



EUROPEISKA KOMMISSIONEN

Inofficiell översättning av SEC(2011)  
1169 slutlig av den 4 oktober 2011,  
gjord av GD Inre marknaden och

**ARBETSDOKUMENT FRÅN KOMMISSIONENS AVDELNINGAR**

**om tillämpning av EU:s upphandlingslagstiftning på relationer mellan upphandlande myndigheter (offentligt-offentligt samarbete)**

## INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1.	Inledning.....	2
2.	Allmän princip: EU:s lagstiftning om offentlig upphandling gäller för avtal mellan upphandlande myndigheter .....	3
3.	Offentliga tjänster som tillhandahålls med egna medel – samarbete mellan offentliga myndigheter som kan falla utanför EU:s regler för offentlig upphandling .....	4
3.1.	Olika koncept i rättspraxis.....	4
3.2.	Samarbete genom separata rättssubjekt ("institutionaliserat/vertikalt samarbete", "intern rättspraxis") .....	5
3.2.1.	Aktieinnehav i interna enheter .....	7
3.2.2.	Första Teckal-kriteriet: Nödvändig kontroll över den interna enheten (organisatoriskt beroende).....	8
3.2.3.	Andra Teckal-kriteriet: Huvuddelen av den interna enhetens verksamhet ska utgöras av de uppgifter som den kontrollerande enheten/de kontrollerande enheterna tilldelat den (ekonomiskt beroende) .....	10
3.2.4.	Ytterligare frågor om interna scenarier .....	11
3.3.	Icke-institutionaliserat/horisontellt samarbete för att gemensamt utföra allmännyttiga uppgifter .....	12
3.3.1.	Den huvudsakliga karaktären av horisontellt samarbete mellan upphandlande myndigheter som inte omfattas av EU:s regler för offentlig upphandling.....	12
3.3.2.	Hur skiljer man verkligt samarbete från ett normalt offentligt avtal?.....	13
3.3.3.	Eventuella begränsningar av verksamhet på den kommersiella marknaden.....	13
3.4.	Sammanfattning .....	14
4.	Offentliga uppgifter som utförs med externa resurser – övrigt samarbete mellan myndigheter.....	18
4.1.	Omfördelning av behörighet mellan offentliga myndigheter.....	18
4.2.	Tilldelning av uppgifter utan avtal .....	20
4.3.	Förhållandet mellan reglerna om offentlig upphandling och vissa ensamrätter .....	20
4.4.	Samöre mellan upphandlande myndigheter i samband med gemensamma eller centrala upphandlingsavtal.....	22

## 1. INLEDNING

Under 2009 annonserades offentliga kontrakt för cirka 420 miljarder euro i enlighet med EU:s direktiv om offentlig upphandling. Reglerna i dessa direktiv syftar till att garantera att den offentliga upphandlingen är öppen för konkurrerande leverantörer över hela den inre marknaden<sup>1</sup>. Samtidigt begränsar EU-lagstiftningen inte den upphandlande myndighetens rätt att utföra de offentliga tjänster som ålagts den med hjälp av egna administrativa, tekniska eller övriga resurser, utan att behöva anlita externa krafter som inte ingår i den egna strukturen.

Det pågår en debatt om huruvida EU:s upphandlingsdirektiv även ska gälla i olika situationer där upphandlande myndigheter tillsammans försöker garantera tillhandahållandet av sina offentliga tjänster. Europeiska unionens domstol (nedan kallad *domstolen*) har bekräftat att kontrakt mellan avtalslutande myndigheter inte automatiskt kan anses falla utanför tillämpningsområdet för EU:s upphandlingslagstiftning. Domstolens rättspraxis visar däremot också att vissa former av samarbete mellan upphandlande myndigheter inte kan betraktas som avtal om offentlig upphandling.

Därför måste man skilja på å ena sidan upphandling som bör vara öppen för konkurrens mellan ekonomiska aktörer i enlighet med EU:s upphandlingsregler och, å andra sidan, andra arrangemang som de upphandlande myndigheterna kan tillämpa för att garantera tillhandahållandet av sina offentliga tjänster och som inte omfattas av EU:s direktiv om offentlig upphandling.

I dag är det ofta svårt för upphandlande myndigheter som vill samarbeta att avgöra när EU:s upphandlingsdirektiv gäller och när de inte gör det.

I sin rapport betonar Europaparlamentet att denna fråga bör utredas, och uppmanar därför ”[k]ommissionen och medlemsstaterna [...]att på bred front informera om de rättsliga konsekvenserna av dessa domar [om samarbete mellan myndigheter]”<sup>2</sup>.

Det föreliggande dokumentet är avsett att tillgodose detta krav. Det ska ge en omfattande överblick över domstolens rättspraxis. Det konsoliderar och sammanfattar rättspraxis och drar vissa slutsatser i den mån som domstolens beslut tillåter detta. Däremot innehåller dokumentet inga nya bestämmelser eller krav. I stället syftar det till att öka kunskapen om och främja tillämpningen av befintliga regler. Detta ska vara till nytta för alla berörda parter inom offentlig upphandling, men särskilt för offentliga myndigheter på alla olika

---

<sup>1</sup> Marknaden för offentlig upphandling är i sin helhet värd cirka 17 % av EU:s BNP. EU:s direktiv om offentlig upphandling berör endast sådana kontrakt som överstiger ett visst tröskelvärde. 2009 uppgick värdet av sådana kontrakt till 3,6 % av EU:s BNP. För återstoden av upphandlingsmarknaden måste medlemsstaterna följa EU-lagstiftningens principer om icke-diskriminering, lika behandling av anbudsgivare osv. i den utsträckning som kontraktet är av intresse för företaget som är etablerade i en annan medlemsstat.

<sup>2</sup> Initiativ till betänkande från parlamentsledamoten Heide Rühl om ”Nya utvecklingstendenser inom offentlig upphandling” (Europaparlamentets resolution av den 18 maj 2010 om nya utvecklingstendenser inom offentlig upphandling (2009/2175(INI)).

nivåer i förvaltningen<sup>3</sup>. Vägledningen i detta dokument begränsas till offentlig upphandling och ska inte påverka EU:s bestämmelser om konkurrens och statligt stöd.

Efter att ha fastställt att offentliga avtal mellan upphandlande myndigheter omfattas av EU:s direktiv om upphandling (avsnitt 2) tar dokumentet upp olika typer av samarbete mellan upphandlande myndigheter som kan undantas från dessa bestämmelser (avsnitt 3) och sedan även andra typer av kontrakt i ljuset av EU:s lagstiftning om offentlig upphandling (avsnitt 4).

Detta arbetsdokument är ett vägledande dokument från kommissionens avdelningar och kan inte på något sett ses som bindande för kommissionen. Det bör noteras att under alla omständigheter är det i sista hand EU-domstolens uppgift att tolka EU-rätten.

## 2. ALLMÄN PRINCIP: EU:S LAGSTIFTNING OM OFFENTLIG UPPHANDLING GÄLLER FÖR AVTAL MELLAN UPPHANDLANDE MYNDIGHETER

EU:s direktiv om offentlig upphandling gäller om upphandlande myndigheter och enheter sluter avtal mot ersättning med ett annat rättssubjekt. Om sådana avtal sluts gör det ingen skillnad om avtalsparten är privat eller offentlig. Detta framgår tydligt av direktivets bestämmelser och domstolens rättspraxis.

I artikel 1.8 i direktiv 2004/18/EG<sup>4</sup> (*direktivet om den offentliga sektorn*) fastställs följande:

*”entreprenör, varuleverantör och tjänsteleverantör: beteckningar för varje fysisk eller juridisk person, **offentlig enhet** eller grupp av sådana personer och/eller organ som på marknaden erbjuder sig att utföra byggtreprenader och/eller tillhandahåller byggtreprenader, varor eller tjänster.”* (våran fetstilsmarkering).

I artikel 1.7 i direktiv 2004/17/EG<sup>5</sup> (*försörjningsdirektivet*) fastställs följande:

*”entreprenör, varuleverantör eller tjänsteleverantör: en fysisk eller juridisk person eller en sådan **upphandlande enhet** som avses i artikel 2.2 a eller 2.2 b eller en grupp av sådana personer och/eller enheter som på marknaden tillhandahåller byggtreprenader, varor eller tjänster.”* (våran fetstilsmarkering).

---

<sup>3</sup> Genom grönboken om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad (KOM(2011) 15 slutlig, Bryssel, 27.1.2011) inleddes ett offentligt samråd som ska utreda hur området för offentlig upphandling bör omformas för framtiden. I väntan på att ny lagstiftning antas och införs ska detta arbetsdokument förtydliga den rådande rättsliga situationen.

<sup>4</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (30.4.2004). EUT L 134, 30.4.2004, s. 114-240.

<sup>5</sup> 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 (försörjningsdirektivet) (EUT L 134, 30.4.2004, s. 1).

Därför fastställde domstolen att ”[d]en omständigheten att tjänsteleverantören är ett offentligt organ som är fristående i förhållande till tjänstemottagaren utgör således inte hinder för tillämpningen av [direktivet]”<sup>6</sup>. För tillämpningen av EU:s upphandlingsregler ”i princip tillräckligt att avtalet har slutits mellan, å ena sidan, en lokal myndighet, och, å andra sidan, en i förhållande till denna myndighet fristående juridisk person”<sup>7</sup>. Det är därför en felaktig tillämpning av EU:s direktiv om offentlig upphandling om man från den nationella upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde utesluter ”rättsförhållanden mellan myndigheter, dess allmänna organ och icke-kommersiella offentligrättsliga enheter i allmänhet [...], oavsett dessa rättsförhållandens art”<sup>8</sup>.

### 3. OFFENTLIGA TJÄNSTER SOM TILLHANDAHÅLLS MED EGNA MEDEL – SAMARBETE MELLAN OFFENTLIGA MYNDIGHETER SOM KAN FALLA UTANFÖR EU:S REGLER FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

#### 3.1. Olika koncept i rättspraxis

Domstolens rättspraxis i fråga om offentlig upphandling visar att EU:s lagstiftning inte inskränker en upphandlande myndighets möjligheter<sup>9</sup> att tillhandahålla de allmännyttiga tjänster som ingår i dess uppdrag genom att utnyttja egna administrativa, tekniska eller andra resurser, utan att behöva anlita utomstående enheter som inte ingår i den egna strukturen<sup>10</sup>.

Om en upphandlande myndighet tillhandahåller en offentlig tjänst genom att utnyttja sina egna resurser så att inget avtal mot ersättning sluts, eftersom det handlar om en intern situation i en och samma juridiska person, dvs. den upphandlande myndigheten har tillgång till alla resurser som behövs för att tillhandahålla tjänsten inom den egna organisationen, gäller inte EU:s lagstiftning om offentlig upphandling. Exempel: En stadsfullmäktige tillhandahåller transporttjänster inom sitt område, genom den interna transportavdelningen.

Möjligheten att tillhandahålla offentliga tjänster med egna resurser kan dessutom utnyttjas i samarbete med andra upphandlande myndigheter. Flera upphandlande

---

<sup>6</sup> Mål C-480/06, kommissionen mot Tyskland, REG 2009, s. I-04747, punkt 33.

<sup>7</sup> Mål C-107/98, Teckal Srl mot Comune di Viano och Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, [REG 1999, s. I-08121, punkt 50].

<sup>8</sup> Mål C-84/03, kommissionen mot Spanien, REG 2005, s. I-00139, punkt 40.

<sup>9</sup> På grund av att frågan gäller samarbete mellan myndigheter behandlas i denna not ensat upphandlande myndigheter enligt direktiv 2004/18/EG, och inte offentliga företag enligt definitionen i försörjningsdirektivet eller privata företag som är verksamma på grundval av särskilda rättigheter eller ensamrätter enligt definition i direktiv 2004/17/EG. För upphandlande myndigheter som omfattas av definitionen i försörjningsdirektivet bör et uppmärksammas att deras situation vid samarbete mellan myndigheter aldrig uttryckligen har granskats av domstolen. De slutsatser som dragits för upphandlande myndigheter i allmänhet bör i tillämpliga delar även gälla när sådana myndigheter är verksamma som upphandlande enheter, utom om de tillämpliga reglerna skiljer sig på ett avgörande sätt. Det bör också noteras att försörjningsdirektivet i artikel 23 innehåller bestämmelser om vissa typer av samarbete mellan myndigheter (triangelsituationer är tänkbara).

<sup>10</sup> Mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, REG 2005, s. I-00001, punkt 48.

myndigheter kan ge varandra ömsesidigt stöd. Om detta inte innefattar någon ersättning eller något utbyte av ömsesidiga rättigheter och skyldigheter kan det inte anses vara tillhandahållande av tjänster enligt EU:s lagstiftning om offentlig upphandling. I sådana fall gäller inte EU:s lagstiftning om offentlig upphandling. Exempel: En överenskommelse mellan grannkommuner om att deras respektive musikkårer spelar på den andra kommunens högtidligheter.

Om upphandlande myndigheter sluter avtal mot ersättning (dvs. med ömsesidiga rättigheter och skyldigheter) med varandra uppstår frågan huruvida dessa avtal kan undantas från bestämmelserna i EU:s direktiv om offentlig upphandling, trots den allmänna regeln om att avtal mellan olika juridiska personer omfattas av bestämmelserna. Enligt domstolens rättspraxis är detta möjligt på under vissa omständigheter. Om upphandlande myndigheter samarbetar för att tillsammans utföra sina offentliga tjänsteuppdrag kan detta omfatta avtal utan att leda till att EU:s lagstiftning om offentlig upphandling måste tillämpas. Sådant samarbete kan innebära att man tillsammans kontrollerar en tredje enhet som får i uppdrag att utföra uppgiften ("vertikalt/institutionaliserat samarbete"). Alternativt kan det genomföras utan att någon ny eller särskilt utsedd enhet skapas ("horisontellt/icke-institutionaliserat samarbete").

### 3.2. Samarbete genom separata rättssubjekt ("institutionaliserat/vertikalt samarbete", "intern rättspraxis")

Det är ett väl etablerat faktum att EU:s direktiv om offentlig upphandling gäller om upphandlande myndigheter sluter offentliga avtal, dvs. avtal mot ersättning som skriftligen sluts med en tredje part och syftar till utförandet av arbeten eller tillhandahållandet av produkter eller tjänster i enlighet med direktivet. De gäller också om de upphandlande myndigheterna sluter koncessionsavtal inom ramen för direktivet om den offentliga sektorn.

I *Teckal*-målet<sup>11</sup> tolkade domstolen denna regel funktionellt. Den fastställde två kumulativa kriterier för undantag av ett förhållande mellan en upphandlande myndighet och en annan juridisk person från EU:s regler för offentlig upphandling. Enligt domstolen omfattas ett sådant förhållande inte av EU:s lagstiftning om offentlig upphandling om

- (1) den upphandlande myndigheten utövar en **kontroll över personen i fråga som är likvärdig med den som den utövar på sina egna avdelningar** och

---

<sup>11</sup> Mål C-107/98, *Teckal*, punkt 50. "När det gäller frågan huruvida ett avtal föreligger, skall den nationella domstolen kontrollera om det finns en överenskommelse mellan två skilda personer. I detta avseende är det (...)i princip tillräckligt att avtalet har slutits mellan, å ena sidan, en lokal myndighet och, å andra sidan, en i förhållande till denna myndighet fristående juridisk person. Det kan endast förhålla sig annorlunda i det fall då det upphandlande organet utövar en kontroll över personen i fråga som är likvärdig med den som den utövar på sina egna avdelningar och denna person samtidigt utför huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som förfogar över denna."

- (2) denna person samtidigt **utför huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som förfogar över denna**<sup>12</sup>.

Domstolen ansåg därför, utgående från **de upphandlande myndigheternas självständiga interna organisation**, at EU:s lagstiftning om offentlig upphandling (dvs. inte bara direktiven, utan också fördragsprinciperna) inte är tillämpliga om en upphandlande myndighet sluter ett avtal med en tredje part som endast **formellt, men inte i praktiken är oberoende av myndigheten**. Denna rättspraxis omfattar situationer där **inget privat kapital** är inblandat i den tredje parten och denna **både organisatoriskt och ekonomiskt är beroende** av den upphandlande myndigheten. Exempel: En stadsfullmäktige tillhandahåller transporttjänster inom sitt område genom att utnyttja ett transportföretag som den till hundra procent äger och kontrollerar.

I senare domar<sup>13</sup> fastställde domstolen att konceptet för internt samarbete även kan gälla för samarbete mellan myndigheter genom att fastslå att de båda *Teckal*-kriterierna kan uppfyllas gemensamt av flera upphandlande myndigheter. Exempel: Två stadsfullmäktige tillhandahåller transporttjänsterna inom sina områden genom ett transportföretag som de äger och kontrollerar gemensamt.

För detta dokumentets syften räknas detta samarbete som ”institutionaliserat” eller ”vertikalt”, eftersom det berör upphandlande myndigheter som lägger ut en uppgift till en separat, gemensamt ägd och kontrollerad enhet som fungerar som tjänsteleverantör.

Detta interna undantag har godkänts av domstolen både för offentliga avtal och koncessioner för bygg- och anläggningsarbeten som omfattas av EU:s upphandlingsdirektiv, och för tjänstekoncessioner som på annat sätt omfattas av principerna i fördraget.

I detta sammanhang bör det beaktas att även om förhållandet mellan den kontrollerande upphandlande myndigheten å ena sidan och den kontrollerade enheten å den andra sidan kan vara undantaget från EU:s lagstiftning om offentlig upphandling till följd av att situationen kan anses vara intern, skulle ett organ som kan räknas som en intern enhet normalt sett också kunna räknas som ett ”offentlighetsligt organ” med skyldigheten att följa EU:s lagstiftning om offentlig upphandling för den egna upphandlingen.

Nedan redogörs det i detalj för de villkor i domstolens interna rättspraxis som måste beaktas när man avgör huruvida EU:s lagstiftning om offentlig upphandling är tillämplig.

---

<sup>12</sup> Till följd av domstolens dom drog den italienska högsta förvaltningsdomstolen slutsatsen att AGAC var ett internt företag i Viago (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, dom nr 2605, 9 maj 2001).

<sup>13</sup> Målen C-324/07, Coditel Brabant SA mot Commune d’Uccle och Région de Bruxelles-Capitale, REG 2008, s. I-08457 och C-573/07, Sea Srl mot Comune di Ponte Nossa, REG 2009, s. I-08127.

### 3.2.1. Aktieinnehav i interna enheter

Enligt rättspraxis får upphandlande myndigheter inte utöva kontroll över en enhet om en eller flera privata företag också deltar i ägandet av enheten<sup>14</sup>. Det gäller även om den upphandlande myndigheten har möjlighet att självständigt fatta alla beslut om denna enhet, oberoende av det privata aktieägandet. Domstolen argumenterade att förhållandet mellan en upphandlande myndighet och dess egna avdelningar styrs av hänsyn och krav som har att göra med uppnåendet av allmännyttiga målsättningar. Privata investeringar i företag styrs däremot alltid av överväganden som är specifika för privata intressen och som har andra syften<sup>15</sup>. Detta gäller också för rena kapitaltillskott från privata företag till den interna enheten (till exempel genom aktieköp, men inte tillhandahållandet av standardlån<sup>16</sup>), även om ett sådant tillskott inte medför något operationellt deltagande.

- Betydelsen av eventuella framtida tillskott av privatkapital

Allmänt sett ska det **vid tidpunkten för tilldelningen av ett offentligt avtal** fastställas om privat ägande föreligger i det berörda företags kapital<sup>17</sup><sup>18</sup>. Den framtida öppningen av företags kapital beaktas endast om det finns en konkret möjlighet att detta sker inom en nära förestående framtid när avtalet sluts med företaget<sup>19</sup>.

En rent teoretisk möjlighet att en privat part skulle kunna bli delaktig i en intern enhets kapital undergräver inte i sig det interna förhållandet mellan den upphandlande myndigheten och dess företag<sup>20</sup>.

**Om** ett avtal emellertid tilldelas företaget utan att ha erbjudits genom ett offentligt anbuds förfarande, genom internt undantag, och privata investerare därefter förvärvar aktiekapital i företaget under avtalets löptid, skulle det utgöra en **ändring av grundläggande förutsättningar** i fråga om avtalstilldelningen. I sådana fall måste avtalet läggas ut i ett öppet anbuds förfarande<sup>21</sup>.

- 100 % offentligt ägande av den interna enhetens aktiekapital

---

<sup>14</sup> ”Att ett privat företag ingår som delägare, om än i minoritetsställning, i ett bolag som även till viss del ägs av den upphandlande myndigheten i fråga utesluter däremot i alla händelser att denna upphandlande myndighet kan utöva en kontroll över bolaget som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet.” (Mål C-26/03, Stadt Halle, punkt 49).

<sup>15</sup> Mål C-26/03, Stadt Halle, punkt 50.

<sup>16</sup> Ett lån anses inte vara ett standardlån om det exempelvis kan omvandlas till aktier i den interna enheten som en återbetalningsmöjlighet.

<sup>17</sup> Målen C-26/03, Stadt Halle, punkt 15 och C-573/07, Sea, punkt 47.

<sup>18</sup> I undantagsfall kan särskilda omständigheter leda till att händelser efter det datum då ett avtal ingicks beaktas. Detta gäller till exempel om aktier i det avtalsslutande företaget som tidigare helt ägdes av den upphandlande myndigheten överförs till ett privat företag kort efter det att avtalet slutits med det företaget, i syfte att kringgå gällande EU-regler (se även mål C-29/04, kommissionen mot Österrike, REG 2005, s. I-9705, punkterna 38–41).

<sup>19</sup> Sea, punkt 50.

<sup>20</sup> Se IOPP-meddelandet, fotnot 14. Detta synsätt har sedermera bekräftats av domstolen i mål C-371/05, kommissionen mot Italien, REG 2008, s. I-00110, punkt 29.

<sup>21</sup> Sea, punkt 53.



Om den upphandlande myndigheten är ensam ägare av en intern enhet ska detta i gengäld ses som ett tecken på att den kontroll som krävs för interna undantag föreligger, men inte som en faktor som i sig är avgörande<sup>22</sup>.

Detta ifrågasätts om upphandlande myndigheter startar ett vinstdrivande företag som är helt oberoende av myndigheten. Detta illustreras också av målet *Parking Brixen*, där enheten när avtalet tilldelades ägdes av en upphandlande myndighet, men var oberoende i viss utsträckning<sup>23</sup> (se nästa avsnitt), vilket föranledde domstolen att vägra internstatusen.

### 3.2.2. Första Teckal-kriteriet: Nödvändig kontroll över den interna enheten (organisatoriskt beroende)

Den upphandlande myndigheten ska utöva kontroll över den interna enheten *som är likvärdig med den som den utövar på sina egna avdelningar*<sup>24</sup>. Det är likgiltigt hur denna kontroll utövas, dvs. det kan både handla om **privaträttsliga och offentligrättsliga befogenheter**. Bedömningen av kriteriet om likvärdig kontroll ska göras på grundval av *”samtliga relevanta lagbestämmelser och omständigheter [...] Det skall vara fråga om en möjlighet till avgörande påverkan på såväl strategiska mål som viktiga beslut.”*<sup>25</sup>

I detta sammanhang ska följande aspekter beaktas.

- Gemensam kontroll som utövas av flera upphandlande myndigheter över en intern enhet

I sin dom i *Coditel-målet* fastställde domstolen nya element till det första *Teckal*-kriteriet. Domstolen klargjorde att även om kontroll över en intern enhet måste vara konkret så behöver den därför inte utövas individuellt. Den bekräftade därmed principen att **kontroll enligt första Teckal-kriteriet kan utövas gemensamt**.

Domstolen har i princip motiverat denna vidare tolkning med att en strängare syn på kriteriet skulle innebära att *Teckal*-undantaget inte kan tillämpas i de flesta fall som omfattar samarbete mellan upphandlande myndigheter. På samma sätt har domstolen fastställt att det **förfarande som den upphandlande myndigheten tillämpar för att fälla gemensamma beslut är oväsentligt**. Exempelvis ska tillämpningen av majoritetsbeslut inte strida mot inrättandet av (gemensam) kontroll utövad av alla deltagande upphandlande myndigheter<sup>26</sup>. Av detta följer att *”om en offentlig myndighet blir minoritetsägare i ett helt offentligt aktiebolag i avsikt att anförtro det att utföra en*

---

<sup>22</sup> Mål C-340/04, Carbotermo SpA och Consorzio Alisei mot Comune di Busto Arsizio och AGESP SpA., REG 2006, s. I-04137, punkt 37: "Den omständigheten att den upphandlande myndigheten ensam eller tillsammans med andra offentliga myndigheter äger hela aktiekapitalet i det bolag som tilldelats kontraktet tyder som regel på, utan att vara av avgörande betydelse för bedömningen, att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över detta bolag motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning".

<sup>23</sup> Mål C-458/03, Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen och Stadtwerke Brixen AG., REG 2005, s. I-08585, punkt 70.

<sup>24</sup> Mål C-107/98, Teckal, punkt 50.

<sup>25</sup> Mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 65; Mål C-371/05, punkt 24.

<sup>26</sup> C-324/07, Coditel, punkt 51.

*offentlig tjänst, kan den kontroll som de offentliga myndigheter som äger bolaget utövar över detta anses motsvara den kontroll som de utövar över sina egna förvaltningar när denna utövas gemensamt av dessa myndigheter.”<sup>2728</sup>*

- Nödvändigt inflytande över den interna enheten

I syfte att uppfylla det första *Teckal*-kriteriet måste den upphandlande myndigheten bibehålla en tillräcklig grad av kontroll för att kunna begränsa den berörda enhetens handlingsfrihet.

I *Coditel*-målet ansågs det vara ett starkt indicium för att intern kontroll förelåg att koncessionsinnehavarens **beslutsfattande organ** endast **bestod** av företrädare för de upphandlande myndigheter som deltog i samarbetet.

I sig är internenhetens **företagsform** inte avgörande, men kan fungera som indicium. I *Coditel*-målet betonade domstolen exempelvis att den interna enheten inte var ett aktiebolag ”*som kan besluta om sitt verksamhetsföremål utan aktieägarnas inblandning, utan är en kooperativ mellankommunal sammanslutning*”. Enligt gällande nationell lagstiftning får en sådan sammanslutning inte vara av kommersiell art<sup>29</sup>.

I *Carbotermo*-målet<sup>30</sup> fann domstolen att en upphandlande myndighets kontroll över en annan enhet, om den bara utgörs av de **befogenheter som tilldelas aktieägarmajoriteten genom bolagsrätten**, inte behöver vara tillräcklig för att utgöra kontroll enligt första *Teckal*-kriteriet. I sådana fall föreligger omfattande begränsningar av den upphandlande enhetens befogenheter att påverka den berörda enhetens beslut<sup>31</sup>. Likaså om den upphandlande myndigheten endast påverkar enhetens beslut via ett **holdingbolag** kan detta försvaga den kontroll som den upphandlande myndigheten eventuellt utövar. Detta kan innebära att det första *Teckal*-kriteriet inte är uppfyllt<sup>32</sup>.

I *Sea*-målet<sup>33</sup> var den interna enheten ett aktiebolag. Denna företagsform utesluter inte möjligheten till intern kontroll, men domstolen granskade i detalj vilket inflytande de upphandlande myndigheterna hade – i synnerhet inflytande som gav dem möjlighet att kontrollera den interna enhetens förvaltningsorgan och som går utöver de normala reglerna för sådan kontroll i ett aktiebolag.

- Den interna enhetens potentiella oberoende/marknadsinriktning

---

<sup>27</sup> C-573/07, *Sea*, punkt 63.

<sup>28</sup> I mål C-231/03, *Conorzio Aziende Metano (Coname) mot Comune di Cingia de' Botti*, REG 2005, s. I-07287 ansåg domstolen att en minoritetsandel på 0,97 % var så liten att den inte räckte för att en kommun skulle ha intern kontroll över koncessionsinnehavaren. Domstolen accepterar emellertid i följande domar möjligheten till gemensam kontroll över en intern enhet utövad av flera upphandlande myndigheter som var och en för sig kanske bara har en liten minoritetsandel.

<sup>29</sup> *Coditel*, punkt 37.

<sup>30</sup> Se fotnot 22.

<sup>31</sup> *Carbotermo*, punkt 38., *Parking Brixen* 70.

<sup>32</sup> *Carbotermo*, punkterna 38 och 39.

<sup>33</sup> Se fotnot 27.

I målen *Coditel* och *Sea* ansåg domstolen att om den kontrollerade enheten blev marknadsinriktad och fick sådant oberoende att den kontroll som utövas av de upphandlande myndigheterna blev obefintlig, skulle det första *Teckal*-kriteriet inte längre vara uppfyllt. I det fallet skulle man bland annat behöva ta hänsyn till vilket **materiellt och geografiskt omfång** den kontrollerade enhetens verksamhet har och vilka **möjligheter enheten har att ingå samröre med företag inom den privata sektorn**<sup>34</sup>. Om den kontrollerade enhetens verksamhet **geografiskt sett** är begränsad till den ägande upphandlande myndighetens territorium och dess **verksamhet** (dvs. de mål som enheten strävar efter)<sup>35</sup> är begränsad till utförandet av uppgifter åt dessa upphandlande myndigheter kan man sluta sig till att enheten inte är marknadsinriktad. Detta ledde till slutsatsen att intern kontroll förelåg i målen *Coditel* och *Sea*, medan så inte var fallet i *Parking Brixen*.

Den kontrollerade enheten kan **ingå samröre med företag i den privata sektorn**, förutsatt att sådant samröre förblir tillfälligt i enhetens uppgifter, dvs. tillhandahållandet av allmännyttiga tjänster<sup>36</sup>. Ett totalförbud mot samröre med företag från den privata sektorn skulle göra det andra *Teckal*-kriteriet onödigt.

Exempel: Om den interna enhetens huvuduppgift är sophämtning för de kontrollerande upphandlande enheterna, och källsortering av dessa sopor, kan detta som tillkommande verksamhet omfatta försäljning av vissa kategorier av återvunnet avfall till specialiserade organ i den privata sektorn som kan återvinna materialet<sup>37</sup>.

3.2.3. *Andra Teckal-kriteriet: Huvuddelen av den interna enhetens verksamhet ska utgöras av de uppgifter som den kontrollerande enheten/de kontrollerande enheterna tilldelat den (ekonomiskt beroende)*

För att komma i åtnjutande av det ska den kontrollerade enheten utöva **huvuddelen av sin verksamhet** med den upphandlande myndigheten/de upphandlande myndigheterna. Detta kriterium ska garantera att EU:s lagstiftning om offentlig upphandling förblir tillämplig om en enhet som kontrolleras av upphandlande myndigheter är aktiv på marknaden och därför sannolikt konkurrerar med andra företag<sup>38</sup>.

I målet *Carbotermo* fastställde domstolen att den omsättningströskel på 80 % som anges i försörjningsdirektivet, och som innebär att avtal som tilldelas anknutna företag och som överskrider denna tröskel kan hamna utanför direktivets tillämpningsområde, inte kan användas som referens för direktivet om den offentliga sektorn<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> C-324/07, *Coditel*, punkt 36, C-573/07, *Sea*, punkt 73.

<sup>35</sup> *Coditel*, punkt 38, *Sea* punkterna 74-76.

<sup>36</sup> C-573/07, *Sea*, punkterna 79-80.

<sup>37</sup> C-573/07, *Sea*, punkt 78.

<sup>38</sup> *Carbotermo*, punkt 60.

<sup>39</sup> *Carbotermo*, punkt 55. (Denna dom avsåg det ”gamla” försörjningsdirektivet (93/38). I artikel 23 i det ”nya” försörjningsdirektivet (2004/17/EG) anges det på samma sätt en omsättningsbaserad tröskel på 80 %, över vilken avtal som tilldelats så kallade anknutna företag kan hamna utanför direktivets tillämpningsområde.)

I samma dom tillhandahåller domstolen emellertid omfattande förklaringar av uttrycket "huvuddelen av sin verksamhet"<sup>40</sup>. Enligt domstolen uppfylls detta kriterium endast om den interna enheten **huvudsakligen** utövar verksamhet åt den upphandlande myndigheten. All övrig verksamhet ska endast vara av **marginell karaktär**.

För denna bedömning ska man beakta all **verksamhet som den interna enheten utövar som del av det avtal som tilldelats den av den upphandlande myndigheten. Detta gäller** oberoende av förmånstagarens identitet (den upphandlande myndigheten själv eller den som utnyttjar tjänsten), av vilken enhet som betalar entreprenören (den upphandlande myndigheten själv eller tredje parter som utnyttjar tjänsten) eller var tjänsten tillhandahålls.

Om den interna enheten kontrolleras gemensamt av flera upphandlande myndigheter kan villkoret avseende "huvuddelen av verksamheten" vara uppfyllt inte bara om enheten utför dessa uppgifter med en enskild sådan myndighet, utan också med alla dessa myndigheter tillsammans. Därför ska man **för interna enheter som kontrolleras av flera upphandlande myndigheter beakta all verksamhet som den utför med alla dessa myndigheter tillsammans**<sup>41</sup>.

#### 3.2.4. Ytterligare frågor om interna scenarier

Följande frågor har inte direkt behandlats i domstolens rättspraxis, men de kan dyka upp i praktiken:

- **Är det möjligt att den kontrollerande enheten innefattar privatkapital?**

Frågan om möjligheten att ha privatkapital i den kontrollerande enheten kan dyka upp i samband med offentligrättsliga organ, och det kan inte uteslutas att dessa ändå skulle ha förmåga att utöva intern kontroll över en annan enhet.

- **Är avtalstilldelning nedifrån och upp (den kontrollerade enheten tilldelar modermyndigheten ett avtal) möjlig?**

Vid avtalstilldelning nedifrån och upp kan man iaktta att den interna logiken, dvs. Att det inte handlar om två enheter med oberoende målsättningar, fortfarande skulle vara tillämplig.

- **Är det möjligt att sluta avtal mellan interna systerbolag (avtal mellan två interna enheter som kontrolleras av samma moderenhet)?**

Avtal mellan två systerbolag innebär att ingendera enhet kontrollerar den andra, men att båda kontrolleras av samma moderenhet. Rättspraxis för interna situationer tycks inte utesluta normala offentliga avtal mellan sådana enheter (interna systerenheter) från upphandlingsreglernas tillämpningsområde, eftersom ingendera enhet kontrollerar den

---

<sup>40</sup> Carbotermo, punkterna 63-68.

<sup>41</sup> Carbotermo, punkterna 70-71.

andra. Däremot kan en sådan situation formellt vara förenlig med rättspraxis för interna situationer om en upphandlande myndighet med två interna enheter som den äger och kontrollerar exempelvis beställer vissa varor från den ena enheten och styr leveransen till den andra.

### **3.3. Icke-institutionaliserat/horisontellt samarbete för att gemensamt utföra allmännyttiga uppgifter<sup>42</sup>**

#### *3.3.1. Den huvudsakliga karaktären av horisontellt samarbete mellan upphandlande myndigheter som inte omfattas av EU:s regler för offentlig upphandling*

I sin dom i *Hamburg*-målet<sup>43</sup> godkände domstolen även offentligt samarbete som går utanför konceptet med gemensamt utnyttjande av interna enheter. Domstolen betonar att EU-lagstiftningen inte föreskriver att upphandlande myndigheter ska tillämpa någon särskild rättslig form för sitt gemensamma utförande av allmännyttiga uppgifter<sup>44</sup>. För de syften som avses i detta dokument räknas sådant samarbete som ”icke-institutionaliserat” eller ”horisontellt”, dvs. det handlar om olika upphandlande myndigheter.

Hittills har detta varit domstolens enda dom om samarbete mellan myndigheter som inte omfattar gemensamt kontrollerade interna enheter. Domstolen tycks ha stött sig på många enskilda faktorer som var av betydelse för det konkreta ärendet när den utarbetade sina slutsatser.

Om man emellertid betraktar de aspekter av domen som kan vara av allmän betydelse förefaller det ändå rimligt att sluta sig till att upphandlande myndigheter kan samarbeta horisontellt (utan att skapa gemensamt kontrollerade interna enheter) och därvid sluta överenskommelser som inte omfattas av EU:s lagstiftning om offentlig upphandling, förutsatt att minst följande villkor är uppfyllda:

- Endast upphandlande myndigheter deltar, och inget privatkapital är inblandat<sup>45</sup>.
- Avtalet avser konkret samarbete för gemensamt utförande av en gemensam uppgift, till skillnad från ett normalt offentligt avtal.
- Samarbetet styrs endast av faktorer som har att göra med det allmännyttiga intresset.

---

<sup>42</sup> Domstolen har inte uttryckligen definierat detta i sina domar, och därmed lämnat det öppet om man avser uppgifter i) som i praktiken utförs av den upphandlande myndigheten, ii) som den rättsligen kan utföra eller iii) som den rättsligen är ålagd att utföra. Kommissionen anser att man kan tolka uttrycket brett.

<sup>43</sup> Se fotnot 6.

<sup>44</sup> Idem punkt 47.

<sup>45</sup> I *Hamburg*-domen hänvisar domstolen till ”offentliga myndigheter” men kommissionen anser att sådant horisontellt samarbete kan tillåtas för alla typer av upphandlande myndigheter, dvs. Även för offentligrättsliga organ. Å andra sidan är det en logisk konsekvens av kriteriet att inget privatkapital får omfattas av sådant horisontellt samarbete att samarbetet inte skulle vara godtagbart för offentligrättsliga organ i vilka privatkapital ingår.

### 3.3.2. Hur skiljer man verkligt samarbete från ett normalt offentligt avtal?

På grundval av *Hamburg*-domen ska samarbete syfta till att **gemensamt utföra en allmännyttig uppgift som alla samarbetsparter ålagts**. Sådant gemensamt utförande kännetecknas av att alla parter deltar och har ömsesidiga skyldigheter, och leder till ömsesidiga synergieffekter. Detta betyder inte nödvändigtvis att alla samarbetande parter deltar i samma utsträckning i uppgiftens utförande, utan samarbetet kan grundas på uppgiftsdelning eller på ett visst mått av specialisering. Avtalet ska emellertid avse ett **gemensamt mål**, det gemensamma utförandet av en och samma uppgift.

Exempel: Om samarbetsparterna som gemensamt mål har avfallshantering, kan de dela upp uppgifterna så att en står för insamling och en annan för förbränning av avfallet.

En allmän tolkning av rättspraxis tyder också på att avtalets karaktär bör vara verkligt samarbete, och att det inte bör handla om enbart ett normalt offentligt avtal där en part utför en uppgift mot ersättning<sup>46</sup>. En sådan ensidig tilldelning av en uppgift, av en upphandlande myndighet till en annan, kan inte räknas som samarbete.

Exempel: Ett offentligt elföretag i en ort står för försörjning av en annan orts förvaltningsbyggnader med el utan föregående upphandlingsförfarande.

Samarbete präglas av aspekter som har att göra med målsättningar i det allmännas intresse. Det kan omfatta ömsesidiga rättigheter och skyldigheter, men det kan inte omfatta **överföring av ekonomiska medel** mellan de offentliga samarbetsparterna, utom som ersättning för **faktiska** utgifter för arbeten/tjänster/leveranser: tillhandahållandet av tjänster mot ersättning är kännetecknande för offentliga avtal som omfattas av EU:s regler för offentlig upphandling.

### 3.3.3. Eventuella begränsningar av verksamhet på den kommersiella marknaden

Domstolen har fastslagit att samarbetet endast får styras av allmänintresset. Samarbete skulle därmed inte kunna undantas om det präglas (dvs. i huvudsak bestäms) av andra hänsynstaganden, i synnerhet av kommersiella intressen.

Samarbetsparter bör i princip inte vara verksamma på marknaden som del av samarbetet. Med andra ord får samarbetsavtalet inte omfatta verksamhet som ska erbjudas på den öppna marknaden.<sup>47</sup>

Exempel: Om samarbetsparterna i *Hamburg*-målet hade byggt en stor avfallsförbränningsanläggning med större kapacitet än de själva behövde, och i syfte att sälja den överskjutande kapaciteten med vinst på den öppna marknaden, skulle deras

---

<sup>46</sup> Se mål C-275/08, Kommissionen mot Tyskland, REG 2009, s. I-00168.

<sup>47</sup> OM ett sådant fullständigt uteslutande av praktiska skäl skulle vara till nackdel för det allmännas offentliga intresse som styr samarbetet (t.ex. en ekonomiskt rationell användning av resurser) kan en rent understödande och marginell verksamhet med enheter som inte deltar i samarbetet accepteras (t.ex. rimlig användning av tillfällig överkapacitet).

samarbete inte uteslutande ha präglats av hänsynstaganden och krav som har med det allmännas nytta att göra.

### 3.4. Sammanfattning

I ljuset av det ovan anförda kan man se att normala offentliga avtal mellan upphandlande myndigheter även fortsättningsvis omfattas av upphandlingsreglerna (t.ex. förvärv av vissa tjänster från en annan upphandlande myndighet). Däremot kan upphandlande myndigheter utveckla samarbetsstrukturer, även institutionaliserade sådana<sup>48</sup>.

Kommissionen anser att de båda formerna av vertikalt och horisontellt samarbete mellan myndigheter är två olika sätt för upphandlande myndigheter att organisera utövande av sina offentliga åligganden utan att omfattas av EU:s lagstiftning om offentlig upphandling, och att båda är lika tillgängliga. Domstolen har uttryckligen bekräftat att EU-lagstiftningen inte tvingar upphandlande myndigheter att välja en viss rättslig form för att gemensamt utföra tjänster i allmänhetens intresse. Det finns visserligen två olika former av samarbete mellan myndigheter som inte omfattas av EU:s lagstiftning om offentlig upphandling, men dessa har vissa gemensamma egenskaper.

- Utnyttjande av egna resurser i samarbete med andra

En upphandlande myndighet kan utföra sina uppgifter i allmänhetens intresse med egna medel, utan att anlita enheter utanför de egna avdelningarna, eller också kan den samarbeta med andra upphandlande myndigheter<sup>49</sup>, antingen i institutionaliserad form genom en gemensamt kontrollerad intern enhet eller utan sådan institutionaliserad form.

- Endast upphandlande myndigheter deltar. Inget privatkapital är inblandat

Det tycks också framgå av domstolens rättspraxis<sup>50</sup> att samarbete mellan myndigheter för att kunna undantas från EU:s lagstiftning om offentlig upphandling måste vara rent

---

<sup>48</sup> Det har hävdats att domstolens rättspraxis i denna fråga måste ses i ett annat ljus i och med att Lissabonfördraget har trätt i kraft. Det är riktigt att Lissabonfördraget medför stora förändringar för EU:s rättssystem som helhet, och att detta måste beaktas när man tolkar EU:s sekundärrätt. En av de ändringar som Lissabonfördraget medför för det föreliggande ärendet är erkännandet av lokalt och regionalt självstyre (artikel 4.2 i EUF-fördraget). Dessutom fastställs i artikel 1 i protokoll nr 26 om tjänster av allmänt intresse den avgörande roll och de omfattande befogenheter som nationella, regionala och lokala förvaltningar har i fråga om att tillhandahålla, upphandla och organisera tjänster av allmänt ekonomiskt intresse så att de i största möjliga omfattning tillgodoser användarnas behov. Dessa bestämmelser bekräftar myndigheternas rätt att bestämma hur de vill utföra tjänster som det åligger dem att utföra för allmänheten. Å andra sidan är det uppenbart att denna rättighet, som inte heller har ifrågasatts tidigare, måste utövas i överensstämmelse med andra bestämmelser i EU-lagstiftningen. Vissa val som görs av upphandlande myndigheter kan därför tyda på ett behov av att följa EU:s upphandlingslagstiftning. EU-rätten tvingar inte de upphandlande myndigheterna att externalisera, men ska däremot se till att, om upphandlande myndigheter väljer att anlita en separat enhet (offentlig eller privat) på kommersiella grunder, detta sker på ett transparent och icke-diskriminerande sätt.

<sup>49</sup> Coditel, punkterna 48 och 49; Hamburg, punkt 45.

<sup>50</sup> Mål C-26/03., Stadt Halle.

offentligt. Delaktighet av privat kapital i en samarbetande enhet leder därför till att samarbetet inte kan undantas från reglerna för offentlig upphandling<sup>51</sup>.

- Ingen marknadsinriktning

Om de samarbetande enheterna är marknadsinriktade står de i direkt konkurrens med privata aktörer med samma eller liknande kommersiella intressen och instrument. Samarbete som undantas från upphandlingsreglerna och som syftar till utförande av ett offentligt uppdrag bör endast omfatta enheter som i princip inte är aktiva på marknaden i kommersiellt syfte.

Detta har främst att göra med att samarbetsparterna måste vara upphandlande myndigheter. Statusen som offentlig myndighet begränsar deras verksamhet, medan det fastställs som krav för offentligrättsliga organ att de ”särskilt har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse och (...) inte är av industriell eller kommersiell karaktär”.

I ett vertikalt samarbete ska dessutom den interna enheten utföra huvuddelen av verksamheten åt de upphandlande myndigheter som den kontrolleras av. All verksamhet på marknaden måste vara tillfällig i förhållande till denna kärnverksamhet, eftersom en tänkbar marknadsinriktning skulle ifrågasätta den gemensamma kontroll som krävs i ett vertikalt samarbete.

För horisontellt samarbete har domstolen fastslagit att om samarbete mellan myndigheter uteslutande styrs av hänsyn och krav som har att göra med det allmännyttiga målet kan det inte anses undergräva huvudsyftet med EU-reglerna för offentlig upphandling, nämligen fri rörlighet för tjänster och öppnande av konkurrens som är fri från snedvridning i alla medlemsstater<sup>52</sup>. Detta gäller om samarbetet inte omfattar några kommersiella hänsynstaganden.

- Typ av förbindelse mellan samarbetsparterna

I *Hamburg*-domen betonade domstolen att EU-lagstiftningen inte innebär att upphandlande myndigheter måste tillämpa någon särskild rättslig form för att tillsammans utföra sina offentliga uppgifter. Även om det inte finns några sådana krav kan man, om man ser på de båda formerna av vertikalt och horisontellt samarbete mellan myndigheter, konstatera att kopplingen mellan de samarbetande enheterna är olika och måste beaktas.

I institutionaliserat samarbete är det förekomsten av (gemensam) intern kontroll som kan motivera att även avtal som normalt sett skulle omfattas av upphandlingsreglerna undantas från dessa. Med andra ord avser det interna undantaget ett avtal om offentlig upphandling av en tjänst mot ersättning som i övrigt täcks.

---

<sup>51</sup> Stadt Halle, Hamburg, punkterna 44 och 47.

<sup>52</sup> Hamburg, punkt 47.



Däremot gäller att för att kunna skilja icke-institutionaliserat samarbete från ett vanligt offentligt avtal ska det förra karaktäriseras av att samarbetet omfattar ömsesidiga rättigheter och skyldigheter som går utöver utövandet av en uppgift mot ersättning och att samarbetets syfte inte får vara av kommersiell art.

## Översikt

**I. Offentligt avtal mellan oberoende upphandlande myndigheter → tillämpning av upphandlingsreglerna**

**II. Offentligt uppdrag utfört gemensamt av upphandlande myndigheter som utnyttjar egna resurser**

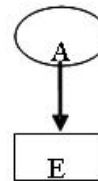
a) Intern kontroll (tilldelning av avtal av en upphandlande myndighet till den egna interna enheten)

### 3 allmänna villkor:

- inget privat kapital i den interna enheten
- den upphandlande myndigheten (eller myndigheterna tillsammans) utövar kontroll över den interna enheten jämförbart med den kontroll som en upphandlande myndighet skulle utöva över de egna avdelningarna
- den interna enheten utför huvuddelen av sin verksamhet åt den eller de kontrollerande myndigheten/myndigheterna

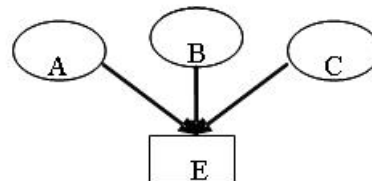
En enskild upphandlande myndighet kontrollerar sin egen interna enhet

A är en upphandlande myndighet och E är ett separat rättssubjekt som både ekonomiskt och organisatoriskt är beroende av A



Flera upphandlande myndigheter kontrollerar tillsammans en intern enhet

A, B och C är upphandlande myndigheter och E är ett separat rättssubjekt som både ekonomiskt och organisatoriskt är beroende av alla tre upphandlande myndigheter



b) samarbete mellan upphandlande myndigheter utan att en särskild struktur skapas

### 3 villkor:

- samarbetet omfattar endast upphandlande myndigheter, inget privatkapital ingår
- avtalet har karaktären av faktiskt samarbete i syfte att gemensamt utföra en gemensam uppgift, tillskillnad från vanliga offentliga avtal

- samarbetet styrs uteslutande av hänsynstaganden som har att göra med det allmännas intresse.

#### **4. OFFENTLIGA UPPGIFTER SOM UTFÖRS MED EXTERNA RESURSER – ÖVRIGT SAMARBETE MELLAN MYNDIGHETER**

I detta avsnitt behandlas situationer där den allmännyttiga uppgift som ålagts en upphandlande myndighet slutligen utförs med andra resurser än den upphandlande myndighetens egna. Detta kan hända om **behörigheten** för en viss offentlig uppgift överförs till en annan offentlig myndighet. **Utförandet** av en viss uppgift kan också anförtros en annan enhet. Detta kan ske i) utan att avtalsförhållanden ingås eller ii) genom att en annan upphandlande myndighet som har exklusiva rättigheter anlitas eller iii) genom gemensam upphandling med andra upphandlande myndigheter eller via inköpscentraler.

##### **4.1. Omfördelning av behörighet mellan offentliga myndigheter**

Rättslig behörighet att utföra en offentlig uppgift kan ses som exklusiv skyldighet och rättighet att utföra denna uppgift med hjälp av egna administrativa, tekniska eller andra resurser, eller genom att anlita externa enheter. Behörighet för en viss offentlig uppgift omfattar det officiella bemyndigande som krävs för att skapa de rättsliga förutsättningarna för utförandet av uppgiften på den berörda myndighetsnivån.

Själva organisationen av den nationella förvaltningen omfattas inte av EU:s behörighet. Därför är det varje medlemsstats uppgift att (om-)organisera sin förvaltning och att – inom ramen för en sådan omorganisation – möjliggöra överföring av behörighet för vissa offentliga tjänster från en offentlig myndighet till en annan. (Det förfarande som avses här är av en art som inte omfattar några enheter med privat kapital eller blandningar av privat och offentligt kapital.)

Reglerna för offentlig upphandling syftar till att reglera situationer där en upphandlande myndighet förvärvar varor, tjänster eller verksamheter, dvs. förvärvar resultatet av viss ekonomisk verksamhet för att tillgodose egna behov eller allmänhetens behov. En upphandlande myndighet som överför all behörighet för en viss offentlig uppgift förvärvar ingen tjänst för eget syfte. I stället överför den ansvaret för en viss uppgift till en annan enhet.

Överföringen av behörighet för en viss offentlig uppgift från en upphandlande myndighet till en annan styrs inte av reglerna för offentlig upphandling, som delvis grundas på artikel 56 i EUF-fördraget (f.d. artikel 49 i EG-fördraget), nämligen friheten att tillhandahålla tjänster.

Om man överför behörigheten för en viss offentlig uppgift från en offentlig enhet till en annan överför man både den officiella behörigheten och all eventuell tillhörande ekonomisk verksamhet. Inom området avfallshantering innebär överföringen av all behörighet exempelvis att rätten att fastställa avgifter, bestämma regler för sophämtning, sortering, lagring och behandling av avfallet, men också att förvalta och genomföra

uppgiften enligt dessa regler överförs. Alla dessa rättigheter utgör officiell behörighet. I rättigheterna ingår också rätten att bestämma hur de konkreta ekonomiska verksamheter som krävs för att utföra den offentliga uppgiften ska genomföras (t.ex. sophämtning, transport, lagring, bortskaffande och återvinning av avfallet): antingen görs detta av det offentliga organet självt, eller av en tredje part som anlitas av det offentliga organet.

Det förekommer situationer i medlemsstaterna där behörighet överförs, men detta erkänns inte uttryckligen, vare sig i EU-lagstiftningen eller i domstolens rättspraxis.

Domstolen har i ett mål<sup>53</sup> hänvisat till överföringen av officiell behörighet när en medlemsstat förklarade att behörighet överförts från ett offentligt organ till en tredje person. Enligt denna rättspraxis har **ingen** överföring av behörighet ägt rum om

- Den offentliga enhet som ursprungligen var behörig förblir huvudansvarig för ett projekt till följd av att det har en rättslig skyldighet att inte dra sig tillbaka från sin uppgift,
- Den nya enheten endast får vidta rättsligt relevanta åtgärder med den ursprungligen behöriga offentliga enhetens förhandsgodkännande och
- Den nya enheten finansieras av den offentliga enhet som ursprungligen hade behörighet att utföra uppgiften, så att den inte har något spelrum.

Utgående från detta kan man säga att det som avgör om överföring av behörighet från ett offentligt organ till ett annat som del av en omorganisering av den offentliga förvaltningen föreligger är överföringens omfattning. Det organ som överför sin behörighet behåller inget ansvar. Den som tar emot den överförda behörigheten måste utöva behörigheten oberoende och på eget ansvar.

I synnerhet ska det överförande organet inte behålla rätten att besluta om genomförandet av ekonomisk verksamhet som utförs inom ramen för den berörda offentliga uppgiften. Sådana ekonomiska verksamheter utförs under behörighet av den som tagit emot överföringen.

Detta utesluter emellertid inte att det överförande organet kan ha inflytande på hur den offentliga uppgiften genomförs konkret. Det överförande organets personal kan ingå i styrelsen eller förvaltningen i den myndighet till vilken behörigheten överförs. Den överförande myndigheten kan också bibehålla rätten att motta viss information

På grundval av detta kan man sluta sig till att EU:s lagstiftning om offentlig upphandling inte är tillämplig om flera offentliga myndigheter till exempel beslutar att inrätta en ny enhet och till denna helt överföra en viss behörighet, eller om en offentlig myndighet beslutar att överföra sin behörighet till en befintlig enhet, och den offentliga uppgiften sedan utförs självständigt och på eget ansvar av den enhet till vilken behörigheten

---

<sup>53</sup> Mål C-264/03, kommissionen mot Frankrike, REG 2005, s.I-08831), punkt 54. Se även Generaladvokat Maduros slutsatser av den 24 november 2004, punkterna 39-41.

överförts, och de överförande offentliga myndigheterna inte behåller någon kontroll över tjänsten.

#### 4.2. Tilldelning av uppgifter utan avtal

i EU-direktiven om offentlig upphandling förutsätts att ett avtal föreligger, vilket kräver minst två rättsligt skilda enheter som är oberoende av varandra i fråga om beslutsfattande<sup>54</sup>. Ett avtal är i princip en gemensam vilja som leder till att avtalsparterna har möjlighet att välja om de vill ingå eller avsluta avtalsförbindelsen<sup>55</sup>. Andra tecken på att ett avtal föreligger är att parterna har möjlighet att förhandla om det konkreta innehållet i de tjänster som ska tillhandahållas och om avgifterna för dessa tjänster<sup>56</sup>. Ett avtal förutsätter ett ömsesidigt samröre. Om inget avtal föreligger gäller inte EU:s direktiv om offentlig upphandling. I domstolens rättspraxis fastställs det att om en enhet genomför verksamhet som en följd av dess skyldigheter enligt nationell lagstiftning, snarare än på avtalsbas, omfattas detta inte av EU:s direktiv om offentlig upphandling.

För att ta ett konkret exempel fann domstolen i *Tragsa*-målet<sup>57</sup> att Tragsa (ett offentligt företag) enligt nationell lag inte hade något val i fråga om att acceptera ett uppdrag eller bestämma avgifterna för tjänsten, utan var rättsligt bunden att tillgodose den uppdragsgivande myndighetens krav, eftersom Tragsa var denna myndighets instrument och tekniska tjänst. Domstolen ansåg att Tragsas samröre med den upphandlande myndighet som utnyttjade dess tjänster inte var avtalsmässigt utan i alla hänseenden internt, beroende och hierarkiskt<sup>58</sup>. Följaktligen gäller EU:s direktiv om offentlig upphandling inte för detta samröre.

Det bör emellertid noteras att tillämpningen av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt inte förutsätter förekomsten av ett avtal. Fördraget gäller om en offentlig myndighet ”*överlåter tillhandahållandet av ekonomisk verksamhet på tredjeman*”<sup>59</sup>. Däremot erkänner domstolen även det interna undantaget i samband med fördraget.

#### 4.3. Förhållandet mellan reglerna om offentlig upphandling och vissa ensamrätter

Om en upphandlande myndighet har ensamrätt enligt artikel 18 i direktiv 2004/18/EG kan andra upphandlande myndigheter uteslutande tilldela avtalen om utförandet av dessa uppgifter till den enheten. Det viktigaste skälet till att denna bestämmelse infördes var att man ville undvika konkurrensutsatta tilldelningsförfaranden i fall där förekomsten av exklusiva rättigheter medför att det bara finns en enhet som kan få uppdraget.

---

<sup>54</sup> Teckal, punkt 51.

<sup>55</sup> Mål C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) mot Transformación Agraria SA (Tragsa) och Administración del Estado, REG 2007, s. I-02999, punkt 54 och mål C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia mot Administración General del Estado, REG 2007, s. I-12175, punkt 55.

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> Mål C-295/05, Tragsa.

<sup>58</sup> Mål C-295/05, Tragsa, punkt 51.

<sup>59</sup> Parking Brixen, punkt 61.

I den allmänna debatten kan uttrycket ”ensamrätt” omfatta mycket olika företeelser, från förbehållandet av en hel ekonomisk sektor för offentliga myndigheter till exklusiv tilldelning av en konkret uppgift till ett visst företag. Men inte all ensamrätt berättigar till undantag från kravet på tilldelning av ett offentligt tjänsteavtal. I artikel 18 fastställs det att ensamrätten ska ha tilldelats enligt offentliggjorda lagar eller andra författningar som är förenliga med fördraget.

**Artikel 18 avser dessutom endast rättigheter som tilldelats vissa organ i den offentliga sektorn att exklusivt tillhandahålla vissa tjänster till den offentliga sektorn.** Genom att begränsa detta undantag till avtal som tilldelats enheter som själva är upphandlande myndigheter kan man garantera konkurrensumsatt upphandling på marknaderna nedströms, eftersom den upphandlande myndighet som åtnjuter ensamrätt måste rätta sig efter EU:s direktiv om offentlig upphandling för sin egen upphandlingsverksamhet.

- Förenlighet med fördraget

Alla offentliggjorda lagar och andra författningar måste vara förenliga med gällande bestämmelser i fördraget, särskilt artiklarna 49 (f.d. artikel 43 i EG-fördraget) och 56 (f.d. artikel 49 i EG-fördraget) i EUF-fördraget och med de bestämmelser och principer som följer av dessa. Dessa bestämmelser och principer omfattar icke-diskriminering, öppenhet och insyn, proportionalitet, ömsesidigt erkännande och skydd av de enskildas rättigheter.

Ensamrätt begränsar per definition andra enheters frihet att tillhandahålla tjänster och är endast motiverad på vissa villkor<sup>60</sup>.

Sålunda måste ensamrätt antingen motiveras av ett undantag som uttryckligen fastställs i fördraget (utövandet av offentlig makt (artikel 51 i EUF-fördraget (f.d. artikel 45 i EG-fördraget)), hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa (artikel 52 i EUF-fördraget (f.d. artikel 46 i EG-fördraget)), eller, enligt domstolens rättspraxis, motiveras av hänsyn till ett tvingande allmänintresse som ska vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas, och int får gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning. Under alla omständigheter ska de tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt.<sup>6162</sup>

---

<sup>60</sup> Mål 203/08, *The Sporting Exchange Ltd, trading as Betfair mot Minister van Justitie*, REG 2010, ännu ej offentliggjort, punkterna 23-25; C-124/97, *Markku Juhani Läära, Cotswold Microsystems Ltd och Oy Transatlantic Software Ltd mot Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) och Suomen valtio (Finska staten)*, REG 1999, s. I-06067, punkterna 29-31; C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International Ltd mot Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, REG 2009, s. I-07633, punkterna 52-55.

<sup>61</sup> Mål C-243/01, *Gambelli*, REG 2003, s. I-13031), punkt 65. C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda och övriga mot Commissariaat voor de Media*, REG 1991, s. I-04007.

<sup>62</sup> Dessutom kan det innebära ett brott mot fördraget om ett företag tilldelas ensamrätt, om de offentliga uppgifter som tjänsteleverantören ska utföra inte är tillräckligt specificerade (mål C-66/86, *Silver Line Reisebüro*, REG 1989, s. I-803), om tjänsteleverantören uppenbarligen inte är i stånd att utföra uppgiften (mål C-41/90, *Höfner*, REG 1991, s. I-1979) eller om det finns andra sätt att uppfylla kraven som har mindre menlig inverkan på konkurrensen (mål T-266/97, *Vlaamse Televisie Maatschappij*, REG 1999, s. II-2329). Villkoret att tilldelningen av ensamrätt ska vara

- Innebär kravet på icke-diskriminering att ensamrätt måste tilldelas på ett konkurrensutsatt sätt?

Som redan anförst handlar artikel 18 om rättigheter att exklusivt tillhandahålla viss atjänster till allmänheten, som tilldelas vissa organ i den offentliga sektorn. Om motivering av begränsningen av friheten att tillhandahålla tjänster är ett absolut krav i allmänhetens intresse är ett av de villkor som måste uppfyllas att den berörda åtgärden inte får vara diskriminerande. Det innebär i princip att inga privatföretag får ges en fördelaktigare position än dess konkurrenter. Om en ensamrätt därför skulle tilldelas en upphandlande myndighet med privat kapital (vilket är tänkbart för offentlighetsrättsliga organ) är det svårt att se hur denna princip skulle kunna vara uppfylld utan ett transparent förfarande som garanterar lika behandling<sup>63</sup>. Med tanke på syftet med artikel 18 och dess historia och på aktuell rättspraxis i jämförbara situationer behöver detta å andra sidan inte vara nödvändigt om den som tilldelas ensamrätten är ett statligt organ, som en upphandlande myndighet utan privatkapital<sup>64</sup>.

#### 4.4. Samröre mellan upphandlande myndigheter i samband med gemensamma eller centrala upphandlingsavtal

Gemensam upphandling kan ta sig olika former, från genomförandet av ett specifikt anbuds förfarande till systematiskt utnyttjande av specialister (t.ex. om en upphandlande myndighet har ansvar för en viss typ av upphandling som utnyttjas av alla berörda enheter, och en annan myndighet har hand om en annan typ av upphandling osv.) eller inrättandet av en särskild struktur (ett organ) för gemensam upphandling. Samröret mellan de olika deltagarna kan, men behöver inte omfattas av EU:s regler om offentlig upphandling, beroende på vilken metod som valts.

Vid enkelt administrativt samarbete för att utarbeta gemensamma specifikationer som inte förutsätter avtal mot ersättning mellan parterna, till exempel om offentliga myndigheter enbart genomför ett gemensamt anbuds förfarande tillämpar de reglerna för offentlig upphandling tillsammans, men deras samarbete omfattas inte av dessa regler. I artikel 1.9 i direktiv 2004/18/EG definieras upphandlande myndigheter bland annat som sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter, varmed avses statliga, regionala eller lokala myndigheter och offentlighetsrättsliga organ. Denna bestämmelse kan vara av betydelse i samband med samarbete mellan myndigheter.

Dessutom har vissa centraliserade förfaranden för inköp utvecklats i medlemsstaterna. Inköpscentraler är upphandlande myndigheter som har till uppgift att göra anskaffningar eller tilldela offentliga avtal/ingå ramavtal för andra upphandlande myndigheter. I artikel 11 i direktiv 2004/18/EG fastställs det uttryckligen att upphandlande myndigheter får anskaffa byggtreprenader, varor och/eller tjänster med hjälp av en inköpscentral. Inköpscentraler kan antingen fungera som grossist (som köper in så att andra myndigheter kan köpa in *från* dem) eller som mellanhand som har hand om tilldelningsförfarandena och förvaltningen av avtalen så att andra myndigheter kan köpa

---

förenlig med fördraget är inte heller uppfyllt om den åtgärd genom vilken ensamrätten tilldelats är oförenlig med EU:s sekundärrätt (C-220/06, Correos, punkt 64-66.)

<sup>63</sup> Se även mål C-203/08, Sporting Exchange Ltd., punkterna 47 och 50.

<sup>64</sup> Idem, punkt 59-60.

in *genom* dem. I ingetdera fall krävs något upphandlingsförfarande för samröret mellan inköpscentralen och de myndigheter som anlitar denna, förutsatt att inköpscentralen själv har tilldelat sina avtal i enlighet med EU:s gällande direktiv om offentlig upphandling.



## **BILAGA I**

### **Förteckning över mål**

Mål C-480/06, Kommissionen mot Tyskland, REG 2009, s. I-04747.

Mål C-107/98, Teckal Srl mot Comune di Viano och Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, REG 1999, s. I-08121.

Mål C-84/03, kommissionen mot Spanien, REG 2005, s. I-00139.

Mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, REG 2005, s. I-00001.

Mål C-324/07, Coditel Brabant SA mot Commune d'Uccle och Région de Bruxelles-Capitale, REG 2008, s. I-08457.

Mål C-573/07, Sea Srl v Comune di Ponte Nossa, REG 2009, s. I-08127.

Mål C-29/04, kommissionen mot Österrike, REG 2005, s. I-09705.

Mål C-340/04, Carbotermo SpA och Consorzio Alisei mot Comune di Busto Arsizio och AGESP SpA., REG 2006, s. I-04137.

Mål C-458/03, Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen och Stadtwerke Brixen AG., REG 2005, s. I-08585.

Mål C-371/05, kommissionen mot Italien, REG 2008, s. I-00110.

C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) mot Comune di Cingia de' Botti, REG 2005, s. I-07287.

Mål C-275/08, Kommissionen mot Tyskland, REG 2009, s. I-00168.

Mål C-264/03, kommissionen mot Frankrike, REG 2005, s. I-08831.

Mål C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) mot Transformación Agraria SA (Tragsa) och Administración del Estado, REG 2007, s. I-02999.

Mål 203/08, The Sporting Exchange Ltd, trading as Betfair mot Minister van Justitie, 2010, ännu ej offentliggjort.

Mål C-124/97, arkku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd och Oy Transatlantic Software Ltd mot Häradsåklagaren i Jyväskylä och finska staten, REG 1999, s. I-06067.

Mål C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International Ltd mot Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, REG 2009, s. I-07633.

Mål C-243/01, Gambelli, REG 2003, s. I-13031.

C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda et al. Mot Commissariaat voor de Media, REG 1991, s. I-04007.

Mål C-66/86, Silver Line Reisebåro, REG 1989, s. I-803.

Mål C-41/90, Höfner, REG 1991, s. I-1979.

Mål T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij, REG 1999, s. II-2329.

Mål C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia mot Administración General del Estado, REG 2007, s. I-12175.