

Offentlig avtalssamverkan

– om s.k. Hamburgsamarbeten och inköpscentralers
möjlighet att bedriva grossistverksamhet

RAPPORT 2017:3



Upphandlingsmyndigheten mars 2017

Utredare: Sofia Mårtensson (projektledare), Petter Florwald, Robin Anderson Boström och Andreas Larsson. ISBN: 978-91-983862-1-9

Förord

Offentlig samverkan är vanligt förekommande i Sverige, framför allt inom den kommunala sektorn. Det finns många sätt för det offentliga att samverka, varav avtalssamverkan är ett. En fördel som brukar lyftas fram med samverkan genom avtal är att det kräver en liten administrativ och politisk överbyggnad.

Den 1 januari 2017 trädde tre nya lagar som reglerar den offentliga upphandlingen i kraft. I de nya lagarna LOU, LUF och LUK ingår bland annat bestämmelser om undantag från upphandlingsreglerna vid samarbeten mellan upphandlande myndigheter och enheter – så kallade Hamburgsamarbeten. I LOU och LUF finns även bestämmelser som ger inköpscentraler möjlighet att bedriva grossistverksamhet.

Regeringen har gett Upphandlingsmyndigheten i uppdrag att analysera både undantaget vid Hamburgsamarbeten och möjligheten för inköpscentraler att bedriva grossistverksamhet. I uppdraget ingår även att ge vägledning om hur regleringen ska tillämpas. Resultatet av det arbetet presenterar vi i den här rapporten.

Arbetet med rapporten har skett i kontakt med flera olika intressenter. Bland annat har vi fört en löpande dialog med Statskontoret och Sveriges Kommuner och Landsting. Vi har också tagit emot synpunkter från Företagarna, Svenskt Näringsliv, SKL Kommentus Inköpscentral och Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet.

Stockholm mars 2017

Inger Ek
Generaldirektör

Innehåll

Sammanfattning	1
1. Inledning.....	6
1.1 Bakgrund.....	6
1.2 Uppdrag	7
1.3 Avgränsning	8
1.4 Disposition	8
1.5 Terminologi.....	9
2. Samverkan i den kommunala sektorn	11
2.1 Kommunalförbund	11
2.2 Gemensam nämnd	11
2.3 Privaträttsliga samverkansformer.....	12
2.4 Avtalssamverkan	12
2.5 Nätverk och "informella avtal"	13
3. Rättsliga aspekter av avtalssamverkan	14
3.1 Upphandlingsrättsliga aspekter av avtalssamverkan	14
3.2 Kommunalrättsliga aspekter av avtalssamverkan	17
4. Vilka behov finns det av avtalssamverkan?	21
4.1 Statskontorets utredning	21
4.1.1 Motiv för kommunal samverkan	21
4.1.2 Vilka områden har störst nytta av ytterligare möjligheter till avtalssamverkan?	22
4.1.3 Hinder mot avtalssamverkan.....	23
4.1.4 Statskontorets slutsatser.....	24
5. Samverkan kring digitala tjänster och system samt administrativa tjänster och system	25
5.1 Digitala tjänster och system	25
5.2 Administrativa tjänster och system.....	30
6. Samarbetsavtal (Hamburgsamarbeten)	33
6.1 Introduktion	33
6.2 Undantagets framväxt i praxis	34

6.2.1	C-480/06 Hamburg.....	35
6.2.2	C-159/11 Lecce.....	37
6.2.3	C-386/11 Piepenbrock.....	39
6.2.4	C-15/13 HIS.....	40
6.2.5	Sammanfattning.....	42
6.3	Reglering.....	44
6.3.1	Reglering i direktiv och lag.....	44
6.3.2	Ikraftträdande och övergångsbestämmelser.....	46
6.4	Förutsättningar för undantaget.....	47
6.4.1	Upphandlande myndigheter.....	47
6.4.2	Upprätta eller reglera formerna för samarbetet.....	49
6.4.3	Samarbete.....	50
6.4.4	Myndigheternas gemensamma mål.....	52
6.4.5	Offentliga tjänster.....	53
6.4.6	Samarbetet ska styras av allmänintresset.....	65
6.4.7	Verksamhet på den öppna marknaden, "verksamhetskriteriet".....	67
6.4.8	Vad händer om förutsättningarna för undantaget förändras under ett pågående samarbete?.....	75
6.4.9	Undantag från upphandlingsreglerna ska tolkas restriktivt.....	75
6.5	Analys av möjligheterna till avtalssamverkan genom samarbetsavtal.....	76
6.5.1	Möjligheterna till avtalssamverkan för kommuner och landsting.....	76
6.5.2	Särskilt om det behov som Statskontoret har identifierat.....	78
6.5.3	Särskilt om administrativa tjänster och system samt digitala tjänster till medborgarna.....	82
7.	Grossistverksamhet.....	84
7.1	Grossistverksamhet på den privata marknaden – en del av distributionskedjan.....	84
7.1.1	Kan tjänster ligga på hyllan?.....	86
7.2	Samordnad upphandling.....	87
7.2.1	Samordnad upphandling genom inköpscentral.....	88
7.2.2	Inköpscentraler kan se ut på olika sätt.....	92

7.2.3	Inköpscentralers möjlighet att upphandla ramavtal och driva dynamiska inköpssystem	93
7.3	Grossistverksamhet – ett nytt verktyg för inköpscentraler	96
7.3.1	Bakgrund	96
7.3.2	Tillämpning av grossistverksamhet hos inköpscentraler	98
7.3.3	Varor och tjänster som kan vara lämpliga för grossistverksamhet	102
7.3.4	Kritik som framförts om bestämmelserna om grossistverksamhet	105
7.3.5	För- och nackdelar med grossistverksamhet.....	106
7.3.6	Hur ser behovet ut?	109
7.4	Kort europeisk utblick.....	109
7.5	Analys av möjligheterna till avtalssamverkan genom grossistverksamhet ...	111
7.5.1	Möjligheter för enklare tjänsteutbyte mellan upphandlande myndigheter	111
7.5.2	Särskilt om det behov som Statskontoret har identifierat.....	111
7.5.3	Särskilt om inköp av digitala system samt att tillhandahålla digitala tjänster till medborgarna	114
7.5.4	Avslutande kommentar	114
	Bilaga 1 – Statskontorets enkätundersökning	115
	Bilaga 2 – Lagtext och direktivtext	119

Sammanfattning

Den 1 januari 2017 trädde tre nya lagar i kraft: lag om offentlig upphandling (LOU), lag om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) och lag om upphandling av koncessioner (LUK). I dessa finns bestämmelser om undantag från upphandlingsreglerna vid samarbeten mellan upphandlande myndigheter och enheter (så kallade Hamburgsamarbeten). I LOU och LUF har det också införts bestämmelser om att inköpscentraler får bedriva grossistverksamhet.¹

Upphandlingsmyndigheten har fått i uppdrag av regeringen att analysera och ge vägledning kring dessa nya regler. Analysen ska bland annat utgå från en rapport av Statskontoret som rör behovet av avtalssamverkan inom kommunsektorn.

Samarbetsavtal (Hamburgsamarbeten)

Undantaget för samarbetsavtal innebär att upphandlande myndigheter kan träffa samarbetsavtal med varandra utan att genomföra upphandlingar enligt LOU. Det finns flera villkor som ska vara uppfyllda för att undantaget ska gälla.

Förutsättningar för undantaget

Ett samarbetsavtal ska träffas mellan upphandlande myndigheter. Privata aktörer får inte vara parter i avtalet.

Avtalet ska avse ett samarbete för att nå myndigheternas gemensamma mål. Avtalet får alltså inte ha sitt ursprung enbart i den ena partens behov; då är det inte fråga om ett samarbete utan om ett köp. Alla samarbetsparter ska också bidra till utförandet av uppdraget. Det krävs dock inte att alla parter bidrar med samma sak eller med lika mycket. Det är också möjligt med ekonomisk kompensation mellan parterna, men den får inte avse mer än kostnadstäckning.

Samarbetet ska avse offentliga tjänster. Det finns en osäkerhet kring vad som utgör offentliga tjänster och det kommer att krävas avgöranden av domstol för att klargöra de närmare förutsättningarna för undantaget.

¹ Lagarna har i princip likalydande reglering. För enkelhets skull skriver vi här i sammanfattningen bara om LOU och upphandlande myndigheter.

Med offentliga tjänster avses dock troligen sådana tjänster som utförs för att nå operativa mål (till exempel avfallshantering). Undantaget kan därmed inte tillämpas för samarbeten som enbart avser stödverksamhet (till exempel ekonomitjänster och städning).

Upphandlingsmyndigheten menar också att samarbetet bör kunna avse såväl obligatoriska som frivilliga uppgifter. Om kommuner och landsting samarbetar om uppgifter på det obligatoriska området kan det dock vara enklare att visa att det är fråga om offentliga tjänster och att de utförs för att uppnå ett gemensamt mål.

Samarbetet ska endast styras av överväganden som hänger samman med allmänintresset. Det innebär bland annat att privata leverantörer inte får gynnas. Om samarbetet till exempel för med sig att anskaffningar ska göras från privata leverantörer ska de upphandlingarna genomföras enligt LOU.

De deltagande upphandlande myndigheterna ska utöva mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet på den öppna marknaden. Det kan uppkomma gränsdragningsproblem när beräkningen ska göras i praktiken. Ett förhållningssätt kan därmed vara att de samarbetsavtal som ingår avser sådan verksamhet som inte ska tillhandahållas på den öppna marknaden, annat än i mycket begränsad omfattning.

Two examples of cooperation agreements

Ett exempel på ett samarbetsavtal kan gälla avfallshantering. Om samarbetsparterna har avfallshantering som gemensamt mål kan undantaget vara tillämpligt om samarbetsparterna delar upp uppgifterna så att en står för insamling och en annan för förbränning av avfallet. Ett annat exempel kan vara två kommuner som samarbetar kring snöröjningen av vägarna i kommunerna.²

Inköpscentralers möjlighet att bedriva grossistverksamhet

De nya reglerna om grossistverksamhet innebär att inköpscentraler har möjlighet att köpa varor och tjänster i eget namn för vidareförsäljning till upphandlande myndigheter. Det betyder att upphandlande myndigheter kan köpa varor och tjänster direkt från en inköpscentral under förutsättning att inköpscentralen har

² Exempelen används för att åskådliggöra undantaget för samarbetsavtal enligt upphandlingslagstiftningen. Annan lagstiftning har inte beaktats.

upphandlat dessa varor och tjänster i enlighet med gällande upphandlingslagstiftning.

En traditionell grossistverksamhet innebär att en inköpscentral köper in ett stort antal varor. Dessa varor lagerhålls för att sedan säljas vidare till andra upphandlande myndigheter. Reglerna om grossistverksamhet för inköpscentraler omfattar inte bara denna traditionella funktion utan även användning av så kallad vidarefakturerings. Vidarefakturerings innebär något förenklat att en inköpscentral inte behöver köpa in stora lager för att agera grossist. Det går även bra att inköpscentralen har ett ramavtal i botten. Då kan den avropa varor eller tjänster vid behov för att sedan sälja vidare till andra upphandlande myndigheter.

Inköpscentralen tar på sig ett stort ansvar

När en upphandlande myndighet köper en vara eller tjänst från en inköpscentral är detta köp undantaget från upphandlingslagstiftningen. Den upphandlande myndigheten har uppfyllt sina skyldigheter enligt LOU vid köpet eftersom inköpscentralen i sin tur har upphandlat varorna eller tjänsterna enligt LOU. Det är alltså inköpscentralen som ensam ansvarar för att bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen följs när den säljer varor och tjänster till andra upphandlande myndigheter. Eftersom inköpscentralen agerar säljare får den även ta på sig det civilrättsliga ansvaret för till exempel leverans och garantiåtaganden gentemot den upphandlande myndigheten.

Grossistverksamhet kan innebära en ekonomisk risk med offentliga medel

En nackdel med grossistverksamhet är den ekonomiska risk som en inköpscentral kan komma att ta genom att upphandla varor eller tjänster för vidareförsäljning. Denna risk kan till viss del begränsas om inköpscentralen har ett ramavtal i botten som den avropar ifrån. Då behöver inköpscentralen inte bygga upp stora lager utan kan istället avropa från ramavtalet när upphandlande myndigheter är intresserade. En nackdel med ett sådant upplägg är att det kan vara svårare för inköpscentralen att få lika bra villkor om volymen inte blir tillräckligt stor eller säker. Om inköpscentralen ger leverantören en volymgaranti för avrop innebär även detta en ekonomisk risk för inköpscentralen. En volymgaranti har i detta avseende stora likheter med att bygga upp ett lager.

Grossistverksamhet kan ge lägre priser

Den tydligaste fördelen med grossistverksamhet är att förutsättningarna för att få lägre priser ökar eftersom en inköpscentral köper in stora volymer av varor eller tjänster. Grossistverksamhet kan också leda till minskade administrativa kostnader och transaktionskostnader för de upphandlande myndigheter som köper varor eller tjänster från en inköpscentral.

Standardiserade varor är mest ändamålsenligt för grossistverksamhet

Grossistverksamhet lämpar sig troligen bäst för inköp av stora volymer av standardiserade varor (och möjligtvis tjänster). Varor och tjänster som är av strategisk betydelse för offentlig sektor, och som är svåra att få tag på, kan också lämpa sig för grossistverksamhet. I dessa fall kan inköpssamverkan i kombination med grossistverksamhet öka förutsättningarna för de samverkande parterna att få tillgång till de efterfrågade varorna eller tjänsterna eftersom det kan leda till ökade möjligheter att ge potentiella anbudsgivare bättre villkor.

Utpekade områden som särskilt analyserats

Statskontoret har analyserat inom vilka områden ytterligare möjligheter till avtalssamverkan skulle innebära störst nytta för kommuner och landsting. De områden som särskilt lyfts fram är samverkan kring specialisttjänster, gemensam administration och IT och digitalisering. Upphandlingsmyndigheten har analyserat om ändringarna i upphandlingsregelverket kan möta de behov som Statskontoret har identifierat.

Regeringen har också pekat på ett behov av att analysera möjligheterna att samverka kring administrativa tjänster och system, digitala system samt digitala tjänster till medborgarna.

Undantaget för samarbetsavtal kan till viss del underlätta för kommuner och landsting att träffa avtal och samarbeta med varandra på dessa områden. Det finns dock en osäkerhet kring undantagets omfattning, inte minst vid samarbeten kring IT och digitalisering. Det gör tillämpningsområdet svårbedömt.

Upphandlingsmyndighetens erfarenhet är också att det ofta finns ett behov av att köpa något från en annan myndighet, snarare än ett behov av att samarbeta. Då är undantaget inte tillämpligt. Undantaget är troligen inte heller tillämpligt om samarbetet enbart avser stödverksamhet (som gemensam administration, administrativa tjänster och system). Undantaget bör dock kunna tillämpas vid

samarbeten om specialisttjänster, eller där specialisttjänster utgör den resurs som en upphandlande myndighet bidrar med till ett samarbete. Vid samarbeten om digitala tjänster till medborgarna får det göras en bedömning av vad samarbetet avser, och om undantaget kan tillämpas, i varje enskilt fall.

Även grossistverksamhet kan i viss mån möta de behov av samverkan som regeringen och Statskontoret pekar på. Det behov kommuner och landsting har av att samverka kring specialisttjänster gäller sannolikt i första hand egna anställda. I den mån behov av samverkan kring specialisttjänster avser rena köp kan emellertid en inköpscentral som agerar grossist troligtvis leda till att förenkla och effektivisera inköpsordningen för de samverkande parterna. Grossistverksamhet kan troligen också skapa bättre marknadsförutsättningar för specialisttjänster i till exempel glesbygdsområden genom att samla behov, öka volymer samt eventuellt lämna garantier till potentiella anbudsgivare. Många av de specialisttjänster som man vill samverka kring kan dock inte lämnas över till privata utförare eftersom det rör sig om myndighetsutövning.

Inköpsordning i kombination med grossistverksamhet kan troligen förenkla och effektivisera även vid upphandling av digitala system, digitala tjänster till medborgare och gemensam administration. Inköpscentralen behöver till exempel inte tänka på vilka som ska vara avropsberättigade.

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Offentlig samverkan

Offentlig samverkan är vanligt förekommande i Sverige, framför allt inom den kommunala sektorn.³ Ofta lyfts möjligheterna till samverkan fram som ett sätt att effektivt kunna lösa kommunala angelägenheter. Upphandlingsreglerna aktualiseras ofta vid kommunal samverkan och ibland upplevs regleringen som problematisk.

Nya upphandlingsdirektiv påverkar offentlig samverkan

År 2014 antogs tre nya upphandlingsdirektiv inom EU. Dessa genomfördes i svensk lagstiftning den 1 januari 2017. Regleringen innebär att vi har fått en ny lag om offentlig upphandling (LOU), en ny lag om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) och en lag om upphandling av koncessioner (LUK). Genom denna reglering införs nya möjligheter till samverkan mellan upphandlande myndigheter och enheter utan att upphandling enligt regelverket aktualiseras. Det rör sig dels om samarbetsavtal mellan upphandlande myndigheter och enheter (så kallade Hamburgsamarbeten, efter den dom från EU-domstolen där undantaget fastslogs), dels om en ny möjlighet för inköpscentraler att bedriva grossistverksamhet.

Upphandlingsmyndigheten

Upphandlingsmyndigheten är Sveriges nya myndighet för offentlig upphandling. Myndigheten har funnits sedan den 1 september 2015. Vi ska verka för en rättssäker, effektiv och hållbar offentlig upphandling till nytta för medborgarna och näringslivets utveckling. Vi ska även bidra till att hela inköpsprocessen kan genomföras elektroniskt. Vi ger stöd till upphandlande myndigheter, enheter och leverantörer i alla delar av inköpsprocessen.

³ Med den kommunala sektorn avses kommuner och landsting/regioner.

1.2 Uppdrag

Upphandlingsmyndigheten har fått i uppdrag av regeringen att analysera och ge vägledning kring de nya reglerna om offentlig avtalssamverkan.⁴ Det handlar dels om de nya reglerna om samarbetsavtal (Hamburgsamarbeten), dels om möjligheten för inköpscentraler att bedriva grossistverksamhet.

Av regeringsuppdraget framgår att det finns ett behov av att analysera möjligheterna till avtalssamverkan för kommuner och landsting utifrån reglerna om samarbetsavtal. Analysen ska inbegripa möjligheterna till samarbete rörande administrativa tjänster och system samt att erbjuda digitala tjänster till medborgarna. Upphandlingsmyndigheten ska även ge vägledning om de kriterier som måste uppfyllas för att samarbetsavtal ska kunna ingås.

Av regeringsuppdraget framgår vidare att inköpscentralers möjlighet att bedriva grossistverksamhet innebär nya möjligheter för enklare tjänsteutbyten mellan upphandlande myndigheter och enheter. Upphandlingsmyndigheten ska analysera de möjligheterna närmare. Myndighetens analys ska inkludera möjligheterna till samverkan rörande inköp av digitala system och att tillhandahålla digitala tjänster till medborgarna.

Analysen ska utgå från behoven hos kommuner och landsting. Uppdraget omfattar dock inte att göra några bedömningar av kommunalrättsliga frågor, som till exempel omfattningen av de kommunala befogenheterna.

Regeringen har tidigare gett Statskontoret i uppdrag att analysera behovet av ytterligare samverkan genom att träffa avtal inom kommunsektorn.⁵

Upphandlingsmyndigheten har, i enlighet med uppdraget, fört en dialog med Statskontoret för att klargöra om det behov som de har identifierat kan mötas med hjälp av ändringarna i upphandlingsregelverket.

Upphandlingsmyndigheten har också, även det i enlighet med uppdraget, inhämtat synpunkter från Sveriges Kommuner och Landsting (SKL).

⁴ Uppdrag till Upphandlingsmyndigheten om offentlig avtalssamverkan, Fi2016/02563/K (delvis).

⁵ Uppdrag till Statskontoret om statlig styrning av offentlig sektor, Fi2016/00372/SFÖ (delvis).

1.3 Avgränsning

I rapporten redogör vi för regleringen i LOU och i det bakomliggande LOU-direktivet om inte annat framgår särskilt.

Samtliga tre EU-direktiv har dock i huvudsak likalydande reglering om samarbetsavtal. Regleringen har genomförts på ett mycket direktivnära sätt i alla tre lagar. De flesta upphandlande enheter som omfattas av LUF och LUK kan dock inte tillämpa undantaget. Vi redogör särskilt för det i avsnitt 6.4.1.

Regleringen i LOU och LUF är i huvudsak likalydande även vad det gäller inköpscentralers möjlighet att bedriva grossistverksamhet. Det är den även i de bakomliggande direktiven. En skillnad mellan lagarna är att såväl upphandlande myndigheter som upphandlande enheter kan vara inköpscentral enligt LUF. Enligt definitionen i LOU är det däremot endast upphandlande myndigheter som kan vara inköpscentral.⁶ I LUK och i LUK-direktivet saknas bestämmelser om inköpscentraler.

I rapporten analyserar vi upphandlingsrättsliga aspekter av samarbetsavtal och inköpscentralers möjlighet att bedriva grossistverksamhet. Det ingår inte i vårt uppdrag att analysera kommunalrättsliga frågor, såsom omfattningen av de kommunala befogenheterna. Även andra i sammanhanget aktuella frågeställningar, som regleringen kring offentlig säljverksamhet, statsstöd, sekretess och personuppgifter, faller utanför vår analys. Det är därför viktigt att notera att de exempel vi redogör för används för att åskådliggöra den upphandlingsrättsliga lagstiftningen. Någon annan lagstiftning har vi inte beaktat.

1.4 Disposition

Vi har valt att lägga upp rapporten på följande sätt:

I kapitel 2 redogör vi för olika former av samverkan i den kommunala sektorn.

I kapitel 3 redogör vi för vissa rättsliga aspekter av avtalssamverkan (främst upphandlingsrättsliga och kommunalrättsliga).

⁶ Prop. 2015/16:195 s. 535 f.

I kapitel 4 redogör vi för behovet av samverkan inom kommuner och landsting. Vi presenterar här Statskontorets slutsatser i den nyligen lämnade rapporten *Kommunal avtalssamverkan, Behövs ökade möjligheter?*

I kapitel 5 beskriver vi vad som avses med digitala tjänster och system samt administrativa tjänster och system. Vi ger exempel på tjänster som tillhandahålls av kommuner och landsting på dessa områden och på några av de samarbeten som bedrivs idag.

Kapitel 6 är ett av de två huvudsakliga kapitlen i rapporten. Där redogör vi för undantaget från upphandlingslagstiftningen för samarbetsavtal (Hamburgsamarbeten).

Kapitel 7 är det andra av rapportens två huvudsakliga kapitel. Där redogör vi för den nya möjligheten för inköpscentraler att bedriva grossistverksamhet.

1.5 Terminologi

Avtalssamverkan

Med avtalssamverkan avser vi samverkan genom juridiskt bindande avtal. Se avsnitt 2.4.

Samarbetsavtal (Hamburgsamarbeten)

I den här rapporten använder vi begreppet samarbetsavtal uteslutande för den typ av avtal som uppfyller kriterierna i 3 kap. 17-18 §§ LOU för att vara undantagna från upphandlingsreglerna.

Andra benämningar på samarbetsavtal/Hamburgsamarbeten är Hamburg-undantaget, offentlig-offentlig samverkan, horisontellt samarbete och icke institutionaliserat samarbete.⁷ I rapporten benämner vi den här typen av samarbeten huvudsakligen för samarbetsavtal. Eftersom begreppen Hamburgsamarbeten och Hamburg-undantaget är väletablerade använder vi även dessa för att tydliggöra vad som avses.

⁷ Terminologin kan jämföras med undantaget från upphandlingslagstiftningen för så kallad intern upphandling. Det benämns ibland som Teckal-undantaget efter den dom från EU-domstolen där undantaget fastslogs. Detta undantag benämns även bland annat inhouse, vertikalt samarbete och institutionaliserat samarbete.

Förkortningar

LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna
LUK	Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner
LOU-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
LUF-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG
LUK-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner

2. Samverkan i den kommunala sektorn

Det finns både offentligrättsliga och privaträttsliga former för kommunal samverkan. De offentligrättsliga formerna är kommunalförbund och gemensamma nämnder. Som exempel på privaträttsliga former kan nämnas bolag, stiftelser och föreningar. Utöver detta finns möjligheter att samverka genom avtal. Samarbete i mer informella konstellationer som till exempel nätverk förekommer också ofta.

2.1 Kommunalförbund

Kommuner och landsting kan bilda kommunalförbund och överlämna vården av kommunala angelägenheter till dem. I kommunallagen finns regler om bildandet av och verksamheten hos ett kommunalförbund.⁸ Det enda krav som ställs på den verksamhet man vill samverka kring är att uppgiften faller inom den överlämnande kommunens kompetens. Samverkan i kommunalförbund är alltså möjlig för alla kommunala angelägenheter och kan även avse uppgifter som omfattar myndighetsutövning. Den uppgift som överlämnas till ett kommunalförbund behöver inte vara gemensam för alla förbundsmedlemmar.⁹

Ett kommunalförbund är en egen offentligrättslig juridisk person som är fristående från sina medlemmar. Förbundet blir huvudman för de frågor som medlemmarna flyttar över dit. Efter överlämnandet faller dessa frågor utanför medlemmarnas kompetens. Medlemmarna i ett kommunalförbund har alltså inte någon direkt politisk påverkan på förbundets löpande verksamhet.¹⁰

2.2 Gemensam nämnd

Kommuner och landsting kan samverka i gemensamma nämnder. Regler om bildandet av och verksamheten hos en gemensam nämnd finns i kommunallagen.¹¹ Samverkan genom en gemensam nämnd kan ske kring i princip alla kommunala angelägenheter som inte faller inom ramen för fullmäktiges exklusiva beslutanderätt. Även obligatoriska uppgifter som innefattar myndighetsutövning kan flyttas över till en gemensam nämnd. Uppgifterna som överlämnas måste dock

⁸ Se bl.a. 3 kap. 20–28 §§ kommunallagen.

⁹ SOU 2012:30 s. 224.

¹⁰ Ibid s. 224.

¹¹ Se bl.a. 3 kap. 3 a–c §§ kommunallagen.

vara gemensamma för de samverkande parterna.¹² Samverkan genom en gemensam nämnd är möjlig genom det så kallade Teckal-undantaget.¹³

En gemensam nämnd tillsätts i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen (värdkommunen) och ingår i dennes organisation. Någon ny offentligrättslig juridisk person bildas alltså inte. Varje samverkande part har en fortsatt direkt politisk påverkan över nämndens löpande verksamhet och behåller huvudmannskapet för de frågor som överlämnats.¹⁴

2.3 Privaträttsliga samverkansformer

De privaträttsliga samverkansformerna är bolag, stiftelser och föreningar. När två eller flera kommuner eller landsting samverkar i sådan form talar man om interkommunala företag.¹⁵ Samverkan genom interkommunala företag möjliggörs genom Teckal-undantaget.¹⁶

Interkommunala företag utgör sina egna juridiska personer, men är inga myndigheter. Därför är kommunallagen inte direkt tillämplig för dem. Kommunerna och landstingen själva är dock bundna av kommunallagen både vid bildandet och under den löpande ägarstyrningen av dessa företag. De samverkande parterna är alltså skyldiga att genom till exempel bolagsordning och ägardirektiv se till att företagets verksamhet är förenlig med kommunallagen.¹⁷

2.4 Avtalssamverkan

Vid interkommunal avtalssamverkan ingår de samverkande parterna avtal med juridiskt bindande rättigheter och skyldigheter. Det kan exempelvis avse ett samarbetsavtal (Hamburgsarbete). Samordnad upphandling kan också innefatta avtalssamverkan. Till exempel genom att kommuner tillsammans inrättar en inköpscentral som bedriver grossistverksamhet.

Under avtalets löptid agerar parterna vidare inom sina respektive organisationer. Någon ny offentligrättslig juridisk person bildas alltså inte. I kapitel 3 redogör vi för vissa rättsliga aspekter av avtalssamverkan.

¹² SOU 2012:30 s. 225–226.

¹³ Se reglerna om intern upphandling i 3 kap. 11–16 §§ LOU.

¹⁴ SOU 2012:30 s. 225.

¹⁵ Ibid s. 227.

¹⁶ Se reglerna om intern upphandling i 3 kap. 11–16 §§ LOU.

¹⁷ Se bl.a. 3 kap. 16a–18a §§ kommunallagen.

2.5 Nätverk och ”informella avtal”

Det finns en lång tradition bland kommuner och landsting att hjälpas åt och bidra till varandras utveckling genom nätverk och ”informella avtal”. Dessa samverkansformer kan betraktas som en informell form av avtalssamverkan. Ett exempel på organisatorisk nivå är samrådsgrupper som innebär att de samverkande parterna tillsätter någon form av kommitté. Till skillnad från vid ordinarie avtalssamverkan är syftet inte att ingå juridiskt bindande avtal.¹⁸

¹⁸ Se vidare SOU 2012:30 s. 220.

3. Rättsliga aspekter av avtalssamverkan

Vid interkommunal avtalssamverkan (se avsnitt 2.4) aktualiseras en rad rättsområden. I det här kapitlet ger vi en kort introduktion till de upphandlingsrättsliga aspekterna av avtalssamverkan. Därefter redogör vi översiktligt för vissa kommunalrättsliga aspekter av avtalssamverkan. Denna rapport är begränsad till att analysera upphandlingsrättsliga frågeställningar.

Andra rättsliga bedömningar som måste göras inför en avtalssamverkan kan exempelvis gälla frågor kring

- statsstöd
- konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet
- sekretess
- behandling av personuppgifter.

3.1 Upphandlingsrättsliga aspekter av avtalssamverkan

När kommunal samverkan resulterar i att det träffas ett avtal om någon form av anskaffning aktualiseras upphandlingslagstiftningen. Upphandlingslagstiftningen sätter därmed gränser för kommuners och landstings möjlighet att träffa avtal med varandra utan att göra en offentlig upphandling.

I första hand styrs upphandlingar av reglerna i LOU, LUF och LUK. De olika lagarna tar sikte på olika typer av upphandlingar, bland annat beroende på vem det är som gör inköpen och vad som köps in. Här nedan redogör vi för upphandling enligt LOU. För mer information om övriga upphandlingslagar, se faktarutan på sidan 16.

Alla statliga och kommunala myndigheter omfattas av LOU.¹⁹ I lagen kallas de för upphandlande myndigheter.²⁰ Med myndighet jämföras bland annat beslutande församlingar i kommuner och landsting och så kallade offentligt styrda organ. Det innebär att de också måste följa LOU.²¹

¹⁹ 1 kap. 2 § LOU.

²⁰ 1 kap. 22 § LOU.

²¹ 1 kap. 18 och 22 §§ LOU.

Huvudregeln är att alla köp av varor, tjänster och byggtreprenader som en upphandlande myndighet gör från en annan juridisk person omfattas av LOU. Kommuner och landsting utgör var för sig fristående juridiska personer. Att leverantören också är en upphandlande myndighet innebär som huvudregel inte något undantag från att reglerna i LOU ska tillämpas.²²

Upphandlingslagstiftningen innebär inte att eventuella anskaffningar som behöver göras måste ske från externa leverantörer. Det är alltså möjligt att bedriva verksamheten i egen regi med egna resurser.²³ Det gäller även om det skrivs ett avtal (eller annan överenskommelse) mellan två enheter inom samma myndighet. Om en upphandlande myndighet däremot väljer att köpa en vara, tjänst eller byggtreprenad från en annan juridisk person blir LOU tillämplig. Att LOU ska tillämpas innebär som huvudregel att upphandlingen ska annonseras och konkurrensutsättas.

I LOU finns olika undantag från lagen.²⁴ Två undantag är de som brukar kallas ”Teckal-undantaget” (intern upphandling) och ”Hamburg-undantaget” (undantaget för samarbetsavtal).²⁵ Teckal-undantaget avser situationer som i hög grad liknar de situationer där tjänster utförs i egen regi, även om anskaffningen sker från en formellt sett fristående juridisk person (se avsnitt 6.1). Hamburg-undantaget avser samarbetsavtal som ingås mellan upphandlande myndigheter. I kapitel 6 redogör vi för detta undantag.

Ett annat undantagsfall är nyheten att inköpscentraler kan bedriva grossistverksamhet, vilket innebär att en upphandlande myndighet kan köpa varor eller tjänster direkt från en inköpscentral, se vidare kapitel 7.

²² 1 kap. 16 § LOU.

²³ Prop. 2015/16:195 s. 335 f. Se även artikel 1.4, LOU-direktivet.

²⁴ 3 kap. LOU.

²⁵ 3 kap. 11–16 §§ LOU (Teckal-undantaget) samt 3 kap. 17–18 §§ LOU (Hamburg-undantaget).

Lagar om upphandling och valfrihetssystem

Den svenska upphandlingslagstiftningen består av flera olika lagar. Många av begreppen och bestämmelserna i de olika lagarna är desamma och i de flesta fall skiljer sig inte regelverket eller processen särskilt mycket mellan de olika lagarna. Den lag som oftast är tillämplig är lagen om offentlig upphandling (LOU). Man brukar säga att det är den lagen som tillämpas inom den klassiska sektorn.

Lagen om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) används istället när det gäller upphandling för vissa verksamheter som förenklat kan sägas avse delar av samhällets grundläggande infrastruktur. LUF ska inte bara användas av upphandlande myndigheter utan även av privata företag som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt. De som ska använda LUF kallas därför för upphandlande enheter.²⁶

Lagen om upphandling av koncessioner (LUK) ska tillämpas av upphandlande myndigheter och enheter oavsett vilken verksamhet som bedrivs av köparen.²⁷ Något förenklat ska LUK användas om det avtal som ska ingås innebär att leverantören tar den ekonomiska risken i avtalet. Det kan vara fallet om huvuddelen av ersättningen till leverantören kommer från någon annan, till exempel från de kommuninvånare som nyttjar den tjänst som avtalet omfattar.

Den fjärde upphandlingslagen är lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFS). LUFS ska användas i upphandlingar om det förekommer uppgifter av särskilt känslig karaktär som kan leda till skada för vissa intressen eller verksamheter om uppgifterna blir kända för utomstående. Denna lag innehåller därför speciella regler om bland annat informationssäkerhet, försörjningstrygghet och underentreprenader.²⁸

Utöver dessa lagar finns också lagen om valfrihetssystem (LOV). Valfrihetssystem enligt LOV kan skapas för exempelvis hälsovård och

²⁶ 1 kap. 2 och 22 §§ LUF.

²⁷ 1 kap. 2 § LUK.

²⁸ 1 kap. 2 § LUFS.

socialtjänster. Ett valfrihetssystem innebär att den enskilde får välja den leverantör som ska utföra tjänsten bland de leverantörer som den upphandlande myndigheten har godkänt och tecknat kontrakt med.²⁹ Det är frivilligt för kommuner att införa valfrihetssystem men obligatoriskt för landstingen inom primärvården.

3.2 Kommunalrättsliga aspekter av avtalssamverkan

Nedan presenterar vi inledningsvis några grundläggande kommunalrättsliga begrepp. Med dessa begrepp som bakgrund redogör vi därefter översiktligt för den kommunalrättsliga regleringen av avtalssamverkan.

Den allmänna och den specialreglerade kompetensen

Kommunallagen (1991:900) kan sägas utgöra grundstommen som avgör vilka verksamheter som kommuner och landsting får bedriva och hur de får bedriva dem. I 2 kap. 1 § kommunallagen beskrivs det som i dagligt tal kallas för den *allmänna kompetensen*. Denna regel föreskriver att kommuner och landsting får ha hand om ”angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar och som inte skall handhas enbart av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller någon annan”. Exakt vilka verksamheter som faller inom ramarna för regeln framgår inte utan det är något som måste prövas i det enskilda fallet. Ur regeln kan även utläsas den så kallade lokaliseringsprincipen.³⁰ Se mer om lokaliseringsprincipen på sidan 19.

Regleringen i kommunallagen av kommunernas och landstingens verksamheter är dock inte uttömmande. Av 2 kap. 4 § kommunallagen framgår att det i annan lagstiftning finns ytterligare bestämmelser om kommunernas befogenheter och skyldigheter. Dessa så kallade speciallagar utgör sammantaget det som kallas för den *specialreglerade kompetensen*.³¹ Den specialreglerade kompetensen är omfattande och av skiftande natur. Det finns speciallagar som inför en skyldighet för kommuner och landsting att utföra viss verksamhet, som t.ex. plan- och

²⁹ 1 kap. 1 § LOV.

³⁰ Prop. 1990/91:117 s. 148.

³¹ Med speciallag avses lagar som reglerar ett visst avgränsat rättsområde som t.ex. plan- och bygglagen. Speciallagar har i regel företräde framför allmänna lagar, som t.ex. kommunallagen, vid lagtolkningsfrågor.

bygglagen (2010:900), socialtjänstlagen (2001:453) och skollagen (2010:800). Därtill finns även kompetensutvidgande speciallagar som ger kommuner och landsting nya befogenheter, samtidigt som de inte innebär några nya skyldigheter. Många av de kompetensutvidgande bestämmelserna har samlats i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter.³²

Det obligatoriska och det frivilliga området

De verksamheter som kommuner och landsting enligt lag ålagts att utföra faller inom det så kallade obligatoriska området.³³ Motsatsen till det obligatoriska området är det frivilliga området. Det frivilliga området omfattar uppgifter som kommunen eller landstinget får utföra utan att någon särskild skyldighet föreligger.

Exempel på uppgifter som faller inom det obligatoriska området respektive det frivilliga området för **kommuner** är:³⁴

Obligatoriska området

- Social omsorg
- För-, grund- och gymnasieskola
- Plan- och byggfrågor
- Miljö- och hälsoskydd
- Renhållning och avfallshantering
- Vatten och avlopp
- Räddningstjänst
- Civilt försvar
- Biblioteksverksamhet
- Bostäder
- Regional och lokal kollektivtrafik

Frivilliga området

- Fritid och kultur
- Energi
- Sysselsättning
- Näringslivsutveckling

³² Statskontoret 2011:17, *Kommunalt självstyre och proportionalitet*, s. 27.

³³ 8 kap. 2 § och 14 kap. 2 § regeringsformen. Se även Lena Dalman m.fl., *Kommunallagen – Med kommentarer och praxis*, femte upplagan (2011), s. 81.

³⁴ Regeringens webbplats, *Indelning och uppgifter i kommuner och landsting*, <http://www.regeringen.se/artiklar/2015/05/indelning-och-uppgifter-i-kommuner-och-landsting/> (hämtat 2017-01-12).

Exempel på uppgifter som faller inom det obligatoriska området respektive det frivilliga området för **landsting** är:

Obligatoriska området

- Hälso- och sjukvård
- Tandvård för barn och ungdomar upp till 20 års ålder
- Regional och lokal kollektivtrafik

Frivilliga området

- Kultur
- Utbildning
- Turism

Lokaliseringsprincipen

Enligt lokaliseringsprincipen får kommuner och landsting, utan stöd i lag, enbart bedriva verksamheter som ”har anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar”.³⁵ Mot bakgrund av bland annat ofullkomligheter i kommunindelningen och befolkningens rörlighet har dock lokaliseringsprincipen blivit försedd med viktiga modifieringar.³⁶ Modifieringar som i vissa fall tillåter att en kommun eller ett landsting ägnar sig åt verksamheter utanför dess egna geografiska område. Exempelvis har uppförandet av en tillfartsled³⁷ och stöd till en flygplats³⁸, båda belägna utanför de aktuella kommunernas geografiska område, inte ansetts strida mot lokaliseringsprincipen. Satsningarna bedömdes ha varit till nytta för kommunmedlemmarna trots att de hade utförts i en annan kommun. Det räcker dock inte med att konstatera att en verksamhet har en påvisad koppling till den utförande organisationens geografiska område eller dess medlemmars intressen. Nyttan som en verksamhet medför måste även stå i rimlig proportion till verksamhetens kostnader.³⁹

Eftersom interkommunala samarbetsavtal (Hamburgsamarbeten) förutsätter att samarbetsparterna utför tjänster vars nytta i varierande mån tillfaller de övriga samarbetsparterna aktualiseras lokaliseringsprincipen, om inget undantag är tillämpligt enligt relevant speciallagstiftning. Därför måste samtliga inblandade

³⁵ 2 kap. 1 § kommunallagen.

³⁶ Prop. 1990/91:117 s. 149.

³⁷ RÅ 1977 ref. 77.

³⁸ RÅ 1970 C 400 och 1974 A 2082.

³⁹ RÅ 2006 ref. 81.

samarbetsparter bedöma vilken nytta som ett tilltänkt samarbetsavtal skulle innebära för den egna organisationen eller dess medlemmar. De måste också bedöma om denna nytta står i rimlig proportion till de uppkomna kostnaderna.⁴⁰ Det räcker inte att göra bedömningen enbart i uppstartsskedet; det måste ske löpande under hela samarbetstiden.

Reglering av möjligheten till avtalssamverkan

Kommunallagen saknar uttryckliga regler om avtal som samverkansform. Möjligheten till avtalssamverkan begränsas därför ytterst av den allmänna kommunala kompetensen, främst av lokaliseringsprincipen. För att en avtalssamverkan ska vara tillåten krävs därför, om inget annat är stadgat i speciallag, att föremålet för samverkan är lämpligt, ändamålsenligt och skäligt för varje deltagande kommun eller landsting.⁴¹ Om det framgår av lag att en särskild uppgift ska hanteras av kommunens egna organ får uppgiften inte överlåtas till en annan kommun utan särskilt lagstöd. Utrymmet för interkommunal avtalssamverkan anses därför i första hand vara frivillig verksamhet eller sådan obligatorisk verksamhet där utrymme ges för andra alternativa lösningar än egen regi.⁴² Ett exempel där sådant särskilt lagstöd finns är 2 kap. 5 § socialtjänstlagen (2001:435). Vidare krävs enligt 12 kap. 4 § regeringsformen särskilt lagstöd för samverkan kring uppgifter som innefattar myndighetsutövning. Exempel på sådant lagstöd finns när det gäller tillsyn enligt 9 kap. 6 § alkohollagen (2010:1622) och 19 c § tobakslagen (1993:581).⁴³

⁴⁰ SOU 2007:72 s. 73.

⁴¹ Prop. 1990/91:117 s. 148.

⁴² Sveriges Kommuner och Landsting, *Kommunala samverkansformer*, andra upplagan (2009), s. 33 samt SOU 2012:30 s. 221.

⁴³ Lagrådsremiss, *En ny kommunallag*, (2017) s. 147.

4. Vilka behov finns det av avtalssamverkan?

För att möta de många krav som ställs på kommuner och landsting finns ett stort behov av samverkan. Ofta finns önskemål om att samverkan ska kunna ske genom att träffa avtal.⁴⁴ Här nedan redogör vi för Statskontorets rapport ”*Kommunal avtalssamverkan, Behövs ökade möjligheter?*” och det behov av avtalssamverkan som Statskontoret har identifierat.

4.1 Statskontorets utredning

Statskontoret har haft i uppdrag från regeringen att analysera behovet av ytterligare möjligheter till samverkan genom ingående av avtal inom kommunsektorn.⁴⁵ Uppdraget har de redovisat i rapporten *Kommunal avtalssamverkan, Behövs ökade möjligheter?*⁴⁶

I Upphandlingsmyndighetens uppdrag ingår att klargöra om det behov som Statskontoret har identifierat kan mötas med hjälp av de nya reglerna i upphandlingslagstiftningen om samarbetsavtal och grossistverksamhet. Upphandlingsmyndighetens analys om detta finns i avsnitt 6.5.2 respektive i avsnitt 7.5.2.

4.1.1 Motiv för kommunal samverkan

Statskontoret har i sin rapport översiktligt redogjort för motiven för kommunal samverkan.⁴⁷ Där framgår bland annat följande:

Det är ofta politiska, ekonomiska och demografiska förändringar som ligger bakom initiativ till samverkan mellan kommuner. Parterna är beroende av en större konstellation eller varandras resurser för att exempelvis få bättre kunskap, större handlingskraft på marknaden och ökad effektivisering. Samverkan kan syfta till att effektivisera och rationalisera genom stordrift, att öka möjligheterna att tillhandahålla service och tjänster i alla kommundelar och att säkerställa tillgång till specialistkompetens.

⁴⁴ Se bl.a. SOU 2012:30 s. 27.

⁴⁵ Fi2016/00372/SFÖ (delvis).

⁴⁶ Statskontoret 2016:23.

⁴⁷ Se vidare Statskontoret 2016:23 s. 19 f.

Samverkan kan också ha utvecklingsmotiv. Det kan handla om att stärka ekonomin och konkurrenskraften, att påverka eller föra dialog med viktiga omvärldsaktörer eller att genomföra resurskrävande projekt. I enstaka fall är kommunal samverkan obligatorisk (exempelvis vad gäller biblioteksväsendet och verksamheter som rör skydd för olyckor).

4.1.2 Vilka områden har störst nytta av ytterligare möjligheter till avtalssamverkan?

Statskontoret har genomfört en enkätundersökning riktad till landets samtliga kommuner.⁴⁸ Undersökningen hade, i här aktuellt avseende, två syften. Dels ville man få en bild av om det är ett betydande problem att det saknas kommunalrättsligt lagstöd för avtalssamverkan. Dels ville man få kommunernas syn på inom vilka områden det vore värdefullt med ytterligare möjligheter till avtalssamverkan.

Statskontorets frågeställningar i här aktuellt avseende och Statskontorets sammanställning över kommunernas svar redovisas i bilaga 1.

Statskontoret har efter den genomförda enkätundersökningen analyserat inom vilka områden ytterligare möjligheter till avtalssamverkan skulle innebära störst nytta för kommuner och landsting.⁴⁹

Slutsatserna i rapporten visar att det finns ett stort antal övergripande verksamhetsområden och mer preciserade arbetsuppgifter där kommunerna anser att ytterligare möjligheter till avtalssamverkan skulle innebära stor nytta för kommuner och landsting. De områden som fick särskilt många omnämmanden i Statskontorets enkätundersökning var specialisttjänster, gemensam administration samt IT och digitalisering. Statskontoret beskriver behoven enligt följande.

⁴⁸ Enkäten om avtalssamverkan ingick som ett block i en större enkätundersökning om kommunernas syn på statens styrning av den kommunala verksamheten. Den samlade enkäten genomfördes under perioden den 15 maj till den 1 juli 2016 och besvarades av 196 av landets 290 kommuner. Svarsfrekvens låg därmed på knappt 68 procent.

⁴⁹ Statskontoret 2016:23 s. 49.

Specialisttjänster

Möjligheter att samverka kring olika typer av specialisttjänster inom områden där kommunen har myndighetsutövande uppgifter eller i andra fall. När det gäller myndighetsutövning kan det exempelvis handla om möjligheter att ha gemensamma miljöinspektörer/-tillsyn, handläggare av alkoholtillstånd/-tillsyn, handläggare av tillsyn av hälsoskydd och livsmedel samt bygglovshandläggare. Exempel på behov av andra typer av gemensamma specialisttjänster kan vara jurister.

Gemensam administration

Möjligheter till gemensam administration, till exempel ekonomiadministration, lönehantering, personaladministration, HR-tjänster/ kompetensförsörjning och växel och telefoni.

IT och digitalisering

Möjligheter att samverka i frågor om IT och digitalisering, till exempel i bredbandsutbyggnad, och genom att kunna ha gemensamma IT-expert/IT-stöd.

Av Statskontorets rapport framgår att flera av de områden som nämns ovan tillhör kommunernas obligatoriska uppgifter. För många av dem finns det en rätt till avtalssamverkan i speciallagstiftning. Vissa av de nämnda uppgifterna tillhör däremot kommunernas frivilliga område.⁵⁰

4.1.3 Hinder mot avtalssamverkan

Statskontoret har i sin analys främst försökt identifiera verksamhetsområden där det idag saknas särskilt kommunalrättsligt lagstöd för interkommunal avtalssamverkan och där ett införande av en sådan möjlighet skulle vara särskilt värdefull. Se mer om detta i avsnitt 3.2. Enkätundersökningen visar också att den vanligaste orsaken till att ett tänkt samarbete inte kommit till stånd är just avsaknaden av kommunalrättsligt lagstöd för avtalssamverkan. Enligt respondenterna innebär även annan lagstiftning, som upphandlingslagstiftningen, hinder för sådana samarbeten.⁵¹

⁵⁰ Ibid s. 9–10.

⁵¹ Ibid s. 38.

Många kommuner lyfter också fram andra generella svårigheter kring samverkan. Det kan handla om att nyttan av samverkan skulle bli otillräcklig, att parterna inte lyckats nå en överenskommelse, att det finns politiska invändningar, att samverkan bedöms för krångligt eller att det finns motstånd hos personalen.⁵²

4.1.4 Statskontorets slutsatser

Statskontoret anser att det finns skäl för regering och riksdag att vidta åtgärder för att öka möjligheterna till interkommunal avtalssamverkan.⁵³ Om regering och riksdag vill öka möjligheterna till kommunal avtalssamverkan finns det enligt Statskontoret skäl att i ett första steg främst fokusera på de ovan nämnda områdena (specialisttjänster, gemensam administration och IT och digitalisering).⁵⁴

Statskontoret anser också att det finns skäl att låta analysera frågan om det vore lämpligt att införa en generell kommunalrättslig rätt till interkommunal avtalssamverkan. Åtminstone bör det på nytt prövas om det i kommunallagen bör införas en generell regel som tillåter avtalssamverkan och extern delegation mellan olika kommuner och landsting i ärenden som avser myndighetsutövning. Det framfördes som en idé av Kommittén för förstärkning av den kommunala demokratiens funktionssätt i betänkandet *Vital kommunal demokrati* (SOU 2012:30).⁵⁵

Statskontoret menar också att det även kan behövas riktade informations- och stimulansinsatser på enskilda verksamhetsområden för att stimulera kommunal avtalssamverkan. Vidare skulle ett alternativ till att kommuner samverkar om sin administration enligt Statskontoret kunna vara att etablera en institution som kan svara för en samlad hantering av administrationen för ett större antal eller samtliga kommuner.⁵⁶

⁵² Ibid s. 38.

⁵³ Ibid s. 48.

⁵⁴ Ibid s. 9.

⁵⁵ Ibid s. 11.

⁵⁶ Ibid s. 11.

5. Samverkan kring digitala tjänster och system samt administrativa tjänster och system

Av regeringsuppdraget till Upphandlingsmyndigheten framgår att analysen om samarbetsavtal (så kallade Hamburgsamarbeten) ska inbegripa möjligheterna till samverkan rörande administrativa tjänster och system samt att erbjuda digitala tjänster till medborgarna. Analysen om inköpscentralers möjlighet att bedriva grossistverksamhet ska inbegripa möjligheterna till samverkan rörande inköp av digitala system och att tillhandahålla digitala tjänster till medborgarna.⁵⁷ I detta kapitel redogör vi därför för vad som avses med digitala tjänster och system samt administrativa tjänster och system. Vi ger exempel på tjänster som tillhandahålls av kommuner och landsting på dessa områden och på några av de samarbeten som bedrivs idag.

Vi analyserar möjligheterna att tillämpa undantaget för samarbetsavtal och att bedriva grossistverksamhet på dessa områden i avsnitt 6.5.3 respektive 7.5.3.

5.1 Digitala tjänster och system

Digitaliseringskommissionen har i sitt slutbetänkande *För Sverige i tiden* fastställt att digitaliseringen har stora effekter på individer och samhälle och att den innebär helt nya förutsättningar för offentlig sektor.⁵⁸ Digitaliseringen av den offentliga förvaltningen kan beskrivas som en form av verksamhetsutveckling som sker med hjälp av informations- och kommunikationsteknik (IKT) i kombination med organisatoriska förändringar och nya kompetenser.⁵⁹ IKT kan omfatta allt från infrastruktur och tekniska plattformar till digitala system och tjänster.

Att entydigt definiera innebörden av digitala system och digitala tjänster är inte enkelt.⁶⁰ Definitioner varierar och gränsdragningar är inte alltid självklara samtidigt som utbudet av system och tjänster ständigt växer. Avancerade digitala tjänster är ofta integrerade med system och många system har funktioner för att tillhandahålla digitala tjänster till medborgarna.⁶¹

⁵⁷ Uppdrag till Upphandlingsmyndigheten om offentlig avtalsamverkan, Fi2016/02563/K (delvis).

⁵⁸ SOU 2016:89.

⁵⁹ SOU 2013:75 s. 18.

⁶⁰ I denna rapport används begreppen digitala tjänster och e-tjänster synonymt.

⁶¹ Se exempelvis Riksrevisionen, *Den offentliga förvaltningens digitalisering: en enklare, öppnare och effektivare förvaltning?* RIR 2016:14.

Ett digitalt system är ett IT-stöd som används för att underlätta informationshantering och för att ge stöd för olika processer och aktiviteter. Inom den offentliga förvaltningen används digitala system för att ge personalen tillgång till information och som stöd i olika processer och aktiviteter som exempelvis planering, handläggning och beslutsfattande. Kommuner och landsting använder system inom många olika verksamhetsområden. Det är inte ovanligt att en enskild organisation har hundratals olika system. Exempel på vanliga system är ekonomi- och personaladministrativa system eller diarie- och ärendehanteringssystem. Exempel på system som används av landstingen inom hälso- och sjukvården är system för vårddokumentation, läkemedelshantering, patientadministration och medicinsk service. Exempel på system som används av kommunerna inom skola och förskola är lärarplattformar, system för schema- och frånvarohantering, betyg och resultat eller för planering av skolskjuts. Inom socialtjänsten och hälso- och sjukvården används system för handläggning av ekonomiskt bistånd, geografiska positioneringssystem för hemtjänstplanering och verksamhetsstöd för att hantera olika processer inom vård- och omsorg. Inom samhällsplanering används plattformar för hantering av bygglov och tillsyn och system för att producera ritningar/design och geografiska analysverktyg. Exempel på system inom kultur- och fritid är olika bibliotekssystem.⁶²

Delegationen för utveckling av offentliga e-tjänster tillämpade en vid definition av digitala tjänster som beskrev begreppet som tjänster som levereras med elektronisk kommunikation.⁶³ Även E-delegationen och Sveriges kommuner och landsting (SKL) definierar digitala tjänster som tjänster som tillhandahålls via ett elektroniskt gränssnitt och som helt eller delvis utförs elektroniskt.⁶⁴ Tjänsterna är elektroniska eller digitala i betydelsen att de förutsätter IKT i samband med att de tillhandahålls. En digital tjänst kan till exempel tillhandahållas via en webbplats eller som en mobilapplikation. Digitala tjänster som erbjuds av den offentliga förvaltningen utgör ofta en digital service som privatpersoner i egenskap av till

⁶² Se exempelvis SLIT, *E-hälsa i landstingen 2016*, VästKom, *Kartläggning av bas- och verksamhetssystem i fyra kommunalförbund i Västra Götaland*, (2015), Socialstyrelsen, *E-hälsa och välfärdsteknik i kommunerna: redovisning av nyckeltal för utveckling av e-hälsa och välfärdsteknik i kommunerna 2016* samt Skolverket, *IT-användning och IT-kompetens i skolan: skolverkets IT-uppföljning 2015*.

⁶³ SOU 2005:119 s. 7.

⁶⁴ Sverige kommuner och landsting, *E-tjänster och appar: hur är läget i kommunerna?* (2014), s. 5, E-delegationen, *Vägledning för digital samverkan*, version 4.1 (2015), s. 73.

exempel brukare, elever, patienter eller företagare kan använda för att uträtta olika ärenden eller ta del av information hos den offentliga organisationen.⁶⁵

En stor del av medborgarnas och företagens kontakter med den offentliga förvaltningen sker i relation till kommuner och landsting och de flesta organisationer tillhandahåller en eller flera digitala tjänster riktade till privatpersoner och/eller företag.⁶⁶ Digitala tjänster tillhandahålls av både offentliga och privata utförare av offentlig verksamhet. Kommuner tillhandahåller ett växande utbud av digitala tjänster inom många olika verksamhetsområden. Många kommuner tillhandahåller till exempel digitala tjänster som möjliggör för privatpersoner att ansöka om olika former av kommunalt stöd och bidrag, exempelvis ekonomiskt bistånd, kulturstöd/kulturbidrag eller föreningsbidrag. Många kommuner tillhandahåller tjänster som möjliggör för privatpersoner att digitalt ansöka om bygglov eller olika tillstånd som rör boendet som exempelvis sophantering eller parkering. Det är även vanligt att kommuner erbjuder digitala tjänster för ansökan och besked om antagning till skola och förskola eller för att kommunicera behov som rör exempelvis frånvaro, skolskjuts eller ledighetsansökan. Att genomföra kvalitetsjämförelser av särskilda boenden, utförare av hemtjänst, förskolor och skolor är ytterligare exempel. Det är även vanligt att kommuner erbjuder digitala tjänster som riktar sig till privatpersoner i egenskap av företagare. Exempel på sådana digitala tjänster är bland annat att ta del av information om att starta och driva företag, ansöka om olika serveringstillstånd, registrera livsmedelsverksamhet eller att anmäla miljöfarlig verksamhet.⁶⁷ Digitala tjänster som tillhandahålls av landstingen och regionerna är huvudsakligen kopplade till hälso- och sjukvårdsområdet. Privatpersoner kan exempelvis via digitala tjänster genomföra digitalt vårdmöte, förnya recept, hantera tidsbokning eller ta del av personlig vårdinformation.⁶⁸

Med digitala tjänster avses ofta tjänster som är avsedda för privatpersoner och inte tjänster som enbart är avsedda för personal inom den offentliga förvaltningen. Men digitala tjänster kan även omfatta tjänster som ska ge personal inom den

⁶⁵ Sveriges kommuner och landsting, *Kommunernas digitalisering: hur är läget 2016?*

⁶⁶ Riksrevisionen, *Den offentliga förvaltningens digitalisering: en enklare, öppnare och effektivare förvaltning?* RIR 2016:14.

⁶⁷ Sveriges kommuner och landsting, *Kommunernas digitalisering: hur är läget 2016?* Sveriges kommuner och landsting, *E-tjänster och appar: hur är läget i kommunerna?* (2014), Sveriges kommuner och landsting, *E-förvaltning och e-tjänster i Sveriges kommuner 2011.*

⁶⁸ Inera AB, *Årsredovisning 2015.*

offentliga förvaltningen tillgång till information eller underlätta ärendehantering. Exempel på sådana personalstödande digitala tjänster som används av vård- och omsorgspersonalen i landsting och regioner är Födelseanmälan och Elektronisk remiss. Födelseanmälan är en tjänst för att skicka födelseanmälan och personnummer elektronisk mellan förlossningskliniker och Skatteverket. Elektronisk remiss är en tjänst för utbyte av remisser mellan vårdgivare i olika landsting och regioner.⁶⁹ I kommunerna används tjänsten SSBTEK där handläggare av ekonomiskt bistånd inom socialtjänstens verksamhetsområde kan få utlämnat information från A-kassa, Arbetsförmedlingen, CSN, Försäkringskassan, Pensionsmyndigheten och Skatteverket.⁷⁰

Digitala tjänster kan vara mer eller mindre komplexa med olika grad av automatisering och integrering mot digitala system.⁷¹ Många system har eller kan utveckla gränssnitt/funktioner för medborgare som digitala tjänster men att använda särskilda systemplattformar blir allt vanligare.⁷² En systemplattform kan beskrivas som en teknisk infrastruktur med funktionalitet för att utveckla och visualisera digitala tjänster, identifiera och autentisera användare, handlägga ärenden och hantera information samt integrationer mot system.⁷³

Digitaliseringen av samhället innebär både behov av och ökade möjligheter till samverkan och samnyttjande av digitala system och tjänster. Att kommuner och landsting samverkar i olika former kring olika aspekter av e-förvaltning är relativt vanligt förekommande. Kommunal samverkan förekommer i relation till både förvaltning/drift och utveckling av digitala system och tjänster samt bakomliggande infrastruktur. Det är även vanligt att kommuner samverkar kring inköp/upphandling relaterat till e-förvaltning. Samverkan sker i flera olika former, exempelvis som enstaka samarbeten mellan en eller flera kommuner eller samarbeten inom ramen för kommunalförbund eller gemensam nämnd. Det förekommer även att kommuner samverkar med landsting.⁷⁴ Landsting och

⁶⁹ Inera AB, *Vårdtjänster*, <https://www.inera.se/Vard-tjanster/> (2017).

⁷⁰ Sveriges kommuner och landsting, *Digital tjänst för ekonomiskt bistånd (SSBTEK)*, (2016).

⁷¹ Se exempelvis Riksrevisionen, *Den offentliga förvaltningens digitalisering: en enklare, öppnare och effektivare förvaltning?* RIR 2016:14.

⁷² VästKom, *Kartläggning av bas- och verksamhetssystem i fyra kommunalförbund i Västra Götaland* (2015).

⁷³ Karlstads Inköpscentral, *Gemensam E-tjänsteplattform för Värmland* (2016).

⁷⁴ Sveriges kommuner och landsting, *E-tjänster och appar: hur är läget i kommunerna?* (2014). För exempel se Gemensam IT-nämnd i Värmland eller kommunalförbundet ITsam i Östergötland.

regioner samverkar sedan länge i bolagsform kring e-förvaltning. Det omfattar utveckling och förvaltning/drift av digitala tjänster till privatpersoner och vård- och omsorgspersonal samt bakomliggande arkitektur och infrastruktur.⁷⁵

Exempel

Inera AB är ett aktiebolag som ägs gemensamt av alla landsting och regioner. Inera har uppdraget att koordinera landstingens och regionernas arbete inom e-hälsoområdet. Det omfattar utveckling och förvaltning/drift av digitala tjänster till nytta för privatpersoner och vård- och omsorgspersonal. För närvarande är verksamheten i huvudsak inriktad mot hälso- och sjukvårdsområdet men planeras att utökas till fler verksamhetsområden för både kommuner, landsting och regioner.⁷⁶ Inera tillhandahåller ett tjänsteutbud som riktas till både privatpersoner och vård- och omsorgspersonal. Digitala tjänster som tillhandahålls till privatpersoner (invånartjänster) ger patienter och anhöriga tillgång till information och stöd som underlättar kontakten med hälso- och sjukvården. Privatpersoner kan exempelvis genomföra digitalt vårdmöte, förnya recept, hantera tidsbokning eller ta del av personlig vårdinformation.⁷⁷ Utbudet av tjänster för vård- och omsorgspersonal (vårdtjänster) ger personalen tillgång till information och verksamhetsstöd som effektiviserar och underlättar det dagliga arbetet. Födelseanmälan⁷⁸, Elektroniskt remiss⁷⁹ och Nationell Patientöversikt⁸⁰ är exempel på tjänster som underlättar utbyte av information inom hälso- och sjukvården.⁸¹ Inera tillhandahåller även bakomliggande arkitektur och infrastruktur till exempel den systemplattform som används för att tillhandahålla digitala tjänster.⁸² Inom ramen för sitt uppdrag genomför Inera inköp/upphandling av olika systemlösningar och IT-tjänster relaterade till e-förvaltning inom hälso- och sjukvårdsområdet. Detta omfattar till exempel

⁷⁵ Inera AB, Årsredovisning 2015. Inera AB, *En organisation för samverkan inom digitaliseringsområdet* (2016).

⁷⁶ Inera AB, Årsredovisning 2015. Inera AB, *SKL förvärvar Inera*, pressmeddelande (2016).

⁷⁷ Inera AB, *Invånartjänster*, <https://www.inera.se/INVANARTJANSTER/> (2017).

⁷⁸ Födelseanmälan är en digital tjänst för att skicka födelseanmälan och personnummer elektroniskt mellan förlossningskliniker och Skatteverket.

⁷⁹ Elektronisk remiss en digital tjänst för utbyte av remisser mellan vårdgivare i olika landsting och regioner.

⁸⁰ Nationell patientöversikt ger vård- och omsorgspersonal i kommuner och landsting tillgång till journalinformation.

⁸¹ Inera AB, *Vårdtjänster*, <https://www.inera.se/Vard-tjanster/> (2017).

⁸² Inera AB, *Infrastrukturjänster*, <https://www.inera.se/ARKITEKTUR--INFRASTRUKTUR/> (2017).

programvara, informationssystem och telekommunikationstjänster samt konsulttjänster och programvaruutveckling.⁸³

5.2 Administrativa tjänster och system

Inom den offentliga förvaltningen avser administrativa tjänster ofta olika stödtjänster – administrativa processer och aktiviteter - samt tillhörande systemlösningar som stödjer informationshantering och handläggning av ärenden i verksamheten. Det saknas en tydlig definition av administrativa tjänster och sådana tjänster kan omfatta administrativt stöd inom många olika verksamhetsområden. Den offentliga förvaltningen har inom flera områden, till exempel inom ekonomi- och personaladministration, lika eller likartade behov av administrativa stödtjänster. Exempel på stödtjänster inom ekonomi- och personaladministration som många organisationer i offentlig sektor har behov av är leverantörs- och kundreskontra och löne- och pensionsadministration.⁸⁴ Leverantörsreskontra innefattar uppgifter som hantering av leverantörer, utbetalningar, leverantörsregister och leverantörsfrågor medan kundreskontra innefattar uppgifter som hantering av fakturor, inbetalningar, kundregister och kundfrågor. Löneadministration innefattar vanligen uppgifter som hantering av löneutbetalningar, förmåner och ersättningar, pensioner, utlägg och tidsredovisning.⁸⁵

Effektiva stödtjänster inom ekonomi- och personaladministration förutsätter olika digitala system som stödjer processer, informationsutbyte, ärendehantering och handläggning. Exempel på vanligt förekommande systemlösningar inom administration är ekonomi- och personalsystem och diarie- och ärendehanteringssystem eller andra administrativa system för mer specifika ändamål.⁸⁶ För en utförligare beskrivning av digitala system se avsnitt 5.1.

⁸³ Upphandlingsmyndigheten, *Annonserade upphandlingar 2015*. Visma Commerce AB.

⁸⁴ E-delegationen, *Strategi för myndigheternas arbete med e-förvaltning*, (2009). Accenture AB, *Koncentration av gemensamma verksamhetsstöd*, (2009). Ekonomistyrningsverket, *Effektivare statlig administration*, ESV 2006:16.

⁸⁵ Accenture AB, *Koncentration av gemensamma verksamhetsstöd*, (2009). Se exempelvis Statens Servicecenter, *Tjänster*, (2016).

⁸⁶ Ekonomistyrningsverket, *Att avropa från statligt ramavtal: personalsystem*, (2014).

Ekonomistyrningsverket, *Avrop från statligt ramavtal: beslutstödsystem*, (2014). Accenture AB, *Koncentration av gemensamma verksamhetsstöd*, (2009). Se exempelvis Statens Servicecenter, *Tjänster*, <http://www.statenssc.se/Sidor/default.aspx>. (2016).

Flera kommuner och landsting tillhandahåller stödtjänster inom ekonomi- och personaladministration centralt inom organisationen som till exempel inom en enskild förvaltning eller motsvarande. Behovet av administrativa stödtjänster kan även tillgodoses genom inköp/upphandling av hela eller delar av tjänsten från den privata marknaden. Det finns många olika marknadsaktörer som tillhandahåller olika tjänster inom ekonomi- och personaladministration. Administrativa stödtjänster kan även utföras i samverkan mellan flera organisationer. Flera kommuner har till exempel koncentrerat sin administrativa stödverksamhet, särskilt inom ekonomi- och personaladministration, till en gemensam stödverksamhet. Denna stödverksamhet organiseras ofta inom ramen för bolag, nämnd eller kommunalförbund och fungerar likt servicecenter gentemot de samverkande kommunerna.⁸⁷

Inom kommunsektorn har flera kommuner samordnat administrativa tjänster till gemensamma verksamhetsstöd inom ramen för kommunalförbund, nämnd eller bolag. Gemensamma verksamhetsstöd syftar ofta till att erhålla stödtjänster till en lägre kostnad med bibehållen eller ökad kvalitet samt att säkra framtida kompetensförsörjning. För kommuner avser denna samverkan ofta olika stöd- och servicetjänster inom ekonomi- och personaladministration som till exempel leverantörs- och kundreskontra eller löneadministration. Det är vanligt att sådana gemensamma verksamhetsstöd upphandlar varor och tjänster som krävs för att tillhandahålla tjänsteleveransen till medlemskommuner, till exempel systemlösningar, IT-drift eller olika IT-tjänster.⁸⁸

⁸⁷ Acando, *Förstudie om ekonomiadministration, löneadministration och upphandling*. Kungälv kommun (2013).

⁸⁸ Ibid.

Exempel

Soltak AB är ett kommunalt bolag som tillhandahåller administrativa stöd- och servicetjänster till sina ägarkommuner.⁸⁹ Soltak AB tillhandahåller stödtjänster inom ekonomi- och personaladministration, med tyngdpunkt inom ekonomi- och lönerelaterade tjänster. Tjänsteutbudet omfattar bland annat kund- och leverantörsreskontra samt löneadministration. I tjänsteleveransen ingår även förvaltning av systemlösningar som till exempel ekonomi- och personalsystem och diarie-och ärendehanteringssystem.⁹⁰ Inom ramen för sitt uppdrag ansvarar bolaget för att genomföra gemensamma upphandlingar för kommunerna inom IT-området vilket bland annat omfattar inköp/upphandling av systemlösningar.⁹¹ Kommunalförbundet Fjärde Storstadsregionen (Lönecenter) och Lönenämnd Sörmland är ytterligare exempel på kommunala samverkansorganisationer som tillhandahåller liknande tjänster till sina respektive medlemskommuner.⁹²

⁸⁹ Soltak AB bildades 2013 av Stenungssund, Lilla Edet, Tjörn, Öckerö, Orust, Ale och Kungälv.

⁹⁰ Soltak AB, *Företagspresentation* (2015). Acando, *Förstudie om ekonomiadministration, löneadministration och upphandling. Kungälv kommun*, (2013). Soltak AB, Aktieägaravtal för Soltak AB, Bolagsordning för Soltak AB samt Ägardirektiv för Soltak AB (2013).

⁹¹ Upphandlingsmyndigheten, *Annonserade upphandlingar 2015*. Visma Commerce AB.

⁹² Norrköpings kommun, Överenskommelse mellan medlemmarna och Kommunalförbundet Fjärde storstadsregionen (2016). Katrineholms kommun, Reglemente för gemensam lönenämnd (2011).

6. Samarbetsavtal (Hamburgsamarbeten)

I det här kapitlet redogör vi för de nya reglerna i LOU om samarbetsavtal. Efter en kort introduktion (avsnitt 6.1) redogör vi för undantagets framväxt i praxis (avsnitt 6.2), regleringen i direktiv och lag (avsnitt 6.3) och förutsättningarna för undantaget (avsnitt 6.4). Avslutningsvis följer en analys av möjligheterna att träffa samarbetsavtal (avsnitt 6.5).

6.1 Introduktion

När en upphandlande myndighet vill träffa ett avtal med en annan juridisk person om köp av varor, tjänster eller byggtreprenader är huvudregeln att det ska genomföras en upphandling enligt LOU. Som huvudregel gäller detta även om leverantören också är en upphandlande myndighet (till exempel en kommun eller ett landsting).⁹³

Det finns dock undantag. Två av dessa är undantaget för intern upphandling (Teckal-undantaget) och undantaget för samarbetsavtal (Hamburgsamarbeten).⁹⁴

Intern upphandling (Teckal-undantaget)

Det finns ett undantag från LOU för situationer som i hög grad liknar verksamhet i egen regi, även om anskaffningen sker från en i formellt hänseende fristående juridisk person. Undantaget har vuxit fram genom EU-domstolens praxis och benämns ofta Teckal-undantaget.⁹⁵

Detta undantag är av stor betydelse för kommuners och landstings möjlighet att köpa varor och tjänster från exempelvis egna bolag utan föregående upphandling.

⁹³ I förarbetena till LOU anges att det inte bör vara fråga om ett upphandlingspliktigt kontrakt när anskaffningar sker inom en och samma juridiska person, som vid transaktioner mellan statliga myndigheter, prop. 2015/16:195 s. 401 f.

⁹⁴ Det kan också noteras att överföring mellan upphandlande myndigheter av befogenheter att fullgöra ett offentligt uppdrag inte omfattas av upphandlingsreglerna. Det ses som en del av den berörda medlemsstatens interna organisation. Detta under förutsättning att det inte är fråga om att avtalade prestationer fullgörs mot ersättning, artikel 1.6, LOU-direktivet. Se också C-51/15 *Remondis*.

⁹⁵ Benämningen kommer från den dom från EU-domstolen där undantaget fastslogs: C-107/98 *Teckal*. Andra benämningar är inhouse-undantaget, undantaget för interna kontrakt, vertikalt samarbete och institutionaliserat samarbete.

Förutsättningarna för att undantaget ska gälla regleras i LOU.⁹⁶ Undantaget gäller förenklat fall när den upphandlande myndigheten kontrollerar den part som den ingår avtal med ("kontrollkriteriet") och den kontrollerade parten dessutom bedriver huvuddelen av sin verksamhet för den upphandlande myndighetens räkning ("verksamhetskriteriet").⁹⁷ Ett exempel på när undantaget kan vara tillämpligt är när en kommun köper något från sitt helägda dotterbolag. Ett annat exempel är köp mellan två systerbolag som ägs av en kommun.

Samarbetsavtal (Hamburgsamarbeten)

Om upphandlande myndigheter samarbetar med varandra utan att kontrollkriteriet är uppfyllt är Teckal-undantaget inte tillämpligt. EU-domstolen klargjorde dock år 2009 genom den så kallade Hamburg-domen att även sådana avtal under vissa förutsättningar är undantagna upphandlingsreglerna.⁹⁸ Denna rättspraxis kan ses som en vidareutveckling av Teckal-undantaget.

6.2 Undantagets framväxt i praxis

EU-domstolens praxis för samarbetsavtal har kodifierats genom 2014 års LOU-direktiv och infördes i svensk lag genom 2017 års LOU. Regleringen av samarbetsavtal bygger alltså i stor utsträckning på EU-domstolens praxis. Det är också uttalat i skälen till direktivet att kodifieringen bör vägledas av de principer som fastställts i EU-domstolens praxis.⁹⁹

För att ge en bakgrund till, och förståelse för, hur bestämmelserna ska tolkas redogör vi därför relativt utförligt för de mål där EU-domstolen har prövat frågan. Redan här kan vi dock säga att regleringen i direktivet, och därmed i LOU, till viss del avviker från domstolens praxis.

⁹⁶ 3 kap. 11–16 §§ LOU.

⁹⁷ Med kontrollkriteriet avses att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den kontrollerade parten som motsvarar den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning. Det får inte heller finnas något direkt privat ägande i den kontrollerade parten. Verksamhetskriteriet innebär att den eventuella verksamhet som den kontrollerade parten utför tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten endast får uppgå till 20 procent av omsättningen.

⁹⁸ C-480/06 *Hamburg*.

⁹⁹ Skäl 31, LOU-direktivet.

6.2.1 C-480/06 Hamburg

Målet avser en fördragsbrottstalan mot Tyskland. Fyra Landkreise (en sorts kommun) i Tyskland hade ingått ett avtal med Hamburg stad om avfallshantering i en anläggning. Anläggningen, Rugenberger Damm, skulle byggas. Anläggningen skulle inte drivas av Hamburg stad utan av ett bolag som delvis var privatägt.

Det är viktigt att notera att målet rör avtalet mellan de fyra Landkreise och Hamburg stad och inte avtalet mellan Hamburg stad och det bolag som skulle driva anläggningen.

Domstolen inleder med att ange att upphandlingsdirektivet som huvudregel är tillämpligt när offentliga organ som är fristående från varandra handlar från varandra. Domstolen konstaterar också att Teckal-undantaget inte är tillämpligt eftersom de fyra Landkreise inte utövar någon kontroll över Hamburg stad eller det bolag som driver anläggningen.

Domstolen stannar dock inte där, utan anger att avtalet avser ett samarbete mellan lokala myndigheter som syftar till att säkerställa att ett gemensamt allmännyttigt uppdrag, dvs. avfallshantering, fullgörs. Domstolen hänvisar till rådets direktiv om avfall, i vilket det bland annat anges att avfall ska omhändertas vid en så nära belägen anläggning som möjligt.

Domstolen konstaterar vidare att avtalet utgör det avslutande ledet i ett mellankommunalt samarbete, där syftet är att omhänderta avfall. Genom avtalet kunde en total kapacitet på 320 000 ton avfall uppnås, vilket gjorde det möjligt att inrätta och låta driva anläggningen på gynnsammast möjliga ekonomiska villkor.

Genom avtalet får de fyra Landkreise behandla 120 000 ton avfall per år i anläggningen. Hamburg stad har inget ansvar för driften av anläggningen och skulle problem uppkomma i anläggningen har Hamburg stad endast en begränsad skyldighet att erbjuda hantering av avfallet i andra anläggningar som Hamburg stad har tillgång till. Genom avtalet gör även de fyra Landkreise vissa åtaganden som har ett direkt samband med den allmännyttiga tjänsten. De ställer bland annat den kapacitet de inte själva använder till Hamburg stads förfogande och åtar sig att ta emot förbränningsrester. De fyra Landkreise

betalar en årlig ersättning till Hamburg stad, som Hamburg stad i sin tur överför till det bolag som driver anläggningen. Avtalet ger inte upphov till några andra ekonomiska transaktioner mellan parterna än de som det bolag som driver anläggningen ska ha.

Domstolen konstaterar mot bakgrund av ovanstående att avtalet utgör grunden för ett framtida inrättande och drift av en anläggning, genom vilken en allmännyttig tjänst ska fullgöras och att ingen privat part är inblandad.

Kommissionen menade att det aktuella samarbetet hade kunnat genomföras utan upphandling om de fyra Landkreise och Hamburg stad hade bildat en fristående juridisk person för samarbetet. Då hade Teckal-undantaget varit tillämpligt. När samarbetet inte skedde genom någon fristående juridisk person menade Kommissionen att samarbetet skulle ha konkurrensutsatts.

Domstolen hänvisar till sitt tidigare avgörande i mål C-324/07 *Coditel Brabant*. Domstolen anger att den har påpekat att en offentlig myndighet har möjlighet att utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger den med egna medel utan att behöva vända sig till någon utanför den egna organisationen. Vidare påpekar domstolen att den möjligheten även kan utövas i samarbete med andra offentliga myndigheter.

Domstolen anger också att gemenskapsbestämmelserna inte föreskriver någon skyldighet att använda en särskild rättslig form för att gemensamt kunna säkerställa att en allmännyttig uppgift fullgörs. Vidare innebär ett sådant samarbete inte att syftet med upphandlingsreglerna ifrågasätts, om det uteslutande styrs av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse och om principen om likabehandling säkerställs så att inget privat företag ges någon fördel. Slutligen anger domstolen att det inte är fråga om något konstlat upplägg för att kringgå bestämmelserna.

Domstolen ogillade därmed Kommissionens talan. Det fanns alltså ingen skyldighet att konkurrensutsetta samarbetet.

Upphandlingsmyndighetens kommentar:

Genom domen fastslogs det undantag från upphandlingsreglerna som har kommit att kallas Hamburg-undantaget, eller undantaget för Hamburgsamarbeten.

EU-domstolen redogör i domen för ett relativt stort antal faktiska omständigheter, utan att tydliggöra vilka av dessa omständigheter som är avgörande för utgången i målet. I senare domar klargör dock EU-domstolen i viss utsträckning vad domstolen fäster vikt vid.

6.2.2 C-159/11 Lecce

I målet anger EU-domstolen att det finns två typer av avtal som ingås av offentliga organ som är undantagna reglerna för offentlig upphandling. Det ena undantaget avser Teckal-undantaget. Det andra är samarbetsavtal.

Vad gäller undantaget för samarbetsavtal hänvisar domstolen till Hamburgdomen som vi redogjorde för ovan.

Domstolen anger att undantaget är tillämpligt om

- det rör sig om ett avtal genom vilket ett samarbete mellan myndigheter inrättas
- avtalet syftar till att säkerställa att ett allmännyttigt uppdrag som är gemensamt för dessa myndigheter fullgörs
- avtalet enbart ingås mellan offentliga organ utan inblandning av någon privat part, så att ingen privat leverantör ges någon fördel i förhållande till sina konkurrenter
- det samarbete som inrättas uteslutande styrs av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse.

Domstolen anger att samtliga kriterier måste vara uppfyllda för att undantaget ska vara tillämpligt.

Målet rör ett avtal mellan ASL (en lokal hälsovårdsmyndighet) och ett universitet om utredning och bedömning av utsattheten hos sjukvårdsanläggningar i provinsen Lecce vid jordbävningar.

Av avtalet framgår att uppdraget ska utföras i samarbete mellan de arbetsgrupper som inrättas av ASL och universitetet, att det vetenskapliga ansvaret bärs av två personer av vilka respektive part utser en var, att ASL ska äga samtliga resultat men att universitetet ska anges som upphovsman samt att ersättningen begränsas till de kostnader universitetet haft.

Flera yrkesförbund och företag väckte talan mot beslutet att ingå avtalet.

Vad gäller undantaget för samarbetsavtal anger domstolen att det aktuella avtalet till övervägande del motsvarar sådana uppgifter som utförs av ingenjörer eller arkitekter och som inte utgör vetenskaplig forskning. Alltså ”syftar inte det allmännyttiga uppdrag som det ingångna avtalet om samarbete avser att säkerställa att ett för ASL och universitetet gemensamt allmännyttigt uppdrag fullgörs”. Dessutom skulle avtalet enligt domstolen kunna leda till att privata företag gynnas eftersom universitetet enligt avtalet hade rätt att använda privata leverantörer för att genomföra vissa tjänster. Förutsättningarna för att tillämpa undantaget för samarbetsavtal var alltså inte uppfyllda.

Upphandlingsmyndighetens kommentar:

Genom domen bekräftade EU-domstolen att det fanns ett undantag för samarbetsavtal. Domstolen klargjorde också vilka kriterierna var för att undantaget skulle kunna tillämpas och angav att samtliga kriterier måste vara uppfyllda.

I det aktuella målet ansåg domstolen inte att undantaget vara tillämpligt. Det är inte tydligt av skrivningarna i domen om domstolen anser att det brister i fråga om i) allmännyttigt uppdrag, ii) gemensamt uppdrag eller iii) om båda dessa förutsättningar brister.

Domstolen anger att ”det allmännyttiga uppdrag som det ingångna avtalet avser [syftar inte] till att säkerställa att ett för ASL och universitetet gemensamt allmännyttigt uppdrag fullgörs” (vår understrykning).¹⁰⁰ Genom skrivningen får man intryck av att domstolen i och för sig anser att det rör sig om ett allmännyttigt uppdrag. Domstolen drar dock sin slutsats som en följd av att den konstaterat att avtalet till övervägande del avser uppgifter som vanligen utförs av ingenjörer eller arkitekter och som inte utgör vetenskaplig forskning. Domstolen verkar alltså göra en bedömning av om de aktuella tjänsterna tillhandahålls av leverantörer på marknaden eller inte. Det är alltså möjligt att domstolen inte anser att det rör sig

¹⁰⁰ Motsvarande skrivning på engelska: ”Consequently, contrary to the holding of the Court in paragraph 37 of *Commission v Germany*, the public task which is the subject-matter of the cooperation between the public entities established by the abovementioned contract does not appear to ensure the implementation of a public task which the ASL and the University both have to perform.”

om ett allmännyttigt uppdrag. Uttalandet är dock kortfattat och kan tolkas på flera olika sätt.

Domstolen ansåg troligen inte att det var fråga om ett gemensamt uppdrag. Det var istället ASL som ville få en tjänst utförd av universitetet.

Det är också tydligt att domstolen inte anser att undantaget kan vara tillämpligt om det skulle kunna leda till att ett privat företag gynnas.

6.2.3 C-386/11 Piepenbrock

Förhållandena i målet var följande. Kreis Düren var ett kommunförbund i vilket Stadt Düren (Düren stad) ingick. Kreis Düren och Stadt Düren hade för avsikt att ingå ett avtal om att kommunförbundet skulle överföra ansvaret för städningen av vissa byggnader till Stadt Düren. Av utkastet till avtal framgick att Stadt Düren hade rätt att anlita underleverantörer, att Stadt Düren skulle kompenseras för sina kostnader och att Kreis Düren hade rätt att säga upp avtalet om Stadt Düren skulle missköta fullgörandet. Piepenbrock, som tidigare hade utfört städtjänsterna åt Kreis Düren, väckte talan mot kommunförbundet.

EU-domstolen konstaterar att det aktuella utkastet till avtal inte förefaller ha som ändamål att inrätta ett samarbete mellan parterna i syfte att fullgöra ett gemensamt allmännyttigt uppdrag. Vidare är det enligt avtalet tillåtet att anlita tredje man för fullgörandet av avtalet och denna tredje man kan komma att gynnas. Förutsättningarna för att tillämpa undantaget för samarbetsavtal var alltså inte uppfyllda.

Upphandlingsmyndighetens kommentar:

Domstolen hänvisade till sin tidigare dom i mål C-159/11 *Lecce* vad gäller förutsättningarna för att undantaget ska vara tillämpligt. Genom detta bekräftades att de angivna kriterierna var de som skulle tillämpas vid prövningen av samarbetsavtal.

I målet rörde det sig om städtjänster som en upphandlande myndighet skulle utföra för en annan upphandlande myndighet mot ersättning motsvarande kostnaderna. Den hänskjutande domstolen hade konstaterat att det inte rörde sig om ett samarbete och undrade om avtalet ändå kunde omfattas av undantaget. Den hänskjutande domstolen frågade också om det ska göras åtskillnad mellan

avtal som avser allmännyttiga uppdrag i sig, som avfallshantering, och avtal som endast indirekt avser fullgörandet av allmännyttiga uppdrag, som städning av lokaler som används för fullgörandet av ett sådant uppdrag.

EU-domstolen utvecklar inte sitt resonemang kring detta utan anger kortfattat att avtalet ”inte förefaller ha som ändamål att inrätta ett samarbete mellan [parterna] i syfte att fullgöra ett gemensamt allmännyttigt uppdrag”.

Domstolen anser troligen att avtalet avser ett köp och inte ett samarbete kring ett gemensamt uppdrag. Det är också möjligt att domstolen anser att uppdraget inte avser ett allmännyttigt uppdrag, dvs. att det ska göras åtskillnad mellan sådana avtal som avser allmännyttiga tjänster i sig och sådana avtal som endast indirekt avser fullgörandet av allmännyttiga tjänster.

6.2.4 C-15/13 HIS

Förhållandena i målet var följande. Ett universitet hade för avsikt att införa ett databehandlingssystem för högskoleadministration. Universitetet, som var en statlig högskola tillhörande delstaten Hamburg, valde att teckna kontrakt med HIS. HIS var ett privaträttsligt bolag som ägdes till en tredjedel av Tyskland och till två tredjedelar av de tyska delstaterna, varav delstaten Hamburg ägde 4,16 %. En privat leverantör ansökte om överprövning och ifrågasatte direkttilldelningen.

HIS ändamål enligt stadgarna var att stödja de statliga högskolorna och de behöriga förvaltningarna i deras arbete med att utföra sina uppgifter inom högskolan på ett rationellt och ekonomiskt sätt.

Den hänskjutande domstolen ansåg inte att undantaget för samarbetsavtal kunde tillämpas då varken HIS eller universitetet utgjorde offentliga myndigheter och då HIS inte direkt hade anförtrots att fullgöra ett allmännyttigt uppdrag.

Vad gäller undantaget för samarbetsavtal konstaterar EU-domstolen att villkoren för att tillämpa undantaget inte är uppfyllda. Domstolen anger att skälen till detta är de som den hänskjutande domstolen angivit (se ovan). Samarbetet mellan universitetet och HIS syftar nämligen enligt EU-domstolen

inte till att säkerställa att ett allmännyttigt uppdrag som är gemensamt för dessa organ fullgörs i den mening som avses i domstolens rättspraxis.

Upphandlingsmyndighetens kommentar:

EU-domstolen hänvisar till sin tidigare praxis och bekräftar alltså den.

Den hänskjutande domstolens skäl till att undantaget inte var tillämpligt var bland annat att HIS inte direkt har anförtrotts att fullgöra ett allmännyttigt uppdrag.¹⁰¹ EU-domstolen hänvisar till detta och anför också att samarbetet mellan universitetet och HIS inte syftar till att säkerställa att ett allmännyttigt uppdrag som är gemensamt för parterna fullgörs i den mening som avses i rättspraxis.

Generaladvokatens förslag till avgörande är intressant i den här delen, främst på grund av att EU-domstolen gör en annan bedömning. Han anser att det aktuella avtalet kan avse ett gemensamt allmännyttigt uppdrag. Han anser att HIS stödjer de offentliga högskolorna i deras arbete att utföra sina uppgifter inom högskolan på ett rationellt och ekonomiskt sätt. Ett sådant uppdrag kompletterar enligt generaladvokatens uppfattning universitetens undervisnings- och forskningsuppdrag. Det innebär enligt generaladvokaten att samarbetet, under förutsättning att samtliga övriga villkor är uppfyllda, kan omfattas av undantaget för samarbetsavtal. Generaladvokaten påpekar också att det vid prövningen är av stor betydelse att fullgörandet av detta uppdrag är ett uttryck för den tyska konstitutionella lagstiftarens vilja, i och med att grundlagen fastställer former för samarbete mellan förbundsstaten och delstaterna för att skapa och förvalta de databehandlingssystem som de behöver för att utföra sina uppgifter.¹⁰²

EU-domstolen delar inte generaladvokatens uppfattning. Domstolen anser inte att det är fråga om ett gemensamt allmännyttigt uppdrag i den mening som avses i domstolens rättspraxis. Inte heller i detta mål är det dock tydligt om det brister i

¹⁰¹ Den hänskjutande domstolen angav också som skäl till varför undantaget inte var tillämpligt att varken HIS eller universitetet utgör "offentliga myndigheter". Det är oklart vad den hänskjutande domstolen, och EU-domstolen som hänvisar till den hänskjutande domstolens argument, avser med detta. I den praxis från domstolen som redovisats ovan används olika begrepp, såsom upphandlande myndighet, offentlig myndighet, offentligt organ, offentlig enhet och lokal myndighet utan att det framgår att skillnaden skulle vara avgörande för undantagets tillämplighet. Det kan också noteras att i 2014 års direktiv, och i LOU, används begreppet "upphandlande myndighet" i regleringen, varför det i vart fall står klart att samtliga upphandlande myndigheter (inklusive bl.a. offentligt styrda organ) omfattas av undantaget enligt nu gällande rätt.

¹⁰² Generaladvokatens yttrande i mål C-15/13 *HIS* p. 58–60.

fråga om i) allmännyttigt uppdrag, ii) gemensamt uppdrag eller iii) om båda dessa förutsättningar brister. Avtalet kan sägas avse ett sådant uppdrag som endast indirekt avser fullgörandet av ett allmännyttigt uppdrag (jämför med mål C-386/11 *Piepenbrock* ovan). Därutöver verkar avtalet snarare avse ett köp än ett samarbete kring ett gemensamt uppdrag.

6.2.5 Sammanfattning

EU-domstolen har bara i ett fall ansett att undantag från upphandlingsreglerna har varit motiverat vid samarbetsavtal, och det var just i Hamburg-målet. Domstolen bekräftade dock i senare mål att det fanns ett undantag för samarbetsavtal och konkretiserade även vad som krävdes för att undantaget skulle gälla.

***För att undantaget skulle gälla krävdes enligt EU-domstolens praxis följande:*¹⁰³**

- Det ska röra sig om ett avtal genom vilket ett samarbete mellan myndigheter inrättas.
- Avtalet ska syfta till att säkerställa att ett allmännyttigt uppdrag som är gemensamt för dessa myndigheter fullgörs.
- Avtalet ska enbart ingås mellan offentliga organ utan inblandning av någon privat part.
- Ingen privat leverantör ska ges någon fördel i förhållande till sina konkurrenter.
- Samarbetet ska uteslutande styras av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse.

Alla kriterier måste vara uppfyllda för att undantaget ska vara tillämpligt.

Notera att kriterierna har utformats på ett något annat sätt i LOU-direktivet och i LOU.

I de tre mål som följde efter C-480/06 *Hamburg*, i vilka domstolen uttalade sig om samarbetsavtal (C-159/11 *Lecce*, C-386/11 *Piepenbrock* och C-15/13 *HIS*),

¹⁰³ C-159/11 *Lecce* p. 34–36, C-386/11 *Piepenbrock* p. 36–38.

gällde avtalen sådana uppdrag som endast indirekt avsåg fullgörandet av ett allmännyttigt uppdrag (tjänster för seismologiska undersökningar, städtjänster och IT-tjänster). Avtalen avsåg också tjänster som vanligen tillhandahålls på den privata marknaden. Det är därmed möjligt att EU-domstolen inte har ansett att det har varit fråga om allmännyttiga uppdrag i den mening som krävs för att undantaget ska vara tillämpligt. Av ännu större betydelse är kanske att avtalen inte verkar avse fullgörandet av gemensamma uppdrag. Om det inte är fråga om ett samarbete kring ett allmännyttigt uppdrag som är gemensamt för båda parterna (dvs. innan parterna träffar avtalet med varandra) framstår avtalet snarare som ett köp av en tjänst än ett samarbete.

I ett arbetsdokument från Kommissionens avdelningar från 2011 redogör man för förutsättningarna för undantaget. Med hänvisning till Hamburg-domen anges att ett samarbete ska syfta till att gemensamt utföra en allmännyttig uppgift som alla samarbetsparter har ålagts. Ett sådant gemensamt utförande kännetecknas av att alla parter deltar och har ömsesidiga skyldigheter, vilket leder till ömsesidiga synergieffekter. Alla parter behöver dock inte delta i samma utsträckning, 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.¹⁰⁴

¹⁰⁴ SEC(2011) 1169 final Commission staff working paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities ('public-public cooperation'), s. 13.

6.3 Reglering

Det undantag för samarbetsavtal som EU-domstolen fastställde genom Hamburgdomen har varit föremål för mycket diskussion och analys. Frågan om hur undantaget ska förstås har varit omdebatterad.

Genom 2014 års LOU-direktiv beslutade man att införa regler om undantag för samarbetsavtal.

6.3.1 Reglering i direktiv och lag

I skälen till 2014 års LOU-direktiv anges att det råder en betydande rättsosäkerhet om i vilken mån kontrakt som ingåtts mellan enheter inom den offentliga sektorn ska omfattas av reglerna för offentlig upphandling. Det konstateras att tolkningen av relevant rättspraxis från EU-domstolen varierar. Det anges vidare att det därmed är nödvändigt att klargöra i vilka fall reglerna om offentlig upphandling inte är tillämpliga på kontrakt som ingås inom den offentliga sektorn. Det slås också fast att ett sådant klargörande bör vägledas av de principer som fastställts i relevant rättspraxis från EU-domstolen.¹⁰⁵

I bilaga 2 återfinns relevant lagtext i LOU, LUF och LUK och regleringen i de bakomliggande direktiven (artiklar och skäl). Här nedan återfinns regleringen av samarbetsavtal i artikel 12.4 i LOU-direktivet och i 3 kap. 17–18 §§ LOU.

¹⁰⁵ Skäl 31, LOU-direktivet.

<p>Artikel 12.4 i LOU-direktivet</p>	<p>3 kap. 17 § LOU</p>
	<p><i>Upphandling mellan upphandlande myndigheter</i></p>
<p>Ett kontrakt som ingåtts uteslutande mellan två eller flera upphandlande myndigheter ska inte omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv, om samtliga följande villkor är uppfyllda:</p> <p>a) Kontraktet inrättar eller genomför ett samarbete mellan de deltagande upphandlande myndigheterna för att säkerställa att de offentliga tjänster som de ska utföra tillhandahålls med målet att uppnå myndigheternas gemensamma mål.</p> <p>b) Genomförandet av samarbetet styrs endast av överväganden som sammanhänger med allmänintresset.</p> <p>c) De deltagande upphandlande myndigheterna utövar verksamhet på den öppna marknaden i en omfattning som understiger 20 % av de verksamheter som berörs av samarbetet.</p>	<p>Denna lag gäller inte för upphandling mellan två eller flera upphandlande myndigheter, om</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas gemensamma mål, 2. samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och 3. myndigheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.
<p>Artikel 12.5 i LOU-direktivet</p>	<p>3 kap. 18 § LOU</p>
<p>När procentsatsen för de verksamheter som avses i [--] punkt 4 c fastställs ska man beakta den genomsnittliga totala omsättningen eller ett lämpligt alternativt verksamhetsbaserat mått, såsom kostnader som uppstått hos den berörda juridiska personen eller upphandlande myndigheten i fråga om tjänster, varor och byggtreprenader under de tre åren som föregår kontraktets tilldelning.</p> <p>När omsättningen, eller det alternativa verksamhetsbaserade måttet såsom kostnader, för de föregående tre åren inte är tillgängliga</p>	<p>Verksamhetsandelen enligt 17 § 3 ska bestämmas på grundval av den upphandlande myndighetens sammanlagda genomsnittliga omsättning i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader avseende de verksamheter som har omfattats av samarbetet under de tre åren som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod. Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen</p>

eller inte längre är relevanta på grund av tidpunkten för den berörda juridiska personens eller upphandlande myndighetens etablering eller inledandet av verksamheten eller en omorganisation av dess verksamheter, är det tillräckligt att företaget kan påvisa att verksamhetsmålet är trovärdigt, särskilt genom prognoser för verksamheten.

bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmål.

Regleringen ligger relativt nära hur EU-domstolen formulerat kriterierna för att undantaget ska vara tillämpligt. Artikel 12.4 a) och 12.4 b) är snarlika, men inte identiska med, hur domstolen har formulerat sig. Artikel 12.4 c) är däremot helt ny och återfinns inte i domstolens tidigare praxis. Genom skälen till direktivet får man vägledning kring hur bestämmelserna ska tolkas.

Som anges i skälen till direktivet rådde det en betydande osäkerhet kring hur undantaget för samarbetsavtal skulle förstås. Vissa av förutsättningarna för undantaget förtydligas genom kodifieringen. Tyvärr innebär kodifieringen i andra fall att den tidigare osäkerhet nu även finns i lagen. I ytterligare några fall uppkommer nya frågeställningar.

I avsnitt 6.4 redogör vi för de olika rekvisiten i bestämmelserna.

6.3.2 Ikraftträdande och övergångsbestämmelser

Bestämmelserna i LOU gäller som huvudregel för upphandlingar som har påbörjats efter det att lagen trädde i kraft. Vad gäller bestämmelserna om undantaget för samarbetsavtal gäller dock att de ska tillämpas även på förhållanden, dvs. avtal, rättshandlingar eller andra relevanta omständigheter, som avser tiden före ikraftträdandet av lagen.¹⁰⁶ Det innebär att även sådana samarbetsavtal som ingåtts innan den nya LOU trädde ikraft är undantagna tillämpningsområdet för såväl den gamla som den nya LOU, om avtalet uppfyller kriterierna i den nya LOU för att undantaget ska vara tillämpligt.

¹⁰⁶ Prop. 2015/16:195 s. 917 och 1161. Detta gäller såväl LOU som LUF. För motsvarande bestämmelser i LUK gäller detsamma för byggkoncessioner.

6.4 Förutsättningar för undantaget

Bestämmelserna om samarbetsavtal innehåller flera olika förutsättningar för att undantaget ska kunna tillämpas. Vi redogör för dessa förutsättningar enligt följande:

- Samarbetsavtalet ska träffas mellan två eller flera upphandlande myndigheter, se avsnitt 6.4.1.
- Avtalet ska upprätta eller reglera formerna för samarbetet, se avsnitt 6.4.2.
- Avtalet ska avse ett samarbete, se avsnitt 6.4.3.
- Samarbetet ska avse myndigheternas gemensamma mål, se avsnitt 6.4.4.
- Samarbetet ska avse offentliga tjänster, se avsnitt 6.4.5.
- Samarbetet ska endast styras av överväganden som hänger samman med allmänintresset, se avsnitt 6.4.6.
- Myndigheterna ska utöva mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet på den öppna marknaden, se avsnitt 6.4.7.

De olika förutsättningarna för undantaget bör ses i sitt sammanhang. De kan i flera avseenden antas påverka tolkningen av varandra, vilket vi också redogör för.

I avsnitt 6.4.8 redogör vi för vad som händer om förutsättningarna för undantaget förändras under ett pågående samarbete. I avsnitt 6.4.9 redogör vi för att undantaget ska tolkas restriktivt.

6.4.1 Upphandlande myndigheter

Samarbetsavtalet ska träffas mellan två eller flera upphandlande myndigheter. Privata aktörer får inte vara parter i avtalet.

Alla upphandlande myndigheter (inklusive de som jämföras med myndigheter, bland annat offentligt styrda organ) kan tillämpa undantaget.¹⁰⁷ Däremot får privata aktörer inte vara parter i avtalet.

¹⁰⁷ I LOU-direktivet, artikel 2.1, definieras upphandlande myndigheter som att bl.a. innefatta offentlighetsorgan (dvs. offentligt styrda organ). I LOU uttrycks detta som att bl.a. offentligt styrda organ jämföras med myndigheter, 1 kap. 22 § LOU. Det har tidigare funnits en osäkerhet kring vilka myndigheter, enheter och organ som kan tillämpa undantaget. Genom regleringen klargörs detta.

Privat ägarintresse i kapitalet

Det har antagits att EU-domstolens praxis innebär att det inte får finnas något privat ägarintresse i de upphandlande myndigheter som är parter i avtalet.¹⁰⁸ Något sådant krav framgår dock inte av direktivet eller lagen.

I skälen till direktivet anges att ”det bör också klargöras att upphandlande myndigheter såsom offentligrättsliga organ, som kan ha ett privat ägarintresse i kapitalet, bör kunna utnyttja undantaget för övergripande samarbete. När alla andra villkor för det övergripande samarbetet är uppfyllda bör följaktligen undantaget för övergripande samarbete även omfatta sådana upphandlande myndigheter när kontraktet ingås uteslutande mellan upphandlande myndigheter” (vår understrykning).¹⁰⁹

Skälen är inte tydliga. Att organet ”kan ha ett privat ägarintresse i kapitalet” kan innebära att undantaget gäller för den typ av organ som *kan* ha ett privat ägarintresse i kapitalet, men som rent faktiskt inte har det. Syftet med skälen kan då vara att klargöra vilken typ av myndigheter och organ som kan tillämpa undantaget. I förarbetena till LOU anges också att det inte får finnas några privata intressen i de upphandlande myndigheter som är parter i kontraktet.¹¹⁰ En annan tolkning är att undantaget även gäller när det offentligt styrda organet rent faktiskt har ett privat ägarintresse i kapitalet.¹¹¹

Det är alltså inte tydligt vad som gäller för privat ägarintresse i de upphandlande myndigheter som är parter i avtalet. Eftersom alla förutsättningar för undantaget måste vara uppfyllda, till exempel att samarbetet endast får styras av

¹⁰⁸ Se bl.a. Jannice Wiggen, *Directive 2014/24/EU: The new Provision on Co-operation in the Public Sector*, Public Procurement Law Review, issue 3 (2014), s. 91. Kommissionen angav också i sitt förslag till direktiv att en förutsättning för att undantaget skulle vara tillämpligt var att det saknas privat ägarintresse i de upphandlande myndigheter som deltar i samarbetet, Kommissionen, KOM(2011) 896 slutlig.

¹⁰⁹ Skäl 32, LOU-direktivet. Motsvarande text på engelska: “It should also be clarified that contracting authorities such as bodies governed by public law, that may have private capital participation, should be in a position to avail themselves of the exemption for horizontal cooperation”. Motsvarande text på tyska: “Es sollte auch klargestellt werden, dass öffentliche Auftraggeber wie Einrichtungen des öffentlichen Rechts, bei denen eine private Kapitalbeteiligung bestehen kann, in der Lage sein sollten, die Ausnahmeregelung für eine horizontale Zusammenarbeit in Anspruch zu nehmen”.

¹¹⁰ Prop. 2015/16:195 s. 967.

¹¹¹ Denna tolkning har lyfts fram i rättsliga analyser. Se bl.a. Kris Wauters, *CJEU case law on cooperative agreements between public authorities and its influence on certain national legal systems*, PhD thesis, University of Glasgow (2014), s. 191. Jannice Wiggen, *Directive 2014/24/EU: The new Provision on Co-operation in the Public Sector*, Public Procurement Law Review, issue 3 (2014), s. 91.

överväganden som hänger samman med allmänintresset, bör utrymmet för privat ägarintresse i kapitalet under alla förhållanden vara begränsat.

Särskilt om upphandlande myndigheter och enheter i LUF och LUK

Undantaget för samarbetsavtal gäller i samtliga tre lagar, LOU, LUF och LUK för sådana organisationer som *enligt LOU* inryms inom definitionen av upphandlande myndighet.

Undantaget för samarbetsavtal gäller i LUF bara för upphandlande myndigheter (dvs. för sådana upphandlande enheter som också är upphandlande myndigheter).¹¹² Upphandlande enheter enligt 1 kap. 22 § LUF som inte är upphandlande myndigheter enligt 1 kap. 23 § LUF kan alltså inte tillämpa undantaget.¹¹³

I LUK gäller undantaget för upphandlande myndigheter och sådana upphandlande enheter som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1 i LUK.¹¹⁴

Detta innebär att undantaget i samtliga tre lagar, LOU, LUF och LUK, gäller för sådana organisationer som *enligt LOU* inryms inom definitionen av upphandlande myndighet.¹¹⁵

Dessa distinktioner återfinns även vad gäller andra bestämmelser i upphandlingslagstiftningen och det är därför viktigt för en organisation att ta ställning till vilken kategori av upphandlande myndighet respektive enhet som organisationen tillhör.

6.4.2 Upprätta eller reglera formerna för samarbetet

Avtalet ska upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan upphandlande myndigheter.

¹¹² 3 kap. 17 § LUF.

¹¹³ Prop. 2015/16:195 s. 1187.

¹¹⁴ 3 kap. 19 § LUK, prop. 2015/16:195 s. 1329.

¹¹⁵ Inklusive de som jämfställs med myndigheter, bl.a. offentligt styrda organ.

Avtalet ska *upprätta* eller *reglera* formerna för ett samarbete mellan upphandlande myndigheter. Att undantaget även omfattar en reglering innebär att en upphandlande myndighet kan ansluta sig i efterhand till ett redan existerande samarbete mellan andra upphandlande myndigheter.¹¹⁶

6.4.3 Samarbete

Avtalet ska avse ett samarbete mellan upphandlande myndigheter. Om avtalet istället innebär att en upphandlande myndighet köper en tjänst av en annan myndighet är undantaget inte tillämpligt.

Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning krävs det att parterna samarbetar för att undantaget ska vara tillämpligt. Det innebär att köp inte omfattas av undantaget.¹¹⁷ I skälen till direktivet anges att samarbetet, för att uppfylla villkoren för undantaget, bör grundas på ett ”samarbetskoncept”.¹¹⁸ Det anges vidare att det ska finnas ”åtaganden om att bidra till ett fullgörande av den berörda offentliga tjänsten genom samarbete”.¹¹⁹

Det görs alltså en åtskillnad mellan avtal om samarbeten och sådana avtal där en upphandlande myndighet köper tjänster från en annan upphandlande myndighet. Upphandlingsmyndigheten uppfattar detta som en viktig begränsning i möjligheterna att tillämpa undantaget för samarbetsavtal.

Exempelvis bör undantaget inte vara tillämpligt om en kommun köper snöröjningstjänster av en närliggande kommun. Det är då fråga om ett köp och inte ett samarbete. Undantaget kan däremot vara tillämpligt om kommunerna

¹¹⁶ Prop. 2015/16:195 s. 966.

¹¹⁷ I Kommissionens förslag till nytt LOU-direktiv angavs att det skulle krävas ett *konkret* samarbete för att undantaget skulle vara tillämpligt (på engelska ”genuine co-operation”), Kommissionen, KOM(2011) 896 slutlig. Under förhandlingarna till nytt direktiv ändrades Kommissionens förslag och ordet ”konkret” ströks från artikeln. Denna förändring innebär enligt vissa författare att undantaget numera även är tillämpligt vid köp av tjänster, eller att kravet på samarbete möjligen inte är lika strikt som tidigare. Se bl.a. Martin Burgi i *Modernising public procurement* (Francois Lichère m.fl.), (2014) s. 62. Författaren anser att eftersom ordet konkret (”genuine”) har strukits bör undantaget även vara tillämpligt vid köp av tjänster. I Konkurrens- och Forbrugerstyrelsens *Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning*, (2014), s. 533, anges att förändringen verkar innebära att kravet på samarbete inte är lika uttalat längre. Andra författare anser att det troligen inte var tänkt att innebära någon materiell förändring när ordet ”konkret” ströks från artikeln under förhandlingarna. Se bl.a. Jannice Wiggen, *Directive 2014/24/EU: The new Provision on Co-operation in the Public Sector*, Public Procurement Law Review, issue 3 (2014) s. 90.

¹¹⁸ Skäl 33, LOU-direktivet. På engelska: ”the cooperation should be based on a cooperative concept”.

¹¹⁹ Skäl 33, LOU-direktivet.

ingår ett avtal om att gemensamt samarbeta kring snöröjningen av vägarna i kommunerna och båda parter bidrar med resurser till samarbetet.

Frågan om samarbete är nära kopplat till förutsättningen om gemensamt mål, som vi skriver mer om i avsnitt 6.4.4. Samarbetsavtalet får inte ha sitt ursprung enbart i den ena partens behov. Då är det inte fråga om ett samarbete för att uppnå parternas gemensamma mål, utan om ett köp. Det gäller alldeles oavsett om det sedan sker ett ”samarbete” inom ramen för avtalets fullgörande, dvs. att köparen bidrar till utförandet av tjänsten. En första förutsättning är alltså att det är fråga om ett samarbete för att uppnå parternas gemensamma mål. Därutöver ska parterna enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning rent faktiskt samarbeta och bidra till ett fullgörande av tjänsten.

I C-480/06 *Hamburg* angav domstolen att avtalet avsåg ett samarbete som syftade till att säkerställa ett gemensamt allmännyttigt uppdrag (avfallshantering).¹²⁰ Domstolen angav också att de upphandlande myndigheter som inte stod för huvudförpliktelsen hade gjort vissa åtaganden som hade ett direkt samband med den allmännyttiga tjänsten. De fyra Landkreise ställde bland annat den kapacitet de inte själva använde till Hamburg stads förfogande och de åtog sig att ta emot förbränningsrester.¹²¹

Det finns inte något krav på att samtliga parter ska ha ett lika stort ansvar för utförandet eller att alla parter måste bidra med samma tjänster.¹²² Det är inte heller uteslutet med ekonomisk kompensation mellan parterna, så länge det rör sig om kostnadstäckning, se avsnitt 6.4.6. Däremot krävs det att samtliga parter verkligen bidrar vid utförandet av uppdraget.

Undantaget för samarbetsavtal benämns i LOU som ”Upphandling mellan upphandlande myndigheter”. Mot bakgrund av bedömningen att köp inte omfattas av undantaget är benämningen något olycklig, då den för tankarna till köp och andra anskaffningar.

¹²⁰ C-480/06 *Hamburg* p. 37.

¹²¹ *Ibid* p. 41.

¹²² Skäl 33, LOU-direktivet.

6.4.4 Myndigheternas gemensamma mål

De offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra ska tillhandahållas för att uppnå myndigheternas gemensamma mål. Samtliga parter bör säkerhetsställa att motivet för att ingå i samarbetet enbart utgår från det egna behovet av att fullgöra uppgiften.

En förutsättning för att undantaget ska gälla är att de offentliga tjänster som parterna ska utföra ska tillhandahållas för att uppnå parternas gemensamma mål. Liknande skrivningar finns i EU-domstolens praxis.¹²³ Som vi angav i avsnitt 6.4.3 får samarbetsavtalet inte ha sitt ursprung enbart i den ena partens behov, medan den andra parten är en medhjälpare som genom samarbetsavtalet tar över en viss del av uppdragets genomförande. En sådan medhjälpare är att likställa med en vanlig leverantör och det är då fråga om ett köp och inte om ett samarbete.¹²⁴

I förarbetena till LOU anges det att för att förutsättningen ska vara uppfylld ska det vara fråga om tjänster som kan härledas till ett offentlighetsrättsligt åliggande för samtliga parter att tillhandahålla dem (eller att se till att så sker).¹²⁵ Som vi utvecklar i avsnitt 6.4.5 menar Upphandlingsmyndigheten att även frivilliga uppgifter som myndigheterna har tagit på sig ansvaret för kan omfattas av undantaget.

Det bör dock vara enklare att visa att förutsättningen är uppfylld om kommuner och landsting samarbetar kring en uppgift på det obligatoriska området. Då framgår samtliga parters behov av att fullgöra uppgiften av det offentlighetsrättsliga åliggandet. Undantaget bör alltså enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning även kunna tillämpas för en uppgift på det frivilliga området. Men då är det extra viktigt att parterna säkerhetsställer att motivet för att ingå i samarbetet enbart utgår från det egna behovet av att fullgöra uppgiften.

¹²³ I EU-domstolens praxis anges att det ska vara fråga om ett allmännyttigt uppdrag som är gemensamt för parterna för att undantaget ska vara tillämpligt, C-159/11 *Lecce* p. 34 och C-386/11 *Piepenbrock* p. 36. Formuleringen i praxis och i regleringen skiljer sig alltså något åt. Det är oklart om en skillnad i sak är avsedd.

¹²⁴ Jannice Wiggen, *EU-domstolen presiserer villkåren för offentlig samarbete utanför anskaffelsesverket*, Hjort Journal, nr 3 (2013).

¹²⁵ Prop. 2015/16:195 s. 967.

Byte av tjänster på olika verksamhetsområden

Undantaget bör enligt Upphandlingsmyndigheten inte kunna tillämpas om två kommuner byter tjänster *på olika* verksamhetsområden med varandra.¹²⁶ Man kan tänka sig två kommuner som båda ska tillhandahålla vissa tjänster på två olika verksamhetsområden, exempelvis avfallshantering och snöröjning. De bör inte kunna träffa ett samarbetsavtal där en kommun tillhandahåller avfallshantering för båda kommunerna och den andra kommunen tillhandahåller snöröjning för båda kommunerna. Man skulle kunna argumentera för att det då rör sig om ett samarbete för att uppnå myndigheternas gemensamma mål, om än två olika mål. I C-480/06 *Hamburg*, där EU-domstolen ansåg att undantaget var tillämpligt, betonades dock att myndigheterna gjort vissa åtaganden som hade ett direkt samband med föremålet för den allmännyttiga tjänsten.¹²⁷ Även i arbetsdokumentet från Kommissionens avdelningar om offentligt-offentligt samarbete poängteras att avtalet ska avse ett gemensamt mål, det gemensamma utförandet av en och samma uppgift.¹²⁸

6.4.5 Offentliga tjänster

Samarbetet ska avse offentliga tjänster. Begreppet offentliga tjänster är inte definierat i lagen eller i direktivet.

Med offentliga tjänster avses troligen sådana tjänster som utförs för att nå operativa mål, till exempel avfallshantering. Undantaget kan därmed inte tillämpas för samarbeten som enbart avser stödverksamhet, till exempel ekonomitjänster och städning.

Utöver gränsdragningen mot stödverksamhet öppnar skälen till direktivet upp för en vid tolkning av vad ett samarbete kan avse. Enligt skälen kan ett samarbete avse såväl obligatoriska som frivilliga uppgifter och alla typer av verksamhet som sammanhänger med fullgörandet av tjänsterna. Rättsläget är dock oklart och det kan inte uteslutas att det krävs något mer av tjänsterna, utöver att de utförs för att nå operativa mål, för att de ska omfattas av undantaget.

¹²⁶ Detta även med beaktande av att formuleringen i praxis och i regleringen skiljer sig något åt, se ovan.

¹²⁷ C-480/06 *Hamburg* p. 41.

¹²⁸ SEC(2011) 1169 final Commission staff working paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities ('public-public cooperation'), s. 13. Se även skäl 33, LOU-direktivet.

En förutsättning för att undantaget ska gälla är att samarbetet avser offentliga tjänster. Begreppet *offentliga tjänster* ("public services" på engelska) är ordagrant överfört från artikel 12.4 a i LOU-direktivet till LOU. Det får enligt förarbetena till lagen antas motsvara begreppen *allmännyttiga tjänster* och *allmännyttiga uppdrag* som används i EU-domstolens praxis om samarbetsavtal.¹²⁹

Vad som utgör offentliga tjänster (eller allmännyttiga tjänster och allmännyttiga uppdrag) definieras inte i lagen eller i direktivet. I rättsliga analyser har olika tolkningar lyfts fram. En tolkning är att det inte är viktigt *vad* man samarbetar kring, utan *hur* man samarbetar, dvs. att det är formerna för samarbetet som är reglerat. En avgränsning ska då endast göras mot rent kommersiell verksamhet.¹³⁰ En annan tolkning är att offentliga tjänster enligt undantaget ska skiljas från andra tjänster. Denna frågeställning behandlas nedan.

Offentliga tjänster i sig och stödverksamhet

En första fråga som uppkommer är om ett samarbetsavtal måste avse offentliga tjänster i sig, som avfallshantering, eller om ett samarbetsavtal även kan avse sådana tjänster som endast indirekt avser fullgörandet av en offentlig tjänst. Ett exempel på det senare kan vara städning av lokaler som används för fullgörandet av en offentlig tjänst. Frågan ställdes av den hänskjutande domstolen i C-386/11 *Piepenbrock*.

¹²⁹ Prop. 2015/16:195 s. 966. Där hänvisas till C-480/06 *Hamburg* och C-159/11 *Lecce*.

¹³⁰ Se bl.a. Werner Miguel Kühn, *The reform of the EEA rules on public procurement*, UrT 2015:2, s. 159, Jannice Wiggen, *Directive 2014/24/EU: The new Provision on Co-operation in the Public Sector*, Public Procurement Law Review, issue 3 (2014) s. 90 och Advokatfirman Hjørt DA, *Nye anskaffelsesdirektiver og unntaket for offentlig-offentlig samarbeid - Forholdet til norske interkommunale samarbeidsordninger*, s. 52. Advokatfirman Hjørt DA, som har analyserat frågan om samarbetsavtal för Kommunal- og moderniseringsdepartementet i Norge, anser att de aktuella tjänsterna kan avse allt från hantering av hushållsavfall till stödfunktioner såsom IT och ekonomi och uppgifter av frivillig karaktär, till exempel sektorövergripande näringslivsutveckling. Begränsningen ligger enligt Hjørt i att samarbetet endast ska styras av allmänintresset, vilket anges innebära en avgränsning mot rent kommersiell verksamhet. En sådan tolkning har också visst stöd i C-480/06 *Hamburg*. I domen anger EU-domstolen att gemenskapsbestämmelserna inte föreskriver någon skyldighet för offentliga myndigheter att använda sig av en särskild rättslig form för att gemensamt kunna säkerställa att en allmännyttig uppgift fullgörs. Om ett samarbete hade varit undantaget upphandlingsreglerna genom Teckal-undantaget om samarbetet hade skett genom bildandet av ett bolag, borde samarbetet alltså även vara undantaget om parterna istället träffar ett avtal om samma sak.

EU-domstolen besvarade inte frågan uttryckligen. EU-domstolen angav kortfattat att avtalet inte verkade ha som ändamål att inrätta ett samarbete mellan parterna för att fullgöra ett gemensamt allmännyttigt uppdrag. Det framgår inte klart, men det är möjligt att domstolen inte ansåg att uppdraget avsåg sådana tjänster som ett samarbete kan avse. I C-480/06 *Hamburg* och C-159/11 *Lecce* verkar EU-domstolen göra en bedömning av de aktuella tjänsterna och det framstår som att domstolen ansåg att det var av betydelse vad samarbetet avsåg.¹³¹

Kommissionen har i ett tillkännagivande från 2016 angivit att undantaget kan vara tillämpligt vid samarbeten för att nå vissa operativa mål, men inte för stödverksamhet (exempelvis utveckling av IT-verktyg eller hyra av kontor).¹³²

Även i förarbetena till LOU anges att enbart administrativa tjänster inte kan anses vara offentliga tjänster i paragrafens mening. Med administrativa tjänster bör förstås det som Kommissionen beskriver som stödverksamhet. Enligt förarbetena kan exempelvis ett samarbete som enbart avser ekonomitjänster alltså inte anses gälla offentliga tjänster.¹³³

Mot bakgrund av EU-domstolens praxis, Kommissionens uttalande och förarbetena till LOU finns det anledning att göra skillnad på offentliga tjänster i sig och stödverksamhet.

Ett samarbetsavtal bör därmed avse offentliga tjänster i sig, dvs. tjänster för att nå operativa mål (till exempel avfallshantering). Samarbetsavtalet bör däremot inte avse sådan stödverksamhet som endast indirekt avser fullgörandet av en offentlig

¹³¹ I C-480/06 *Hamburg* poängterade domstolen att det aktuella samarbetet syftade till att säkerställa att ett gemensamt allmännyttigt uppdrag, dvs. avfallshantering, skulle fullgöras. Domstolen påpekade att uppdraget hade ett samband med rådets direktiv om avfall. Domstolen gjorde alltså en bedömning av vad samarbetet avsåg och verkar ha lagt viss vikt vid att det var fråga om en tjänst av allmänintresse. Även i C-159/11 *Lecce* verkar domstolen göra en bedömning av den aktuella tjänsten. Domstolen angav att avtalet avsåg sådana uppgifter som utförs av ingenjörer eller arkitekter och som inte utgjorde vetenskaplig forskning. Det framstår därmed som att EU-domstolen har ansett att det är av betydelse vad samarbetet avser.

¹³² Kommissionens tillkännagivande *Vägledning för medlemsstaterna om urval av organ för genomförande av finansieringsinstrument* (2016/C 276/01), s. 16.

¹³³ Prop. 2015/16:195 s. 966. Slutsatsen dras mot bakgrund av uppfattningen att en offentlig tjänst är en tjänst som kan härledas till ett offentlighetsrättsligt åliggande, se vidare under avsnitt 6.4.5 om "Åliggande att tillhandahålla tjänsten".

tjänst (till exempel städning, utveckling av IT-verktyg, hyra av kontor eller ekonomitjänster).¹³⁴

Stödverksamhet som en del av ett samarbete

I skälen till direktivet anges att samarbetet kan omfatta alla typer av verksamhet som sammanhänger med fullgörandet av tjänsterna.¹³⁵ Det skulle i och för sig kunna ge stöd för uppfattningen att även stödverksamhet omfattas av undantaget. En försiktigare tolkning, vilken enligt Upphandlingsmyndigheten också ligger i linje med Kommissionens tillkännagivande och förarbetena till LOU, är att ett samarbete som avser offentliga tjänster i sig även kan innehålla inslag av samarbete kring stödverksamhet som sammanhänger med de offentliga tjänsterna. Samarbeten som enbart avser stödverksamhet faller utanför undantaget.

Vad är en offentlig tjänst?

Vi har ovan gjort bedömningen att ett samarbete ska avse offentliga tjänster i sig, dvs. tjänster för att nå operativa mål, och inte sådan stödverksamhet som endast indirekt avser fullgörandet av en offentlig tjänst.

En offentlig tjänst kan då förstås som en tjänst som tillhandahålls av det offentliga för att nå operativa mål. Om till exempel en kommun väljer att tillhandahålla en tjänst, vilken som helst, till sina kommuninvånare skulle den alltså utgöra en offentlig tjänst.

Ett samarbete ska dock enbart styras av överväganden som hänger samman med allmänintresset (se vidare 6.4.6). Det framgår av regleringen om samarbetsavtal. Det står därmed klart att samarbetet inte kan avse kommersiell verksamhet. Fråga uppkommer om kravet på allmänintresse därutöver innebär att det krävs något mer av tjänsterna för att de ska omfattas av undantaget. Uttryckt på ett annat sätt är frågan om det med offentliga tjänster avses något mer än tjänster som tillhandahålls av det offentliga för att nå operativa mål. Vi analyserar nedan några förhållanden som tydliggör allmänintresset av ett samarbete.

¹³⁴ Det kan tilläggas att gränsdragningen inte alltid är tydlig mellan vad som utgör samarbeten för att nå operativa mål och vad som utgör stödverksamhet. Detta gäller inte minst vid frågor kring digitalisering av verksamheter.

¹³⁵ Skäl 33, LOU-direktivet.

EU-rättslig reglering

I mål C-480/06 *Hamburg* verkar det ha varit av viss betydelse att den aktuella tjänsten, avfallshantering, var reglerad på EU-nivå. Domstolen poängterade att samarbetet syftade till att säkerställa att ett gemensamt allmännyttigt uppdrag skulle fullgöras. Domstolen påpekade att uppdraget hade ett samband med rådets direktiv om avfall.¹³⁶ Tjänsten rörde alltså ett allmänintresse som erkändes av unionsrätten. Det framgick dock inte om det var av avgörande betydelse för utgången i målet.

I de senare avgörandena från EU-domstolen där samarbetsavtal prövats, berörs inte frågan om EU-reglering av de aktuella tjänsterna. Detsamma gäller för regleringen av undantaget i direktiv och lag. För att en tjänst ska betraktas som en offentlig tjänst bör det därmed inte vara av avgörande betydelse att den är reglerad på EU-nivå. Omfattas den aktuella tjänsten av EU-reglering, motsvarande den i Hamburg-målet, är allmänintresset dock tydligt och det måste stå klart att undantaget kan tillämpas.

Åliggande att tillhandahålla tjänsten

I förarbetena till LOU anges att en offentlig tjänst är en tjänst som kan härledas till ett offentligt rättsligt åliggande för en myndighet att tillhandahålla den, eller åtminstone att se till att så sker.¹³⁷

Direktivtexten och lagtexten talar också om ”de offentliga tjänster som de [upphandlande myndigheterna] ska utföra”¹³⁸ (vår understrykning). Det kan indikera att det ska röra sig om tjänster som det finns en skyldighet att utföra.

I skälen till direktivet anges dock att ett samarbete ”kan omfatta alla typer av verksamhet som sammanhänger med fullgörandet av tjänster och ansvar som förelagts de deltagande myndigheterna eller som de påtagit sig ansvaret för, t.ex.

¹³⁶ C-480/06 *Hamburg* p. 37.

¹³⁷ Prop. 2015/16:195 s. 966.

¹³⁸ Artikel 12.4 a, LOU-direktivet och 3 kap. 17 § punkt 1 LOU. I exempelvis den engelska versionen av direktivet talas det på samma sätt om ”public services they have to perform.”

obligatoriska eller frivilliga uppgifter för lokala eller regionala myndigheter eller tjänster som genom lag ålagts vissa organ” (våra understrykningar).¹³⁹

För att en tjänst ska anses vara en offentlig tjänst krävs det enligt skälen till direktivet alltså inte att tjänsten avser något som en upphandlande myndighet är ålagd att utföra. Även frivilliga uppgifter som den upphandlande myndigheten själv har tagit på sig omfattas av begreppet.

Regleringen i direktivet och i LOU behöver inte heller tolkas som att det krävs en skyldighet eller ett åliggande att utföra den aktuella tjänsten för att det ska vara fråga om en offentlig tjänst. Att tjänsten ”ska utföras” kan förstås i en mer allmän betydelse, dvs. att den ska utföras för att den upphandlande myndigheten har bestämt att så ska ske. ”Ska utföras” kan också vara framåtblickande.¹⁴⁰

Upphandlingsmyndigheten menar att samarbetsavtal även bör kunna avse frivilliga uppgifter som en upphandlande myndighet har tagit på sig att utföra. Det mot bakgrund av att skälen till direktivet tydligt anger hur regleringen ska förstås, och det inte finns någon motsägelse mot regleringen i direktivet och i LOU.

För kommunal verksamhet innebär detta att samarbetsavtal bör kunna avse såväl det obligatoriska som det frivilliga området. Om kommuner och landsting samarbetar kring uppgifter på det obligatoriska området kan det dock vara enklare att visa att det är fråga om offentliga tjänster som utförs för att uppnå ett gemensamt mål och att samarbetet endast styrs av allmänintresset. Om samarbetet avser det frivilliga området bör en fast, tydlig och långsiktig ram för samarbetet eftersträvas, eftersom allmänintresset då blir tydligare.¹⁴¹

¹³⁹ Skäl 33, LOU-direktivet.

¹⁴⁰ Jämför särskilt med den tyska versionen av direktivet där det snarare beskrivs som att det är de offentliga tjänster som parterna bidrar med som ska utföras för att uppnå parternas gemensamma mål. ”Der Vertrag begründet oder erfüllt eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern mit dem Ziel sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden.”

¹⁴¹ I ett rättsutlåtande från 2015 om möjligheterna att tillämpa undantaget för samarbetsavtal har Jörgen Hettne och Maria Fritz angivit att den uppgift som ett samarbete avser lämpligen bör anges i lag, eftersom allmänintresset då blir tydligt. Kortsiktiga och frivilliga överenskommelser är enligt författarna svårare att förena med de EU-rättsliga kraven. Framför allt eftersom det gemensamma allmänintresset framstår som svagt. Det är enligt författarna bättre att det finns en fast, tydlig och långsiktig ram för samarbetet, även om den inte nödvändigtvis behöver komma till uttryck i lag. Rättsutlåtande till SOU 2015:17 s. 28 f. Betänkandet avsåg en reglering av samverkan mellan Försäkringskassan och landstingen vad gäller försäkringsmedicinska utredningar. Ett nytt, och i dessa delar omarbetat, lagförslag har tagits fram genom DS 2016:41.

Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

Som vi angav ovan definieras inte offentliga tjänster i direktivet eller i lagen. Detsamma gäller de begrepp som EU-domstolen använt, det vill säga allmännyttiga tjänster och allmännyttiga uppdrag. Ett närliggande begrepp är *tjänster av allmänt ekonomiskt intresse*. Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse regleras i EU-rätten. Det är tänkbart att domstolen i de mål som avser samarbetsavtal har hämtat vägledning från de föresatser som ligger bakom den regleringen.¹⁴² I rättsliga analyser framförs också ståndpunkten att begreppet offentliga tjänster vad gäller samarbetsavtal bör ges motsvarande innebörd som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.¹⁴³

Varken i regleringen av samarbetsavtal eller i EU-domstolens praxis på området talar man dock om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller hänvisar till den regleringen. Det saknas alltså en direkt koppling mellan bestämmelserna.¹⁴⁴

Kommissionen har angivit att med tjänster av allmänt ekonomiskt intresse avses ekonomisk verksamhet vars resultat är till övergripande allmän nytta och som marknaden inte skulle tillhandahålla utan offentligt ingripande (eller endast på andra villkor vad avser kvalitet, säkerhet, överkomlighet, likabehandling och allmän tillgång).¹⁴⁵ Se vidare om tjänster av allmänt intresse på sidan 61.

Regeringen menar att många av de välfärdstjänster som tillhandahålls av svenska kommuner och landsting, som bland annat hälso- och sjukvård, äldreomsorg, barn- och ungdomsutbildning, renhållning och avfallshantering sannolikt kan definieras som tjänster (ekonomiska eller icke-ekonomiska) av allmänt intresse.¹⁴⁶

¹⁴² Se bl.a. Karsten Naundrup Olesen i *Den nordiska välfärden och marknaden*, s. 257 och Jörgen Hettne, rättsutlåtande till SOU 2012:30, bilaga 4, s. 605.

¹⁴³ Se bl.a. Kris Wauters, *CJEU case law on cooperative agreements between public authorities and its influence on certain national legal systems*, PhD thesis, University of Glasgow (2014), s. 96 ff.

¹⁴⁴ I mål C-480/06 *Hamburg* gjorde generaladvokaten en bedömning av om det aktuella samarbetet kunde undantas eftersom det rörde sig om en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse och att villkoren i nuvarande FEUF 106.2 (tidigare 86.2 EG) var uppfyllda (se punkt 56–63 i generaladvokatens yttrande). Generaladvokaten ansåg inte att villkoren var uppfyllda. Han ansåg inte att det var visat att avtalet var det enda medlet för att fullgöra uppgiften och inte heller att tillämpningen av ett öppet eller selektivt förfarande hade utgjort hinder för ett sådant avtal. EU-domstolen gjorde å sin sida inte någon motsvarande bedömning och domen innehåller inte någon referens till FEUF 106.2 (tidigare 86.2 EG) eller till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

¹⁴⁵ Kommissionen, KOM(2011) 900 slutlig, *En kvalitetsram för tjänster av allmänt intresse i Europa*, s. 3.

¹⁴⁶ SOU 2015:24 s. 389.

Regeringen menar också att kommuner och landsting själva borde kunna avgöra om en ekonomisk tjänst är av allmänt intresse, så länge EU eller staten inte har tagit uppgiften i anspråk.¹⁴⁷

Jörgen Hettne har tidigare haft i uppdrag av Kommittén om förstärkning av den kommunala demokratins funktionssätt att avge ett utlåtande om EU-rättens betydelse för kommunal samverkan i Sverige. Han menar att tjänster som rymms inom det traditionella kommunala uppdraget i Sverige som huvudregel bör kunna definieras som tjänster av allmänt intresse (i de flesta fall som ekonomiska och i några fall som icke-ekonomiska).¹⁴⁸ Det finns dock en osäkerhet kring vilka tjänster som kan anses utgöra tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ur ett svenskt perspektiv.¹⁴⁹

I ett rättsutlåtande från 2015 om möjligheterna att tillämpa undantaget för samarbetsavtal har Jörgen Hettne och Maria Fritz angivit att man bör överväga att i lag uttryckligen kvalificera den aktuella tjänsten som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. En sådan kvalificering, vilken omfattas av varje medlemsstats utrymme för skönsmässig bedömning, underlättar enligt författarna en eventuell framtida EU-rättslig prövning. Att definiera tjänster som allmännyttiga skapar enligt författarna större rättssäkerhet och handlingsfrihet ur ett EU-rättsligt perspektiv.¹⁵⁰

Som vi angivit ovan ser Upphandlingsmyndigheten inte att det finns en direkt koppling mellan undantaget för samarbetsavtal och tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Om ett samarbetsavtal avser tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och om tjänsterna är kvalificerade som sådana är allmänintresset dock tydligt och det bör vara klart att undantaget kan tillämpas.

¹⁴⁷ Lagrådsremissen, *En ny kommunallag*, (2017), s. 151 f. Se även SOU 2015:24 s. 425.

¹⁴⁸ Jörgen Hettne, rättsutlåtande till SOU 2012:30, bilaga 4, s. 560.

¹⁴⁹ Ibid s. 585. Tom Madell, *Tjänster av allmänt intresse: ett svenskt perspektiv*, Sieps 2011:8. Jörgen Hettne och Maria Fritz, rättsutlåtande till SOU 2015:17 s. 19.

¹⁵⁰ Jörgen Hettne, Maria Fritz, rättsutlåtande till SOU 2015:17 s. 20. Betänkandet avsåg en reglering av samverkan mellan Försäkringskassan och landstingen vad gäller försäkringsmedicinska utredningar. Ett nytt, och i dessa delar omarbetat, lagförslag har tagits fram genom DS 2016:41. Se även Jörgen Hettne, rättsutlåtande till SOU 2012:30, bilaga 4, s. 624.

Tjänster av allmänt intresse

Tjänster av allmänt intresse är ett EU-rättsligt begrepp. Tjänster av allmänt intresse delas in i **tjänster av allmänt ekonomiskt intresse** och **icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse**.

En icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse omfattas i princip inte av EU-fördragets bestämmelser, medan en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse faller inom EU-fördragets tillämpningsområde. För en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse gäller alltså inte upphandlingsreglerna - och inte heller statsstödsreglerna, vilket det ofta handlar om när en klassificering är av intresse. Är tjänsten däremot av allmänt ekonomiskt intresse omfattas verksamheten som huvudregel av upphandlingsreglerna och statsstödsreglerna. För möjligheten att tillhandahålla statsstöd är klassificeringen av en tjänst som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse viktig, då det finns större utrymme att lämna statsstöd till sådan verksamhet än till annan ekonomisk verksamhet.¹⁵¹

EU-rättslig reglering

Bestämmelser om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse finns i artikel 14 och artikel 106.2 i EUF-fördraget, i protokoll nr 26 till EUF-fördraget samt i artikel 36 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

Begreppens innebörd

Det finns inte någon legaldefinition av begreppen i EUF-fördraget eller sekundärrätten. Någon definition finns inte heller i svensk lagstiftning.

Kommissionen har definierat **tjänster av allmänt intresse** som sådana tjänster som medlemsstaternas myndigheter anser vara av allmänt intresse och som därför är kopplade till särskilda skyldigheter att tillhandahålla dem. Begreppet täcker både ekonomisk verksamhet och icke-ekonomisk verksamhet. Med **tjänster av allmänt ekonomiskt intresse** avses enligt Kommissionen ekonomisk verksamhet vars resultat är till övergripande allmän nytta och som

¹⁵¹ Tom Madell, *Tjänster av allmänt intresse: ett svenskt perspektiv*, Sieps 2011:8, s. 27 f.

marknaden inte skulle tillhandahålla utan offentligt ingripande (eller endast på andra villkor vad avser kvalitet, säkerhet, överkomlighet, likabehandling och allmän tillgång). Den allmännyttiga skyldigheten åläggs leverantören i form av ett uppdrag som grundar sig på ett allmännyttighetskriterium, som säkerställer att leverantören tillhandahåller tjänsterna under former som överensstämmer med uppdraget. **Icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse** omfattas inte av någon särskild EU-lagstiftning och ingår inte i fördragets regelverk för den inre marknaden eller i konkurrensreglerna. Vissa aspekter av hur dessa tjänster organiseras kan dock omfattas av andra allmänna fördragsregler, till exempel principen om icke-diskriminering. **Sociala tjänster av allmänt intresse** är ytterligare ett begrepp som används i detta sammanhang. Sociala tjänster av allmänt intresse kan vara både ekonomiska och icke-ekonomiska. EU-domstolen har ansett att vissa sociala tjänster, till exempel lagstadgade sociala trygghetssystem är icke-ekonomiska, medan andra är ekonomiska.¹⁵²

Kommissionen påpekar att innehållet i begreppen är dynamiska.¹⁵³

Det saknas alltså tydliga definitioner av vad som faller under de olika begreppen. Det är upp till medlemsstaterna att definiera vad som utgör tjänster av allmänt intresse. En tjänst som anses vara av allmänt ekonomiskt intresse i en medlemsstat behöver alltså inte anses som det i en annan.¹⁵⁴

EU-domstolen har även ställt upp vissa kriterier som ska vara uppfyllda för att tjänsten ska vara av allmänt intresse. I grunden handlar det om att marknaden inte kan tillgodose det behov som föreligger under rimliga villkor, dvs. att det förekommer någon form av marknadsmisslyckande.¹⁵⁵

¹⁵² Kommissionen, KOM(2011) 900 slutlig, *En kvalitetsram för tjänster av allmänt intresse i Europa*, s. 3.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Jörgen Hettne, rättsutlåtande till SOU 2012:30, bilaga 4, s. 579.

¹⁵⁵ SOU 2015:24 s. 394.

Tjänster som tillhandahålls på marknaden under konkurrens

I förarbetena till LOU anges att en indikation på att en tjänst inte är en offentlig tjänst i lagens mening kan vara att avtalet i betydande mån gäller tjänster som typiskt sett tillhandahålls av andra aktörer än myndigheter.¹⁵⁶

EU-domstolen verkar också i C-159/11 *Lecce* bedöma om de aktuella tjänsterna normalt sett tillhandahålls av leverantörer på marknaden eller inte. Domstolen anger att det aktuella avtalet avsåg sådana uppgifter som utförs av ingenjörer eller arkitekter och som inte utgjorde vetenskaplig forskning.¹⁵⁷ Uttalandet är dock kortfattat och kan tolkas på flera olika sätt.

I litteraturen har frågan också lyfts om ett samarbete kan anses styras av allmänintresset om de tjänster som samarbetet avser tillhandahålls på marknaden under konkurrens. Detta även om tjänsterna i samarbetet tillhandahålls mot kostnadstäckning.¹⁵⁸

Att avgöra om en tjänst är en offentlig tjänst utifrån om den typiskt sett tillhandahålls av andra aktörer än myndigheter synes vara ett trubbigt instrument. Privata leverantörer tillhandahåller idag flertalet välfärdstjänster. Det kan dock inte uteslutas att det kan ha betydelse för möjligheterna att tillämpa undantaget om det uppdrag som samarbetet avser tillhandahålls på marknaden under konkurrens.

Sammanfattning

Vi har ovan analyserat i) om det krävs EU-rättslig reglering, dvs. ett allmänintresse som erkänns av unionsrätten, ii) om det krävs ett åliggande eller en skyldighet att tillhandahålla tjänsterna samt iii) om det krävs att tjänsterna är ”tjänster av allmänt ekonomiskt intresse” för att det ska vara fråga om sådana offentliga tjänster som ett samarbete kan avse. I samtliga dessa fall är vår bedömning att det inte bör vara av avgörande betydelse för möjligheten att tillämpa undantaget.

¹⁵⁶ Prop. 2015/16:195 s. 966 f.

¹⁵⁷ C-159/11 *Lecce* p. 37.

¹⁵⁸ James Falle, *Hamburg again: shared services and public sector cooperation*, Public Procurement Law Review, issue 5 (2014), s. 123–132.

Vi kan också konstatera att det av skälen till direktivet framgår att ett samarbete ”kan omfatta alla typer av verksamhet som sammanhänger med fullgörandet av tjänster och ansvar som förelagts de deltagande myndigheterna eller som de påtagit sig ansvaret för, t.ex. obligatoriska eller frivilliga uppgifter för lokala eller regionala myndigheter eller tjänster som genom lag ålagts vissa organ.”¹⁵⁹ Skälen öppnar alltså upp för en vid tolkning av vad ett samarbete kan avse. Hade EU-lagstiftarens avsikt varit att undantaget endast skulle gälla vissa typer av offentliga tjänster hade det kunnat framgå här. Detta särskilt mot bakgrund av att syftet med kodifieringen var att klargöra när undantaget är tillämpligt.¹⁶⁰

En närliggande tolkning är därmed att offentliga tjänster avser tjänster som tillhandahålls av det offentliga för att nå operativa mål. Rättsläget är dock oklart. Det kan inte uteslutas att det krävs något mer av de tjänster som ett samarbetsavtal ska avse. Vad som då krävs är oklart.

Det finns alltså en osäkerhet kring vad som krävs av de tjänster som ett samarbetsavtal kan avse. Därför finns det anledning att lyfta fram att allmänintresset tydliggörs om de förhållanden som angavs ovan gäller. Även om Upphandlingsmyndigheten gör bedömningen att angivna förhållanden inte är nödvändiga för att undantaget ska vara tillämpligt kan det konstateras att förutsättningarna att tillämpa undantaget ökar om så är fallet. Att det aktuella uppdraget tillhandahålls på marknaden under konkurrens kan på motsvarande sätt tala emot att det är fråga om en offentlig tjänst i undantagets mening.

Mot bakgrund av den rättsliga osäkerheten finns det anledning att tydliggöra allmänintresset av ett samarbete. Samarbetsparterna bör i ett inledande skede överväga om de tjänster de avser att samarbeta kring är offentliga tjänster i undantagets mening och identifiera vad allmänintresset är. En fast, tydlig och långsiktig ram för samarbetet bör eftersträvas, eftersom allmänintresset då blir tydligare.¹⁶¹ Parternas slutsatser om dessa överväganden kan redovisas i samarbetsavtalet.

¹⁵⁹ Skäl 33, LOU-direktivet.

¹⁶⁰ Skäl 31, LOU-direktivet.

¹⁶¹ I ett rättsutlåtande från 2015 om möjligheterna att tillämpa undantaget för samarbetsavtal har Jörgen Hettne och Maria Fritz angivit att det är bättre att det finns en fast, tydlig och långsiktig ram för samarbetet, rättsutlåtande till SOU 2015:17 s. 28 f.

6.4.6 Samarbetet ska styras av allmänintresset

Samarbetet ska endast styras av överväganden som hänger samman med allmänintresset. Det innebär bl.a. att privata leverantörer inte får gynnas och att ekonomiska överföringarna mellan parterna bör begränsas till kostnadstäckning.

En förutsättning för att undantaget ska gälla är att samarbetet endast styrs av överväganden som hänger samman med allmänintresset.¹⁶² Det innebär bland annat att samarbetet ska avse utförandet av offentliga tjänster och inte kommersiell verksamhet (se avsnitt 6.4.5 om offentliga tjänster). Det innebär även att samarbetsparternas verksamhet på den öppna marknaden ska vara begränsad (se avsnitt 6.4.7 om verksamhetskriteriet). Det innebär också att samarbetet endast får omfatta upphandlande myndigheter, dvs. inte privata aktörer (se avsnitt 6.4.1 om upphandlande myndigheter). Dessa förutsättningar, som kan ses som olika aspekter av allmänintresset, regleras särskilt i direktiv och lag.

Att samarbetet endast får styras av överväganden som hänger samman med allmänintresset innebär också att privata leverantörer inte får gynnas av samarbetet. Allmänintresset ska också vara styrande vad gäller de ekonomiska överföringarna mellan parterna. Se mer om detta nedan.

Ingen privat leverantör får gynnas

Privata leverantörer får inte gynnas av samarbetsavtalet. Om vissa varor eller tjänster måste anskaffas från en privat leverantör ska de anskaffningarna genomföras enligt LOU.

I EU-domstolens praxis och i skälen till direktivet klargörs att privata leverantörer inte får gynnas av samarbetsavtalet.¹⁶³

¹⁶² I C-480/06 *Hamburg* p. 47 anges att syftet med gemenskapsbestämmelserna inte ifrågasätts ”om genomförandet av samarbetet uteslutande styrs av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse”. I C-159/11 *Lecce* p. 35 anges att en förutsättning för att unionsreglerna inte ska vara tillämpliga är att ”det samarbete som inrättas uteslutande styrs av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse”.

¹⁶³ I skälen anges att ”[d]et bör säkerställas att undantag för samarbete mellan myndigheter inte leder till att konkurrensen snedvrids i förhållande till privata ekonomiska aktörer i den mån det gynnar en privat tjänsteleverantör i förhållande till dess konkurrenter” (skäl 31, LOU-direktivet). Vidare anges att

I C-480/06 *Hamburg* fäste EU-domstolen vikt vid att samarbetsavtalet mellan de fyra Landkreise och Hamburg stad inte föregrep den offentliga upphandling som eventuellt skulle vara nödvändig för inrättandet och driften av anläggningen för avfallsbehandlingen.¹⁶⁴ I C-159/11 *Lecce* och C-386/11 *Piepenbrock* poängterade domstolen att ett undantag från upphandlingsreglerna inte var aktuellt eftersom det enligt avtalen fanns en rätt att anlita privata leverantörer för att utföra uppdraget eller delar av uppdraget.¹⁶⁵

Om vissa varor eller tjänster måste anskaffas från en privat leverantör ska de anskaffningarna alltså genomföras enligt LOU.¹⁶⁶

Ekonomiska överföringar mellan parterna

De ekonomiska överföringarna mellan parterna ska endast styras av överväganden som hänger samman med allmänintresset. Det innebär att överföringarna bör begränsas till kostnadstäckning.

Av skälen till LOU-direktivet framgår att genomförandet av samarbetet, *inbegripet ekonomiska överföringar mellan de deltagande upphandlande myndigheterna*, endast bör styras av överväganden som hänger samman med allmänintresset.¹⁶⁷

EU-domstolen har inte närmare utvecklat vad som avses med att samarbetet endast får styras av överväganden som hänger samman med allmänintresset i det här avseendet. I mål C-480/06 *Hamburg* betalade de fyra Landkreise en årlig ersättning till Hamburg stad. Hamburg stad överförde i sin tur den ersättningen till det bolag som drev anläggningen. Avtalet gav inte upphov till några andra ekonomiska transaktioner mellan parterna.¹⁶⁸

”ingen privat tjänsteleverantör får gynnas i förhållande till sina konkurrenter genom samarbetsavtalet” (skäl 33, LOU-direktivet).

¹⁶⁴ C-480/06 *Hamburg* p. 44. Det är viktigt att notera att målet rör avtalet mellan de fyra Landkreise och Hamburg stad och inte avtalet mellan Hamburg stad och det bolag som drev anläggningen. Domstolen anser att avtalet mellan de fyra Landkreise och Hamburg stad utgör såväl grunden som den rättsliga ramen för ett framtida inrättande och drift av en anläggning. I det avtalet angavs inte och föregreps inte i något avseende den offentliga upphandling som eventuellt skulle vara nödvändig för inrättandet och driften av anläggningen.

¹⁶⁵ C-159/11 *Lecce* p. 38, C-386/11 *Piepenbrock* p. 40.

¹⁶⁶ I C-480/06 *Hamburg* verkar frågan om anlåtande av privata leverantörer inte vara reglerad i samarbetsavtalet, vilket domstolen verkar ha accepterat.

¹⁶⁷ Skäl 33, LOU-direktivet.

¹⁶⁸ C-480/06 *Hamburg* p. 43.

I Kommissionens förslag till nytt direktiv angavs som en förutsättning för att undantaget skulle vara tillämpligt att samarbetet inte fick innebära några andra ekonomiska överföringar mellan parterna än ersättning för faktiska kostnader.¹⁶⁹ Kravet togs bort i artikeln i direktivet. Genom skrivningen i skälen framgår dock att de ekonomiska överföringarna mellan parterna utgör en del av bedömningen av om samarbetet styrs av överväganden som hänger samman med allmänintresset.

Gör någon av parterna en vinst genom samarbetet verkar även kommersiella intressen styra, dvs. andra intressen än allmänintresset. De ekonomiska överföringarna mellan parterna bör därför begränsas till kostnadstäckning.

6.4.7 Verksamhet på den öppna marknaden, ”verksamhetskriteriet”

Myndigheterna ska utöva mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet på den öppna marknaden.

Utformningen av kriteriet känns igen från det som i förhållande till Teckal-undantaget brukar kallas för verksamhetskriteriet. Kriteriet återfinns dock inte i rättspraxis från EU-domstolen om samarbetsavtal, utan är en nyhet i direktiv och lag. Kriteriet infördes för att begränsa ett samarbets eventuella konkurrenspåverkan.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Kommissionen, KOM(2011) 896 slutlig.

¹⁷⁰ Kommissionens tillkännagivande *Vägledning för medlemsstaterna om urval av organ för genomförande av finansieringsinstrument* (2016/C 276/01), s. 14–16.

Reglering i LOU och val av terminologi

I LOU är kravet utformat enligt följande:

3 kap. 17 § punkt 3

Nedan kallat
"brytpunkten för den utbudna
verksamhetsandelen"



[Ett villkor för att undantaget för samarbetsavtal ska vara tillämpligt är att]
"myndigheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den
verksamhet som berörs av samarbetet".

3 kap. 18 §

Nedan kallat
det "historiska riktmärket"



"Verksamhetsandelen enligt [3 kap.] 17 § 3 ska bestämmas på grundval av den
upphandlande myndighetens sammanlagda genomsnittliga omsättning i fråga
om varor, tjänster och byggtreprenader avseende de verksamheter som har
omfattats av samarbetet under de tre åren som föregår tilldelningen eller på
grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter
under samma tidsperiod.

Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhets-
andelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller
kvalitativt verksamhetsmått".

För att säkerställa efterlevnaden av ”verksamhetskriteriet” vid samarbetsavtal måste man:

- 1. Beräkna** det historiska riktmärket.
- 2. Fastslå** brytpunkten för den utbudna verksamhetsandelen.

Sker **före**
samarbetet inleds

- 3. Kontrollera** att den utbudna verksamhetsandelen (försäljningen på demn öppna marknaden) inte överskrider brytpunkten.

Sker **under**
pågående samarbete

Hur beräknas det historiska riktmärket?

Mätperiod och mått

Det historiska riktmärket ska bestämmas utifrån uppgifter om de verksamheter som har omfattats av samarbetet under de tre år som föregick tilldelningen.¹⁷¹ Med ”tilldelningen” avses den överenskommelse genom vilken samarbetsparterna avser att ”upprätta eller reglera” formerna för samarbetet.¹⁷² Angiven mätperiod är således de tre år som föregick samarbetsavtalet.¹⁷³ Uppgifterna ska alltså i normalfallet hämtas in separat från respektive samarbetspart.

Uppgifterna ska som huvudregel utgöras av ett lämpligt verksamhetsbaserat mått. Det kan exempelvis röra sig om verksamheternas omsättningar eller en sammanställning av uppkomna kostnader.¹⁷⁴

Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga får verksamhetsandelen bestämmas utifrån något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

¹⁷¹ 3 kap. 18 § 1 st. LOU.

¹⁷² 3 kap. 17 § punkt 1 LOU och prop. 2015/16:195 s. 401.

¹⁷³ Kommissionens tillkännagivande *Vägledning för medlemsstaterna om urval av organ för genomförande av finansieringsinstrument* (2016/C 276/01), s. 16.

¹⁷⁴ Prop. 2015/16:195 s. 964.

När är uppgifterna inte längre relevanta eller tillgängliga?

I LOU-direktivet anges två orsaker till varför uppgifterna som det historiska riktmärket ska baseras på inte längre ska anses vara relevanta eller tillgängliga.¹⁷⁵

Det kan bero på att

1. etableringen eller inledandet av den berörda verksamheten ligger för nära i tiden sett från tidpunkten då samarbetet inleddes,¹⁷⁶ eller
2. den berörda verksamheten har påverkats av en omorganisation som har gjort att de historiska uppgifterna inte längre är representativa.¹⁷⁷

Utöver dessa situationer bör det generella förbudet beträffande kringgående av upphandlingsreglerna förhindra att det historiska riktmärket baseras på icke representativa uppgifter även i andra situationer.¹⁷⁸

Konsekvensen om uppgifterna inte längre är relevanta eller tillgängliga är att ett annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått får användas. Konkret innebär detta att det historiska riktmärket i dessa fall får baseras på uppgifter om en kortare tidsperiod än tre år och/eller på grundval av trovärdiga prognostiserade uppgifter.¹⁷⁹

Vilka verksamheter ”har omfattats av samarbetet”?

Verksamheterna, från vilka uppgifterna ska hämtas, måste på något sätt avgränsas inom de tilltänkta samarbetsparternas respektive organisationer. Varken förarbetena till LOU eller direktivets skäl ger någon ledning kring hur denna avgränsning ska ske. Det är därför osäkert vad som avses med att en verksamhet ”har omfattats av samarbetet”.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Dessa orsaker ansågs inte nödvändiga att lista i LOU, prop. 2015/16:195 s. 965.

¹⁷⁶ Med ”verksamheten” avses i denna mening de olika verksamheter som bedrevs hos de respektive samarbetsparterna innan samarbetet inleddes.

¹⁷⁷ Artikel 12.5 andra stycket, LOU-direktivet.

¹⁷⁸ Den svenska lagstiftaren får anses ge uttryck för denna inställning genom följande skrivning. ”Den uppräknningen får antas syfta till är att förhindra att huvudregeln enligt första stycket inte tillämpas på grund av illegitima skäl. Det ligger dock i sakens natur att sådana skäl inte medger undantag från huvudregeln enligt första stycket”, prop. 2015/16:195 s. 965.

¹⁷⁹ Prop. 2015/16:195 s. 965.

¹⁸⁰ Den svenska skrivningen ”har omfattats av samarbetet” återfinns inte i direktivet. I direktivet anges i artikel 12.5 istället ”...verksamheter [---] under de tre åren som föregår kontraktets tilldelning”.

En frågeställning kopplad till denna avgränsning är om skrivningen omfattar

- samtliga separata verksamheter, hos de tilltänkta samarbetsparterna, som motsvarar den typ av verksamhet som samarbetet ska avse, eller
- enbart de verksamheter, hos de tilltänkta samarbetsparterna, som motsvarar de verksamheter som avses inlemmas i samarbetet.

Vi menar att den troliga tolkningen är att avgränsningen bör ske i enlighet med det senare alternativet. Längre fram i texten gör vi bedömningen att vid beräkningen av den utbudna verksamhetsandelen bör verksamhetsdelar utanför samarbetet inte räknas med. Med den förutsättningen given skulle det vara orimligt att verksamhetsdelar som inte är tänkta att inlemmas i samarbetet skulle ligga till grund för det historiska riktmärket. Detta eftersom den totala omfattningen av de verksamheter som brytpunkten då skulle baseras på, i många fall, skulle vara betydligt större än omfattningen av de verksamheter som den utbudna verksamhetsandelen baseras på.

Det uppkommer även frågor om hur avgränsningen ska ske om enbart delar av en verksamhet ska ingå i samarbetet eller om den verksamhet som ska ingå i samarbete är tänkt att öka i omfattning inom ramen för samarbetet. I vissa fall kan det vara fråga om en sådan omorganisation som innebär att uppgifterna från den tidigare bedrivna verksamheten inte längre är relevanta. Det historiska riktmärket får då baseras på något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått, exempelvis på trovärdiga prognostiserade uppgifter.

Vår generella rekommendation, till dess att rättsläget har klargjorts, är att vid tveksamheter kring avgränsningen utgå från det alternativ som resulterar i det lägsta värdet för det historiska riktmärket. Den som väljer att utgå från det lägsta värdet vid tveksamheter riskerar nämligen inte att skapa en falsk trygghet om brytpunktens nivå, eftersom den fastslås på grundval av det historiska riktmärket.

Omräkning av det historiska riktmärket under ett pågående samarbete

Som Upphandlingsmyndigheten uppfattar det bör vissa förändringar som sker under ett pågående samarbete kunna resultera i att det historiska riktmärket ska räknas om. För att en förändring ska leda till en omräkning bör det krävas att den inneburit att en ny tilldelning, enligt 3 kap. 17 § LOU, skett. Exempelvis skulle en

ny tilldelning kunna tänkas ske när en ny samarbetspart ansluter till ett samarbete.¹⁸¹ Konsekvensen skulle då bli att uppgifterna som det historiska riktmärket ska baseras på för de ursprungliga parterna helt eller delvis ska hämtas från det dittillsvarande samarbetet, medan uppgifterna för den anslutande parten ska hämtas från dennes egen verksamhet.

Hur fastslås brytpunkten för den utbudna verksamhetsandelen?

Hur man fastslår brytpunkten för den utbudna verksamhetsandelen utifrån det historiska riktmärket framgår av exemplet nedan.

Beräkning av det historiska riktmärket		Fastslående av brytpunkten för den utbudna verksamhetsandelen	
<p>Baseras på ett lämpligt verksamhetsmått (x) avseende de verksamheter som omfattas av samarbetet under de senaste åren.</p>	<p>1</p> <p>År -3: 200x År -2: 150x År -1: 250x</p>	<p>Brytpunkten fastslås med hjälp av det historiska riktmärket, vilket i detta exempel beräknas till 200x/år.</p>	<p>4</p> <p>$200x \cdot 0,2 = 40x$</p>
	<p>2</p> <p>200x 150x <u>250x</u> =600x</p> <p>3</p> <p>$600/3 =$ 200x</p>		<p>Då den utbudna verksamhetsandelen måste underskrida 20% av detta värde får vi fram brytpunkten genom att beräkna 20% av 200x/år.¹⁸³</p> <p>I detta exempel måste alltså den utbudna verksamhetsandelen under det pågående samarbetet understiga 40x/år.</p>

¹⁸¹ Upphandlingsrättsligt skulle detta resultera i att ett nytt samarbete inleddes även om det sett från samarbetsparternas perspektiv troligtvis skulle uppfattas som att det ursprungliga samarbetet fortsatte, nu med en extra samarbetspart.

¹⁸² Hur lång mätperioden ska vara för den utbudna verksamhetsandelen framgår inte av bestämmelsen.

¹⁸³ Som kriteriet är utformat måste den utbudna verksamhetsandelen vara mindre än 20 %. Skulle den utbudna verksamhetsandelen uppgå till 20 % har den tillåtna gränsen alltså redan passerats.

Hur beräknas den utbudna verksamhetsandelen?

Mätperiod och mått

Den utbudna verksamhetsandelen ska, till skillnad från brytpunkten, baseras på uppgifter hänförliga till det pågående samarbetet.¹⁸⁴ Hur lång mätperioden ska vara för den utbudna verksamhetsandelen framgår inte av bestämmelsen. För att skapa en representativ bild av omfattningen av ett samarbets verksamhet på den öppna marknaden måste rimligen ett genomsnitt beräknas över en lämplig tidsperiod.

Vilket verksamhetsmått som den utbudna verksamhetsandelen ska bestämmas på grundval av är beroende av hur det historiska riktmärket fastställdes. Verksamhetsmåttan måste vara desamma. Om det historiska riktmärket till exempel beräknades utifrån kostnader medan den utbudna verksamhetsandelen beräknas utifrån omsättning blir jämförelsen missvisande.

Hur avgränsas den verksamhet som berörs av samarbetet?

Den utbudna verksamhetsandelen ska beräknas utifrån den verksamhet som berörs av samarbetet. Det är inte helt tydligt om det är den typ av verksamhet som bedrivs inom samarbetet som avses (oavsett om verksamheten i sig är kopplad till samarbetet eller inte) eller om det endast är verksamheten inom samarbetet som avses. Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning är det troligen enbart den verksamhet som bedrivs inom samarbetet som omfattas. Vi finner stöd för denna tolkning i bestämmelsens ordalydelse och i officiella publikationer från Kommissionen.¹⁸⁵

Vad avses med den ”öppna marknaden”?

Vad som avses med den öppna marknaden framgår inte av direktivet eller LOU. Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning får en verksamhet, som är kopplad

¹⁸⁴ 3 kap. 17 § punkt 3 LOU.

¹⁸⁵ Kommissionens tillkännagivande *Vägledning för medlemsstaterna om urval av organ för genomförande av finansieringsinstrument* (2016/C 276/01), s. 16 samt Kommissionen, *Nya regler för offentlig upphandling faktablad nr 5: Samarbete inom den offentliga sektorn*, s. 2.

till samarbetet, anses ske på den öppna marknaden så fort den sker utanför ramarna för det aktuella samarbetsavtalets tilldelning.¹⁸⁶

Den utbudna verksamhetsandelen och allmänintresset

Det är enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning inte givet att verksamhet på den öppna marknaden upp till 20 procent alltid är acceptabelt. En alternativ tolkning är att kravet på allmänintresse har betydelse i sammanhanget. I så fall måste hänsyn även tas till de omständigheter under vilka den utbudna verksamhetsandelen tillgodogörs den öppna marknaden. I de svenska lagförarbetena anges dock att så länge den utbudna verksamhetsandelen underskrider brytpunkten på 20 procent är det upp till de upphandlande myndigheterna som är parter i samarbetet att fördela andelen mellan sig.¹⁸⁷

Denna tolkning innebär att en enskild samarbetspart skulle tillåtas att överskrida brytpunkten sett till sin egen andel av det historiska riktmärket, under förutsättning att samarbetet som helhet håller sig under brytpunkten. Eftersom vi anser att kravet på att samarbetet ska styras av allmänintresset kan ha betydelse i sammanhanget ställer vi oss tveksamma till denna slutsats. Vi anser att detta krav bör förhindra allt för vidlyftiga överskridanden av individuella brytpunkter, likt C i exemplet nedan. Enligt uppställningen håller sig samarbetet som helhet under brytpunkten samtidigt som C till en klart övervägande del vänder sig till den öppna marknaden med sin verksamhet.

Samarbetspart	Det historiska riktmärket	Brytpunkten	Den utbudna verksamhetsandelen
A	100x	20x (0,2*100)	9x
B	20x	4x (0,2*20)	2x
C	20x	4x (0,2*20)	15x
Total:	140x	28x	26x

¹⁸⁶ Kommissionen, *Nya regler för offentlig upphandling faktablad nr 5: Samarbete inom den offentliga sektorn*, s. 2. Jfr. även C-340/04 *Carbotermo* p. 65–67.

¹⁸⁷ Prop. 2015/16:195 s. 967.

Upphandlingsmyndighetens kommentar

Regleringen av verksamhetskriteriet är enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning svårtolkad. Det kan antas uppkomma gränsdragningsproblem när beräkningarna ska göras i praktiken och därtill är allmänintressets betydelse i sammanhanget oklar. Ett förhållningssätt kan därmed vara att de samarbetsavtal som ingås avser sådan verksamhet som inte ska tillhandahållas på den öppna marknaden annat än i mycket begränsad omfattning.

6.4.8 Vad händer om förutsättningarna för undantaget förändras under ett pågående samarbete?

Om förutsättningarna för undantaget förändras under ett pågående samarbete, till exempel om verksamhetskriteriet inte längre uppfylls eller om kopplingen till allmänintresset faller, skulle det kunna anses utgöra en väsentlig förändring av ett grundläggande villkor för det ursprungliga samarbetsavtalet.¹⁸⁸ Det skulle få till följd att samtliga transaktioner mellan samarbetsparterna, som tidigare skedde på ett tillåtet sätt inom ramen för samarbetet, i fortsättningen riskerade att bedömas som otillåtna direktupphandlingar. Om möjligheten föreligger att i en situation som denna starta upp ett nytt samarbete får bedömas utifrån de förutsättningar som anges i 3 kap. 17–18 §§ LOU.

6.4.9 Undantag från upphandlingsreglerna ska tolkas restriktivt

Eftersom reglerna om samarbetsavtal utgör ett undantag från upphandlingsreglerna ska bestämmelserna tolkas restriktivt.¹⁸⁹ Det är också den som åberopar ett undantag som har bevisbördan för att undantaget är tillämpligt.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Jfr. C-573/07 *Sea* p. 51 och 53.

¹⁸⁹ EU-domstolen har vid flera tillfällen, bl.a. i den ovan refererade domen C-15/13 *HIS* p. 23, angivit att alla undantag från upphandlingsreglerna ska tolkas strikt. Se också prop. 2015/16:195 s. 396.

¹⁹⁰ Se bl.a. C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland* p. 58.

6.5 Analys av möjligheterna till avtalssamverkan genom samarbetsavtal

Enligt det regeringsuppdrag som ligger till grund för denna rapport ska Upphandlingsmyndigheten analysera möjligheterna till avtalssamverkan för kommuner och landsting. Analysen ska inbegripa möjligheterna till samverkan rörande administrativa tjänster och system och att erbjuda digitala tjänster till medborgarna. Upphandlingsmyndigheten ska också klargöra om det behov av avtalssamverkan som identifierades i Statskontorets rapport *Kommunal avtalssamverkan, Behövs ökade möjligheter?* kan mötas med hjälp av de nya bestämmelserna om samarbetsavtal.

6.5.1 Möjligheterna till avtalssamverkan för kommuner och landsting

Genom 2017 års LOU och det bakomliggande direktivet regleras möjligheterna för upphandlande myndigheter att träffa samarbetsavtal med varandra utan att genomföra en upphandling enligt lagen. Regleringen bygger på praxis från EU-domstolen. Förutsättningarna för att undantaget ska kunna tillämpas analyseras i avsnitt 6.4 och sammanfattas inledningsvis i rapporten.

Fortsatt osäkerhet – men större utrymme?

Att undantaget för samarbetsavtal reglerades i direktivet berodde på att det rådde en betydande osäkerhet kring hur EU-domstolens praxis på området skulle tolkas. Genom regleringen tydliggörs vissa av förutsättningarna för undantaget. Tyvärr innebär regleringen i andra fall att den osäkerhet som förelåg tidigare nu även finns i lagen. I ytterligare några fall uppkommer nya frågeställningar. Det föreligger därför en fortsatt osäkerhet kring hur undantaget ska tolkas.

Tillämpningsområdet för undantaget har varit omdebatterat, men har ofta uppfattats som begränsat. Det har bland annat framförts att det krävs någon form av åliggande att tillhandahålla en tjänst för att den ska anses utgöra en sådan offentlig tjänst som ett samarbetsavtal kan avse. Det har även i övrigt förelegat en osäkerhet kring vad man kan samarbeta om. Om man lägger skälen till direktivet till grund för tolkningen av regleringen framkommer en mer tillåtande syn på vad ett samarbetsavtal kan avse. I skälen anges att ett samarbete kan avse såväl obligatoriska som frivilliga uppgifter. Det framgår också att ett samarbete kan omfatta alla typer av verksamhet som sammanhänger med fullgörandet av tjänsterna. Skälen till direktivet verkar alltså öppna upp för en vid tolkning av vad ett samarbete kan avse.

Upphandlingsmyndighetens uppfattning är därför att tillämpningsområdet för undantaget verkar vara större efter regleringen, jämfört med den tidigare mer restriktiva tolkningen. Det kommer dock att krävas klagörande praxis, främst från EU-domstolen, för att få klarhet i undantagets närmare omfattning.

När kan undantaget tillämpas?

I våra kontakter med bland annat upphandlande myndigheter och Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) har det varit svårt att hitta exempel på samarbeten som kan omfattas av undantaget.

Delvis beror det troligen på att undantaget inte har varit reglerat tidigare. Därför finns det inte någon stor erfarenhet av vad som skulle vara lämpligt att samarbeta kring på detta sätt. När den nya lagstiftningen varit gällande en tid kommer troligen lämpliga samarbetsområden att visa sig.

En annan förklaring är att omfattningen av undantaget är osäker. Det innebär att de exempel som med någon säkerhet bedöms kunna omfattas av undantaget lätt blir konstruerade.

Ytterligare en förklaring som framkommit är att annan lagstiftning, främst den kommunalrättsliga, innebär ett hinder mot, eller i vart fall en osäkerhet kring, möjligheterna att träffa samarbetsavtal.

Det kan i det sammanhanget noteras att regeringen har gett en parlamentariskt sammansatta kommitté i uppdrag att utarbeta en strategi för att stärka kommunernas kapacitet att fullgöra sina uppgifter och hantera sina utmaningar. I uppdraget ingår bland annat att utreda förutsättningarna för att ge kommunerna generella möjligheter till avtalssamverkan. Kommittén ska redovisa den del av uppdraget som avser avtalssamverkan senast den 1 oktober 2017.¹⁹¹

Vi kan samtidigt konstatera att Upphandlingsmyndighetens erfarenhet är att behoven hos kommuner och landsting ofta avser ett behov av att genomföra ett köp, inte att samarbeta. Det kan till exempel röra sig om mindre kranskommuners behov av att få tillgång till centralortens mer omfattande resurser.

¹⁹¹ Direktiv 2017:13, *Stärkt kapacitet i kommunerna för att möta samhällsutvecklingen*, s. 1–2.

Då är undantaget för samarbetsavtal inte tillämpligt. Detta är enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning en viktig begränsning i möjligheterna att tillämpa undantaget för samarbetsavtal.

Exempel

Som framgår av EU-domstolens dom i mål C-480/06 *Hamburg* är det möjligt att träffa samarbetsavtal om avfallshantering. Förutsättningarna i målet var speciella och avtalet avsåg inte själva förbränningen av avfall. I ett arbetsdokument från Kommissionen anges därefter att undantaget skulle kunna vara tillämpligt om samarbetsparterna delar upp uppgifterna så att en står för insamling och en annan för förbränning av avfallet. Detta under förutsättning att de har avfallshantering som gemensamt mål.¹⁹²

Kommissionen har under 2016 tagit fram en vägledning om genomförande av finansieringsinstrument och i samband med det redogjort för förutsättningarna att träffa samarbetsavtal.¹⁹³ I vägledningen redogör Kommissionen dels generellt för undantaget och dels för hur undantaget kan tillämpas vid genomförande av finansieringsinstrument.

Andra exempel på samarbetsavtal kan vara två kommuner som samarbetar kring snöröjningen av vägarna i kommunerna eller samarbeten om specialisttjänster, till exempel vid samarbeten som innebär ett byte av samma slags specialisttjänster över tid.

Exemplen används för att åskådliggöra undantaget för samarbetsavtal enligt upphandlingslagstiftningen. Annan lagstiftning har inte beaktats.

6.5.2 Särskilt om det behov som Statskontoret har identifierat

Statskontoret har haft i uppdrag att analysera behovet av ytterligare avtalsamverkan inom kommunsektorn. Detta redogör vi för i kapitel 4. Upphandlingsmyndigheten har i uppdrag att analysera om, och i vilken

¹⁹² SEC(2011) 1169 final Commission staff working paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities ('public-public cooperation'), s. 13.

¹⁹³ Kommissionens tillkännagivande, *Vägledning för medlemsstaterna om urval av organ för genomförande av finansieringsinstrument* (2016/C 276/01).

utsträckning, det behov som Statskontoret har identifierat kan tillgodoses genom undantaget för samarbetsavtal i upphandlingslagstiftningen.

En utgångspunkt för Statskontorets uppdrag har varit att identifiera verksamhetsområden där det idag saknas särskilt kommunalrättsligt lagstöd för interkommunal avtalssamverkan och där ett införande av en sådan rätt skulle vara särskilt värdefull. Statskontorets enkät visar också att avsaknaden av ett sådant särskilt lagstöd upplevs som ett viktigt hinder mot avtalssamverkan.

Mot bakgrund av Statskontorets utgångspunkt för uppdraget får det inledningsvis konstateras att i de fall kommunalrätten hindrar avtalssamverkan innebär de nya reglerna i LOU inte några nya möjligheter. Statskontoret pekar också på att det finns många andra hinder mot avtalssamverkan. Om hindren är politiska, ekonomiska, personalpolitiska etc. innebär de nya reglerna i LOU givetvis inte någon förändring.

Det går inte att direkt läsa ut ur Statskontorets rapport på vilka områden kommunerna ansett att en planerad avtalssamverkan inte blivit av på grund av upphandlingsrättsliga hinder. Tio kommuner har i enkäten angivit att en planerad avtalssamverkan inte har blivit av på grund av ”andra lagliga hinder, t.ex. LOU”. Som frågan har formulerats framgår det alltså inte klart att det var just LOU som förhindrade det önskade samarbetet. De vanligaste verksamhetsområdena som dessa svar avser är enligt Statskontoret

- gemensam administration och
- IT och digitalisering.

Några av de tio kommunerna har fått till stånd samverkan i andra former, till exempel genom att bilda ett gemensamt bolag eller en gemensam nämnd.

Av Statskontorets rapport framgår också ett antal verksamhetsområden och arbetsuppgifter där kommunerna anser att ytterligare samverkan skulle innebära störst nytta för kommuner och landsting (se avsnitt 4.1.2). Dessa är främst

- specialisttjänster,
- gemensam administration och
- IT och digitalisering.

Dessa verksamhetsområden sammanfaller med de verksamhetsområden där avtalssamverkan enligt enkäten inte kommit till stånd på grund av ”andra lagliga hinder, t.ex. LOU”, med tillägget av specialisttjänster. Dessa områden analyseras

därför nedan ur upphandlingsrättslig synvinkel. Det vill säga: innebär de nya reglerna om samarbetsavtal i LOU nya möjligheter på dessa områden?

Notera också att de behov som Statskontoret har identifierat delvis sammanfaller med regeringens uppdrag till Upphandlingsmyndigheten att särskilt analysera samverkan kopplat till administrativa tjänster och system samt digitala tjänster till medborgarna.

Specialisttjänster

Statskontorets rapport pekar på behovet av att samverka kring olika typer av specialisttjänster, både inom områden där kommuner bedriver myndighetsutövning och i andra fall. När det gäller myndighetsutövning kan det exempelvis handla om möjligheter att ha gemensamma miljöinspektörer/-tillsyn, handläggare av alkoholtillstånd/-tillsyn, handläggare av tillsyn av hälsoskydd och livsmedel samt bygglovshandläggare. Exempel på behov av andra typer av gemensamma specialisttjänster kan enligt Statskontorets rapport vara jurister.

Behovet av att samverka kring specialisttjänster lyfts fram i många sammanhang. Bland annat skrev Landsbygdskommittén i sitt betänkande från tidigare i år om behovet av kommunal samverkan kring specialister.

”Rekryteringen av specialister till glesa kommuner kommer att vara en betydande utmaning för de berörda kommunerna. Den naturliga lösningen vore att kommunerna samverkade om användningen av olika typer av specialister, men denna utveckling går långsamt. Delvis förhindras den också av gällande lagstiftning, bland annat lagen om offentlig upphandling. Det är inte möjligt för flera kommuner att gemensamt anställa en specialist för att fullgöra uppgifter i mer än en kommun. De nuvarande formerna för kommunal samverkan upplevs av många kommuner antingen som tungrodda eller som demokratiskt bristfälliga.”¹⁹⁴

Upphandlingsmyndighetens erfarenhet är att det behov som finns av samverkan kring specialisttjänster ofta rör sig om ett behov av att köpa in tjänster från en annan part. För att undantaget för samarbetsavtal i LOU ska gälla måste det enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning vara fråga om ett samarbete mellan

¹⁹⁴ SOU 2017:1 s. 163–164.

parterna, inte ett köp av tjänster. Det kan dock också noteras att om specialistkompetensen avser myndighetsutövning är det möjligt att avtal kan träffas utan upphandling enligt LOU, på den grunden att avtalet avser offentlig makt.¹⁹⁵

Undantaget för samarbetsavtal kan enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning inte heller tillämpas om två kommuner byter specialisttjänster med varandra på olika verksamhetsområden, se avsnitt 6.4.4.

Det finns dock möjligheter för kommuner och landsting att träffa olika typer av samarbetsavtal kring specialisttjänster. Men då måste det röra sig om just samarbeten. En specialisttjänst kan exempelvis utgöra en kommuns eller ett landstings bidrag till ett samarbete, som övriga samarbetsparter bidrar med annat till, för att uppnå ett gemensamt mål. Undantaget bör också kunna tillämpas vid samarbeten som innebär ett byte av samma slags specialisttjänster över tid. Det skulle exempelvis kunna röra sig om bemanningen av en telefonrådgivningsservice där det krävs att den som mottar samtalen har en viss specialistkompetens. För att frigöra resurser skulle ett antal upphandlande myndigheter kunna samarbeta kring bemanningen av en sådan telefonrådgivningsservice så att man till exempel delade upp dagens timmar eller veckans dagar mellan sig.¹⁹⁶

Gemensam administration

Statskontorets rapport pekar på behovet av att samverka om gemensam administration, till exempel ekonomiadministration, lönehantering, personaladministration, HR-tjänster/ kompetensförsörjning, växel och telefoni.

Det behov av samverkan som Statskontoret lyfter fram här avser så kallad stödverksamhet. Upphandlingsmyndighetens bedömning är att ett samarbetsavtal ska avse sådana tjänster som utförs för att uppnå operativa mål. Stödverksamhet omfattas därför inte av undantaget för samarbetsavtal, se avsnitt 6.4.5.

Se även avsnitt 6.5.3 om administrativa tjänster och system.

¹⁹⁵ SOU 2012:30 s. 27.

¹⁹⁶ Exemplet används för att åskådliggöra undantaget för samarbetsavtal enligt upphandlingslagstiftningen. Annan lagstiftning har inte beaktats.

IT och digitalisering

Ytterligare behov som framkommer i Statskontorets rapport är möjligheten att kunna samverka kring frågor om IT och digitalisering, till exempel vid bredbandsutbyggnad, och att kunna ha gemensamma IT-expert/IT-stöd.

Vad gäller specialisttjänster, som IT-expert, hänvisar vi till vad som anges ovan. Detsamma gäller samarbeten som avser gemensam administration. I övrigt hänvisar vi till avsnitt 6.5.3.

6.5.3 Särskilt om administrativa tjänster och system samt digitala tjänster till medborgarna

Enligt regeringsuppdraget ska analysen av samarbetsavtal inbegripa möjligheterna till samverkan rörande administrativa tjänster och system samt att erbjuda digitala tjänster till medborgarna. Behoven av samverkan på dessa områden lyfts ofta fram och det sker också en omfattande samverkan på dessa områden idag genom olika samverkansformer.¹⁹⁷

I kapitel 4 beskriver vi tjänster som tillhandahålls av kommuner och landsting på dessa områden och vi ger exempel på några av de samarbeten som bedrivs idag.

Administrativa tjänster och system

En förutsättning för att undantaget för samarbetsavtal ska vara tillämpligt är att samarbetet avser offentliga tjänster. Som vi tidigare har redogjort för omfattas stödverksamhet troligen inte av undantaget för samarbetsavtal (se avsnitt 6.4.5). Administrativa tjänster och system borde avse olika tjänster inom ekonomi- och personaladministration som exempelvis kundreskontra, leverantörsreskontra, löne- och pensionshantering samt olika system som stöder dessa tjänster. Dessa tjänster är troligen att betrakta som just stödverksamhet. Därtill finns en betydande privat marknad på området, något som i sig kan tala emot att det rör sig om offentliga tjänster. Sammantaget innebär detta att undantaget för samarbetsavtal troligen inte är tillämpligt vid samarbeten som avser administrativa tjänster och system. Begreppet offentliga tjänster är samtidigt svårtolkat och gränsdragningen kommer ytterst att få avgöras i rättstillämpningen.

¹⁹⁷ Se t.ex. Sveriges kommuner och landsting, *E-tjänster och appar: hur är läget i kommunerna?* (2014).

Digitala tjänster till medborgarna

Även vid samverkan som avser digitala tjänster till medborgarna aktualiseras frågan om vad som kan anses utgöra en offentlig tjänst och vad som kan anses utgöra en stödverksamhet. Med digitala tjänster avses tjänster som tillhandahålls till medborgare via ett elektroniskt gränssnitt och som helt eller delvis utförs elektroniskt. Digitala tjänster är ofta en digital service som medborgare kan använda för att uträtta olika myndighetsärenden eller ta del av information hos en offentlig organisation. Det är möjligt att många tjänster som tillhandahålls till medborgarna digitalt kan anses utgöra offentliga tjänster i sig, dvs. att ett samarbete kring dessa kan omfattas av undantaget. Kommissionen har uttryckt det som att undantaget är tillämpligt vid samarbeten för att nå vissa operativa mål, men inte för stödverksamhet.¹⁹⁸ Det är samtidigt svårt att avgöra om ett samarbete som avser tillhandahållande av digitala tjänster (exempelvis utveckling eller förvaltning) är att betrakta som ett samarbete kring den offentliga tjänsten i sig eller kring stödet och tekniken som krävs för att tillhandahålla den offentliga tjänsten. En bedömning av vad ett samarbete avser och om undantaget kan tillämpas måste göras i varje enskilt fall.

Även på detta område är Upphandlingsmyndighetens erfarenhet att det behov som ofta lyfts fram är ett behov av att köpa tjänster från andra kommuner eller landsting och inte att genomföra ett samarbete. Samtidigt framhåller upphandlande myndigheter att digitala tjänster ofta är svåra att köpa in utan att egna insatser och resurser tas i anspråk då utvecklingen av tjänsterna påverkar bakomliggande verksamhet och verksamhetssystem. Av den anledningen anses samarbete, exempelvis genom samarbetsavtal, vara rätt väg att gå.

Det förekommer samarbeten genom samarbetsavtal på området redan idag och antalet samarbetsavtal kan förväntas öka i och med den nya lagstiftningen.

¹⁹⁸ Jfr. Kommissionens tillkännagivande *Vägledning för medlemsstaterna om urval av organ för genomförande av finansieringsinstrument* (2016/C 276/01), s. 16. Kommissionen anger att undantaget kan vara tillämpligt vid samarbeten för att nå vissa operativa mål, men inte för sådan stödverksamhet som avser utveckling av IT-verktyg eller hyra av kontor för den personal som arbetar i verksamheten.

7. Grossistverksamhet

I detta kapitel beskriver vi inledningsvis kort vad en grossist är och hur grossistverksamhet kan se ut på den privata marknaden. Sedan redogör vi för vad en inköpscentral är och vilka roller och funktioner de kan ha.

Efter att vi har definierat begreppen grossistverksamhet och inköpscentral analyserar vi nyheten om att inköpscentraler kan agera som grossist. Vi beskriver bland annat hur de nya bestämmelserna kan tillämpas, hur behovet ser ut och vilka för- och nackdelar det finns med grossistverksamhet. Efter det följer en kortfattad genomgång av vilka erfarenheter det finns av grossistverksamheter i Europa. Avslutningsvis analyserar vi möjligheterna till avtalsamverkan genom grossistverksamhet.

7.1 Grossistverksamhet på den privata marknaden – en del av distributionskedjan

Begreppet grossistverksamhet

Det finns ingen klar definition av grossistverksamhet. Traditionellt kännetecknas grossistverksamhet av en fristående aktör som bedriver handel med stora volymer av varor mellan tillverkningsindustrin och detaljhandeln. Begrepp som används synonymt med grossistverksamhet är partihandel och grosshandel. Grossistrollen befinner sig i förändring och det finns idag många alternativa lösningar till den traditionella grossistverksamheten.¹⁹⁹

En distributionskedja kan något förenklat beskrivas som en varas väg mellan produktion och konsumtion. En distributionskedja för en vara på den privata marknaden ser traditionellt ut ungefär så här:

1. **Producent** tillverkar varan
2. **Transportör** fraktar varan
3. **Grossist** lagerför och säljer vidare
4. **Transportör** (om inte grossisten själv levererar)
5. **Detaljist** (butik)

¹⁹⁹ Se *Partihandelns roll i värdekedjan idag och imorgon*, en rapport från HUI Research på uppdrag av Handelns utvecklingsråd (2014).

Kunden köper sedan varan i butiken eller på butikens webbplats. Därefter hämtar kunden antingen varan i butiken eller får den levererad hem.

Grossister och detaljister kallas också återförsäljare eftersom de köper varor (och i vissa fall tjänster) som de sedan säljer vidare. Till skillnad från till exempel transportörer övertar grossister och detaljister äganderätten i respektive handelsled.²⁰⁰

Grossister kan underlätta för detaljister med ett stort sortiment. För till exempel en livsmedelsaffär kan det vara svårt att ha direktkontakt med producenterna till alla de varor affären har i sitt sortiment. Om det finns en eller flera grossister som mellanled räcker det med att livsmedelsaffären har kontakt med dessa. Ju bredare en butiks sortiment är desto mer nytta har butiken av att handla från en grossist istället för direkt av producenterna. En butik som har ett väldigt smalt sortiment har alltså normalt inte samma behov av en grossist utan kan lättare ha direktkontakt med det fåtal producenter som de köper sina varor från.²⁰¹

Även för producenten kan det ofta bli lättare att ha kontakt med ett fåtal grossister istället för att ha direktkontakter med ett stort antal detaljister eller slutkunder.²⁰² Grossistens sortimentsfunktion bidrar också till att transporter kan skötas effektivare.

Grossister kan även bidra med stöd i andra delar av distributionen. Det är till exempel vanligt att grossister erbjuder hjälp med transporter. En stor skillnad mellan detaljister och grossister är att grossister bara säljer sina produkter till andra företag och butiker och inte direkt till slutkund. Grossister är vanligt förekommande i många olika branscher och segment, till exempel i färg-, leksaks- och livsmedelsbranschen.

Det finns också producenter som säljer sina varor direkt till slutkund utan hjälp av vare sig grossist eller detaljist. Ett exempel är en känd persondatortillverkare som säljer sina produkter på webben och sedan levererar direkt till slutkund.

²⁰⁰ <http://www.expowera.se/foretagsekonomi/distribution-fran-producent-till-konsument> (hämtat 2017-03-01).

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Ibid.

I och med att de hoppar över grossist- och detaljistfunktionen i den traditionella distributionskedjan får de en större kontroll på distributionen. Denna direkta kontakt mellan producent och slutanvändare har möjliggjorts genom digitaliseringen i samhället.²⁰³

7.1.1 Kan tjänster ligga på hyllan?

Traditionell grossistverksamhet förknippas i första hand med inköp av stora partier av varor som lagerförs och sedan säljs vidare. Enligt det regeringsuppdrag som ligger till grund för denna rapport (se avsnitt 1.2) ska

Upphandlingsmyndigheten analysera om grossistverksamhet hos inköpscentraler kan underlätta tjänsteutbyten mellan upphandlande myndigheter. En fråga som inledningsvis måste lyftas i denna analys är därför om tjänster kan ”läggas på lager” hos en grossist och hur det i så fall kan se ut. I följande avsnitt beskriver vi därför olika sorters tjänster och en diskussion förs kring om grossister även kan återförsälja tjänster.

Olika sorters tjänster

Tjänster är många gånger förknippade med att en person utför något åt en annan, exempelvis en konsulttjänst, städtjänst eller bemanningstjänst. Många tjänster utförs också utan mellanhänder, hantverkaren bokas och utför sedan arbetet direkt hos till exempel en kommun. Det finns också tjänster där leverantören fungerar som en mellanhand eller en tjänsteförmedlare av till exempel resor. Leverantören producerar då en total tjänst med hjälp av underleverantörer.²⁰⁴

En annan typ av tjänster är digitala tjänster som tillhandahålls via olika elektroniska system. Telefoni, internet, bankbetalningar osv. är exempel på detta. Många gånger är det en svår gränsdragning mellan vad som är en tjänst och vad som är en vara. Inte minst på IT-området är varor och tjänster nära sammankopplade. Ett exempel på detta är Statens inköpscentrals ramavtal ”programvaror och tjänster”. Vid avrop från detta ramavtal kan upphandlande myndigheter välja om de vill köpa enbart varor, enbart tjänster, eller en kombination av programvaror, fysiska produkter och tjänster i ett paket.²⁰⁵

²⁰³ Ibid.

²⁰⁴ Se Upphandlingsmyndighetens och Konkurrensverkets rapport 2017:1 *Mellanhänder i offentlig upphandling* för mer information och exempel som rör upphandling av mellanhänder.

²⁰⁵ Se vidare www.avropa.se, Ramavtal: Programvaror och tjänster.

I den faktainsamling som genomförts i samband med denna rapport har vi inte hittat något exempel på en grossistverksamhet för tjänster. Det kan inte uteslutas att det finns sådana men det är uppenbart att den absoluta majoriteten av grossister köper och säljer varor. Detta kanske inte är så förvånande mot bakgrund av att grossistens roll i distributionskedjan är att lagerhålla, tillhandahålla sortiment och underlätta kontakter mellan detaljister och producenter. Ett företag som säljer tjänster behöver helt enkelt inte hjälp med den typ av tjänster som en grossist kan tillhandahålla.

7.2 Samordnad upphandling

I detta kapitel beskriver vi samordnad upphandling ur olika perspektiv. Vi ger en kort historisk översikt av hur användningen av samordnad upphandling i Sverige och övriga EU har sett ut. Därefter introducerar vi den nya definitionen av inköpscentral i LOU. Därpå följer en kortare beskrivning av ett urval av de inköpscentraler som finns i Sverige idag. De fördelar och nackdelar som är förknippade med samordnad upphandling och inköpscentraler beskrivs sedan översiktligt. Avslutningsvis presenterar vi de arbetssätt, roller och verktyg, utöver grossistverksamhet, som kan användas av inköpscentraler lite närmare. Det som särskilt tas upp är ingående av ramavtal, dynamiska inköpssystem, inköpscentralers möjlighet att agera som självständig mellanhand och den nya möjligheten för inköpscentraler att erbjuda stödverksamhet.

Samordnad upphandling i den privata och den offentliga sektorn

Samordnad upphandling är inget unikt för den offentliga sektorn. Tvärtom är det vanligt förekommande även i den privata sektorn, till exempel inom industrin och detaljhandeln. Huvudsyftet är att minska inköpspriser och inköpskostnader i alla faser av produktionen och distributionen. De flesta större koncerner har centrala inköpsenheter som specialiserat sig på att säkra en tillförlitlig tillgång av nödvändiga produkter för företaget på förmånliga villkor.²⁰⁶

Tillfällig samordnad upphandling

Samordnad upphandling kan antingen ske stadigvarande eller på mer tillfällig grund. Bestämmelser om tillfällig gemensam upphandling har inte reglerats tidigare men i det nya direktivet har det införts bestämmelser om detta. EU-lagstiftarens motiv till att införa bestämmelser om tillfällig gemensam

²⁰⁶ OECD *Centralised Purchasing Systems in the European union* (2011), s. 16.

upphandling är att de nya bestämmelserna om inköpscentraler endast tar sikte på verksamheter som bedrivs stadigvarande. De upphandlingar som genomförs gemensamt på en mer tillfällig grund faller då utanför bestämmelsernas tillämpningsområde (läs mer om detta nedan under avsnitt 7.2.1).

För att tydliggöra att tillfälliga samarbeten även fortsättningsvis ska vara tillåtna har EU-lagstiftaren valt att införa särskilda regler om detta.

Den svenska lagstiftaren har resonerat på ett annat sätt. Regeringen håller med EU-lagstiftaren om att det är viktigt att tillfälligt samordnade upphandlingar även fortsättningsvis kommer till stånd. Däremot anser regeringen att det inte behöver införas särskilda bestämmelser om tillfälligt samordnade upphandlingar i den nya lagen eftersom upphandlingsbestämmelserna i övrigt inte hindrar sådan upphandling.²⁰⁷

7.2.1 Samordnad upphandling genom inköpscentral

Det är bara inköpscentraler som får använda sig av de nya reglerna om grossistverksamhet. I detta avsnitt beskriver vi vad en inköpscentral är och vad de nya bestämmelserna om inköpscentraler innebär.

Vad är en inköpscentral?

En inköpscentral är enligt definitionen i 1 kap. 14 § LOU en upphandlande myndighet²⁰⁸ som stadigvarande tillhandahåller centraliserad inköpsverksamhet i form av

1. anskaffning av varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter, eller
2. tilldelning av kontakt eller ingående av ramavtal om varor, tjänster eller byggentreprenader som är avsedda för upphandlande myndigheter.²⁰⁹

Nyheter i de nya bestämmelserna om inköpscentraler

En nyhet i de nya reglerna om inköpscentraler är begreppet ”centraliserad inköpsverksamhet”. Begreppet ingår i definitionen av inköpscentral och dess

²⁰⁷ Prop. 2015/16:195 s. 543–544.

²⁰⁸ Enligt definitionen i LUF kan även upphandlande enheter vara inköpscentraler, se 1 kap. 13 § LUF och Prop. 2015/16:195 s. 535–356.

²⁰⁹ Definitionen av inköpscentral i 2007 års LOU stadgades i 2 kap. 9 a § och var utformad på följande sätt: Med inköpscentral avses en upphandlande myndighet som

1. ingår ramavtal om byggentreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter, eller
2. medverkar vid en offentlig upphandling i egenskap av ombud åt flera upphandlande myndigheter.

innebörd framgår därför av denna definition (se punkt ett och två i definitionen ovan). Om en upphandlande myndighet stadigvarande bedriver centraliserad inköpsverksamhet är den per definition en inköpscentral.

Att en inköpscentral ska bedrivas stadigvarande är också en nyhet och fanns inte med i den tidigare definitionen av inköpscentral. Avsikten är enligt regeringen att tydliggöra skillnaden mellan en inköpscentral och en tillfällig gemensam upphandling som genomförs av flera upphandlande myndigheter. Vad gäller den närmare innebörden av begreppet menar regeringen att den måste fastställas i rättstillämpningen.²¹⁰

I LOU-direktivet konstaterar EU-lagstiftaren att användningen av centraliserade inköpsmetoder ökar i de flesta medlemsstater. EU-lagstiftaren konstaterar vidare att centraliserade inköpsmetoder bidrar till att öka konkurrensen och att de bör bidra till att professionalisera den offentliga upphandlingen på grund av att inköpsvolymerna blir större.²¹¹ Definitionen av inköpscentral beskrivs i direktivet på följande sätt:

”För det första bör de [inköpscentralerna] kunna agera som grossister genom inköp, lagring och återförsäljning eller, för det andra, som mellanhänder genom att tilldela kontrakt, driva dynamiska inköpssystem eller ingå ramavtal som ska användas av upphandlande myndigheter. Denna roll som mellanhänder kan i vissa fall utföras genom att relevanta tilldelningsförfaranden genomförs självständigt, utan detaljerade instruktioner från berörda upphandlande myndigheter; i andra fall kan detta ske genom att de relevanta tilldelningsförfarandena genomförs enligt instruktioner från berörda upphandlande myndigheter, på deras vägnar och för deras räkning.”²¹²

Som framgår av definitionen ovan kan en inköpscentral bedriva sin verksamhet i huvudsakligen två olika former:

1. Inköpscentralen kan anskaffa varor och tjänster som sedan ska säljas vidare till upphandlande myndigheter. Inköpscentralen agerar då som

²¹⁰ Prop. 2015/16:195 s. 534.

²¹¹ Skäl 69, LOU-direktivet.

²¹² Skäl 69, LOU-direktivet.

grossist.²¹³ Inköpscentralen upphandlar varor eller tjänster för att antingen lagerhålla eller på annat sätt tillhandahålla dessa produkter för senare vidareförsäljning till andra upphandlande myndigheterna. Denna funktion är ny från 1 januari 2017 och syftar till att underlätta inköp av generiska produkter och tjänster för upphandlande myndigheter.²¹⁴

Läs mer om grossistfunktionen i avsnitt 7.3

2. Inköpscentralen kan även fortsättningsvis tilldela kontrakt och ingå ramavtal som ska användas av andra myndigheter. Tidigare kunde inköpscentralen antingen ingå ramavtal för andras räkning eller agera som ombud. Den nya definitionen av inköpscentral tillåter också att inköpscentraler agerar som självständig mellanhand, det vill säga upphandlar ett enskilt kontrakt som är avsett till en annan myndighet men som inköpscentralen upphandlar i eget namn och på eget ansvar.²¹⁵ Denna nyhet beskrivs närmare i avsnitt 7.3.2.

En annan nyhet är att inköpscentraler får tillhandahålla stödverksamhet för inköp. Denna typ av stödverksamhet är sannolikt aktiviteter som går utöver de som ryms i begreppet centraliserad inköpsverksamhet.²¹⁶

Enligt direktivet rör det sig särskilt om

- stöd genom teknisk infrastruktur som gör det möjligt för upphandlande myndigheter att tilldela offentliga kontrakt eller ingå ramavtal för byggtreprenader, varor eller tjänster,
- rådgivning om genomförande eller utformning av offentliga upphandlingsförfaranden och
- förberedande och administration av upphandlingsförfaranden på den upphandlande myndighetens vägnar och för denna.²¹⁷

²¹³ 1 kap. 14 § LOU. Prop. 2015/16:195 s. 940.

²¹⁴ Prop. 2015/16:195 s. 528 f.

²¹⁵ Ibid s. 533.

²¹⁶ Åsa Edman, *Inköpscentralens nya roller, förfaranden och arbetssätt*, UrT 2016 nr 4 s. 359.

²¹⁷ Artikel 2.15, LOU-direktivet.

De nya bestämmelserna om inköpscentraler innebär att en upphandlande myndighet kan använda sig av en inköpscentral på fem olika sätt.²¹⁸

En upphandlande myndighet kan:

1. köpa varor eller tjänster direkt från en inköpscentral
2. ge en inköpscentral i uppdrag att genomföra en upphandling (enskilt kontrakt eller ett ramavtal) för den upphandlande myndighetens räkning (inköpscentralen kan genomföra upphandlingen antingen som ett ombud eller som en självständig mellanhand)
3. använda sig av ett dynamiskt inköpssystem som drivs av en inköpscentral
4. avropa från ett ramavtal som upphandlats av en inköpscentral²¹⁹
5. köpa stödverksamhet för inköp av en inköpscentral (under förutsättning att man samtidigt anlitar inköpscentralen för att tillhandahålla centraliserad inköpsverksamhet, dvs. någon av punkter 1–4 ovan.)²²⁰

För alla dessa ”tjänster” kan en upphandlande myndighet vända sig direkt till en inköpscentral utan att detta behöver upphandlas.²²¹

Avslutningsvis har det införts en bestämmelse i LOU som öppnar upp för konkurrens mellan inköpscentraler i Europa. En upphandlande myndighet får använda sig av centraliserad inköpsverksamhet som erbjuds av en inköpscentral i en annan medlemsstat i Europeiska unionen.²²² Att denna möjlighet gäller all centraliserad inköpsverksamhet innebär att upphandlande myndigheter även får köpa direkt från inköpscentraler i andra medlemsstater som bedriver grossistverksamhet.

I bilaga 2 finns relevant lagtext för LOU och LUF och regleringen i de bakomliggande direktiven (artiklar och skäl).

²¹⁸ Jfr. Ignacio Herrera Anchustegui, *Centralising public procurement and competitiveness in Directive 2014/24*, conference paper from UACES 45 th Annual Conference Bilbao (2015), s. 4. I denna text finns dock inte första punkten med.

²¹⁹ Förutsatt att den upphandlande myndigheten ingår i den avropsberättigade kretsen.

²²⁰ 7 kap. 10 § LOU och Prop. 2015/16:195 s. 1016.

²²¹ 7 kap. 10–12 §§ LOU.

²²² 7 kap. 15 § LOU.

7.2.2 Inköpscentraler kan se ut på olika sätt

Det finns två stora nationella inköpscentraler i Sverige: Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet (Statens inköpscentral) och SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI). Deras ramavtal omsätter cirka 20 miljarder kronor årligen.²²³

Statens inköpscentral har uppdraget att ingå ramavtal om varor och tjänster som är avsedda för andra statliga myndigheter. Inom IT och telekom gäller uppdraget hela den offentliga förvaltningen, det vill säga även kommuner och landsting. Myndigheter under regeringen är i huvudregel skyldiga att använda de statliga ramavtalen. Detta framgår av förordning (1998:796) om statlig inköpssamordning. Enligt förordningen har myndigheter under regeringen dock möjlighet att göra avsteg från de statliga ramavtalen om de finner att en annan form av avtal sammantaget är bättre. Om en myndighet gör avsteg ska den enligt förordningen anmäla det till Statens inköpscentral.

SKI riktar sig till kommuner, landsting och de kommunala företagen. Inköpscentralen arbetar med att samordna inköp för hela den kommunala och landstingskommunala sektorn. Inköpscentralen är indelad i tre avdelningar: kategoristyrning, upphandling och hållbarhet. I SKI ingår även en regional inköpscentral som benämns Stockholms Inköpscentral (STIC). STIC levererar ramavtal till ett antal stockholmskommuner som slagit sig samman för att tillsammans med inköpscentralen bättre nyttja resurser i planerade och samordnade upphandlingar.

Vidare finns det ett fåtal ytterligare inköpscentraler som verkar nationellt men för särskild bransch. Värmek är ett exempel på en sådan inköpscentral. Värmek drivs som en medlemsagd förening och upphandlar teknik, produkter och tjänster för sina medlemmar inom försörjningssektorn.

Ett annat exempel är inköpscentralen HBV som är inköpscentral åt Sveriges allmännyttiga bostadsbolag. De genomför samordnade upphandlingar av produkter och tjänster kopplade till byggnation, renovering och förvaltning av fastigheter. Utöver ramavtal erbjuder HBV skräddarsydda upphandlingar och konsultation i upphandlingsfrågor samt en rad kringtjänster som trepartsavtal och fakturahantering.

²²³ Åsa Edman, *Inköpscentralens nya roller, förfaranden och arbetssätt*, UrT 2016 nr. 4 s. 353.

Därutöver finns det ett flertal regionala och lokala inköpscentraler. Bland dessa kan nämnas Förvaltningen Göteborgs Stad Inköp och Upphandling (tidigare Upphandlingsbolaget Göteborg), Inköp Gävleborg, Umeå kommun och Upphandlingscenter (Fjärde storstadsregionen).

Driftsformen för en inköpscentral kan se olika ut och upphandlingsreglerna ställer inga krav i fråga om val av juridisk form för verksamheten. Det finns inköpscentraler som drivs privaträttsligt, som till exempel genom aktiebolag (SKI) och ekonomisk förening, eller så kan de drivas offentligrättsligt som till exempel genom ett kommunalförbund (Inköp Gävleborg och Upphandlingscenter), gemensam nämnd (Upphandlingssamverkan i Jämtlands län) eller i förvaltning.²²⁴

7.2.3 Inköpscentralers möjlighet att upphandla ramavtal och driva dynamiska inköpssystem

En upphandlande myndighet kan använda sig av en inköpscentral på fem olika sätt, se faktaruta ovan i avsnitt 7.2.1. En upphandlande myndighet kan utöver att köpa direkt från en inköpscentral som bedriver grossistverksamhet bland annat avropa från ramavtal som ingås av en inköpscentral och använda sig av dynamiska inköpssystem som drivs av en inköpscentral. De två sistnämnda sätten för en upphandlande myndighet att använda sig av en inköpscentral ligger utanför vårt uppdrag i denna rapport. I analysen av grossistverksamhet kan det dock vara av intresse att titta på vilka andra roller och funktioner en inköpscentral kan använda sig av. I följande avsnitt kommer vi därför gå igenom grunderna för ramavtal och dynamiska inköpssystem och kort redogöra för hur en inköpscentral kan tillämpa dem.

Ramavtal

Ett ramavtal är ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer med syfte att bestämma villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod.²²⁵

Den största skillnaden mellan ett ramavtal och ett kontrakt är att ett kontrakt avser en faktisk anskaffning. Ramavtal fastlägger istället helt eller delvis villkoren

²²⁴ Inköpscentralen ”Förvaltningen Göteborgs Stad Inköp och upphandling” är intressant i detta sammanhang då inköpscentralen den 1 januari 2017 övergick från att ha varit ett aktiebolag (Upphandlingsbolaget i Göteborg) till att bli en förvaltning.

²²⁵ 1 kap. 20 § LOU.

för flera, eventuella, framtida anskaffningar under en given tidsperiod (genom kontrakt).

Det vanligaste och mest etablerade arbetssättet för inköpscentraler i Sverige är att ingå ramavtal som andra upphandlande myndigheter kan använda sig av. Kontrakt som grundar sig på ett ramavtal (även kallat avrop) får endast ingås mellan en upphandlande myndighet som har identifierats för detta syfte i upphandlingsdokumenten.²²⁶ De upphandlande myndigheter som är identifierade för att använda sig av ramavtal kallas också avropsberättigade.

Bestämmelserna om ramavtal i LOU skiljer på fyra olika typer av ramavtal:

- (i) Ramavtal med en leverantör där alla villkor är fastställda.
För denna typ av ramavtal ska efterföljande kontrakt tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet. Ramavtal med en leverantör är inte särskilt vanligt hos inköpscentraler.
- (ii) Ramavtal med flera leverantörer där alla villkor är fastställda. För denna typ av ramavtal ska den upphandlande myndigheten använda objektiva villkor för att avgöra vilken av leverantörerna som ska tilldelas kontraktet (fördelningsnyckel). En vanligt förekommande fördelningsnyckel hos inköpscentraler är rangordning. Rangordning innebär att avropsberättigade myndigheter i första hand ska göra sina avrop från leverantören som är etta på listan och om inte denna leverantör kan leverera får myndigheten gå vidare till leverantör två, och så vidare.
- (iii) Ramavtal med flera leverantörer där alla villkor inte är fastställda.
Kontrakt som baseras på denna typ av ramavtal tilldelas efter en förnyad konkurrensutsättning som påminner om en vanlig upphandling men där bara ramavtalsleverantörerna får delta.
- (iv) För att öka flexibiliteten har en ny bestämmelse om kombinerade ramavtal införts i LOU. Det innebär att det är möjligt att i ett och samma ramavtal ha delar av (ii) och (iii) – dvs. delar med samtliga villkor fastställda och delar där samtliga villkor inte är fastställda.

²²⁶ 7 kap. 3 § LOU.

Dynamiska inköpssystem

Upphandlande myndigheter och inköpscentraler har enligt LOU en möjlighet att använda sig av dynamiska inköpssystem. Ett dynamiskt inköpssystem är en metod för tilldelning av kontrakt.²²⁷ Det är alltså inte ett upphandlingsförfarande på samma sätt som till exempel öppet förfarande eller konkurrenspräglad dialog. Istället påminner det mer om en form av ramavtal med förnyad konkurrensutsättning.

Användningsområde

Dynamiska inköpssystem kan användas för inköp av varor, tjänster eller byggtreprenader som används frekvent, är allmänt tillgängliga på marknaden och tillgodoser den upphandlande myndighetens behov. Ett dynamiskt inköpssystem gör det möjligt för en inköpscentral att få tillgång till ett särskilt brett urval av anbud, och på så sätt utnyttja konkurrensen på bästa sätt.

Användande av dynamiskt inköpssystem sker i två steg

Det första steget vid användning av ett dynamiskt inköpssystem är att en upphandlande myndighet eller en inköpscentral inrättar systemet. Inrättandet av ett dynamiskt inköpssystem ska följa bestämmelserna för så kallat selektivt förfarande (med den skillnaden att antalet kvalificerade anbudssökande som får delta i systemet inte får begränsas). Ett dynamiskt inköpssystem ska drivas som en helt elektronisk process. Det får inte tas ut någon administrativ avgift av en leverantör som deltar eller vill delta i systemet.

En upphandlande myndighet som inrättar ett dynamiskt inköpssystem ska annonsera detta på samma sätt som vid andra upphandlingar. Det dynamiska inköpssystemet ska ha en bestämd giltighetstid, men det finns inga bestämmelser om en längsta giltighetstid. En upphandlande myndighet ska under hela giltighetstiden ge leverantörer möjlighet att ansöka om att få delta i systemet. Alla leverantörer som uppfyller kvalificeringskraven ska godkännas.

Om systemet drivs av en inköpscentral får det även användas av andra upphandlande myndigheter än de som deltog i den ursprungliga upphandlingen.

²²⁷ Se 8 kap. 1–14 §§ LOU.

Detta förutsätter emellertid att inköpscentralen, när den gjorde upphandlingen, upplyst om att systemet får användas även av andra upphandlande myndigheter. Ett dynamiskt inköpssystem är alltså öppnare och mer flexibelt än ett ramavtal.

Det andra steget i ett dynamiskt inköpssystem är tilldelningen av enskilda kontrakt. Den upphandlande myndigheten som använder systemet ska bjuda in alla leverantörer som godkänts som deltagare i det dynamiska inköpssystemet att lämna anbud för varje kontrakt som ska tilldelas enligt systemet. Leverantörerna i inköpssystemet ska normalt sett ha minst tio dagar på sig att komma in med anbud.

7.3 Grossistverksamhet – ett nytt verktyg för inköpscentraler

I nya LOU har det införts bestämmelser som ger inköpscentraler möjlighet att köpa varor och tjänster i eget namn för vidareförsäljning till upphandlande myndigheter. Detta innebär att upphandlande myndigheter kan köpa varor och tjänster direkt från en inköpscentral under förutsättning att inköpscentralen har upphandlat dessa varor och tjänster i enlighet med gällande upphandlingslagstiftning.

I detta avsnitt redogör Upphandlingsmyndigheten för hur nyheten om att inköpscentraler får bedriva grossistverksamhet ska tillämpas. Därefter berör vi kort ansvarsfördelningen för att upphandlingslagstiftningen följs, liksom den kritik som har framförts mot bestämmelserna. Vi gör sedan en genomgång av för- och nackdelar med grossistverksamhet och ger exempel på upphandlingsföremål som kan vara lämpliga. Avslutningsvis berörs frågan om hur behovet av de nya bestämmelserna ser ut.

7.3.1 Bakgrund

Redan i 2004 års LOU-direktiv fanns möjlighet att införa regler om grossistverksamhet för inköpscentraler. Sverige valde då att inte införa denna möjlighet. En anledning var att det inte tycktes finnas något behov av denna reglering. En annan anledning var att regeringen ansåg att inköpscentralen utsatte sig för en för stor affärsmässig risk genom att upphandla varor och tjänster för vidareförsäljning. Men samtidigt förutspåddes det att föreställningen av vad en grossist är kan komma att förändras i takt med att alltmer av handeln sker på

elektronisk väg. Därför kunde det inte uteslutas att grossistfunktionen i framtiden skulle framstå som ändamålsenlig.²²⁸

Även i 2014 års LOU-direktiv är det valfritt för medlemsstaterna att införa bestämmelser om grossistverksamhet i den nationella lagstiftningen. I förarbetena till nya LOU anger regeringen att den framtid som man i tidigare utredningar hade förutspått nu var här. Den snabba tekniska utvecklingen och det faktum att allt mer handel sker på elektronisk väg innebär enligt regeringen att möjligheten för inköpscentraler att köpa varor och tjänster genom att agera som grossister har blivit alltmer aktuell. Regeringen anser också att behovet av grossistfunktionen har ökat.²²⁹

Grossistverksamhet är inte något nytt i Europa utan har funnits i olika former tidigare. Enligt en rapport från OECD från 2011 var en vanlig modell för samordnad upphandling i Europa tidigare den så kallade "monopolmodellen". Enligt denna modell inrättade staten en central inköpsenhet för att göra stora inköp direkt från leverantörer. Upphandlande myndigheter var sedan tvungna att köpa varor och tjänster direkt från dessa centrala inköpsenheter. Den centrala inköpsenheten bedrev alltså en slags grossistverksamhet som var obligatorisk för upphandlande myndigheter att använda sig av.

Med tiden har en utveckling skett i riktning mot att överge denna monopolmodell till förmån för en mer decentraliserad inköpssamordning med flexibla regler. Det är fortfarande vanligt med centrala inköpsenheter i Europa. Men deras inriktning har förändrats till att upphandlande myndigheter får större frihet att köpa varor och tjänster som behövs från andra källor, om de anser att det skulle leda till bättre valuta för pengarna. En annan förändring som beskrivs i rapporten är att många centrala inköpscentraler har upphört med grossistverksamhet för att istället fokusera sina samordnade upphandlingar på ramavtal.²³⁰ Finland är ett exempel på ett land där samordningen av upphandlingar har utvecklats på detta sätt, från grossistverksamhet till ramavtalsupphandlingar.²³¹

²²⁸ Prop. 2009/10:180 s. 262 ff. och Statskontorets PM offentliga inköpscentraler i Sverige, dnr 2008/162-5.

²²⁹ Prop. 2015/16:195 s. 530 f.

²³⁰ OECD *Centralised Purchasing Systems in the European Union* (2011), s. 16.

²³¹ *Ibid* s. 36.

Även om det är tillåtet med grossistverksamhet för inköpscentraler i de flesta medlemsstater är det vad vi vet endast Frankrike och England som har nationella inköpscentraler som använder sig av denna möjlighet. Läs mer om dessa inköpscentraler i avsnitt 7.4.

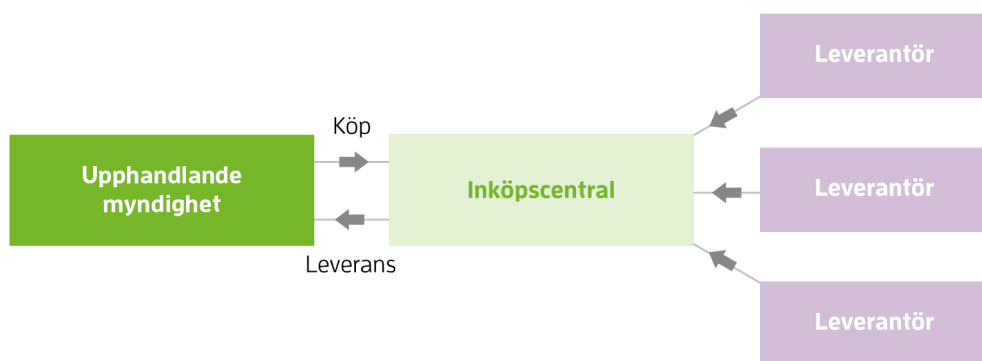
7.3.2 Tillämpning av grossistverksamhet hos inköpscentraler

En traditionell grossistverksamhet hos en inköpscentral innebär att en inköpscentral köper in ett stort antal varor som lagerhålls för att sedan återförsäljas till andra upphandlande myndigheter. Reglerna om grossistverksamhet för inköpscentraler omfattar emellertid inte bara denna traditionella grossistverksamhet utan omfattar även användning av så kallad vidarefakturerings.²³²

Vi utgår från tre exempelbilder för att på ett tydligt sätt beskriva hur tillämpningen av en inköpscentral kan se ut.

Bakgrunden till exemplen är densamma: en upphandlande myndighet behöver köpa in nya bildskärmar. Myndigheten bestämmer sig för att använda en inköpscentral som bedriver grossistverksamhet för sitt inköp.

Exempel 1 – traditionell grossistverksamhet



²³² Prop. 2015/16:195 s. 528. Se även Ds 2014/25 s. 434 f. där man istället för vidarefakturerings använder begreppet genomfakturerings.

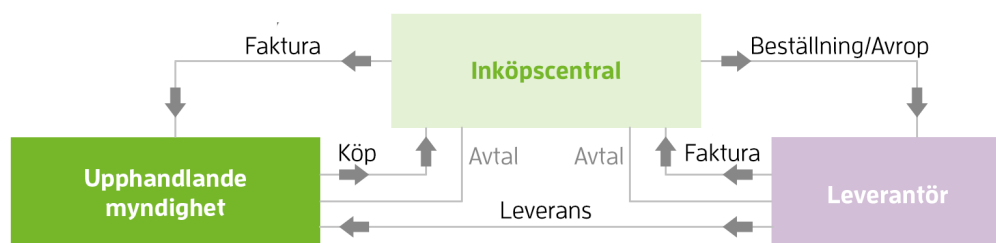
I det första exemplet har inköpscentralen köpt in stora partier av bildskärmar för olika upphandlande myndigheters behov. Inköpscentralen förvarar bildskärmarna på ett stort lager. Den upphandlande myndigheten kan köpa bildskärmarna från inköpscentralen direkt genom att beställa vad de vill ha inom det upphandlade sortimentet och få dem levererade. Vid behov kan den upphandlande myndigheten även välja och hämta bildskärmarna direkt på lagret.

Vidarefakturering

I förarbetena till de nya bestämmelserna om grossistverksamhet beskrivs vidarefakturering som att "[...]en inköpscentral agerar i egenskap av köpare och är betalningsansvarig gentemot en leverantör men i sin tur fakturerar de upphandlande myndigheterna som den köpta varan eller tjänster är avsedd för."²³³

Upphandlingsmyndigheten har i framtagandet av denna rapport kommit till slutsatsen att begreppet vidarefakturering inte är helt klart. Ett upplägg med vidarefakturering kan enligt vår uppfattning utformas på många olika sätt. Hur ett vidarefaktureringsupplägg ser ut kan påverkas av en mängd olika faktorer, bland annat på vad som i det enskilda fallet är enklast och smidigast för de medverkande parterna. Exemplet nedan är kraftigt förenklat.

Exempel 2 – vidarefakturering



Även i detta exempel köper den upphandlande myndigheten bildskärmarna direkt från inköpscentralen. Här har inköpscentralen emellertid inte handlat upp ett stort lager. Pris och övriga avtalsvillkor är precis som i traditionell grossistverksamhet redan fastställt. Den upphandlande myndigheten kan välja direkt vad den vill ha från ett färdigt utbud. När en beställning har kommit in från den upphandlande myndigheten vänder sig inköpscentralen till en ramavtalsleverantör och avropar

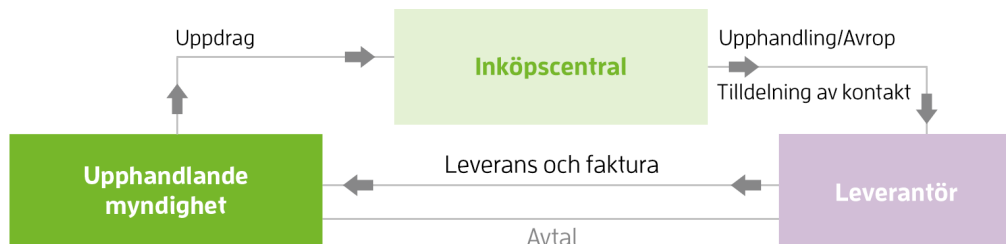
²³³ Prop. 2015/16:195 s. 528.

de bildskärmar som har beställts. Inköpscentralen betalar för bildskärmarna och fakturerar sedan den upphandlande myndigheten. Bildskärmarna levereras direkt till den upphandlande myndigheten och inköpscentralen undviker alltså på detta sätt de arbetsuppgifter och risker det innebär att lagerhålla de uppköpta bildskärmarna.

Med utnyttjande av ny teknik på området kan ett alternativ vara att inköpscentralen tillsammans med leverantörerna erbjuder en särskild webbutik som upphandlande myndigheter kan beställa från direkt på webben.²³⁴

Exempel 3 – inköpscentralen agerar mellanhand (och inte grossist)

En upphandlande myndighet kan som nämns ovan köpa varor och tjänster *från* en inköpscentral. Inköpscentralen agerar då grossist. En upphandlande myndighet kan enligt de nya bestämmelserna även köpa varor, tjänster och byggtreprenader *genom* kontrakt som tilldelas av en inköpscentral. Då agerar inköpscentralen inte grossist utan *mellanhand*.



En inköpscentral kan agera mellanhand på två olika sätt.

1. En inköpscentral kan agera som ombud genom att genomföra en upphandling "osjälvständigt" åt en annan upphandlande myndighet i den upphandlande myndighetens namn. Det innebär att det som inköpscentralen gör tillskrivs den upphandlande myndigheten;
2. En inköpscentral kan agera som en självständig mellanhand och genomföra upphandlingar åt en eller flera upphandlande myndigheter i eget namn och på eget ansvar. Inköpscentralen kan då på egen hand ta alla beslut i upphandlingen och även tilldela kontrakt i eget namn.²³⁵

²³⁴ Ett exempel på en sådan lösning är inköpscentralen Yorkshire Purchasing Organisation, YPO <https://www.ypo.co.uk/products-landing>.

²³⁵ Prop. 2015/16:195 s. 533.

Om en inköpscentral upphandlar bildskärmar som är avsedda för annan upphandlande myndighet genom att agera antingen som ombud eller som självständig mellanhand kan inköpscentralen genomföra upphandlingen till och med tilldelningen av kontrakt. Sedan är det myndigheten som ingår avtal med den vinnande leverantören.²³⁶ Till skillnad från när en inköpscentral agerar grossist är det alltså den upphandlande myndigheten som har ett avtalsförhållande med leverantören. Så är fallet både när en inköpscentral agerar ombud och självständig mellanhand.

När en inköpscentral agerar mellanhand och upphandlar varor, tjänster eller byggtreprenader som är avsedda för ”andra” upphandlande myndigheter får det röra sig om enskilda kontrakt, förnyade konkurrensutsättningar eller avrop avsedda för en eller flera upphandlande myndigheter. Det kan även röra sig om dynamiska inköpssystem som drivs av en inköpscentral och/eller ramavtal som ingås av en inköpscentral.²³⁷

Ansvarsfrågan

Det upphandlingsrättsliga ansvaret

Huvudregeln är att en upphandlande myndighet ska anses ha uppfyllt sina skyldigheter enligt LOU när den köper varor och tjänster av en inköpscentral som bedriver grossistverksamhet. Detta eftersom inköpscentralen i sin tur har upphandlat enligt LOU. Den upphandlande myndigheten ansvarar emellertid för att uppfylla skyldigheterna i LOU när det gäller de delar som den själv genomför. Så är till exempel fallet när en upphandlande myndighet genomför en förnyad konkurrensutsättning på ett ramavtal som ingåtts av en inköpscentral. En upphandlande myndighet ansvarar också för att upphandlingslagstiftningen följs när den ger en inköpscentral i uppdrag att genomföra en upphandling som ombud.²³⁸

²³⁶ Ibid s. 941.

²³⁷ Ibid s. 533 och 539. Se även Åsa Edman, *Inköpscentralens nya roller, förfaranden och arbetssätt*, UrT 2016 nr 4 s. 359.

²³⁸ Prop. 2015/16:195 s. 540 f, s. 1016 f, samt 7 kap 13 § LOU.

Detta innebär att när en inköpscentral agerar grossist och säljer varor och tjänster till andra upphandlande myndigheter så är det inköpscentralen som ensam ansvarar för att bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen följs. Det är alltså inköpscentralen som blir motpart vid en eventuell domstolsprövning då en leverantör ansökt om överprövning eller väckt talan som skadestånd.²³⁹

Det civilrättsliga ansvaret

När en upphandlande myndighet köper varor eller tjänster från en inköpscentral som agerar grossist finns inget avtal mellan den upphandlande myndigheten och leverantören. Det civilrättsliga köpeavtalet ingås mellan den upphandlande myndigheten och inköpscentralen. Inköpscentralen agerar säljare i förhållande till den upphandlande myndigheten och får därför ta på sig ansvarsfrågor som leverans, garantiåtaganden och försäkringar gentemot den upphandlande myndigheten.²⁴⁰ Inköpscentralen bör därför säkerställa att den har samma rättigheter mot leverantören som de upphandlande myndigheterna har mot inköpscentralen.

7.3.3 Varor och tjänster som kan vara lämpliga för grossistverksamhet

Grossistverksamhet i sin traditionella form är sannolikt mest ändamålsenlig för inköp av stora volymer av standardiserade varor (och möjligtvis tjänster). Även grossistverksamhet med vidarefakturerings lämpar sig sannolikt bäst för inköp av stora volymer av generiska produkter.²⁴¹

Vad är då standardiserade eller generiska produkter? Som exempel kan nämnas förbrukningsvaror som kontorsmaterial och hygien- och städprodukter. Det skulle också kunna röra sig om enklare teknisk utrustning som headsets, bildskärmar, tangentbord och andra tekniska tillbehör.

Anledningen till att grossistverksamhet lämpar sig bäst för denna typ av varor har att göra med grossistfunktionens form och syfte. Vid tillämpning av grossistfunktionen är det inköpscentralen som köper in varor eller tjänster som inköpscentralen sedan ska sälja vidare till andra upphandlande myndigheter. Den kravställning som inköpscentralen gör på upphandlingsföremålet måste vara

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ Åsa Edman, *Inköpscentralens nya roller, förfaranden och arbetssätt*, UrT 2016 nr 4, s. 361.

²⁴¹ Prop. 2015/16:195 s. 528.

allmän så att varan eller tjänsten uppfyller flera olika myndigheters behov. Det finns i normalfallet ingen möjlighet för de upphandlande myndigheterna att anpassa eller i sin tur ställa krav på de varor eller tjänster som de önskar köpa direkt från inköpscentralen.

Grossistverksamhet har i detta avseende likheter med när inköpscentraler ingår ramavtal med flera leverantörer och med alla villkor fastställda (se avsnitt 7.2.3). Vid avrop från denna typ av ramavtal får endast marginella ändringar göras och ramavtalen lämpar sig därför bäst för generiska varor och tjänster där det inte ställs några större krav på anpassning av upphandlingsföremålet.

Om en inköpscentral ska hjälpa upphandlande myndigheter med anskaffningar av varor och tjänster som kräver mer behovsanpassning är det lämpligare att inköpscentralen agerar i egenskap av mellanhand eller upphandlar ramavtal med förnyad konkurrensutsättning.

Till skillnad från grossistverksamhet i den privata sektorn, där grossister ofta upphandlar ett stort och brett utbud av produkter, kan kanske grossistverksamhet i den offentliga sektorn även lämpa sig för smala produkter där det inte finns så många alternativ på marknaden.

Vaccin är ett exempel på en sådan smalare produkt där grossistverksamhet kan innebära fördelar. Marknaden för vaccin utmärker sig genom att det finns ett fåtal väldigt stora leverantörer på en global marknad. Det förekommer också att efterfrågan på vaccin är större än tillgången. Sverige är vidare en förhållandevis liten kund på den globala marknaden. Om en inköpscentral upphandlar stora partier vaccin för återförsäljning till berörda myndigheter kan Sverige bli en större och mer intressant kund. Det kan leda till bättre priser och villkor och ge en säkrare tillgång till vaccinet när tillgången är begränsad.²⁴²

Grossistfunktionen kan även vara av intresse vid inköp av specifika tjänster för att skapa bättre marknadsförutsättningar. Hos kommuner och offentliga organisationer i glesbygd kan det ibland vara svårt att få in anbud på upphandlingar av till exempel specialisttjänster. Detta kan bero på att marknaden inte är utvecklad på området eller att det endast finns små leverantörer som kan

²⁴² Samtal med Åsa Edman, chefsjurist på SKL Kommentus inköpscentral.

ha svårigheter att leverera på kontrakt med osäker volym. Det kan då finnas skäl för flera kommuner att gå samman i en inköpscentral som bedriver grossistverksamhet. I dessa skulle grossistfunktionen kunna leda till ett antal fördelar för såväl leverantörer som upphandlande myndigheter (Se nedan).

Exempel

Ett antal glesbygdskommuner har samordnat delar av sina upphandlingar genom att bilda en inköpscentral. Inköpscentralen får signaler från sina uppdragsgivare att det finns ett behov av lokala tolkar men man vet också att marknaden för tolkar inte är riktigt etablerad i regionen.²⁴³ Inköpscentralen bestämmer sig för att agera som grossist för tolktjänster. Inköpscentralen upphandlar ett ramavtal och avropar därefter från ramavtalet i eget namn och på eget ansvar. Inköpscentralen kan sedan sälja vidare tolktjänsterna till sina uppdragsgivare.

Inköpscentralen väljer att ge leverantörerna en volymgaranti och kan samordna avropen vilket underlättar för leverantören. På detta sätt hoppas inköpscentralen och uppdragsgivarna att de kan etablera en lokal marknad och samtidigt få bra priser och andra villkor. Genom att agera grossist och upphandla ett större ramavtal med volymgaranti säkrar inköpscentralen tillgången till tolkar för sina uppdragsgivare.

Kommunerna ser också fördelar med att inte redan i upphandlingsdokumenten behöva identifiera exakt vilka som ska vara avropsberättigade på ramavtalet. På detta sätt begränsas inte vilka som kan använda sig av avtalet utan nya parter kan tillkomma under avtalstiden och ändå få tillgång till kontraktet genom att köpa direkt från inköpscentralen.

Ett annat skäl till att inköpscentralen väljer att agera grossist i upphandlingen är att de vill underlätta själva inköpet av tolktjänster för sina uppdragsgivare så att de får mer tid över till sin kärnverksamhet. Uppdragsgivarna behöver inte genomföra ett avrop själv från leverantören utan kan vända sig direkt till inköpscentralen.

²⁴³ Ett stort problem på marknaden för tolkar är bristen på tolkar generellt. Det finns för få tolkar i förhållande till behovet i hela Sverige, även i storstadsregionerna.

Notera att en inköpscentral eller en enskild upphandlande myndighet alltid kan lämna volymgarantier vid upphandling av ramavtal. Det är alltså inte enbart inköpscentraler som bedriver grossistverksamhet som får lämna garantier. Enligt Upphandlingsmyndighetens erfarenhet är det dock ovanligt att inköpscentraler använder sig av den möjligheten. Den risk det innebär att lämna en volymgaranti kan möjligen minska för en inköpscentral som agerar grossist, eftersom den inte behöver låsa ett ramavtal till ett på förhand angivet antal avropsberättigade upphandlande myndigheter. Ett exempel på en volymgaranti kan vara att en inköpscentral ger leverantören en garanti att den inom ett ramavtal kommer att köpa ett visst minimum antal timmar per år av tolktjänster. Leverantören har då rätt till skadestånd om volymgarantin inte uppfylls, vilket innebär en stor ekonomisk risk för inköpscentralen.²⁴⁴

Exempel

Sue Arrowsmith beskriver i boken *The law of public and utilities procurement* ett exempel på hur en inköpscentralens grossistverksamhet för tjänster skulle kunna se ut. I Arrowsmiths exempel upphandlar en inköpscentral ett visst antal timmar av städtjänster som täcker ett särskilt geografiskt område. Sedan säljer inköpscentralen vidare städtjänsterna till upphandlande myndigheter inom det definierade geografiska området.²⁴⁵

7.3.4 Kritik som framförts om bestämmelserna om grossistverksamhet

De nya bestämmelserna om att en inköpscentral kan agera som grossist har mötts av en del kritik. Flera remissinstanser framförde att förslaget skulle kunna leda till att konkurrensen på marknaden hindras, begränsas eller snedvrids. Vidare framfördes att grossistverksamhet skulle kunna leda till ett risktagande med offentliga medel. Det har också framförts en oro för att bestämmelserna kan missgynna små och medelstora företag.²⁴⁶

²⁴⁴ Hellner m.fl. *Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt*, s. 108.

²⁴⁵ Sue Arrowsmith, *The law of public utilities procurement: regulation in the EU and UK*, vol 1 (3rd edn, 2014) s. 536.

²⁴⁶ Prop. 2015/16:195 s. 528–531. Se även OECD, *Centralised purchasing Systems in the European union* (2011), s. 20–21.

Regeringen gjorde dock bedömningen att grossistfunktionen kan införas utan att detta i sig snedvrider eller hämmar konkurrensen. Regeringen menade också att den affärsmässiga risk som inköpscentraler kan antas komma att ta i och med bedrivandet av grossistverksamhet sannolikt är liten.

Tillämpningen och effekterna av bestämmelserna om grossistverksamhet ska enligt regeringen följas upp och granskas av lämplig myndighet.²⁴⁷

7.3.5 För- och nackdelar med grossistverksamhet

Pris- och volymfördelar bland fördelarna med grossistverksamhet

Den tydligaste fördelen med grossistverksamhet är att en inköpscentral som köper in stora volymer av varor eller tjänster för vidareförsäljning borde öka förutsättningarna att få lägre priser och andra förmånliga villkor på de inköpta produkterna. Regeringens motiv till att införa bestämmelser om grossistverksamhet var bland annat att inköpscentralernas verksamhet kan leda till betydande besparingar för den offentliga sektorn och att det därför är angeläget att inköpscentralerna ges bästa möjliga förutsättningar att åstadkomma detta.²⁴⁸

Till skillnad från när inköpscentraler upphandlar ramavtal är volymen på ett avtal som upphandlas genom traditionell grossistverksamhet typiskt sett fastställd när anbud lämnas och om alla andra villkor är jämförbara, borde det leda till mer förmånliga villkor för det offentliga.²⁴⁹ Förutom låga priser är andra fördelar för den upphandlande myndigheten att det är snabbt och enkelt att köpa direkt från en inköpscentral. I bästa fall kan en upphandlande myndighet minska sina administrativa kostnader och få tid över att koncentrera sig på sin kärnverksamhet. Det uppstår vidare inga diskussioner om vilka som är avropsberättigade. Upphandlande myndigheter bör kunna köpa från inköpscentralen även om de inte har identifierats som avropsberättigade i den ursprungliga upphandlingen. Att inköpscentralen tar på sig det upphandlingsrättsliga avtalet gentemot leverantören innebär också att en upphandlande myndighet inte behöver bekymra sig över att köpet ska överprövas.

²⁴⁷ Prop. 2015/16:195 s. 528–531.

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ OECD, *Centralised Purchasing Systems in the European Union* (2011), s. 18.

För leverantörer kan det vara en fördel att det är inköpscentralen som har det civilrättsliga ansvaret gentemot de upphandlande myndigheterna. Det innebär till exempel att det är inköpscentralen som får ta emot reklamationer på varor eller tjänster som inte fungerar som de ska.²⁵⁰ Det kan också vara en fördel för leverantören att bara ha inköpscentralen som avtalspart istället för många olika upphandlande myndigheter.

Grossistverksamhet kan leda till en begränsning av marknaden för leverantörer

De nackdelar som finns med grossistverksamhet överensstämmer enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning i huvudsak med den kritik som framförts av de nya reglerna. De risker och nackdelar som finns med grossistverksamhet är också i huvudsak desamma som framförs för samordnad upphandling generellt. En risk med grossistverksamhet är att den kan begränsa marknaden för leverantörer. Denna risk ligger dock inte huvudsakligen i grossistverksamheten som sådan utan påverkas i hög grad av inköpscentralens inköpsstrategi. Inköp av stora partier passar typiskt sätt stora leverantörer, vilket leder till att små och medelstora företag (SME) kan missgynnas. Med en bra inköpsstrategi bör dock dessa risker kunna begränsas. Bland annat bör inköpscentraler dela upp upphandlingar i mindre delar och i geografiska områden för att även mindre företag ska kunna konkurrera om kontrakten.

Enligt nya bestämmelser i LOU är upphandlande myndigheter tvungna att ta ställning till om det går att dela upp en upphandling i flera delkontrakt. Det har också införts en uttrycklig möjlighet för upphandlande myndigheter att bestämma om anbud får lämnas på samtliga eller vissa kombinationer av delkontrakt samt begränsa antalet delkontrakt som kan tilldelas en anbudsgivare.²⁵¹ En av fördelarna med grossistverksamhet, att inköpscentralen kan få bättre priser vid stora bulkinköp, kan dock påverkas negativt om upphandlingarna delas upp i för många delar.

²⁵⁰ Här är det viktigt att inköpscentralen säkerställer att den har samma rättighet mot leverantören som de upphandlande myndigheterna har mot inköpscentralen.

²⁵¹ 4 kap. 13–17 §§ LOU.

Inköpscentraler kan ta en ekonomisk risk med grossistverksamhet

En annan nackdel med grossistverksamhet är den ekonomiska risk som en inköpscentral kan komma att ta genom att upphandla produkter för vidareförsäljning. Det är av stor vikt att en genomtänkt behovs- och marknadsanalys görs innan en inköpscentral bestämmer sig för att upphandla stora volymer varor och/eller tjänster för vidareförsäljning. Det kan till exempel vara mindre lämpligt för en inköpscentral att göra stora inköp av varor med snabb teknisk utveckling. Risken är annars att varorna inte längre efterfrågas i takt med att utvecklingen på området gör att upphandlande myndigheters behov ändras. Om en inköpscentral till exempel överskattar behovet av en viss produkt och sedan inte får de produkter som de har köpt in sålda uppstår kostnader för det offentliga. Om inköpscentralen sänker priserna på de produkter som de har svårt att sälja kan detta också leda till en störning på marknaden.

Den ekonomiska risk som en inköpscentral tar genom att bygga upp lager som sedan inte går att sälja kan till viss del begränsas om inköpscentralen har ett ramavtal i botten som den avropar ifrån. Då behöver inköpscentralen inte bygga upp stora lager utan kan istället avropa från ramavtalet när den får signaler på att upphandlande myndigheter är intresserade. En nackdel med ett sådant upplägg är att det kan vara svårare för inköpscentralen att få lika bra villkor om volymen inte blir tillräckligt stor eller säker för leverantören. Om inköpscentralen ger leverantören en volymgaranti för avrop innebär även detta en ekonomisk risk för inköpscentralen. En volymgaranti har i detta avseende stora likheter med att bygga upp ett lager.

En annan nackdel som inköpscentraler har uttryckt är att det är administrativt betungande att bedriva grossistverksamhet. Att inträda rollen som säljare innebär nya arbetsuppgifter och nya ansvar för en inköpscentral. Inköpscentralen tar inte bara på sig det upphandlingsrättsliga ansvaret utan får även det civilrättsliga ansvaret gentemot köparen, det vill säga de upphandlande myndigheterna. Det innebär att inköpscentralen får ta hand om exempelvis frågor som rör reklamationer och garantier.²⁵² Håller inköpscentralen dessutom eget lager och sköter logistik och distribution innebär naturligtvis även det många nya och resurskrävande arbetsuppgifter.

²⁵² Se även ovan under avsnitt 7.3.2 om ansvarsfrågan.

7.3.6 Hur ser behovet ut?

Bestämmelserna om att inköpscentraler får agera grossist är en nyhet och det är svårt att uttala sig om hur användningen av bestämmelserna kommer att se ut i Sverige. I en del andra EU-länder har möjligheten för inköpscentralen att agera grossist funnits sedan 2004 års LOU-direktiv infördes. Det har trots det inte använts i någon större utsträckning.

När det gäller intresset hos de största inköpscentralerna i Sverige har SKL Kommentus framfört att grossistverksamhet inte finns med i deras treårsplan.²⁵³ Däremot utesluter inte inköpscentralen att de i framtiden kan komma att använda sig av att köpa in varor och tjänster för vidareförsäljning. Statens Inköpscentral vid Kammarkollegiet ser också lite avvaktande på nyheten och har för närvarande inga planer på att använda sig av grossistverksamhet. Båda inköpscentralerna har dock framfört att de under 2017 kommer att utreda möjligheten att bedriva grossistverksamhet.

En faktor som enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning verkar ha betydelse för hur användbar och efterfrågad möjligheten att verka som grossist är, är om inköpscentralerna verkar på nationell, regional eller lokal nivå. Mot bakgrund av den faktainsamling som vi har gjort under arbetet med denna rapport drar vi slutsatsen att det är bland de regionala och lokala inköpscentralerna som man ser störst möjligheter med de nya bestämmelserna om grossistfunktionen.²⁵⁴

På lokal nivå kan grossistverksamhet sannolikt bli mer effektiv än på nationell nivå där omfattningen i sig kan bli väldigt resurskrävande och administrativt betungande. Kanske kommer fler mindre inköpscentraler etableras lokalt om man ser att grossistfunktionen kan underlätta samverkan och ett gemensamt användande av upphandlade produkter.

7.4 Kort europeisk utblick

Även om möjligheten att bedriva grossistverksamhet har funnits hos många EU-länder sedan 2004 års direktiv infördes verkar inte grossistrollen vara allmänt utbredd bland europeiska inköpscentraler. Det finns emellertid ett par exempel på

²⁵³ Åsa Edman på Upphandlingsmyndighetens konferens den 21 november 2016.

²⁵⁴ Se bland annat *Inköpscentralernas nya roll*, film från panelsamtal inspelad under Almedalen 2016 <http://upphandling24.se/inkopscentralernas-nya-roll-vi-ser-framtiden> (hämtat 2017-03-01).

inköpscentraler som agerar grossister och säljer varor till andra upphandlande myndigheter.

England

Den brittiska inköpscentralen Yorkshire Purchasing Organisation (YPO) bedriver grossistverksamhet och säljer till exempel skol- och kontorsmaterial, livsmedel och möbler. Produkterna som YPO upphandlar och lagerför kan köpas direkt på deras webbsida precis som på en vanlig webbutik. Webbutiken är öppen för alla så även privatpersoner och företag kan köpa direkt från butiken men med lite andra villkor än vad som gäller för upphandlande myndigheter.

Frankrike

Den största inköpscentralen i Frankrike, L'Union des Groupements d'Achats Publics (UGAP), har grossistverksamhet av ett stort antal varor från förbrukningsvaror till möbler och läkemedel. UGAP har precis som YPO en slags webbutik där upphandlande myndigheter kan göra sina beställningar.

Finland

Den finska inköpscentralen Hansel använde sig av grossistverksamhet mellan åren 1995–2003. Hansel använde sig av monopolmodellen (beskriven ovan i avsnitt 7.3.1) vilket innebar att det var obligatoriskt för statliga upphandlande myndigheter att köpa från inköpscentralen. Men efter ett växande missnöje med detta system och de produkter som erbjöds upphörde Hansel med denna typ av verksamhet och arbetar numera enbart med ramavtalsupphandlingar.²⁵⁵

Italien

Den italienska inköpscentralen Consip har ett stort e-handelssystem för upphandlingar under tröskelvärdena där leverantörer kan ansluta sig och upphandlande myndigheter kan handla direkt på nätet om värdet är under tröskelvärdena. Detta påminner lite om en grossistverksamhet, men ingen direktivstyrd upphandling sker och de upphandlande myndigheterna skriver avtal direkt med leverantörerna och alltså inte med inköpscentralen.

²⁵⁵ Statskontorets PM *Offentliga inköpscentraler i Sverige*, dnr 2008/162-5 s. 92 och OECD *Centralised Purchasing Systems in the European union* (2011), s. 16 och 36.

7.5 Analys av möjligheterna till avtalssamverkan genom grossistverksamhet

Enligt det regeringsuppdrag som ligger till grund för denna rapport ska Upphandlingsmyndigheten analysera de möjligheter för enklare tjänsteutbyte mellan upphandlande myndighet och enheter som grossistverksamhet hos inköpscentraler kan innebära. Analysen ska även inbegripa möjligheter till samverkan rörande inköp av digitala system och att tillhandahålla digitala tjänster till medborgarna. Slutligen ska Upphandlingsmyndigheten klargöra om det behov av avtalssamverkan som identifierades i Statskontorets rapport *Kommunal avtalssamverkan, Behövs ökade möjligheter?* kan mötas med hjälp av de nya bestämmelserna om att inköpscentraler kan bedriva grossistverksamhet.

7.5.1 Möjligheter för enklare tjänsteutbyte mellan upphandlande myndigheter

Den nya möjligheten för inköpscentraler att bedriva grossistverksamhet kan leda till att förenkla och effektivisera inköpssamordning för upphandlande myndigheter. Hur grossistverksamhet kan tillämpas, vilka varor och tjänster det kan lämpa sig för och vilka för- och nackdelar vi identifierat med grossistverksamhet beskrivs i avsnitt 7.3.

7.5.2 Särskilt om det behov som Statskontoret har identifierat

Statskontoret har haft i uppdrag att analysera behovet av ytterligare samverkan genom ingående av avtal inom kommunsektorn. Vårt uppdrag har varit att analysera om och i vilken utsträckning det behov som Statskontoret har identifierat kan tillgodoses genom att inköpscentraler bedriver grossistverksamhet.

Av Statskontorets rapport framgår ett antal verksamhetsområden och arbetsuppgifter där kommunerna anser att ytterligare samverkan skulle innebära störst nytta för kommuner och landsting. Dessa är främst specialisttjänster, gemensam administration samt IT och digitalisering (se avsnitt 4.1.2). Här nedan analyserar vi om de nya reglerna om grossistverksamhet innebär nya möjligheter på dessa områden.

Specialisttjänster

Statskontorets rapport pekar på behovet av att samverka kring olika typer av specialisttjänster, både inom områden där kommunen har myndighetsutövande

uppgifter och i andra fall. När det gäller myndighetsutövning kan det exempelvis handla om möjligheter att ha gemensamma miljöinspektörer/-tillsyn, handläggare av alkoholtillstånd/-tillsyn, handläggare av tillsyn av hälsoskydd och livsmedel samt bygglovshandläggare. Exempel på behov av andra typer av gemensamma specialisttjänster kan enligt Statskontorets rapport vara jurister.

Det behov kommuner och landsting har av att samverka kring specialisttjänster gäller sannolikt i första hand egna anställda. Kommuner och landsting har helt enkelt ett behov av att köpa och sälja tjänster av varandra och dela på anställningar utan att detta ska behöva upphandlas enligt bestämmelserna i LOU. Detta behov kan emellertid inte mötas med stöd av bestämmelserna om grossistverksamhet.

Många av de tjänster som man vill samverka kring rör myndighetsutövande uppgifter. Uppgifter som utgör myndighetsutövning får som huvudregel inte överlämnas till juridisk person om inte särskilt stöd finns i lag.²⁵⁶ Om sådant lagstöd inte finns kan myndighetsutövning alltså inte lämnas över till privata utförare. När det gäller kommuners och landstings behov av att dela på egen anställd personal för uppgifter som utgör myndighetsutövning är det emellertid möjligt att avtal kan träffas utan upphandling på den grunden att avtalet avser offentlig makt, vilket inte omfattas av det EU-rättsliga regelverket för offentlig upphandling.²⁵⁷ Inte heller behovet att samverka kring tjänster som innebär myndighetsutövning kan alltså mötas av en inköpscentrals möjlighet att bedriva grossistverksamhet eftersom myndighetsutövning som huvudregel inte får överlämnas till privata utförare. I de fall det enligt speciallagstiftning går att lämna myndighetsutövande uppgifter till privata utförare är upphandlingslagstiftningen möjligen ändå inte tillämplig eftersom det rör sig om offentlig makt.

När det gäller inköpsamverkan kring specialisttjänster kan emellertid en inköpscentral som agerar grossist leda till att förenkla och effektivisera inköpsamordningen för de samverkande parterna. I en glesbygdskommun där marknadsutbudet av till exempel juristtjänster är dåligt kan det vara en fördel att samordna upphandlingen av dessa tjänster.

²⁵⁶ 12 kap. 4 § regeringsformen och 3 kap. 16 § kommunallagen. Se också avsnitt 3.2 ovan.

²⁵⁷ Läs mer om detta i SOU 2012:30 s. 292 ff.

Samordnad upphandling kan bidra till att säkra efterfrågan genom att samla behovet och öka volymerna, vilket kan skapa bättre marknadsförutsättningar på den lokala marknaden. Genom samverkan kan det också bli lättare att på olika vis garantera volymer för potentiella anbudsgivare i en upphandling. Om den samordnade upphandlingen involverar en inköpscentral som bedriver grossistverksamhet kan detta ytterligare bidra till en enklare och mer flexibel process för såväl inblandade leverantörer som de upphandlande myndigheterna. För inköpscentralen innebär emellertid grossistverksamhet större administrativa kostnader och ett större ansvar. Inköpscentralens kostnader kan dock på olika vis fördelas mellan de samverkande upphandlande myndigheterna. Läs vidare om för- och nackdelar med grossistverksamhet samt lämpliga upphandlingsföremål i avsnitt 7.3.5 och 7.3.3.

Gemensam administration

Statskontorets rapport pekar på behovet av att samverka om gemensam administration, till exempel ekonomiadministration, lönehantering, personaladministration, HR-tjänster/ kompetensförsörjning och växel och telefoni. Dessa typer av tjänster utgör inte myndighetsutövning och det förekommer i normalfallet inte några kommunalrättsliga hinder mot att lämna över administration på privata utförare.

För kommuner och landsting som vill upphandla dessa tjänster och samordna upphandlingen kan bestämmelserna om grossistverksamhet för inköpscentraler i viss mån förenkla och effektivisera själva inköpsordningen. Till exempel kan grossistfunktionen underlätta för samarbetsparterna genom att avropsberättigade parter inte behöver identifieras. Nyttillkomna samverkansparter kan då få tillgång till tidigare upphandlade tjänster. (Se avsnitt 7.3.3 och 7.3.5).

IT och digitalisering

Möjligheter att samverka avseende frågor om IT och digitalisering, till exempel i bredbandsutbyggnad, och genom att kunna ha gemensamma IT-expert/IT-stöd är ytterligare behov som framkommer i Statskontorets rapport.

Här framkommer behov av att samverka inom flera olika områden. Vad gäller samverkan kring IT-relaterade specialisttjänster hänvisar vi till vad som anges ovan. Detsamma gäller sådant IT-stöd som avser gemensam administration. I övrigt hänvisar vi till avsnitt 7.5.3 nedan.

7.5.3 Särskilt om inköp av digitala system samt att tillhandahålla digitala tjänster till medborgarna

Enligt regeringsuppdraget ska analysen för grossistverksamhet inbegripa möjligheterna till samverkan rörande inköp av digitala system och att tillhandahålla digitala tjänster till medborgarna.

Upphandlingsmyndigheten har i analysen inte hittat något som särskiljer digitala system och digitala tjänster från till exempel inköp av administrativa tjänster avseende möjligheten för inköpscentraler att använda sig av grossistverksamhet. De för- och nackdelar som vi redogjorde för i avsnitt 7.3.5 gäller i stort också för inköps-samverkan av digitala system och digitala tjänster till medborgare. Inköp av digitala system, programvaror och tjänster samt tillhörande licenser har dock normalt en egenskap som kan vara till fördel för en inköpscentral som agerar grossist – den kräver ingen fysisk lagringsplats.

7.5.4 Avslutande kommentar

Möjligheten för inköpscentraler att agera grossist är ny och det återstår att se hur den kommer att tillämpas och på vilka områden, samt för vilka situationer den lämpar sig för. Den erfarenhet som finns av grossistverksamhet hos inköpscentraler kommer från andra EU-länder (se avsnitt 7.4). En slutsats man kan dra av denna erfarenhet är att tillämpningen av grossistverksamhet är marginell. Det finns vad vi känner till endast två inköpscentraler som bedriver grossistverksamhet i EU. Båda dessa inköpscentraler säljer relativt standardiserade varor, som förbrukningsvaror och möbler. Mot bakgrund av denna bild är Upphandlingsmyndighetens analys att grossistverksamhet även i Sverige troligen kommer att tillämpas i begränsad omfattning, i vart fall under en nära framtid, och då främst för standardiserade varor.

Intresset från inköpscentralernas håll har hittills varit relativt begränsat, särskilt vid jämförelse med nyheten om dynamiska inköpssystem. Anledningen till det något ljumma intresset är möjligen att rollen som säljare, med allt vad det innebär i form av ansvar, garantiåtagande, försäkringar och så vidare är en ovan roll för inköpscentraler. SKL Kommentus och Statens inköpscentral har framfört att de ska titta närmare på möjligheterna att bedriva grossistverksamhet. Det ska bli intressant att se vad de kommer fram till och om intresset för den nya möjligheten kommer att växa i takt med att kunskapen om vad det innebär att bedriva grossistverksamhet ökar.

Bilaga 1 – Statskontorets enkätundersökning

Statskontorets enkätundersökning till landets kommuner hade, i den del den handlade om avtalssamverkan, två syften. Det ena syftet var att få en bild av i vilken mån avsaknad av lagstöd för avtalssamverkan är ett betydande problem för landets kommuner. Det andra syftet var att få kommunernas syn på inom vilka områden det vore värdefullt med ytterligare möjligheter till avtalssamverkan. För de två syftena ställdes fyra frågor respektive en fråga, enligt följande:

Syfte 1

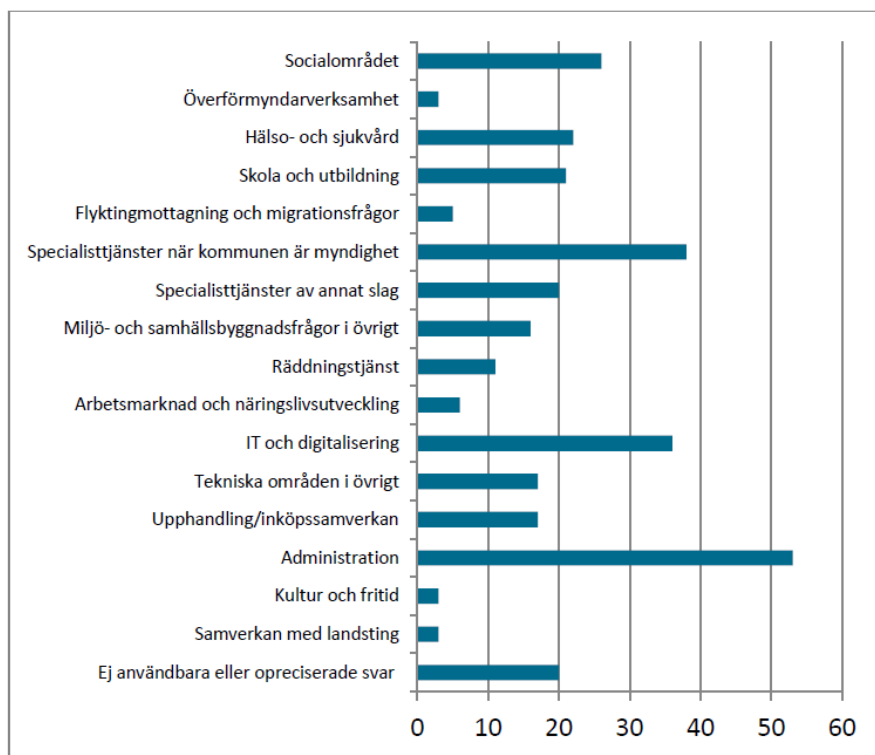
- Finns det verksamhetsområden där ni under perioden 2013 fram till tiden för enkätens besvarande 2016 har övervägt att inleda avtalssamverkan med andra kommuner eller landsting, men av något skäl valt att avstå? Om svaret är ja:
 - Vilka verksamhetsområden var berörd avtalssamverkan tänkt att omfatta?
 - Vilka var skälen till att berörd avtalssamverkan inte kom till stånd? Ange för respektive berört verksamhetsområde om orsaken var avsaknad av lagstöd för avtalssamverkan eller annat skäl (ange då vilket).
 - Har ni ändå etablerat samverkan med andra kommuner eller landsting på berörda verksamhetsområden? Ange för respektive berört verksamhetsområde om ni inte har etablerat samverkan i annan form eller om ni har gjort det (ange då vilken samverkansform).

Syfte 2

- Inom vilka verksamhetsområden bedömer ni att ytterligare möjligheter till avtalssamverkan skulle innebära störst nytta för kommuner och landsting? Var vänlig kommentera.

Svaren på frågan vad gäller syfte 2, dvs. inom vilka verksamhetsområden man bedömer att ytterligare möjligheter till avtalsamverkan skulle innebära störst nytta för kommuner och landsting sammanfattas nedan.

Verksamhetsområden där kommuner anser att det vore värdefullt med ytterligare möjligheter till avtalsamverkan, antal svar (119 svarande kommuner).



Verksamhetsområden där kommuner anser att det vore värdefullt med ytterligare möjligheter till avtalssamverkan, kompletterat med exempel på vanligast angivna arbetsuppgifter (119 svarande kommuner).

Verksamhetsområden	Antal svar
Socialområdet, t.ex.	26
– socialtjänst	
– HVB	
– äldreomsorg	
Överförmyndarverksamhet	3
Hälsa- och sjukvård, t.ex.	22
– hemsjukvård	
– särskilda boendeplatser	
– folkhälsoarbete	
Skola och utbildning, t.ex.	21
– gymnasium	
– distans-/fjärrundervisning	
Flyktmottagning och migrationsfrågor	5
Specialisttjänster när kommunen är myndighet, t.ex.	38
– miljöinspektörer/-tillsyn	
– handläggare av alkoholtillstånd/-tillsyn	
– handläggare av tillsyn av hälsoskydd och livsmedel	
– bygglovshandläggare	
Specialisttjänster av annat slag, t.ex.	20
– jurister	
Miljö- och samhällsbyggnadsfrågor i övrigt	16
Räddningstjänst (hela eller mindre delar därav)	11
Arbetsmarknad och näringslivsutveckling	6
IT och digitalisering, t.ex.	36
– bredbandsutbyggnad	
– IT-expert/IT-stöd	
Tekniska områden i övrigt, t.ex.	17
– vatten och avlopp	
– avfallshandtering/renhållning	
– vägunderhåll/trafikfrågor	
Upphandling/inköpsamverkan	17

Administration, t.ex.	53
– ekonomiadministration	
– lönehantering	
– personaladministration	
– HR-tjänster/kompetensförsörjning	
– växel och telefoni	
Kultur och fritid	3
Samverkan med landsting	3
Ej användbara eller opreciserade svar (antal svarande kommuner)	20

För mer information kring enkätundersökningen se [Statskontorets rapport](#).

Bilaga 2 – Lagtext och direktivtext

Här nedan återfinns den rättsliga regleringen i LOU, LUF och LUK liksom i de bakomliggande direktiven.

Samarbetsavtal

LOU

Lag om offentlig upphandling

Upphandling mellan upphandlande myndigheter

3 kap. 17 §

Denna lag gäller inte för upphandling mellan två eller flera upphandlande myndigheter, om

1. upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas gemensamma mål,
2. samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och
3. myndigheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.

3 kap. 18 §

Verksamhetsandelen enligt 17 § 3 ska bestämmas på grundval av den upphandlande myndighetens sammanlagda genomsnittliga omsättning i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader avseende de verksamheter som har omfattats av samarbetet under de tre åren som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod. Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

Artikel 12.4:

Ett kontrakt som ingåtts uteslutande mellan två eller flera upphandlande myndigheter ska inte omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv, om samtliga följande villkor är uppfyllda:

- a) Kontraktet inrättar eller genomför ett samarbete mellan de deltagande upphandlande myndigheterna för att säkerställa att de offentliga tjänster som de ska utföra tillhandahålls med målet att uppnå myndigheternas gemensamma mål.
- b) Genomförandet av samarbetet styrs endast av överväganden som sammanhänger med allmänintresset.
- c) De deltagande upphandlande myndigheterna utövar verksamhet på den öppna marknaden i en omfattning som understiger 20 % av de verksamheter som berörs av samarbetet.

Artikel 12.5:

När procentsatsen för de verksamheter som avses i [--] punkt 4 c fastställs ska man beakta den genomsnittliga totala omsättningen eller ett lämpligt alternativt verksamhetsbaserat mått, såsom kostnader som uppstått hos den berörda juridiska personen eller upphandlande myndigheten i fråga om tjänster, varor och byggtreprenader under de tre åren som föregår kontraktets tilldelning.

När omsättningen, eller det alternativa verksamhetsbaserade måttet såsom kostnader, för de föregående tre åren inte är tillgängliga eller inte längre är relevanta på grund av tidpunkten för den berörda juridiska personens eller upphandlande myndighetens etablering eller inledandet av verksamheten eller en omorganisation av dess verksamheter, är det tillräckligt att företaget kan påvisa att verksamhetsmåttet är trovärdigt, särskilt genom prognoser för verksamheten.

Skäl 31:

Det råder betydande rättsosäkerhet om i vilken mån kontrakt som ingåtts mellan enheter inom den offentliga sektorn ska omfattas av regler för offentlig upphandling. Tolkningen av relevant rättspraxis från Europeiska unionens

domstol varierar mellan medlemsstaterna och även mellan upphandlande myndigheter. Det är därför nödvändigt att klargöra i vilka fall reglerna om offentlig upphandling inte är tillämpliga på kontrakt som ingås inom den offentliga sektorn.

Ett sådant klargörande bör vägledas av de principer som fastställts i Europeiska unionens domstols relevanta rättspraxis. Enbart det faktum att båda avtalsparterna själva är myndigheter utesluter inte i sig tillämpning av upphandlingsreglerna. Tillämpningen av reglerna för offentlig upphandling bör dock inte inskränka upphandlande myndigheters frihet att utföra de offentliga uppdrag som åligger dem genom att använda sina egna resurser, vilket innefattar möjligheten att samarbeta med andra myndigheter. Det bör säkerställas att undantag för samarbete mellan myndigheter inte leder till att konkurrensen snedvrids i förhållande till privata ekonomiska aktörer i den mån det gynnar en privat tjänsteleverantör i förhållande till dess konkurrenter.

Skäl 32:

[...] Det bör också klargöras att upphandlande myndigheter såsom offentlighetsorgan, som kan ha ett privat ägarintresse i kapitalet, bör kunna utnyttja undantaget för övergripande samarbete. När alla andra villkor för det övergripande samarbetet är uppfyllda bör följaktligen undantaget för övergripande samarbete även omfatta sådana upphandlande myndigheter när kontraktet ingås uteslutande mellan upphandlande myndigheter.

Skäl 33:

Upphandlande myndigheter bör kunna välja att tillhandahålla sina offentliga tjänster gemensamt genom samarbete utan skyldighet att använda en viss juridisk form. Ett sådant samarbete kan omfatta alla typer av verksamhet som sammanhänger med fullgörandet av tjänster och ansvar som förelagts de deltagande myndigheterna eller som de påtagit sig ansvaret för, t.ex. obligatoriska eller frivilliga uppgifter för lokala eller regionala myndigheter eller tjänster som genom lag ålagts vissa organ. De tjänster som tillhandahålls av de olika deltagande myndigheterna måste inte nödvändigtvis vara identiska; de kan också komplettera varandra.

Kontrakt för gemensamt tillhandahållande av offentliga tjänster bör inte omfattas av tillämpningen av reglerna i detta direktiv förutsatt att de har ingåtts uteslutande mellan upphandlande myndigheter, att genomförandet av samarbetet endast styrs av överväganden som sammanhänger med allmänintresset och att ingen privat tjänsteleverantör gynnas i förhållande till sina konkurrenter.

För att uppfylla dessa villkor bör samarbetet grundas på ett samarbetskoncept. För sådant samarbete krävs inte att alla deltagande myndigheter åtar sig att fullgöra de huvudsakliga avtalsförpliktelseerna så länge det finns åtaganden om att bidra till ett fullgörande av den berörda offentliga tjänsten genom samarbete. Genomförandet av samarbetet, inbegripet ekonomiska överföringar mellan de deltagande upphandlande myndigheterna, bör dessutom endast styras av överväganden som sammanhänger med allmänintresset.

LUF

Lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Upphandling mellan upphandlande myndigheter

3 kap. 17 §

Denna lag gäller inte för upphandling mellan två eller flera upphandlande myndigheter, om

1. upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas gemensamma mål,
2. samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och
3. myndigheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.

3 kap. 18 §

Verksamhetsandelen enligt 17 § 3 ska bestämmas på grundval av den upphandlande myndighetens sammanlagda genomsnittliga omsättning i fråga om

varor, tjänster och byggtreprenader avseende de verksamheter som har omfattats av samarbetet under de tre år som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod. Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG

Artikel 28.4

Ett kontrakt som ingåtts uteslutande mellan två eller flera upphandlande myndigheter ska inte omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv, om samtliga följande villkor är uppfyllda:

- a) Kontraktet inrättar eller genomför ett samarbete mellan de deltagande upphandlande myndigheterna för att säkerställa att de offentliga tjänster som de ska fullgöra tillhandahålls med målet att uppnå myndigheternas gemensamma mål.
- b) Genomförandet av samarbetet styrs endast av överväganden som sammanhänger med allmänintresset.
- c) De deltagande upphandlande myndigheterna utövar verksamhet på den öppna marknaden i en omfattning som understiger 20 % av de verksamheter som berörs av samarbetet.

Artikel 28.5

När procentsatsen för de verksamheter som avses i punkterna 1 första stycket b, 3 första stycket b och 4 c fastställs ska man beakta den genomsnittliga totala omsättningen eller ett lämpligt alternativt verksamhetsbaserat mått, såsom kostnader som uppstått hos den relevanta juridiska personen i fråga om tjänster, varor och byggtreprenader under de tre åren som föregår kontraktets tilldelning.

När omsättningen, eller det alternativa verksamhetsbaserade måttet såsom kostnader, för de föregående tre åren inte är tillgängliga eller inte längre är

relevanta på grund av tidpunkten för den relevanta juridiska personens etablering eller inledandet av verksamheten eller en omorganisation av dess verksamheter, ska det vara tillräckligt att företaget kan påvisa att verksamhetsmålet är trovärdigt, särskilt genom prognoser för verksamheten.

Skäl 38

Det råder betydande rättsosäkerhet om i vilken mån kontrakt som ingåtts mellan upphandlande myndigheter ska omfattas av regler för offentlig upphandling. Tolkningen av relevant rättspraxis från Europeiska unionens domstol varierar mellan medlemsstaterna och även mellan upphandlande myndigheter. Eftersom denna rättspraxis även är tillämplig på myndigheter när de är verksamma i de sektorer som omfattas av detta direktiv är det lämpligt att se till att samma regler gäller och tolkas på samma sätt i detta direktiv och i direktiv 2014/24/EU.

LUK

Lag om koncessioner

3 kap. 19 §

Upphandling mellan upphandlande myndigheter och enheter

Denna lag gäller inte för upphandling mellan två eller flera upphandlande myndigheter eller enheter, om

1. upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna eller enheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna eller enheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas eller enheternas gemensamma mål,
2. samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och
3. myndigheterna eller enheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet. Med upphandlande enhet avses i denna paragraf och 20 § endast sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1.

3 kap. 20 §

Verksamhetsandelen enligt 19 § första stycket 3 ska bestämmas på grundval av den upphandlande myndighetens eller enhetens sammanlagda genomsnittliga omsättning i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader avseende de verksamheter som har omfattats av samarbetet under de tre åren som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod. Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner

Artikel 17.4

Ett kontrakt som ingås uteslutande mellan två eller flera upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter i den mening som avses i artikel 7.1 a ska inte omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv om samtliga följande villkor är uppfyllda:

- a) Kontraktet inrättar eller genomför ett samarbete mellan de deltagande upphandlande myndigheterna eller upphandlande enheterna för att säkerställa att de offentliga tjänster som de ska utföra tillhandahålls med målet att uppnå deras gemensamma mål.
- b) Genomförandet av samarbetet styrs endast av överväganden som sammanhänger med allmänintresset.
- c) De deltagande upphandlande myndigheterna eller upphandlande enheterna utövar verksamhet på den öppna marknaden i en omfattning som understiger 20 % av de verksamheter som berörs av samarbetet.

Artikel 17.5

När procentsatsen för de verksamheter som avses i punkterna 1 b, 3 b och 4 fastställs ska man beakta den genomsnittliga totala omsättningen eller ett lämpligt alternativt verksamhetsbaserat mått, såsom kostnader som uppstått hos den berörda juridiska personen, upphandlande myndigheten eller upphandlande

enheten som avses i artikel 7.1 a i fråga om tjänster, varor och byggentreprenader under de tre åren som föregår tilldelningen av koncessionen.

När omsättningen eller det alternativa verksamhetsbaserade måttet, såsom kostnader, för de föregående tre åren inte är tillgängliga eller inte längre är relevanta, på grund av tidpunkten för den berörda juridiska personens, upphandlande myndighetens eller upphandlande enhetens etablering eller inledandet av verksamheten eller en omorganisation av dess verksamheter, är det tillräckligt att företaget kan påvisa att verksamhetsmålet är trovärdigt, särskilt genom prognoser för verksamheten.

Skäl 45

Det råder en betydande rättslig osäkerhet när det gäller i vilken mån kontrakt som ingåtts mellan enheter inom den offentliga sektorn bör omfattas av reglerna om koncessioner. Tolkningen av Europeiska unionens domstols relevanta rättspraxis varierar mellan medlemsstaterna och även mellan upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter. Det är därför nödvändigt att klargöra i vilka fall reglerna i detta direktiv inte är tillämpliga på kontrakt som ingås inom den offentliga sektorn. Ett sådant klargörande bör vägledas av de principer som fastställts i Europeiska unionens domstols relevanta rättspraxis. Enbart det faktum att båda avtalsparterna själva är myndigheter utesluter inte tillämpning av reglerna i detta direktiv. Tillämpningen av reglerna i detta direktiv bör dock inte inskränka myndigheters frihet att utföra det offentliga uppdrag som åligger dem genom att använda sina egna resurser, vilket innefattar möjligheten att samarbeta med andra myndigheter. Det bör säkerställas att undantag för samarbete mellan myndigheter inte leder till att konkurrensen snedvrids i förhållande till privata ekonomiska aktörer i den mån det gynnar en privat tjänsteleverantör i förhållande till dess konkurrenter.

Skäl 46

[...] Det bör också klargöras att upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter, såsom offentlighetsrättsliga organ, som kan ha ett privat ägarintresse i kapitalet, bör kunna utnyttja undantaget för övergripande samarbete. När alla andra villkor för det övergripande samarbetet är uppfyllda bör följaktligen undantaget för övergripande samarbete även omfatta sådana upphandlande

myndigheter eller upphandlande enheter när kontraktet ingås uteslutande mellan upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter.

Skäl 47

Upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter enligt artikel 7.1 a bör kunna välja att tillhandahålla sina offentliga tjänster gemensamt genom samarbete utan skyldighet att använda en viss juridisk form. Ett sådant samarbete kan omfatta alla typer av verksamhet som sammanhänger med fullgörandet av tjänster och ansvar som förelagts de deltagande myndigheterna eller som de tagit på sig, t.ex. obligatoriska eller frivilliga uppgifter för lokala eller regionala myndigheter eller uppgifter som genom lag ålagts vissa organ. De tjänster som tillhandahålls av de olika deltagande myndigheterna eller enheterna måste inte nödvändigtvis vara identiska; de kan också komplettera varandra. Kontrakt för gemensamt tillhandahållande av offentliga tjänster bör inte omfattas av detta direktiv förutsatt att de har ingåtts uteslutande mellan upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter, att genomförandet av samarbetet endast styrs av överväganden som sammanhänger med allmänintresset och att ingen privat tjänsteleverantör gynnas i förhållande till dess konkurrenter.

För att uppfylla dessa villkor bör ett samarbetskoncept ligga till grund för samarbetet. För sådant samarbete krävs inte att alla deltagande myndigheter åtar sig att fullgöra de huvudsakliga avtalsförpliktelserna så länge det finns åtaganden om att bidra till ett fullgörande av det berörda offentliga uppdraget genom samarbete. Dessutom bör genomförandet av samarbetet, inklusive eventuella ekonomiska överföringar mellan de upphandlande myndigheterna, styras endast av överväganden som sammanhänger med allmänintresset.

Inköpscentralers grossistverksamhet

LOU

Lag om offentlig upphandling

Definitioner

1 kap. 14 §

Med inköpscentral avses en upphandlande myndighet som stadigvarande tillhandahåller centraliserad inköpsverksamhet i form av

1. anskaffning av varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter, eller
2. tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal om varor, tjänster eller byggtreprenader som är avsedda för upphandlande myndigheter.

Inköpscentraler

Anlitande av en inköpscentral

7 kap. 10 §

En upphandlande myndighet får anlita en inköpscentral utan att upphandla tjänsten.

Om en upphandlande myndighet anlitar en inköpscentral enligt första stycket får tjänsten som inköpscentralen tillhandahåller även omfatta stödverksamhet för inköp.

Anskaffning från en inköpscentral

7 kap. 11 §

En upphandlande myndighet får anskaffa varor eller tjänster från en inköpscentral.

Anskaffning genom en inköpscentral

7 kap. 12 §

En upphandlande myndighet får anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom

1. kontrakt som tilldelas av en inköpscentral,
2. dynamiska inköpssystem som drivs av en inköpscentral, eller
3. ramavtal som ingås av en inköpscentral.

7 kap. 13 §

En upphandlande myndighet ska anses fullgöra sina skyldigheter enligt denna lag när den anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader från eller genom en inköpscentral enligt 11 eller 12 §. Den upphandlande myndigheten ansvarar dock för att fullgöra skyldigheterna i denna lag när det gäller de delar av ett förfarande som den själv genomför.

7 kap. 15 §

En upphandlande myndighet får använda centraliserad inköpsverksamhet som erbjuds av en inköpscentral i en annan medlemsstat i Europeiska unionen.

Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

Artikel 2.14

centraliserad inköpsverksamhet: verksamhet som bedrivs stadigvarande i någon av följande former: a) Anskaffning av varor och/eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter.

b) Tilldelning av offentliga kontrakt eller ingående av ramavtal om byggtreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter.

Artikel 2.15

stödverksamhet för inköp: verksamheter för tillhandahållande av stöd för inköp, särskilt i följande former:

- a) Teknisk infrastruktur som gör det möjligt för upphandlande myndigheter att tilldela offentliga kontrakt eller ingå ramavtal för byggtreprenader, varor eller tjänster.
- b) Rådgivning om genomförande eller utformning av offentliga upphandlingsförfaranden.
- c) Förberedande och administration av upphandlingsförfaranden på den upphandlande myndighetens vägnar och för denna.

Artikel 2.16

inköpscentral: en upphandlande myndighet som tillhandahåller centraliserad inköpsverksamhet och eventuellt också stödverksamhet för inköp.²⁵⁸

Artikel 37

Centraliserad inköpsverksamhet och inköpscentraler

1. Medlemsstaterna får fastställa att den upphandlande myndigheten får anskaffa varor och/eller tjänster från en inköpscentral som erbjuder den centraliserade inköpsverksamhet som avses i led 14 a i artikel 2.1.

Medlemsstaterna får också fastställa att den upphandlande myndigheten får anskaffa byggtreprenader, varor och tjänster med hjälp av kontrakt som tilldelas av en inköpscentral, med hjälp av dynamiska inköpssystem som drivs av en inköpscentral eller, i den mån detta anges i artikel 33.2 andra stycket, med hjälp av ett ramavtal som ingås av en inköpscentral som erbjuder den centraliserade inköpsverksamhet som avses i led 14 b i artikel 2.1. Om ett dynamiskt inköpssystem som drivs av en inköpscentral får användas av andra upphandlande myndigheter ska detta nämnas i den anbudsinfordran som upprättar det dynamiska inköpssystemet. L 94/118 Europeiska unionens officiella tidning 28.3.2014 SV I fråga om första och andra styckena får medlemsstaterna fastställa

²⁵⁸ För direktivets definition av stödverksamhet se artikel 2.15.

att vissa upphandlingar ska genomföras med anlitande av inköpscentraler eller en eller flera specifika inköpscentraler.

2. En upphandlande myndighet fullgör sina skyldigheter enligt detta direktiv när den anskaffar varor och tjänster från en inköpscentral som erbjuder den centraliserade inköpsverksamhet som avses i led 14 a i artikel 2.1.

En upphandlande myndighet fullgör dessutom sina skyldigheter enligt detta direktiv när den anskaffar byggentreprenader, varor eller tjänster med hjälp av kontrakt som tilldelas av en inköpscentral, med hjälp av dynamiska inköpssystem som drivs av inköpscentralen, eller, i den mån detta anges i artikel 33.2 andra stycket, med hjälp av ett ramavtal som ingås av en inköpscentral som erbjuder den centraliserade inköpsverksamhet som avses i led 14 b i artikel 2.1. Den berörda upphandlande myndigheten ska dock ansvara för att uppfylla skyldigheterna i detta direktiv när det gäller de delar som den själv genomför, såsom

- a) tilldelning av ett kontrakt inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem som drivs av en inköpscentral,
- b) genomförande av en förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal som en inköpscentral har ingått,
- c) fastställande, i enlighet med artikel 33.4 a eller b, av vilken av de ekonomiska aktörer som är parter i ramavtalet som ska utföra en viss uppgift enligt det ramavtal som en inköpscentral har ingått.

3. En inköpscentralers samtliga upphandlingsförfaranden ska genomföras med hjälp av elektroniska medel för kommunikation i enlighet med kraven i artikel 22.

4. De upphandlande myndigheterna får, utan att tillämpa de förfaranden som anges i detta direktiv, tilldela ett offentligt tjänstekontrakt för tillhandahållande av centraliserad inköpsverksamhet till en inköpscentral.

Sådana offentliga tjänstekontrakt får också omfatta en bestämmelse om tillhandahållande av stödverksamhet för inköp

Skäl 69

Användningen av centraliserade inköpsmetoder ökar i de flesta medlemsstater. Inköpscentraler har till uppgift att göra anskaffningar, administrera dynamiska inköpssystem eller genomföra upphandling/ingå ramavtal för andra upphandlande myndigheters räkning, med eller utan ersättning. De upphandlande myndigheter för vilka ett ramavtal ingås bör kunna använda detta för att göra individuella eller upprepade inköp. Eftersom det rör sig om stora inköpsvolymer kan dessa förfaranden bidra till att öka konkurrensen och de bör bidra till att professionalisera den offentliga upphandlingen. Därför bör en definition på unionsnivå av inköpscentraler för upphandlande myndigheter införas, och det bör klargöras att inköpscentraler är verksamma på två olika sätt.

För det första bör de kunna agera som grossister genom inköp, lagring och återförsäljning eller, för det andra, som mellanhänder genom att tilldela kontrakt, driva dynamiska inköpssystem eller ingå ramavtal som ska användas av upphandlande myndigheter. Denna roll som mellanhand kan i vissa fall utföras genom att relevanta tilldelningsförfaranden genomförs självständigt, utan detaljerade instruktioner från berörda upphandlande myndigheter; i andra fall kan detta ske genom att de relevanta tilldelningsförfarandena genomförs enligt instruktioner från berörda upphandlande myndigheter, på deras vägnar och för deras räkning.

Dessutom bör regler fastställas för fördelningen av ansvaret för iakttagandet av skyldigheterna enligt detta direktiv, mellan inköpscentralen och de upphandlande myndigheter som upphandlar från eller genom inköpscentralen. Om inköpscentralen ensam ansvarar för genomförandet av upphandlingsförfaranden, bör centralen också vara ensam och direkt ansvarig för förfarandenas laglighet. Om en upphandlande myndighet genomför vissa delar av förfarandet, exempelvis förnyad konkurrensutsättning vid ett ramavtal eller tilldelning av enskilda kontrakt på grundval av ett dynamiskt inköpssystem, bör den fortsätta att vara ansvarig för de etapper som den genomför.

Skäl 70

De upphandlande myndigheterna bör tillåtas att tilldela ett offentligt tjänstekontrakt för tillhandahållande av centraliserad inköpsverksamhet till en

inköpscentral utan att tillämpa de förfaranden som anges i detta direktiv. Det bör också vara tillåtet att sådana offentliga tjänstekontrakt omfattar en bestämmelse om tillhandahållande av stödverksamheter för inköp. Offentliga tjänstekontrakt för tillhandahållande av stödverksamhet för inköp bör, när de fullgörs på annat sätt än genom en inköpscentral i samband med tillhandahållande av centraliserad inköpsverksamhet till berörda upphandlande myndigheter, tilldelas i enlighet med detta direktiv. Det bör också erinras om att detta direktiv inte bör tillämpas när centraliserad inköpsverksamhet eller stödverksamhet för inköp tillhandahålls på annat sätt än genom ett kontrakt med ekonomiska villkor, som utgör upphandling i den mening som avses i detta direktiv.

Skäl 71

Skärpta bestämmelser som rör inköpscentraler bör inte på något sätt förhindra nuvarande förfaranden för tillfällig gemensam upphandling, dvs. att mindre institutionaliserade och systematiska gemensamma inköp fortsätter eller att tjänsteleverantörer enligt etablerad praxis anlitas för att utarbeta och sköta upphandlingsförfaranden på en upphandlande myndighets vägnar, för dess räkning och enligt dess instruktioner. Däremot bör vissa funktioner i den gemensamma upphandlingen klargöras, då denna upphandling kan spela en viktig roll, inte minst i samband med innovativa projekt.

Gemensam upphandling kan ske i många olika former, från samordnad upphandling genom att ett antal upphandlande myndigheter utarbetar gemensamma tekniska specifikationer för sådana byggtreprenader, varor eller tjänster som ska upphandlas men att var och en genomför en separat upphandling, till att de berörda upphandlande myndigheterna gemensamt genomför ett enda upphandlingsförfarande, antingen i samverkan eller genom att en upphandlande myndighet ges i uppdrag att sköta upphandlingen på samtliga upphandlande myndigheters vägnar.

Om flera upphandlande myndigheter gemensamt genomför ett upphandlingsförfarande bör de gemensamt ansvara för att uppfylla skyldigheterna enligt detta direktiv. När de upphandlande myndigheterna endast genomför delar av upphandlingsförfarandet gemensamt bör det gemensamma ansvaret dock endast gälla de delar av förfarandet som genomfördes gemensamt. Varje upphandlande myndighet bör ensam vara ansvarig för förfaranden eller delar av

förfaranden som den ensam genomför, exempelvis tilldelning av kontrakt, ingående av ramavtal, drift av ett dynamiskt inköpssystem, förnyad konkurrensutsättning inom ramen för ett ramavtal eller fastställande av vilka ekonomiska aktörer som är parter i ett ramavtal som ska utföra en viss uppgift.

LUF

Lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Definitioner

1 kap. 13 §

Med inköpscentral avses en upphandlande enhet som stadigvarande tillhandahåller centraliserad inköpsverksamhet i form av

1. anskaffning av varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande enheter, eller
2. tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal om varor, tjänster eller byggtreprenader som är avsedda för upphandlande enheter.

Upphandling som genomförs av en inköpscentral för att den ska kunna bedriva centraliserad inköpsverksamhet ska betraktas som upphandling i samband med utövandet av en sådan verksamhet som avses i 2 kap. 1–8 §§.

3 kap. 4 §

Återförsäljning eller uthyrning till tredje man

Denna lag gäller inte för anskaffning som görs vid återförsäljning eller uthyrning till tredje man, om den upphandlande enheten inte har någon särskild rättighet eller ensamrätt att sälja eller hyra ut föremålet för kontraktet och även andra har rätt att sälja eller hyra ut det på samma villkor som den upphandlande enheten.

En upphandlande enhet är skyldig att på begäran av Europeiska kommissionen anmäla de varukategorier och verksamheter som den anser vara undantagna enligt första stycket.

Bestämmelserna i första och andra styckena ska inte tillämpas på upphandling som genomförs av en inköpscentral för att den ska kunna bedriva centraliserad inköpsverksamhet.

Inköpscentraler

Anlitande av inköpscentral

7 kap. 5 §

En upphandlande enhet får anlita en inköpscentral utan att upphandla tjänsten. Om en upphandlande enhet anlitar en inköpscentral enligt första stycket, får tjänsten som inköpscentralen tillhandahåller även omfatta stödverksamhet för inköp.

Anskaffning från en inköpscentral

7 kap. 6 §

En upphandlande enhet får anskaffa varor eller tjänster från en inköpscentral.

Anskaffning genom en inköpscentral

7 kap. 7 §

En upphandlande enhet får anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom

1. kontrakt som tilldelas av en inköpscentral,
2. dynamiska inköpssystem som drivs av en inköpscentral, eller
3. ramavtal som ingås av en inköpscentral.

Den upphandlande enhetens ansvar

7 kap. 8 §

En upphandlande enhet ska anses fullgöra sina skyldigheter enligt denna lag när den anskaffar varor, tjänster eller byggentreprenader från eller genom en

inköpscentral enligt 6 eller 7 §. Den upphandlande enheten ansvarar dock för att fullgöra skyldigheterna i denna lag när det gäller de delar av ett förfarande som den själv genomför.

Inköpscentral i annan medlemsstat

7 kap. 10 §

En upphandlande enhet får använda centraliserad inköpsverksamhet som erbjuds av en inköpscentral i en annan medlemsstat i Europeiska unionen.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (LUF-direktivet)

Artikel 2.12

inköpscentral: en upphandlande enhet i den mening som avses i artikel 4.1 i det här direktivet eller en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 2.1 i direktiv 2014/24/EU som tillhandahåller centraliserad inköpsverksamhet och eventuellt också stödverksamhet för inköp.

Upphandling som genomförs av en inköpscentral för att den ska kunna bedriva centraliserad inköpsverksamhet ska betraktas som upphandling i samband med utövandet av en verksamhet av den typ som beskrivs i artiklarna 8–14. Artikel 18 ska inte tillämpas på upphandling som genomförs av en inköpscentral för att den ska kunna bedriva centraliserad inköpsverksamhet.

Artikel 55

Centraliserad inköpsverksamhet och inköpscentraler

1. Medlemsstaterna får fastställa att den upphandlande enheten får anskaffa byggtreprenader, varor och/eller tjänster från en inköpscentral som erbjuder den centraliserade inköpsverksamhet som avses i led 10 a i artikel 2.

Medlemsstaterna får också fastställa att den upphandlande enheten får anskaffa byggtreprenader, varor och tjänster med hjälp av kontrakt som tilldelas av en inköpscentral, med hjälp av dynamiska inköpssystem som drivs av en inköpscentral eller med hjälp av ett ramavtal som ingås av en inköpscentral som erbjuder den centraliserade inköpsverksamhet som avses i led 10 b i artikel 2. Om ett dynamiskt inköpssystem som drivs av en inköpscentral får användas av andra upphandlande enheter ska detta nämnas i den anbudsinfordran som upprättar det dynamiska inköpssystemet.

I fråga om första och andra styckena får medlemsstaterna fastställa att vissa upphandlingar ska genomföras med anlitan av inköpscentraler eller en eller flera specifika inköpscentraler.

2. En upphandlande enhet fullgör sina skyldigheter enligt detta direktiv när den anskaffar varor eller tjänster från en inköpscentral som erbjuder den centraliserade inköpsverksamhet som avses i led 10 a i artikel 2.

En upphandlande enhet fullgör dessutom sina skyldigheter enligt detta direktiv när den anskaffar byggtreprenader, varor eller tjänster med hjälp av kontrakt som tilldelas av en inköpscentral, med hjälp av dynamiska inköpssystem som drivs av inköpscentralen eller med hjälp av ett ramavtal som ingås av en inköpscentral som erbjuder den centraliserade inköpsverksamhet som avses i led 10 b i artikel 2.

Den berörda upphandlande enheten ska dock ansvara för att fullgöra skyldigheterna i detta direktiv när det gäller de delar som den själv genomför, såsom

a) tilldelning av ett kontrakt inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem som drivs av en inköpscentral,

b) genomförande av en förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal som en inköpscentral har ingått.

3. En inköpscentrals samtliga upphandlingsförfaranden ska genomföras med hjälp av elektroniska medel för kommunikation i enlighet med kraven i artikel 40.

4. De upphandlande enheterna får, utan att tillämpa de förfaranden som anges i detta direktiv, tilldela ett tjänstekontrakt för tillhandahållande av centraliserad inköpsverksamhet till en inköpscentral.

Sådana tjänstekontrakt får också omfatta en bestämmelse om tillhandahållande av stödverksamhet för inköp.

Skäl 78

Användningen av centraliserade inköpsmetoder ökar i de flesta medlemsstater. Inköpscentraler har till uppgift att göra anskaffningar, administrera dynamiska inköpssystem eller genomföra upphandling/ingå ramavtal för andra upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter, med eller utan ersättning. De upphandlande enheter för vilka ett ramavtal ingås bör kunna använda detta för att göra individuella eller upprepade inköp. Eftersom det rör sig om stora inköpsvolymmer kan dessa förfaranden bidra till att öka konkurrensen och de bör bidra till att professionalisera den offentliga upphandlingen. Därför bör en definition på unionsnivå av inköpscentraler för upphandlande enheter införas, och det bör klargöras att inköpscentraler är verksamma på två olika sätt.

För det första bör de kunna agera som grossister genom inköp, lagring och återförsäljning eller, för det andra, som mellanhänder genom att tilldela kontrakt, driva dynamiska inköpssystem eller ingå ramavtal som ska användas av upphandlande enheter.

Denna roll som mellanhand kan i vissa fall utföras genom att relevanta tilldelningsförfaranden genomförs självständigt, utan detaljerade instruktioner från berörda upphandlande enheter; i andra fall kan detta ske genom att de relevanta tilldelningsförfarandena genomförs enligt instruktioner från berörda upphandlande enheter, på deras vägnar och för deras räkning.

Dessutom bör regler fastställas för fördelningen av ansvaret för iakttagandet av skyldigheterna enligt detta direktiv, även när det gäller prövningsmöjligheter, mellan inköpscentralen och de upphandlande enheterna som upphandlar från eller genom inköpscentralen. Om inköpscentralen ensam ansvarar för genomförandet av upphandlingsförfaranden, bör centralen också vara ensam och direkt ansvarig för förfarandenas laglighet. Om en upphandlande enhet genomför

vissa delar av förfarandet, exempelvis förnyad konkurrensutsättning i enlighet med ett ramavtal eller tilldelning av enskilda kontrakt på grundval av ett dynamiskt inköpssystem, bör den fortsätta att vara ansvarig för de etapper som den genomför.

Skäl 79

Upphandlande enheter bör tillåtas att tilldela ett tjänstekontrakt för tillhandahållande av centraliserad inköpsverksamhet till en inköpscentral utan att tillämpa de förfaranden som anges i detta direktiv. Det bör också vara tillåtet att sådana tjänstekontrakt omfattar en bestämmelse om tillhandahållande av stödverksamheter för inköp. Sådana tjänstekontrakt för tillhandahållande av stödverksamhet för inköp bör, när de fullgörs på annat sätt än genom en inköpscentral i samband med tillhandahållande av central inköpsverksamhet till berörda upphandlande enheter, tilldelas i enlighet med detta direktiv. Det bör också erinras om att detta direktiv inte bör tillämpas när centraliserad inköpsverksamhet eller stödverksamhet för inköp tillhandahålls på annat sätt än genom ett kontrakt med ekonomiska villkor, som utgör upphandling i den mening som avses i detta direktiv.

Skäl 80

Skärpta bestämmelser som rör inköpscentraler bör inte på något sätt förhindra nuvarande förfaranden för tillfällig gemensam upphandling, dvs. att mindre institutionaliserade och systematiska gemensamma inköp fortsätter eller att tjänsteleverantörer enligt etablerad praxis anlitas för att utarbeta och sköta upphandlingsförfaranden på en upphandlande enhets vägnar, för dess räkning och enligt dess instruktioner. Däremot bör vissa funktioner i den gemensamma upphandlingen klargöras, då denna upphandling kan spela en viktig roll, inte minst i samband med innovativa projekt.

Gemensam upphandling kan ske i många olika former, från samordnad upphandling genom att ett antal upphandlande enheter utarbetar gemensamma tekniska specifikationer för sådana byggtreprenader, varor eller tjänster som ska upphandlas men att var och en genomför en separat upphandling, till att de berörda upphandlande enheterna gemensamt genomför ett enda upphandlingsförfarande, antingen i samverkan eller genom att en upphandlande

myndighet ges i uppdrag att sköta upphandlingen på samtliga upphandlande enheters vägnar.

Om flera olika upphandlande enheter gemensamt genomför ett upphandlingsförfarande bör de gemensamt ansvara för att uppfylla skyldigheterna enligt detta direktiv. När de upphandlande enheterna endast genomför delar av upphandlingsförfarandet gemensamt bör det gemensamma ansvaret dock endast gälla de delar av förfarandet som genomförts gemensamt. Varje upphandlande enhet bör ensam vara ansvarig för förfaranden eller delar av förfaranden som den ensam genomför, exempelvis tilldelning av kontrakt, ingående av ramavtal, drift av ett dynamiskt inköpssystem eller förnyad konkurrensutsättning vid ett ramavtal.

LUK

I lag om koncessioner finns inga regler om inköpscentraler. Inte heller i LUK-direktivet finns regler om inköpscentraler eller centraliserad inköpsverksamhet.



Box 1194, SE-171 23 Solna
Besöksadress: Svetsarvägen 10, Solna
Telefon: 08-586 21 700
E-post: info@uhmynd.se
upphandlingsmyndigheten.se