

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2010-02-09

Närvarande: F.d. justitierådet Staffan Magnusson, f.d. regeringsrådet Lars Wennerström och regeringsrådet Eskil Nord.

Upphandling från statliga och kommunala företag

Enligt en lagrådsremiss den 17 december 2009 (Finansdepartementet) har regeringen beslutat att inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
2. lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av rättssakkunniga Petra Jansson.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

I lagrådsremissen föreslås att nya bestämmelser införs i 2 kap. 10 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Bestämmelserna innebär att det inte krävs någon anbudsinfordran, även om avtalspartnern är en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående enhet, om två villkor är uppfyllda. Den myndighet som är upphandlande myndighet ska utöva en kontroll över den fristående enheten motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning, och denna enhet ska bedriva huvuddelen av sin

verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar eller är medlem i den. Dessa villkor motsvarar de villkor, Teckalkriterierna (se EU-domstolens dom den 18 november 1999 i mål C-107/98), som EU-domstolen i rättspraxis ställt upp i fråga om vilka kontrakt som omfattas av tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling.

Avsikten är att de nya bestämmelserna i 2 kap. 10 § LOU endast ska utgöra en temporär lösning i avvaktan bl. a. på kommande utredningsförslag på området. Lagtekniskt kommer detta till uttryck på så sätt att bestämmelserna sätts i kraft den 1 juli 2010 genom en särskild lag om ändring i LOU (i det följande kallad införandelagen) och att de upphävs i och med utgången av 2012 genom en annan lag om ändring i LOU (upphävandelagen). De båda lagarna avses bli promulgerade samtidigt.

Lagrådet har i sak inget att erinra mot de nya bestämmelserna i 2 kap. 10 § LOU men vill särskilt – vilket också framhålls i remissen – peka på att den ändring som görs, vilken innebär att vissa kontrakt undantas från LOU:s tillämpningsområde, påverkar hela lagstiftningsområdet, dvs. inte bara den del som bygger på en unionsrättslig reglering, samt att tolkningen av de nya bestämmelserna måste göras i belysning av EU-domstolens praxis och unionsrättens krav i övrigt på området.

Lagrådet har i övrigt följande erinringar mot enskildheter i lagrådsremissens lagförslag.

Införandelagen

I ett nytt andra stycke i 2 kap. 10 § hänvisas i punkt 1 till vilka upphandlande myndigheter som omfattas av de nya bestämmelserna, medan punkten 2 är avsedd att reglera vilka leverantörer som kan komma i fråga när en anbudsinfordran kan underlåtas. I ett nytt tredje stycke har i två skilda punkter tagits in de tidigare berörda kontroll- och verksamhetsrekvisiten.

Enligt vad som framhålls i remissen tar andra stycket punkt 2 i första hand sikte på juridiska personer som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i. Regleringen är emellertid även avsedd att vara tillämplig på gemensamma nämnder enligt kommunallagen (1991:900). Även om en sådan nämnd inte är en juridisk person, skulle den i upphandlingssammanhang, när nämnden uppträder som leverantör, kunna ses som en från kommunen eller landstinget fristående enhet. Det nu anförda bör enligt Lagrådets mening komma till uttryck i lagtexten på sätt som redovisas nedan.

Som anförts inledningsvis måste tolkningen av de nya bestämmelserna göras bl.a. i belysning av EU-domstolens praxis och unionsrättens krav i övrigt på upphandlingsområdet. Detta innebär att det språkbruk och den begreppsapparat som kommit att användas i det nu begränsade lagstiftningsarbetet, i likhet med annan lagstiftning som bygger på en unionsrättslig reglering, inte alltid kan anses överensstämmande med vad som förekommer i sedvanlig svensk lagstiftning. Ett tydligt exempel på detta är när verksamhetskriteriet i 2 kap. 10 § tredje stycket punkt 2, i enlighet med vad EU-domstolen uttalat, beskrivs som att en juridisk person/leverantör som är fristående gentemot en myndighet måste utföra "huvuddelen" av sin verksamhet tillsammans med den eller de upphandlande

myndigheter som innehar eller är medlem i den juridiska personen. I vanligt språkbruk torde med "huvuddelen" närmast avses mer än hälften av verksamheten, medan EU-domstolen, när den närmare utvecklar begreppet, påtalar att sidoverksamheten får vara endast av marginell karaktär (se EU-domstolens dom den 11 maj 2006 i mål C-340/04, Cabotermo, punkt 63). Även om det många gånger kan vara lämpligt – för att nå en enhetlig tolkning i samtliga medlemsstater – att unionsrättsliga begrepp och kriterier införs i nationell lagstiftning i enlighet med den ordalydelse dessa erhållit i skilda unionsrättsliga rättsakter, kan det i detta sammanhang, när ett visst begrepp närmare preciserats av domstolen, framstå som mer lämpligt att använda sig av denna precisering också i den nationella lagstiftningen. Lagrådet vill därför förorda att begreppet "huvuddelen av sin verksamhet" ersätts med ett uttryck som innebär att leverantörens sidoverksamhet endast får vara av marginell karaktär.

Som tidigare nämnts är de nya bestämmelserna endast avsedda att utgöra en temporär lösning i avvaktan bl.a. på kommande utredningsförslag på området. Mot den bakgrunden framstår det enligt Lagrådets mening som lämpligare att låta bestämmelserna bilda en ny egen 10 a § i stället för att inarbeta dem i en befintlig paragraf.

Som framgår av remissen är de nya bestämmelserna i 2 kap. 10 § LOU tänkta att tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet den 1 juli 2010. Enligt vad som uttryckligen sägs i en övergångsbestämmelse till upphävandelagen ska införandelagens bestämmelser också vara tillämpliga efter ikraftträdandet av upphävandelagen i fall då avtal har slutits dessförinnan. För att man ska få en tydlig koppling till övergångsbestämmelsen till upphävandelagen får det anses vara av värde att genom en

övergångsbestämmelse till införandelagen klart redovisa att lagen är tillämplig även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet.

Med beaktande av det ovan anförda föreslår Lagrådet att de nya bestämmelserna i LOU samt ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna utformas på följande sätt i införandelagen.

2 kap.

10 a §

Med kontrakt enligt 10 § avses dock inte avtal som sluts mellan

1. en upphandlande myndighet som är
 - a) en statlig eller kommunal myndighet,
 - b) en beslutande församling i en kommun eller ett landsting, eller
 - c) en sammanslutning av en eller flera sådana myndigheter eller församlingar, och
2. en leverantör som är
 - a) en juridisk person som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i, eller
 - b) en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900).

Första stycket gäller endast

1. om den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, och
2. i fall då den juridiska personen eller den gemensamma nämnden även utför verksamhet tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten, denna verksamhet endast är av marginell karaktär.

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2010 och ska tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet.

Upphävandelagen

För det fall Lagrådets förslag till lagtext rörande införandelagen godtas kan upphävandelagen lämpligen erhålla följande lydelse:

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (2007:1091) om offentlig upphandling att 2 kap. 10 a § ska upphöra att gälla.

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013.
2. Den upphävda paragrafen gäller dock fortfarande i fall då avtal har slutits före den 1 januari 2013.