

Upphandlingsskyldighet i praktiken

Upphandling24 – Executive Seminar

Agenda

- > Allt är inte upphandling.
- > Undantag och frågan om restriktiv tolkning.
- > Frågan om genomlysning.
- > Blandade kontrakt.
- > Samarbete och samnyttjande.
- > Diskussionsexempel.

Allt är inte upphandling

Allt är inte upphandling

- > Det har länge funnits en tolkning av upphandlingsrätten som bygger på att alla transaktioner mellan myndigheter och enskilda är upphandling.
- > Det ankommer alltid på myndigheten att bevisa att ett avtal med en enskild omfattas av något av lagens undantag.
- > Allt myndigheter gör som kan sägas ha ett värde kan också ses som en betalning.
- > Det viktiga är att bedöma huruvida avtalet tillgodoser ett behov som myndigheten har.

Vad är egentligen ett köp?

- > En upphandlande myndighet ska erlagga ersättning.
- > I utbyte mot ersättningen ska en leverantör ska utföra en prestation.
- > Prestationen ska bestå i tillhandahållandet av en sådan vara, tjänst eller byggentreprenad som omfattas av upphandlingsplikt enligt lagarna.
- > Fullgörandet ska vara rättsligt åberopbart (Helmut Müller, C-451/08).

Undantag och fråga om restriktiv tolkning

Restriktivitetsmantrat

"[a]v EG-domstolens praxis framgår att bestämmelser om undantag skall tolkas restriktivt och att det är den som åberopar undantaget som skall visa omständigheter som gör undantaget tillämpligt" (prop. 2006/07:128, s 291)

- > Detta har tagits till intäkt för att en myndighet alltid ska bära såväl åberops- som bevisbördan för att en viss transaktion inte är upphandlingspliktig.
- > Det kan dock ifrågasättas om en sådan ordning är lämplig för alla undantag.

Restriktivetsmantrat

- > Det finns tre "undantagstyper" i LOU.
 - > Undantag som anger att vissa kontrakt inte omfattas (huvudsakligen 1 kap. LOU).
 - > Undantag i form av definitioner (huvudsakligen 2 kap. LOU).
 - > Undantagsförfaranden.
- > EU-domstolen har endast förordat restriktivitet för undantagsförfaranden, och då ett kontrakt i och för sig fallit inom en definition men ändå ska anses falla utanför (Teckal).
- > För exempelvis hyresundantaget är det rimligare med en funktionell tolkning.

Funktionell tolkning

- > En funktionell tolkning lägger inte åberops- eller bevisbördan hos någon part.
- > Istället ska domstolen försöka utröna huruvida lagstiftaren avsåg att det ifrågavarande kontraktet skulle omfattas.
- > Det är viktigt att komma ihåg att syftet med upphandlingslagstiftningen inte är att fullständigt reglera alla offentliga transaktioner.
- > Det kan därför finnas transaktioner som faller utanför upphandlingslagstiftningen, utan att för den sakens skull vara tillåtna.
- > Normalt ankommer det på den som gör gällande att en viss transaktion omfattas av en viss lagstiftning att visa att den gör det, dvs. visa att rekvisiten för ett upphandlingspliktigt köp är uppfyllda.
- > Först därefter uppkommer frågor om sedvanliga bevisbörderegler.

Frågan om genomlysning

Genomlysning och konstlade upplägg

”Det ska dessutom konstateras att det inte framgår av någon av de handlingar som ingetts till domstolen att myndigheterna i fråga, i förevarande mål, skulle ha gjort ett konstlat upplägg i syfte att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling.” (C-480/06)

”Om det var tillåtet för de upphandlande myndigheterna att tillgripa kringgående åtgärder för att dölja att offentliga kontrakt tilldelades halvoffentliga bolag, skulle detta äventyra förverkligandet av direktivets syfte, det vill säga fri rörlighet för tjänster och icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater.” (C-29/04)

Genomlysning och konstlade upplägg

- > Dessa formuleringar har tagits till intäkt för att det i upphandlingsrätten finns en möjlighet att göra så kallad genomlysning.
- > En genomlysning kan bl.a. innebära att man tar hänsyn till en serie transaktioner för att se om dessa sammantaget innebär ett upphandlingspliktigt köp.
- > Målet om Haningebostäder är ett bra exempel på sådan genomlysning.

Genomlysning och konstlade upplägg

- > Det finns dock inget tydligt stöd i EU-domstolens praxis för att en genomlysning kan medföra att man bortser från de rekvisit som ska vara uppfyllda för att något ska vara ett upphandlingspliktigt kontrakt.
- > Det är inte möjligt att finna upphandlingsskyldighet där inget (rättsligt bindande) åtagande gjorts avseende tilldelning eller utförande av vara, tjänst eller byggentreprenad.
- > Man kan vid en genomlysning titta på många kontrakt sammantaget, men man måste fortfarande identifiera en rättsligt bindande skyldighet att tillhandahålla en upphandlingspliktig vara, tjänst eller byggentreprenad.

Blandade kontrakt

Blandande kontrakt

- > Enligt EU-domstolen är det kontraktets huvudsakliga syftet som avgör vilka bestämmelser som är tillämpliga. (se t.ex. dom Auroux m.fl., C-220/05, dom kommissionen mot Tyskland, C-536/07, samt dom Impresa Pizzarotti, C-213/13,).
- > Emellertid gäller även den allmänna principen att en upphandling inte får utformas i syfte att undandra den från direktivets tillämpningsområde (dom kommissionen mot Italien, C-3/88).
- > Delbara och odelbara kontrakt.
 - > Ett odelbart kontrakt är då det framstår som affärsmässigt naturligt att tilldela samtliga uppdrag till samma leverantör.
 - > Det kan dock ifrågasättas om det verkligen behöver vara ett och samma kontrakt.

Samarbete och samnyttjande

Samarbete och samnyttjande

- > Om en upphandlande myndighet och ett privat företag samarbetar utan att det sker ett utbyte av ekonomiskt mätbara prestationer är det inte fråga om upphandling.
- > En myndighet och ett privat företag kan gemensamt äga, men var för sig nyttja, en produktionsanläggning, fastighet etc., utan att det blir fråga om upphandling.

Diskussionsexempel

Exemplet blöjor till BB

- > Landstinget behöver blöjor till BB-avdelningarna.
- > Om det krävs kommer landstinget att köpa blöjor.
- > Pampers och Libero vill emellertid ge blöjor till landstinget, under förutsättning att landstinget ger blöjorna till föräldrar, tillsammans med information om varumärket.
- > Landstinget ingår avtal med Pampers om att de ska leverera blöjor gratis mot att landstinget vidtar vissa informationsåtgärder gentemot föräldrar.
- > Köp?

Exemplet kvinnojouren

- > Kvinnojouren bedriver verksamhet.
- > Kommunen har behov av denna verksamhet (i den bemärkelsen att man annars hade behövt köpa tjänster, eller bedriva den i egen regi).
- > Kommunen ger bidrag varje år (villkorad med att kvinnojouren ska bedriva den verksamhet som kvinnojouren sagt att den ska göra).
- > Om kvinnojouren inte utför sin verksamhet enligt bidragsvillkoren kan den bli återbetalningsskyldig. Dessutom riskerar den att inte få bidrag igen.
- > Köp?

Exemplet idrottssponsring

- > Kommunen sponsrar en fotbollsklubbs ungdomsverksamhet.
- > Som villkor för sponsring kräver kommunen att fotbollsklubben har kommunens logotype på tröjorna.
- > Köp?

Exemplet villkorad fastighetsförsäljning

- > Ett fastighetsbolag vill exploatera ett visst område för bostadsbebyggelse.
- > Kommunen är mycket positiv till detta (eftersom det saknas bostäder i kommunen).
- > För att exploateringen ska kunna ske måste fastighetsbolaget köpa en viss fastighet som kommunen äger.
- > Kommunen kan tänka sig att sälja, men endast om fastighetsbolaget åtar sig att inkludera byggnationen av en förskola i projektet. (Kommunen uppställer specifikationer om antal barn etc.).
- > Köp?

Exemplet min kompis asfaltläggaren

- > Kommunpampen Göransson är bästa vän och svåger med asfaltläggaren Petterson.
- > Ett avtal upprättas där kommunen ger Petterson ett bidrag inför stora asfaltläggningsprojekt som kommunen behöver. (Bidragens storlek har ett slumpmässigt med exakt samband med värdet på den asfaltläggning som kommunen behöver i projektet).
- > Som av en händelse bestämmer sig Petterson självmant att arbeta som volontär i kommunens projekt med just asfaltläggning. Detta sker gång på gång.
- > Köp?

