

Finansdepartementet
103 33 STOCKHOLM

Angående Svenska kyrkans ställning som upphandlande enhet

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar, med stöd av 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), tillsyn över den offentliga upphandlingen.

NOU vill uppmärksamma Finansdepartementet på att 1 kap. 5 § LOU, i den del som avser Svenska kyrkans ställning som upphandlande enhet, förefaller stå i strid med Europeiska unionens direktiv för offentlig upphandling för den klassiska sektorn.

Rättslig bakgrund

Sedan den 1 januari 2000 har Svenska kyrkan inte längre någon särställning bland trossamfunden i Sverige. Som en konsekvens härav framgår av 1 kap. 5 § LOU att Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter är upphandlande enheter endast i fråga om verksamhet som bedrivs enligt begravningslagen (1990:1144).

Den som är folkbokförd i Sverige skall enligt 9 kap. 1 § begravningslagen (1990:1144) betala begravningsavgift. Avgiften skall enligt 2 § samma lag betalas till den huvudman inom vars förvaltningsområde den avgiftsskyldige är folkbokförd. Om församlingen är huvudman skall avgiften för den som tillhör Svenska kyrkan enligt 2 § lagen (1999:291) om avgift till registrerat trossamfund räknas in i kyrkoavgiften.¹ Svenska kyrkan är huvudman för begravningsverksamheten i hela Sverige med undantag för Stockholm och Tranås där respektive kommun är ansvarig.² Av 9 kap. 5 § begravningslagen framgår att vid bestämmande, debitering, redovisning och betalning av begravningsavgiften gäller skattebetalningslagen (1997:483).

¹ Av 7 § lagen (1998:1591) om Svenska kyrkan framgår att den som är medlem i kyrkan skall betala lokal och regional kyrkoavgift.

² Enligt uppgift på Svenska kyrkans webbplats www.svenskakyrkan.se.

Kristian Pedersen

För den som vid dödsfallet var folkbokförd inom en huvudmans förvaltningsområde skall huvudmannen, enligt 9 kap. 6 § begravningslagen, utan kostnad för dödsboet tillhandahålla:

- gravplats eller motsvarande på allmän begravningsplats under en tid av 25 år,
- gravsättning inklusive gravöppning, återfyllning och iordningställande av öppnad grav,
- transporter från det att huvudmannen övertagit ansvaret för stoftet till dess att gravsättning har skett, med undantag av transport för gravsättning utanför huvudmannens område, om inte transporten beror på ett avtal om tillhandahållande av särskilda gravplatser,
- kremering,
- lokal för förvaring och visning av stoftet, samt
- lokal för begravningsceremoni utan religiösa symboler.

Svenska kyrkan får, enligt 3 § 1 st. lagen (1998:1591) om Svenska kyrkan, ”förvärva rättigheter och ta på sig skyldigheter samt föra talan vid domstol och andra myndigheter”. Av paragrafens andra stycke framgår att samma rätt tillkommer var för sig Svenska kyrkans församlingar, sammanslutningar av församlingar (kyrkliga samfälligheter) och stift. Härmed avses enligt förarbetena att såväl Svenska kyrkan som dess församlingar och kyrkliga samfälligheter var för sig getts ställning som juridiska personer.³

Svenska kyrkan har, enligt 4 kap. 16 § lagen (1988:950) om kulturminnen, rätt till viss ersättning (s.k. kyrkoantikvarisk ersättning) av staten för kulturhistoriskt motiverade kostnader i samband med vård och underhåll av de kyrkliga kulturminnena. Svenska kyrkan beslutar om fördelning av ersättningen mellan stiftet. Stiftet beslutar om fördelning inom sitt område. Den kyrkoantikvariska ersättningen uppgår under år 2004 till 150 miljoner kronor.⁴

Begreppet upphandlande enhet

Begreppet ”upphandlande enhet” i LOU motsvaras i upphandlingsdirektiven för den klassiska sektorn av begreppet ”upphandlande myndighet”, varmed avses statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt, sammanslutningar bildade av en eller flera sådana

³ Prop. 1997/98:116, sid. 44 ff.

⁴ Enligt uppgift på Svenska kyrkans webbplats www.svenskakyrkan.se.

Kristian Pedersen

myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt.⁵ Ett organ kan således vara upphandlande myndighet antingen för att det är en statlig, regional eller lokal myndighet, eller för att det är ett organ som lyder under offentlig rätt.

Organ som lyder under offentlig rätt är egna juridiska personer, skilda från stat, landsting och kommuner. Direktivens definition av vad som är ett organ som lyder under offentlig rätt har införlivats i svensk rätt genom 1 kap. 6 § LOU, av vilken framgår att begreppet upphandlande enhet omfattar ”sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär och

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

Av upphandlingsdirektiven för den klassiska sektorn framgår även ett krav på att en sådan organisation skall vara en juridisk person för att anses vara upphandlande enhet.

Av EG-domstolens praxis framgår att upphandlingsdirektivens bestämmelser skall tillämpas fullt ut på en organisations hela verksamhet, även om endast en mindre del av organisationens verksamhet omfattas av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven och större delen av verksamheten är ren affärsverksamhet av kommersiell eller industriell karaktär. En motsatt tolkning skulle enligt EG-domstolen strida mot kravet på rättssäkerhet (legal certainty).⁶

EG-domstolen har vidare i sin dom målet *University of Cambridge*⁷ klargjort hur uttrycket ”till större delen finansieras av” skall tolkas och vilka beräkningsgrunder som skall tillämpas. Detta uttrycks i 1 kap. 6 § LOU med orden ”vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet”.⁸ EG-domstolen uttalade att endast sådana bidrag som genom ett ekonomiskt stöd utan särskild

⁵ Varudirektivet 93/36/EEG art. 1 b, byggdirektivet 93/37/EEG art. 1 b och tjänstedirektivet 92/50/EEG art. 1 b.

⁶ Se bl.a. mål C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG m.fl. mot Strohal Rotationsdruck GsmBH (SRG) p. 34. REG 1998, s. I-73.

⁷ Mål C-380/98 The Queen mot H.M. Treasury, ex parte: The University of Cambridge, REG 2000, sid. I-8035.

⁸ Det finns således en skillnad mellan ordalydelseerna i upphandlingsdirektiven och LOU.

Kristian Pedersen

motprestation finansierar eller stödjer den berörda organisationens verksamhet kan anses som offentlig finansiering. Uttrycket "finansieras av" omfattar således bidrag och stipendier som betalas av en eller flera upphandlande enheter för att främja forskningsarbete. Betalningar som görs av en eller flera upphandlande enheter, antingen för forskningsarbeten inom ramen för ett avtal om tillhandahållande av tjänster eller organiserande av konferenser, utgör däremot inte offentlig finansiering i den mening som avses i nämnda direktiv.

EG-domstolen fastslog vidare att uttrycket "till större delen" innebär mer än hälften av organisationens samtliga intäkter. Det innebär att även sådana intäkter skall inkluderas som följer av organisationens näringsverksamhet. Bedömningen om en sådan organisation, som universitetet ifråga, utgör en upphandlande enhet, skall göras på årsbasis. Det budgetår under vilket ett visst upphandlingsförfarande påbörjas, måste enligt EG-domstolen anses vara den lämpligaste perioden för att beräkna finansieringen av detta organ. Denna beräkning skall göras på grundval av de siffror som är tillgängliga i början av budgetåret även om dessa är provisoriska. En organisation som då ett upphandlingsförfarande påbörjas är en upphandlande enhet förblir underkastad villkoren i upphandlingsdirektiven till dess att upphandlingen ifråga avslutats.

NOU:s bedömning

Av vad som ovan anförts framgår följande. Om en organisation bedriver en typ av verksamhet som omfattas av upphandlingsdirektiven för den klassiska sektorn omfattas hela organisationen av dessa direktiv, oavsett vilken verksamhet organisationen bedriver i övrigt. Bestämmelserna i 1 kap. 5 § LOU som anger att Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter är upphandlande enheter *endast i fråga om verksamhet som bedrivs enligt begravningslagen* förefaller därför stå i strid med upphandlingsdirektiven för den klassiska sektorn såsom dessa tolkats av EG-domstolen. Om en församling eller kyrklig samfällighet till någon del bedriver verksamhet som omfattas av upphandlingsdirektivens bestämmelser är församlingen eller samfälligheten, enligt NOU:s mening, i sin helhet en upphandlande enhet och därför skyldig att följa bestämmelserna i upphandlingsdirektiven vid all tilldelning av kontrakt. Detta gäller således även kontrakt som inte har samband med begravningsverksamheten.

NOU anser därför att frågan huruvida en viss församling eller kyrklig samfällighet är upphandlande enhet bör besvaras med ledning av de rekvisit som framgår av 1 kap. 6 § LOU. Frågan är med andra ord om församlingen

Kristian Pedersen

eller samfälligheten är ett ”organ som lyder under offentlig rätt” i den mening som avses i upphandlingsdirektiven för den klassiska sektorn.

EG-domstolen har i målet *Adolf Truley*⁹ uttalat att begravningsverksamhet kan anses tillgodose behov i det allmännas intresse. De behov som Svenska kyrkans begravningsverksamhet tillgodoser är av sådan art att de enligt NOU:s bedömning inte kan anses vara av industriell eller kommersiell karaktär. De organisatoriska delar av Svenska kyrkan som bedriver verksamhet enligt begravningslagen tillgodoser därmed enligt NOU:s uppfattning behov i det allmännas intresse, vilka inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

Ovan har konstaterats att Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter är självständiga juridiska personer, skilda från stat, kommuner och landsting. För att fastställa huruvida en viss församling eller samfällighet skall anses vara upphandlande enhet återstår således endast att utreda huruvida dess verksamhet huvudsakligen finansieras av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet. Vid denna bedömning skall hänsyn tas till såväl begravningsavgiften, inklusive kyrkoavgiften till den del denna utgörs av begravningsavgift, och kyrkoantikvarisk ersättning från staten, som andra eventuella bidrag utan krav på särskild motprestation, vilka finansierar eller stödjer församlingens eller samfällighetens verksamhet.

Om en viss församling eller kyrklig samfällighet, som bedriver begravningsverksamhet, till mer än hälften finansieras av offentliga medel är församlingen respektive samfälligheten enligt NOU:s mening en upphandlande enhet och därför skyldig att tillämpa bestämmelserna i LOU vid all tilldelning av kontrakt. NOU anser därför att bestämmelserna i 1 kap. 5 § LOU, i den del dessa innebär att Svenska kyrkans församlingar och samfälligheter endast är skyldiga att tillämpa LOU ifråga om verksamhet som bedrivs enligt begravningslagen, förefaller stå i strid med upphandlingsdirektiven för den klassiska sektorn.

Att vissa upphandlande enheter är skyldiga att tillämpa LOU vid utförandet av viss angiven verksamhet förekommer endast vid upphandling som beskrivs i 4 kap. 1 § LOU (försörjningssektorerna) men inte inom den klassiska sektorn.

NOU avslutar härmed detta ärende.

⁹ Mål C-373/00, *Adolf Truley GmbH mot Bestattung Wien GmbH*, REG 2003, sid. I-1931.

Kristian Pedersen

Beslut om utformningen av denna skrivelse har fattats vid nämndsammanträde den 17 juni 2004 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman.

Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Kristian Pedersen. Skrivelsen expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen

Kopia för kännedom:
Svenska kyrkan, Kyrkokansliet
Konkurrensverket