

---

# ALLT ÄR INTE UPPHANDLING SOM GLIMMAR

Erik Olsson & Johan Falk\*

---

## 1. INLEDNING

Upphandlingslagstiftningen omfattar endast köp. Man kan tycka att detta borde vara ett tämligen okontroversiellt ställningstagande men som Konkurrensverkets tillsynsbeslut av den 19 april 2017 mot Göteborgs kommun visar är det nu omtvistat huruvida upphandlingslagstiftningen verkligen endast begränsar sig till det som i normalt språkbruk anses vara ett köp.<sup>1</sup>

I denna krönika kommer vi att behandla frågan om vad ett köp är respektive frågan om andra transaktioner än köp, såsom bidrag eller andra former av finansiering av en verksamhet, ska omfattas av upphandlingslagstiftningen. Det kan tyckas att denna fråga borde vara helt central för upphandlingsrätten, vilket den också är, men det är en fråga som nästan aldrig diskuteras i upphandlingsverige.

Det ovan nämnda tillsynsbeslutet drar frågan till sin spets och riskerar, som vi kommer att utveckla i avsnitt 3, leda till att många transaktioner där fråga om upphandlingsplikt idag knappast uppkommer riskerar att falla inom lagstiftningen.

Vi inleder i avsnitt 2 med att i korthet beskriva sakomständigheterna kring tillsynsbeslutet och de rättsliga argument som Konkurrensverket anför till stöd för sin talan. Vi går sedan vidare i avsnitt 3 och kommenterar varför vi anser att Konkurrensverket argumentation är oklok och saknar rättslig grund.

Avslutningsvis, i avsnitt 4, föreslår vi för egen del ett annat test som svenska domstolar enligt vår mening borde tillämpa vid bedömningen av om ett avtal utgör ett upphandlingspliktigt avtal eller någon annan form av avtal som rätteligen inte ska omfattas av upphandlingslagarna.

---

\* Erik Olsson, advokat och delägare och Johan Falk, biträdande jurist. Båda vid Advokatfirman Kahn Pedersen.

<sup>1</sup> Konkurrensverkets beslut av den 19 april 2017, dnr 610/2014.

## 2. KONKURRENSVERKET'S TILLSYNSBESLUT

Den 16 september 2014 tillskriver Konkurrensverket Göteborgs kommun (Kommunen) och anger att man noterat att Kommunen genom årliga budgetanslag utbetalt uppdragsersättning till det av Kommunen delägda bolaget Göteborg & Co (Bolaget), uppgående till ca 13 mkr per månad. Konkurrensverket anger vidare att det följer av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) att en upphandlande myndighet måste iaktta LOU:s bestämmelser om annonsering innan den ingår avtal med ett bolag som myndigheten inte utövar fullständig kontroll över.

I sitt svar till Konkurrensverket av den 23 oktober 2014 anför Kommunen bland annat att dess årliga anslag till Bolaget inte skett i syfte att tilldela kontrakt utan för att Bolaget ska kunna fullgöra sitt allmännyttiga kommunala uppdrag såsom detta framgår av Bolagets bolagsordning. Bolaget anför vidare att det inte ingåtts något avtal mellan Kommunen och Bolaget.

Efter omfattande skriftväxling meddelade Konkurrensverket den 19 april 2017 till slut tillsynsbeslut i ärendet. Tillsynsbeslutet som anger att Kommunen tilldelat Bolaget ett upphandlingspliktigt uppdrag bygger i huvudsak på följande resonemang.

Genom bolagsordning och aktieägaravtal har Kommunen, i sin egenskap av ägare, angett vilken verksamhet Bolaget ska bedriva. Kommunfullmäktige har vidare beslutat att anslå budgetmedel för bedrivandet av denna verksamhet. Det finns därför en presumtion för att Bolaget är skyldigt att bedriva verksamheten så länge det uppstår ekonomiskt vederlag för detta. Att så är fallet stöds också av de styrdokument som Kommunen utfärdat för Bolaget, såsom kommunfullmäktiges budget, ägar- och ägarstyrningsdirektiv för Bolaget samt riktlinjer.

Vidare argumenterar Konkurrensverket för att det inflytande som Kommunen har över Bolaget, samt det förhållande att Bolaget tillgodoser ett behov som Kommunen har, visar att budgetanslaget inte syftar till att finansiera en ideell verksamhet i behov av ett kommunalt bidrag. Konkurrensverket framhåller även att den verksamhet som Bolaget bedriver, nämligen marknadsföring samt anordnande av mässor, tävlingar, festivaler och liknande evenemang är sådan kommersiell verksamhet som potentiellt skulle kunna intressera andra leverantörer.

Konkurrensverket konstaterar slutligen att Kommunen inte invänt mot att betala mervärdesskatt på de fakturor som Bolaget utställt vilket talar för att Kommunen själv gjort bedömningen att fråga är om köp av tjänst.

Den 10 maj 2017 överklagar Kommunen tillsynsbeslutet.<sup>2</sup> I sitt överklagande gör Kommunen i huvudsak gällande att det inte ingåtts något avtal mellan Kommunen och Bolaget på så sätt att det uppstått rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär. Kommunen anför vidare att

<sup>2</sup> Förvaltningsrätten i Stockholms mål 11269-17. Pågående.

Bolaget har stor frihet att organisera sin verksamhet samt att relationen mellan Kommunen och Bolaget snarare motsvarar den relation Kommunen har till de kommunala nämnderna än någon avtalsrättslig relation.<sup>3</sup>

I sitt svar på Kommunens överklagande anför Konkurrensverket, förutom vad som anförts i beslutet, att det inte är nödvändigt att ett avtal är skriftligt eller att leverantören är part för att upphandlingsplikt ska aktualiseras. Konkurrensverket hänvisar härvidlag bland annat till Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i det så kallade SYSÄV-målet.<sup>4</sup> Konkurrensverket gör även gällande att det inflytande som Kommunen kan utöva över Bolaget i egenskap av delägare, medför att det inte är nödvändigt att i avtal detaljreglera hur Bolaget ska bedriva sin verksamhet. Kommunen kommer ändå kunna se till att Bolaget använder sina tilldelade resurser på ett sätt som gagnar Kommunen.

### 3. EN KRITISK GRANSKNING AV KONKURRENSVERKET'S ARGUMENTATION

Som vi har sett ovan gör Konkurrensverket gällande att Kommunen ingått ett upphandlingspliktigt avtal med Bolaget genom att årligen anslagsfinansiera Bolagets verksamhet och genom att i aktieägaravtalet, bolagsordningen samt diverse styrdokument och kommunfullmäktigebeslut reglerat vad de anslagna medlen ska användas till.

De källor som Konkurrensverket åberopar till grund för sin inställning är i huvudsak följande:

- Ett arbetsdokument från Europeiska kommissionen.<sup>5</sup>
- SOU 2013:12 samt SOU 2001:31.
- EU-domstolens avgöranden i C-399/98, *Ordine degli Architetti*, C-536/07, *kommissionen mot Tyskland*, C-532/03, *kommissionen mot Irland*, C-51/15, *Remondis*, C-220/05, *Jean Auroux* samt C-451/08, *Helmut Müller*.
- Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2008 ref. 26.

<sup>3</sup> Kommunen anför även att fråga är om en sådan befogenhetsöverföring som avses i EU-domstolens avgörande C-51/15, *Remondis*. Detta resonemang saknar emellertid betydelse för den fråga som behandla i denna artikel.

<sup>4</sup> RÅ 2008 ref. 26.

<sup>5</sup> Vägledning om hur Europeiska unionens bestämmelser om statligt stöd, offentlig upphandling och den inre marknaden ska tillämpas på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, särskilt sociala tjänster av allmänt intresse, SEC (21010) 1545 final. Dokumentet finns i svensk översättning med nummer SWD(2013) 53 final/2.

### 3.1 Kommissionens arbetsdokument

Kommissionens arbetsdokument är inte en rättskälla, utan är ett uttryck för hur kommissionen, vid tillfället för dokumentets upprättande, uppfattade rättsläget. Eftersom dokumentet är av summerande natur anger även kommissionen i dess inledning att dokumentet inte heller är bindande för kommissionen självt.<sup>6</sup>

Konkurrensverket åberopar framförallt dokumentet till stöd för följande lista med kriterier som enligt kommissionen är vägledande för att fastställa om ett kontrakts syfte verkligen är att en tjänst ska tillhandahållas mot ersättning.

- a) Syftet med kontraktet är att tillgodose de behov som den offentliga myndigheten på förhand definierat inom ramen för sina befogenheter.
- b) Den offentliga myndigheten har i detalj fastställt tjänstens särdrag och hur tjänsten ska tillhandahållas.
- c) I kontraktet fastställs en ersättning för tjänsten (genom att ett visst pris betalas eller att man får rätten att tillhandahålla en tjänst som användarna betalar en avgift för).
- d) Den offentliga myndigheten tar initiativet att söka efter en leverantör som den ska anförtro tjänsten till.
- e) I kontraktet finns bestämmelser om sanktioner (vite, skadestånd etc.) om de kontraktensliga skyldigheterna inte fullgörs, för att se till att den tjänst som anförtrots tredje man tillhandahålls på ett sätt som motsvarar den offentliga myndighetens behov.

Det bör noteras att kommissionen endast anger att ett kontrakt *kan* omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling om dessa förhållande är för handen.<sup>7</sup> Det kan vidare konstateras att kommissionen, till skillnad från vad som är fallet med många andra resonemang och beskrivningar i dokumentet, inte angivit någon rättslig grund för listan. Dokumentet är således en lista med punkter vilka synes ha tagits fram på egen hand av kommissionen, som inte är bindande för kommissionen och som synes sakna rättslig grund. Frågan som då infinner sig är naturligtvis om kriterierna framstår som kloka i den bemärkelsen att de genom svensk domstols avgörande bör upphöjas till svensk rätt vid bedömningen av vad som utgör ett upphandlingspliktigt köp respektive ett icke upphandlingspliktigt bidrag.

<sup>6</sup> SEC (21010) 1545 final, s. 19. Det bör även noteras att det inte är fråga om sådana riktlinjer som kan ge rättsliga verkningar, jfr mål C-226/11, *Expedia*, p. 30.

<sup>7</sup> Konkurrensverket har i sitt tillsynsbeslut angivet att bestämmelserna *är* tillämpliga om omständigheterna i listan är för handen.

### 3.1.1 Vad säger kommissionens lista egentligen?

Punkterna a) och b) förefaller syfta till den grad med vilken myndigheten i kontraktet har specificerat vad som ska göras med de medel som myndigheten anslagit. Tanken tycks vara att ju mer specificerade instruktioner myndigheten gett desto högre sannolikhet för att det är fråga om köp.

Det är visserligen korrekt att ett köp alltid är specificerat vad avser sitt föremål, eller åtminstone typen av föremål eller tjänst som köpet avser. Men är det verkligen kännetecknande för ett avtal om bidrag att det saknar sådan specificering eller att det är specificerat i lägre grad än ett köp? Vi vill mena att så inte är fallet. Många bidrag eller anslag är höggradigt specificerade vad avser vad medlen ska användas till, antingen i termer av en viss specificerad verksamhet, eller för ett visst specificerat projekt. Att så är fallet även i paneuropeisk rätt blir uppenbart redan vid genomgång av de bidragsansökningsomgångar som finns utlagda på unionens hemsida och som reglerar villkoren för att få bidrag från unionen.<sup>8</sup> Här förekommer ytterst detaljerade beskrivningar av vad medlen ska användas till såsom ”*Fostering European integration through culture by providing new subtitled versions of selected TV programmes across all Europe*” eller ”*Establishing a registry of rare congenital malformations (as part of the Rare Disease Registry), drawing on the structure, organisation and experience of the Registry of Congenital Malformations*”. Dessa och många av övriga bidrag som unionen betalar ut är dessutom omgärdade av omfattande regler kring hur pengarna ska användas och dessa specifikationer är i många fall lika detaljerade som de specifikationer man normalt hittar för köp i en upphandling. Detaljeringsgraden i myndighetens specifikationer ger därför, enligt vår mening, mycket lite vägledning i frågan om huruvida kontraktet avser ett upphandlingspliktigt köp, utöver att man kan konstatera att ett köp alltid är specificerat vad avser vad som ska köpas medan ett bidrag, även om det ofta innehåller motsvarande villkor, kan vara helt villkorslöst i detta avseende.<sup>9</sup> Av detta kan man dock inte dra slutsatsen att villkorade bidrag är köp varför punkterna inte ger någon ledning för bedömningen av vad ett upphandlingspliktigt köp är för något.

Punkten c) är lika intetsägande. Det är sant att kontrakt avseende köp normalt fastställer den ersättning som ska betalas men det är lika sant att ett kontrakt avseende bidrag eller annan finansiering normalt anger vilken ersättning som ska betalas ut för de i kontraktet angivna ändamålen. Istället bör man resonera kring att bidragsavtal till skillnad från köpeavtal, normalt inte innebär en civilrättslig skyldighet för den bidragsgivande parten att faktiskt utbetala de utlovade medlen, dvs. den bidragstagande parten kan inte på civilrättslig

<sup>8</sup> [https://ec.europa.eu/info/funding-opportunities-topic\\_sv](https://ec.europa.eu/info/funding-opportunities-topic_sv).

<sup>9</sup> Ett villkorslöst bidrag kallas ofta istället för en donation, jfr även Ekonomistyrningsverkets definition av bidrag och donation, *Erhållna bidrag och donationer* (ESV 2005:14), s. 4 f.

grund utkräva betalning i enlighet med avtalet.<sup>10</sup> Det är dock som synes inte någonting som behandlas i punkten, men som kommer att behandlas nedan i avsnitt 4.

Även vad avser punkten d) kan ifrågasättas om denna säger särskilt mycket om huruvida fråga är om köp eller inte. Många bidrag anslås genom att den ansvariga myndigheten offentligt tillkännager vilken typ av verksamhet eller projekt man önskar stödja och sedan får potentiella bidragstagare ansöka om att få bidragen, exempelvis på det sätt som sker på unionens hemsida. Inte sällan är denna typ av anslående en förutsättning för att bidrag ska kunna ges utan att komma i konflikt med unionens regler om statligt stöd.<sup>11</sup>

Av kommissionens kriterier är det enligt vår mening endast punkten e) rörande vilka sanktioner som finns att tillgå vid bristande fullgörande, som kan anses ägnad att särskilja ett köp från ett bidrag. Vi kommer att behandla denna punkt i avsnitt 4 nedan. Då kommissionens kriterier i övrigt säger mycket lite om huruvida ett avtal avser ett upphandlingspliktigt avtal eller inte och då de dessutom saknar angiven rättslig grund bör man iaktta viss försiktighet och inte okritiskt tillämpa dem inom ramen för en rättslig bedömning.

### 3.2 SOU 2001:31, SOU 2013:12 samt SOU 2016:13<sup>12</sup>

De återopade utredningarna innehåller ytterligare några kriterier som Konkurrensverket menar ger ledning för bedömningen av om ett kontrakt avser ett upphandlingspliktigt köp eller ett bidrag. De tillkommande kriterierna är följande:

- a) Verksamheten bedrivs i enskild regi.
- b) Den upphandlande myndigheten inte är juridiskt ansvarig för verksamheten
- c) Verksamheten inte uteslutande, eller näst intill uteslutande, är beroende av finansiering med offentliga medel.
- d) Verksamheten bedrivs huvudsakligen i syfte att tillgodose anordnarens eget behov.
- e) Verksamheten bedrivs utan vinstsyfte.
- f) Anordnaren inte primärt är underkastad kommunens styrning och beslutsrätt men kan stå under offentligrättsligt reglerad tillsyn.
- g) Anordnaren och den upphandlande myndighetens inbördes relation är inte reglerad genom ett avtal utan styrs i regel av en offentligrättslig reglering, exempelvis riktlinjer för att bidrag ska utgå på ett visst område.

<sup>10</sup> Märk dock att exempelvis gåvolagens (lag (1936:83) angående vissa utfästelser om gåva) bestämmelser om fullbordad gåva samt principen om gynnande förvaltningsbeslut i vissa fall kan medföra att en bidragsgivande part blir skyldig att utbetala utlovade medel.

<sup>11</sup> Se även beaktandesats 4 i direktiv 2014/24.

<sup>12</sup> Listan återfinns även i SOU 2016:13.

Enligt SOU 2013:12 ska förekomsten av dessa omständigheter indikera att fråga är om ett bidrag snarare än ett upphandlingspliktigt köp. Ingen av utredningarna anger någon källa för dessa kriterier och det är också svårt att förstå hur eller varför dessa kriterier är vägledande för skiljelinjen mellan köp och bidrag.

### *3.2.1 Vad säger utredningarnas lista egentligen?*

Punkterna a) till d) samt f) synes ta sikte på hur beroende bidragstagaren är av bidragsgivaren. Enligt kriterierna skulle en högre grad av beroende indikera att fråga är om köp medan en lägre grad av beroende skulle indikera bidrag. Detta är svårt att förstå. Det är naturligtvis fullt möjligt för närstående bolag att ingå såväl köpeavtal som bidragsavtal och det behöver väl knappast påpekas att två av varandra helt oberoende enheter mycket väl kan ingå ett sådant köpeavtal som omfattas av upphandlingsrätten. Det kan vidare konstateras att det inte finns någon praxis från EU-domstolen som ger stöd för uppfattningen att en nära relation mellan parterna på något sätt skulle vara en indikation på att fråga är om ett upphandlingspliktigt avtal. Den enda praxis som rör kontraktsdefinitionen och som på något sätt behandlar parternas relation till varandra är frågan om det så kallade Teckal-undantaget där en nära relation mellan parterna i vissa fall kan medföra att ett avtal *inte* ska anses utgöra ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening.<sup>13</sup>

I sina inlagor till förvaltningsrätten för Konkurrensverket ett resonemang om att en nära relation visar att bidragsgivaren har haft möjlighet att specificera vilka tjänster som ska utföras i utbyte mot bidraget. Detta må vara sant men specificationsgraden säger, som vi tidigare framhållit, mycket lite om huruvida fråga är om köp eller bidrag. Precis som avseende de kriterier som ställs upp i kommissionens arbetsdokument säger förevarande kriterier möjligen någonting om vad som kan utgöra ett köp eller ett bidrag. Vad kriterierna däremot inte gör, och detta är grunden för vår kritik, är att särskilja mellan köp och bidrag. Någon *e contrario*-tolkning, som Konkurrensverket gör, av kriterierna låter sig därför inte göras. Att ett uppställt kriterium talar för att något kan vara ett köp, innebär inte att samma kriterium talar för att det *inte* är ett bidrag. Det förhållandet att sjuksköterskor ofta är kvinnor innebär inte att det förhållandet att en viss person är man kan tas till intäkt för att denne inte är sjuksköterska.

Eftersom kriterierna har upprepats i tre olika utredningar kan man fråga sig var dessa kriterier kommer ifrån. I den första utredningen där kriterierna dök upp, SOU 2001:31, var kriterierna angivna som krav som brukar uppställas för att bidragsgivning ska vara möjlig. Det framgår dock inte i vilket sammanhang dessa krav brukar ställas eller om det vilar på någon rättslig grund. I senare

<sup>13</sup> Se C-107/98, *Teckal* och efterföljande praxis. Se även kodifiering i 3 kap. 11–16 §§ LOU.

utredningar, som också har justerat den ursprungliga kriterielistan något, förs ett resonemang där det anges att kriterierna är ett tecken på att den tilldelande myndigheten ”förfogar” över den tjänst som avtalet rör och att det därför skulle röra sig om ett köp. Vi kommer att behandla detta resonemang ytterligare nedan i avsnitt 4 men kan redan nu konstatera att upphandlingsrätten ofta träffar köp som myndigheter gör för andras räkning. Ett resonemang som lägger allt för stor vikt vid huruvida myndigheten själv ska förfoga över tjänsterna riskerar således att inskränka upphandlingsrättens område på ett av lagstiftaren icke avsett sätt.

Vad avser punkten e) om att fråga kan vara om bidrag om bidragstagaren bedriver sin verksamhet utan vinstsyfte, kan konstateras att det framgår av EU-domstolens praxis att det saknar betydelse för bedömningen av vad som utgör ett upphandlingspliktigt kontrakt huruvida en leverantör bedriver sin verksamhet i vinstsyfte eller inte.<sup>14</sup> Inte heller detta kriterium ger således någon ledning.

Den avslutande punkten g) dvs., att det saknas en avtalsreglering, är definitivt ett tecken på att fråga inte är om ett köp. Tillämpningen av upphandlingsregelverket förutsätter nämligen att ett avtalsförhållande föreligger. Det kan dock samtidigt konstateras att även muntliga avtal kan omfattas av upphandlingsplikt och att det på intet sätt är ovanligt att även bidrags- och finansieringstransaktioner regleras genom avtal. Detta kriterium kan således ge en viss ledning för att något inte är ett köp, men återigen, kriteriet ger ingen ledning för att det skulle vara ett bidrag. Detta kriterium tillåter inte heller en e contrario-tolkning.

### 3.3 EU-domstolens praxis enligt Konkurrensverket

EU-domstolens praxis är förhållandevis sparsmakad kring vad som faktiskt utgör ett upphandlingspliktigt kontrakt. De uttalanden som Konkurrensverket åberopar i sin processföring är följande:

1. Kontraktsbegreppet ska ”tolkas på så sätt att bestämmelsens ändamålsenliga verkan säkerställs” (Mål C-399/98, *Ordine degli Architetti* m.fl., p. 52.)
2. Den rättsliga kvalificeringen av ett avtal enligt nationell rätt eller parternas kvalificering av ett avtal är inte avgörande för bedömningen om avtalet omfattas av upphandlingsreglerna. (Mål C-536/07, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 54.) Definitionen av vad som utgör ett upphandlingspliktigt kontrakt är istället en fråga för unionsrätten. (Mål C-220/05 *Jean Auroux*, p. 40.)

<sup>14</sup> Se C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino” m.fl.*, punkterna 36 och 37 samt där angiven rättspraxis.



3. Myndigheten ska ha ingått ett kontrakt som medför att myndigheten erhåller en prestation mot vederlag. Kontraktet ska medföra rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär. (Mål C-51/15, *Remondis*, p. 43 samt C-451/08, *Helmut Müller*, p. 47.)

Det kan noteras att inget av de uttalanden som Konkurrensverket åberopar ger stöd för kommissionens kriterier eller utredningarnas inställning om att specifikationsgraden vad avser prestationen eller relationen mellan parterna ska vara avgörande för vad som utgör ett upphandlingspliktigt köp. Det ska här framhållas att EU-domstolens uttalanden om att en byggtreprenad, för att omfattas, ska ha uppförts för att tillgodose behov som den upphandlande myndigheten har specificerat, har med definitionen av en byggtreprenad att göra och således inte nödvändigtvis gäller för tjänster eller varor eller för sådana byggtreprenadsarbeten som finns listade i bilaga 1 till direktivet och som därför inte behöver specificeras ytterligare.<sup>15</sup>

#### 3.4 Frågan om nationell rätt

EU-domstolen har ofta uttalat att kontraktetsbegreppet i upphandlingsdirektiven är objektivt och unionsrättsligt bestämt och inte avhängigt nationell rätt eller hur parterna väljer att rubricera ett avtal. Detta är sant men bör enligt vår mening inte tas till intäkt för en tolkning av vad som utgör ett köp som allt för mycket avviker från den allmänna uppfattningen om vad ett köp faktiskt är. För att citera Bertil Bengtssons kloka uttalande i *Om gåvobegreppet i civilrätten*.<sup>16</sup>

”Ett vägande argument mot att tillämpa gåvoregler i fall av dessa slag är emellertid, att det rimligen inte går att avlägsna sig alltför långt från gåvobegreppet enligt normalt språkbruk. Skall man kalla för gåva vad som varken affärsmän eller folk i allmänhet skulle vilja ge en sådan beteckning, finns det risk för att allmänheten skulle bli än mera skeptisk mot rättsordningens visdom än nu är fallet.”

Denna grundläggande begränsning för hur tolkning av rättsliga begrepp ska få ske äger enligt vår mening särskilt stor betydelse för unionsrätten som av den breda allmänheten ofta uppfattas som både onödigt komplicerad och fjärrad från verkligheten. Detta är i synnerhet sant på upphandlingsrättens område. Med mindre än att EU-domstolen tydligt förordar en sådan tolkning bör man därför alltid avhålla sig från tolkningar av begrepp som avviker från den allmänna uppfattningen av vad begreppet innebär.

Att man tar sådana hänsyn innebär inte nödvändigtvis att man fyller unionsrättsliga begrepp med ett nationalrättsligt bestämt innehåll. Däremot bör man,

<sup>15</sup> Jfr artikel 1.2 b) i direktiv 2004/18 respektive artikel 2.6 c) direktiv 2014/24.

<sup>16</sup> SvJT 1963 s. 696.

med mindre än att EU-domstolen uttryckligen angivit något annat, undvika att ge begrepp en innebörd som avviker från vad som avses med begreppet i normalt språkbruk och i nationell rätt. Detta gäller i synnerhet begrepp vars innehåll i nationell rätt inte är ett uttryck för en nationell avart utan överensstämmer med en paneuropeisk uppfattning av samma begrepp.

### 3.5 Frågan om en funktionell tolkning

Konkurrensverket åberopar i såväl sitt tillsynsbeslut som i sina inlagor till förvaltningsdomstolen att direktivet ska tolkas i funktionella termer så att dess ändamålsenliga verkan säkerställs.

Denna mening åberopas ofta i mål som Konkurrensverket driver på upphandlingsområdet och brukar användas som grund för att ge olika bestämmelser en sådan tolkning som medger att lagstiftningen får ett så brett tillämpningsområde som möjligt och att eventuella undantag ges ett så litet tillämpningsområde som möjligt.<sup>17</sup> I förevarande tillsynsbeslut anger Konkurrensverket exempelvis att uttalandena innebär att kontraktbegreppet ska tolkas på ett sätt som ”förmå[r] upphandlande myndigheter att konkurrensutsätta offentliga kontrakt”.

Men är det verkligen så domstolens uttalanden om direktivets ändamålsenliga verkan ska förstås? I *Ordine degli Archetti*, som konkurrensverket åberopar till stöd för sitt resonemang, är det fullständiga citatet följande:

”Eftersom det för tillämpningen av direktivet krävs att det skall röra sig om ett offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, bör artikel 1 a tolkas på så sätt att bestämmelsens ändamålsenliga verkan säkerställs.”<sup>18</sup>

Meningen får förstås som att bestämmelsen ska tolkas på ett sätt som medför att offentliga upphandlingskontrakt omfattas, men det finns inget direkt stöd för att man därutöver ska tolka bestämmelsen som att andra offentliga kontrakt också ska omfattas. Det finns således, i EU-domstolens uttalande, inte direkt stöd för en expansiv tolkning av köpbegreppet.

Att det förhåller sig på detta sätt har också påpekats av generaladvokat Mengozzi i *Helmut Müller*. Mengozzi påpekar visserligen att syftet med direktiven är att undanröja inskränkningar i de grundläggande friheterna och främja effektiv konkurrens men höjer samtidigt ett varnande finger mot att använda syftesargument för att utvidga direktivets tillämpningsområde.

”Direktivets omfattande och ambitiösa syften, vilka visserligen ska hållas i minnet vid tolkningen av direktivet, ska dock inte anses innebära att direktivets till-

<sup>17</sup> Se t.ex. kammarrätten i Stockholms dom den 29 juni 2015 i mål nr 2737-14 och kammarrätten i Göteborgs dom den 26 juni 2012 i mål nr 1988-12.

<sup>18</sup> Mål C-399/98, *Ordine degli Archetti*, p. 52.

lämpningsområde kan utvidgas utan begränsningar, med stöd av målet med denna rättsakt. Det ska särskilt påpekas att vissa särskilda sektorer som direktivet inte är tillämpligt på redan har angetts i direktivet: se särskilt artiklarna 10–16. Följaktligen kan inte en rent ”funktionell” tolkning av direktivet, vilken görs med beaktande endast av direktivets grundläggande mål, godtas.

Om man intar ett ”funktionellt” tolkningssynsätt, vilket särskilt kommissionen tycks förespråka, uppkommer nämligen det avgörande problemet att fastställa bedömningskriteriet för att direktivet ska vara tillämpligt. Kommissionen har själv uppgett att dess största bekymmer är att vissa personer kan skaffa sig en fördel utan att först ha jämförts med andra personer som potentiellt sett är intresserade av att skaffa sig en sådan fördel. I sådana fall som det aktuella består fördelen i den värdeökning av marken som följer av att den offentliga myndigheten tillåter att viss byggverksamhet utförs på denna mark. Om man tillämpar kommissionens tolkning ska följaktligen varje ”värdeökning” av fast egendom som kan hänföras till de offentliga myndigheternas verksamhet lyda under direktivets bestämmelser. Det är dock uppenbart att om man godtar denna ståndpunkt riskerar man att behöva godta antagandet, även om det är orimligt, att all stadsplaneringsverksamhet lyder under direktivets bestämmelser: åtgärder som reglerar möjligheterna att uppföra byggnadsläggningar förändrar nämligen per definition, även på ett väsentligt sätt, värdet på den mark som de avser.

I själva verket finns det inte någon som gör gällande denna extrema ståndpunkt. Det ska dock framhållas att den utgör den logiska konsekvensen av en rent funktionell tolkning av direktivet.

[...]

Enligt min mening står det således klart att direktivets tillämpningsområde i stället ska fastställas med hänvisning till, i första hand, de objektiva villkor som anges i själva direktivet. Det betyder naturligtvis inte att den som gör tolkningen måste undvika varje resonemang av ”funktionellt” slag. I själva verket är det uppenbart att de mål som eftersträvas med direktivet utgör en av de viktigaste utgångspunkterna vid tolkningen: dessa kan dock inte utgöra den enda jämförelseparametern och de kan inte bortse från lagstiftarens avsikt att definiera bestämmelsernas tillämpningsområde.”<sup>19</sup>

Vad Mengozzi säger är således att en funktionell tolkning inte får innebära att direktivet kommer att omfatta andra transaktioner än de som lagstiftaren i direktivet angett ska omfattas. I denna anda har EU-domstolens bland annat uttalat att den upphandlande myndigheten måste vara köpare och inte säljare för att direktiven ska äga tillämpning.<sup>20</sup> Detta trots att även ett avtal avseende försäljning är ett avtal med ekonomiska villkor som med lite vilja hade kunnat pressas in i de kontraktsdefinitioner som förekommer i direktivet. Ett annat sätt att uttrycka det är att endast avtal som avser köp ska omfattas av direktiven och att en syftesanalys inte kan förändra detta förhållande. Det finns också påtagliga praktiska problem med en alltför expansiv tolkning av upphandlingsrätten.

<sup>19</sup> Generaladvokaten Paolo Mengozzis förslag till avgörande i mål C-451/08, *Helmut Müller*, p. 35–37 och 39.

<sup>20</sup> Se C-451/08, *Helmut Müller*, p. 41.

Om Konkurrensverkets tolkning accepteras innebär det att definitionen av vad som utgör ett köp vidgas betydligt och därmed att det upphandlingspliktiga området vidgas i motsvarande mån. Det skulle medföra risker som är svåra att överblicka. Bl.a. skulle situationer som inte är avsedda och heller inte är lämpade för att behandlas som avtal om köp omfattas. Konkurrensverkets egna verksamhet kan användas som exempel. De regleringsbrev som gäller för Konkurrensverket 2017<sup>21</sup> uppfyller nämligen många av de kriterier som Konkurrensverket menar ska användas för att skilja köp från bidrag. Konkurrensverket, som inte bedrivs i enskild regi, tar emot instruktioner från regeringen över hur anslagna medel ska användas och vilka resultat som ska uppnås. De olika målen som ska uppnås är kopplade till olika ersättningar. Om köpbegreppet utvidgas riskerar det att träffa traditionell myndighetsutövning och regeringens möjlighet att tilldela sina myndigheter uppdrag. Det skulle vidare innebära att alla nuvarande och kommande anslagsfinansierade verksamheter kommer behöva genomgå en upphandlingsrättslig prövning. Låt vara att gängse uppfattning anses vara att två myndigheter under regeringen inte kan ingå avtal med varandra eftersom de båda är delar av samma rättssubjekt – staten.<sup>22</sup> Det finns dock inget entydigt svar på den frågan utan ytterst är det rättstillämpningen som får avgöra om det är möjligt eller lämpligt att myndigheter ingår upphandlingspliktiga köp med varandra.<sup>23</sup> Det kan även konstateras att regeringen varje år beslutar om anslagsfinansiering till en rad fristående juridiska personer såsom Dramaten, Operan, Göta kanalbolag och Almi Företagspartner för att bara nämna några. I den kommunala och landstingskommunala sektorn, där det är mycket vanligt att utförandet av olika åtaganden organiseras i fristående juridiska personer, kommer problemen bli ännu större. Bland annat utgör friskolor inte sällan fristående juridiska personer, vars verksamhet således, enligt Konkurrensverkets resonemang skulle behöva upphandlas. Även sjukhus är inte sällan egna juridiska personer.

Det bör härvid särskilt noteras att frågan om hur en medlemsstat väljer att organisera sin förvaltning är en rent intern fråga som inte träffas av unionsrätten.<sup>24</sup> Huruvida en medlemsstat väljer att lägga sin förvaltning i flera olika juridiska personer eller i en stor juridisk person ska således inte påverka vilka typer av kontrakt som träffas av upphandlingsrätten. Konkurrensverkets resonemang riskerar emellertid att få just en sådan effekt.

Det är en svensk domstols skyldighet att tillämpa unionsrätten som den är uttolkad av EU-domstolen. Om EU-domstolen inte har gett något uttryckligt

<sup>21</sup> N2016/07992/SUN, N2016/07822/KLS (delvis), N2016/01101/SUN, N2016/01103/SUN, N2016/07730/SUN och ändrat genom N2017/03091/SUN, N2017/03206/SUN (delvis) och senast N2017/03490/SUN (delvis).

<sup>22</sup> SOU 1994:136 s. 181.

<sup>23</sup> Prop. 2015/16:195, s. 402. I sammanhanget kan nämnas att Konkurrensverket får, enligt 18 § förordning (2007:1117), tillhandahålla tjänster mot ersättning åt andra myndigheter.

<sup>24</sup> Jfr mål C-51/15, *Remonids*, p. 39–41 samt artikel 4.2 i fördraget om Europeiska Unionen.

stöd för de kriterier som Konkursverket grundar sin definition av köp på så saknas det anledning för svensk domstol att gå i första ledet för ett utvidgat köpbegrepp, särskilt med hänsyn till de följdfrågor som väcks, något som exemplet ovan illustrerar. EU-domstolens praxis är således, enligt vår mening den enda rättskälla som skäligen kan åberopas för avgörande för skiljelinjen mellan köp och bidrag. Detta gäller i synnerhet för den som förespråkar en extensiv tolkning av kontraktetsbegreppet.

### 3.6 Rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär

Konkursverket framhåller att det, för att vara fråga om ett upphandlingskontrakt, krävs ömsesidigt bindande skyldigheter. I tillägg till vad Konkursverket anför bör dock även EU-domstolens yttrande i p. 62 av *Helmut Müller* framhållas. Där framgår nämligen att fullgörandet av de rättsliga skyldigheter som följer av avtalet även måste kunna åberopas inför domstol. Det måste således vara möjligt att i domstol och på grundval av kontraktet kräva fullgörande av dels den betalning som myndigheten åtagit sig att betala och dels fullgörande av den prestation som leverantören åtagit sig att utföra.

Av *Helmut Müller* framgår även att det därutöver krävs att den prestation som ska fullgöras är av direkt ekonomiskt intresse för myndigheten. Det krävs emellertid inte att myndigheten blir ägare till resultatet av prestationen.<sup>25</sup>

Som kommer att framgå av följande avsnitt är EU-domstolens uttalande i *Helmut Müller*, om att det krävs en rättsligt åberopbar fullgörandeskyldighet, helt avgörande för gränsdragningen mellan köp och bidrag.

### 3.7 Frågan om mervärdesskatt

Konkursverket har argumenterat för att eftersom Bolaget har påfört mervärdesskatt visar det att det rör sig om köp av tjänster och inte om bidrag eftersom Kommunen annars borde ha invänt mot den påförda mervärdesskatten. För en kommun saknar det emellertid betydelse huruvida mervärdesskatt påförs en transaktion eller inte. Om en kommun gör ett inköp till momspliktig verksamhet har kommunen rätt till avdrag som vilket företag som helst. För inköp till verksamhet som inte är momspliktig har kommunen istället rätt till momsersättning.<sup>26</sup> Mervärdesskatt är således inte under några omständigheter en kostnad för en kommun. Eftersom det är egalt för Kommunen huruvida mervärdesskatt påförts en transaktion eller inte är det orealistiskt att tro att Kommunen vidtar någon momsrättslig utredning för att avgöra huruvida en

<sup>25</sup> Mål C-451/08, *Helmut Müller*, p. 52–54.

<sup>26</sup> 2 §, lag (2005:807) om ersättning för viss mervärdesskatt för kommuner, landsting, kommunalförbund och samordningsförbund.

viss transaktion utifrån momsrätten är ett bidrag eller ett köp. Det går således normalt inte att dra några slutsatser kring en kommuns inställning till huruvida ett visst avtal är ett bidrag eller ett köp utifrån om den har framställt invändning mot att mervärdesskatt har påförts fakturan.

#### 4. ETT KONTRAKT SOM MEDFÖR RÄTTSLIGT BINDANDE SKYLDIGHETER AV ÖMSESIDIGT BINDANDE KARAKTÄR VARS FULLGÖRANDE KAN ÅBEROPAS I DOMSTOL

Med utgångspunkt i den tolkningsmetod som skisserats ovan kvarstår i princip bara ett vägledande uttalande från EU-domstolen vad avser vad som utgör ett upphandlingspliktigt köp, nämligen att fråga ska vara om ett kontrakt som medför rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär vars fullgörande kan åberopas i domstol.

De rättsligt bindande skyldigheter vi talar om är dels att myndigheten är skyldig att erlagga en ekonomisk ersättning, i någon form, och dels att leverantören är skyldig att utföra den prestation som kontraktet avser. Vid ett köp kan köparen, dvs. den som betalat ersättning, göra gällande att den som mottagit ersättningen är skyldig att utföra de avtalade tjänsterna. Vid ett bidrag kan en sådan skyldighet inte göras gällande.

Detta är enligt vår mening den enda klart identifierbara och ovillkorliga skillnaden mellan ett köp och ett bidrag. Föreligger förhållandet är det ett köp, föreligger inte förhållandet är det inte ett köp.

Detta betyder inte att bidragsavtal inte kan vara noga specificerade kring vad erlagda medel ska användas till men det finns aldrig någon skyldighet att faktiskt utföra dessa tjänster. Låt oss ta följande exempel.

En kommun ger ett lokalt företag bidrag för att genomföra en musikfestival. I bidragsavtalet föreskriver kommunen noga vad det ska vara för typ av musikfestival samt vilka typer av kostnader som är ersättningsgilla för bidrag.

Låt oss nu säga att företaget använder pengarna på annat sätt än det föreskrivna. Företaget kan då bli återbetalningsskyldigt för de medel som inte använts på det föreskrivna sättet. Det är däremot inte möjligt för kommunen att på grundval av avtalet kräva att företaget fullgör avtalet genom anordnande av en musikfestival enligt de i avtalet föreskrivna specifikationerna. Inte heller kan kommunen göra företaget skadeståndsskyldigt för de kostnader som kommunen har haft för att själv, eller genom uppdrag till ett annat företag, låta anordna den tänkta festivalen. Om företaget hade genomfört festivalen men gjort detta på ett icke fackmannamässigt sätt är det inte heller möjligt för kommunen att kräva skadestånd för den skada som kommunen eventuellt lidit av det bristfäll-

liga utförandet. Sådana påföljder kräver nämligen att det i avtalet föreligger en skyldighet att utföra de specificerade prestationerna, dvs. att fråga är om ett köp.

I ett avsnitt som föregår kommissionens lista på kriterier, men som inte återgivits av Konkurrensverket, ger kommissionen uttryck för motsvarande synsätt.

”Enbart finansiering av en verksamhet, som normalt sett innebär att de erhållna beloppen måste betalas tillbaka om de inte används för de avsedda ändamålen, omfattas däremot normalt sett inte av lagstiftningen om offentlig upphandling.”<sup>27</sup>

Liknande uttalanden förekommer också i skälen till 2014 års klassiska direktiv där följande anges i skäl 4.

”Vidare brukar inte enbart finansieringen, särskilt genom bidrag, av en verksamhet, som ofta är knuten till skyldigheten att återbetala de mottagna beloppen om de inte används för de avsedda ändamålen, omfattas av reglerna för offentlig upphandling”

Enligt detta synsätt är de påföljder som kan göras gällande vid ett eventuellt avtalsbrott helt avgörande för om fråga är om ett köp eller om ett bidrag. På samma sätt förhåller det sig med alla andra former av villkorad finansiering. Om det saknas en avtalsstadgad och återopbar skyldighet att genomföra en sådan prestation som avses i upphandlingsreglerna är det helt enkelt inget köp och upphandlingsreglerna äger inte tillämpning. Nedan ska vi låta det föreslagna testet, dvs. EU-domstolen definitionen av vad som utgör ett upphandlingspliktigt köp enligt vår mening, möta identifierade och möjliga invändningar.

#### 4.1 Om andra sätt att söka säkra tjänstens utförande

Det ska noteras att det saknar betydelse hur säker myndigheten i fråga är på att bidragstagaren kommer att utföra den aktuella prestationen, eller om utförandet av prestationen säkerställs genom andra regelverk. Som EU-domstolen framhåller i C-51/15, *Remondis*, punkt 43, måste det nämligen vara genom det ifrågavarande *kontraktet* som leverantören åtar sig en skyldighet att genomföra prestationen. Att en myndighet finansierar en verksamhet, på villkor om att den utför vissa specificerade tjänster är nämligen inte ett köp, även om myndigheten anser sig säker på att tjänsterna de facto kommer att utföras. Mengozzi för följande resonemang i sitt förslag till avgörande i *Helmut Müller*.

”Som jag påpekat ovan får man nämligen inte glömma att ett offentligt byggtreprenadkontrakt i alla avseenden utgör ett kontrakt, det vill säga en rättshandling, som i de olika nationella rättsordningarna alltid, och under alla omständigheter, kännetecknas av att den är bindande. Som den tyska regeringen har anfört i sina yttranden krävs det att entreprenören är skyldig enligt avtal att utföra den föreskrivna prestationen, för att det ska kunna vara tal om ett offentligt byggtreprenadkon-

---

<sup>27</sup> SEC (21010) 1545 final, s. 105

trakt. Följderna av den eventuella underlåtenheten regleras däremot i nationell rätt: det finns ingenting som hindrar att det, vid underlåtenhet från en entreprenörs sida, i den nationella rätten i en stat exempelvis föreskrivs att kontraktet ska hävas, att kontraktet ska tilldelas en annan entreprenör och en rätt för den offentliga myndigheten att helt enkelt kräva skadestånd av den första entreprenören.”<sup>28</sup>

En invändning mot detta synsätt, dvs. att det är en absolut förutsättning för upphandlingsplikt att det ska föreligga en avtalad fullgörandeskyldighet som är rättslig åberopbar, är att parterna då kan kringgå upphandlingsplikt genom att helt enkelt skriva avtalet på ett sådant sätt att en sådan skyldighet inte föreligger. Eftersom ett sådant förfarande samtidigt skulle innebära att myndigheten frånfaller sin rätt att göra fullgörandet (och eventuellt felansvar) gällande är vi dock tveksamma till om myndigheter verkligen skulle agera på detta sätt annat än i situationer då myndighetens faktiska avsikt är att ge ett bidrag till en verksamhet snarare än att köpa en tjänst. Mr Justice Hickinbottom för ett motsvarande resonemang i det engelska avgörandet *R. v Birmingham City Council*.<sup>29</sup> I målet gjordes gällande att en myndighet medvetet kringgått upphandlingsplikt genom att sälja mark som man önskade få bebyggd enligt vissa specifikationer genom att i försäljningsavtalet ange att marken endast fick bebyggas på ett visst sätt, men inte reglera att köparen av marken faktiskt var skyldig att bebygga den. Det gjordes även gällande att båda parter avsikt var att marken skulle bebyggas även om det inte fanns någon rättslig bindande skyldighet med detta innehåll. Hickinbottom uttalade följande.

”Mr Holgate submitted that, since it was pointed out to the Council in March 2006 that the First Tender Process potentially breached the procurement provisions of the 2006 Regulations, they ”sought to find a way around them” (Skeleton Argument, paragraph 36). In my view, that is not a fair way of putting it. If it had been successfully completed, the First Tender Process would have resulted in the Council not only selling the Community Facility, but having a developer with development obligations. On reflection, they considered that a better course would be to sell the land divorced from those obligations: that was the purpose of the Third Tender Process. The advantage, from the Council’s point of view, was that the onerous provisions of the procurement provisions would not apply to the sale of the land, and may not apply to any part of the arrangement. The disadvantage is that they lost the imposition of an obligation on the successful bidder to commit themselves to the development obligations. However, these are the different sides of the same coin: both derive from the presence or absence of contractual obligations to perform works. Mr Holgate’s submission that, in the Third Tender Process, ”The outward separation of the sale of the land from the other elements involved is a mere matter of form” (Skeleton Argument, paragraph 40), is simply not correct: the difference is one of legal substance. The Council cannot be criticised for formulating a strategy

<sup>28</sup> Generaladvokaten Paolo Mengozzi’s förslag till avgörande i mål C-451/08, *Helmut Müller*, p. 80.

<sup>29</sup> *Midlands Co-Operative Society Ltd, R (on the application of) v Tesco Stores Ltd* [2012] EWHC 620.



with regard to the development of this Site that, whilst having other downsides (including an absence of development obligations it could enforce against a successful tenderer) avoided the onerous obligations of the Public Works Directive and 2006 Regulations. That is particularly so as the Council's primary objective was of a planning nature – to develop the Site – rather than having performed the works involved in replacing the Community Facility.”

Ett liknande resonemang i en snarlik situation förs av kommissionen i ett avskrivningsbeslut avseende ett byggprojekt i Flensburg.<sup>30</sup> Kommissionen summerar skälen för sitt beslut på följande sätt:

”The public utility company, a 100% affiliate of the city of Flensburg, had sold a piece of land to a private property developer for the construction of a building that would correspond to certain urban development needs. Apart from a simple statement of intent, the sales contract does not contain a legally binding obligation for the developer to realise the envisaged building; it only stipulates a right to purchase the land for the city of Flensburg, in case the building should not be constructed.

In the view of the Commission, such a land sale can neither be considered as a public works contract nor as a public works concession, because the contract in question did not contain a legally binding obligation to execute works specified by the contracting authorities. The mere right for the public authority to (re-)purchase the land in case of non-construction is not, in the Commission's view, a sufficient sanction that could give rise to a legal obligation to execute the works.”

Ett handlande kan således inte kvalificeras som ett köp med mindre än att det finns en rättslig bindande skyldighet att fullgöra prestationen, och detta oaktat andra mekanismer förväntas leda till fullgörande som. Förknippat med detta ska vi avhandla ett ytterligare argument som Konkurrensverket förespråkar.

#### 4.2 Om den självständiga betydelsen av kontrollerande inflytande

Konkurrensverket anför att Kommunen, trots avsaknaden av reella köprättsliga förpliktelser, på grund av sitt kontrollerande inflytande över Bolaget, ändå kan vara säker på att uppdragen kommer att fullgöras såsom om det vore en köprättslig förpliktelse. Detta är emellertid inte nödvändigtvis sant. Bolaget har även en skyldighet gentemot sina privata ägare och kan med hänsyn till dessa anse det nödvändigt att prioritera andra åtaganden än de för vilka de fått Kommunens finansiering. På samma sätt kan Bolaget anse sig skyldigt att i första hand fullgöra de skyldigheter som Bolaget har gentemot tredje man med vilka man ingått köpeavtal i traditionell bemärkelse. Den enda situationen då Kommunen kan vara helt säker på att Bolaget kommer att prioritera de åtag-

<sup>30</sup> Se kommissionens pressrelase *Public procurement: Commission closes infringement case against Germany concerning an urban development project in Flensburg*. IP/08/867, den 5 juni 2008 (inte tillgängligt på svenska).

anden som Bolaget har gentemot Kommunen enligt bolagsordning och ägar-direktiv är om Bolaget inte har några andra åtaganden, dvs. om Kommunen är ensam ägare av Bolaget och dessutom inte bedriver någon verksamhet gentemot tredje man som är oberoende av Kommunens inflytande. I en sådan situation kommer emellertid eventuella avtal mellan Kommunen och Bolaget likväl vara undantagna med stöd av det så kallade Teckal-undantaget. Ett kontraktsbegrepp som fokuserar på köprättsligt förpliktigande åtaganden medför således inte någon risk för kringgående av upphandlingsregelverket.

#### 4.3 Om att dela upp kontrakt

Att ett upphandlingskontrakt, enligt den definition som vi förespråkar, kräver en rättslig bindande skyldighet att fullgöra prestationen medför inte att upphandlingsplikt kan undkommas genom att dela upp förpliktelser i flera olika kontrakt eller på annat sätt dölja ett köpekontrakt genom att exempelvis kalla det något annat. Så länge som det i någon av avtalshandlingarna finns en rättsligt bindande skyldighet att utföra en viss prestation mot betalning kommer upplägget att träffas.<sup>31</sup> Man kan naturligtvis även tänka sig att ett köp delas upp i två avtal där det ena avtalet innehåller ett åtagande om betalning och det andra innehåller en skyldighet att prestera. Så länge dessa två avtal i sin tur är kopplade till varandra så att det i det ena avtalet finns en rättsligt bindande skyldighet att ingå det andra avtalet så är fråga om ett köp. Det samma gäller naturligtvis om en sådan skyldighet saknas men avtalen ingås samtidigt.

#### 4.4 Om andra handlingars betydelse

I målet avseende Göteborgs stad gör Konkurrensverket gällande att Bolaget, genom föreskrifter i bolagsordningen och i aktieägaravtalet har förbundits att genomföra vissa prestationer och att Kommunen genom kommunfullmäktige-beslut åtagit sig en skyldighet att betala för dessa. Enligt vår mening ger dessa handlingar emellertid inte uttryck för en sådan rättslig förpliktigande skyldighet som medför att fråga är om ett upphandlingspliktigt kontrakt. Enklare uttryckt så menar vi att dokumenten, varken var för sig eller samlat, kan anses innebära att det föreligger en köpesituation. Skälen för det är följande.

<sup>31</sup> Jfr det så kallade Haninge-målet där en byggentreprenad, sannolikt för att undgå upphandlingskyldighet, hade delats upp i flera transaktioner. Det kan dock konstateras att transaktionerna sedda som en helhet innehöll en tydlig skyldighet att genomföra byggentreprenadsarbetena som totalentreprenad, kammarrätten i Stockholms dom den 29 juni 2015 i mål 2737-14. Se även Sue Arrowsmith, *The law of Public and Utilities Procurement*, volume 1, third edition, 2014, s. 569–572.

En bolagsordning är ett dokument som innehåller viss information om bolaget och som anger de ramar inom vilka bolaget ska verka. Det råder delade meningar om huruvida en bolagsordning är ett avtal och huruvida bolaget som sådant i så fall kan anses vara part i avtalet.<sup>32</sup> Det torde emellertid kunna konstateras, i motsats till vad Konkurrensverket implicit påstår, att en bolagsordning inte är ett köprättsligt avtal i den bemärkelsen att aktieägarna kan hålla ett bolag ansvarigt för att det avviker från bolagsordningen, på det sätt som de hade kunnat om ett avtal om köp hade ingåtts mellan aktieägarna och bolaget.<sup>33</sup>

Inte heller ett aktieägaravtal kan, enligt vår mening, anses utgöra ett köpeavtal mellan aktieägarna och bolaget, eftersom bolaget inte är part i det avtalet. Ett åtagande om att ersätta bolaget för dess kostnader som framgår av ett aktieägaravtal kan ensidigt ändras av aktieägarna och är således inte bindande gentemot bolaget.

Mot att en bolagsordning och ett aktieägaravtal skulle kunna medföra köprättsliga förpliktelser talar även att det rör sig om ensidiga rättshandlingar som aktieägaren kan bestämma över utan inflytande från bolaget. I EU-domstolens uttalanden om att fråga ska vara om ett ömsesidigt förpliktigande ligger, enligt vår uppfattning, att båda parter i någon mening måste ha accepterat villkoren och gjort åtaganden gentemot varandra. Vad avser bolagsordning och aktieägaravtal är så inte fallet eftersom det är aktieägarna som, inom aktiebolagslagens (2005:551) ramar, ensidigt bestämmer innehållet i dessa.

I detta sammanhang bör Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i det så kallade SYSAV-målet<sup>34</sup> särskilt kommenteras. Målet har, som tidigare angivits, anförts av Konkurrensverket till stöd för att det inte är en förutsättning för upphandlingsrättens tillämplighet att leverantören faktiskt är part i det avtal genom vilket skyldigheten att leverera vissa tjänster uppstår.

I SYSAV-målet hade ett antal kommuner tecknat ett konsortialavtal med varandra varigenom de överenskommit att fullgöra sina skyldighet på avfallsområdet genom det gemensamt ägda bolaget SYSAV. I målet var klarlagt att SYSAV inte var part i konsortialavtalet samt att det inte tecknats några andra uppdragsavtal mellan ägarkommunerna och SYSAV. Trots detta fann Högsta förvaltningsdomstolen att ”*innebörden av konsortialavtalet är att kommunen ska köpa tjänster av SYSAV*”.

<sup>32</sup> Se t.ex. Nilsson och Malmström, *Verkställighet av ändring i bolagsordningen*, SvJT 2000 s. 695, Johansson, *Svensk associationsrätt i huvuddrag*, 2014, s. 69, Svernlöv, *Aktiebolagslagen*, 2014, s. 39, Sandström, *Svensk Aktiebolagsrätt*, 2015, s. 79, Lindskog, *Aktieägaravtal — kommentarer med anledning av en avhandling*, SvJT 2011, s. 256 samt Bergström och Samuelsson, *Aktiebolagets grundproblem*, 2012, s. 161.

<sup>33</sup> En annan sak är att associationsrätten medger andra sanktioner för bolagsorgan som agerar i strid med bolagsordningen. Det innebär dock inte att aktieägarna kan kräva någon fullgörelse av bolaget.

<sup>34</sup> RÅ 2008 ref. 26.

Det finns enligt vår mening anledning att ifrågasätta om Högsta förvaltningsdomstolen hade gjort motsvarande bedömning idag. EU-domstolen hade, vid tillfället för SYSAV-målets avgörande, uttalat att upphandlingsdirektiven är tillämpliga ”när en upphandlande myndighet avser att ingå ett avtal med ekonomiska villkor med en i förhållande till myndigheten fristående juridisk person”<sup>35</sup> och samtliga de mål som nämns i SYSAV-målet var sådana där det förefaller vara ostridigt att leverantören skulle inträda som part i avtalet.<sup>36</sup> Men EU-domstolen hade inte, vid tillfället för SYSAV-domens meddelande, klargjort att upphandlingsdirektivets tillämplighet kräver ett kontrakt med en i domstol åberopbar fullgörandeskyldighet för leverantören. Så skedde först i *Helmut Müller* som meddelades knappt två år efter SYSAV-domen.<sup>37</sup> Det bör även hållas i minnet att möjligheten att ogiltigförklara direktupphandlande kontrakt skulle genomföras i nationell rätt först den 20 december 2009.<sup>38</sup> Det förhållandet att det saknades möjlighet till effektiva rättsmedel mot tecknade direktupphandlade avtal medförde att stora delar av rättspraxis snarare riktade sig mot ett beslut att ingå avtal än mot avtalet som sådant. Eftersom det enligt EU-domstolens avgörande i *Alcatel* dessutom var möjligt att väcka talan mot ett beslut att direkttilldela ett avtal oberoende om avtal tecknats var EU-domstolens praxis vid denna tidpunkt inte fokuserad på frågan om ingåendet av ett kontrakt är en nödvändig förutsättning för upphandlingsdirektivets tillämplighet.<sup>39</sup> Det kan inte heller uteslutas att EU-domstolens uttalanden avseende rättsmedelsdirektivets tillämpningsområde och vad som är ett överklagbart beslut enligt detta har kommit att ge intryck av att även upphandlingsdirektiven ska ges ett brett tillämpningsområde. Som framgår av EU-domstolens avgörande i bland annat *Stadt Halle*, ett avgörande som Högsta förvaltningsdomstolen också hänvisar till, medger rättsmedelsdirektivet prövning av varje åtgärd som vidtas av en upphandlande myndighet i samband med en offentlig upphandling som faller inom det materiella tillämpningsområdet för upphandlingsdirektiven och som kan ha rättslig verkan.<sup>40</sup> Det förhållandet att det enligt rättsmedelsdirektiven är möjligt att få en prövning av ensidiga beslut innebär emellertid inte att man kan bortse från det förhållandet att upphandlingsdirektiven som sådana, för sin tillämpning, kräver att ett beslut om tilldelning ska resultera i ett avtal mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Konkurrensverket har även gjort gällande att de fullmäktigebeslut som Kommunen har fattat om att utge ersättning till Bolaget utgör en sådan betal-

<sup>35</sup> Mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 47.

<sup>36</sup> Se mål C-107/98, *Teckal*, mål C-20/01 och 28/01, *kommissionen mot Tyskland*, mål C-26/03, *Stadt Halle* mål C-84/03, *kommissionen mot Spanien*, mål C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, mål C-295/05, *Tragsa*.

<sup>37</sup> Se mål C-451/08, *Helmut Müller*, p. 46–48 samt 59–62.

<sup>38</sup> Se artikel 3 i ändringsdirektiv 2007/66/EG.

<sup>39</sup> Se mål C-81/98, *Alcatel*, p. 43.

<sup>40</sup> Se mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 34.

ningsförpliktelse som krävs för att fråga ska vara om ett upphandlingspliktigt avtal. Det kan dock även i detta avseende konstateras att kommunfullmäktige, när som helst, ensidigt kan undanröja sitt tidigare beslut och fatta ett nytt beslut i dess ställe. Det rör sig därför inte, enligt vår mening, om någon faktiskt betalningsförpliktelse i köprättslig mening.

Det bör slutligen understrykas att även om ett bolag är skyldigt att agera i enlighet med bolagsordning och relevanta delar av ett aktieägaravtal så kommer denna skyldighet alltid vara lägre prioriterad hos bolaget än eventuella köprättsliga förpliktelser som bolaget har enligt andra avtal.

## 5. AVSLUTNING

För att summera vad som anförts ovan är vår inställning att upphandlingsskyldighet förutsätter att fråga är om ett bindande avtal mellan en upphandlande myndighet och en leverantör och som medför en rättsligt åberopbar skyldighet för den upphandlande myndigheten att erlagga betalning och en rättsligt åberopbar skyldighet för leverantören att fullgöra en sådan prestation som omfattas av LOU, dvs. en leverans av en vara, utförandet av en tjänst eller en byggtreprenad.

Om det emellertid inte rör sig om ett avtal mellan en upphandlande myndighet och en leverantör, eller om avtalet inte innehåller en rättsligt åberopbar fullgörandeskyldighet, är det inte heller fråga om ett köp.

Detta gäller alldeles oavsett vad parterna har haft för intentioner eller vad parterna har för relation till varandra i övrigt och man bör, enligt vår mening, noga akta sig för att föra in ytterligare kriterier i bedömningen som kan leda till att upphandlingsregelverket kan få ett vidare tillämpningsområde än vad som är avsett. Det bör i detta sammanhang hållas i minnet att oegentligheter i transaktioner där myndigheter är part ofta kan träffas av andra regelverk, såsom statsstödsreglerna eller av brottsbalkens bestämmelser. Att upphandlingsrätten inskränks till att endast avse köp behöver således inte innebära att eventuella oegentligheter i andra transaktioner går ostraffade.

Det är vår förhoppning att förvaltningsrätten ser bristerna i Konkurrensverkets resonemang och inte går en väg som leder till att köpbegreppet avlägsnar sig från normalt språkbruk och som riskerar öka allmänhetens redan förhållandevis stora skepticism mot upphandlingsrättens visdom.

