
Stefan Gustavsson

Något om upphandlingssamarbete via
intern upphandling

2018 nr 4

UrT

SÄRTRYCK UR UPPHANDLINGSRÄTTSLIG TIDSKRIFT

Något om upphandlingssamarbete via intern upphandling

*Stefan Gustavsson**

1 Inledning

Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) innehåller ett antal detaljreglerade förfaranden för genomförandet av offentliga anskaffningar.¹ De anvisade förfarandena anses vara uttömmande. LOU innehåller undantagsbestämmelser, vilka ska tillämpas restriktivt. Den upphandlande myndigheten (UM) har bevisbördan för att de omständigheter som medför att undantag kan tillämpas föreligger.

Enligt 7 kap. 3 § LOU gäller för tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal att kontrakt endast får ingås mellan en UM som har identifierats för detta syfte antingen i anbudsinfordran som avser ramavtalet eller i inbjudan att bekräfta intresse och en leverantör som är part i ramavtalet. Ett ingånget ramavtal är på detta sätt ett slutet system såväl på användarsidan som på leverantörssidan.²

I 3 kap. LOU återfinns undantag för intern upphandling (11-16 §§). Dessa bestämmelser emanerar från EU-domstolens avgöranden i domen Teckal och ett antal andra avgöranden och innebär att i bestämmelserna angivna upphandlingar är undantagna från lagens tillämpningsområde.³ Den fråga som ska behandlas i denna artikel är huruvida det är förenligt med upphandlingsrätten att en UM gör anskaffningar indirekt via annan UM:s ramavtal och då endast med stöd av bestämmelserna i 3 kap. 11-16 §§ LOU (Teckalundantagen). De UM som

* Advokat och delägare vid Advokatfirman Titov & Partners.

¹ Denna artikel behandlar endast LOU:s tillämpningsområde. Någon närmare undersökning av eventuella skillnader inom tillämpningsområdena för lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF), lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFs) och lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) har inte gjorts, utöver konstaterandet att LOU:s reglering av intern upphandling är likalydande intagen i LUF, men inte i LUFs och LUK.

² Prop. 2015/16:195, s. 1009.

³ Se dom av den 18 november 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562. Se även dom av den 10 september 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, dom av den 19 april 2007, Asemfo, C-295/05, EU:C:2007:227, dom av den 30 november 2008, Coditel, C-324/07, EU:C:2008:621, dom av den 21 juli 2005, Coname, C-231/03, EU:C:2005:487, dom av den 11 maj 2006, Carbotermo, C-340/04, EU:C:2006:308, dom av den 8 maj 2003, Tragsa, C-349/97, EU:C:2003:251, dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle, C-26/03, EU:C:2005:5, dom av den 15 oktober 2009, Acoset, C-196/08, EU:C:2009:628, dom av den 8 maj 2014, Datenlotsen Informationssystem, C-15/13, EU:C:2014:303 och dom av den 8 december 2016, Undis Servizi, C-553/15, EU:C:2016:935.

inbegrips i Teckalundantagen benämns nedan ”Teckalsläktingar” och kretsen av Teckalsläktingar benämns ”Teckalsläkten”.

Situationer kan uppkomma där en Teckalsläkting (Slutanvändaren) t.ex. hamnar i brådskande behov att anskaffa en vara, tjänst eller byggtreprenad och behovet inte täcks av Slutanvändarens befintliga upphandlade avtal, men där en annan Teckalsläkting (Ramavtalsinnehavaren) har rätt att avropa från ett upphandlat ramavtal som täcker behovet och bistår Slutanvändaren med leverans. Slutanvändaren kan givetvis också ha andra skäl för att säkerställa tillgången till aktuella varor, tjänster eller byggtreprenader på detta sätt och förlitar sig möjligen på att om någon avropsberättigad Teckalsläkting finns för att täcka Slutanvändarens behov, så är det med tillämpning av undantagen för intern upphandling fritt fram att göra anskaffningar via den avropsberättigade.

2 Något om Teckalundantagen

För att upphandlingen ska ses som intern och på den grunden vara undantagen lagens tillämpningsområde uppställs krav på förhållandet mellan de inblandade aktörerna. Det är fråga om dels ett krav på kontroll (kontrollkriteriet), dels ett krav på att ena parten inte utför annat än viss begränsad del av sin verksamhet för annan än den kontrollerande parten (verksamhetskriteriet). Däremot saknas uttryckliga kriterier som tar sikte på vad som kan anskaffas via intern upphandling.

Kontrollkriteriet innebär att en UM som utgångspunkt endera ska utöva kontroll över eller stå under kontroll av motparten som motsvarar den som kontrollerande part utövar över sin egen förvaltning. Kontrollen kan dock utövas i olika led beskrivna i 3 kap. 12-15 §§ LOU med effekt att det inte bara är en upphandlingsrättslig mor-dotter-relation som träffas utan även mormor-barnbarn, syskon med flera. Även mödrar med gemensam dotter anges ha kontroll över dottern. Sett till släktskapsförhållanden är det således presumtivt en förhållandevis stor krets som kan omfattas av undantaget avseende intern upphandling.

Verksamhetskriteriet innebär ett krav på att mer än 80 procent av verksamheten hos den ena parten i den interna upphandlingen ska utföras för den kontrollerande enhetens räkning. EU-domstolen har i domen *Sea* uttalat sig om verksamhetskriteriet.⁴ I avgörandet fastslås att den omständigheten att ett kontrollerat bolag som komplement till dess huvudverksamhet haft befogenhet att interagera med företag i den privata sektorn inte räcker för att konstatera att bolaget har en marknadsmässig inriktning som hotar ägarnas kontroll över bolaget. Det är härvid intressant att konstatera att domstolen bedömde den kompletterande verksamheten i bolaget mot bakgrund av hur verksamheten påverkade kontrollmöjligheten

⁴ Dom av den 10 september 2009, *Sea*, C-573/07, EU:C:2009:532, punkt 79.

för UM över bolaget. Verksamhetskriteriet synes mot bakgrund av bland annat denna bedömning åtminstone delvis vara osjälvständigt och snarast att betrakta som ett utflöde från eller komplement till kontrollkriteriet. Det är dock möjligt att verksamhetskriteriet även vid sidan av kopplingen till kontrollkriteriet har till självständigt syfte att undvika att konkurrensen snedvrids.⁵

3 Pro et Contra

Nedan görs några försök att finna argument för och emot att det ovan beskrivna tillvägagångssättet kan användas. I en fråga som denna synes argumentationsmöjligheterna mycket vidsträckta och jag har begränsat mig till argument som jag har bedömt ha hygglig möjlighet att kunna beaktas vid en rättslig prövning utan att för den skull göra anspråk på att ha funnit de tyngsta eller avgörande argumenten. Jag har valt att ställa upp argument för och argument mot var för sig.

3.1 Pro

LOU innehåller inga uttryckliga begränsningar hänförliga till art eller innehåll av anskaffning såvitt gäller interna upphandlingar. Det går inte av lagtexten att direkt utläsa något förbud mot tillvägagångssättet att vid behov vända sig till en avropsberättigad Teckalsläkting och göra anskaffningen från denne, som i sin tur genom tilldelning av kontrakt från ramavtalet anskaffar det som behövs till Slutanvändaren från ramavtalsleverantören.

Undantaget för interna upphandlingar är också av den arten att de helt faller utanför tillämpningsområdet för inte bara LOU och det bakomliggande direktivet, utan även utanför tillämpningsområdet för de grundläggande rättsprinciperna.⁶ Upphandlingar som uppfyller kriterierna för att betraktas som interna upphandlingar är helt undantagna kraven på likabehandling, öppenhet m.m. Det är därför inte möjligt – åtminstone inte inom ramen för en konstaterat intern upphandling – att anlägga synpunkter på tillvägagångssättet eller innehållet i den interna upphandlingen med avseende på likabehandling, öppenhet m.m. Genom att förpassas ur lagens tillämpningsområde som intern blir upphandlingen därmed oåtkomlig för tillämpning av de grundläggande principerna (och rättsmedlen).⁷ Det som Ramavtalsinnehavaren förfogar måste således kunna anskaffas från Ramavtalsinnehavaren av Teckalsläktingar genom intern upphandling utan att det ska tillmätas någon betydelse hur Teckalsläktingarna anskaffar nyttigheten.

⁵ Se bl.a. dom av den 11 maj 2006, Carbotermo, C-340/04, EU:C:2006:308, särskilt punkt 59.

⁶ Dom av den 10 september 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, punkt 40.

⁷ Jmf HFD:s avgörande av den 19 oktober 2018 (mål nr 3830-17).

Det framstår som okontroversiellt att en Slutanvändare genom inhyrning kan anskaffa personal som en Teckalsläkting har anställt. Det kan medföra egendomslika situationer om anskaffning av varor, tjänster och byggtreprenader skulle behandlas annorlunda. Antag t.ex. att en Slutanvändare av något skäl bestämt sig för att inte längre anlita extern städning. Slutanvändaren har då uppenbarligen en möjlighet att låta Teckalsläktingens personal utföra städningen oavsett om det medför att Teckalsläktingen anställer ytterligare personal. Samma sak bör rimligen gälla för möjligheten att rekvidrera städutrustning från Teckalsläktingen.

Vidare har konkurrensutsättning redan gjorts vid upphandlingen av Ramavtals-innehavarens ramavtal. Det kan därför hävdas att någon snedvridning av konkurrensen inte uppkommer vid beskrivet tillvägagångssätt. Det finns visst stöd för att detta är en omständighet som ska medföra ett pragmatiskt synsätt till undvikande av onödigt formalism.⁸ Det är ett synsätt som för övrigt också ligger till grund för Teckalundantagen i sig, vilket även det talar för att tillvägagångssättet ska godtas.⁹

Det kan också, på samma tema, hävdas att det ytterst är Teckalsläktens enhet som motiverar undantagen för interna upphandlingar. Om de olika verksamheterna i stället organiserats inom en och samma UM hade frågeställningen

⁸ EU-domstolen har i dom av den 15 oktober 2009, Acoset, C-196/08, EU:C:2009:628, godtagit tilldelning av tjänster utan anbudsinfordran med hänvisning till konkurrensutsättning i ett tidigare led. Det gjordes trots att det framstår som oförenligt med bl.a. principerna om likabehandling och icke-diskriminering. I målet var fråga om tilldelning utan föregående annonsering av en koncession till ett bolag som samägdes med en privat aktör. Förfarandet godtogs under förutsättning att den privata delägaren valts ut med iakttagande av kraven på likabehandling och icke-diskriminering. Dessutom förutsattes att valet av kriterier för att välja den privata delägaren, utöver att visa sin förmåga att bli delägare, innebar att denne skulle visa sin tekniska kapacitet att tillhandahålla tjänsterna och de fördelar av ekonomiskt och annat slag som följde av deras anbud. Domstolen menade att valet av koncessionshavare kan anses följa indirekt av valet av den nämnda delägaren, vilket då har skett med iakttagande av unionsrättens principer. Ett andra anbudsförfarande för att välja koncessionshavare var därmed inte motiverat.

Detska noteras att avgörandet är från tiden innan direktivreglering av tjänstekoncessioner. Någon uttömmande detaljreglering av godtagna förfaranden för anskaffande av tjänstekoncessioner har således inte varit aktuell i målet. Domstolen pekade dock själv på att förfarandet framstod som oförenligt med de grundläggande principerna. Det framstår som att domstolen menade sig ha avvikit från en huvudregel. Några långtgående slutsatser i förhållande till interna upphandlingar generellt bör dock inte dras av avgörandet.

⁹ Jfr dom av den 8 december 2016, Undis Servizi, C-553/15, EU:C:2016:935, punkt 33, där EU-domstolen angav: "När företagets tjänster ... huvudsakligen är avsedda enbart för [kontrollerande myndighet/er] förefaller det motiverat att kraven i direktiv 2004/18 inte gäller för detta företag, eftersom kraven har sin grund i en strävan att bibehålla en konkurrens som det i detta fall inte längre finns skäl för".

inte ens uppstått. Även det är ett skäl att anse att tillvägagångssättet faller under undantaget för interna upphandlingar.¹⁰

Vid EU-domstolens prövningar angående interna upphandlingar har utgångspunkten i allt väsentligt varit frågan om möjligheterna för det offentliga att organisera sig i civilrättsligt fristående enheter utan att det för den skull ska få omotiverade upphandlingsrättsliga effekter.¹¹ Prövningarna har i de inledande fallen avsett frågor om överordnade myndigheters anskaffning från en underordnad fristående enhet av det som den underordnade fristående enheten har inrättats för. Det kan väcka tankar om att Teckalundantagen endast kan avse anskaffning av sådana nyttigheter som den fristående enheten inrättats för. Sedan det klargjorts att även anskaffningar ”uppåt i hierarkien”, dvs. som utförs av den kontrollerade fristående enheten (dottern) från den kontrollerande myndigheten (modern), omfattas av undantagen kan dock även en sådan möjlig inskränkning av föremålet för en intern upphandling avskrivas.

Generellt godtas att leverantörerna inte ges några garantier alls avseende leveransvolymer vid upphandling av ramavtal. Det är svårt att se att det därvid skulle föra till mindre öppenhet eller likabehandling eller utgöra någon väsentlig förändring av ramavtalsinnehållet att godta att Teckalsläkten tillkommer till kundunderlaget.

3.2 Contra

Möjligheten att direkttilldela kontrakt med stöd av reglerna om interna upphandlingar utgör ett undantag från skyldighet att tillämpa de föreskrivna upphandlingsförfarandena.¹² Undantag ska enligt fast praxis tolkas restriktivt.¹³ Ingångna ramavtal utgör, som angetts inledningsvis, slutna system även på beställarsidan.

¹⁰ En intressant närliggande fråga som ännu inte fått sitt svar i svensk praxis är vad som är en och samma UM. En UM kan dessutom i sin tur bestå av separata operativa enheter, vilka enligt 5 kap. 4 § LOU undantagsvis får beaktas som relevanta enheter vid beräkning av värde av upphandlingar. Redan frågan om omfånget av den kontrollerande enheten i en intern upphandling är således ännu så länge oklar. Att Teckalsläktingar i själva verket ska anses utgöra del av den kontrollerande UM – och därigenom utgöra del av en gemensam UM – får anses uteslutet, eftersom något annat skulle innebära att Teckalundantagen är helt överflödiga. I 3 kap. 11 § LOU anges som förutsättning för undantagen att ”den upphandlande myndighetens motpart är en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen ...”. HFD har meddelat prövningstillstånd i fråga om det vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek är rätt att beakta att en annan kommunal nämnd i samma kommun tidigare har gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling, vilket förhoppningsvis kan leda till att klarhet bringas i frågan om UM:s omfattning (mål nr 122-18).

¹¹ Jfr t.ex. dom av den 8 december 2016, Undis Servizi, C-553/15, EU:C:2016:935, punkt 30, där EU-domstolen angav att den enhet som har tilldelats kontraktet praktiskt taget utgör en del av den upphandlande myndighetens interna organisation.

¹² Se t.ex. dom av den 8 december 2016, Undis Servizi, C-553/15, EU:C:2016:935.

¹³ Se t.ex. dom av den 11 maj 2006, Carbotermo, C-340/04, EU:C:2006:308, punkt 55 och dom av den 8 maj 2014, Datenlotsen Informationssystem, C-15/13, EU:C:2014:303, punkt 23.

Bland skälen för nuvarande ramavtalsreglering framgår att avsikten är att berörda upphandlande myndigheter enkelt och otvetydigt ska kunna identifieras och att ett ramavtal inte bör vara öppet för anslutning av nya ekonomiska aktörer när det väl har ingåtts.¹⁴ I 4 kap. 2 § LOU återfinns ett förbud för UM att utforma en upphandling i syfte att undanta den från lagens bestämmelser. Det kan hävdas att tillvägagångssättet att utforma en upphandling som en intern upphandling, i stället för att – i enlighet med huvudregeln – göra anskaffningen på den öppna marknaden, utgör ett sådant kringgående av LOU:s bestämmelser som syftar till att undandra den från lagens tillämpning. Ramavtalsinnehavaren skulle då ses som en bulvan, med enda funktion att bakvägen åstadkomma att Slut användaren blir avropsberättigad på ramavtalet. Tillvägagångssättet skulle därmed inte godtas. Synen på ingångna ramavtal som slutna system enligt regleringen i 7 kap. 3 § LOU, ger en viss förutsebarhet i omfattningen av åtagandet och vilket kundunderlag som kan påräknas, särskilt om leverantörerna kan lita på att anskaffningar inte kommer att göras vid sidan av det upphandlade ramavtalet. I det fall Teckalsläktingar skulle vara avropsberättigade minskar denna förutsebarhet.

Det är också tänkbart att tillåtligheten av intern upphandling är beroende av det aktuella ramavtalets utformning och omständigheterna vid upphandlingen av ramavtalet. Det skulle då kunna ha betydelse huruvida avropet (tilldelningen) kan inrymmas i vad som marknaden har uppfattat eller bör ha uppfattat som möjligt vid anbudsgivningen. Om normalt aktsamma leverantörer uppfattat eller bör ha uppfattat att det presumtiva kundunderlaget i upphandlingen indirekt även innefattar hela UM:s Teckalsläkt via undantaget för interna upphandlingar, framstår det som omotiverat att inte godta tillvägagångssättet. Med den oklarhet som råder torde man dock inte kunna utgå från att det skulle vara en allmän uppfattning i leverantörsleden att hela Teckalsläkter ingår i kundunderlaget för ett offentligt upphandlat ramavtal utan att detta framgått i förväg i det enskilda fallet.

Det kan tänkas att det i upphandlingsdokumenten i det enskilda fallet kan finnas uppgifter som utan att inrymmas i vad som anges i 7 kap. 3 § LOU ändå medför att det för leverantörerna har klargjorts vid upphandlingen av ramavtalet att Teckalsläkten indirekt tillhör den krets som avses utgöra kundunderlag. Frågan blir i ett sådant fall om restriktiviteten i tillämpningen av undantagsbestämmelser gör att tillvägagångssättet inte ska godtas eller om en mer pragmatisk och möjligen mer ändamålsenlig syn ska anläggas på situationen. Något bestämt svar kan inte lämnas här.

¹⁴ Se Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU, skäl 60.

4 Sammanfattning

Det går inte att entydigt besvara frågan huruvida det är förenligt med upphandlingsrätten att vid behov göra anskaffningar indirekt via en annan UM:s ramavtal endast med stöd av bestämmelserna i 3 kap. 11-16 §§ LOU. Goda skäl kan anföras både för och emot. Två byggstenar i upphandlingsregleringen – de slutna systemen med ramavtal och de slutna systemen för interna upphandlingar – överlappar eller överlappar inte varandra. Ytterst framstår det som att det avgörande är huruvida den restriktiva tillämpningen av undantagsregler i detta fall trumfar en mer pragmatisk syn. Avgörande är även vilken vikt öppenhetsprincipen egentligen ska tillmätas vid ramavtalsupphandlingar såvitt gäller kalkylerbara volymer.

Man ska inte heller glömma att undantagsreglerna för intern upphandling är något som vuxit fram i rättspraxis. Restriktiviteten beträffande undantagsregler gäller tillämpningen av de undantag vi känner i dag. I vart fall den högsta uttolkaren av EU-rätten är oförhindrad att finna stigar som ännu inte trampats upp.

Det kan noteras att det av Upphandlingsmyndighetens hemsida framgår att myndigheten har fått en fråga om ett kommunalt bolag – för vilket Teckalkriterierna är uppfyllda – kan köpa eldningsolja av sin kommun – som har ett ramavtal för eldningsolja – men där bolaget inte är avropsberättigat. Upphandlingsmyndigheten hänvisade i sitt svar till att i praxis avseende bl.a. Teckalundantaget brukar domstolen beakta om ett visst agerande gjorts i syfte att undkomma upphandlingsplikten. Upphandlingsmyndigheten angav avslutningsvis: ”En upphandlande myndighet får till exempel inte använda ett ramavtal på ett otillbörligt sätt som förhindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen, vilket man inte skulle kunna utesluta bedömas vara fallet i det exempel som angivits ovan”.¹⁵

Frågan är således en sådan som har uppkommit i det praktiska rättslivet och kommer säkert att komma igen. Klara och tydliga spelregler torde vara den kanske mest grundläggande förutsättningen för en väl fungerande konkurrens. Det vore således inte ovälkommet med ett auktoritativt avgörande som klarlägger om även Teckalsläkten indirekt är en del av den möjliga avropande kretsen för offentligt upphandlade ramavtal. Frågan kan tjäna som en intressant ingång till flera centrala frågor i upphandlingsrätten som väntar på svar.

¹⁵ <https://frageportalen.upphandlingsmyndigheten.se/org/upphandlingsmyndigheten/d/kopa-eldningsolja-fran-kommunen-som-i-sin-tur-upph>, hämtat 20181001.