

Konsekvenser av Regeringsrättens dom i SYSAV-målen



Atervinningsindustrierna och Stiftelsen Den Nya Valfärden har uppmärksammat att det trots Regeringsrättens dom i de s.k. SYSAV-målen, jämte domstolens anslutande praxis i bl.a. det s.k. Ryanair-målet, fortfarande förekommer en del missuppfattningar beträffande omfattningen av upphandlingsskyldigheten enligt gällande regler om offentlig upphandling. Nedan följer en sammanställning av några frågor och svar som beskriver rättsläget i lite olika sammanhang.

Frågor & svar

1. **Fråga:** Vår kommun är delägare i ett regionalt renhållningsbolag. Ägarkommunerna har i ett konsortialavtal som gäller t.o.m. utgången av 2013 förbundet sig att leverera allt avfall till det gemensamt ägda bolaget. Påverkar Regeringsrättens domar oss?

Svar: Regeringsrättens avgöranden innebär att oavsett om kommunen reglerar sin relation med det regionala renhållningsbolaget direkt genom ett kontrakt med bolaget eller indirekt genom konsortialavtal, där ägarkommunerna förbinder sig att köpa tjänster från bolaget, måste upphandling genomföras enligt bestämmelserna i LOU. Upphandlingen skall vidare utföras omgående, och inte år 2013 då konsortialavtalet löper ut. Om någon upphandling inte sker riskerar kommunen att få en process om överprövning emot sig. För den rättsliga prövningen spelar det ingen roll om kommunen redan har ett civilrättsligt bindande avtal eller inte med det regionala renhållningsbolaget (jfr. den s.k. Ryanair-domen, RA 2005 ref. 10).

2. **Fråga:** Vår kommun är delägare i ett regionalt renhållningsbolag som ombesörjer såväl insamling som förbränning av avfall. Påverkar Regeringsrättens domar oss?

Svar: Regeringsrätten har fastslagit att upphandling enligt LOU alltid måste ske i fråga om köp mellan kommuner och från dessa fristående rättssubjekt. Någon möjlighet till undantag för köp från hel- eller delägda kommunala bolag föreligger inte. Upphandlingskravet gäller också om kommunen köper varor, tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten från exempelvis stiftelser eller föreningar, även om kommunen utövar inflytande över dessa, men också vid köp från andra kommuner, landsting eller från kommunalförbund, eftersom dessa också utgör fristående rättssubjekt.

3. **Fråga:** Vår kommun har överfört all teknisk verksamhet till ett av kommunen helägt aktiebolag. Bolaget sköter all avfallsverksamhet och ombesörjer såväl insamling som behandling av avfall i egen regi som om det vore en del av kommunen. Påverkar Regeringsrättens domar oss?

Svar: Betydelsen av Regeringsrättens avgöranden inskränker sig inte bara till renhållningsverksamhet utan gäller samtliga avtal om varor, tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten som upphandlande myndigheter köper från externa leverantörer. Med *upphandling* avses i detta sammanhang "kontrakt med ekonomiska villkor". Även kontrakt som innefattar indirekt betalning, såsom löpande kapitaltillskott, eftergift av avgifter eller liknande ersättningsmodeller inkluderas också i upphandlingsbegreppet. Ersättningarna behöver heller inte bestå av pengar utan rena bytesaffärer omfattas av upphandlingsskyldighet enligt LOU. Eftersom kommunens tekniska bolag är ett från kom-

munen fristående rättssubjekt måste samtliga köp eller bytesaffärer med bolaget, där vederlag utgår, föregås av offentliga upphandlingsförfaranden med iakttagande av LOU.

4. **Fråga:** Vår kommun ingår i ett kommunalförbund som ombesörjer insamling av avfall, men anlitar ett aktiebolag för avfallsbehandling som kommunförbundet och/eller de i detta ingående kommunerna äger. Påverkar Regeringsrättens domar oss?

Svar: Ja, aktiebolaget utgör ett från kommunen och kommunalförbundet fristående rättssubjekt. Varken kommunen eller kommunalförbundet kan således köpa tjänster från aktiebolaget utan upphandling enligt LOU.

5. **Fråga:** Vår kommun bedriver insamling av avfall i egen regi, men har överlåtit förbränningen av avfall till det av kommunen helägda energibolaget. Påverkar Regeringsrättens domar oss?

Svar: Ja, på samma sätt som i frågan ovan kan konstateras att energibolaget utgör ett från kommunen fristående rättssubjekt. Kommunen kan således inte köpa tjänster från energibolaget utan upphandling enligt LOU.

6. **Fråga:** Vår kommun har överfört all vår tekniska verksamhet till ett av kommunen helägt aktiebolag. Bolaget sköter all avfallsverksamhet, men handlar upp både behandling och insamling. Påverkar Regeringsrättens domar oss?

Svar: LOU innehåller inte några undantag för sådana förhållanden. Till skillnad från vad som tidigare gällde enligt äldre kommunala bestämmelser (före 1994) måste upphandling ske även om det av kommunen helägda bolaget i sin tur upphandlar renhållningstjänsterna på nytt.

7. **Fråga:** Vi är delägare i ett regionalt bolag och undersöker nu möjligheten att ombilda detta till ett kommunalförbund. Hur påverkar Regeringsrättens dom ett sådant förfarande?

Svar: Även ett kommunalförbud utgör ett från kommunen fristående rättssubjekt. På samma sätt som kommunen är förhindrad att köpa tjänster från ett kommunalt bolag kan kommunen således inte köpa tjänster från kommunalförbundet, utan upphandling enligt LOU. Ett kommunalförbund är emellertid, till skillnad från ett kommunalt bolag, en myndighet som kan utföra kommunala uppgifter i kommunens ställe. Under förutsättning att hela det kommunala insamlingsmonopolet överförs till ett kommunalförbund, och ett sådant förfarande överensstämmer med miljöbalkens reglering (detta är ännu inte prövat), skulle det kunna tänkas att kommunalförbundet övertar den kommunala renhållningsskyldigheten som finns inskriven i miljöbalken. I sådant fall torde en överföring kunna ske från kommunen till kommunalförbundet, utan att komma i konflikt med LOU.

8. **Fråga:** Om Sverige inför de s.k. Teckalkriterierna i den svenska upphandlingslagstiftningen, innebär det då att de kommuner som är ägare till eller delägare i ett aktiebolag kan göra direktupphandlingar från dessa aktiebolag?

Svar: Även om de s.k. Teckal-kriterierna införs i Sverige så torde detta inte medföra någon skillnad för det stora flertalet av kommunala aktiebolag, eftersom ägarkommunerna med hänsyn till den svenska aktiebolagslagen och bolagens formellt självständiga ställning, inte kan anses utöva någon kontroll

över sina egna bolag motsvarande den kontroll ”som den utövar över sin egen förvaltning”. Inte i något fall där Teckal-kriterierna tidigare har prövats av svensk domstol vid köp från kommunala bolag (två kammarrättsdomar, se nedan) har domstolen funnit att de s.k. Teckal-kriterierna kunnat anses uppfylla.

FAKTA: Med *SYSAV-domen* avses här Regeringsrättens avgöranden den 17 mars 2008 i målen 172-06--179-06. Målen gäller förfaranden där Simrishamns respektive Tomelilla kommun löpande mot ersättning köper tjänster för förbränning av hushållsavfall från det av de båda kommunerna gemensamt med 12 andra kommuner delägda bolaget Sydskanes Avfallsaktiebolag (SYSAV). Några kontrakt direkt mellan de berörda kommunerna och SYSAV föreligger inte utan dessa har förbundit sig att köpa aktuella tjänster från SYSAV i ett konsortialavtal gentemot övriga delägarkommuner, där SYSAV inte utgör någon avtalspart.

Regeringsrätten fastslog ett antal omständigheter av principiell betydelse för kommunala köp från hel- eller delägda bolag och andra fristående rättssubjekt.

1. Regeringsrätten fastslog att det förhållandet att det enbart förelåg ett konsortialavtal och inte några kontrakt direkt mellan kommunerna och SYSAV inte utgjorde något hinder mot att överprövning enligt LOU ändå kunde ske.
2. Regeringsrätten konstaterade att LOU som regel alltid är tillämplig på köp mellan upphandlande myndigheter och från dessa fristående personer. Något undantag för köp mellan kommuner och kommunala bolag finns inte i lagen.
3. Regeringsrätten tillbakavisade de argument som från kommunal sida brukar framhållas om att det med stöd av EG-rättslig praxis ändå är tillåtet för kommuner att köpa tjänster från sina bolag. När det gäller de s.k. in-house-undantagen (eller Teckal-undantagen) som hade åberopats i målen så påpekade Regeringsrätten att dessa inte har införts i svensk rätt. Det behövde således i målen aldrig prövas om något sådant undantag skulle kunna vara tillämpligt på de aktuella köpen (eller på köp mellan kommuner och kommunala bolag i allmänhet). Någon anledning att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen förelåg enligt Regeringsrättens mening därmed inte heller.

Regeringsrätten förordnade att de båda kommunernas upphandling av tjänster för förbränning av avfall från SYSAV skulle göras om.

Avseende de s.k. Teckal-kriteriernas tillämplighet, så har dessa i SYSAV-målen prövats av tidigare instanser. Varken länsrätten eller kammarrätten fann vid sin bedömning att de berörda kommunerna, Simrishamn och Tomelilla, kunde anses utöva kontroll över SYSAV motsvarande den som de utövar över sina egna förvaltningar.

I ett annat mål (se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5032-5033-2002) där Teckal-kriterierna prövades, kom domstolarna till samma slutsats även avseende två *helägda* kommunala bolag. Landstinget Region Skåne hade utan iakttagande av LOU slutit avtal direkt med de helägda bolagen Ängelholms sjukhus AB och Helsingborgs Lasarett AB, avseende köp av sjukvårdstjänster. Kammarrätten, vars dom har vunnit laga kraft, anförde bl.a. att det av den svenska aktiebolagslagen följer att bolagsstyrelserna har en självständig ställning i förhållande till landstinget vad avser det sätt på vilket verksamheten bedrivs, samt att den omständigheten att landstinget tillsätter styrelseledamöterna och därmed har möjlighet att byta ut dessa inte påverkar styrelsens principiellt självständiga ställning. Enligt kammarrätten hade det inte i målen – vare sig genom

ägardirektiv eller på annat sätt – framkommit att respektive sjukhusledning och ansvariga chefsläkare var skyldigt att följa direktiv från landstingsledningen. Kammarrätten ansåg att det därigenom inte var visat att landstinget utövade en kontroll över sjukhusbolagen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning.

I övrigt bör även Regeringsrättens avgörande i det s.k. *Ryanair-målet* (RÅ 2005 ref. 10) omnämnas. I detta mål hade Nyköpings kommun ingått ett avtal direkt med flygbolaget Ryanair om köp av vissa marknadsföringstjänster. Ett ömsesidigt rättsligt förpliktande kontrakt hade undertecknats av kommunen och Ryanair. Trots att civilrättslig avtalsbundenhet tio år fram i tiden åberopades av kommunen fastslog Regeringsrätten att överprövning enligt LOU ändå kunde ske samt att den aktuella upphandlingen av marknadsföringstjänster skulle göras om. Civilrättsligt bindande kontrakt utgör således inte hinder för överprövning enligt LOU.

Återvinningsindustrierna och Stiftelsen Den Nya Velfärden har sammanställt några frågor och svar som beskriver rättsläget gällande upphandlingskyldigheten enligt reglerna om offentlig upphandling.

den
nya
velfärden


Återvinnings
industrierna