

LEXNET

EUROPEAN INFORMATION - SIA

PUBLIC PROCUREMENT

SWEDISH CASES 2005

Skolas iela 4-11
LV-1010 Riga, Latvia
VAT LV 40003655379

Phone: +371-7039-355
Fax: +371-7039-240
Mobile: +45-2622-0055

E-Mail: pgj@lexnet.dk
Website: www.lexnet.dk
Member: www.eurolex.com



[hem](#) | [om nou](#) | [upphandlingsregler](#) | [publikationer](#) | [annonsering](#) || [vanliga frågor](#) | [ordlista](#) | [länkar](#) |

Ärenden

Frågan om kommunala bostadsföretag är upphandlande enheter	dnr 2003/0303 -- 0310-29 och 2004/0075-29	PDF
Modell för utvärdering av anbud vid offentlig upphandling	Dnr 2004/0024-26	PDF
Stockholms stads tillstånd att överlåta ett upphandlat avtal på en ny leverantör	Dnr 2003/0328-26	PDF
Medgivande av AMS att ett upphandlingskontrakt får övertagas av annan leverantör än den som tilldelats kontraktet	Dnr 2004/0034-29	PDF
Frågan om Elmia AB är en upphandlande enhet	Dnr 2004/0106-26	PDF
Landstingets i Värmland avbrytande av upphandling	Dnr 2004/0105-26	PDF
AB Storstockholms Lokaltrafik avtal med Tidnings AB Metro	Dnr 2003/0276-26	PDF
Svenska kyrkans ställning som upphandlande enhet enligt 1 kap. 6 § LOU.	Dnr 2004/0040-29	PDF
NOU har gjort bedömningen att Sveaskog är en upphandlande enhet i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU.	Dnr 2003/0221-29	PDF
Täby Fastighets AB:s anbudsförfarande avseende ridanläggning på Hägerneholm, (fråga om tjänstekoncessioner).	Dnr 2001/0204	PDF
Västra Götalandsregionens direktupphandling av ratingundersökning	Dnr 2001/0185	PDF
Granskning av AB Storstockholms lokaltrafik och Citypendeln AB:s avtal om pendeltågtrafik	Dnr 2000/320	PDF
Begäran om samråd avseende avtal om gatumöbler	Dnr 2001/36	PDF

Proportionella kvalifikationskrav och krav på annonsinnehåll	Dnr 2000/138 och 2000/187	PDF
Om sponsringsavtal omfattas av reglerna i LOU	Dnr 2001/115	PDF
Behov av vissa ändringar i LOU beträffande urvalsupphandling	Dnr 2001/114	PDF
Väsentlig ändring av avtalets villkor under avtalstiden	Dnr 2000/292	PDF
Anskaffning av äldreomsorg (bl.a. begreppet synnerliga skäl vid direktupphandling)	Dnr 222/97	PDF
Avbruten upphandling	Dnr 160/98 och 167/98	PDF
Ramavtal och begreppet affärsmässighet	Dnr 203/96	PDF
Stockholms läns landstings förfrågan om läkmedelsrabatter	Dnr 176/98	PDF

För att läsa vissa av publikationerna krävs en PDF-läsare. Ladda hem [Acrobat Reader](#) gratis

[hem](#) | [om nou](#) | [upphandlingsregler](#) | [publikationer](#) | [annonsering](#) | [vanliga frågor](#) | [ordlista](#) | [länkar](#) |

Uppdaterad 2005-11-10

Adress

Vasagatan 44
111 20 Stockholm

Telefon

08-454 44 40

Fax

08-791 72 81

E-post

registrator.nou@nou.se

Kristian Pedersen

DATUM
2005-10-17

DIARIENR
2003/0306-29
2003/0307-29
2003/0308-29
2003/0309-29
2003/0310-29
2004/0075-29

1 (15)

ERT DATUM

ER BETECKNING

Enligt sändlista

Frågan om kommunala bostadsföretag är upphandlande enheter - Förvaltnings AB Framtiden, Bostads AB Poseidon, Göteborgs stads Bostads AB, Familjebostäder i Göteborg AB, Bostads AB Gårdsten och AB Hjällbo Bostaden

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar, med stöd av 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), tillsyn över den offentliga upphandlingen.

1 Inledning

NOU har mot bakgrund av att frågan uppkommit i ett antal tillsynsärenden funnit det angeläget att närmare utreda huruvida kommunala bostadsföretag är upphandlande enheter i den mening som avses i LOU.

NOU har tillskrivit Förvaltnings AB Framtiden, Bostads AB Poseidon, Göteborgs stads Bostads AB, Familjebostäder i Göteborg AB, Bostads AB Gårdsten och AB Hjällbo Bostaden (nedan kallade bolagen) och begärt att bolagen skall lämna besked om huruvida de anser sig vara upphandlande enheter i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU.

Bolagen har i yttranden till NOU, med en till samtliga yttranden bifogad rättsutredning, anfört i huvudsak följande.

Bolagen tillgodoser behov i det allmännas intresse. Vad sedan gäller den avgörande frågan huruvida bolagen tillgodoser behov som är av industriell

Kristian Pedersen

och kommersiell karaktär, skall göras en helhetsbedömning utifrån samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter. Gemensamt för bolagen är att de bildats för att tillhandahålla hyresrättslägenheter i Göteborg. Detta sker i full konkurrens med de privata aktörerna på bostadsmarknaden i Göteborg. Konkurrensen märks bland annat under ekonomiskt sämre tider, då vakanser har uppstått i främst de mindre attraktiva delarna av bolagens bostadsbestånd. I sådana fall har olika konkurrensmedel nyttjats, exempelvis olika former av hyresrabatter. Bostäderna hyrs ut till privatpersoner och anslutande butiks- och verksamhetslokaler hyrs ut till kommersiella företag. Bolagen verkar i båda avseendena på normala marknadsmässiga villkor. Bolagen har avkastningskrav och skall visa vinst. Som framgår av lagförarbeten och doktrin gäller inte självkostnadsprincipen överhuvudtaget inom kommunal fastighetsförvaltning. Bolagen skall bygga upp en solid ekonomi, som ger bolagen förmåga att bära eventuella förluster och som ger bolagen förutsättningar för att finansiera sig själva på egna meriter utan stöd av Göteborgs stad. Det ankommer på bolagen att själva bära eventuella uppkommande förluster. Skulle något bolag bli insolvent finns inga garantier för att Göteborgs stad skulle förse bolaget med erforderligt kapitaltillskott. Om bolagen eller vissa av dem skulle få allvarliga ekonomiska problem kan man för övrigt fråga sig om inte situationen för Göteborgs stad i sådant fall generellt skulle vara så bekymmersam att det är tveksamt om stadens medel skulle räcka till för att hålla bostadsbolagen under armarna. I sammanhanget kan noteras att ett bolag som ägdes av ett antal förortskommuner till Göteborg för några år sedan hamnade på obestånd och blev försatt i konkurs. Bolagen finansierar sig helt på egna meriter huvudsakligen genom banklån samt genom emission av obligationslån på den internationella marknaden med börsnotering i Stockholm och Luxemburg. Inget stöd erhålls från Göteborgs stad i form av kommunal borgen eller dylikt för bolagens finansiering. Sammanfattningsvis anför bolagen att de verkar på normala marknadsmässiga villkor, har ett vinstsyfte och har ansvaret för att bära de förluster som kan uppstå i samband med utövandet av verksamheten, och att de behov som tillgodoses därför är av industriell eller kommersiell karaktär. Bolagen anser sig därför inte vara upphandlande enheter enligt LOU.

Kristian Pedersen

1.1 Begreppet upphandlande enhet enligt 1 kap. 6 § LOU

Begreppet ”upphandlande enhet” innefattar enligt 1 kap. 6 § LOU¹ sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär och

1. vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet², eller
2. vars upphandling står under statlig eller kommunal tillsyn eller en tillsyn av en annan upphandlande enhet, eller
3. vars styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet.

EG-domstolen har i ett flertal domar klargjort vilka typer av organisationer som är skyldiga att tillämpa upphandlingsdirektivens bestämmelser (för svenskt vidkommande 1 kap. 6 § LOU). Av domstolens praxis följer att bestämmelserna skall tillämpas fullt ut på en organisations hela verksamhet även om endast en mindre del av organisationens verksamhet omfattas av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven, och större delen av verksamheten är ren affärsverksamhet av kommersiell eller industriell karaktär. En motsatt tolkning skulle enligt EG-domstolen strida mot kravet på rättssäkerhet (legal certainty).³

Av EG-domstolens dom i *BFI Holding*⁴ framgår vad som avses med att en organisation, för att vara upphandlande enhet, skall tillgodose behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Domstolen uttalade att lagstiftaren har gjort en åtskillnad mellan dels allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, dels allmännyttiga behov som är av industriell eller kommersiell karaktär. Domstolen fann att om lagstiftaren ansett att allmännyttiga behov inte kunde vara av kommersiell eller industriell karaktär skulle preciseringen inte ha varit nödvändig. Den gemenskapsrättslige lagstiftaren har med skrivningen

¹ Definitionen bygger på varudirektivet 93/36/EEG art. 1 b, byggdirektivet 93/37/EEG art. 1 b och tjänstedirektivet 92/50/EEG art. 1 b.

² Enligt upphandlingsdirektiven ”... som till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt ...”.

³ Se t.ex. mål C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG m.fl. mot Strohal Rotationsdruck GsmBH (SRG) p. 34. REG 1998, sid. I-73.

⁴ Mål C-360/96 Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden mot BFI Holding BV, REG 1998, sid. I-6821.

Kristian Pedersen

avsett att skapa en underkatalog av sådana behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.⁵ Den industriella eller kommersiella karaktären är ett kriterium som avser att precisera begreppet allmännyttiga behov i den meningen som avses i denna bestämmelse. Domstolen ansåg vidare att allmännyttiga behov som inte är av kommersiell eller industriell karaktär inte utesluter behov som även tillgodoses eller skulle kunna tillgodoses av privata företag.⁶ Direktivet avser enbart behov som den offentlighetsrättsliga organisationen skall tillgodose, inte huruvida dessa behov kan tillgodoses av privata företag eller ej. Att det förekommer konkurrens är inte tillräckliga skäl för att utesluta en organisation som finansieras eller kontrolleras av en myndighet ur kretsen upphandlande enheter.

Domstolen angav vidare att en snävare tolkning skulle beröva begreppet organ som lyder under offentlig rätt dess innehåll. En organisation kan således vara en upphandlande enhet även om privata företag tillgodoser samma behov som denna organisation. Frånvaron av konkurrens är således inte nödvändig för att definiera en organisation som lydande under offentlig rätt. Domstolen betonade dock att konkurrens i och för sig inte saknar relevans vid bedömningen. Förekomsten av konkurrens kan vara ett tecken på att det är fråga om ett allmännyttigt behov som är av industriell eller kommersiell karaktär.⁷ Slutligen konstaterade EG-domstolen att förekomsten eller frånvaron av allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär skall bedömas objektivt. Den juridiska formen för de bestämmelser där sådant behov uttrycks saknar i det avseendet betydelse. Det är därför inte nödvändigt att organisationen genom lag eller annan författning skall ha ålagts att tillgodose ett allmännyttigt behov.⁸ Begreppet upphandlande enhet skall tolkas funktionellt för att ge full verkan åt principen om fri rörlighet.

Även av EG-domstolens dom i *Korhonen m.fl.*⁹ framgår vad som avses med ”industriell eller kommersiell karaktär”. Den nationella domstolen ville enligt sin begäran om förhandsavgörande, att EG-domstolen skulle fastställa

⁵ BFI Holding, p. 34-35.

⁶ BFI Holding, p. 51 f.

⁷ BFI Holding, p. 47-50. Liknande resonemang upprepas även i mål C-373/00 Adolf Truley, p. 61 och i mål C-18/01 Korhonen, p. 50.

⁸ BFI Holding, p. 60.

⁹ Mål C-18/01, Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy, Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa mot Varkauden Taitotalo Oy, REG 2003, sid. I-5321.

Kristian Pedersen

i vilken mån ett aktiebolag, vilket bildats, innehades och förvaltades av en finsk stad, kunde anses vara en upphandlande enhet och således ha tillkommit för att tillgodose ett allmännyttigt behov som inte var av industriell eller kommersiell karaktär. Bolagets huvudsakliga verksamhet bestod av att förvärva, avyttra och uthyra fast egendom samt anordna och tillhandahålla fastighets- och förvaltningstjänster och andra tilläggstjänster. Målet avsåg särskilt frågan när ett sådant bolag anskaffar tjänster för projektering och byggnadsutformning inom ramen för ett byggprojekt som innefattar uppförande av flera kontorsfastigheter och ett parkeringshus i syfte att låta bygga dessa lokaler endast för privata företag. Den finska domstolen frågade också huruvida bedömningen av villkoret ”icke-industriell eller kommersiell karaktär” skulle vara annorlunda för det fall det aktuella byggprojektet avsåg att på den regionala eller lokala myndighetens territorium skapa gynnsamma förhållanden för andra bolags utövande av verksamhet med vinstsyfte. Slutligen frågade den finska domstolen om bedömningen skulle bli annorlunda ifall aktiebolaget endast hade en specifik kund.

EG-domstolen uttalade att bedömning i första hand skulle göras av huruvida bolaget uppfyllde allmännyttiga behov och därefter om dessa behov var av industriell eller kommersiell karaktär. Vad avsåg frågan om allmännyttiga behov, konstaterade domstolen att bolaget i det aktuella fallet skulle uppföra flera kontorsfastigheter och ett parkeringshus, vilka skulle tillhandahållas högteknologiska företag. Detta eftersom bolagets ägare, den finska staden, hade beslutat att skapa ett centrum för teknisk utveckling på sitt territorium. EG-domstolen menade att denna verksamhet kunde anses tillgodose allmännyttiga behov. För att sedan fastställa om dessa allmännyttiga behov var av industriell eller kommersiell karaktär menade EG-domstolen att man måste se på omständigheterna som var aktuella vid bildandet av bolaget och de villkor på vilka det utövade sin verksamhet. Detta innefattade, enligt domstolen, särskilt¹⁰ en bedömning av, om det saknades ett huvudsakligt vinstsyfte, om bolaget självt stod den ekonomiska risken för den verksamhet som det utövade och om verksamheten hade helt eller delvis offentlig finansiering.

¹⁰ Korhonen m.fl., p. 59. I den svenska versionen av domen står ”... vilket bland annat innefattar ...”. Av de engelska, tyska och danska versionerna av domen framgår dock att den korrekta svenska lydelsen torde vara ”... vilket särskilt innefattar ...”.

Kristian Pedersen

EG-domstolen konstaterade därefter att den finska regeringen påpekat att även om bolag av den aktuella typen juridiskt sett inte skiljer sig nämnvärt från aktiebolag som ägs av privata aktörer, eftersom de står samma ekonomiska risker som de senare och även kan försättas i konkurs, tillåter sällan de regionala eller lokala myndigheter som de tillhör att de går i konkurs, utan tillför i förekommande fall nytt kapital till bolagen så att de kan fortsätta att utföra de uppgifter för vilka de bildats. Den finska regeringen hade vidare klargjort att även om det inte är uteslutet att den verksamhet som bolag av den aktuella typen utövar genererar vinst, kan strävan efter sådan vinst inte under några omständigheter utgöra det huvudsakliga syftet för nämnda bolag, eftersom dessa alltid enligt finsk lagstiftning måste syfta till att i första hand gynna allmänintresset för invånarna på den regionala eller lokala myndighetens territorium. Vid sådant förhållande, vilket stöddes av det faktum att bolaget erhållit offentlig finansiering för genomförandet av det aktuella byggprojektet, var det enligt EG-domstolen sannolikt att bolagets verksamhet tillgodosåg ett allmännyttigt behov som inte var av industriell eller kommersiell karaktär.

EG-domstolen har i *Kommissionen mot Spanien*¹¹ vidareutvecklat tolkningen av begreppet ”industriell eller kommersiell karaktär”. Målet rörde SIEPSA, ett aktiebolag som inrättats för att äga och förvalta den spanska statens kriminalvårdsanstalter och kriminalvårdsinrättningar. Huvudfrågan i målet var huruvida SIEPSA var en upphandlande enhet. EG-domstolen ansåg det klarlagt att SIEPSA särskilt tillkommit för att med ensamrätt ansvara för genomförandet av program och åtgärder inom ramen för planen för nedläggning och upprättande av kriminalvårdsanstalter, i syfte att genomföra den spanska statens kriminalvårdspolitik. Domstolen fann att de behov som SIEPSA tillgodosåg hade ett nära samband med den allmänna ordningen. Eftersom verkställighet av straff omfattas av statens exklusiva behörighet finns det dessutom enligt EG-domstolen inte någon marknad för de varor och tjänster som SIEPSA tillhandahöll. Bolaget kunde således inte anses bjuda ut varor eller tjänster på den fria marknaden i konkurrens med andra ekonomiska aktörer.

EG-domstolen fann vidare att även om SIEPSA skulle gå med vinst så var det uteslutet att eftersträvandet av vinst i sig utgjorde bolagets huvudsakliga mål, eftersom det av bolagsordningen framgick att bolagets verksamhet (bl.a. förvärv, förvaltning och försäljning av fastigheter) endast utgjorde ett

¹¹ Mål C-283/00, Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Spanien.

