tillhandahålla tjänster. Dessa artiklar anses även ge uttryck för likabehandlingsprincipen och principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet. Även om den nationella lagstiftningen således inte uttryckligen gjorde åtskillnad mellan italienska företag och företag från andra medlemsstater och det vore tänkbart att även icke-italienska företag kunde ägas av italienska staten, befanns lagstiftningen oförenlig med fördraget. Friheterna i EG-fördragets artikel 52 (nu art. 43) art. 59 (nu art.49) kan begränsas bl.a. om verksamheten som är direkt och specifikt förenad med utövande av offentlig makt art. 55 första stycket (nu art. 45) och art. 66 (nu art. 55). Förutsättningar för detta undantag ansågs inte föreligga i målet. Inskränkningarna ansåg således utgöra dold diskriminering. Den nationella lagstiftningen utgjorde även brist i den italienska införlivningen av direktivet 77/62 om offentlig upphandling av varor.

Målet ger ett exempel på hur upphandlingsrelaterad nationell lagstiftning kan anses bryta mot EG-fördragets grundläggande principer. I detta fall genom att begränsa etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster. Någon ytterligare analys av möjligheterna att direkt tilldela kontrakt till egna bolag gjordes inte av domstolen.

Arnhem mot BFI Holding³⁴

EG-domstolen meddelade den 10 november 1998 dom i målet *Arnhem mot BFI Holding*. De två kommuner Arnhem och Rheden i Nederländerna hade beslutat att överlåta insamling av avfall till ett av de två kommunerna för ändamålet bildat aktiebolag (ARA). ARA anförtroddes uppgifter som reglerades i nederländsk lag om sophantering.

BFI Holding (BFI), ett privat företag som bl.a. sysslade med insamling och behandling av hushålls- och industriavfall, väckte talan vid nederländsk domstol och yrkade att direktiv 92/50 om offentlig upphandling av tjänster skulle tillämpas vid tilldelning av kontraktet. Efter att domen överklagats förklarade den nationella överinstansen att det förelåg författingsenlig ensamrätt beträffande avfallshantering.³⁵ Därmed kunde undantaget i artikel 6 i direktivet (se 5 kap. 2 § LOU), som avser upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten, tillämpas under förutsättning att ARA var att anse som en upphandlande enhet i direktivets mening. Den nederländska

³⁴ C-360/96, Gemeente Arnhem och Gemeente Rheden mot BFI Holding BV. Målet har refererats i NOU Info dec -98, sid. 14 ff.

³⁵ Kommunerna hade i sina respektive avfallsförordningar beslutat om ensamrätt för en viss leverantör. Se punkterna 7, 20 och 21 i domen.

domstolen ställde därför ett antal frågor till EG-domstolen rörande ”organ som lyder under offentlig rätt” och särskilt uttrycket ”organ som tillkommit för att tillgodose allmännyttiga behov och inte är av industriell eller kommersiell karaktär”. EG-domstolens behandling av den nationella domstolens frågor refererades i NOU info men är inte av någon större betydelse i denna rapport.

Däremot uttalade sig EG-domstolen i slutet av domen om kraven på de bestämmelser enligt vilka organet skall ha inrättats för att täcka behov i det allmännas intresse och förklarade därvid, att förekomsten eller frånvaron av sådana behov skall bedömas objektivt. Den juridiska formen för de bestämmelser där sådana behov uttrycks saknar i det avseendet betydelse (till skillnad från artikel 6 i direktivet, som anger att ensamrätten skall grundas på utfärdad lag eller författning).

NOU:s kommentar till målet i NOU info december 1998 var följande. ”NOU vill framhålla att domstolen behandlar frågor gällande tillämpningen av direktiven för ARA-bolaget inför den nederländska domstolens tillämpning av artikel 6 (motsvarar 5 kap. 2 § LOU). Domen utgör enligt NOU:s mening inte någon grund för en generell rätt för kommuner eller landsting att utan upphandling köpa varor eller tjänster från sina helägda bolag. För detta krävs att bolaget är en upphandlande enhet enligt 5 kap. 2 §, har en ensamrätt att utföra tjänsten samt att ensamrätten bygger på publicerad lag eller författning och är förenlig med Romfördraget.”

Målet rör i huvudsak begreppet upphandlande myndighet. Ensamrätt bedömdes inte av EG-domstolen i målet men den nationella domstolen som hänsköt frågor till EG-domstolen ansåg att ensamrätt förelåg.

Teckal³⁶

EG-domstolen behandlade i *Teckal* en fråga som gällde en kommuns tilldelning av ett kontrakt till en sammanslutning av kommuner i vilken kommunen i fråga var medlem. Föremålet för tvisten gällde ett köp av produkter och ett uppdrag avseende driften av en värmeanläggning. Kontraktet hade lagts ut utan upphandling.

AGAC var en sammanslutning av flera kommuner, bl. a. Vianos kommun, för förvaltning av energi och miljö. Enligt stadgarna var det en juridisk person med självständig förvaltning.

Kommunstyrelsen i Viano kommun hade utan föregående upphandling anförtrott AGAC uppvärmningen av vissa kommunala byggnader för ett år

³⁶ C-107/98, Teckal Srl mot Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia. Dom meddelad den 18 november 1999. Målet har refererats i NOU info december -99, sid. 4f, 20 f.

mot en ersättning av 122 miljoner ITL, varav 86 miljoner utgjorde värdet av bränsleleveransen. Avtalet innehöll en förlängningsperiod om tre år, som kunde utlösas under vissa förutsättningar. Ytterligare en förlängning föreskrevs.

Teckal, ett privat företag inom uppvärmningsbranschen, väckte talan mot beslutet och menade att kommunen skulle ha upphandlat uppdraget. Den nationella domstolen vände sig till EG-domstolen med begäran om besked huruvida tjänstedirektivet 92/50 skulle tillämpas i en situation som den förevarande.

EG-domstolen konstaterade inledningsvis att värdet av de produkter som omfattades av kontraktet översteg värdet av tjänsterna, varför frågan måste gälla huruvida varudirektivet 93/36 var att tillämpa. Vidare förklarade domstolen att de undantag från direktivet som medges är uttömmande angivna och att det undantag som anges i art. 6 i tjänstedirektivet (jämför 5 kap. 2 § LOU) beträffande köp från en annan upphandlande enhet som enligt lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten inte har någon motsvarighet i varudirektivet.

Vidare konstaterade domstolen att Vianos kommun var en upphandlande enhet. Beträffande frågan huruvida ett avtal förelåg mellan två skilda personer anförde domstolen att det enligt direktivet var tillräckligt att avtal slutits mellan den upphandlande enheten och en i förhållande till denna juridiskt fristående person. Endast i det fallet att

1. den upphandlande enheten samtidigt utövar en kontroll över den ifrågavarande personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och
2. denna person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla.

Frågan som ställts till domstolen besvarades därför så, att varudirektivet 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”.

Genom EG-domstolens dom etablerades de så kallade “Teckalkriterierna” se punkterna 1 ”kontroll” och 2 ”huvuddelen av verksamheten” i domsreferatet ovan. Teckalkriterierna sätter ramarna för när en kommun eller ett landsting rätteligen kan tilldela avtal till ett eget bolag utan att genomföra en upphandling enligt LOU. EG-domstolen gjorde ingen analys i förhållande till den specifika situationen. I domarna från EG-domstolen som refereras nedan utvecklas Teckalkriteriernas tillämplighet.

ARGE³⁷

EG-domstolen bedömde i dom den 7 december 2000, i målet *ARGE* huvudsakligen frågan om gemenskapsrätten hindrar en upphandlande enhet att tillåta att organisationer, vilka erhåller olika former av medel från det offentliga, deltar i offentliga upphandlingar. EG-domstolens behandling av dessa frågor refererades i NOU info december -00 men är inte av någon större betydelse i denna rapport

Av intresse är dock att EG-domstolen inte besvarade den sista frågan från den österrikiska domstolen. Frågan gällde om upphandlande enheter, utan att genomföra ett konkurrensutsatt anbudsförfarande enligt tjänstedirektivet, kan ingå kontrakt med sådana organ, som helt eller till övervägande del ägs av det allmänna och vars verksamhet helt eller till övervägande del bedrivs för den upphandlande enhetens eller för andra statliga organs räkning. EG-domstolen hänvisade istället till sin dom i *Teckal*-målet där ju domstolen uppgav att varudirektivet 93/36 är tillämpligt när en upphandlande enhet, såsom en lokal myndighet, avser att skriftligen ingå ett oneröst avtal om leverans av varor med en i formellt hänseende fristående enhet, vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet, oavsett huruvida denna enhet själv är en upphandlande enhet.

EG-domstolen bekräftade genom denna dom att vad som framkommit i Teckal-domen även gäller upphandlingar enligt tjänstedirektivet.

Spanien mot Kommissionen³⁸

Det mycket omfattande målet *Spanien mot Kommissionen*, i vilket EG-domstolen meddelade dom den 8 maj 2003, rörde i huvudsak frågor avseende utgifter som finansierats genom garantisektionen vid Europeiska utvecklings- och garantifonden för jordbruk. En delfråga i målet var att aktiebolaget Tragsa utan anbudsinfordran hade tilldelats arbete med upprättande av register över olivodlingar.

Spanien gjorde i målet gällande att arbetena tilldelades direkt, med stöd av den gällande spanska lagstiftningen om offentlig upphandling. Där föreskrevs att ett sådant tilldelningsförfarande kan beslutas av det behöriga organet av tekniska skäl eller på grund av särskilda omständigheter. I detta fall ansåg det behöriga organet att den konfidentiella karaktären hos de uppgifter som lämnades beträffande upprättandet av ett register över olivodlingar utgjorde sådana särskilda omständigheter som motiverade att inte tillämpa anbudsinfordran.

³⁷ C-94/99, ARGE Gewässerschutz mot Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft. Målet har refererats i NOU info december -00, sid. 14 f.

³⁸ C-349/97, Konungariket Spanien mot Europeiska gemenskapernas kommission.

Kommissionen anförde att det faktum att Tragsa är en myndighet inom själva förvaltningen inte innebar att gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling inte överträdde. Kommissionen ansåg att direktivet 77/62 om offentlig upphandling av varor var tillämpligt i det aktuella fallet och att det inte var befogat att direkt tilldela Tragsa arbetena med registret över olivodlingar.

EG-domstolen gjorde bl.a. följande bedömning. Tragsa var, även om det bildats i form av ett aktiebolag som omfattades av privaträttsliga regler,

- enligt den spanska lagen om skattemässiga, administrativa och sociala åtgärder att betrakta som en resurs och en teknisk enhet inom förvaltningen,
- enligt samma nationella bestämmelse skyldigt att, med exklusiv karaktär, självt eller genom dotterbolag utföra de arbeten som det tilldelats av den allmänna statliga förvaltningen, de autonoma regionerna och de offentliga organ som är beroende av dessa, och
- hade ett kapital som omfattas av offentligrättsliga regler.

EG-domstolen anförde att ett sådant organ som, trots sin finansiella och bokföringsmässiga självständighet är helt underordnat statens kontroll, måste anses som en av den spanska förvaltningens egna myndigheter i den betydelse som avses i artikel 3.5 första stycket i förordning nr 154/75.

EG-domstolen erinrade, beträffande följderna av att Tragsa skulle anses utgöra en del av den offentliga förvaltningen, om att den medgett ett undantag från att tillämpa direktiven om offentlig upphandling. Undantaget, "In House Providing", avser avtal som en tilldelande myndighet ingår med vissa offentliga organ vilka är knutna till denna myndighet. Domstolen hänvisade till Teckalkriterierna och anförde att gränserna för detta undantag klart och tydligt formulerats i bland annat målen Teckal och ARGE.

Domstolen ansåg med följande motivering att det var fråga om in-house providing. Enligt den nationella lagstiftningen var Tragsa, i egenskap av resurs och teknisk enhet inom den spanska förvaltningen skyldigt att, med exklusiv karaktär, självt eller genom sina dotterbolag, utföra de arbeten som det tilldelas av den allmänna statliga förvaltningen, de autonoma regionerna och de offentliga organ som är beroende av dessa. Tragsa var, i enlighet med nationell lagstiftningen, ett statligt bolag, vars aktiekapital de autonoma regionerna kunde bidra till genom att förvärva aktier. De spanska myndigheterna hade följaktligen rätt att anförtro arbetena med att upprätta registret över olivodlingar åt Tragsa, utan att tillämpa förfarandet för anbudsinfordran.

I målet har EG-domstolen bedömt att förutsättningar föreligger för direkt tilldelning av avtal enligt Teckalkriterierna.

Stadt Halle³⁹

EG-domstolen meddelade den 11 januari 2005 dom i målet *Stadt Halle*. Bakgrunden till målet var följande. Stadt Halle hade genom beslut i stadsfullmäktige tilldelat bolaget RPL uppdraget att utarbeta ett projekt avseende förbehandling, återvinning och förstöring av avfall. Samtidigt beslutade Stadt Halle att inleda förhandlingar med RPL om ett kontrakt avseende hantering av stadens restavfall. I inget av fallen hade Stadt Halle genomfört något formellt upphandlingsförfarande.

Stadt Halle hävdade vid den nationella domstolen i den del som är relevant för denna rapport att RPL, som indirekt till 75,1 procent ägdes och kontrollerades av staden, snarast utgjorde en del av denna. Därmed var det fråga om en intern transaktion som inte omfattades av upphandlingslagstiftningen.

Den nationella domstolen ställde i huvudsak två frågor till EG-domstolen. varav den ena frågan var om bolag som delvis ägs av en upphandlande enhet, delvis av ett annat privat bolag, kunde anses vara en del av den upphandlande enheten på så sätt att ett formellt upphandlingsförfarande inte var nödvändigt vid köp från detta bolag.

Frågan besvarades av domstolen på följande sätt. Begreppet ”tjänsteleverantör” i rådets direktiv 92/50 offentlig upphandling av tjänster omfattar även ”offentliga organ, som erbjuder tjänster”. Domstolen hänvisade till *Teckal*-domen som fastställt att direktiv 93/36 om offentlig upphandling av varor är tillämpligt när en upphandlande enhet avser att ingå avtal med ekonomiska villkor med en i förhållande till myndigheten fristående juridisk person, oberoende av om denna enhet själv är en upphandlande enhet och oavsett att den upphandlande enheten själv äger en del av den fristående juridiska personen”. Huvudregeln är således att en upphandlande enhets köp från ett annat offentligt organ skall föregås av en offentlig upphandling. Varje undantag från denna skyldighet skall enligt domstolen tolkas restriktivt och det är den som avser att återopa undantagsbestämmelsen som har bevisbördan för att den är tillämplig.

Domstolen redogjorde sedan för *Teckal*kriterierna som anger undantaget från huvudregeln vid köp från en fristående juridisk person. Domstolen anförde dock att det faktum att ett privat bolag är delägare i en fristående juridisk person, om än i minoritetsställning, helt utesluter att kontrollkriteriet enligt *Teckal*-domen kan anses uppfyllt. EG-domstolen anmärkte att sambandet mellan en offentlig myndighet, som är en upphandlande myndighet, och dess egen verksamhet styrs av överväganden och krav som är specifika för ett sammanhang där mål av allmänintresse eftersträvas. Privata investeringar i företag styrs alltid av överväganden som är specifika för privata intressen och som har andra syften. Domstolen menar att direktupphandlingar från sådana bolag undergräver

³⁹ C-26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna. Målet har refererats i NOU info mars -05, sid. 5 ff.

målsättningen om fri, icke snedvriden konkurrens och principen om likabehandling. Domstolen påminde även om att upphandlande enheter har valmöjlighet att med egna medel utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger dem.

Domen klargör att bedömningen av Teckalkriterierna skall göras restriktivt och att bevisbördan vid bedömningen av om kriterierna är uppfyllda ligger på den som åberopar dem. Vidare tillfördes till tidigare praxis att privat ägande i det "egna bolaget" utesluter att kontrollkriteriet kan anses uppfyllt.

Kommissionen mot Spanien⁴⁰

EG-domstolen meddelade den 13 januari 2005 dom i målet *Kommission mot Spanien*. Domen föranleddes av att EG-kommissionen ansåg att Spanien i flera avseenden införlivat varudirektivet 93/36 och bygg- och anläggningsdirektivet 93/37 felaktigt.

Enligt den spanska upphandlingslagstiftningen uteslöts alla "samarbetsavtal mellan den allmänna statsförvaltningen, å ena sidan, och socialförsäkringsorgan, autonoma regioner, lokala myndigheter, dessas autonoma organ och varje annan offentlig enhet, å andra sidan, samt samarbetsavtal mellan sistnämnda organ sinsemellan" från lagens tillämpningsområde.

EG-kommissionen ansåg att detta utgjorde en felaktig införlivning av upphandlingsdirektiven eftersom sådana samarbetsavtal kunde vara offentliga upphandlingskontrakt som omfattas av bestämmelserna i direktiven.

Den spanska regeringen hade mot detta invänt att avtal utgör det vanliga sättet för offentlighetsliga enheter att upprätta rättsförhållanden sinsemellan och att sådana rättsförhållanden låg utanför ramen för en upphandling.

EG-domstolen uttalade med hänvisning till sin dom i *Teckal*-målet att det, för att upphandlingsdirektiven skall vara tillämpliga, "... 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 juridiskt fristående person. Endast i det fallet att den lokala myndigheten, samtidigt, utövar en kontroll över den ifrågavarande personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och denna person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla."

Domstolen konstaterade därefter att den spanska lagen utgjorde ett felaktigt införlivande av direktiven eftersom rättsförhållanden mellan myndigheter, allmänna organ och icke-kommersiella offentlighetsliga enheter uteslöts från lagens tillämpningsområde, oavsett arten av dessa rättsförhållanden.

⁴⁰ C-84/03 Kommissionen mot Spanien. Målet har refererats i NOU info mars -05, sid. 4 f.

EG-domstolen lägger i målet fast utgångspunkten att de aktuella direktiven omfattar samarbetsavtal mellan offentlig förvaltning och övriga offentliga organ.

Coname⁴¹

EG-domstolen meddelade den 21 juli 2005 en dom som bland annat behandlar frågan om vilka skyldigheter som uppstår för upphandlande enheter som skall tilldela tjänstekoncessioner som inte omfattas av upphandlingsdirektiven. Dessa skyldigheter följer av EG-fördragets bestämmelser om fri etableringsrätt (artikel 43) och fri rörlighet för tjänster (artikel 49). Botti kommun tilldelade i december 1999 bolaget Padania ett kontrakt avseende administration, distribution och underhåll av nätet för distribution av metangas. Padania var ett bolag som till största delen var offentligägt. Provinsen Cremona och i stort sett alla kommuner i denna provins var delägare i bolaget. Botti kommun ägde 0,97 procent av Padania. Coname överklagade kontraktstilldelningen och yrkade att beslutet skulle upphävas och gjorde gällande att tilldelningen av kontraktet borde ha föregåtts av en offentlig upphandling.

Den nationella domstolen vilandeförklarade målet och begärde förhandsbesked av EG-domstolen beträffande följande frågor.

”Utgör artiklarna 43, 49 och 81 EG-fördraget, i den del de innehåller ett förbud mot inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig i en annan medlemsstat, mot inskränkningar i friheten för medborgare i medlemsstaterna att inom gemenskapen tillhandahålla tjänster samt mot affärsmetoder och andra ageranden av företag som har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom Europeiska unionen, hinder mot direkt tilldelning, det vill säga utan anbudsinfördran, av offentliga tjänstekontrakt avseende gasdistribution, till ett företag som är kommunalägt, när kommunens andel är så liten att den inte gör det möjligt att utöva en direkt kontroll över företagets verksamhet, och skall det följaktligen anses att villkoren för intern (in house) administration inte är uppfyllda när, såsom i förevarande fall, kommunens andel motsvarar 0,97 procent av kapitalet?”

Eftersom artikel 81 EG-fördraget inte var tillämplig i målet vid den nationella domstolen avstod EG-domstolen från att besvara frågan i den del som rörde artikel 81 EG-fördraget.

EG-domstolen konstaterade därefter att den nationella domstolen ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida artiklarna 43 och 49 EG-fördraget utgjorde hinder mot att en kommun direkt, det vill säga utan föregående upphandling, tilldelar ett företag som huvudsakligen är offentligägt en tjänstekoncession när

⁴¹ C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) mot Comune di Cingia de' Botti. Målet har refererats i NOU info oktober -05 sid 6 f.

kommunen äger 0,97 procent av företaget. EG-domstolen erinrade inledningsvis om att tilldelning av tjänstekoncessioner inte omfattas av tillämpningsområdet för något av upphandlingsdirektiven. Eftersom ett sådant regelverk saknades skulle gemenskapsrättens betydelse avseende tilldelning av sådana koncessioner istället prövas mot bakgrund av de grundläggande friheter som föreskrivs i EG-fördraget.

EG-domstolen påpekade att, om den aktuella koncessionen kunde vara av intresse för ett företag i en annan medlemsstat än den där kommunen var belägen, det vill säga i det aktuella fallet i en annan stat än Italien, och insyn samtidigt saknades i tilldelningsprocessen, innebar tilldelningen till ett företag i Italien en särbehandling till nackdel för företaget i den andra medlemsstaten. I avsaknad av insyn hade företaget i den andra medlemsstaten nämligen inte någon verklig möjlighet att tillkännage sitt intresse av att tilldelas den aktuella koncessionen.

En sådan särbehandling, genom vilken samtliga företag i en annan medlemsstat utesluts, utgjorde enligt EG-domstolen indirekt diskriminering på grund av nationalitet, vilken var förbjuden enligt artiklarna 43 och 49 EG-fördraget, om det inte förelåg sakliga skäl för en sådan diskriminering.

Enligt EG-domstolen framgick det dock inte av handlingarna i målet vid den nationella domstolen, om det på grund av särskilda omständigheter, till exempel att koncessionen hade mycket ringa ekonomiskt värde, var rimligt att anta att koncessionen i fråga inte skulle ha varit av intresse för ett företag i en annan medlemsstat än Italien.

Det ankom därför på den nationella domstolen att pröva huruvida kommunens tilldelning av koncessionen till Padania uppfyllde de krav på insyn som, utan att de nödvändigtvis innebar en skyldighet att göra en anbudsinfordran (läs: annonsering NOU: s anmärkning), bland annat möjliggjort för ett företag i en annan medlemsstat än i Italien att innan tilldelning skedde få tillgång till de uppgifter som krävdes, för att ge detta företag möjlighet, om det så önskade, att meddela sitt intresse av att tilldelas koncessionen. Om så inte var fallet, skulle det fastställas att det förelåg särbehandling till nackdel för företag i andra medlemsstater än i Italien.

Beträffande den omständigheten att Botti kommun ägde endast en liten andel av Padania angav EG-domstolen dels att denna ringa andel inte utgjorde några sakliga skäl för särbehandling av leverantörerna, dels att kommunen inte kunde anses utöva sådan kontroll över Padania att reglerna om egenregiverksamhet kunde vara tillämpliga.

Eftersom Padania åtminstone till viss del var privatägt kunde bolaget inte anses utgöra en organisation för ”intern” administration av en offentlig tjänst för de kommuner som innehar andelar i bolaget.

I NOU:s kommentar till domen i NOU info anfördes bl.a. följande.

”Huvudregeln är att en upphandlande enhet som skall tilldela ett kontrakt till en fristående juridisk person (till exempel ett aktiebolag) först måste genomföra en upphandling. EG-domstolen har i tidigare domar uttalat att undantag från denna skyldighet kan gälla endast om den upphandlande enheten utövar en kontroll över den juridiska personen motsvarande den som enheten utövar över sin egen förvaltning, och den juridiska personen bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den. EG-domstolen har hittills inte preciserat dessa förutsättningar närmare men har accepterat att så sker endast när det inte rör sig om ett upphandlingskontrakt utan en ren beställning från någon som har skyldighet att utföra arbetet, utan att kunna påverka huruvida uppdraget skall utföras, när det skall uppföras eller vilken ersättning den erhåller från beställaren. Bolag som till en del är privatägda kan enligt EG-domstolen inte utgöra sådana bolag som kan tilldelas egenregiuppdrag utan upphandling.”

Av Coname framgår att förutsättningarna för tilldelning av kontrakt till egna bolag som etablerades i Teckal-domen även gäller även vid tilldelning av tjänstekoncessioner. Till tidigare praxis kan även läggas att ett ägande om 0,97 procent i ett bolag i sig är så litet att det omöjliggör att kontrollkriteriet kan anses vara uppfyllt.

Parking Brixen⁴²

Gemeinde Brixen (Brixens kommun) tilldelade sitt kommunala bolag Stadtwerke Brixen AG (Stadtwerke) ett uppdrag att sköta driften av två avgiftsfinansierade offentliga parkeringsplatser. Tilldelningen av uppdraget hade inte föregåtts av någon annonsering. Stadtwerke fick uppbära parkeringsavgifterna som erlades av dem som använde parkeringsplatserna mot att bolaget skötte driften åt Brixens kommun. En konkurrent till Stadtwerke, Parking Brixen GmbH (Parking Brixen), var intresserad av uppdraget och väckte därför talan vid den nationella domstolen. Domstolen begärde förhandsavgörande från EG-domstolen.

EG-domstolen utkristalliserade och besvarade sammanfattningsvis två frågeställningar i sin dom den 13 oktober 2005 varav den ena är av intresse i denna rapport.

Fråga var huruvida tilldelningen av en koncession avseende allmännyttiga tjänster utan anbudsinfordran är förenlig med gemenskapsrätten då det företag som innehar koncessionen är ett aktiebolag som bildats genom omvandling av ett av en offentlig myndighets så kallade särskilda företag - såsom i Stadtwerkes fall - och vars samtliga aktier vid tidpunkten för tilldelningen innehades av den koncessionsgivande myndigheten, men vars styrelse hade

⁴² Mål C-458/03, Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG. Målet har refererats i NOU info december 2005 sid 6 f.

full befogenhet att sköta den löpande driften och möjlighet att självständigt, utan bolagsstämans godkännande, genomföra vissa transaktioner upp till ett värde av fem miljoner euro.

EG-domstolen inledde sitt svar med att slå fast att alla upphandlande myndigheter (det vill säga samtliga upphandlande enheter inom den klassiska sektorn, NOU:s anmärkning) är skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet vid tilldelning av tjänstekoncessioner, trots att sådana avtal om koncessioner avseende allmännyttiga tjänster på gemenskapsrättens nuvarande stadium inte omfattas av tillämpningsområdet för tjänstedirektivet. Att inte alls infordra anbud vid tilldelningen av en sådan koncession som det är fråga om i målet är enligt domstolen inte förenligt vare sig med kraven i EG-fördragets art. 43 (om etableringsfriheten för medborgare och företag inom EU) och art. 49 (om friheten att tillhandahålla tjänster inom EU) eller med principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt kravet på insyn.

Stadtwerke och Brixens kommun (nedan benämnda svaranden) hade huvudsakligen två rättsinvändningar och grunder till stöd för sin uppfattning i målet. För det första menade svaranden att det var uteslutet att tillämpa bestämmelserna i fördraget eftersom det var fråga om en rent intern situation i en enda medlemsstat.

EG-domstolen delade inte svarandens uppfattning, utan menade att det inte kunde uteslutas att företag som är etablerade i andra medlemsstater än i Italien hade kunnat vara intresserade av att tillhandahålla tjänsterna och att det utan offentliggörande och anbudsinfordran är det åtminstone potentiellt, ”fråga om särbehandling till förfång för företag i andra medlemsstater som hindras från att utöva friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsfriheten i fördraget”.

För det andra menade svaranden att det följer av *Teckal*-domen att det är uteslutet att tillämpa bestämmelserna i fördraget och de allmänna gemenskapsrättsliga principerna på en sådan situation som den förevarande mot bakgrund av att Stadtwerke inte är en självständig enhet i förhållande till Brixens kommun.

Beträffande svarandens andra invändning om *Teckal*-domens tillämplighet konstaterade EG-domstolen med hänvisning till Teckalkriterierna, d.v.s. att under förutsättning att

- 1) myndigheten utövar en kontroll över den fristående juridiska enheten, motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning,
 - 2) samtidigt som enheten bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den
- skulle bestämmelserna och principerna i fördraget inte behöva tillämpas vid koncessionstilldelningen. EG-domstolen poängterade att tillämpligheten av

undantagsmöjligheten skall tillämpas strikt och att bevisbördan för att rekvisiten eller omständigheterna är uppfyllda placeras hos den som åberopar undantaget.

Vid bedömningen av om den upphandlande myndigheten har den kontroll som erfordras över den enhet som skall tilldelas en tjänstekoncession skall man enligt EG-domstolen beakta samtliga lagbestämmelser och omständigheter. Resultatet av bedömningen skall visa att den fristående juridiska enheten är underställd en kontroll som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att påverka de beslut som fattas av enheten. Det skall vara fråga om en möjlighet till avgörande påverkan på såväl strategiska mål som viktiga beslut, menar EG-domstolen.

EG-domstolen kom vid sin bedömning fram till att Brixens kommun inte uppfyllde kontrollkravet över Stadtwerke.

EG-domstolen tog bland annat fasta på följande omständigheter:

- att Stadtwerke var ett aktiebolag,
 - att föremålet för Stadtwerkes verksamhet hade utvidgats till att omfatta nya viktiga verksamhetsområden,
 - att det inom kort skulle bli möjligt för utomstående att köpa aktier i Stadtwerke
 - att bolagets verksamhetsområde utvidgats till hela Italien och utlandet, samt
 - att väsentliga befogenheter tilldelats styrelsen i Stadtwerke utan att Brixens kommun i princip utövade någon förvaltningskontroll över Stadtwerke.
- Brixens kommun hade rätt att utnämna majoriteten av ledamöterna i styrelsen i Stadtwerke, men den kontroll som kommunen kunde utöva över Stadtwerke var huvudsakligen begränsad till den som majoriteten av aktieägarna ges enligt bolagsrätten.

En helhetsbedömning av alla omständigheter talade emot att kontrollkravet kunde anses vara uppfyllt. Mot bakgrund härav gjorde domstolen inte någon prövning av om Stadtwerke bedrev huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med sina ägare.

Sammanfattningsvis borde den i målet behandlade tilldelningen av tjänstekoncession ha föregåtts av offentliggörande med beaktande EG-fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet.

Domstolen har i detta mål utvecklat bedömningen av kontrollkriteriet. Nedanstående punkter som identifierades i Parking Brixen indikerar att kontrollkriteriet kan brista men bör inte ses som en lista som utesluter tillräcklig kontroll.

I Det egna företags rättsliga form har betydelse. Ett aktiebolag har en långtgående självständighet enligt den svenska aktiebolagsrätten. Hur det påverkar bedömningen av möjligheten att uppfylla kontrollkriteriet är av särskilt intresse.

2. Föremålet för det egna företags verksamhet hade utvidgats genom nya produktområden och möjligheten att expandera geografiskt. Det kan ifrågasättas om enhetens verksamhet längre endast tjänade ett offentligt intresse. Här kan paralleller dras med regleringen i kommunallagen om den kommunala kompetensen och vad för verksamhet kommuner får bedriva, såväl vad gäller produktområden som i fråga om geografiska begränsningar.
3. Det skulle inom kort bli möjligt för utomstående att köpa aktier i det egna företaget. Det finns en beslutad/obligatorisk öppning till privat kapital. Jämför i detta avseende kommentaren till referatet av målet ANAV nedan.
4. Vidsträckta befogenheter hade tilldelats styrelsen i det egna företaget som gav det egna företaget en omfattande självständighet. Detta indikerade att kommunens möjlighet till kontroll blev begränsad.

Slutsatsen är att samtliga lagbestämmelser och omständigheter skall beaktas och att bedömningen av kontrollkriteriet måste göras utifrån omständigheterna i varje enskilt fall. Resultatet av bedömningen skall visa att den fristående juridiska enheten är underställd en kontroll som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att påverka de beslut som fattas av enheten. Det skall vara fråga om en möjlighet till avgörande påverkan på såväl strategiska mål som viktiga beslut.

Målet gällde tilldelning av tjänstekoncessioner men EG-domstolens uttalanden om bedömningen av kontrollkriteriet gäller rimligen även vid direktivbaserad offentlig upphandling.

Kommissionen mot Österrike (Mödling)⁴³

EG-domstolen meddelade den 10 november 2005 dom i målet mot Österrike. EG-kommissionen ansåg att Österrike underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt tjänstedirektivet 92/50 genom att Mödlings kommun ingått ett avtal om bortskaffande av avfall utan att iaktta bestämmelserna om förfaranden och publicering i tjänstedirektivet.

Mödlings kommun beslutade i maj 1999 att bilda en fristående juridisk person i form av ett bolag (Abfall) för att utföra kommunens uppgifter på avfallshanteringsområdet. I september samma år tecknades ett kontrakt där Abfall exklusivt och icke tidsbegränsat fick uppdraget att bortforsla avfall inom kommunen. Månaden efter beslöt kommunen att överlåta 49 % av aktierna i Abfall till ett privat bolag.

Domstolen konstaterade att enligt dess praxis krävs inget anbuds förfarande från en fristående juridisk person, om Teckalkriterierna är uppfyllda.

⁴³ Mål C-29/04, Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Österrike (Mödling). Målet har refererats i NOU info december -05 sid. 7.

I det här fallet var det dock utrett att ett offentligt tjänstekontrakt tilldelats ett företag som kort efter tilldelningen ägdes till 49 % av ett privat bolag. Tilldelningen hade skett genom en artificiell konstruktion bestående av flera separata moment, nämligen bildandet av Abfall, ingående av kontraktet med detta bolag samt överlåtelse av 49 % av aktierna till det privata bolaget. Tilldelningen skulle därför bedömas med beaktande av samtliga moment jämte deras syfte. Om det vore tillåtet för de upphandlande enheterna att tillgripa kringgående åtgärder för att dölja att offentliga kontrakt tilldelas halvoffentliga bolag skulle detta äventyra förverkligandet av tjänstedirektivets syfte, nämligen fri rörlighet för tjänster och icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater.

EG-domstolen fann i Mödling-målet att det inte var tillåtet för en kommun att utan föregående upphandling teckna kontrakt med ett kommunalt bolag, som kort efter kontraktstilldelningen delvis sålts till ett privat bolag. Avknoppning på detta sett är inte tillåtet om det vid tilldelning finns planer på att sälja hela eller delar av det egna företaget till privat ägande. Det ses då som ett otillåtet kringgående av upphandlingslagstiftningen. Domstolen tog hänsyn till direktivets syfte och beaktade samtliga moment som ingått i överlåtelsekedjan.

ANAV⁴⁴

AMTAB Servizio (AMTAB) var ett av Comune di Bari (kommunen) helägt aktiebolag vars enda verksamhet var att tillhandahålla den lokala allmänna transporttjänsten i kommunen. AMTAB kontrollerades helt av kommunen. Kommunen hade fattat ett beslut att överlåta 80 procent av sina aktier i AMTAB till privata ägare. Efter detta beslut direkttilldelade kommunen AMTAB ett kontrakt för driften av den lokala allmänna transporttjänsten inom kommunen. Organisationen ANAV klagade över tilldelningsbeslutet vid en italiensk domstol som begärde förhandsavgörande av EG-domstolen. Kommunen meddelade vid förhandlingen i EG-domstolen att den ändrat sig och beslutat sig för att inte privatisera AMTAB.

EG-domstolen, som meddelade dom i målet den 6 april 2006, konstaterade först att det var fråga om tilldelning av en koncession som inte omfattades av upphandlingsdirektiven och hänvisade sedan till tidigare avgöranden (*Stadt Halle, Coname* och *Mödling*) om direkt tilldelning av kontrakt till ett av en upphandlande myndighet helt eller delvis ägt bolag. Domstolen anförde att "om privata investerare kunde bli aktieägare i AMTAB under den tid som det aktuella avtalet löpte, skulle följden av en sådan situation bli att ett halvoffentligt företag tilldelades en koncession avseende offentliga nyttigheter utan anbudsinfordran, vilket skulle strida mot gemenskapsrättens syften." (p. 30). Om ett bolag till viss del kan bli privatägt innebär detta att bolaget inte

44 Mål C-410/04, Associazione Nazionale Autotransporto Viaggiatori (ANAV) mot Comune di Bari, AMTAB Servizio SpA. Målet har refererats i NOU info juni -06 sid. 5.

kan anses tillhöra den ägande myndighetens ”egenregiverksamhet” för tillhandahållande av en nyttighet.

Av särskilt intresse i denna dom är den ovan citerade formuleringen i domens punkt 30. Fråga kan ställas om det innebär att direkt tilldelning till det egna företaget är uteslutet till och med bara av den anledningen att det är möjligt att det egna bolaget kan komma i privat ägo? Utvidgar formuleringen begränsningen i Mödling-fallet till att även omfatta tilldelningar till helägda egna bolaget som inte har ett kringgående syfte?

Carbotermo⁴⁵

EG-domstolen bedömde i *Carbotermo* förutsättningarna för direkt tilldelning av varukontrakt i vissa fall. Bl.a. behandlades den upphandlande myndighetens kontrollmöjlighet över företag som direkt tilldelades kontraktet när styrelsen i företaget hade omfattande förvaltningsbefogenheter. Vidare redogjordes för syftet med kravet att företaget skall bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den tilldelande myndigheten. Slutligen utvecklades förutsättningarna då undantaget kan vara tillämpligt, om företaget ägs av fler upphandlande myndigheter.

Comune di Busto Arsizio (kommunen) tilldelade ett kontrakt till aktiebolaget AGESP avseende leverans av bränsle samt underhåll och anpassning till gällande bestämmelser och teknisk anpassning av värmesystemen i kommunens byggnader. AGESP ägdes till 100 procent av företaget AGESP Holding. Detta företag ägdes i sin tur till 99,98 procent av kommunen. Övriga aktier ägdes av sex kommuner med en aktie var. Företagen Carbotermo och Consorzio Alisei överklagade tilldelningsbeslutet i den nationella domstolen som begärde förhandsavgörande av EG-domstolen. EG-domstolen meddelade dom den 11 maj 2006. Målet rör frågor om varudirektivet 93/36.

Den italienska domstolen ställde två tolkningsfrågor.

Den *första frågan* var om ett kontrakt kan tilldelas direkt till ett bolag som till 100 procent ägs av ett annat bolag som till 99,98 procent ägs av den upphandlande myndigheten. Resterande 0,02 procent ägdes av andra lokala eller regionala myndigheter.

Domstolen yttrade att ”den omständigheten att den upphandlande myndigheten ensam eller tillsammans med andra offentliga myndigheter äger hela aktiekapitalet i det bolag som tilldelats kontraktet tyder som regel på, utan att vara av avgörande betydelse för bedömningen, att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över detta bolag motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning”. Yttrandet fick dock ingen avgörande

⁴⁵ Mål C-340/04, Carbotermo SpA, Consorzio Alisei mot Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA. Målet har refererats i NOU info juni -06 sid 6 f.

betydelse i målet. Frågan besvarades med att det stred mot varudirektivet att direkt tilldela kontraktet till AGESP. Domstolen fäste sig därvid vid att aktiebolagets styrelse hade omfattande förvaltningsbefogenheter - ”långtgående befogenheter avseende den löpande och icke-löpande förvaltningen” - som den kunde utöva självständigt. Dessutom försvagades kommunens kontrollmöjligheter av ägandet genom AGESP Holding, vars styrelse också hade motsvarande omfattande förvaltningsbefogenheter. Den kontroll som kommunen kunde utöva över de två bolagen motsvarade i princip den som majoriteten av aktieägarna har enligt den nationella bolagsrätten. Detta ansågs i betydande mån begränsa kommunens möjlighet att påverka bolagens beslut.

Den *andra frågan* bestod av två delar.

a) Skall artikel 13 i direktiv 93/38 för försörjningssektorerna tillämpas analogt för bedömningen av om det bolag som direkt tilldelats ett varukontrakt bedriver huvuddelen av sin verksamhet med den upphandlande myndighet som innehar företaget? Artikel 13 gäller s.k. anknutna företag och återfinns i LOU i dess 4 kap. 4 a § andra stycket som hänvisar till 3 kap. 8 § andra stycket.

Delfrågan besvarades med att man inte kan tillämpa artikel 13 i direktiv 93/38 analogt vid denna bedömning.

b) Är kravet på att bolaget skall bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den upphandlande myndighet som innehar företaget uppfyllt, när huvuddelen av företagets omsättning härrör från verksamhet som bedrivits tillsammans med den offentliga myndighet som innehar företaget eller när omsättningen härrör från verksamhet som bedrivits huvudsakligen på den upphandlande myndighetens territorium?

EG-domstolen uttalade att syftet med kravet på att bolaget skall bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar det, är att undvika att konkurrensen snedvrids och säkerställa att upphandling enligt varudirektivet sker i det fall då ett företag som kontrolleras av en eller flera myndigheter är aktivt på marknaden och då konkurrerar med andra företag. Ett företag berövas nämligen inte nödvändigtvis sin handlingsfrihet genom att beslut som berör företaget kontrolleras av den upphandlande myndighet som äger det, om företaget fortfarande kan utöva en betydande del av sin ekonomiska verksamhet tillsammans med andra aktörer. Det krävs därför också att företagets tjänster huvudsakligen är avsedda enbart för denna myndighet. Företaget kan endast anses bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den upphandlande myndighet som innehar den om företaget huvudsakligen utövar verksamhet åt denna myndighet, och all annan verksamhet endast är av marginell karaktär. För en sådan bedömning skall alla omständigheter i målet beaktas, såväl kvalitativa som kvantitativa.

Vid bedömningen av omsättningens betydelse i förhållande till det andra Teckalkriteriet skall den omsättning anses avgörande som härrör från verksamhet som det egna företaget bedrivit enligt tilldelningsbeslut, som antagits av den myndighet som kan utöva kontroll.

Enligt EG-domstolen kan direkt tilldelning av kontrakt vidare vara möjlig, då flera upphandlande myndigheter äger ett företag. Kravet att huvuddelen av verksamheten bedrivs tillsammans med innehavaren kan vara uppfyllt, om företaget utövar huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med samtliga dessa myndigheter.

Svaret på frågan blev att vid bedömningen av om ett företag bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med de upphandlande myndigheter som äger det, skall all den verksamhet beaktas som företaget bedriver inom ramen för en kontraktstilldelning som gjorts, oberoende av vem som betalar denna verksamhet - den upphandlande myndigheten själv eller de som använder de tillhandahållna tjänsterna. Det saknar också betydelse på vilket territorium verksamheten bedrivs.

NOU:s kommentar i NOU info juni -06 var följande. ”I domen anges att det strider mot reglerna att tilldela ett kontrakt till ett aktiebolag vars styrelse har omfattande förvaltningsbefogenheter som den kan utöva självständigt, även om dess aktiekapital i sin helhet ägs av ett annat aktiebolag som i sin tur till huvuddelen ägs av den upphandlande myndigheten. Den kontroll som kommunen kunde utöva över dessa två bolag motsvarar enligt EG-domstolen i princip den som majoriteten av aktieägarna har enligt bolagsrätten, vilket enligt domstolens uppfattning i betydande mån begränsar kommunens möjlighet att påverka dessa bolags beslut. Domen befäster vidare att det inte går att beträffande den klassiska upphandlingen göra en analog tillämpning av reglerna för försörjningssektorerna. Det kan även vara möjligt att direkt tilldela kontrakt om företaget som tilldelas kontraktet ägs av fler upphandlande myndigheter. Domen ger en viss ledning i frågan hur bedömningen av om företaget utövar sin huvudsakliga verksamhet med den tilldelande myndigheten eller inte skall göras.”

I målet vidareutvecklade EG-domstolen förutsättningarna för hur kontrollkriteriet kan anses vara uppfyllt eller inte. Det kan konstateras att det inte finns någon precis regel för hur bedömningen av det första Teckalkriteriet kontroll skall göras. Kontrollen får bedömas i varje enskilt fall. Av särskild vikt i mål är vidare att EG-domstolen för första gången med mer djup behandlar vissa förutsättningar för bedömningen av det andra Teckalkriteriet - att det egna företaget skall bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som tilldelar kontraktet direkt.

Jean Auroux⁴⁶

EG-domstolens senaste avgörande av intresse för bedömningar i fråga om upphandling från egna bolag meddelades den 18 januari 2007. Sakomständigheterna i målet var att kommunfullmäktige i den franska kommunen Roanne (Roanne kommun) i oktober 2002 bemyndigade fullmäktiges ordförande att ingå ett avtal om att uppföra ett nöjescentrum med det halvoffentliga bolaget SEDL i vars aktiekapital det ingick privat kapital. Avtalet slöts i november samma år och föreskrev att nöjescentrumet skulle uppföras successivt i etapper vilkas värde uppgick till olika specificerade belopp. Vissa byggnationer skulle överlåtas till tredje man och vissa till Roanne kommun. Avtalet föreskrev att SEDL skulle genomföra upphandling vid tilldelning av kontrakt till tredje man för genomförande av avtalet. Talan om att ogiltigförklara fullmäktigebeslutet väcktes i en nationell förvaltningsdomstol som begärde förhandsavgörande från EG-domstolen med tre frågor varav den sista är av intresse för denna rapport.

Den franska domstolen ville genom sin tredje fråga få klarhet i om den upphandlande myndigheten var befriad från att tillämpa direktivets upphandlingsförfarande, eftersom avtalet enligt den nationella rätten endast kunde ingås med vissa juridiska personer vilka själva var upphandlande myndigheter och i sin tur var skyldiga att tillämpa upphandlingsbestämmelserna.

EG-domstolen svarar med hänvisning till *Teckal* och efterföljande praxis (*som redogjorts för ovan i denna rapport*) nekande på frågan. Domstolen erinrade om att byggdirektivet inte innehåller några bestämmelser som gör det möjligt att avstå från att tillämpa direktivet på offentliga byggentreprenadkontrakt som ingås mellan två upphandlande myndigheter, även i det fallet att den andra upphandlande myndigheten är skyldig att lägga ut hela värdet av kontraktet på underentreprenörer och således skulle vara skyldig att tillämpa de förfaranden för offentlig upphandling som föreskrivs i direktivet. I förevarande mål var det inte heller föreskrivet i avtalet att SEDL var skyldigt att lägga ut hela det ursprungliga kontraktet på underentreprenörer. Skulle SEDL lägga ut kontraktet på underleverantörer skulle en uppdelning på fler kontrakt kunna leda till att respektive kontrakts värde skulle understiga tröskelvärdena. Direktivets tillämpning skulle på så sätt kunna kringgås.

I det aktuella målet hänvisade EG-domstolen till bestämmelserna om inköpscentraler i det nya klassiska direktivet 2004/18, men konstaterade att dessa inte var tillämpliga vid tidpunkten för avtalets ingående (p. 61).

Det kan diskuteras om frågan skulle kunna ha besvarats annorlunda med hänvisning till reglerna om inköpscentraler om det nya klassiska direktivet hade trätt i kraft då det aktuella avtalet ingicks, förutsatt att dessa regler hade varit införda i det nationella rättssystemet.

⁴⁶ C-220/05, Jean Auroux m.fl. mot Commune de Roanne.

Målet är det första som berör förutsättningarna för direkt upphandling från egna bolag/andra upphandlande enheter i förhållande till byggdirektivet. Av domen framgår att de resonemang som förts i ovan redovisad praxis sedan Teckal-domen med avseende på offentliga tjänstekontrakt och varukontrakt, även äger tillämplighet på offentliga byggentreprenadkontrakt.

4.2 Regeringsrättens praxis

RA 2000 ref 60

Regeringsrätten har i dom den 19 december 2000 bedömt att LOU var tillämplig på ett avtal varmed ett landsting avsåg att förbinda sig att mot ersättning anlita ett av landstinget och kommunerna i länet gemensamt ägt bolag. Det var fråga om en otillåten direktupphandling, eftersom undantagsregeln i 5 kap. 2 § LOU inte var tillämplig.⁴⁷

Regeringsrätten konstaterade i sina domskäl att det förutom ett konsortialavtal och ett uppdragsavtal förekom två senare upprättade förslag till avtal mellan landstinget och det landstings- och kommunalägda bolaget. I det första av dessa avtal, rubricerat "Överlåtelseavtal", angavs att det för sin giltighet var beroende av att det senare tecknades. I överlåtelseavtalet angavs som bakgrund, att landstinget fullt ut skulle sköta upphandling av sjukrese-entreprenörer, inklusive en samordningscentral. Överlåtelseavtalet föreskrev bl.a. att landstinget till bolaget överlåter och eller försäljer samtliga tillgångar, rättigheter och skyldigheter avseende samordningscentralen. Regeringsrätten redogjorde även för innehållet i det andra avtalet som stipulerade att bolaget, på uppdrag av landstinget, skulle ansvara för drift av beställningscentral omfattande planering, upphandling, utförande, samordning och administration av sådana sjukresetransporter som inte krävde sjukvårdare. Bolaget skulle fakturera landstinget för utförda tjänster. Regeringsrätten konstaterade att det av dessa handlingar framgick att landstinget avsåg att träffa en överenskommelse om köp av tjänster från beställningscentralen, som förs över till bolaget. En sådan överenskommelse innefattar en upphandling av tjänster på vilka LOU är tillämplig.

Då utredningen i målet inte visade annat än att det var fråga om en direktupphandling, som skett i strid med reglerna i 5 kap. LOU, uppkom frågan om den av landstinget subsidiärt åberopade undantagsbestämmelsen i 5 kap. 2 § LOU kunde göras gällande. Regeringsrätten kunde inte finna att någon i lag eller annan författning föreskriven ensamrätt för bolaget att utföra samordningstjänster beträffande sjukresor förelåg. Avsaknaden av rättslig monopolställning, som utesluter andra tjänsteleverantörer, framgick redan av 7 § lagen om ansvar för viss kollektivtrafik. Att landstinget, från vilket bolaget avsågs erhålla uppdraget, inte heller hade ensamrätt framgick av lagen

⁴⁷ Målet har refererats i NOU info mars -01 sid. 11 f.

(1991:419) om resekostnadsersättning vid sjukresor, enligt vilken landstinget under vissa förutsättningar skulle lämna sådan ersättning. Undantagsregeln i 5 kap. 2 § LOU var inte tillämplig. Regeringsrätten fastställde kammarrättens domslut, att landstingets upphandling av beställningscentral skulle göras om.

De s.k. SYSAV-målen⁴⁸ för vilka Regeringsrätten meddelat prövningstillstånd kan förhoppningsvis ytterligare klargöra de svenska rättsförhållandena vad gäller frågan om kommuner och landstings upphandling från egna bolag. Målet handlar om flera kommuners samägande i Sydkånes avfallsaktiebolag (SYSAV) vilket regleras i ett konsortialavtal. Frågan i målet är om överprövning enligt LOU är möjligt, samt om delägande kommun genom ingånget konsortialavtal har rätt att köpa tjänster från SYSAV utan upphandling.⁴⁹ Målen kommer enligt uppgift från Regeringsrätten sannolikt att tas upp för avgörande under våren 2007.

NOU avslutar härmed ärendet

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Margareta Hentze

Mattias Åkerlund

Bilagor

1. Rapport Regeringsuppdrag att utreda kommuners och landstings möjligheter enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna företag m.m., dnr 1997/0165-29, sid. 31-33
2. Karlskoga kommuns köp av tjänster från kommunalförbund dnr 2006/0100-26

⁴⁸ Regeringsrättens mål 172--175-05, 176--179-05.

⁴⁹ Det överklagade avgörandet från Kammarrätten i Göteborg, dom den 22 december 2005 i mål nr 1236-1239-05 finns refererat i NOU info mars -06 sid. 5

Datum
1998-03-11

Vår beteckning
165/97-29

6. Undantag på grund av ensamrätt

Av tjänstedirektivet och av försörjningsdirektivet framgår att direktiven inte skall tillämpas på vissa offentliga tjänstekontrakt.

I tjänstedirektivet artikel 6 anges

”This Directive shall not apply to public service contracts awarded to an entity which is itself a contracting authority within the meaning of Article 1 (b) on the basis of an exclusive right which it enjoys pursuant to a published law, regulation or administrative provision which is compatible with the Treaty.”

I försörjningsdirektivet artikel 11 anges

“This Directive shall not apply to service contracts awarded to an entity which is itself a contracting authority within the meaning of Article 1 (b) of Council Directive 92/50/EEC of 18 June 1992 relating to the coordination of procedures for the award of public service contracts on the basis of an exclusive right which it enjoys pursuant to a published law, regulation or administrative provision which is compatible with the EEC Treaty.”

I ”Selection of a body responsible for organizing a national network” har kommissionen angivit vilka förutsättningar som måste vara uppfyllda för att undantaget i artikel 6 i tjänstedirektivet skall vara tillämpligt. Av särskilt intresse här är de krav som ställs på regeln i fråga som utgör grunden för tilldelningen av den exklusiva rätten, nämligen

”The justification for this derogation is that, in the public interest, a number of Member States assign the supply of specific services to public authorities or bodies on the basis of legislative or regulatory provisions. The derogation may be invoked only if several conditions are met:

The supplier of the service must be a contracting authority. Article 1 of the Directive defines this as meaning the State, a regional or local authority, or a body governed by public law.”

Vidare anges

”A published law, regulation or administrative provision must constitute the basis for assigning supply of the service in question exclusively to a contracting authority.

The law, regulation or administrative provision must be compatible with the EC Treaty and, of course, with the fundamental principles evolved by the Court of Justice, particularly those of non-discrimination and proportionality. The Treaty provisions where compatibility could be a problem include in particular those on the freedom to provide services (Articles 59 et seq.) those dealing with competition (Articles 85 and 86), and Article 90, which (i) prohibits the Member States from enacting or maintaining in force, to assist undertakings enjoying exclusive rights, measures that are contrary to the Treaty and (ii) states that undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest are to be subject to the rules contained in the Treaty in so far as the application of such rules does not obstruct the performance of their particular tasks.”

Bestämmelserna införlivas genom 5 kap. 2 § (och i 4 kap. genom en hänvisning till 5 kap. 2 §) LOU på följande sätt

”Bestämmelserna i detta kapitel skall inte tillämpas vid upphandling av tjänster

Datum
1998-03-11

Vår beteckning
165/97-29

från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt att utföra tjänsten.”

NOU:s synpunkter

Vad som menas med ensamrätt behöver definieras bättre. I förarbetena (prop. 1992/93:88 sid. 96) anges att den ensamrätt som avses i bestämmelsen inte kan vara t.ex. upphovsrättsligt grundad, utan måste vara en "författningsbestämd ensamrätt, dvs. i praktiken ett monopol. Den situation som möjligen kan tänkas för svensk del skulle vara att upphandling skulle behöva göras av bilprovningstjänster eller vissa anläggningsprovningstjänster." Vidare måste klargöras om det finns sådana ensamrätter som en kommun eller landsting får överföra till ett bolag. Det är t.ex. synnerligen tveksamt om de uppgifter som kommunerna har enligt renhållningslagen (jfr Arnhem-målet) är sådan ensamrätt som en kommun kan överlåta åt ett kommunalt företag. Frågan om en kommun äger sådan ensamrätt som den kan överföra på ett kommunalt bolag måste i så fall prövas i varje enskilt fall.

I ovan nämnda "Selection of a body responsible for organizing a national network" har kommissionen angivit vilka krav som ställs på bestämmelsen (lag, förordning eller förvaltningsföreskrift) som utgör grunden för tilldelningen av ensamrätten. De krav som ställs på bestämmelsen om ensamrätt är att den skall vara förenlig med Romfördraget och med gemenskapsrättens grundläggande principer. Dock kan kraven på bestämmelsen om förenlighet med Romfördraget och med gemenskapsrättens grundläggande principer vara förenat med vissa problem eftersom ensamrätten i sig är en begränsning av exempelvis friheten att tillhandahålla tjänster. Möjligheterna att t.ex. tilldela kommunala företag ensamrätt inom vissa verksamhetsområden torde därför vara begränsade.

Lagstiftaren har i 5 kap. 2 § LOU inte infört kravet på publicering. Vad gäller lagar och förordningar kan kravet måhända uppfattas som onödigt. I fråga om kommunala beslut är det dock en högst relevant fråga om tillkännagivandet på kommunens anslagstavla, att protokollet över beslutet justerats, uppfyller kravet på publicering. Med hänsyn till den tradition som har utvecklats och som kommuninvånarna kan anses väl förtrodda med kan man med fog hävda detta gentemot de i Sverige bosatta eller i riket verksamma anbudsgivarna. Frågan behöver dock utredas vidare, inte minst med tanke på andra medlemsstater. Som nämnts ovan anser tjänstemän vid EG-kommissionen att publiceringskravet inte anses uppfyllt genom att ange att ett beslut har tagits, utan hela beslutet måste publiceras. Vidare angavs att detta borde ske i en för detta ändamål särskild avsedd författningssamling.

/---/

Datum
1998-03-11

Vår beteckning
165/9

Bestämmelsen i 5 kap. 2 § LOU kan enligt NOU:s mening användas endast i mycket begränsad utsträckning. Skälet är att de ovan nämnda förutsättningarna måste vara uppfyllda och tjänstens art av laglig ensamrätt i praktiken ofta gör konkurrensutsättningen onödig.

Inter Alarm Scandinavia
Örebrovägen 69
691 52 KARLSKOGA

Karlskoga kommuns köp av tjänster från kommunalförbund

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har mottagit en skrivelse från Inter Alarm Scandinavia. I skrivelsen framför bolaget klagomål mot att Karlskoga kommun inte genomför upphandling av larmmottagningstjänster. Av handlingarna framgår att Karlskoga kommun, utan föregående upphandling köper larmmottagningstjänster direkt från Kommunalförbundet Bergslagens räddningstjänst. Som skäl för detta uppger kommunen i ett brev till bolaget att den larmmottagning som kommunalförbundet tillhandahåller sina medlemmar inte behöver upphandlas. Inter Alarm uppger att Bergslagens räddningstjänst konkurrerar även på den privata marknaden.

NOU har tagit upp ärendet till granskning i syfte att utreda frågan om kommuners köp från kommunalförbund i vilka de är medlemmar skall föregås av upphandling i enlighet med lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

Karlskoga kommun har i svar till NOU den 28 november 2005 angivit i huvudsak följande. Kommunen bildade år 1997 kommunalförbundet Bergslagens räddningstjänst tillsammans med Kristinehamn, Degerfors, Storfors, Filipstad och Hällefors kommuner. I detta kommunalförbund ingår med stöd av förbundsordningen den larmcentral som tidigare drivits av Karlskoga kommun. Larmcentralen finansieras inte via det medlemsbidrag kommunerna ger utan via avgifter utifrån de avtal som tecknats. Karlskoga kommuns fastighetsavdelning har ett avtal som gäller automatiska brandlarm och övriga tekniska larm. Kostnaden för kommunen regleras utifrån ett fastställt pris per anslutning. Anledningen till att man valt att reglera kostnaden för larmmottagning via separata avtal är att inom dessa verksamheter sker kontinuerligt förändring av volymen. För trygghetslarm,

antal personer med behov av trygghetslarm, och för brandlarm och övriga larm är fastighetsbeståndet och verksamheter styrande.

2. Upphandlingskontrakt och egenregiverksamhet

Ett upphandlingskontrakt är enligt upphandlingsdirektiven ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som slutits mellan en leverantör och en upphandlande enhet.¹ Begreppet upphandlingskontrakt skall enligt EG-kommissionen tolkas vidsträckt och omfattar såväl alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande enhet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande enhetens förfogande, samt utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten för den upphandlande enhetens räkning.²

Karlskoga kommun anger att det finns separata avtal mellan kommunen och Bergslagens räddningstjänst. En myndighet har, som EG-domstolen uttalat, möjlighet att utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger denna med egna medel – administrativa, tekniska och andra – utan att behöva vända sig till externa enheter utanför sin organisation. I ett sådant fall kan det inte vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor som ingåtts med en i förhållande till den upphandlande enheten fristående juridisk person.³ De gemenskapsrättsliga bestämmelserna rörande offentlig upphandling, för svensk del LOU, behöver då inte tillämpas.

Enligt EG-domstolens rättspraxis, som också fått genomslag i svenska domstolar, är det dock inte uteslutet att det kan finnas andra omständigheter under vilka en upphandling inte är obligatorisk även om avtalsparten är en i förhållande till den upphandlande enheten fristående juridisk person. EG-domstolen har beträffande denna fråga uttalat att den "... medgett ett undantag från att tillämpa direktiven om offentlig upphandling. Undantaget för egenregi, kallat In House Providing, avser avtal som en tilldelande myndighet ingår med vissa offentliga organ vilka är knutna till denna myndighet. Gränserna för detta undantag har klart och tydligt formulerats i bland annat dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121), punkt 50, och av den 7 december 2000 i mål

¹ Direktiv 93/36/EEG art. 1 (a), Direktiv 92/50/EEG art. 1 (a), Direktiv 93/37/EEG art. 1 (a) och Direktiv 93/38/EEG art. 1.4.

² Guide to the Community rules on public procurement of services, s. 12, Guide to the Community rules on public works contracts, sid. 12 och Guide to the Community rules on public supply contracts, sid. 9. I dom i mål C-84/03, kommissionen mot Spanien, REG 2005, sid. I-139, punkt 39 anger EG-domstolen följande. "Med hänsyn till de kriterier som definitionen av ett upphandlingskontrakt i direktiven 93/36 och 93/37 består av, förutom föremålet för upphandlingen i fråga, skall den lösning som använts i domen i det ovannämnda målet Teckal tillämpas på de avtal mellan myndigheter som omfattas av direktiv 93/37.

³ Mål C-26/03, Stadt Halle REG 2005, sid. I-1, p. 48.

C-94/99, ARGE Gewässerschutz (REG 2000, s. I-11037), punkt 40. Av dessa domar följer att det, såvida inte annat uttryckligen har angetts, för att utgöra ett offentligt avtal i princip räcker att avtalet har ingåtts mellan en lokal myndighet och en med denna myndighet fristående person. Det kan endast förhålla sig på annat sätt om den lokala myndigheten utövar en kontroll över personen i fråga motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, samtidigt som nämnda person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den.”⁴

EG-domstolen förefaller således anse att det vid In House Providing inte föreligger något avtal i upphandlingsrättslig mening. I senaste rättsfall, C-410/04 ANGAV och C-340/04, Carbotermo, använder dock EG-domstolen uttrycket direkttilldelning av kontrakt.

2.1 Kontroll såsom över den egna förvaltningen

Beträffande bolag som både har offentliga och privata ägare (halvoffentliga bolag) uttalade EG-domstolen i målet *Stadt Halle*, efter att ha hänvisat till *Teckal*, bl.a. följande. ”Det skall erinras om att den fristående enheten i nämnda mål [d.v.s. Teckal-målet] ägdes helt av offentliga myndigheter. Att ett privat företag ingår som delägare, om än i minoritetsställning, i ett bolag som även till viss del ägs av den upphandlande myndigheten i fråga utesluter däremot i alla händelser att denna upphandlande myndighet kan utöva en kontroll över bolaget som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet. I detta avseende skall för det första anmärkas att sambandet mellan en offentlig myndighet, som är en upphandlande myndighet, och dess egen verksamhet styrs av överväganden och krav som är specifika för ett sammanhang där mål av allmänintresse eftersträvas. Privata investeringar i företag styrs däremot alltid av överväganden som är specifika för privata intressen och som har andra syften. För det andra skulle tilldelningen av ett offentligt kontrakt till ett halvoffentligt företag utan anbudsinfordran undergräva målsättningen om fri, icke snedvriden konkurrens och principen om likabehandling av intresserade personer, som föreskrivs i direktiv 92/50, särskilt såtillvida som ett sådant tillvägagångssätt skulle ge ett privat företag som äger en del av detta företag en fördel gentemot sina konkurrenter.”⁵

I målet *Coname* uttalade EG-domstolen vidare, beträffande frågan om vad som vid tilldelning av en koncession skulle kunna utgöra sakliga skäl för särbehandling i form av en direkt tilldelning utan insyn, bl.a. följande. Vad beträffar sakliga skäl som kan motivera en sådan särbehandling, skall det framhållas att endast den omständigheten att kommun äger 0,97 procent av bolagets kapital inte i sig utgör ett sådant sakligt skäl. Vid antagandet att den omständigheten att det är nödvändigt att kommunen utövar kontroll över den koncessionshavare som tillhandahåller en offentlig tjänst utgör ett sakligt skäl

⁴ Mål C-349/97, Spanien mot Kommissionen, p. 204.

⁵ Mål C-26/03, Stadt Halle, p. 49-51.

för en eventuell särbehandling, skall det påpekas att andelen på 0,97 procent är så obetydlig att den inte möjliggör en sådan kontroll, såsom den hänskjutande domstolen har angett.”⁶

Generaladvokat Kokott har i förslag till avgörande i *Parking Brixen* uttalat följande beträffande kontrollrekvisitet. ”Avgörande för om ett företag skall kunna jämföras med en intern enhet eller med andra marknadsaktörer är inte huruvida den upphandlande myndigheten *formellt sett* har samma *juridiska* möjligheter till inflytande som den har över sin egen verksamhet, till exempel genom en rätt att utfärda anvisningar i det enskilda fallet. Det väsentliga är tvärtom huruvida den upphandlande myndigheten *faktiskt* alltid har möjlighet att i full omfattning påverka företaget att beakta de mål av allmänintresse som eftersträvas. Endast om ett företag i praktiken är så självständigt (autonomt) att den upphandlande myndigheten inte längre i full omfattning kan göra sina intressen gällande i företaget kan det inte längre vara tal om en kontroll som motsvarar den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning. Detta intresseorienterade synsätt kommer särskilt tydligt till uttryck i domen i det ovannämnda målet Stadt Halle i vilken domstolen vid tolkningen av det första Teckalkriteriet fäster en avgörande vikt vid att verksamheten styrs av ett sammanhang där mål av *allmänintresse eftersträvas*. Behovet av att uppnå dessa mål av allmänintresse är enligt nämnda dom av avgörande betydelse för vilka möjligheter till inflytande över verksamheten som den upphandlande myndigheten faktiskt behöver ha.”⁷

I mål C-340/04, Carbotermo⁸ anger domstolen att det strider mot varudirektivet att direkt tilldela ett kontrakt till ett dotterbolag till ett kommunalägt aktiebolag. Domstolen fäste sig vid att aktiebolagets styrelse hade ”långtgående befogenheter avseende den löpande och icke-löpande förvaltningen” som den kunde utöva självständigt. Dessutom försvagades kommunens kontrollmöjligheter av ägandet genom att moderbolagets styrelse också hade motsvarande omfattande förvaltningsbefogenheter.

NOU drar av EG-domstolens praxis slutsatsen att rekvisitet ”kontroll såsom över den egna förvaltningen” i sin tur bestå av (minst) två kumulativa rekvisit.

1. Det får inte, ens i minoritetsställning, finnas annat än offentliga ägare. Skälet till detta förefaller vara att den upphandlande enheten då inte har möjlighet att ”i full omfattning påverka företaget att beakta de mål av allmänintresse som eftersträvas”. Det kan dock inte med säkerhet utläsas vilken ”typ” av offentliga ägare som är godtagbara i detta avseende. Det framgår t.ex. inte om samtliga ägare måste vara upphandlande myndigheter, eller om t.ex. en blandning av upphandlande myndigheter och rent kommersiella offentliga bolag kan godtas som ägare.

⁶ Mål C-231/03, Coname, p. 23-24.

⁷ Mål C-458/03, Parking Brixen, p. 72-73.

⁸ Mål C-340/04, Carbotermo SpA, Consorzio Alisei mot Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA, ännu inte publicerat i REG.

2. Den upphandlande myndighetens ägarandel i den närstående juridiska personen får inte vara alltför obetydlig. Av EG-domstolens uttalanden i *Teckal* kan utläsas att det faktum att flera offentliga myndigheter tillsammans äger en fristående juridisk person inte innebär att de, var för sig, inte kan anses ha kontroll över den fristående personen såsom över sin egen förvaltning. Däremot framgår av *Coname* att en ägarandel på 0,97 procent är alltför obetydlig för att ge den nödvändiga kontrollen. Det framgår dock inte var gränsen går, d.v.s. vid vilken ägarandel som kontroll såsom över den egna förvaltningen uppstår respektive upphör.

2.2 Huvuddelen av verksamheten tillsammans med ägarna

Rekvisitet att den fristående juridiska personen skall ”bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den” kan tyckas något märkligt. Rekvisitet rörande kontroll såsom över den egna förvaltningen kan motiveras utifrån ett avtalsrättsligt perspektiv. Den som kontrollerar en fristående juridisk person såsom sin egen förvaltning behöver inte använda sig av avtal för att förmå den fristående juridiska personen att vidta en viss åtgärd. För frågan om det krävs tilldelning av ett avtal eller om det är fråga om In House Providing kan man dock fråga sig vad det har för betydelse huruvida den fristående juridiska personen bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med ägarna eller inte. Möjligen är rekvisitet tänkt att vara en ”spärr” mot åtgärder som kan störa konkurrensen på marknaden.⁹

I det ovannämnda målet C-340/04, *Carbotermo* anger domstolen vidare att syftet med kravet på att bolaget skall bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar det, är att undvika att konkurrensens snedvrids och att säkerställa att upphandling enligt varudirektivet sker i det fall då ett företag som kontrolleras av en eller flera myndigheter är aktivt på marknaden och då konkurrerar med andra företag. Ett företag berövas ju inte nödvändigtvis sin handlingsfrihet genom att beslut som berör företaget kontrolleras av den upphandlande myndighet som äger det, om företaget fortfarande kan utöva en betydande del av sin ekonomiska verksamhet tillsammans med andra aktörer. Det krävs därför också att företagets tjänster huvudsakligen är avsedda enbart för denna myndighet. Enligt EG-domstolen kan direkt tilldelning av kontrakt vidare vara möjlig då flera upphandlande myndigheter äger ett företag. Vid bedömningen av om ett företag bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med de upphandlande myndigheter som äger det, skall all den verksamhet beaktas som företaget bedriver inom ramen för en kontraktstilldelning som gjorts, oberoende av vem som betalar denna verksamhet - den upphandlande myndigheten själv eller de som använder de tillhandahållna tjänsterna. Det saknar också betydelse på vilket territorium verksamheten bedrivs.

⁹ Jfr EG-domstolens ovan refererade uttalanden i *Stadt Halle* om ”målsättningen om fri, icke snedvriden konkurrens”.

I EG-domstolens rättspraxis rörande In House Providing framgår inget om vad som avses med "huvuddelen" av den fristående juridiska personens verksamhet. I den engelska språkversionen av *Teckal* används uttrycket "the essential part" (på originalspråket italienska "la parte più importante") och i *Spanien mot Kommissionen* används uttrycket "most of its activity" (på originalspråket spanska "la parte esencial"). I de franska språkversionerna av båda domarna används uttrycket "l'essentiel de son activité". Essentiel kan översättas både som "väsentlig" och "huvudsakligen".¹⁰ Mycket talar därför för att det skall vara fråga om en mycket stor andel av verksamheten. Sannolikt är det t.ex. fråga om en högre andel än vid uttrycket "större delen", vilket enligt EG-domstolens dom i *University of Cambridge* innebär mer än 50 procent.¹¹ I det fall då flera myndigheter innehar ett företag kan kravet avseende huvuddelen av dess verksamhet vara uppfyllt om detta företag utövar huvuddelen av sin verksamhet, inte nödvändigtvis tillsammans med en av dessa myndigheter, men tillsammans med samtliga dessa myndigheter.¹²

3 Kommunalförbund

Bestämmelser om kommunalförbund finns i kommunallagen (1991:900) (KL). Ett kommunalförbund är en självständig juridisk person. Av 3 kap. 20 § KL framgår att kommuner och landsting får bilda kommunalförbund och lämna över vården av kommunala angelägenheter till sådana förbund. Huvudregeln är att vilken kommunal angelägenhet som helst får anförtros åt ett kommunalförbund. Kommunalförbund får utan särskilt lagstöd ha hand om myndighetsutövning.¹³

Ett kommunalförbund är bildat när förbundsordningen har antagits av förbundsmedlemmarna eller vid den senare tidpunkt som anges i förbundsordningen (3 kap. 20 § 2 st. KL). Ett kommunalförbunds verksamhet finansieras av medlemmarna i den mån verksamheten inte är självfinansierad.

Kommunalförbundets beslutande församling är förbundsfullmäktige eller en förbundsledning. Ledamöter och ersättare i den beslutande församlingen väljs av förbundsmedlemmarnas fullmäktige enligt vad som anges i förbundsordningen. Varje förbundsmedlem skall vara representerad i den beslutande församlingen med minst en ledamot och en ersättare. Antalet ersättare skall vara lika många som antalet ledamöter (3 kap. 23 § KL). Därutöver bestämmer medlemmarna fritt om antalet ledamöter och ersättare i den beslutande församlingen. Det är t.ex. möjligt att i förbundsordningen

¹⁰ Norstedts fransk-svenska ordbok, 1991.

¹¹ Mål C-380/98 University of Cambridge, p. 32-33.

¹² Mål C-340/04 Carbotermo, p. 70.

¹³ Lindquist & Losman, 1991 års kommunallag i dess lydelse den 1 januari 2004 – En handbok med lagtext och kommentarer, 7:e uppl. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2004, sid. 57.

föreskriva att vissa medlemmar skall vara representerade med flera ledamöter än andra medlemmar. Valbar till ett kommunalförbunds beslutande församling är bara den som är ledamot eller ersättare i en förbundsmedlems fullmäktige (4 kap. 23 a § KL).

Förbundsordningen skall, enligt 3 kap. 28 § KL, bl.a. ange

1. kommunalförbundets namn och den ort där förbundet skall ha sitt säte, förbundets medlemmar och ändamål,
2. förbundets organisation, organens befogenheter och inbördes förhållanden samt om interimorgan får inrättas och om förbundsstyrelsen skall få vara ställföreträdare för förbundsfullmäktige, och
3. antalet ledamöter och ersättare i den beslutande församlingen och hur förbundsmedlemmarna skall vara representerade, samt i vissa fall mandattiden.

”När kommunalförbundet har bildats har det självbestämmande inom ramen för förbundsordningen, kommunallagen samt annan lagstiftning som kan gälla för verksamheten. Kommunalförbundet övertar uppgifterna och anses ha exklusiv kompetens att sköta dessa. [...] Det är förbundsmedlemmarnas förtroendevalda i förbundets beslutande församling som har att förverkliga syftet och ambitionerna med förbundet. Medlemmarna kan inte ge förbundet formellt bindande direktiv på samma sätt som är möjligt gentemot ett kommunalt aktiebolag. Genom de nya bestämmelserna i kommunallagen har dock förbundsmedlemmarna fått ökade möjligheter till styrning och insyn i förbundets verksamhet.”¹⁴

Förbundsmedlemmarna kan t.ex. föreskriva att förbundet skall upprätta sin budget inom de ramar och riktlinjer som medlemmarna enats om, eller att förbundet löpande skall rapportera till medlemmarna. Medlemmarna kan också begränsa förbundets möjligheter att ingå förpliktelser, förvärva fastigheter eller bilda bolag och stiftelser. Medlemmarna kan också, i förbundsordningen, föreskriva att vissa typer av beslut skall underställas medlemmarna, eller att medlemmarna skall ha rätt att väcka ärenden i förbundsfullmäktige eller direktionen.¹⁵

4 NOU:s slutsatser

4.1 Kontroll såsom över den egna förvaltningen

Medlemmarna i ett kommunalförbund överlåter vården av kommunala angelägenheter till ett kommunalförbund genom beslut i respektive medlems fullmäktige. För att uppgifter skall kunna överlämnas till ett

¹⁴ Hilborn & Riberdahl, Kommunala samverkansformer, Kommentus förlag 2000, sid. 58.

¹⁵ Hilborn & Riberdahl, sid. 68.

kommunalförbund krävs det således inte något avtal mellan medlemmarna och förbundet, även om, som i det föreliggande fallet, avtal har slutits för att reglera fördelningen av kostnader mellan kommunförbundets medlemmar.

Av kommunallagens bestämmelser framgår att endast kommuner och landsting kan bilda och vara medlemmar i kommunalförbund. Det är således inte möjligt för privata företag att bli medlemmar i ett kommunalförbund. Därmed är medverkan av privata parter utesluten och situationer såsom de behandlade i målen Stadt Halle och Mödling¹⁶ kan inte uppkomma så länge kommunalförbundet består.

De kommuner (eller landsting) som bildat ett kommunalförbund är medlemmar i förbundet. Ett kommunalförbund har således, till skillnad från t.ex. ett kommunalt aktiebolag, inga ägare. Varje förbundsmedlems inflytande över verksamheten står i proportion till antalet ledamöter medlemmen har, i förhållande till det totala antalet ledamöter, i förbundets beslutande församling.

Det kan således konstateras att det är möjligt för en kommun att utöva en kontroll jämförbar den som utövas över den egna förvaltningen över ett kommunalförbund i vilket kommunen är medlem. Detta förutsätter dock sannolikt att antalet medlemmar inte är alltför stort och kommunens andel därför är alltför obetydlig. Som nämnts ovan finns det dock i nuläget inget klart svar beträffande vid vilken ägarandel som kontroll såsom över den egna förvaltningen uppstår respektive upphör.

4.2 Huvuddelen av verksamheten tillsammans med ägarna

När ett kommunalförbund utför de kommunala uppgifter som överlämnats till förbundet av medlemmarna torde detta, i upphandlingsrättslig mening, kunna anses vara sådan verksamhet som förbundet utövar ”tillsammans med den eller de myndigheter som innehar det”, även om de nyttigheter som förbundet tillhandahåller riktar sig till kommunernas medlemmar och inte direkt till kommunerna. Skälet till detta är att kommunalförbundet då inte uppträder som andra ”normala” aktörer på marknaden utan är ”så starkt sammankopplat med [kommunerna] att avtal mellan [kommunalförbundet] och [kommunerna] kan jämföras med interna transaktioner.”¹⁷

Om däremot kommunalförbundet, vid sidan av de uppgifter som det istället för kommunerna tillhandahåller kommunernas medlemmar, även säljer varor eller tjänster på den ”öppna marknaden”, d.v.s. till privata köpare på normala marknadsmässiga villkor, skall detta med all sannolikhet inte betraktas som

¹⁶ Målet C-29/04 Mödling gällde ett kommunalt bolag som kort efter tilldelningen av ett kontrakt utan konkurrensutsättning har delvis sålts till ett privat företag. Se NOU info december 2005.

¹⁷ Jfr Generaladvokat Kokotts ovan refererade förslag till avgörande i *Parking Brixen*.

sådan verksamhet som förbundet utövar ”tillsammans med den eller de myndigheter som innehar det”.

Flertalet kommunalförbund torde huvudsakligen utföra sådana uppgifter som medlemmarna överlämnat till förbundet. Det kan dock inte uteslutas att det, utöver Bergslagens räddningstjänst, även kan finnas andra kommunalförbund som säljer varor eller tjänster till privata kunder. Det torde dock, med hänsyn till de begränsningar som följer av KL:s bestämmelser om den kommunala kompetensen, vara mycket ovanligt att ett kommunalförbund säljer varor eller tjänster till privata kunder i en sådan omfattning att de uppgifter som förbundet utför åt medlemmarna inte kan sägas utgöra huvuddelen av verksamheten.

Rekvisitet att den fristående juridiska personen skall ”bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den” torde därför normalt sett vara uppfyllt i relationen mellan ett kommunalförbund och dess medlemmar.

De kommuner som inte är medlemmar i kommunalförbundet skall givetvis upphandla sina tjänster i enlighet med LOU. Ansvar för att LOU följs åligger den som köper tjänster. Kommunalförbundet bör dock inte medverka till att bli avtalspart i kontrakt som kan strida mot kommunallagens bestämmelser.¹⁸

Av handlingarna framgår att det aktuella kommunalförbundet även säljer larmmottagningstjänster till privata kunder. Enligt Ramreglemente för Kommunalförbundet Bergslagens räddningstjänst får kommunalförbundet i ”obetydlig omfattning sälja tjänster eller varor på den privata marknaden, såvida ytterligare omfattning inte medges enligt gällande rätt”. Enligt en granskning av revisionen den 26 augusti 2005 fanns det tveksamhet om delar av larmcentralens verksamhet var förenlig med kommunalförbundets kompetensområde, gällande lagstiftning och praxis. Detta berörde förmedling av larmtjänster som förmedlats till externa kunder utanför medlemskommuner och som därför inte var direkt förknippade med räddningstjänstens grunduppdrag. Tjänsterna har sålts även utanför förbundets geografiska område. Dessa tjänsters omfattning bedömdes dock av revisorerna vara av ringa omfattning. Revisionen rekommenderar att Bergslagens räddningstjänst eftersträvar en resultatredovisning som visar förhållandet mellan medlemskommuner och övriga kunder.

Det ankommer inte på NOU att utreda och uttala sig om huruvida Bergslagens räddningstjänst bryter mot kommunallagen eller någon annan lagstiftning som inte berör tillämpningen av LOU. NOU utreder därför inte om och i så fall i vilken utsträckning kommunalförbundet överskrider sin kompetens genom att i mer än obetydlig omfattning sälja sina tjänster till privata kunder.

¹⁸ RÅ 2003 ref 98 angående beslut av en kommunal nämnd att lämna anbud till landstinget vid upphandling av sjuktransporttjänster har ansetts kompetensöverskridande.

NOU avslutar ärendet.

Beslut om utformningen av denna skrivelse har fattats vid nämndssammanträde den 25 oktober 2006, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommersrådet Bengt Agild, vice ordförande, chefsjuristen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, teknologie doktorn Börje Hed och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze efter föredragning av chefsjuristen Michael Slavicek.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

För kännedom:
Karlskoga kommun
691 83 Karlskoga