
SKA DET BEHÖVA VARA SÅ SVÅRT? – HÖGSTA FÖRVALTNINGS- DOMSTOLEN PRÖVAR BEGREPPET OFFENTLIG STYRT ORGAN

Erik Olsson*

1. INLEDNING

”Den fråga i målet som har lett till att Högsta förvaltningsdomstolen meddelat prövningstillstånd gäller tillämpningen av bestämmelsen om offentligt styrda organ i 2 kap. 12 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.”

Så är den så kallade uppsläppandemeningen formulerad i Högsta förvaltningsdomstolens senaste beslut om prövningstillstånd på upphandlingsområdet.¹ Med denna mening inleds också vad som får förmodas bli det sista kapitlet i den mycket långdragna historien om Akademiska hus upphandlingsrättsliga status.

Såvitt jag kan uttröna började denna historia redan i augusti 1997 genom en skrivelse från den då förhållandevis nyetablerade tillsynsmyndigheten Nämnden för Offentlig Upphandling (NOU).² Detta förefaller vara det första tillfället då NOU, dock utan att ta ställning i frågan, uppmärksammar Akademiska hus på att bolaget skulle kunna omfattas av upphandlingskyldighet enligt den dåvarande lagen.³ Ett år senare fick NOU regeringens uppdrag att utreda huruvida de statliga bolagen skulle omfattas av dåvarande LOU.⁴ Akademiska hus var ett av de bolag som NOU ansåg skulle omfattas av LOU. Akademiska hus

* Erik Olsson, Advokat och delägare vid Advokatfirman Kahn Pedersen. För fullständighetens skull ska nämnas att jag företrätt bolag i mål där det har varit tvistigt huruvida dessa bolag ska omfattas av upphandlingskyldighet.

¹ Högsta Förvaltningsdomstolens beslut av den 24 september 2015 i mål nr 884-15.

² Se NOU skrivelse av den 19 augusti 1997 i dnr: 73/97-21. I skrivelsen tar NOU inte ställning till om Akademiska hus är en upphandlande enhet då man inte anser sig ha behörighet till detta. Man anger dock i korthet de rekvisit som har relevans för bedömningen av om ett organ utgör en upphandlande enhet eller inte.

³ Lag (1992:1528) om offentlig upphandling.

höll inte med – och så startade en tillsynsföljetång som sedermera övertogs av Konkurrensverket och som nu, 18 år senare, har letat sig hela vägen upp till Högsta förvaltningsdomstolen.⁵

Vad parterna, Akademiska hus på den ena sidan och NOU respektive Konkurrensverket på den andra, tvistar om är frågan om huruvida följande mening i 2 kap. 12 § LOU är tillämplig i förhållande till Akademiska hus verksamhet, dvs. om Akademiska hus verksamhet är av sådan art

”(…) som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär”.

Denna beskrivning definierar vilka organ som, jämte myndigheter, är skyldiga att tillämpa LOU och har blivit föremål för inte mindre än 16 avgöranden från EU-domstolen, varav 15 har meddelats efter NOU:s första skrivelse. Det är i princip bara in-house tilldelning och direktupphandling som EU-domstolen ägnat mer uppmärksamhet åt. Härtill har inte färre än 8 generaladvokater uttalat sig i frågan, flera av dem vid upprepade tillfällen.

Man skulle kunna tänka sig att allt som finns att säga om vad som utgör det ”allmännas intresse” och vad som utgör ”industriell eller kommersiell karaktär” därmed borde vara sagt och att Högsta förvaltningsdomstolen därför inte kan ha så mycket att tillföra vid det här laget.

För egen del kan jag dock konstatera att något av det mest talande som någonsin sagts i anslutning till definitionen av ett offentlig styrt organ, sades redan i september 1997, av Generaladvokat Léger i punkten 64 i dennes förslag till avgörande i målet Mannesmann:

”Uttrycket ’allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär’ är svårbegripligt.”

Dessvärre är detta enkla utlåtande lika sant idag som det var då.

Jag ska inte i denna krönika ge mig på att bedöma om Akademiska hus är ett offentligt styrt organ eller inte. Det låter sig inte göras utan att ingående kunskap om förutsättningarna för Akademiska hus verksamhet. Vad jag istället tänkte ge mig på är att diskutera varför uttrycket ”*allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär*” är så svårt att förstå – eller ”svårbegripligt” – och hur ett fokus på detta uttryck snarare fördunklar än förtydligar allt

⁴ NOU:s rapport, dnr 172/98-28 avseende uppdraget från regeringen att utreda om statliga bolag tillämpar lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

⁵ Såvitt jag kan utröna har följande beslut fattats från tillsynsmyndigheterna rörande Akademiska hus upphandlingsrättsliga status. NOU:s rapport dnr 1999/0234-28, Uppdrag från regeringen att utreda om vissa statliga bolag tillämpar lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU, Konkurrensverkets beslut av den 11 mars 2009, dnr. 247/2008, Konkurrensverkets beslut, dnr 642/2010 varigenom de ansöker om upphandlingsavgift för första gången vid förvaltningsrätten i Uppsala.

för stort gränserna för LOU:s tillämpningsområde. Jag kommer också i korthet diskutera hur en mer teleologisk tolkning av begreppen eventuellt skulle kunna ge domstolar en bättre utgångspunkt då de bedömer huruvida ett visst organ ska omfattas av LOU eller inte.

2. VARFÖR ÄR DET SÅ SVÅRT?

Så varför är det så svårt att säga om ett organ tillgodoser ett allmänt intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär? Den närmast till hands liggande förklaringen är helt enkelt att vi inte med säkerhet vet vad de olika begreppen ”allmänt intresse”, ”industriell” och ”kommersiell” betyder inom ramen för upphandlingsdirektiven.

Genom EU-domstolens praxis har vi fått viss vägledning i det att EU-domstolen inom ramen för de mål som domstolen prövat har haft anledning att uttala sig om huruvida vissa verksamheter utgör sådana verksamheter som tillgodoser ett behov i det allmännas intresse vilket inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Dessa mål utgör emellertid ett begränsat antal fall. Av de 16 mål som EU-domstolen hittills prövat har man endast tagit uttrycklig ställning i denna fråga i sju fall. Detta har resulterat i ett antal exempel på sådan verksamhet, nämligen; att framställa officiella administrativa handlingar såsom pass, körkort, etc. C-44/96, Mannesmann; viss avfalls- och renhållningsverksamhet C-360/96 BFI holding; mässverksamhet C-223/99 och C-260/99, Excelsior; viss begravningsverksamhet C-373/00, Adolf Truley; under vissa omständigheter tillhandahålla högteknologiska företag med byggnader C-18/01 Korhonen; uppförandet av kriminalvårdsanläggningar, C-283/00 SIEPSA, samt offentlig sjukvård C-300/07, Oymann; till skillnad från någon entydig tolkning avseende vad sådan verksamhet egentligen ska bestå i.⁶

Vi har även genom EU-domstolens praxis fått viss vägledning i form av följande indicier vilka, utan att något av dem är ensamt avgörande, kan vara vägledande för om en verksamhet tillgodoser ett allmänt behov vilket inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Indicierna återges nedan, i kronologisk ordning baserat på när de dök upp i EU-domstolens praxis.

1. Det saknar betydelse att ett organ som tillgodoser ett behov i det allmännas intresse vilket inte är av industriell eller kommersiell karaktär vid sidan av denna verksamhet också bedriver kommersiell verksamhet (C-44/96 Mannesmann).

⁶ Jfr. Generaladvokat Albers förslag till förhandsavgörande i mål C-18/01, Korhonen, punkt 56. där han anger att de verksamheter domstolen bedömt kan utgöra ”riktmärken för en tolkning”.

2. Det förhållande att ett behov även tillgodoses av privata bolag utesluter inte nödvändigtvis att det rör sig om ett allmänt behov vilket är av industriell eller kommersiell karaktär (C-360/96 BFI Holding)
3. Den omständigheten att det finns konkurrens på marknaden är inte i sig tillräckligt för att utesluta att organ som kontrolleras av staten låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska. Däremot kan förekomsten av konkurrens vara ett tecken på att det inte är fråga om ett allmännyttigt behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär (C-360/96 BFI Holding)
4. Att en verksamhet består av utbud av tjänster på marknaden och att detta sker mot vederlag är ett tecken på kommersiell eller industriell verksamhet (Förenade målen C-223/99 och 260/99, Excelsior.)
5. Att ett bolag drivs med produktivitets-, effektivitets-, och lönsamhetskriterier som grund är ett tecken på kommersiell eller industriell verksamhet. Detta gäller även om bolaget saknar vinstsyfte. (Förenade målen C-223/99 och 260/99, Excelsior.)
6. Att ett bolag bär den ekonomiska risken för sin verksamhet är ett tecken på kommersiell eller industriell verksamhet. Detta gäller även om bolaget saknar vinstsyfte. (Förenade målen C-223/99 och 260/99, Excelsior.)
7. Det förhållande att kommissionen i ett tolkningsmeddelande behandlat tillhandahållande av en viss typ av tjänst som kommersiell verksamhet är ett tecken på att det är kommersiell verksamhet. (Förenade målen C-223/99 och 260/99, Excelsior.)
8. Att en verksamhet bedrivs under konkurrens är ett tecken på kommersiell verksamhet, (Förenade målen C-223/99 och 260/99, Excelsior se tidigare C-360/96 BFI Holding) Huruvida ett bolags verksamhet är konkurrensutsatt ska bedömas med beaktande av all den verksamhet som organet bedriver på såväl internationell som nationell och regional nivå.
9. Den omständighet att ett organ syftar till att tillgodose kommersiella företags behov är inte i sig tillräckligt för att utesluta att det föreligger allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, (mål C-18/01, Korhonen)
10. Om ett organ verkar på normala marknadsmässiga villkor, har ett vinstsyfte och bär de förluster som uppstår i samband med utövandet av sin verksamhet är det *föga sannolikt* att de behov som det syftar till att tillgodose inte är av industriell eller kommersiell karaktär. (mål C-18/01, Korhonen)
11. Om det förhåller sig så att myndigheter skulle förhindra att ett bolag går i konkurs utan istället tillföra nytt kapital och bolagets vinstintresse dessutom inte är dess huvudsakliga syfte och om bolaget fått statlig finansiering för ett projekt; då framstår det däremot som *sannolikt* att verksamheten tillgodoser ett behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. (mål C-18/01, Korhonen)

12. Det förhållandet att ett bolag inte eftersträvar vinst som huvudsakligt mål kan styrkas av att bolaget under nära två år bokförde betydande finansiella förluster utan att ägaren reagerade. Detta förhållande, tillsammans med det förhållandet att ett bolag utgjorde en grundläggande del av statens kriminalvårdspolitik gjorde att det synes vara troligt att staten skulle vidta samtliga nödvändiga åtgärder för att förhindra att ett bolag går i konkurs (mål C-283/00 Kommissionen mot Spanien). Detta är ett tecken på att verksamheten inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

Problemet med dessa indicier är att ett de är just indicier. Ingen av dem kan ensam läggas till grund för en bedömning. Som framgår av punkt 10 och 11 ovan vilka återger EU-domstolens resonemang i C-18/01 Korhonen, krävs flera indicier som alla talar i samma riktning för att domstolen ska våga sig på ett uttalande som att det är *sannolikt* respektive *föga sannolikt* att ett organ tillgodoser ett behov i det allmännas intresse vilket är av industriell eller kommersiell karaktär.

Om vi exempelvis tittar på EU-domstolens bedömning i SIEPSA – ett av de få avgöranden där domstolen verkligen gått hela vägen och själv angett att ett organ tillgodoser ett behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär – så kan vi konstatera att en lång rad indicier skulle till för EU-domstolens bedömning.⁷ Det spanska bolaget i fråga, SIEPSA, var ett bolag vars verksamhet bestod i att uppföra anläggningar för kriminalvården. Som framgår av hänvisningen i punkten 93 till avgörandet var det följande omständigheter som tillsammans medförde att SIEPSA fick anses tillgodose ett behov i det allmännas intresse vilket inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

1. SIEPSA har fått en ensamrätt att utöva den relevanta verksamheten i syfte genomföra den spanska statens kriminalpolitik.
2. SIEPSA:s verksamhet utgör också ett nödvändigt villkor för utövande av statens rätt att bestraffa och hänger därmed mycket nära samman med den allmänna ordningen
3. SIEPSA står under långtgående kontroll av staten som bland har godkänt en plan för nedläggning och upprättande av kriminalvårdsanstalter utifrån statens kriminalvårdspolitik. SIEPSA har sedan att följa denna plan.
4. Eftersom verkställighet av straff är statens exklusiva behörighet finns det ingen marknad för SIEPSA:s tjänster.

⁷ Mål C-283/00, Kommissionen mot Spanien, SIEPSA. I mål som rör begäran om förhandsavgörande skjuter EU-domstolen normalt (och rätteligen) tillbaka bedömningen om ett visst organ tillgodoser ett behov i det allmännas intresse vilket inte är av industriell eller kommersiell karaktär till den nationella domstolen. Vi är därför hänvisade till de få mål som rör en kommissionstalan för att få se exempel på när EU-domstolens själv gör en sådan bedömning.

5. SIEPSA är inte ett organ som bjuder ut varor eller tjänster på marknaden i konkurrens med andra aktörer.
6. Vinst utgör inte verksamhetens huvudsakliga syfte, vilket bekräftas av att man faktiskt gjort betydande förluster samt av skrivningar i bolagets bolagsordning.
7. Mot denna bakgrund och mot bakgrund av dess roll för kriminalpolitiken kan de inte anses bära risken för sin verksamhet. Tvärtom framstår det som troligt att staten skulle vidta samtliga åtgärder för att förhindra att SIEPSA går i konkurs.

Dessa faktorer bidrog sammantaget till att EU-domstolen fann att SIEPSA tillgodoåg ett allmännyttigt behov vilket inte var av kommersiell eller industriell karaktär.

Problemet i förhållande till svensk rätt är dock att det är ytterst sällan som svenska domstolar ombeds bedöma bolag som är så uttalat politiskt styrda som SIEPSA och som i övrigt uppfyller så många indicier samtidigt. De flesta domare hade nog hållit med om att ett statligt finansierat, och dessutom politiskt detaljstyrt kriminalvårdsbolag vilket endast arbetar med att med ensamrätt tillhandahålla fängelser åt staten, och som dessutom rent faktiskt gjort kraftiga underskott flera år i rad utan att någon synes ha reagerat, inte framstår som särskilt kommersiellt betingat.

Men vad säger det om hur bedömningen ska göras i mindre klara fall? Vad hade hänt om en eller flera indicier inte varit för handen? Hur stor betydelse har det att det ovan nämnda fallet rörde just kriminalvården eller att SIEPSA faktiskt inte bedrev någon direkt försäljning annat än till sin ägare? Finns det därutöver indicier som är viktigare än andra? Är någon av indicierna överflödiga? Hur hade bedömningen blivit om det fanns ytterligare sju indicier, vilka talat i motsatt riktning?

Vi kan nog med säkerhet säga att de omständigheter som EU-domstolen radar upp i SIEPSA inte ska betraktas som en lista med kumulativa rekvisit, men de utgör definitivt inte heller några alternativa rekvisit. De är i själva verket inte några rekvisit alls, utan just indicier vilka samlat medfört att EU-domstolen i ett visst fall gjort i en viss bedömning. Indicierna är betingade av varje enskilt fall och säger, som sådana, mycket lite om hur en bedömning i ett annat fall kommer att ske.⁸ Så måste det förmodligen också vara på grund av den funktionella tolkning som den nu aktuella bestämmelsen ska ges.

⁸ Generaladvokat Alber använder i senare förslag till avgöranden, från C-18/01, Korhonen och framåt, begreppet "riktmärken" för att beskriva den rättsliga statusen av de omständigheter jag ovan kallar indicier.

Som La Pergola förklarade redan i sitt förslag till avgörande i mål C-360/96, BFI Holding, bör EU-domstolen avhålla sig från att uttala allmänna kriterier för bestämmelsens tolkning.

”Vad vidare beträffar begreppet allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär anser jag inte att man i det svar som skall ges den hänskjutande domstolen kan bortse från de särskilda omständigheterna i varje situation. Det förefaller mig således inte som om domstolen här kan definiera allmänna kriterier för tolkningen av bestämmelsen i fråga, utan att hänsyn tas till det enskilda fallet. Det är här fråga om en bestämmelse som inte lämpar sig för en allmän och abstrakt tolkning, just eftersom gemenskapslagstiftaren har velat ge bestämmelsen den ovan nämnda rent funktionella karaktären.”⁹

Såvitt jag förstår har La Pergolas uttalande visat sig sant, vilket kan förklara att EU-domstolen har varit försiktig med allt för kategoriska uttalanden i sin praxis och aktat sig för att allt för generellt uttala sig om vilken betydelse som ska tillmätas olika omständigheter. Lägg till detta att EU-domstolen vid upprepade tillfällen har sagt att den nationella domstolen ska ta hänsyn till samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter vid sin bedömning av om ett organ tillgodoser ett behov av allmänt intresse vilket inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Detta innebär att det finns ett potentiellt oändligt antal ytterligare indicier vilka fortfarande inte behandlats i EU-domstolens praxis men som, i den mån de är relevanta, istället ska ske genom den nationella domstolens bedömning.

Att nationella domstolar ska ta hänsyn till samtliga relevanta, faktiska och rättsliga omständigheter innebär emellertid inte att frågan om vad som utgör ett behov i det allmännas intresse och som inte är av industriell eller kommersiell karaktär ska avgöras utifrån nationella rätt. Tvärtom har EU-domstolen klargjort att det rör sig om gemenskapsrättsligt begrepp som ska ges ”en självständig och enhetlig tolkning inom hela gemenskapen”.¹⁰

Låt mig klargöra vad detta innebär. Den nationella domstolen ska alltså bedöma huruvida ett visst organs verksamhet stämmer in i den tämligen intetsägande beskrivningen ”*allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär*”. Denna bedömning ska visserligen ta hänsyn till de indicier som framgår av EU-domstolens praxis, i den mån dessa är relevanta i det enskilda fallet, men det ska också ta hänsyn till *alla andra relevanta omständigheter*. När den nationella domstolen är färdig med att identifiera, väga och bedöma samtliga relevanta omständigheter ska den landa i en bedömning som också är gemenskapsrättsligt enhetlig i den bemärkelsen att andra nationella domare i unionen, och ytterst EU-domstolen, hade landat i samma bedömning.

⁹ Generaladvokaten La Pergolas förslag till avgörande i mål C-360/96 BFI Holding.

¹⁰ Mål C-373/00, Adolf Truley, p 36.

Till sin hjälp har den nationella domstolen inte så väldigt mycket mer att stödja sig på än vetenskapen om att gränsen mellan vad som utgör ett offentligt styrt organ och vad som inte utgör ett offentligt styrt organ går någonstans mellan en Spansk fängelsekonstruktör och ett Italienskt mässbolag.¹¹

Det är därför det är så svårt.

3. BEHÖVER DET VARA SÅ SVÅRT?

Så behöver det verkligen vara så svårt att avgöra vilka organ som ska omfattas av LOU och vilka som ska falla utanför? Svaret är: ja. Eller som generaladvokat La Pergola uttalade i punkten 41 i sitt förslag till avgörande i BFI Holding, när denne uttryckte ”[a]tt [...] definiera de behov som är relevanta enligt upphandlingsdirektivet är en svår, för att inte säga omöjlig uppgift. Uttolkaren kan således enbart forska i sambandet mellan tillgodoseendet i behoven och statens struktur (givetvis i vidsträckt bemärkelse) och framför allt i den sistnämndas ekonomiska beroende [...]”. [Min understrykning]

Att avgöra LOU:s tillämpningsområde är en svår uppgift, det kommer man inte ifrån.

Däremot vill jag mena att det faktiskt blir svårare att ta ställning till LOU:s tillämpningsområde med fokus på orden allmänt intresse respektive med fokus på vad som utgör kommersiell och industriell karaktär, liksom med beaktande av de många indicier som behandlats i EU-domstolens praxis. Att t.ex. försöka placera Akademiska hus på en skala mellan SIEPSA och Ente Fiera genom att dra av poäng för bristande konkurrens och lägga till poäng för vinstintresse, är i grunden en omöjlig och ytterst meningslös övning. Även om man skulle lyckas med denna övning ger detta nämligen inte något svar på var på denna skala som gränsen skulle gå mellan sådan verksamhet som ska omfattas av LOU och sådan verksamhet som inte ska omfattas av LOU.

Enklare är det kanske att ställa sig den enda fråga som faktiskt betyder något, och försöka besvara denna. Vi vet att unionslagstiftaren, med sin kryptiska formulering om allmännyttiga intressen som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, har försökt hitta en gränsdragning mellan sådana företag som bör omfattas av upphandlingsskyldighet och sådana företag där detta inte är nödvändigt eller kanske till och med olämpligt. Om vi efter 20 år av rättspraxis kan konstatera att de rekvisit som lagstiftaren ställt upp för att dra denna gräns inte är särskilt klagörande – är det då inte dags att lägga dessa åt sidan och istället

¹¹ Jfr. Mål C-283/00, Kommissionen mot Spanien, SIEPSA, där domstolen kom fram till att en fängelsekonstruktör under vissa omständigheter tillgodoser ett allmännyttigt behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär respektive Förenade målen C-223/99 och 260/99, Excelsior, där domstolen fann att ett mässbolag (Ente Fiera) under vissa omständigheter tillgodoser ett allmännyttigt behov som är av kommersiell eller industriell karaktär.

fråga oss vad lagstiftaren ville uppnå med dessa intetsägande rekvisit? Är inte den relevanta frågan för förståelse av 2 kap. 20 § således följande:

- Varför ska vissa företag omfattas av LOU medan andra inte ska omfattas av LOU?

En sådan fråga är fortfarande svår, men den bör åtminstone inte vara omöjlig, att besvara. Det bör understrykas att denna tanke inte är ny för upphandlingsrätten. Motsvarande tankegång återfinns hos Generaladvokat Alber som redan 1998 i sitt förslag till avgörande i mål C-353/96, Kommissionen mot Irland, punkten 34 uttryckte:

”För att kunna garantera en konkurrens som är fri från varje diskriminering är det nödvändigt att bestämma de som direktivet riktar sig till – nämligen upphandlande myndigheter – utifrån ett funktionellt perspektiv och inte enligt rent formella kriterier.”

4. VILKA FÖRETAG SKA OMFATTAS AV LOU?

EU-direktiv saknar som bekant förarbeten. Med mindre än att något framgår av beaktandesatserna till ett direktiv, kan vi således aldrig med säkerhet veta vad lagstiftaren hade för syfte med en viss direktivsbestämmelse. Det betyder dock inte nödvändigtvis att man bör avhålla sig från att åtminstone gissa.

EU-domstolen är inte heller främmande denna typ av syftesanalys. Tvärtom har EU-domstolen i flera avgöranden angett att syftet med direktivsbestämmelserna är att ”*undanröja såväl risken för att nationella anbudsgivare eller nationella sökande ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt som möjligheten att ett organ som finansieras eller kontrolleras av staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska*”.

En rimlig tolkning av detta uttalande är, i min mening, att direktivet ska omfatta sådana företag som riskerar låta sig påverkas av andra hänsyn än ekonomiska vid tilldelning av kontrakt och att direktivet följaktligen exkluderar sådana företag där en sådan risk inte kan anses föreligga. Detta stöds också av EU-domstolens uttalande i punkten 92 till SIEPSA, där domstolen efter att ha gått igenom de indicier vi redogjort för ovan uttalar följande:

”Mot denna bakgrund är det möjligt att SIEPSA i ett förfarande för offentlig upphandling låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska. Det är emellertid just för att undvika en sådan möjlighet som det är nödvändigt att tillämpa gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling.”

Jag kommer att utveckla detta resonemang nedan. Jag vill dock inledningsvis framhålla att det vid läsning av ”andra hänsyn än ekonomiska”, begreppet

”ekonomiska” måste förstås i den breda bemärkelse som vi känner igen bland annat från begreppet ”ekonomiskt mest fördelaktiga” i direktivet. Vad som avses med ekonomiska hänsyn är således inte endast strikt monetära hänsyn, utan även sådana kvalitativa hänsyn som är tillåtna att beakta vid utvärdering av anbud inom ramen för LOU. Gränsdragningen är således i själva verket avsedd att göras gentemot sådana hänsyn som inte hade varit tillåtna i ett förfarande enligt direktiven, såsom hänsyn vilka vilar på osaklig eller diskriminerande grund eller som är (lokal)politiska till sin natur.

Förutom ovan citerade uttalanden har EU-domstolen varit sparsmakad vad gäller syftet med den relevanta bestämmelsen. EU-domstolen säger gärna att en syftesanalys ska göras men beskriver sällan mer exakt vad denna består i.

Som tur är har domstolens generaladvokater en tendens att vara lite mer mångordiga. Jag hänvisar nedan till flera av generaladvokaternas uttalanden avseende bestämmelsens syfte och funktion, i takt med att jag ger uttryck för mitt eget synsätt. Jag ska dock för tydligheten skull understryka att syftesanalysen nedan är min egen och att jag därmed inte påstår att nedan citerade generaladvokater nödvändigtvis delar min uppfattning eller har uttryckt stöd för denna annat än på just det sätt som framgår av citaten som sådana.

Hur bör man då förstå syftet bakom uppdelningen mellan företag som tillgodoser behov i det allmännas intresse vilka inte är av industriell eller kommersiell karaktär och företag som inte tillgodoser sådana behov? Vad är det för distinktion lagstiftaren vill åsyfta? Jag vill hävda att svaret ligger i den för fördraget grundläggande åtskillnaden mellan staten å ena sidan och privata subjekt å den andra.

Så här tänker jag kring denna skillnad.

Myndigheter är myndigheter. De styrs i grunden av hänsyn som är politiska snarare än kommersiella. Ytterst är myndigheter ansvariga inför sina folkvalda församlingar, i Sverige riksdag på nationell nivå och fullmäktige på regional. Dessa folkvalda församlingar svarar i sin tur inför väljarna. Väljarkåren är regional och nationell till sin karaktär. Det är därför naturligt att förmoda att en myndighet, även då den fattar beslut om inköp, tar politiska hänsyn och att de därvid har anledning att gynna nationella och regionala intressen. Sådana hänsyn utgör trots allt grunden för en nationell eller regional myndighets verksamhet.

Eftersom sådana hänsyn, vilka är en naturlig följd av lokaldemokratiska system, är oförenliga med den inre marknaden finns bestämmelser i såväl fördraget som i olika förordningar och direktiv vilka syftar till att förhindra nationella myndigheter från att ta sådan hänsyn inom ramen för olika verksamheter och beslutstyper. Vad avser just inköpsbeslut finns för detta ändamål upphandlingsdirektiven. Ytterst strävar dessa bestämmelser efter att på myndighetsnivå konkretisera de skyldigheter som nationalstaterna åtagit sig genom att underteckna fördraget. Upphandlingsdirektivet kan exempelvis på detta sätt sägas på inköps-

nivå konkretisera nationella politiska intressens subsidiaritet i förhållande till nationalstatens förpliktelser enligt fördraget. Eller, som det bättre uttryckts av Generaladvokat Léger i mål C-44/96, Mannesmann, punkten 46.

”Offentlig myndigheter har en naturlig tendens att gynna nationella företag för att bevara arbetsplatser och för att främja det egna landets ekonomiska utveckling; detta är inte förenligt med målsättningen att genomföra den inre marknaden”.

Företag å andra sidan är företag. De presumeras, vilket också är riktigt, ta hänsyn som inte i första hand är politiska utan kommersiella eller som utgörs av andra hänsyn vilka dikteras av ägarna i bolagsordningen. Ett företag är, som huvudregel, inte ansvarigt inför en folkvald församling och kan inte heller antas gynna nationella och regionala intressen på ett sätt som går emot företagets egna kommersiella intresse. Ett företag är inte heller fördragstecknande part och kan därmed endast i begränsad utsträckning anses bunden av de fri-rörlighetspåbud som fördraget dikterar. Som huvudregel kan sägas att fördraget i första hand förmedlar rättigheter till företag. Det förhåller sig i detta avseende med företag precis tvärtom vad som gäller för myndigheter för vilka fördraget i första hand innebär skyldigheter.

För att säkerställa att myndigheter inte kringgår sina förpliktelser genom att lägga ut samhällsfunktioner på företag finns det emellertid anledning att i vissa situationer även kontrollera statligt ägda företag. Som Generaladvokat Dermon påminner om redan i sitt förslag till avgörande i Bentjees är det inte EU-domstolen främmande, även där det inte finns särskilda direktivsbestämmelser med sådant innehåll, att under vissa omständigheter även hålla företag ansvariga under unionsrätten.

”Thus in an action against a Member state for failure to fulfill its obligations, in the judgement of 24 November 1982 in *Commission v Ireland* the Court considered that there where a government ”appoints the members of the Management Committee of an organ ”grants it public subsidies which cover the greater part of its expenses and, finally, defines the aims and the broad outline of the campaign conducted by that institution to promote sales and purchase of [national] products...” it cannot “rely on the fact that the campaign was conducted by a private company in order to escape any liability it may have under the provisions of the Treaty.”¹²

Utan att dra allt för stora paralleller mellan EU-domstolens syn på den utvidgade staten i mål rörande exempelvis fördragsbrott eller direkt effekt kan konstateras att samma synsätt gör sig gällande i de bestämmelser som reglerar vilka organ som ska omfattas av upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. Vad artikel 1.9 i upphandlingsdirektivet ger uttryck för är således att upphandlings-

¹² Generaladvokat Darmons förslag till avgörande i mål 31/87, Bentjees, p. 16 med hänvisning och citat från EU-domstolens dom i mål 249/81 *Kommissionen mot Irland*.

direktivet ska omfatta myndigheter och de statligt kontrollerade organ som visserligen utgör fristående juridiska personer men som ändå, på samma sätt som en myndighet, riskerar att ta nationella eller regionala hänsyn då de tilldelar kontrakt.

Att den egentliga frågan som ska prövas således är huruvida ett bolag, liksom en myndighet, riskerar diskriminera någon utländsk leverantör, framgår även av Generaladvokat Albers förslag till avgörande i förenade målen C-223/99 och C-260/99, punkterna 69–70.

”Det skall därtill fastställas, att den omständigheten att det förekommer konkurrens inom den ifrågasvarande verksamhetens område enligt domstolens rättspraxis är ett tecken på att industriell eller kommersiell verksamhet föreligger. Denna omständighet är emellertid inte i sig tillräcklig för att utesluta möjligheten av en ”icke industriell eller kommersiell” verksamhet. I samband med det faktum att Ente Fiera ensamt bär den ekonomiska risken för sitt handlande, talar den dock ändå för att Ente Fieras verksamhet skall kvalificeras som en industriell eller kommersiell verksamhet. På grund av konkurrenstrycket förefaller det inte troligt att Ente Fiera i sina beslut låter sig styras av andra hänsyn än kommersiella sådana.

Av syftet med direktiv 92/50, nämligen ”att undanröja risken för att nationella anbudsgivare eller nationella sökande ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt”, framgår det heller inte med nödvändighet att Ente Fiera skall inbegripas i den krets av ”organ som lyder under offentlig rätt” som är bunden av bestämmelserna om offentlig upphandling. För att detta syfte skall uppnås på ett effektivt sätt skall begreppet ”organ som lyder under offentlig rätt” tolkas teleologiskt. Följaktligen måste vid bedömningen huruvida ett bestämt organ uppfyller villkoren i artikel 1 b andra stycket i direktiv 92/50 frågan ständigt ställas, huruvida det föreligger en risk för att anbudsgivare diskrimineras på grund av nationalitet när myndigheten tilldelar kontrakt.”(min understrykning)

Albers uttalande är belysande för relationen mellan frågan om det föreligger ett konkurrenstryck eller om organet bär risken för sin verksamhet å ena sidan och frågan om organet låter sig styras av icke-ekonomiska eller (lokal)politiska hänsyn i sin tilldelning av kontrakt å den andra. Frågan om konkurrenstryck eller ekonomisk risk är bara två bevismedel bland andra i processen att utifrån de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet ta reda på svaret på den riktiga frågan: finns det en risk för att organet tar (lokal)politiska hänsyn vid tilldelning av kontrakt? Om svaret på denna fråga är jakande, är det av mindre betydelse att organet befinner sig på en konkurrensutsatt marknad eller bär sin egen ekonomiska risk; organet ska upphandla enligt direktivet. Om svaret däremot är nekande, behöver organet inte därutöver vara utsatt konkurrens eller stå sina egna kostnader utan organet ska helt enkelt inte omfattas.

Generaladvokat Alber har i sitt senare förslag till avgörande i mål C470/99, Universal Bau, punkt 45 tillagt följande.

”Utslagsgivande för prövningen av huruvida ett organ som lyder under offentlig rätt är för handen är huruvida det finns risk för att organet låter sig styras av andra hän-

syn än ekonomiska i upphandlingsförfarandet. Om så är fallet äventyras etableringsfriheten och den fria rörligheten för tjänster och varor, vilket rättfärdigar direktivets tillämpning på offentlig upphandlingsförfaranden. Detta leder till syvende och sist till frågan huruvida organet självt får stå för de ekonomiska risker som är förenade med dess verksamhet. För det fall att svaret på frågan är jakande, finns ingen risk för att förverkliga etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster. För det fall att svaret på frågan är nekande, finns anledning att tillämpa direktivet på offentliga upphandlingsförfaranden och för att på så sätt skydda de grundläggande friheterna.”

Svaret på frågan ”vad är ett bolag som tillgodoser ett behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär” är således att det är ett bolag som, trots att det inte utgör en myndighet, vid en samlad bedömning kan förmodas diskriminera på grund av nationalitet eller på annat sätt ta osakliga eller (lokal)politiska hänsyn vid tilldelning av kontrakt. Endast om så är fallet kan, med Generaladvokat Albers ordval; tillämpningen av upphandlingsdirektiven på ett privaträttsligt subjekt anses vara rättfärdigad.

Huruvida så är fallet får bedömas av den nationella domstolen med beaktande av samtliga rättsliga och faktiska omständigheter. I vissa fall kan dessa omständigheter omfatta de indicier som EU-domstolen framhållit, men det är också möjligt att tänka sig att den nationella domstolen finner att helt andra omständigheter utgör bättre verktyg för att besvara denna fråga.

Till syvende och sist är det som med all unionsrätt. EU-domstolen finns tillgänglig för svar på principiella frågor, men det är den nationella domstolen, i detta fall Högsta förvaltningsdomstolen, som har att bestämma om de syften som ligger till grund för upphandlingsdirektivet kräver att ett visst bolag i ett visst fall, i detta fall Akademiska hus, ska tillämpa LOU vid tilldelning av kontrakt. Det viktigaste är inte hur man kommer fram till svaret på denna fråga utan att svaret är korrekt. Den övningen är svår nog utan att för stort fokus läggs vid direktivets svårtydda rekvisit.

5. AVSLUTANDE KOMMENTARER

Jag har ovan argumenterat för att det finns anledning att lyfta blicken från de rekvisit som framgår av 2 kap. 20 § LOU och istället ställa sig frågan om ett visst organ agerar under sådana förhållanden att det finns en risk för att det tar nationella eller (lokal)politiska hänsyn vid tilldelning av kontrakt. Jag har formulerat mig på detta sätt för att jag tror att det möjligen ger en bättre förståelse för den helhetsanalys av ett organs förutsättningar som den nationella domstolen förväntas göra än vad som framgår av rekvisiten i 2 kap. 20 § LOU. Min poäng är således inte att domstolen ska strunta i om ett organ tillgodoser ett behov i det allmännas intresse vilket inte är av industriell eller kommersiell karaktär utan

Erik Olsson

snarare att vi ska använda en syftesanalys för bättre förstå innebörden i dessa begrepp.

Men, men. Vi får se vad Högsta förvaltningsdomstolen säger.