
UPPHANDLINGSKRÖNIKA

Kristian Pedersen*

1. INLEDNING

Det torde knappast ha undgått någon, ens utanför den initierade skara som läser ERT, att den svenska upphandlingslagstiftningen bygger och sedan numera lång tid byggt på EG-rätt. Detta borde i förlängningen, åtminstone under ideala förhållanden, innebära att leverantörer skulle kunna lämna anbud i upphandlingar i olika medlemsstater på likartade villkor.

En förutsättning för att detta i det närmaste utopiska tillstånd skall kunna förverkligas är dock att de nationella domstolarna i olika medlemsstater tolkar och tillämpar de respektive nationella upphandlingslagarna på i huvudsak samma sätt, något som i sin tur förutsätter såväl att EG-domstolen ges möjlighet att uttala sig i viktiga rättsfrågor som att de nationella domstolarna vid sin tolkning av nationell rätt hämtar vägledning i EG-domstolens praxis.

Det kan konstateras att de svenska domstolarna hittills inte vid något tillfälle funnit skäl att inhämta förhandsavgörande i mål rörande offentlig upphandling. Denna omständighet behöver dock inte nödvändigtvis innebära att de svenska domstolarnas domslut i materiellt hänseende inte är korrekta eller att svensk rättspraxis på upphandlingsområdet divergerar nämnvärt från rättsutvecklingen i Europa i övrigt. Allt är som bekant inte svart eller vitt, utan ofta befinner sig verkligheten någonstans mittemellan i den s.k. gråzonen. Det skulle t.ex. kunna vara så att de svenska domstolarna, till följd av lyhördhet för EG-rättsliga argument som parterna framför och följsamhet gentemot EG-domstolens praxis ändå styr den svenska rättsutvecklingen i samma riktning som sina motsvarigheter i övriga medlemsstater.

För egen del menar jag dock att det bland de svenska domstolarna ibland verkar finnas kanske inte en motvilja mot EG-rätten, men i vart fall en förkärlek för att så långt som möjligt försöka utforma domskälen på grundval av nationella rättskällor, och detta gäller såväl i fall då EG-rätten skulle leda till en annan utgång i målet som i fall då det skulle vara möjligt att på EG-rättslig grund

* Jur. kand., biträdande jurist vid Advokatfirman Delphi i Stockholm.

komma till samma materiella slutsats som enligt nationell rätt. Detta får ibland olyckliga konsekvenser och återverkningar som går utöver vad domstolen kanske föreställer sig.

För att exemplifiera detta kommer jag i denna krönika att kortfattat redogöra för och kommentera två färska avgöranden från svensk domstol, nämligen Regeringsrättens nyligen avkunnade domar i de s.k. SYSAV-målen, i vilka Regeringsrätten tog ställning till frågan om förutsättningarna för kommuner att köpa varor, tjänster och byggtreprenadarbeten från egna bolag utan föregående upphandling.

2. KORT BAKGRUND OM KOMMUNAL VERKSAMHET I BOLAGSFORM, UPPHANDLING OCH EG-DOMSTOLENS PRAXIS

Det kan av flera skäl vara rationellt att bedriva kommunal verksamhet i bolagsform och det krävs inga mer djuplodande undersökningar för att inse att det i Sverige finns gott om hel- och delägda kommunala bolag. Lagstöd för denna verksamhet finner man bl.a. i 2 och 3 kap. kommunallagen (1991:900) vilka, såvitt nu är av intresse, stadgar att kommuner och landsting får driva näringsverksamhet, om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget samt att kommuner och landsting i vissa fall får lämna över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag, ett handelsbolag, en ekonomisk förening, en ideell förening, en stiftelse eller en enskild individ.

Att kommunallagen öppnar möjlighet för en kommun att ”lämna över vården av en kommunal angelägenhet” till ett kommunalt bolag innebär dock inte att upphandlingsreglerna sätts ur spel. En kommun kan visserligen bilda bolag för de flesta slag av kommunal verksamhet, men om kommunen har för avsikt att köpa varor, tjänster eller byggtreprenadarbeten av det slag som ett sådant bolag tillhandahåller måste kommunen som huvudregel först genomföra en upphandling.¹ Eftersom detta normalt innebär att alla intresserade leverantörer har möjlighet att lämna anbud finns det med andra ord ingen garanti för att just det kommunala bolaget tilldelas kontraktet, något som naturligtvis försvårar såväl planering som verksamhetens organiserande och av förklarliga skäl från kommunal synpunkt kan upplevas som ett problem. Att upphandling skall genomföras även i dessa fall är dock naturligtvis glädjande för de leverantörer som får tillfälle att erbjuda sina varor eller tjänster.

¹ Däremot behöver köp inom en och samma juridiska person, t.ex. mellan olika nämnder i en kommun, eller olika verksamhetsgrenar i ett bolag, inte föregås av upphandling.

EG-domstolen har emellertid i sin rättspraxis, möjligen som ett försök till avvägning mellan två motstående intressen, dvs. å ena sidan intresset av upphandling i fri konkurrens och å andra sidan offentliga aktörers intresse av att fritt kunna organisera sin verksamhet, utvecklat ett undantag från skyldigheten att genomföra upphandling vid köp från närstående bolag. EG-domstolen har själv sammanfattat innebörden av detta undantag genom att konstatera 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 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.”²

I korthet innebär EG-domstolens praxis på området således att huvudregeln är att upphandlingsskyldighet föreligger vid en upphandlande myndighets köp från en i förhållande till myndigheten fristående juridisk person, och att undantag från detta endast gäller om (1) myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen vilken motsvarar den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning och (2) den fristående juridiska personen bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som äger den.³ Däremot har EG-domstolen ännu inte till fullo klargjort den närmare tolkningen av dessa två rekvisit. Det är t.ex. ännu i viss utsträckning oklart vilken grad av kontroll som avses och vad som skall anses utgöra huvuddelen av verksamheten. Att så är fallet visas inte minst av det faktum att nationella domstolar (dock inte svenska sådana) fortsätter att inhämta förhandsavgöranden från EG-domstolen i frågor som rör *In House Providing*-undantagets tillämpning.

Vad *In House Providing*-undantaget innebär för svenska förhållanden har varit föremål för livlig debatt. Kommunala företrädare har, inte oväntat, gjort gällande att de två ovan nämnda rekvisiten i normalfallet är uppfyllda i relatio-

² Mål C-349/97 *Spanien mot Kommissionen*, REG 2003 s. I-03851. Det bör påpekas att denna rättspraxis primärt är av intresse för den klassiska sektorn eftersom upphandlingsbestämmelserna för försörjningssektorerna innehåller särskilda undantag för vissa typer av köp från närstående bolag.

³ Dessa två kumula rekvisit benämns ofta *Teckalkriterierna* efter den dom i vilka de först formulerades.

nen mellan kommuner och deras bolag, medan såväl den tidigare tillsynsmyndigheten Nämnden för offentlig upphandling (NOU) som företrädare för leverantörer intagit en mer kallsinnig inställning till förutsättningarna för att tillämpa undantaget i Sverige. NOU uttalade t.ex. vid ett flertal tillfällen att upphandlande myndigheter ”[...] inte utan upphandling enligt LOU [fick] tilldela ett offentligt kontrakt till en organisation som är en juridisk person och som fattar självständiga beslut, vilket enligt svensk rätt torde gälla alla bolag, föreningar och stiftelser.”⁴ Däremot har NOU i ett ärende ansett att det funnits förutsättningar för att tillämpa undantaget vid en medlemskommuns köp av tjänster från ett kommunalförbund.⁵

Det har dock under lång tid inte funnits något prejudicerande domstolsavgörande från de nationella högsta instanserna i frågan om In House Providing-undantagets tillämplighet i Sverige. Efter lång, och för många kommuner även spänd, väntan meddelade Regeringsrätten dock domar i de s.k. SYSAV-målen den 17 mars 2008.⁶

3. REGERINGSRÄTTENS DOMAR I SYSAV-MÅLEN

Omständigheterna var i korthet följande i SYSAV-målen. Tomelilla och Simrishamns kommuner samägde tillsammans med ett flertal andra kommuner Sydvästra Skånes avfallsaktiebolag (SYSAV) och ägarkommunernas samverkan i aktiebolaget reglerades av ett konsortialavtal. Tomelilla och Simrishamns kommuner hade överlätit sin avfallshantering på SYSAV utan någon föregående upphandling. Huvudfrågan i målet var om kommunerna hade rätt att köpa tjänster avseende avfallshantering från SYSAV utan någon föregående upphandling i konkurrens.

Regeringsrätten uttalade att ”[...] LOU:s ordabildelse svårligen ger utrymme för en tolkning innebärande att kommunerna när de köper tjänster från kommunala bolag skulle vara undantagna från LOU:s regelverk. Tvärtom torde det allmänt anses att LOU inte medger att kommuner och landsting utan formell upphandling köper varor och tjänster från sina egna bolag [...]”.

Beträffande relevansen av det av kommunerna åberopade In House Providing-undantaget, dvs. i praktiken relevansen av EG-domstolens praxis på området, konstaterade Regeringsrätten kortfattat att detta undantags tillämpning inte kunde aktualiseras eftersom något sådant undantag inte fanns i den natio-

⁴ Se t.ex. nyhetsbrevet NOU-info oktober 2003.

⁵ NOU:s ärende dnr 2005/0100-26.

⁶ Regeringsrättens domar den 17 mars 2008 i mål nr 172-175-06 respektive mål nr 176-179-06. Målen avgjordes med tillämpning av den äldre lagen om offentlig upphandling (SFS 1992:1528), men utgången torde ha blivit densamma med tillämpning av någon av de nya upphandlingslagarna.

nella lagstiftningen samt att skäl för att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen därför saknades.

Regeringsrätten fann mot denna bakgrund att kommunerna genom konsortialavtalet förbundit sig att köpa tjänster av SYSAV och att upphandling därför skulle ha ägt rum.

4. KOMMENTARER TILL REGERINGSRÄTTENS DOMAR

Genom Regeringsrättens domar i SYSAV-målen får det numera anses klarlagt att svenska kommuners, och andra upphandlande myndigheters, köp av varor, tjänster och byggtreprenadarbeten från egna, hel- eller delägda, bolag alltid skall föregås av upphandling i enlighet med den svenska upphandlingslagstiftningen, och att något undantag från denna upphandlingsskyldighet inte finns. Det kan dock noteras att Regeringsrätten därmed intagit en strängare hållning i frågan än EG-domstolen, vilket leder till att upphandling i Sverige kommer att behöva ske även i de fall då EG-domstolen bedömt det motiverat att avstå från upphandling. Det är med andra ord i detta fall, enligt Regeringsrättens sätt att se på saken, inte i första hand EG-rätten som innebär upphandlingsrättsliga begränsningar i förutsättningarna för att bedriva kommunal verksamhet i bolagsform utan den nationella lagstiftningen.

För egen del kan jag dock tycka att den av Regeringsrätten valda lösningen är olycklig och att det hade varit bättre om avgörandena hade baserats på EG-rätten, såsom den tolkats av EG-domstolen, istället för på den svenska lagtexten. Jag vill dock understryka att jag i och för sig inte ifrågasätter Regeringsrättens domslut. Tvärtom anser jag att den materiella utgången i målen sannolikt hade blivit densamma även om In House Providing-rekvisiten tillämpats.

Det som bekymrar mig är i stället domskälen, eftersom Regeringsrättens uttalanden i frågan om In House Providing-undantagets tillämplighet i Sverige på ett mer övergripande plan ger upphov till osäkerhet beträffande i vilken utsträckning EG-domstolens rättspraxis kan läggas till grund för tolkningen av den nationella upphandlingslagstiftningen.⁷ Särskilt olyckligt är detta eftersom det tidigare inte rått osäkerhet om denna fråga. Därtill anser jag att denna osäkerhet skapas helt i onödan eftersom Regeringsrätten mycket väl hade kunnat komma till en annan slutsats beträffande In House Providing-undantagets tillämplighet i Sverige, och detta enligt min mening med samma materiella utgång i SYSAV-målen.

För det första är det faktum att In House Providing-undantaget inte framgår uttryckligen av den svenska lagtexten ett tämligen svagt argument för att det

⁷ Detta gäller åtminstone beträffande bestämmelser vilka inte har direkt effekt.

inte skulle vara tillämpligt, särskilt med beaktande av att EG-domstolen inte ansett sig förhindrad att utveckla detta undantag från upphandlingsdirektivens tillämpningsområde trots att något utrymme för undantaget inte kan utläsas ur direktivtexten.

För det andra, och detta är med beaktande av Regeringsrättens synsätt kanske det mest betydelsefulla argumentet, finns det inget förarbetsuttalande om att den svenska lagstiftarens intentioner varit att den svenska upphandlingslagstiftningen inte även med avseende på In House Providing-undantaget skall tolkas i enlighet med upphandlingsdirektiven.⁸ En analys av förarbetena till den svenska upphandlingslagstiftningen (både den äldre och den nu gällande) visar tvärtom att den svenska lagstiftaren genomgående utgått från att lagstiftningen skall tolkas i enlighet med EG-rätten och att EG-domstolens praxis skall vara vägledande även i Sverige.

Det finns också anledning att framhålla att den av Regeringsrätten valda lösningen, att utgå enbart från den svenska lagtexten, sannolikt bara utgör ett tillfälligt svar på frågan om svenska kommuner kan köpa från egna bolag utan föregående upphandling. Detta eftersom domarna öppnar möjlighet för kommunala företrädare att kräva en lagändring i form av ett uttryckligt införande av In House Providing-undantaget. Om så sker, vilket inte förefaller helt osannolikt, är den svenska rättsutvecklingen tillbaka på ”ruta ett” eftersom det då återigen kommer att vara oklart om och i så fall hur In House Providing-undantaget skall tillämpas på relationen mellan kommuner och deras egna bolag. Även av denna anledning hade det således varit bättre om Regeringsrätten, istället för att avgöra SYSAV-målen med utgångspunkt enbart i svensk rätt, skulle ha tillämpat EG-rätten, såsom den uttolkats av EG-domstolen, på förutsättningarna i de två målen.

Därtill kommer att det faktum att målen avgjorts enbart med ledning av den svenska lagtexten innebär att det inte funnits någon anledning för Regeringsrätten att inhämta ett förhandsavgörande från EG-domstolen. Även detta är, sett i ett vidare perspektiv, olyckligt eftersom det naturligtvis hade varit värdefullt för rättsutvecklingen att få EG-domstolens syn på förutsättningarna för att tillämpa In House Providing-undantaget på relationen mellan svenska kommuner och deras egna bolag.

⁸ Beträffande denna fråga finns endast det uttalandet, från den tiden då EG-domstolen endast berört frågan i ett avgörande, att ”EG-direktiven om offentlig upphandling och EG-domstolens praxis ger inte någon tydlig anvisning om rättsläget vad gäller rätten för kommun att göra anskaffningar utan upphandling från sitt helägda bolag. [...] Regeringen anser att frågan med hänsyn till det anförda bör beredas ytterligare.”

5. AVSLUTANDE SYNPUNKTER

Jag anser i och för sig att man kan ha viss förståelse för den av Regeringsrätten valda modellen, inte minst för att den innebär att den regel som formuleras är klar och tydlig, dvs. köp från en upphandlande myndighets egna bolag får inte ske utan föregående upphandling. Som framgått ovan menar jag dock att avgörandena i de två SYSAV-målen medför andra mer långtgående negativa konsekvenser som hade kunnat undvikas om Regeringsrätten istället hade valt att tillämpa EG-rätten såsom den uttolkats av EG-domstolen.

För att uttrycka det enkelt skulle Regeringsrätten med ett annat sätt att resonera ha skickat en viktig signal till övriga svenska domstolar genom att bekräfta EG-rättens betydelse för prövning av mål om offentlig upphandling. En sådan signal hade enligt min mening varit önskvärd, och det är därför beklagligt att den uteblev.