



INTERNATIONELLA
HANDELSHÖGSKOLAN
HÖGSKOLAN I JÖNKÖPING

In house-situationer

- Möjligheter i relationen mellan upphandlande systerbolag att undantas från reglerna om offentlig upphandling

Master Thesis in Commercial and Tax Law

Författare: Selma Bećirbegović

Handledare: Ulrika Rosander

Framläggningsdatum 2013-05-13

Jönköping Maj 2012

Master Thesis in Commercial and Tax Law

Titel:	In house-situationer- Vilka möjligheter finns det för upphandlande systerbolag att undantas från upphandlingsskyldighet?
Författare:	Selma Bećirbegović
Handledare:	Ulrika Rosander
Datum:	2013-05-13
Ämnesord	Horisontella undantag, vertikala undantag, in house-situationer, Teckal-kriterier, upphandlande systerbolag

Sammanfattning

Offentlig upphandling har till syfte att undvika snedvriden konkurrens och ge anbudsgivare likvärdiga möjligheter att tilldelas ett offentligt kontrakt. Däremot krävs det ingen offentlig upphandling när en offentlig myndighet utför ett uppdrag i egen regi. Det finns även möjligheter för myndigheter att utföra verksamhet genom fristående enheter, som då jämföras med verksamhet i egen regi. För att sådan verksamhet ska undantas från upphandlingsskyldighet ställs särskilda kriterier upp för relationen mellan myndigheten och den fristående enheten. Kontrollkriteriet kräver att den upphandlande myndigheten har kontroll över den fristående enheten som den har över sin egen förvaltning och verksamhetskriteriet att den fristående enheten bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den.

Situationer där myndigheter samarbetar med andra myndigheter genom avtal har också på senare tid ansetts omfattas av undantag från upphandlingsskyldighet. Genom två särskilda mål har EU-domstolen satt upp kumulativa kriterier som måste uppfyllas för att sådana samarbetsavtal mellan myndigheter ska kunna anses vara undantagna från upphandlingsskyldighet. Avtalet mellan myndigheterna ska syfta till att vara ett allmännyttigt uppdrag som ska styras av krav och överväganden för att uppnå mål av allmänintresse. Uppdraget och målet måste vara gemensamt för de båda myndigheterna. Avtalet får inte på något sätt ge fördel åt en privat aktör och inte heller får privata aktörer vara inblandade i avtalet.

Det uppkommer frågor om dessa undantag kan omfatta relationer mellan systerbolag som vill undgå upphandlingsskyldighet. Om relationen mellan systerbolag omfattas är frågan på vilket sätt och till vilken omfattning kan systerbolag undantas från upphandlingsskyldighet i enlighet med upphandlingsdirektiven.

Master Thesis in Commercial and Tax Law

Title:	In house-situations – What are the possibilities for sister companies to be exempted from public procurement obligations?
Author:	Selma Bećirbegović
Tutor:	Ulrika Rosander
Date:	2013-05-13
Subject terms:	Horizontal exemptions, Vertical exemptions, in house-situations, Teckal- criteria, sister companies

Abstract

One of the main purposes of public procurement is to not distort competition and to give the tenderers equal opportunity to get a public contract. When a public authority handles its own operation there is no need for public procurement. There is also an opportunity for public bodies to handle their operation thru a legal entity, that situation is then similar to the situation when the public body handles its own operation, from a public procurement perspective. However some criteria have to be fulfilled for the relation between the public authority and the legal entity, to be exempted from public procurement. The awarding authority has to control the legal entity in a similar way that it controls its own departments, the legal entity needs to carry out an essential part of its activities with the controlling authority. This in house-exemption also applies to the situation when several authorities control the legal entity.

Situations where public authorities co-operate with other public authorities thru a contract can also be exempted from public procurement. From two Court of Justice cases the court has set up some criteria for when such a contract situation could be exempted from public procurement. The contract should have the aim of ensuring that a public task is performed and that all involved authorities have the same aim and are performed by the authorities together. No private figure can be involved in the contract nor can a private figure benefit from the contract.

The question that arises is if these exemptions cover relations between sister companies and their interactions? If so, how and to what extent is this possible?

Innehållsförteckning

1	Inledning	7
1.1	Bakgrund.....	7
1.2	Syfte.....	8
1.3	Avgränsning	8
1.4	Metod och material.....	9
2	Introduktion till offentlig upphandling	12
2.1	Begreppet in house	12
2.2	Unionsrätten.....	13
2.2.1	Upphandlingsdirektiven	13
2.2.2	Offentliga kontrakt.....	13
2.2.3	Vad avses med upphandlande myndighet?	14
2.2.4	Vad avses med offentlig myndighet?	15
3	Vertikala undantag	16
3.1	Inledning.....	16
3.2	Teckal-kriterierna.....	16
3.2.1	Kontrollkriteriet.....	16
3.2.2	Verksamhetskriteriet	17
3.3	In house-undantaget i omvända situationer	17
3.4	Omfattas upphandlande myndighet av in house-undantag?.....	18
4	Horisontella undantag mellan myndigheter	21
4.1	EU-domstolens första mål angående horisontellt samarbete.....	21
4.1.1	Hamburg-målet.....	21
4.1.2	Hur tolkas Hamburg-domen?.....	23
4.2	EU-domstolens andra mål angående horisontellt samarbete.....	24
4.2.1	Lecce-målet	24
4.2.2	Vad innebär den nya domen för upphandlingsrätten?	27
5	Upphandlingsskyldighet i koncernförhållanden	29
5.1	Inledning.....	29
5.2	Är in house-undantag tillämpligt på systerbolag?	29
5.3	Praktisk tillämpning av in house-undantaget mellan systerbolag	30
5.3.1	Inledning	30
5.3.2	Omständigheter	31
5.3.3	Norges argument för att Teckal-kriterierna ska anses uppfyllda	31
5.3.3.1	Argument för att kontrollkriteriet är uppfyllt	31
5.3.3.2	Argument för att verksamhetskriteriet är uppfyllt	33
5.4	Är det horisontella undantaget tillämpligt på systerbolag?	33
5.4.1	Inledning	33
5.4.2	Systerbolag som offentlig myndighet?	34
5.4.3	Kriterier för det horisontella undantaget.....	34

6	Analys	36
6.1	Det vertikala undantaget	36
6.2	Det horisontella undantaget	38
6.3	Vilket undantag är mest fördelaktigt för systerbolag?	39
7	Slutsats	41
	Referenslista	42

Figurförteckning

Figur 1. Myndighet som utnyttjar egna resurser, ingen upphandlingsskyldighet föreligger.	12
Figur 2. Myndighet tilldelar offentligt kontrakt till fristående juridisk person, undantag från upphandlingsskyldighet kan föreligga.....	12
Figur 3. Myndigheter som gemensamt äger en fristående juridisk person, undantag från upphandlingsskyldighet kan föreligga.....	13
Figur 4. Samarbetsavtal mellan upphandlande myndigheter, undantag från upphandlingsskyldighet kan föreligga.....	13

Förkortningslista

EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EFTA	European Free Trade Association
ERT	Europarättslig Tidskrift
ESA	EFTA Surveillance Authority
EU	Europeiska unionen
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar

I Inledning

I.1 Bakgrund

Offentlig upphandling inom den Europeiska unionen (EU) uppgår till flera miljarder euro varje år.¹ EU-rättens upphandlingsdirektiv syftar till att öppna den offentliga marknaden för alla konkurrerande leverantörer inom den inre marknaden.²

Myndigheter har dock möjlighet att utföra de offentliga tjänster som åligger myndigheten med egna resurser, därav finns ingen skyldighet att anlita externa leverantörer som inte ingår i den egna verksamheten.³ När myndigheter utför tjänster i egen regi uppkommer ingen upphandlingsskyldighet.

Offentlig upphandling inom unionen kan separeras i två delar, den ena sidan gällande upphandlingar som är öppen för fri konkurrens mellan ekonomiska aktörer i unionen och som följer upphandlingslagstiftningen.⁴ Den andra sidan gällande åtgärder som myndigheter tillämpar för att utföra sina offentliga tjänster och som inte omfattas av upphandlingsdirektiven och inte heller är i egen regi.⁵ Dessa åtgärder kallas in house-situationer och kan separeras i två delar, å ena sidan det vertikala undantaget och å andra sidan det horisontella undantaget.

Det vertikala undantaget innebär att en offentlig myndighet har möjlighet att tilldela ett kontrakt till en fristående juridisk person som myndigheten kontrollerar som sin egen förvaltning. Förutsatt att den fristående juridiska personen utövar huvuddelen av sin verksamhet med den myndighet som äger den.⁶ Undantaget är formulerat så att det endast gäller i nedåttstigande led därav kan inte den fristående juridiska personen tilldela kontrakt

¹ Arbetsdokument från kommissionens avdelningar om tillämpning av EU:s upphandlingslagstiftning på relationer mellan upphandlande myndigheter (offentligt-offentligt samarbete) SEC (2011) 1169 slutlig av den 4 oktober, s. 2. (SEC (2011) 1169 slutlig)

² SEC (2011) 1169 slutlig, s. 2

³ Dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energiewertungsanlage TREA Leuna, REG 2005, s. I-1, p. 48. (C-26/03, Stadt Halle)

⁴ SEC (2011) 1169 slutlig, s. 2.

⁵ SEC (2011) 1169 slutlig, s. 2.

⁶ Dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teccal Srl mot Comune di Viano och Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia, REG 1999 s. I-8121, p. 50. (C-107/98, Teccal)

till den myndigheten som kontrollerar den, inte heller kan relationen mellan två systerbolag som tilldelar kontrakt till varandra vara undantagen upphandlingsskyldighet.⁷

Det horisontella undantaget innefattar undantag från upphandlingsskyldighet då två myndigheter genom samarbetsavtal syftar till att fullgöra ett uppdrag av allmänintresse. För att avtalet ska omfattas av det horisontella undantaget krävs det att vissa kumulativa kriterier är uppfyllda. Systerbolag kan omfattas av denna in-house situation.⁸

Relationen mellan systerbolag som har samma myndighet som moderbolag omfattas därmed inte av det vertikala undantaget dock av det horisontella. Undantagen har dock helt olika förutsättningar och det uppkommer fråga om hur undantagen relaterar till systerbolag. I och med att det inte finns möjlighet för systerbolag att omfattas av det vertikala undantaget, har fråga uppkommit om det bör omfattas, då systerbolag är en del av myndighetens koncern och bör ses som en helhet.

1.2 Syfte

Uppsatsens syfte är att utreda möjligheten för systerbolag att undantas från upphandlingsdirektivets tillämplighet genom det vertikala respektive horisontella undantaget.

Frågeställningar som behandlas för att besvara syftet är:

- Omfattas ett kontrakt från den juridiska personen till den kontrollerande myndigheten av det vertikala undantaget?
- Bör systerbolag omfattas av det vertikala undantaget?
- Är det horisontella- eller det vertikala undantaget mest fördelaktigt gällande systerbolag?

1.3 Avgränsning

Uppsatsen baseras på EU-rättens upphandlingslagstiftning samt EU-domstolens rättspraxis därav avgränsas nationell rätt i sin helhet. Upphandling inom unionen regleras genom två direktiv, det *klassiska direktivet*⁹ som är tillämpligt på varor, tjänster och byggtreprenader

⁷ Se kapitel 3.

⁸ Se kapitel 4.

⁹ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG, av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. (Direktiv 2004/18/EG)

och *försörjningsdirektivet*¹⁰, det senare undantas från uppsatsen då försörjningsdirektivet även är tillämpligt på upphandlande enheter som inte är offentliga.¹¹

Det vertikala undantaget har genom EU-domstolens praxis utvecklats i ett antal år, därav behandlas inte omständigheterna i målen gällande det undantaget. Däremot när det gäller det horisontella undantaget finns det endast två mål som är vägledande därav behandlas dessa i uppsatsens deskriptiva del.

I en del mål från EU-domstolen är avfallshantering centralt för omständigheterna och avfallsdirektivet¹² behandlas. I denna framställning avgränsas avfallsdirektivet i sin helhet då direktivet inte har relevans för in house-situationer. Vidare avgränsas frågor om tröskelvärde, det antas i uppsatsen att om en fråga uppkommit till EU-domstolen så gäller frågan en situation där upphandlingsdirektiven är tillämpliga.¹³

1.4 Metod och material

Uppsatsen behandlar frågor där praxis är av stor vikt, vilket omkullkastar den traditionella ordningen av rättskällorna i uppsatsen. Den traditionella ordningen på rättskällorna anses vara författningar, förarbeten, praxis och doktrin.¹⁴ I uppsatsen används istället ordningen praxis, direktiv, nationella förarbeten och doktrin som rättskällor.

EU-domstolens praxis har en central roll med anledning av att de horisontella och vertikala undantagen utformades av domstolen. EU-domstolen är inrättat som ett politiskt oavhängigt organ som har som mål att vaka över respekten för lagen.¹⁵ Vissa bestämmelser inom EU-rätten kan vara såpass vaga att EU-domstolen måste komplementera bestämmelserna genom tolkningar och rättskapande verksamhet.¹⁶ När domstolen tolkar en särskild bestämmelse gör domstolen detta genom att välja den tolkning som är mest

¹⁰ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. (Direktiv 2004/17/EG)

¹¹ Direktiv 2004/17/EG, art 1.2 a.

¹² Europaparlamentets och Rådets direktiv 2008/98/EG, av den 19 november 2008 om avfall och om upphävande av vissa direktiv.

¹³ I de fall ersättningen i det offentliga kontraktet uppgår till en summa som inte kommer upp till direktivets tröskelvärden är inte upphandlingsdirektivet tillämpligt.

¹⁴ Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare- Ämne, material, metod och argumentation, uppl., 2 Norstedts Juridik, 2007., s. 37.

¹⁵ Hettne, Otken Eriksson, EU-rättslig metod- teori och genomslag i svensk rättstillämpning, uppl., 2. Norstedts Juridik, 2011., s. 49. (Hettne, Otken Eriksson, EU-rättslig metod)

¹⁶ Hettne, Otken Eriksson, EU-rättslig metod, s. 49.

gynnsam för EU-rättens utveckling.¹⁷ Därav får det anses att EU-domstolens rättspraxis har ett högt rättskällvärde och i uppsatsen är den främsta primärrättskällan.

Praxis från European Free Trade Association (EFTA)- domstolen i Norge-målet används för att stödja argument om varför systerbolag skulle kunna omfattas av det vertikala undantaget. Eftersom målet lades ned kan det anses att rättskällervärdet är lågt, men då det inte finns annan praxis från EU-domstolen angående undantag för systerbolag i vertikala situationen är det intressant att se hur en sådan argumentation skulle kunna utformas. Med anledning av att målet lades ned finns ingen dom att använda som rättskälla därför används svenska förarbeten som källa till Norges argument.

De EU-rättsliga direktiv som finns på upphandlingsområdet behandlas i uppsatsen försörjningsdirektivet har dock avgränsats. Det klassiska direktivet har stor relevans i uppsatsen med hänsyn till att EU-domstolen stödjer sin praxis på direktivet, det är också i direktivet som definitioner av offentliga kontrakt, offentlig myndighet och upphandlande myndighet är stadgade.

Uppsatsen innehåller en del sekundär EU-rätt, med bland annat KOM-dokument, Europa parlamentets resolution och SEC-dokument, som inte är bindande för medlemsstaterna. I uppsatsen görs ingen jämförelse eller någon hierarkisk ställning av dessa dokument, då dess syfte endast är att förenkla tolkningen av undantagen. Detsamma gäller artiklar från sakkunniga som används för förståelse av undantagen.

I analyskapitlet diskuteras om och i sådana fall till vilken omfattning systerbolag kan undantas från upphandlingsskyldighet genom det vertikala respektive horisontella undantaget.

I uppsatsen används en del terminologi som nästintill synonym. I uppsatsen används ordet myndighet och med det syftas till att det är en upphandlande myndighet. *In house-situationer* innefattar alla situationer där en upphandlande myndighet kan undantas från upphandlingsskyldighet med anledning av att relationen och omständigheterna som föreligger mellan parterna i avtalet kan jämföras med situationer där en myndighet använder sina egna resurser.¹⁸

¹⁷ Hettne, Otken Eriksson, EU-rättslig metod, s. 49.

¹⁸ Pedersen, K, Olsson, E, Upphandlingskrönika- Att lagstifta om rättspraxis – utmaningen med bestämmelser om köp från eget bolag, Europarättslig Tidskrift, nr 3, 2012, s. 365, fotnot 1. (Pedersen, Olsson, Upphandlingskrönika- att lagstifta om rättspraxis)

Med *In house-undantag* avses Teckal-undantaget, det vill säga när det vertikala undantaget är tillämpligt. Med Teckal-kriterierna avses kontrollkriteriet och verksamhetskriteriet tillsammans, när dessa är uppfyllda innebär det att in house-undantaget är tillämpligt. Med *samarbetsavtal* mellan upphandlande myndigheter avses horisontella undantag, det vill säga när Teckal-kriterierna inte är uppfyllda.

I uppsatsen används även uttrycket *koncernförhållanden* där moderbolag jämförs med den myndighet som kontrollerar den fristående juridiska personen som jämförs med dotterbolag. Har myndigheten flera dotterbolag är dessa systerbolag i relation till varandra.

I uppsatsen även ett antal figurer där de olika in house-situationerna används, dessa syftar till att underlätta förståelsen för läsaren.

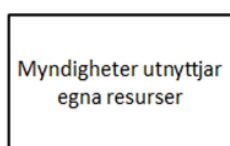
2 Introduktion till offentlig upphandling

2.1 Begreppet in house

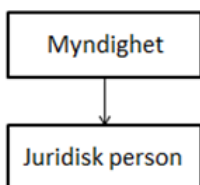
In house innefattar alla situationer där undantag från upphandlingsskyldighet kan föreligga på grund av relationen och omständigheterna som föreligger mellan parterna i avtalet, som gör att situationen kan jämföras med när en myndighet använder sina egna resurser inom den interna organisationen för att utföra det som åligger den.¹⁹

In house-situationer som behandlas i uppsatsen är de vertikala undantaget, även kallat in house-undantaget eller Teckal-undantaget, samt horisontella undantaget som avser samarbetsavtal mellan upphandlande myndigheter. Det horisontella undantaget är en in house-situation men inte ett in house-undantag. In house-undantaget innehåller kriterier för sådana situationer där en upphandlande myndighet och en juridisk person har ett avtal. I de fall Teckal-kriterierna är uppfyllda kan en upphandlande myndighet anskaffa nyttigheter från den juridiska personen utan att upphandlingsskyldighet föreligger.²⁰

Figurerna nedan visar vilka in house-situationer som kan föreligga, i figur 1 föreligger ingen upphandlingsskyldighet då myndigheten utnyttjar sina egna resurser. I figurerna 2,3,4 kan undantag från upphandlingsskyldighet föreligga, såtillvida de kriterier som kan undanta situationerna från upphandling är uppfyllda. För figur 2 och 3 innebär det vertikala undantag och för figur 4 det horisontella undantaget.



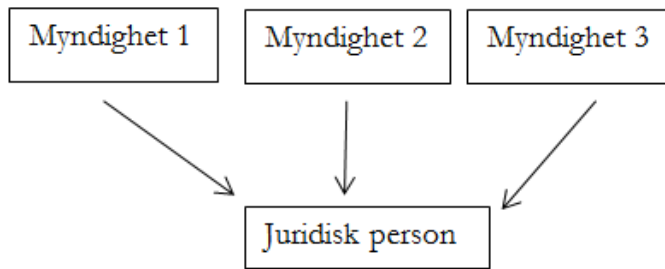
Figur 1. Myndighet som utnyttjar egna resurser, ingen upphandlingsskyldighet föreligger.



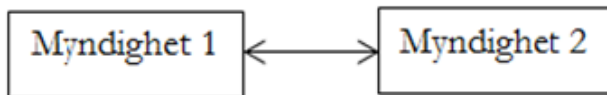
Figur 2. Myndighet tilldelar offentligt kontrakt till fristående juridisk person, undantag från upphandlingsskyldighet kan föreligga.

¹⁹ Pedersen, Olsson, Upphandlingskrönika- att lagstifta om rättspraxis, s. 365, fotnot 1.

²⁰ Pedersen, Olsson, Upphandlingskrönika- att lagstifta om rättspraxis, s. 365, fotnot 1.



Figur 3. Myndigheter som gemensamt äger en fristående juridisk person, undantag från upphandlingsskyldighet kan föreligga.



Figur 4. Samarbetsavtal mellan upphandlande myndigheter, undantag från upphandlingsskyldighet kan föreligga.

2.2 Unionsrätten

2.2.1 Upphandlingsdirektiven

Upphandlingsområdet är reglerat genom EU-rättsliga direktiv och regleras inte i EU-fördragen, däremot har ett antal principer från både EU-domstolen och andra EU-rättsliga principer legat till grund för utvecklingen av upphandlingsdirektiven.²¹

Upphandlingsdirektiven är Europarådets och Europaparlamentets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av, tjänster, varor och byggentreprenader, det så kallade *klassiska direktivet*, och direktiv 2004/17/EG om samordning av förfaranden vid upphandling på områdena energi, transporter, vatten och posttjänster, även kallat *försörjningsdirektivet*. I uppsatsen behandlas endast det klassiska direktivet.

2.2.2 Offentliga kontrakt

Vid en offentlig upphandling tilldelas ett offentligt kontrakt till en eller flera leverantörer. Ett offentligt kontrakt är ett avtal med ekonomiska villkor som:

1. sluts mellan en eller flera leverantörer och en eller flera upphandlande myndigheter,
2. avser tjänster, varor eller byggentreprenader,
3. avtalet ska undertecknas av parterna eller signeras med en elektronisk signatur.²²

²¹ SOU 2011:43, Offentlig upphandling från eget företag?!- och vissa andra frågor, s. 60. (SOU 2011:43)

²² Direktiv, 2004/18/EG, art. 1.2 a.

Ett offentligt kontrakt ska tilldelas leverantörer vid offentlig upphandling om inte kontraktet omfattas av undantagsbestämmelserna i direktivet. Bestämmelserna gäller om kontraktens värde exklusive mervärdesskatt beräknas överstiga vissa tröskelvärden.²³

En upphandlande myndighet är inte skyldig att använda sig av externa leverantörer om myndigheten kan utnyttja sina resurser, därav föreligger inte heller något offentligt kontrakt då det inte finns ekonomiska villkor i avtalet.²⁴

Ett offentligt kontrakt tilldelas alltså vid upphandling, däremot kan vertikala situationer och horisontella situationer undantas från upphandlingsskyldighet gällande det offentliga kontraktet om särskilda villkor är uppfyllda, mer om vertikala undantag i kapitel 3 och horisontella avtal i kapitel 4.

2.2.3 Vad avses med upphandlande myndighet?

Begreppet upphandlande myndighet är definierat i det klassiska direktivet och avser statliga, regionala eller lokala myndigheter och offentlighetsorgan men även sammanslutningar av en eller flera myndigheter eller en eller flera organ.²⁵

Med offentlighetsorgan avses alla organ som är juridiska personer och har inrättats särskilt för att tillgodose allmänintresset, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär.²⁶

Verksamheten i sådana organ ska finansieras till största delen av:

- statliga, lokala eller regionala myndigheter, eller
- andra offentlighetsorgan, eller
- annan verksamhet som står under kontroll av sådana organ, eller
- i förvaltning-, styrelse- eller kontrollorgan där minst hälften av ledamöterna utses av myndigheter eller av andra offentlighetsorgan.²⁷

Med upphandlande myndighet avses således statliga, regionala och lokala myndigheter men även andra offentlighetsorgan som har någon koppling till offentlig verksamhet och inrättats för att tillgodose allmänintresset.

²³ Direktiv, 2004/18/EG, art 7 och art. 10-18.

²⁴ C-26/03, Stadt Halle, p. 48.

²⁵ Direktiv, 2004/18/EG, art 1.9.

²⁶ Direktiv, 2004/18/EG, art 1.9 a-b.

²⁷ Direktiv, 2004/18/EG, art 1.9 c.

2.2.4 Vad avses med offentlig myndighet?

Upphandlingsdirektiven gäller om en upphandlande myndighet sluter ett avtal med ett annat rättssubjekt. Det är ingen skillnad om ett sådant avtal sluts med en privat eller offentlig part.²⁸

I det klassiska direktivet fastställs att ”... *offentlig enhet eller grupp av sådana personer och/eller organ som på marknaden erbjuder sig att utföra byggentreprenader och/eller tillhandahåller byggentreprenader, varor eller tjänster.*”²⁹ Denna artikel innebär det att det finns lagstöd för EU-domstolens praxis om att horisontella avtal kan undantas från upphandlingsskyldighet. Domstolen fastställde i det så kallade Hamburg-målet³⁰ att ”... *den omständigheten att tjänsteleverantören är ett offentligt organ som är fristående i förhållande till tjänstemottagaren utgör således inte hinder för tillämpningen av direktivet.*”³¹

Vidare har EU-domstolen även anfört att det i princip är tillräckligt att avtalet har slutits mellan en myndighet och en fristående juridisk person.³² Domstolen har även konstaterat i ett annat mål³³ att eventuella nationella lagstiftningar som utesluter rättsförhållanden mellan myndigheter, icke-kommersiella offentligrättsliga enheter i allmänhet och myndigheters allmänna organ, oavsett hur detta rättsförhållande ser ut, är en felaktig tillämpning av EU:s upphandlingsdirektiv.³⁴

²⁸ SEC (2011) 1169 slutlig, s. 3.

²⁹ Direktiv 2004/18/EG, art 1.8.

³⁰ Dom av den 9 juni 2009 i mål C-480/06, Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland, REG 2009, s. I-4747. (C-480/06, Hamburg)

³¹ C-480/06, Hamburg, p. 33.

³² C-197/98, Teckal, p. 50.

³³ Dom av den 21 juli 2005 i mål C-84/03, Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Spanien, REG 2005, s. I-139. (C-84/03, Kommissionen mot Spanien)

³⁴ C-84/03, Kommissionen mot Spanien, p. 40.

3 Vertikala undantag

3.1 Inledning

In house-undantaget utvecklades av EU-domstolen i Teckal-målet. Domstolen möjliggjorde undantag från upphandlingsskyldighet för myndigheter som tilldelar ett offentligt kontrakt till en fristående juridisk person. I en sådan situation kan en myndighet endast undgå upphandlingsskyldighet om myndigheten utövar kontroll över den juridiska personen som motsvarar den kontroll myndigheten utövar över sin egen förvaltning, samt att den juridiska personen bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den.³⁵ Teckal-undantaget används vid in house-situationer då en myndighet tilldelar ett offentligt kontrakt till en fristående juridisk person, eller när flera myndigheter gemensamt kontrollerar en sådan fristående juridisk person.

3.2 Teckal-kriterierna

3.2.1 Kontrollkriteriet

Kontrollkriteriet innebär alltså att den upphandlande myndigheten ska utöva en kontroll över den fristående juridiska personen som är jämförbar med den kontroll myndigheten utövar över sin egen förvaltning.³⁶ Hur kontrollkriteriet tolkas är utrett i flera mål från EU-domstolen. I Parking Brixen-målet³⁷ anförde domstolen att en helhetsbedömning av relevanta lagbestämmelser och omständighet ska beaktas, liksom myndighetens möjlighet att påverka beslut och strategiska mål.³⁸ Enligt målet Coditel³⁹ måste inte den kontroll en myndighet utövar över den fristående enheten vara identiskt eller individuell jämfört med egen förvaltning, kontrollen måste endast vara effektiv.⁴⁰

³⁵ C-197/98, Teckal, p. 50.

³⁶ C-197/98, Teckal, p. 50.

³⁷ Dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen och Stadtwerke Brixen AG, REG 2005, s. I-8585. (C-458/03, Parking Brixen)

³⁸ C-458/03, Parking Brixen, p. 65., Se även dom av den 11 maj 2006 i mål C-340/04, Carbotermo SpA och Consorzio Alisei mot Comune di Busto Arsizio och AGESP SpA, REG 2006, s. I-4137, p. 36. (C-340/04, Carbotermo)

³⁹ Dom av den 13 november 2008 i mål C-324/07, Coditel Brabant SA mot Commune d'Uccle och Région de Bruxelles-Capitale, REG 2008, s. I-8457. (C-324/07, Coditel)

⁴⁰ C-324/07, Coditel, p. 46.

3.2.2 Verksamhetskriteriet

Verksamhetskriteriet härstammar liksom kontrollkriteriet från Teckal-målet. Kriteriet innebär att den fristående enheten ska utföra huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den.⁴¹

EU-domstolen har i målet Carbotermo⁴² anfört att ett företag som kontrolleras av en myndighet fortfarande har handlingsfrihet och konkurrenskraft på marknaden och har därför möjlighet att utöva en betydande del av sin ekonomiska verksamhet med andra aktörer, trots att företaget kontrolleras av en myndighet.⁴³

Domstolen konstaterade även att företagets tjänster huvudsakligen ska vara avsedda för den myndighet som äger den.⁴⁴ Domstolen uttryckte vidare att verksamhetskriteriet endast kan anses vara uppfyllt om företaget huvudsakligen utövar verksamhet åt den myndighet som innehar den och all annan verksamhet är av marginell karaktär.⁴⁵

Verksamhetskriteriet är utformat av domstolen på ett sätt som innebär att flera myndigheter kan kontrollera den fristående enheten gemensamt.⁴⁶ När fler myndigheter tillsammans innehar den fristående enheten kan verksamhetskriteriet anses vara uppfyllt om enheten utövar huvuddelen av sin verksamhet med samtliga dessa myndigheter.⁴⁷

3.3 In house-undantaget i omvända situationer

In house-undantaget som det är uttryckt i EU-domstolens praxis omfattar situationer där en myndighet undantas från upphandlingsskyldighet vid anskaffning av nyttigheter från en fristående juridisk person förutsatt att Teckal-kriterierna är uppfyllda.⁴⁸

Frågor har uppkommit om huruvida detsamma gäller för en omvänd situation, det vill säga när den fristående juridiska personen anskaffar nyttigheter från den myndighet som

⁴¹ C-107/98, Teckal, p. 50.

⁴² C-340/04, Carbotermo.

⁴³ C-340/04, Carbotermo, p. 61.

⁴⁴ C-340/04, Carbotermo, p. 62.

⁴⁵ C-340/04, Carbotermo, p. 63.

⁴⁶ C-340/04, Carbotermo, p. 69.

⁴⁷ C-340/04, Carbotermo, p. 70-71.

⁴⁸ C-107/98, Teckal, p. 50.

kontrollerar den och Teckal-kriterierna är uppfyllda. I nuläget finns ingen rättspraxis,⁴⁹ som stödjer detta påstående men i många fall argumenteras ändå för att situationen ska kunna undantas från upphandlingsskyldighet.⁵⁰

Ett argument för att så skulle vara fallet är domstolens uttalanden angående in house-undantagets anknytning till vad som gäller för verksamhet i egen regi, främst i fall där den fristående enheten till viss del eller helt och hållet är privatägd⁵¹ I målet ANAV⁵² anförde domstolen att om ett bolag är privatägt eller endast till viss del är privatägt finns inte möjligheten för bolaget att ingå i den interna administrationen av en offentlig nytting till den myndighet som innehar bolaget.⁵³ Ett liknande uttalande gjorde domstolen i målet Coname⁵⁴ där domstolen anförde att den aktuella organisationen inte kunde likställas med en organisation genom vilken en kommun eller en stad internt tillhandahåller en tjänst.⁵⁵

Av dessa uttalanden anses att syftet med Teckal-kriterierna är att kriterierna ska vara funktionella. Det kan då antas att situationer där kriterierna är uppfyllda jämställer den fristående juridiska personen med andra enheter som ligger under den upphandlande myndighetens egen regi och att upphandlingsskyldighet därmed inte uppkommer.⁵⁶ Relationen mellan parterna bör vara avgörande, inte vem som inhandlar varorna och tjänsterna eller vem som utger vederlaget.⁵⁷

3.4 Omfattas upphandlande myndighet av in house-undantag?

Fråga har uppkommit om EU-domstolen genom Teckal-kriterierna allt för mycket begränsade möjligheten för upphandlande myndigheter, som inte är offentliga myndigheter, att uppfylla Teckal-kriterierna och därmed undantas från upphandlingsskyldighet.

⁴⁹ KOM (2011) 15 slutlig GRÖNBOK om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad, Bryssel den 27.1.2011, s. 22.

⁵⁰ SOU 2011:43, s. 124-125.

⁵¹ SOU 2011:43, s. 128.

⁵² Dom av den 6 april 2006 i mål C-410/04, Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori mot Comune di Bari och AMTAB Servizio SpA, REG 2006, s. I-3303. (C-410/04, ANAV)

⁵³ C-410/04, ANAV, s. 32.

⁵⁴ Dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Consorzio Aziende Metano mot Comune di Ciangia de' Botti, REG 2005, s. I-7287. (C-231/03, Coname)

⁵⁵ C-231/03, Coname, p. 26.

⁵⁶ SOU 2011:43, s. 128.

⁵⁷ SOU 2011:43, s. 128.

Det har diskuterats om EU-domstolen har uttryckt att en upphandlande myndighet inte kan anses vara ett bolag.⁵⁸ En tolkning som ankommer av domstolens uttalande i Teckal-målet där domstolen använde uttrycket ”*lokal myndighet*” och uttalandet i Hamburg-målet där domstolen använde uttrycket ”*den offentliga myndigheten*”.⁵⁹ I förarbeten har det ansetts att dessa uttalanden utger tveksamhet angående tillämpligheten av Teckal-undantaget, när bolag som är upphandlande myndighet har avtal med en juridisk person som bolaget äger.⁶⁰

Däremot har EU-domstolens uttalanden och val av uttryck i ovannämnda mål också tolkats som att endast vara en förtydning i de aktuella målen och inte en fingervisning om att det endast är offentliga upphandlande myndigheter som har möjlighet att undgå upphandlingsskyldighet.⁶¹

Det har även ansetts att EU-domstolens uttalanden i Asemfo-målet⁶² där gemensam kontroll som delvis utövats indirekt kan ge stöd för att upphandlande myndigheter som inte är offentliga också kan anses utöva kontroll.⁶³ I målet Mantova⁶⁴ ägdes en fristående enhet av flera kommuner varav några kommuner genom kommunala företag. Domstolen ansåg även i detta mål att gemensam kontroll var uppfylld.⁶⁵ Domstolen ansåg att kontrollkriteriet uppfylldes i båda dessa mål, trots att kontrollen till viss del utövades genom juridiska personer som inte kan anses vara offentliga myndigheter.⁶⁶ Däremot uttalade domstolen inget om dessa juridiska personer kunde anses vara upphandlande myndigheter och då ha möjlighet att själva inhandla nyttigheter från den fristående enheten utan föregående upphandling.⁶⁷

⁵⁸ Prop. 2009/10:134, Upphandling från statliga och kommunala företag, s. 45 (Prop. 2009/10:134)

⁵⁹ C-107/98, Teckal, p. 50., C-480/06, Hamburg, p. 34.

⁶⁰ Prop. 2009/10:134, s. 46.

⁶¹ SOU 2011:43, s. 121.

⁶² Dom av den 19 april 2007 i mål C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales mot Transformación Agraria SA och Administración del Estado, REG 2007, s. I-2999, p. 65. (C-295/05, Asemfo)

⁶³ SOU 2011:43, s. 121.

⁶⁴ Dom av den 17 juli 2008 i mål C-371/05, Europeiska gemenskapernas kommission mot Italienska republiken, REG 2008, s. I-110. (C-371/05, Mantova)

⁶⁵ C-371/05, Mantova, p. 27-28.

⁶⁶ SOU 2011:43, s. 122., C-371/05, Mantova, p. 27-28., C-295/05, Asemfo, p. 65.

⁶⁷ SOU 2011:43, s. 122.

EU-domstolens utformning av Teckal-kriterierna har sin grund i definitionen av avtal i upphandlingsdirektiven. I de fall Teckal-kriterierna är uppfyllda finns alltså inget avtal och därav inte heller någon upphandlingskyldighet.⁶⁸

I målet Stadt Halle anförde domstolen att ”*En offentlig myndighet som är en upphandlande myndighet har möjlighet att utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger denna med egna medel... utan att behöva vända sig till externa enheter utanför sin organisation. I ett sådant fall kan det inte vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor som ingåtts med en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person. De gemenskapsrättsliga bestämmelserna angående offentlig upphandling ska då inte tillämpas.*”⁶⁹ Det kan därav anses att domstolen resonerar om avtal så pass allmängiltigt att upphandlande myndigheter som inte är offentliga myndigheter omfattas av Teckal-kriterierna.⁷⁰

Domstolen uttryckte i Stadt Halle-målet även ”... *sambandet mellan en offentlig myndighet, som är en upphandlande myndighet, och dess egen verksamhet styrs av överväganden och krav som är specifika för ett sammanhang där mål av allmänintresse eftersträvas.*”⁷¹ EU-domstolens uttalande specificerar att en upphandlande myndighet ska styras av överväganden och krav som syftar till att tillgodose mål av allmänintresse. Därav kan det uppfattas som att upphandlande myndigheter som inte är offentliga myndigheter ändå kan omfattas av Teckal-undantaget.⁷²

⁶⁸ C-107/07, Teckal, p. 46-50.

⁶⁹ C- 26/03, Stadt Halle, p. 48.

⁷⁰ SOU 2011:43, s. 123.

⁷¹ C-26/03, Stad Halle, p. 50.

⁷² SOU 2011:43, s. 123.

4 Horisontella undantag mellan myndigheter

4.1 EU-domstolens första mål angående horisontellt samarbete

4.1.1 Hamburg-målet

Hamburg-målet är det första målet där EU-domstolen godkände ett samarbete mellan myndigheter som inte faller in inom ramen för Teckal-undantaget. I målet hade fyra förvaltningsdistrikt (Landkreise) ingått ett avtal med Hamburgs stads renhållningstjänst om bortskaffande av avfall i en ny anläggning för termisk behandling av avfall.⁷³ Hamburg stad förband sig genom avtalet, som gällde i 20 år, att ställa kapacitet till förfogande för de fyra Landkreise, men betala till den aktör som drev anläggningen som i sin tur hade avtal med Hamburgs stad.⁷⁴

Avtalet skrevs mellan Landkreise och Hamburgs stads renhållningstjänst utan att föregående anbudsförfarande gjorts enligt då gällande upphandlingsdirektiv 92/50/EEG.⁷⁵ Kommissionen ansåg att Tyskland åsidosatt sina skyldigheter gällande artikel 8 i direktiv 92/50/EEG genom att inte tillämpa något upphandlingsförfarande på gemenskapsnivå.⁷⁶ Kommissionens talan avsåg endast det avtal mellan Hamburgs stads renhållningstjänst och Landkreise och inte det avtal Hamburg stad hade med den aktör som drev anläggningen.⁷⁷ EU-domstolen anförde att kontrollkriteriet inte var uppfyllt då Landkreise inte utövade någon kontroll över Hamburgs stads renhållningstjänst eller den aktör som drev anläggningen.⁷⁸

Domstolen anförde att genom avtalet mellan Hamburgs stads renhållningstjänst och Landkreise det inrättats ett samarbete mellan lokala myndigheter som syftade till att säkerställa att ett gemensamt allmännyttigt uppdrag fullgjordes.⁷⁹ EU-domstolen ansåg det stå klart att det aktuella avtalet, som även innehöll krav på bortförande av avfall, var det

⁷³ C-480/06, Hamburg, p. 4.

⁷⁴ C-480/06, Hamburg, p. 5.

⁷⁵ Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster., C-480/06, Hamburg, p. 6.

⁷⁶ C-480/06, Hamburg, p. 7.

⁷⁷ C-480/06, Hamburg, p. 31.

⁷⁸ C-480/06, Hamburg, p. 36.

⁷⁹ C-480/06, Hamburg, p. 37.

sista steget i ett mellankommunalt samarbete mellan Hamburgs stads renhållningstjänst och Landkreise.⁸⁰

Domstolen uttalade att avtalet hade till syfte att möjliggöra en avfallsanläggning på förmånliga ekonomiska villkor för Hamburgs stad då Hamburg stad inte ensamt hade möjlighet att inrätta en sådan anläggning.⁸¹ Genom avtalet samtyckte Landkreise till att använda anläggningen samt åta sig särskilda därmed sammanhängande förpliktelser.⁸²

I domstolens domskäl anfördes innehållet i avtalet, Hamburgs stad lämnade inga garantier för avfallsanläggningen och hade inte heller något ansvar för denna, däremot fanns en skyldighet att erbjuda ersättningskapacitet vid eventuella problem i anläggningen.⁸³ De fyra Landkreise hade även vissa skyldigheter, bland annat att erlagga årlig ersättning till Hamburgs stads renhållningstjänst.⁸⁴ EU-domstolen anförde även att avtalsparterna genom avtalet i sig gjorde åtaganden som har ett direkt samband med den allmännyttiga tjänsten.⁸⁵

Därigenom ansåg domstolen att avtalet, som ingåtts av offentliga myndigheter, utgjorde både grunden och den rättsliga ramen där den tekniska avfallsbehandlingen skulle ske.⁸⁶ I målet Coditel anförde domstolen att en myndighet med egna medel kunde utföra de uppgifter som ålåg denna, utan att vända sig till externa leverantörer.⁸⁷ För att utföra sådana uppgifter har myndigheten möjlighet att samarbeta med andra offentliga myndigheter.⁸⁸ I det aktuella Hamburg-målet, bekräftade EU-domstolen det som fastslogs i Coditel.⁸⁹

Domstolen anförde i sina domskäl att det inom EU-rätten inte finns någon skyldighet för offentliga myndigheter att använda sig av någon specifik rättslig form när flera enheter gemensamt ska säkerställa att en allmännyttig uppgift fullgörs.⁹⁰ Ett sådant samarbete mellan flera enheter utesluter inte att det huvudsakliga syftet med EU-rättens reglering

⁸⁰ C-480/06, Hamburg, p. 38.

⁸¹ C-480/06, Hamburg, p. 38.

⁸² C-480/06, Hamburg, p. 38.

⁸³ C-480/06, Hamburg, p. 39.

⁸⁴ C-480/06, Hamburg, p. 40.

⁸⁵ C-480/06, Hamburg, p. 41.

⁸⁶ C-480/06, Hamburg, p. 44.

⁸⁷ C-324/07, Coditel, p. 48.

⁸⁸ C-324/07, Coditel, p. 49.

⁸⁹ C-480/06, Hamburg, p. 45.

⁹⁰ C-480/06, Hamburg, p. 47.

angående offentlig upphandling ifrågasätts, syftet är att eliminera snedvriden konkurrens och öka fri rörlighet för tjänster i alla medlemsstater.⁹¹ En förutsättning för sådana samarbeten är att det styrs av krav och överväganden som är ägnade att uppnå mål för allmänintresse och att inga privata företag ges fördel gentemot dess konkurrenter.⁹² Domstolen avslutade med att konstatera att det inte har framgått att myndigheterna i fråga skulle ha konstlat ett upplägg i syfte att undvika upphandling.⁹³

4.1.2 Hur tolkas Hamburg-domen?

Europaparlamentet har gällande samarbete mellan myndigheter i en resolution⁹⁴ anfört att genom Lissabonfördraget infördes för första gången att Unionen ska respektera medlemsstaternas likhet inför fördragen samt deras nationella identitet och medlemstaternas rätt till lokalt och regionalt självstyre.⁹⁵

EU-domstolen anförde i målet Coditel att ”... denna möjlighet som offentliga myndigheter har att använda sig av egna medel för att tillhandahålla offentliga tjänster kan utövas i samarbete med andra offentliga myndigheter”.⁹⁶ Som nämnts ovan anförde domstolen i Hamburg-målet, att det inom EU-rätten inte finns någon skyldighet för offentliga myndigheter att använda sig av någon särskild rättslig form för att gemensamt kunna säkerställa fullgörandet av en allmännyttig uppgift.⁹⁷

Av Hamburg-målet, kan det utläsas att samarbetsavtal mellan lokala myndigheter undantas från upphandlingsskyldighet när de följande kumulativa kriterierna är uppfyllda:

1. En allmännyttig uppgift som åligger alla berörda lokala myndigheter fullgörs.
2. Verksamheten ombesörjs endast av de berörda offentliga myndigheterna, d.v.s. utan deltagande av privata aktörer.
3. Verksamheten utförs huvudsakligen åt de berörda offentliga myndigheterna.⁹⁸

⁹¹ C-480/06, Hamburg, p. 47.

⁹² C-480/06, Hamburg, p. 47.

⁹³ C-480/06, Hamburg, p. 48.

⁹⁴ Europaparlamentets resolution av den 18 maj 2010 om nya utvecklingstendenser inom offentlig upphandling (2009/2157(INI)). (Europaparlamentets resolution)

⁹⁵ Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt, 2010, art. 4(2)., Europaparlamentets resolution, p. 9.

⁹⁶ C-324/07, Coditel, p. 49.

⁹⁷ C-480/06, Hamburg, p. 47.

⁹⁸ Europaparlamentets resolution, p. 9.

Vidare påpekar Europaparlamentet att EU-kommissionen har anfört att alla åtgärder som offentliga myndigheter vidtar faller under upphandlingslagstiftningen.⁹⁹ Kräver inte EU-rätten att det skapas en marknad inom ett visst område, så är det istället upp till medlemsstaterna att avgöra huruvida de vill utföra offentliga funktioner själva.¹⁰⁰

4.2 EU-domstolens andra mål angående horisontellt samarbete

4.2.1 Lecce-målet

Avgörandet i Lecce-målet¹⁰¹ hösten 2012 är en utveckling av slutsatserna i domstolens dom i Hamburg-målet. I målet skulle Università del Salento (universitet) genomföra en undersökning och bedömning angående sjukvårdsanläggningar i enlighet med nya bestämmelser angående anläggningars säkerhet. Generaldirektören för Azienda Sanitaria Locale di Lecce (ASL) godkände den kravspecifikation för att universitet skulle kunna utföra sitt utredningsuppdrag.¹⁰² Utredningsuppdraget innefattade tre delar som skulle utredas för varje byggnad, anläggningarnas byggnadstekniska skick, den totala säkerheten och sedan en utvärdering av resultaten.¹⁰³

Ett konsultavtal upprättades avseende utredningsuppdraget och innefattade att uppdraget skulle utföras av avdelningen för teknik och byggnationer. Vidare skulle uppdraget utföras i samarbete mellan arbetsgrupper, som inrättats av universitet och ASL, arbetsgrupperna skulle utvärdera resultaten.¹⁰⁴ Avtalet innefattade även att den vetenskapliga utvärderingen skulle delas upp mellan två personer som utsågs av avtalsparterna och resultatet skulle ägas av ASL, men universitet skulle stå som upphovsman.¹⁰⁵ För samtliga de tjänster universitet utförde åt ASL skulle universitet ersättas med 200 000 Euro.¹⁰⁶ Ersättningen innefattade

⁹⁹ Europaparlamentets resolution, p. 10.

¹⁰⁰ Europaparlamentets resolution, p. 10.

¹⁰¹ Dom av den 19 december 2012 i mål C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce och Università del Salento mot Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. (C-159/11, Lecce)

¹⁰² C-159/11, Lecce, p. 12.

¹⁰³ C-159/11, Lecce, p. 13.

¹⁰⁴ C-159/11, Lecce, p. 14.

¹⁰⁵ C-159/11, Lecce, p. 14.

¹⁰⁶ C-159/11, Lecce, p. 14.

personal- och resekostnader, anskaffning och användning av teknisk utrustning samt allmänna kostnader.¹⁰⁷

Efter att kravspecifikationen godkändes väckte flera yrkesförbund, yrkessammanslutningar och företag talan vid en regional förvaltningsdomstol mot beslutet att godkänna kravspecifikationen och de förberedande rättsakter som tillhörde beslutet.¹⁰⁸ Det gjordes gällande att kravspecifikationen stred mot nationella och unionsrättsliga bestämmelser om offentlig upphandling. Den nationella domstolen biföll talan och anförde att utredningsuppdraget utgjorde en upphandling av tekniska konsulttjänster enligt tillämplig nationell rätt.¹⁰⁹ Universitet och ASL överklagade domen och gjorde gällande att konsultavtalet var ett samarbetsavtal mellan offentliga myndigheter som bedrev verksamhet av allmänintresse. Vidare anfördes att den ersättning som var överenskommen endast avsåg de kostnader universitetet haft.¹¹⁰

Den nationella domstolen hade att besvara om konsultavtalet mellan myndigheter strider mot principen om fri konkurrens när en av myndigheterna kan anses vara en ekonomisk aktör.¹¹¹ Enligt EU-domstolens tidigare mål CoNISMa¹¹² innehåller det klassiska direktivet ingen definition av vad begreppet ekonomisk aktör innebär.¹¹³ Den nationella domstolen hänvisade frågan till EU-domstolen som ansåg att frågan syftade till att ge klarhet i huruvida det klassiska direktivet utgör hinder för nationell lagstiftning att tillåta myndigheter att inrätta ett samarbete genom kontrakt och utan föregående anbudsförfarande.¹¹⁴

Inledningsvis anförde EU-domstolen att det klassiska direktivet endast är tillämpligt om det offentliga kontraktet uppgår till minst det tröskelvärde som anges i direktivet, det vill säga 249 000 Euro.¹¹⁵ Tröskelvärdet innefattar en beaktning av marknadsvärdet gällande

¹⁰⁷ C-159/11, Lecce, p. 15.

¹⁰⁸ C-159/11, Lecce, p. 17.

¹⁰⁹ C-159/11, Lecce, p. 17.

¹¹⁰ C-159/11, Lecce, p. 18.

¹¹¹ C-159/11, Lecce, p. 20.

¹¹² Dom av den 23 december 2009 i mål C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del mare mot Regione Marche, REG 2009 s. I-12129. (C-305/08, CoNISMa)

¹¹³ C-305/08, CoNISMa, p. 28.

¹¹⁴ C-159/11, Lecce, p. 22.

¹¹⁵ Direktiv 2004/18/EG, art. 7 b.

byggentreprenader, varor eller tjänster.¹¹⁶ Domstolen fastställer att ekonomiska villkor i ett avtal inte kan undantas från begreppet offentligt kontrakt även om ersättningen endast gäller de kostnader som uppkommit i samband med att tjänsterna utförts.¹¹⁷

EU- domstolen menar att det endast finns två typer av avtal som inte omfattas av reglerna om offentlig upphandling inom unionen.¹¹⁸ Det första omfattar avtal som sluts mellan myndigheter och en fristående enhet och där Teckal-kriterierna är uppfyllda, d.v.s. kontroll- och verksamhetskriterierna.¹¹⁹ Kontrollkriteriet är emellertid inte uppfyllt i detta fall då ASL inte utövar kontroll över universitet.¹²⁰

Det andra alternativet för att avtal inte ska omfattas av offentlig upphandling är det s.k. samarbetsavtalet mellan myndigheter som syftar till att säkerställa ett gemensamt allmännyttigt mål.¹²¹ Som i tidigare målet Hamburg konstaterar EU-domstolen att undantag från offentlig upphandling endast kan komma i fråga såtillvida ingen privat part är inblandad i avtalet, detta för att undvika snedvriden konkurrens i förhållande till andra konkurrenter. Det krävs också att samarbetet syftar till att uppnå mål av allmänintresse.¹²²

Ur avgörandet framkommer att en betydande andel av uppgifterna utförs av ingenjörer och arkitekter som inte strikt kan anses vara vetenskaplig forskning, därav ansåg domstolen att samarbetsavtalet mellan ASL och universitet inte avser att säkerställa ett gemensamt allmännyttigt uppdrag.¹²³ Domstolen anförde vidare att ett sådant avtal som målet avser skulle kunna leda till att privata bolag gynnas genom att universitet använder sig av privata aktörer för att genomföra vissa tjänster.¹²⁴ EU-domstolen avslutade med att besvara tolkningsfrågan och konstaterar att reglerna om offentlig upphandling inom unionen utgör hinder för nationell lagstiftning som tillåter två offentliga organ att ingå samarbetsavtal utan anbudsförfarande, när syftet inte är att säkerställa ett gemensamt allmännyttigt uppdrag som motiveras och styrs av krav och överväganden som syftar till att uppnå mål av

¹¹⁶ C-159/11, Lecce, p. 23.

¹¹⁷ C-159/11, Lecce, p. 29.

¹¹⁸ C-159/11, Lecce, p. 31.

¹¹⁹ C-159/11, Lecce, p. 32., C-197/98, Teckal, p. 50.

¹²⁰ C-159/11, Lecce, p. 33.

¹²¹ C-159/11, Lecce, p. 34., C- 480/06, Hamburg, p. 37.

¹²² C-159/11, Lecce, p. 35., C- 480/06, Hamburg, p. 44 och 47.

¹²³ C-159/11, Lecce, p. 37.

¹²⁴ C-159/11, Lecce, p. 38.

allmänintresse eller en enskild privat aktör ges fördel gentemot sina konkurrenter.¹²⁵ För att säkerställa dessa kriterier ankommer det på den nationella domstolen att utföra kontroller.¹²⁶

4.2.2 Vad innebär den nya domen för upphandlingsrätten?

EU-domstolens bedömning i målet Lecce är en vidareutveckling av slutsatserna i Hamburg-målet och undantaget gällande samarbetsavtal. Anna Ulfsson och Erik Olsson har analyserat Lecce-målet i sin artikel.¹²⁷ De identifierar flertalet kriterier som ska uppfyllas för att samarbetskontrakt ska undantas från upphandling, även om Teckal-kriterierna inte är uppfyllda.

De kumulativa kriterierna är följande:

1. Samarbetsavtalet ska syfta till att fullgöra ett allmännyttigt uppdrag.
2. Uppdraget måste också vara ett gemensamt mål och ansvarsområde för de aktuella myndigheterna.
3. En privat part får inte vara inblandad i avtalet mellan myndigheterna.
4. Samarbetsavtalet får inte ge fördel åt någon privat leverantör och därmed sätta denne i en fördelaktig position jämfört med konkurrenter.
5. Samarbetet som inrättas genom avtalet ska uteslutande styras av krav och överväganden som har till syfte att uppnå mål av allmänintresse.¹²⁸

Utöver det som EU-domstolen kom fram till i Hamburg-målet tillkommer flertalet viktiga aspekter i Lecce-målet. Det faktum att domstolen konstaterar att samarbetsavtalet måste röra ett gemensamt allmännyttigt uppdrag där båda myndigheterna har ansvar för uppdraget. Uttalandet kan därav anses förhindra myndigheter att ta hjälp av varandra för att utföra allmännyttiga uppdrag som inte är gemensamma eller har med varandra att göra.¹²⁹

¹²⁵ C-159/11, Lecce, p. 40.

¹²⁶ C-159/11, Lecce, p. 39.

¹²⁷ Ulfsson och Olsson, EU-domstolen klargör LOU-undantag. (Ulfsson och Olsson, EU-domstolen klargör LOU-undantag) <http://upphandling24.idg.se/2.23948/1.487665/eu-domstolen-klargor-lou-undantag>. Hämtat 2013-05-05

¹²⁸ Ulfsson och Olsson, EU-domstolen klargör LOU-undantag, rubrik 4.

¹²⁹ Ulfsson och Olsson, EU-domstolen klargör LOU-undantag, rubrik 4.

Domstolen konstaterar att om det finns en risk för att privata aktörer får indirekt fördel gentemot sina konkurrenter, kan inte undantaget tillämpas. Artikelförfattarna menar dock att det kan finnas möjlighet att samarbetet mellan ASL och universitet hade kunnat undantas från offentlig upphandling, i de fall universitetet hade åtagit sig att upphandla kontrakt gällande anlitande av underleverantörer.¹³⁰

¹³⁰ Ulfsson, Olsson, EU-domstolen klargör LOU-undantag, rubrik 4.

5 Upphandlingskyldighet i koncernförhållanden

5.1 Inledning

En fråga som uppkommer är huruvida det i koncernförhållanden finns möjlighet att undantas från upphandlingskyldighet. Exempelvis vid anskaffning mellan två systerbolag som ägs av samma offentliga myndighet.¹³¹ Relationen mellan systerbolagen är horisontell, men på grund av den gemensamma moderenheten har fråga uppkommit om relationen kan anses vara ett in house-undantag och därmed undantas i vertikalt led.

5.2 Är in house-undantag tillämpligt på systerbolag?

EU-domstolen har inte prövat några mål gällande koncerner eller koncernliknande organisationer.¹³² Det kan tänkas att koncernförhållanden, då specifikt relationen mellan systerbolag skulle kunna omfattas av Teckal-undantaget. Det främsta argumentet för att systerbolag ska omfattas är Teckal-kriteriernas funktionella innebörd.¹³³

Grunden till In-house undantaget innebär att upphandlingskyldighet inte föreligger då den fristående enheten jämföras med andra enheter som ligger under myndighetens egen regi.¹³⁴ I relationen mellan ett moderbolag som är en offentlig myndighet och ett dotterbolag föreligger alltså ingen upphandlingskyldighet om Teckal-kriterierna är uppfyllda.¹³⁵

Frågan om en systerbolags relation kan jämföras med ovannämnda situation bör alltså besvaras nekande, då EU-domstolen ännu inte har avgjort en sådan fråga. Det finns ännu ingen möjlighet för systerbolag att undantas upphandling angående avtal med andra systerbolag.¹³⁶ Det kan dock anses att situationen är ett internt förhållande då båda systerbolagen ägs av moderbolaget, men det innebär inte att systerbolagen har ett internt förhållande till varandra.¹³⁷

Om det ändå kan antas att ett sådant internt förhållande finns måste Teckal-kriterierna vara uppfyllda för att undantag från upphandlingskyldighet ska ske. Därigenom faller teorin

¹³¹ SOU 2011:43, s. 129.

¹³² SOU 2011:43, s. 129.

¹³³ SOU 2011:43, s. 128.

¹³⁴ SOU 2011:43, s. 130.

¹³⁵ SOU 2011:43, s. 130.

¹³⁶ SOU 2011:43, s. 130.

¹³⁷ SOU 2011:43, s. 130.

redan på kontrollkriteriet, där en upphandlande myndigheten utövar kontroll över den juridiska personen som den utövar över sin egen förvaltning.¹³⁸ EU-domstolen har i tidigare avgöranden anfört att kontrollkriteriet ska tolkas genom att göra en helhetsbedömning av relevanta lagbestämmelser och omständigheter. Den upphandlande myndigheten som har kontroll ska ha möjlighet att påverka beslut och strategiska mål hos den juridiska personen.¹³⁹ Då ett systerbolag inte kan kontrollera det andra systerbolaget faller teorin redan på själva utformningen av kontrollkriteriet, ser man sedan till tolkningen faller teorin även på möjligheten att påverka beslut och strategiska mål hos det andra systerbolaget.¹⁴⁰

EU-domstolen har tillåtit för kontrollkriteriet att vara uppfyllt i de fall en upphandlande myndighet genom ett holdingbolag utövar kontroll över den fristående enheten.¹⁴¹ Däremot är kontrollkriteriet ändå av vikt, då den upphandlande myndigheten måste ha kontroll över holdingbolaget och den fristående enheten för att in house-undantaget ska aktualiseras. Mellan systerbolag finns alltså ingen kontroll varken genom holdingbolag eller genom direkt kontroll.¹⁴² Verksamhetskriteriet kan även det bli svårt att uppfylla i relationen mellan systerbolag, eftersom systerbolagen bedriver verksamhet med den upphandlande myndigheten, det kan bli svårt att då samtidigt bedriva huvuddelen av sin verksamhet med systerbolaget.¹⁴³

Av rättsläget idag kan det utläsas att det inte finns möjlighet för relationen mellan systerbolag att omfattas av in house-undantaget.

5.3 Praktisk tillämpning av in house-undantaget mellan systerbolag

5.3.1 Inledning

Norge är med i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES). Till följd av det avtalet är även EES länder skyldiga att införliva upphandlingsdirektiven i nationell lagstiftning.¹⁴⁴ EFTA:s särskilda organ EFTA Surveillance Authority (ESA) sköter övervakningen att

¹³⁸ C-107/98, Teckal, p. 50.

¹³⁹ Se avsnitt 3.2.2 och målen: C-458/03, Parking Brixen, p. 65, C-340/04, Carbotermo, p. 36.

¹⁴⁰ SOU 2011:43, s. 130.

¹⁴¹ C-340/04, Carbotermo, p. 39.

¹⁴² SOU 2011:43, s. 130-131.

¹⁴³ SOU 2011:43, s. 130.

¹⁴⁴ SOU 2011:43, s. 337.

EFTA-länderna fullgör sina skyldigheter. Vid fördragsbrott kan ESA väcka talan vid EFTA-domstolen.¹⁴⁵ ESA väckte talan mot Norge med anledning av att Norge inte tillämpat det klassiska direktivet.¹⁴⁶ Målet är nedlagt av ESA med anledning av att ESA ansåg att sjukhusverksamheten och apoteksverksamheten ansågs vara upphandlande myndigheter i enlighet med upphandlingsdirektivet,¹⁴⁷ och därmed inte heller upphandlingsskyldiga. Norge anförde en intressant argumentation angående till varför situationen skulle kunna omfattas av in house-undantaget och Teckal-kriterierna anses uppfylla.

5.3.2 Omständigheter

I ett mål¹⁴⁸ väcktes talan mot Norge och det uppkom fråga om in house-undantagets tillämplighet i koncernförhållanden. Målets omständigheter handlade om att sjukhusföretag anskaffar varor och läkemedel från offentliga apoteksföretag utan föregående upphandling.¹⁴⁹ Norge är indelat i fyra regioner där det finns fyra hälsoföretag som ägs av staten. Varje region har i sin tur egna hälsoföretag som har hand om den praktiska verksamheten som exempelvis vård av patienter. Dessa hälsoföretag som är dotterbolag bedriver olika typer av verksamhet varav sjukhusverksamhet är en. De regionala hälsoföretagen kan alltså jämföras med moderbolag och de underliggande hälsoföretagen med dotterbolag. Dotterbolagens verksamhet är sjukhusverksamhet respektive apoteksverksamhet. I relationen mellan dessa tillhandahåller apoteken läkemedel till sjukhusverksamheten utan föregående upphandling.¹⁵⁰

5.3.3 Norges argument för att Teckal-kriterierna ska anses uppfylla

5.3.3.1 Argument för att kontrollkriteriet är uppfyllt

När det gäller kontrollkriteriet argumenterade Norge för att varje regionalt hälsoföretag tillsammans med apoteks- och sjukhusföretagen ska ses som en enda organisatorisk

¹⁴⁵ SOU 2011:43, s. 337.

¹⁴⁶ Direktiv 2004/18/EG., SOU 2011:43, s. 337.

¹⁴⁷ Direktiv 2004/18/EG, art 1.9.

¹⁴⁸ ESA (Case No. 64872).

¹⁴⁹<http://www.sykehusapotek-nord.no/getfile.php/Sykehusapotek-Nord%20internett/Styresaker%202011/Sakspapirer%20styrem%C3%B8te%2024-25%20%20november%202011.pdf> s. 36-37. Hämtad 2013-05-05

¹⁵⁰<http://www.sykehusapotek-nord.no/getfile.php/Sykehusapotek-Nord%20internett/Styresaker%202011/Sakspapirer%20styrem%C3%B8te%2024-25%20%20november%202011.pdf> s. 36-38. Hämtad 2013-05-05., SOU 2011:43, s. 338.

helhet.¹⁵¹ Detta med anledning av att apoteks-och sjukhusföretagen ägs till hundra procent av något av de regionala hälsoföretagen som därmed kan ge instruktioner till apotek-och sjukhusföretagen och kontrollerar dessa till lika stor del.¹⁵²

Den norska lagstiftningen tillåter inte sjukhus som är organiserade som hälsoföretag att äga apotek och därmed kan inte heller sjukhusen anses ha kontroll över apoteken.¹⁵³ Däremot anförde Norge att det finns möjlighet till indirekt kontroll genom de regionala hälsoföretagen. Där sjukhusföretaget kan vända sig till det regionala hälsoföretaget om eventuella ändringar i apoteksföretaget, och det regionala hälsoföretaget då har möjlighet att vidta dessa åtgärder i apoteksföretaget.¹⁵⁴

Norge anser därav att det regionala hälsoföretaget har kontroll över både sjukhus- och apoteksföretagen till fullo, trots att verksamheten är uppdelad i olika rättssubjekt.¹⁵⁵ Norge anförde att det finns ett så nära samband mellan de olika företagen och det regionala hälsoföretaget att Norge anser det som verksamhet i egen regi.¹⁵⁶ Norge anförde som stöd för sina argument EU-domstolens mål Carbotermo och Asemfo, där domstolen godtog att flera myndigheter gemensamt kunde anses utöva kontroll över den fristående enheten.¹⁵⁷ Norge anser att domarna kan tolkas så att EU-domstolen öppnade även upp för självständiga rättssubjekt kan betraktas gemensamt.¹⁵⁸

Norge anser att Teckal-undantaget bör gälla i omvända situationer, det vill säga i situationer där sjukhus- eller apotekföretagen anskaffar tjänster och varor från det regionala hälsoföretaget, och inte endast så som Teckal-kriterierna idag är utformade, att endast det regionala hälsoföretaget kan anskaffa varor och tjänster från apotek- och sjukhusföretagen utan föregående upphandling.¹⁵⁹ I argumentationen konstaterar Norge att kontrollkriteriet

¹⁵¹ SOU 2011:43, s. 339.

¹⁵² SOU 2011:43, s. 339.

¹⁵³ SOU 2011:43, s. 339.

¹⁵⁴ SOU 2011:43, s. 339-340.

¹⁵⁵ SOU 2011:43, s. 340.

¹⁵⁶ SOU 2011:43, s. 340.

¹⁵⁷ C- 295/05, Asemfo, p. 56-61., C-340/04, Carbotermo, p. 37.

¹⁵⁸ SOU 2011:43, s. 340.

¹⁵⁹ SOU 2011:43, s. 340.

inte är utformat på ett sätt som möjliggör den situationen, däremot anser Norge att det kontrollkriteriet egentligen har till syfte att testa den nära anknytningen mellan enheterna.¹⁶⁰

Argumentationen är den att det regionala hälsoföretaget har en sådan kontroll över både sjukhus- och apoteksföretagen att det nästintill kan anses vara en enda enhet och att det därav inte bör ha någon betydelse vilket av företagen som utger vederlag och vilket som tillhandahåller varor och tjänster.¹⁶¹ Norge anser att resonemanget kan utvidgas till att innefatta situationer där det regionala hälsoföretaget, som kontrollerar både sjukhus- och apoteksföretaget, genom egen regi kan anskaffa nyttigheter från företagen och dessa i sin tur anskaffa nyttigheter av det regionala hälsoföretaget.¹⁶²

Norge anser därför att relationen mellan systerbolagen också borde vara en situation som är undantagen från upphandlingsskyldighet om dotterbolag har möjlighet att tillhandahålla nyttigheter från moderbolaget utan att upphandlingsskyldighet föreligger.¹⁶³

5.3.3.2 Argument för att verksamhetskriteriet är uppfyllt

Verksamhetskriteriet bygger på att den fristående enheten ska utöva huvuddelen av sin verksamhet med den myndighet som kontrollerar den.¹⁶⁴ Detta anser Norge är uppfyllt i och med att stora delar av apotekens omsättning ankommer från sjukhusföretagen antingen genom försäljning direkt till sjukhusen eller genom att läkare tilldelar recept till patienter som då inhandlar sina varor på apoteken.¹⁶⁵ Norge anför vidare att apoteksverksamheten är så pass integrerad med sjukhusverksamheten och tjänsteproduktionen att kriteriet på så sätt är uppfyllt.¹⁶⁶

5.4 Är det horisontella undantaget tillämpligt på systerbolag?

5.4.1 Inledning

Enligt min mening är slutsatsen från föregående kapitel att in house-undantaget inte är tillämpligt på relationen mellan systerbolag. Det är då frågan om det horisontella undantaget är tillämpligt på systerbolag. EU-domstolen har utvecklat ett antal kriterier i

¹⁶⁰ SOU 2011:43, s. 340.

¹⁶¹ SOU 2011:43, s. 340.

¹⁶² SOU 2011:43, s. 340-341.

¹⁶³ SOU 2011:43, s. 341.

¹⁶⁴ C-107/98, Teckal, p. 50.

¹⁶⁵ SOU 2011:43, s. 341.

¹⁶⁶ SOU 2011:43, s. 341.

målen Hamburg och Lecce,¹⁶⁷ kriterierna tillsammans med domstolens uttalanden i målen kommer att läggas till grund för utredningen om en systerbolags relation kan undantas från upphandling med anledning av att det horisontella undantaget är uppfyllt.

5.4.2 Systerbolag som offentlig myndighet?

Som nämnts ovan i avsnitt 2.2.3, är huvudregeln att det klassiska direktivet gäller i de fall en upphandlande myndighet sluter ett avtal med ett annat rättssubjekt, oavsett om rättssubjektet är en privat eller offentlig part.¹⁶⁸

I Hamburg-målet anförde domstolen att det inte har någon betydelse för direktivets tillämpning att tjänsteleverantören är en offentlig myndighet.¹⁶⁹ Därmed öppnar domstolen upp för att upphandlingsdirektivet kan tillämpas på horisontella avtal mellan myndigheter.

Systerbolag är ett offentligrättsligt organ i direktivets mening, där definitionen är att ett offentligrättsligt organ är en juridisk person som har inrättats särskilt för att tillgodose ett allmänintresse, såtillvida inte verksamheten har kommersiell eller industriell karaktär.¹⁷⁰ Därav anses systerbolag vara upphandlande offentlig myndighet och upphandlingsdirektivet ska tillämpas vid anskaffning av nyttigheter.

5.4.3 Kriterier för det horisontella undantaget

Det kan alltså konstateras att upphandlingsdirektivet är tillämpligt på samarbetsavtal mellan systerbolag. Därmed kan även det horisontella undantaget vara tillämpligt på relationen förutsatt att de kumulativa kriterierna är uppfyllda.

1. Samarbetsavtalet ska syfta till att fullgöra ett allmännyttigt uppdrag.
2. Uppdraget måste också vara ett gemensamt mål och ansvarsområde för de aktuella myndigheterna.
3. En privat part får inte vara inblandad i avtalet mellan myndigheterna.
4. Samarbetsavtalet får inte ge fördel åt någon av privat leverantör och därmed sätta denne i en fördelaktig position jämfört med konkurrenter.

¹⁶⁷ C-480/06, Hamburg., C-159/11, Lecce.

¹⁶⁸ SEC (2011) 1169 slutlig, s. 3.

¹⁶⁹ C-480/06, Hamburg, p. 33.

¹⁷⁰ Direktiv 2004/18/EG, art. 1.9 a-b.

5. Samarbetet som inrättas genom avtalet ska uteslutande styras av krav och överväganden som har till syfte att uppnå mål av allmänintresse.¹⁷¹

Kriterierna är detaljerade och syftar till att omfatta alla typer av myndigheter och ingen upphandlingsskyldighet föreligger i de fall kriterierna är uppfyllda.¹⁷²

¹⁷¹ Ulfsson Forssell, Olsson, EU-domstolen klargör LOU-undantag, rubrik 4.

¹⁷² C-480/06, Hamburg, C-159/11, Lecce.

6 Analys

6.1 Det vertikala undantaget

Det vertikala undantaget ger möjlighet för myndigheter att undantas från upphandlingsskyldighet gällande köp från fristående juridiska personer som myndigheten kontrollerar. Under förutsättning att den juridiska personen utövar huvuddelen av sin verksamhet med den myndighet som kontrollerar den.

Teoretiskt skulle in house-undantaget kunna tillämpas om myndigheten anskaffar exempelvis kontorsinredning av den fristående enheten. Denna teori kan dock inte införlivas då en fristående juridisk person är ett offentligrättsligt organ i direktivets mening. Ett sådant organ ska ha inrättats för att tillgodose ett allmänintresse och inte vara av kommersiell karaktär. Indirekt innebär det att in house-undantaget inte kan användas om det inte finns ett allmänintresse i relationen mellan myndigheten och den fristående enheten.

Det har i denna uppsats diskuterats om in house-undantaget kan användas i omvända situationer. Flertalet sakkunniga och förarbeten har argumenterat för att en fristående enhet ska ha möjlighet att anskaffa nyttigheter från den myndighet som äger den, såtillvida Teckal-kriterierna är uppfyllda. Argumenten bygger på att relationen är den samma och att vilken part som utger vederlag och vilken som tillhandahåller varor eller tjänster torde vara av mindre betydelse. Jag delar uppfattningen att relationen är densamma och att in house-undantaget även borde tillämpas i omvända situationer. Däremot har EU-domstolen ännu inte gett vägledande uttalanden om situationen.

Enligt min mening finns det andra frågor som kan uppkomma i dessa situationer skulle omfattas av undantaget. Om Teckal-kriterierna ska vara uppfyllda, åt vilket håll ska dessa gå? Det kan antas att kontrollkriteriet kan gå i nedåttstigande led, det vill säga att den offentliga myndigheten kontrollerar den fristående enheten, så som det ser ut idag. En omvänd situation där den fristående enheten kontrollerar myndigheten är rent teoretiskt omöjligt i och med relationens natur där den fristående enheten är ett dotterbolag.

Verksamhetskriteriet innebär att den fristående enheten ska utföra huvuddelen av sin verksamhet med den myndighet som kontrollerar den. Det kan svårligen anses att kriteriet skulle kunna fungera i en omvänd situation, där en myndighet bedriver huvuddelen av sin verksamhet med den fristående enheten. Enligt min mening borde det teoretiskt vara

möjligt att verksamhetskriteriet är uppfyllt i omvända situationer, däremot rent praktiskt är det ytterst sällan en myndighet utövar huvuddelen av sin verksamhet med ett dotterbolag.

Genom en tolkning av Teckal-kriteriernas utformning anser jag att det är svårt att se hur en omvänd situation skulle kunna omfattas av in house-undantaget. Däremot har bakgrunden och syftet med kriterierna tolkats som att innefatta en prövning av den nära anknytningen mellan myndigheten och dotterbolaget. Enligt min mening har argumentet till viss del en poäng, men det är däremot inte uttryckt av EU-domstolen och det får ändå anses att det är en tolkning som är överdriven då domstolen inte har uttalat något liknande i de mål som följde på Teckal-målet. Klart är att flertalet sakkunniga argumenterar för att en omvänd situation ska kunna undantas från upphandlingsskyldighet. Enligt min uppfattning avvaktas ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

Om man antar att en omvänd situation är möjlig, där en fristående enhet kan anskaffa nyttigheter av den myndighet som kontrollerar den, uppkommer frågan hur den situationen påverkar eventuellt in house-undantag mellan systerbolag. Det är klart att relationen mellan systerbolagen inte omfattas av in house-undantaget idag, men i det fall en omvänd situation skulle tillåtas finns en möjlighet för systerbolag att indirekt undgå upphandlingsskyldighet.

Om vi antar att relationen mellan myndigheten och dotterbolag 1 skulle vara undantagen upphandlingsskyldighet och relationen mellan myndigheten och dotterbolag 2 skulle vara undantagen upphandlingsskyldighet, vad hindrar då systerbolagen att indirekt tilldela kontrakt till varandra? In house-undantaget skulle då kunna kringgå mellan systerbolag, genom att dotterbolag tilldelar ett kontrakt till moderbolaget som direkt tilldelar samma kontrakt till det andra dotterbolaget. Därav är det min mening att om möjligheten för dotterbolag att tilldela kontrakt i uppåtstigande led till moderbolaget tillåts, men inte möjligheten för kontrakt att tilldelas mellan systerbolag, utan att upphandlingsskyldighet föreligger, torde det få liten verkan på relationen mellan systerbolaget, då moderbolaget genom trepartsavtal kan agera mellanhand.

Enligt min mening bör möjligheten att använda sig av in house-undantag mellan systerbolag tillåtas om möjligheten för in house-undantag från dotterbolag till myndighet tillåts. Med anledning av myndighetens möjlighet att vara mellanhand i trepartsavtal. Ett tillåtande av ett in house-undantag i omvända situationer men inte mellan systerbolag får antas endast öka kostnader och administration för myndigheter. Därav anser

uppsatsförfattaren att möjligheten att använda sig av in house-undantag bör vara möjligt även i uppåtgående led från dotterbolag till myndighet samt horisontellt mellan systerbolag.

6.2 Det horisontella undantaget

Till skillnad från det vertikala undantaget finns det möjlighet för samarbetsavtal mellan systerbolag att undantas från upphandlingsskyldighet. För att ett horisontellt undantag ska komma ifråga måste ett antal kumulativa kriterier vara uppfyllda. Dessa kriterier är utformade av EU-domstolen i målen Hamburg och Lecce. För systerbolag kan kriterierna ge en möjlighet som inte in house-undantaget ger, att undantas från upphandlingsskyldighet.

För att en in house-situation ska kunna uppkomma horisontellt genom samarbetsavtal måste, enligt de första två kriterierna, avtalet mellan systerbolagen syfta till att fullgöra ett allmännyttigt uppdrag som är ett gemensamt mål och ansvarsområde för systerbolagen. Enligt min mening kan de första kriterierna bli svåra att uppfylla, anledningen till det är att systerbolag kan ha olika verksamheter, exempelvis som i Norge-målet där verksamheterna var sjukhus och apotek. Det finns ett samband mellan de två i och med att det är medicinsk verksamhet. Vad som kan avses med ett allmännyttigt uppdrag i ett sådant exempel är svårt att avgöra särskilt eftersom uppdraget ska vara ett gemensamt mål och ansvarsområde för systerbolagen. Däremot beror det till stor del på vilken typ av verksamhet som systerbolagen har och därtill deras gemensamma mål. Exempelvis om en sjukhusverksamhet och apoteksverksamhet tillsammans genom samarbetsavtal inrättar ett äldreboende, anser jag att i en sådan situation, de första kriterierna vara uppfyllda. Ett exempel ur Lecce-målet är att vetenskaplig forskning anses vara av allmänintresse, men i målet skulle uppgifterna utföras av arkitekter och ingenjörer, domstolen ansåg att uppgifterna inte strikt kunde anses vara vetenskaplig forskning. Ser man till det uttalandet, bör det enligt min mening vara ett högt krav på vad som kan anses med allmänintresse.

Vidare får inte någon privat part vara del av avtalet och inte heller dra fördel av samarbetsavtalet mellan systerbolagen om dessa ska ha möjlighet att tillämpa det horisontella undantaget. Jag anser att det är ett rimligt krav med anledning av principen om fri konkurrens inom EU. Möjligheten för myndigheter att undantas från upphandlingsskyldighet måste sättas i relation till konkurrensreglerna. Att tillåta ett undantag och samtidigt blanda in en privat aktör går emot EU-rättens konkurrensprincip.

Uppsatsförfattaren anser även att det kan uppkomma frågor om förbudet mot att ge fördel åt en privat aktör genom avtalet, eller att någon privat aktör är del i avtalet. Enligt min mening är det oklart vad som menas med att ge fördel i olika situationer. Däremot att direkt gynna en privat aktör genom avtalet får anses ankomma ur kriteriet som förbjudet. Emellertid är det oklart hur det förhåller sig i indirekta situationer. Exempelvis om avtalet mellan myndigheterna är rent offentligt, men en leverantör är en privat aktör? Eller om distributör är en privat aktör, hur långt i ledet måste verksamheten vara offentlig och till hur stor del? Enligt min mening får sådana flerpartsavtal bedömmas separat och den delen av avtalet upphandlas.

Det sista kriteriet är att samarbetet mellan systerbolagen ska uteslutande styras av krav och överväganden som har till syfte att uppnå mål av allmänintresse. Enligt uppsatsförfattaren är detta kriterium ytterligare ett tillägg till de ovannämnda kriterierna. EU-domstolen har lagt stor vikt vid just allmänintresset. Vilket innebär att inget övrigt, som inte är allmänintresse kan omfattas av undantaget. Vad allmänintresse innebär och vad som avses med krav och överväganden för att uppnå sådana mål kommer enligt min mening att krävas ytterligare förtydliganden från EU-domstolen, då dagens formulering kan tolkas på flera sätt.

Trots att möjligheten för undantag från upphandlingsskyldighet genom ett horisontellt undantag finns för systerbolag genom samarbetsavtal är kraven högre än för ett eventuellt undantag i vertikalt led.

6.3 Vilket undantag är mest fördelaktigt för systerbolag?

I och med att det vertikala undantaget inte är tillåtet att använda på relationer mellan systerbolag, är det givet att det horisontella undantaget är det som är mest fördelaktigt. Men som nämnt i den deskriptiva delen av uppsatsen är det många sakkunniga som uttryckt att relationer mellan systerbolag bör omfattas av det vertikala undantaget. Det är även min mening, därav utgår resterande analys från att relationen mellan systerbolag omfattas av det vertikala undantaget.

I och med att kriterierna i det horisontella undantaget är mer omfattande än Teckal-kriterierna får det anses att ett eventuellt in house-undantag är mer fördelaktigt. För att det horisontella undantaget ska vara tillämpligt på ett samarbetsavtal krävs att det är ett uppdrag som ska fullgöra ett allmännyttigt uppdrag som också är gemensamt mål och ansvarsområde för båda parter. Men i det vertikala undantaget krävs det endast att den

fristående enheten är en offentligrättslig enhet som är inrättad för att utföra allmänintresse. För det vertikala undantaget innebär det att ett systerbolag skulle kunna tilldela kontrakt åt ett annat systerbolag där endast det första systerbolaget drar fördel av kontraktet.

Medan det vid ett horisontellt undantag krävs att båda har samma mål, exempelvis om två kommuner gemensamt inrättar en avfallsanläggning, krävs vid det horisontella undantaget att båda myndigheter både drar fördel av anläggningen men även har ansvar för anläggningen. Med det vertikala undantaget i samma situation skulle två systerbolag kunna inrätta anläggningen men att bara en har ansvar för den och använder den och sedan gemensamt inrätta exempelvis ett sjukhus till det andra systerbolaget (som inte ansvarar för avfallsanläggningen) och där den myndigheten då ansvarar och drar fördel från sjukhuset. Att systerbolag hjälper varandra på detta sätt är inte möjligt med ett horisontellt undantag.

I dagens läge finns endast möjlighet för systerbolag att undantas från upphandlingsskyldighet vid samarbetsavtal med andra systerbolag, genom det horisontella undantaget. Slutsatsen av det är att det horisontella undantaget i dagsläget är mer fördelaktigt för relationen mellan systerbolag, skulle däremot det vertikala undantaget tillåtas för relationen mellan systerbolag skulle det vara mer fördelaktigt för systerbolag.

7 Slutsats

EU-domstolen valde i Hamburg-målet att inte utveckla Teckal-kriterierna att omfatta relationen mellan systerbolag, emellertid utvecklades nya kriterier för att omfatta den situationen som sedan byggdes på i Lecce-målet. Det är av den anledningen uppsatsförfattaren anser att EU-domstolen inte kommer att tillåta relationen mellan systerbolag att omfattas av in house-undantaget, utan istället utveckla det nya spåret med samarbetsavtal och horisontella undantag.

Däremot är det en stor möjlighet att EU-domstolen tillåter ett omvänt in house-undantag där dotterbolaget kan tilldela kontrakt till den myndighet som äger den. I de fall det sker kan det uppkomma problem med att systerbolagen indirekt tilldelar kontrakt till varandra genom den kontrollerade myndigheten. Hur domstolen väljer att hantera en sådan situation återstår att se.

Syftet besvaras av att det endast finns möjlighet att relationer mellan systerbolag att undantas från upphandlingskyldighet genom det horisontella undantaget.

Referenslista

Rättsakter

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, 2010

EU- domstolens praxis

Dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal Srl mot Comune di Viano och Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia, REG 1999 s. I-8121

Dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energiewertungsanlage TREA Leuna, REG 2005, s. I-1

Dom av den 12 januari 2005 i mål C-84/03, Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Spanien, REG 2005, s. I-139.

Dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Consorzio Aziende Metano mot Comune di Ciangia de' Botti, REG 2005, s. I-7287.

Dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen och Stadtwerke Brixen AG, REG 2005, s. I-8585

Dom av den 6 april 2006 i mål C-410/04, Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori mot Comune di Bari och AMTAB Servizio SpA, REG 2006, s. I-3303

Dom av den 11 maj 2006 i mål C-340/04, Carbotermo SpA och Consorzio Alisei mot Comune di Busto Arsizio och AGESP SpA, REG 2006, s. I-4137

Dom av den 19 april 2007 i mål C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales mot Transformación Agraria SA och Administración del Estado, REG 2007, s. I-2999

Dom av den 17 juli 2008 i mål C-371/05, Europeiska gemenskapernas kommission mot Italienska republiken, REG 2008, s. I-110

Dom av den 13 november 2008 i mål C-324/07, Coditel Brabant SA mot Commune d'Uccle och Région de Bruxelles-Capitale, REG 2008, s. I-8457

Dom av den 9 juni 2009 i mål C-480/06, Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland, REG 2009, s. I-4747

Dom av den 23 december 2009 i mål C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del mare mot Regione Marche, REG 2009 s. I-12129

Dom av den 19 december 2012 i mål C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce och Università del Salento mot Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl.

Direktiv

Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG, av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2008/98/EG, av den 19 november 2008 om avfall och om upphävande av vissa direktiv

Övriga EU-dokument

Europaparlamentets resolution av den 18 maj 2010 om nya utvecklingstendenser inom offentlig upphandling (2009/2157(INI))

KOM (2011) 15 slutlig GRÖNBOK om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad, Bryssel den 27.1.2011

Arbetsdokument från kommissionens avdelningar om tillämpning av EU:s upphandlingslagstiftning på relationer mellan upphandlande myndigheter (offentligt-offentligt samarbete) SEC (2011) 1169 slutlig av den 4 oktober

Offentligt tryck

Prop. 2009/10:134, Upphandling från statliga och kommunala företag

SOU 2011:43, Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor

Doktrin

Hettne, Otken Eriksson, EU-rättslig metod- teori och genomslag i svensk rättstillämpning, uppl., 2. Norstedts Juridik, 2011

Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare- Ämne, material, metod och argumentation, uppl., 2 Norstedts Juridik, 2007

Artiklar

Pedersen, K, Olsson, E, Upphandlingskrönika- Att lagstifta om rättspraxis – utmaningen med bestämmelser om köp från eget bolag, Europarättslig Tidskrift, nr 3, 2012

Ulfsdotter Forssell, A, Olsson, E, EU-domstolen klagör LOU-undantag.
<http://upphandling24.idg.se/2.23948/1.487665/eu-domstolen-klargor-lou-undantag.%20%0bH%C3%A4mtat%202013-04-02>
Hämtad 2013-05-05

Övriga publikationer

<http://www.sykehusapotek-nord.no/getfile.php/Sykehusapotek-Nord%20internett/Styresaker%202011/Sakspapirer%20styrem%C3%B8te%2024-25%20%20november%202011.pdf>
Hämtad 2013-05-05