



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Maria Hellqvist

Försörjningssektorerna
och
Försörjningsdirektivet
2004/17/EG
– en redogörelse av
grundförutsättningarna för direktivets
tillämplighet samt av möjligheterna till
undantag för hel sektor enligt Artikel 30

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Rolf Höök

Ämnesområde
EG-rätt

Termin
9

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	4
FÖRKORTNINGAR OCH FÖRKLARINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Syfte	7
1.2 Avgränsning	7
1.3 Metod och material	9
1.4 Disposition	10
2 RÄTTSLÄGET SAMT LAGSTIFTNING PÅ OMRÅDET OFFENTLIG UPPHANDLING	11
2.1 EG-rätt	11
2.1.1 Primär- och sekundärrätt	11
2.1.2 EG domstolens rättspraxis	12
2.1.3 Nya Direktiv på upphandlingsområdet	13
2.1.3.1 Inledning	13
2.1.3.2 Historisk återblick	13
2.1.3.3 De huvudsakliga förändringarna av direktiven i korthet	14
2.2 Nationell svensk rätt	15
2.2.1 Historisk återblick	15
2.2.2 Allmänt om offentlig upphandling i Sverige	16
2.2.3 Införlivning av direktiven i svensk rätt	16
3 INLEDANDE OM FÖRSÖRJNINGSSEKTORERNA	18
3.1 Inledning	18
3.2 Historisk återblick	18
3.3 Organens legala status	19
3.4 Verksamheternas egenskaper	20
3.5 Konkurrenskrafter	20
4 GRUNDFÖRUTSÄTTNINGAR FÖR TILLÄMPLIGHETEN AV FÖRSÖRJNINGSDIREKTIVET	22
4.1 Inledning	22

4.2	Begreppet ”Upphandlande enheter”	22
4.2.1	Upphandlande myndighet	22
4.2.1.1	Offentligrättsligt organ	24
4.2.1.1.1	Behov i det allmännas intresse	26
4.2.1.1.2	Kommersiell eller industriell karaktär	28
4.2.1.1.2.1	Enheter vars verksamheter både är av kommersiell och ickekommersiell natur	29
4.2.1.1.3	Beroendekriteriet	31
4.2.2	Offentligt företag	32
4.2.3	Begreppet ”Särskilda rättigheter eller ensamrätt”	36
4.3	Verksamhetsområdena	41
4.3.1	Vatten	42
4.3.2	Energisektorn	43
4.3.3	Transportsektorn	44
4.3.4	Posttjänster	46
4.3.5	Utnyttjande av geografiskt område – Artikel 7	49
4.3.5.1	Energisektorn	49
4.3.5.1.1	Möjlighet till undantag inom energisektorn	50
4.3.5.2	Transportsektorn	51
5	ARTIKEL 30 – GENERELLT UNDANTAG FÖR VERKSAMHET SOM ÄR UTSATT FÖR KONKURRENS	56
5.1	Bakgrund	56
5.2	Förutättningar samt förfarande	57
5.2.1	Förutsättningar för beviljande av undantag: Artikel 30.1 – 30.3	57
5.2.1.1	Direkt konkurrensutsättning	58
5.2.1.2	Fritt tillträde	59
5.2.2	Enheter som täcks av undantaget	61
5.2.3	Förfarande för att slå fast ett undantag	62
5.2.3.1	Förfarande initierat av en medlemsstat	62
5.2.3.2	Förfarande initierat av en upphandlande enhet	63
5.2.3.3	Förfarande initierat av kommissionen	64
5.2.3.4	Flera olika ansökningar rörande samma verksamhet	64
5.3	Läget i Sverige och Norden	65
5.4	Beslut om beviljade undantag enligt Artikel 30	66
6	AVSLUTANDE SYNPUNKTER	70
6.1	Konsekvenser av Sveriges försening att införliva Försörjningsdirektivet	70
6.1.1	Inledning	70
6.1.2	Ett besvärligt läge	70
6.1.3	Möjligheterna att stämma staten	72
6.1.4	Rättspraxis vid medlemsstats skyldighet av införlivande av direktiv	72
6.1.5	Möjlighet att erhålla skadestånd av staten	75
6.2	Avslutning – vad händer i framtiden?	76
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	78

Sammanfattning

I EU omfattar den offentliga upphandlingen årligen 1500 miljarder Euro, vilket motsvarar ungefär 16 % av EU:s BNP. Motsvarande siffra i Sverige är uppskattningsvis 400 miljarder SEK. Det finns alltså stora skäl att reglera denna typ av upphandling för att säkerställa att EG-rättens grundprinciper, dvs. principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering (på grund av nationalitet), proportionalitetsprincipen, transparensprincipen och principen om ömsesidigt erkännande följs. Man brukar när det gäller offentlig upphandling tala om upphandlingar som utförs dels av enheter som hör till det som kallas den klassiska sektorn, dels av enheter som tillhör försörjningssektorerna. Denna uppsats behandlar de upphandlingar som görs av försörjningssektorerna. Till försörjningssektorerna räknas viss verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och posttjänstområdena. Försörjningssektorerna (utilities) var länge undantagna från den gemenskapsrättsliga regleringen av offentlig upphandling och gick under beteckningen de undantagna sektorerna (the excluded sectors). Eftersom upphandlingen inom dessa sektorer emellertid stod för en betydande del av det totala värdet av offentlig upphandling (i Sverige står dessa sektorer för 80 av de 400 miljarder SEK som omfattas årligen) var det viktigt att även reglera dessa. Dessutom skulle det bli problem att uppnå målet om den inre marknaden, dvs. skapandet av ett område utan inre gränser, inom vilket fri rörlighet skulle garanteras för varor, personer, tjänster och kapital, om man inte även reglerade försörjningssektorerna. Detta skedde för första gången 1990. Den 30 april 2004 antogs det försörjningsdirektiv som vi har idag; Direktiv 2004/17/EG, som samordnar förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Reglerna inom försörjningssektorerna är i många stycken annorlunda än de som gäller för den klassiska sektorn och ger ofta de upphandlande enheterna en större valfrihet. Försörjningsdirektivet gäller anskaffning av varor, tjänster och byggtreprenader som utförs av de upphandlande enheter som definieras i Artikel 2 i direktivet och som utför sådan verksamhet som omfattas av Artiklarna 3-7 i direktivet, d v s viss verksamhet inom energi-, vatten-, transport- och posttjänsteområdena.

Vad först gäller de upphandlande enheterna kan dessa delas upp i två kategorier. Den första kategorin utgörs av sådana enheter över vilka staten kan utöva direkt kontroll, såsom myndigheter, kommuner, landsting och vissa av dessa enheters bolag. Dessa kan verka både inom det klassiska direktivets och inom Försörjningsdirektivets område. Den andra gruppen består av sådana offentliga eller privata företag som agerar inom sina relevanta sektorer på grundval av särskilda rättigheter eller ensamrätter som staten har tilldelat dem. Dessa enheter omfattas av Försörjningsdirektivet. Begreppet upphandlande enhet används därför som ett samlingsbegrepp för upphandlande myndigheter och övriga organ som omfattas av försörjningsdirektivet. Även enheter som inte är vare sig upphandlande myndigheter eller offentliga företag, d v s privata företag, kan anses vara

upphandlande enheter enligt Försörjningsdirektivet under vissa omständigheter. Det gäller de enheter som bedriver någon av de verksamheter som anges i Artikel 3-7 om dessa verksamheter bygger på särskilda rättigheter eller ensamrätt som beviljats av en behörig myndighet i en medlemsstat.

De verksamheter som omfattas av försörjningssektorerna är dels tjänster som förmedlas till allmänheten genom tekniska nätverk och dels till vissa företag givna rättigheter att exploatera ett geografiskt område för ett särskilt syfte. Redan genom sin blotta existens begränsar eller till och med totalt utesluter dessa nätverk konkurrensen på grund av de stora kostnader som investeringarna är förenade med. Det faktum att myndigheterna har givit de aktuella företagen särskilda rättigheter har många gånger även lett till att oligopol eller monopol har uppstått.

I Försörjningsdirektivet finns en möjlighet till undantag för bedrivande av verksamheter som täcks av direktivet under förutsättning att dessa bedrivs på en konkurrensutsatt marknad dit tillträdet är fritt. Artikel 30 beskriver det förfarande som gäller för att fastställa att en viss verksamhet är direkt konkurrensutsatt. I punkten 1-3 behandlas förutsättningarna som skall vara för handen för att ett undantag skall bli aktuellt, medan punkt 4-6 behandlar själva förfarandet. Kommissionen har också tagit fram tillämplighetsföreskrifter, i vilka en utförlig beskrivning ges av vilka uppgifter som skall finnas med i ansökningen, samt hur meddelandena som offentliggör att ansökningarna har kommit in skall se ut.

För att en verksamhet skall anses vara ”direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde” krävs att två saker är uppfyllda. Det första är att aktiviteten som utförs på den aktuella marknaden måste vara *direkt utsatt för konkurrens* och det andra är att *tillträdet till marknaden inte skall vara begränsat*. För att kunna avgöra detta måste man inleda med att slå fast vilken den relevanta produktmarknaden respektive den relevanta geografiska marknaden är. Tillträdet till marknaden skall betraktas som fritt under två omständigheter. Den första är om medlemsstaten har genomfört och tillämpar de bestämmelser i gemenskapsrätten som anges i Bilaga XI till Försörjningsdirektivet. I denna bilaga ges en förteckning över den gemenskapslagstiftning som avses, sektor för sektor. Den andra omständigheten är för fall där fritt tillträde inte kan förutsättas med stöd av sådan lagstiftning som beskrivs ovan. Då måste det istället bevisas att tillträdet är fritt, rättsligt och faktiskt (*de jure* och *de facto*).

Ett undantag enligt Artikel 30 anses vara beviljat antingen genom att kommissionen fattar ett beslut härom, eller genom att den tidsfrist inom vilken kommissionen har att fatta ett beslut har löpt ut utan att något beslut har fattats. Det finns tre sätt på vilka man kan initiera ett förfarande att få ett beslut om ett undantag. Det första sättet är att en medlemsstat lämnar in en ansökan, det andra sättet är att den upphandlande enheten själv ansöker om fastställelse av undantag, vilket endast är möjligt om medlemsstatens egen lagstiftning godkänner detta och det tredje sättet är att kommissionen tar ett

eget initiativ till att utreda möjligheten till undantag. Fram till dags datum har två beslut rörande undantag enligt Artikel 30 beviljats. Båda rör energisektorn, närmare bestämt elproduktion och i ett fall även elförsäljning.

Försörjningsdirektivet skulle ha varit implementerat i Sverige senast den 1 februari 2006, men detta har ännu inte gjorts. Detta gör att Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU, omtryckt 1997:1068 och senast ändrad 2002:594) fortfarande gäller i Sverige och är den lag som upphandlande enheter har att följa. Tanken är att enheterna, genom att följa LOU, även kan vara säkra på att de följer EG-rätten, eftersom LOU ska spegla direktiven på upphandlingsområdet. I och med att Sverige nu inte har införlivat direktiven i tid har detta lett till en något udda situation för svensk del. På grund av den s.k. direkta effekten gäller direktiven före nationell lag eftersom reglerna har vertikal karaktär och artiklarna i direktiven anses vara ovillkorliga, klara och precisa. Det står således enskilda, dvs. leverantörer, fritt att åberopa direktiven om LOU skulle ha regler som står i strid med direktiven. För svensk del är än så länge en av de intressantaste aspekterna av Försörjningsdirektivet således vilka konsekvenserna av Sveriges försening kan bli, dels för de utpekade upphandlande enheterna, dels för Sverige som medlemsstat, men även för de leverantörer som deltar i offentliga upphandlingar. Om en medlemsstat åsidosätter skyldigheten enligt Artikel 249 tredje stycket i EG-fördraget att vidta alla de åtgärder som är nödvändiga för att uppnå det resultat som förskrivs i ett direktiv, förutsätter denna gemenskapsrättsliga regels fulla verkan att rätt till skadestånd föreligger när tre villkor är uppfyllda, nämligen för det första att det resultat som föreskrivs i direktivet innebär att enskilda tilldelas rättigheter och för det andra att innehållet i dessa rättigheter kan utläsas på grundval av direktivets bestämmelser, dvs. att överträdelsen skall vara tillräckligt klar, samt för det tredje att det föreligger direkt orsakssamband mellan överträdelsen av statens skyldighet och den skada som de drabbade har lidit. Ingen prövning har skett i Sverige, så det är svårt att sia om utgången av en sådan. Om en stämning inkommer beror utgången också mycket på vilken bestämmelse i Försörjningsdirektivet som man anses ha brutit emot, dvs. om denna har direkt effekt eller ej. Vad gäller överträdelsens karaktär, så kan man nog sluta sig till att denna kommer att bedömas som avsiktlig, med tanke på utgången i de mål som har gällt medlemsstaternas underlåtenhet att införliva direktiven. I samtliga fall där tidsfristen har löpt ut har medlemsstaterna fällts, oavsett vilka ursäkterna eller förklaringarna till förseningarna har varit.

Förord

Jag vill tacka min handledare Rolf Höök för hans hjälp under arbetet med uppsatsen, samt Andrea Sundstrand på Advokatfirman Fylgia för hennes svar på mina frågor. Jag vill även tacka min arbetsgivare Posten AB som gav mig tjänstledigt för att jag skulle kunna skriva denna uppsats. Slutligen vill jag också rikta ett tack till min man och mina barn som, all vardagsstress till trots, har givit mig tid att slutföra uppsatsen.

Förkortningar och förklaringar

EG	Europeiska gemenskapen
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
EU	Europeiska unionen
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
KOM	Förslag från Europeiska kommissionen
LOU	Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling
LUFS	Lagen om offentlig upphandling för försörjningssektorn
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
OJ	Official Journal
Prop.	Kungl. Maj:t:s eller Regeringens proposition
REG	Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt
Domstolen	EG-domstolen
Försörjningsdirektivet	Direktiv 2004/17/EG
Gamla försörjningsdirektivet	Direktiv 93/38/EEG
Klassiska direktivet	Direktiv 2004/18/EG
Kommissionen	Europeiska gemenskapernas kommission
Rådet	Europeiska gemenskapernas råd

1 Inledning

Den offentliga upphandlingen står för en betydande andel av EU:s bruttonationalprodukt. I EU omsätter den offentliga upphandlingen ca 1500 miljarder Euro, vilket motsvarar ungefär 16 % av EU:s BNP. Motsvarande belopp inom Sverige är uppskattningsvis 400 miljarder kronor årligen. Detta belopp motsvarar 20 procent av den svenska bruttonationalprodukten. Den offentliga upphandlingen i Sverige utförs huvudsakligen av kommuner, landsting och deras bolag samt staten. Kommunerna är de största upphandlarna med en omsättning på 250 miljarder kronor årligen.¹ Av de totala 400 miljarder kronorna som omsätts i Sverige årligen står försörjningssektorerna för 80 miljarder, vilka fördelas på ca 10 000 upphandlande enheter.²

Som nomenklaturen föreslår var gemenskapens bestämmelser om offentlig upphandling ursprungligen tänkt att täcka *offentliga* upphandlingar, dvs. kontrakt som tilldelas av offentliga myndigheter. Då det i vissa sektorer inte alltid var offentliga organ, utan snarare oftare helt privata företag, som tilldelade upphandlingskontrakten skapade denna begränsning problem. När man 1990 antog Direktiv 90/531/EEG, det första försörjningsdirektivet, som reglerade upphandlingar gjorda av enheter verksamma inom områdena vatten, energi, transporter och telekommunikation, de s.k. försörjningssektorerna, gjorde man klart att inte bara publika enheter, utan även vissa privata bolag som verkade på grundval av speciella eller exklusiva rättigheter, var tvingade att följa klart definierade gemenskapsregler vid sina upphandlingar av varor, tjänster och byggentreprenader. "Offentlig" upphandling är därför något missvisande, men man skall dock komma ihåg att det som är viktigast att ta hänsyn till vad gäller både den publika och den privata sektorn är i vilken utsträckning de upphandlande enheterna är föremål för statlig påverkan, oavsett om denna sker p.g.a. direkt kontroll eller indirekt inflytande genom statens makt att kontrollera utgivandet av eller driften av särskilda rättigheter eller ensamrätt som har tilldelats privata bolag.³

Direktiv 90/531/EEG ersattes så småningom av ett nytt försörjningsdirektiv; Direktiv 93/38/EEG (nedan kallat gamla försörjningsdirektivet), som i sin tur 2004 ersattes av Direktiv 2004/17/EG (nedan kallat Försörjningsdirektivet), vilket är det nu gällande försörjningsdirektivet. Det har alltså hänt en del inom området som rör försörjningssektorerna under de dryga 15 år som dessa har varit reglerade. För svensk del har direktiven återspeglats i den svenska Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU, omtryckt 1997:1068 och senast ändrad 2002:594). LOU reglerar inte bara upphandlingar gjorda inom försörjningssektorerna utan även offentlig

¹ Sundblom, Per-Arne, 2004, s. 2

² Seminarium 16 november 2006 om ny lagstiftning för upphandling inom försörjningssektorerna, presentation av Andrea Sundstrand.

³ Trepte, Peter-Armin, 1993, sid 1

upphandling inom den klassiska sektorn. Det speciella för Sverige med Försörjningsdirektivet är att Sverige ännu inte har implementerat detta genom nya lagar om offentlig upphandling, trots att detta skulle vara gjort senast den 1 februari 2006. Vi befinner oss alltså i ett läge där upphandlande enheter i Sverige har att följa befintliga LOU, samtidigt som Försörjningsdirektivet i många delar troligen har direkt effekt och således kan åberopas av enskilda, däribland de leverantörer som deltar i de upphandlingar som de upphandlande enheterna gör. De upphandlande enheterna kan alltså inte, som tanken är, känna sig säkra på att de inte strider mot EG-rätten så länge de följer de regler som finns uppställda i LOU rörande offentlig upphandling. Det finns alltså all anledning att i nuläget även snegla på vad som sägs i Försörjningsdirektivet om offentlig upphandling för enheter verksamma inom försörjningssektorerna.

1.1 Syfte

Syftet med uppsatsen är dels att definiera de grundförutsättningar som måste vara för handen för att Rådets Direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004, vilket i den fortsatta framställningen kommer att kallas Försörjningsdirektivet, skall gälla, dels att redogöra för den nya Artikel 30 som medger undantag för en hel sektor. Rent konkret innebär detta att en grundlig redogörelse av följande delar skall göras i uppsatsen:

1. en beskrivning av sektorns historik, dvs. hur nuvarande reglering kom till stånd
2. Definition av vilka enheter som anses vara upphandlande enheter i Försörjningsdirektivets bemärkelse
3. en genomgång av de verksamheter som enheten måste bedriva för att omfattas av Försörjningsdirektivets bestämmelser
4. en genomgång av förfarandet i Artikel 30 för att fastställa om en verksamhet är direkt konkurrensutsatt, inklusive en genomgång av kommissionens tillämpningsföreskrifter rörande förfarandet.

Med tanke på den situationen som Sverige befinner sig i, dvs. att Försörjningsdirektivet ännu inte har införlivats i svensk rätt, fastän detta skulle ha gjorts redan i februari 2006, kommer uppsatsen avslutningsvis även kort att belysa de konsekvenser som denna försening kan föra med sig för svensk del, både vad gäller för Sverige som medlemsstat och för de upphandlande enheterna samt de leverantörer som deltar i upphandlingar gjorda av dessa upphandlande enheter.

1.2 Avgränsning

Rättsområdet offentlig upphandling har nära anknytning till EG-rätt. Upphandlingsområdet regleras således dels av EG-direktiv dels av LOU.

Nya direktiv på upphandlingsområdet kom 2004 och dessa har gjort att LOU som den ser ut idag behöver arbetas om. Arbetet med detta är påbörjat men i skrivandets stund ännu inte avslutat, trots att Sverige egentligen skulle ha införlivat direktiven senast 1 februari 2006. Arbetet kommer att resultera i två lagar, en för den klassiska sektorn och en för försörjningssektorerna. I Lagrådsremissen rörande de nya lagarna sägs att de nya lagarna skall träda i kraft 1 maj 2007,⁴ men det senaste budet är att lagarna inte kommer att vara färdiga förrän under hösten 2007, och då bara vad gäller de tvingande delarna. De frivilliga delarna beräknas inte vara klara förrän i början av 2008.⁵ Det aktuella rättsläget för svensk del har gjort att utgångspunkten för denna uppsats därför i huvudsak kommer att vara Direktiv 2004/17/EG, eftersom det inte känns meningsfullt att utgå från ett regelverk som kommer att ersättas. I kapitel 2 som rör rättsläget på området kommer således nuvarande LOU bara att behandlas kortfattat.

Uppsatsens omfattning sätter i sig gränser för vad som kan tas med och inte. Någon fullständig beskrivning av försörjningsdirektivet kan därför inte ges, vilket innebär att jag inte kommer att ge någon redogörelse för hur själva upphandlingsprocessen går till steg för steg eller att gå djupare in på de regler som rör denna process. Jag har i stället valt att fokusera på de delar som så att säga "sätter ramarna" för sektorn, dvs. vilka enheter och vilka verksamheter som omfattas. Det känns mer givande att göra en grundlig redogörelse för detta än att endast ytligt redogöra för en större del av Försörjningsdirektivet.

I uppsatsen kommer inte heller en komplett genomgång av alla förändringar i det nya direktivet i förhållande till det gamla att göras, utan endast de delar av det nya direktivet som berör möjligheten till att söka undantag enligt den procedur som återfinns i Artikel 30 kommer att behandlas. Detta innebär vidare att de undantag som explicit räknas upp i Artikel 19-29 i Försörjningsdirektivet inte kommer att behandlas.

Vad gäller Världshandelsorganisationens (WTO) avtal om statlig upphandling, Government Procurement Agreement, GPA, till vilket Sverige har slutit sig, så har bestämmelserna i detta avtal inarbetats i EG-direktiven och bör därför inte anses utgöra någon ändring av kretsen av upphandlande enheter. Skulle detta dock vara fallet vill jag påpeka att den redogörelse som finns i denna uppsats om begreppet "upphandlande enhet" baserar sig på det sätt som begreppet beskrivs och har slagits fast i doktrinen och EG-domstolen domar.

Vad gäller de domar som redogörs för i syfte att stödja vad som sägs i framställningen kommer inga av dessa att vara svenska domar. Eftersom utgångspunkten är Försörjningsdirektivet, vilket är ett EG-rättsligt dokument, och inte den svenska lag genom vilken detta direktiv införlivas, anser jag att det mest ändamålsenliga är att också utgå ifrån

⁴ Lagrådsremiss – Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, 24 maj 2006, sid 2

⁵ Seminarium 16 november 2006, Andrea Sundstrand

gemenskrättrliga domar för att belysa samt belägga det som sägs om Försörjningsdirektivet. Vad gäller urvalet av rättsfallen har jag begränsat dessa till sådana som är intressanta för framställningen och även här har jag fått begränsa mig till ett urval.

1.3 Metod och material

Metoden som används är en traditionell juridisk metod. Uppsatsen är en deskriptiv sådan med fokus på att definiera grundförutsättningarna för att Försörjningsdirektivet skall bli tillämpligt. Jag har gjort en sammanställning av en viss del av den doktrin som finns på området samt exemplifierat och underbyggt redogörelsen med relevanta domar från EG-domstolen där så är möjligt.

Genom att använda mig av innehållet i mina källor vill jag ge en så heltäckande bild som möjligt av ämnet för uppsatsen. Framställningen bygger till största delen på doktrin och rättsfall på området. Vad gäller doktrinen är det främst verket *The Law of Public and Utilities Procurement* av Sue Arrowsmith, Professor i Public Procurement Law och Director of the Public Procurement Research Group vid University of Nottingham, men även Peter Armin-Treptes verk *Public Procurement in the EC* som ligger till grund för uppsatsen.

Andrea Sundstrand, som tidigare varit anställd vid NOU, numera vid Advokatfirman Fylgia, har under 2006 givit ut en bok vid namn "EG-domstolens domar om offentlig upphandling", i vilken en sammanställning av de 127 domar om offentlig upphandling som domstolen meddelat fram till den 31 december 2005 görs. Denna sammanställning har varit en stor hjälp i arbetet med att redogöra för de rättsfall som finns med i uppsatsen.

Vad i övrigt gäller de rättsfall som har redogjorts för i uppsatsen har jag, om det är så att domstolen har tolkat ett begrepp olika i olika fall, försökt ta med båda tolkningar för att belysa eventuella oklarheter vad gäller rättsläget. Jag vill dock reservera mig med att säga att det kan hända att jag inte har lyckats identifiera alla relevanta fall och således har missat något som skulle kunna uttrycka en annan inställning till rättsläget än den som är uttryckt i uppsatsen, vilket i så fall beklagas.

Mina egna synpunkter på och reflektioner kring vad som sägs i doktrinen och i rättsfallen samt på ämnet för uppsatsen i stort har jag till största delen samlat i det avslutande kapitlet. Jag har emellertid när det befunnits lämpligt, även infogat dem i den löpande texten och då framförallt i kapitel 5 rörande Artikel 30.

1.4 Disposition

Kapitel 2 utgörs av en kort redogörelse av rättsläget samt lagstiftning inom området offentlig upphandling både vad gäller EG-rätt och nationell svensk rätt. Avsnittet om EG-rätten inleds med en redogörelse av primär- och sekundärrätten samt EG-domstolens rättspraxis. Detta följs av ett avsnitt om de nya upphandlingsdirektiven, vilket innehåller en historisk återblick samt en kort redogörelse för några av förändringarna i de nya direktiven. Avsnittet om nationell svensk rätt inleds med en historisk återblick, vilket följs av ett avsnitt om offentlig upphandling i Sverige i allmänhet. Avsnittet avslutas med en redogörelse av införlivningen av direktiven i svensk rätt.

I Kapitel 3 beskrivs försörjningssektorerna inledande. Här ges en kort historisk tillbakablick över hur försörjningssektorerna växte fram som begrepp, vad de omfattar, speciella egenskaper, och hur dessa delvis har förändrats över tiden samt hur försörjningssektorerna har reglerats över tid, från direktiv 90/531/EEG, då Försörjningssektorerna för första gången reglerades i eget direktiv, till nuvarande direktiv.

Kapitel 4 är uppsatsens huvudkapitel. Här beskrivs de grundförutsättningar som måste vara för handen för att Försörjningsdirektivet skall vara tillämpligt. Kapitlet inleds med en utförlig beskrivning av definitionen av begreppet ”*upphandlande enhet*”, vilken följs av en genomgång av de verksamheter som Försörjningsdirektivet är tillämpligt på.

I kapitel 5 kommer Artikel 30 i Försörjningsdirektivet att diskuteras samt analyseras utifrån litteratur samt beslut redan tagna av Kommissionen om undantag enligt Artikel 30. Artikeln rör det förfarande för att fastställa om en viss verksamhet är direkt konkurrensutsatt som innebär möjligheten för en hel sektor att beviljas undantag från att omfattas av Försörjningsdirektivet.

Kapitel 6 utgörs av några avslutande synpunkter som framför allt rör eventuella konsekvenser av Sveriges försening med att införliva Försörjningsdirektivet.

2 Rättsläget samt lagstiftning på området offentlig upphandling

2.1 EG-rätt

2.1.1 Primär- och sekundärrätt

Offentliga upphandlingar inom EU omfattas av både primärrätt (EG-fördraget) och sekundärrätt (upphandlingsdirektiven), samt av andra internationella avtal. Vad gäller EG-fördraget innehåller det inte bestämmelser som direkt reglerar offentlig upphandling. I fördraget uppställs emellertid några generella drag som är grundpelarna vid offentlig upphandling. Exempel på bestämmelser i EG-fördraget som kan hänföras till den offentliga upphandlingen är artikel 12 om icke-diskriminering, artikel 23 om fri rörlighet för varor, artikel 43 om fri etableringsrätt och artikel 49 om fri rörlighet för tjänster. I undantagsfall får medlemsstaterna införa bestämmelser som hindrar den fria rörligheten för varor och tjänster, men detta måste vara särskilt föreskrivet eller framgå av EG-domstolens praxis. Till exempel utgör kravet på miljöskydd ett sådant undantag.⁶

De EG-rättsliga grundprinciperna som genomsyrar alla regler rörande upphandling är principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering (på grund av nationalitet), proportionalitetsprincipen, transparensprincipen och principen om ömsesidigt erkännande. Alla upphandlingsregler bygger på dessa principer, även om det inte står rakt ut i själva direktiven. I alla EG-domstolens domar rörande offentlig upphandling återfinns emellertid en hänvisning till dessa grundprinciper⁷

Det är rådets och kommissionens uppgift att i enlighet med EG-fördraget utfärda bl.a. direktiv. I EG-fördraget Artikel 249 tredje stycket (tidigare artikel 189 tredje stycket) sägs att ”ett direktiv skall med avseende på det resultat som skall uppnås vara bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat, men skall överlåta åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet”

Rådet har därför utfärdat ett antal direktiv för att samordna men inte för att harmonisera upphandlingsförfarandena i medlemsstaterna. Syftet med samordningen är enligt EG-domstolen två. Det första syftet är ”att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och

⁶ Prop. 2001/02:142 s. 18 med hänvisning till EG-domstolens dom i mål 302/86 kommissionen mot Danmark, REG 1988 s.4607

⁷ Seminarium 16 november 2006, Andrea Sundstrand

som önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat". Det andra syftet är "att undanröja såväl risken för att nationella anbudsgivare eller nationella sökande ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt som möjligheten att ett organ som finansieras eller kontrolleras av staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska".⁸ Enligt chefsjuristen för NOU fungerar upphandlingsdirektiven som formella tillägg till EG-fördraget; de är ett utflöde av själva fördraget.⁹ Upphandlingsdirektiven kan således ses som förtydliganden av vad de fyra friheterna och andra principer enligt EG-fördraget innebär inom området offentlig upphandling.¹⁰

Upphandlingsdirektiven reglerar upphandlingar inom två sektorer. Den så kallade klassiska sektorn och försörjningssektorerna. Till varje upphandlingsdirektiv är ett särskilt rättsmedelsdirektiv knutet.¹¹ Varje potentiell leverantör har, om den har ansett sig lida skada på grund av ett beslut av den upphandlande enheten, rätt att begära överprövning av beslutet eller skadestånd. Denna rätt säkerställs genom dessa rättsmedelsdirektiv. Rättsmedel är en relativt ny företeelse och har saknats ända in på 90-talet.¹²

Eftersom EU och således även Sverige har slutit sig till Världshandelsorganisationens (WTO) avtal om statlig upphandling, Government Procurement Agreement, GPA, regleras den offentliga upphandlingen inom EU även av detta internationella avtal. I preamblen till direktiv 98/4/EG sägs att avtalets syfte är "att införa ett multilateralt system av väl avvägda rättigheter och skyldigheter när det gäller offentlig upphandling för att liberalisera och utvidga världshandeln. Avtalet har inte direkt effekt." GPA har införlivats i upphandlingsdirektiven.

2.1.2 EG domstolens rättspraxis

Jämte EG-fördraget och direktiven utgör EG-domstolens domar en integrerad part av EG-rätten och de kan därmed åberopas av enskilda inför svenska domstolar och myndigheter. I många fall medför EG-reglernas direkta tillämplighet och direkta effekt att det uppstår en konflikt mellan en nationell regel och en EG-rättslig regel. I dessa fall har EG-domstolen konsekvent hävdat EG-rättens företräde. Eftersom EG-rätten är en del av medlemsstaternas rättssystem är den därmed bindande för både medlemsländerna och deras invånare. "Detta medför att den nationelle

⁸ Mål C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria mfl mot Stohal Rotationsdruck GesmbH, (REG 1998, s. I-73) och Mål C-360/96, Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden mot BFI Holding BV (REG 1998, s.I-6821), p. 41 och 42

⁹ Slavicek, Michael, s. 20

¹⁰ Hentze & Sylvén, sid 17

¹¹ Rättsmedelsdirektiv I, Direktiv 89/665/EEG, för den klassiska sektorn, samt Rättsmedelsdirektiv II, Direktiv 92/13/EEG, för försörjningssektorn

¹² Hentze & Sylvén, sid 19

domaren är skyldig att både tillämpa och, vid en kollision rättsordningarna emellan, ge företräde åt EG-rätten vare sig den nationella regeln tillkommit före eller efter den EG-rättsliga”.¹³

2.1.3 Nya Direktiv på upphandlingsområdet

2.1.3.1 Inledning

I detta avsnitt skall redogöras för hur de nya upphandlingsdirektiven växte fram. En kortfattad redogörelse av några av de nyheter som finns i de nya direktiven skall också ges.

2.1.3.2 Historisk återblick

1996 producerade kommissionen en Grönbok, *Offentlig upphandling inom den Europeiska Unionen: Överväganden för framtiden*.¹⁴ Syftet var att sätta igång en debatt rörande policies för offentlig upphandling. Man såg emellertid inte framför sig att denna publikation skulle komma att leda till så långtgående förändringar på området rent legalt, utan tvärtom talade man om att det vore önskvärt med en period av stabilitet, eftersom man hade fått ett komplett ramverk på plats för området offentlig upphandling.¹⁵ De problemområden man hade identifierat handlade mer om hur man skulle försäkra sig om att de existerande reglerna följdes och hur företag skulle kunna dra nytta av dem. Man såg framför sig att lösningen på dessa problem skulle kunna åstadkommas genom begränsade förändringar i lagtexten samt en del praktiska åtgärder.¹⁶

Reaktionerna på Grönboken uttryckte emellertid, de initiala förväntningarna till trots, att det fanns ett stort behov av signifikanta förändringar i det legala ramverket. Dessa reaktioner accepterades i den kommunikation, benämnd *Kommissionens meddelande om offentlig upphandling i Europeiska Unionen*, som utfärdades 1998 som en uppföljning av Grönboken.¹⁷ Kommissionen slog fast att det fanns ett behov av lagstiftning av två huvudsakliga skäl. Det ena var för att förenkla de befintliga reglerna, som ansågs komplexa. Detta skulle ske både genom förtydliganden av lagtexten och genom tillägg, där detta befanns nödvändigt. Det andra skälet vara att introducera en ökad flexibilitet för att anpassa sig till ny praxis eller till den verklighet som rådde för marknaden.¹⁸ I maj 2000 överlämnade Europeiska

¹³ Rapport från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) avseende uppdraget från regeringen att utreda om statliga bolag tillämpar lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), 1998-11-30, 172/98-28 (NOU:s egen beteckning), Bilaga E, sid 14

¹⁴ KOM(96) 583 slutgiltig version 27 november 1996

¹⁵ Ibid, paragraf 6

¹⁶ Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, second edition, 2005, Sweet & Maxwell Limited, London, ISBN 0421 758503, sid 150

¹⁷ KOM (98) 143 Kommissionens meddelande om offentlig upphandling i Europeiska Unionen

¹⁸ Arrowsmith, sid 150

kommissionen ett förslag till nya direktiv inom området offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna som skulle uppfylla dessa behov. Efter en lång lagstiftningsprocess, som tog närmare fyra år, och som omfattade en mängd förändringar till de ursprungliga förslagen samt en förlikningsprocess, antogs de två nya direktiven till slut den 30 april 2004.¹⁹ Det blev oerhört stressigt mot slutet, eftersom det var viktigt att direktiven kunde antas innan den 1 maj 2004, då utvidgningen av EU med 10 nya medlemsländer skulle äga rum. Skulle direktiven antagits efter detta datum skulle det innebära att fler länder skulle vilja ha sitt ord med i leken samt att gemenskapen skulle få bekosta översättningen av dokumenten till de nya medlemsländernas språk, som i och med att dessa länder anslöts, skulle bli nya officiella språk. Merparten av de 4 åren under vilka lagstiftningsarbetet fortskred ägnades åt det klassiska direktivet, vilket gjorde att när det var dags att arbeta med det nya Försörjningsdirektivet var tiden kort.²⁰

Resultatet av lagstiftningsarbetet har blivit att de tre direktiven för den klassiska sektorn²¹ har slagits ihop till ett direktiv, Direktiv 2004/18/EG, som samordnar förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Inom försörjningssektorerna har det gamla direktivet²² som reglerade förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och telekomområdet, ersatts av ett nytt; Direktiv 2004/17/EG, som samordnar förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (telekomområdet har alltså utgått och ersatts av posttjänster).

Vad gäller rättsmedelsdirektiven har dessa varit föremål för översyn inom Europeiska kommissionen och ett förslag överlämnades till rådet i mitten av 2005.²³ Några nya Rättsmedelsdirektiv har emellertid ännu ej antagits.

2.1.3.3 De huvudsakliga förändringarna av direktiven i korthet

De två nya direktiven innehåller ett antal ändringar, såväl strukturella som i sak, samt en del tillägg i förhållande till de gamla direktiven. I korthet kan sägas att det för den klassiska sektorn lanseras ett nytt förfarande, s.k. konkurrenspräglad dialog, vilket får användas när den upphandlande enheten inte i den tekniska specifikationen kan ange vad som krävs för att tillgodose behovet. Direktiven innehåller även regler om användning av elektroniska auktioner i vissa fall och s.k. dynamiska inköpssystem samt möjligheten att använda sig av Inköpscentraler. Medlemsstaterna kan frivilligt bestämma om de vill införa bestämmelserna som reglerar konkurrenspräglad dialog, elektroniska auktioner samt dynamiska

¹⁹ Ibid

²⁰ Seminarium 16 november 2006, Andrea Sundstrand

²¹ 92/50/EEG (tjänster), 93/36/EEG (varor), 93/37/EEG (bygg- och anläggningsarbeten)

²² 93/38/EEG (upphandling inom försörjningssektorerna)

²³ Kommittédirektiv 2005:39, Tilläggsdirektiv till Upphandlingsutredningen 2004/Fi 2004:04)

inköpssystem. Man har även infört ökade möjligheter att ta sociala hänsyn samt miljöhänsyn. För både den klassiska sektorn och försörjningssektorerna har tröskelvärdena höjts avsevärt, vilket för svensk del gör att ännu fler upphandlingar hamnar i kapitel 6 i LOU som bl.a. reglerar upphandling under tröskelvärdena. Vad gäller Försörjningsdirektivet har även Posttjänster tillkommit samt Telekomsektorn tagits bort. För denna sektor har även 80/20-regeln som medger köp utan upphandling inom en koncern och mellan upphandlande enheter i ett joint venture utvidgats till att nu även omfatta varor och byggtreprenader, och inte bara tjänster som tidigare. Även möjligheten för hel sektor att bli undantagen har införts i Artikel 30, under förutsättning att den är direkt konkurrensutsatt och att det råder fritt tillträde till marknaden. Syftet med ändringarna i de nya direktiven är att tillämpningen av fördragets bestämmelser skall underlättas. Redaktionella förändringar skall göra direktiven mer lättlästa och en omstrukturering gör att de tydligare följer upphandlingsprocessens kronologiska ordning.

2.2 Nationell svensk rätt

2.2.1 Historisk återblick

För Sveriges del fanns det redan under 1800-talet vissa bestämmelser för hur statliga myndigheter skulle genomföra upphandlingar. Genom 1920 års upphandlingsförordning kom modernare upphandlingsregler till stånd.²⁴

1952 infördes regler som i stort liknar nuvarande regelverk genom upphandlingskungörelsen. Denna har sedan förnyats under åren och 1980 ändrades namnet till Upphandlingsförordningen (UF). Innan Lagen (1992:128) om offentlig upphandling, LOU, trädde i kraft reglerades den statliga upphandlingen av upphandlingsförordningen (SFS 1986:366) medan den kommunala upphandlingen styrdes av ett kommunalt upphandlingsreglemente (UR).²⁵ Upphandlingsförordningen var visserligen tvingande, men inga sanktioner fanns om myndigheterna bröt mot den. Vad gällde det kommunala upphandlingsreglementet var detta frivilligt.²⁶

När Sverige anslöt sig till EES-avtalet och senare även blev medlemmar i EU blev Sverige skyldiga att införliva EG-rätten i svensk rätt. Som sagt ovan står det i EG-fördraget att ett direktiv, med avseende på det resultat som skall uppnås, skall vara bindande för varje medlemsstat till vilket det är riktat. Man har dock överlåtit åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för införlivningen. Många andra länder inom EU har valt att stifta en ramlag som direkt hänvisar till användningen av direktiven eller att följa direktiven mer ordagrant. I Sverige har vi istället valt att skriva om direktivens sakliga innehåll genom Lagen (1992:1528) om

²⁴ Offentlig upphandling, Hentze & Sylvé, Norstedts Juridik, Upplaga 1:2, 1998, sid 11

²⁵ Hentze & Sylvé, sid 11-12

²⁶ Seminarium 16 november 2006, Andrea Sundstrand

offentlig upphandling, LOU, som trädde i kraft 1 januari 1994. Förutom att innehålla de regler som måste finnas enligt EG-direktiven om offentlig upphandling, innehåller LOU även regler för sådana upphandlingar som inte regleras i direktiven, d v s upphandlingar under tröskelvärdena samt upphandling av så kallade B-tjänster. Denna reglering återfinns främst i sjätte kapitlet. Anledningen till att Sverige ansett att även dessa typer av upphandlingar bör regleras, är att 80 % av alla upphandlingar som görs i Sverige är under tröskelvärdena. Sverige är inte ensam om att även reglera denna typ av upphandlingar, men de länder som också har valt att göra det är få; Italien, Nederländerna och Irland.²⁷

2.2.2 Allmänt om offentlig upphandling i Sverige

Enligt förarbetena till LOU framgår att den grundläggande synen på hur en offentlig upphandling skall gå till inte nämnvärt skiljer sig åt mellan Sverige och EU (redan innan LOU trädde i kraft gällde principen att upphandling skall göras affärsmässigt, i konkurrens och på ett icke-diskriminerande (objektivt) sätt.²⁸). Det som eftersträvas är att en upphandling skall ske affärsmässigt, i konkurrens, öppet och på ett icke-diskriminerande sätt.²⁹ Ur ett EG-rättsligt perspektiv bygger nämnda kriterier på de fyra friheterna: fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital. De fyra friheterna är i sig avhängiga en öppen gemensam marknad. Regelverkens syfte är att förhindra upphandlingar som medför särbehandling av vissa aktörer. Att vissa aktörer särbehandlas kan innebära att andra diskrimineras.³⁰

2.2.3 Införlivning av direktiven i svensk rätt

När de nya direktiven kom 2004 tillsatte regeringen en utredning (dir 2004:47) vars främsta uppgift var att införliva direktiven i svensk rätt. Vid sidan av de nödvändiga förändringar av den svenska lagstiftningen som följer av de nya upphandlingsdirektiven skulle utredningen även lämna förslag till de områden i direktiven som inte är obligatoriska att införliva. Dessa områden rör bl. a. möjligheten till en konkurrenspräglad dialog för den klassiska sektorn samt möjligheten att tillämpa elektroniska auktioner och dynamiska inköpssystem. Utredningens arbete resulterade i betänkandena Nya upphandlingsregler (SOU 2005:22) och Nya upphandlingsregler 2 (SOU 2006:28). Betänkandena bereds för närvarande inom Regeringskansliet.³¹ Enligt förslagen blir det en lag om upphandling för den klassiska sektorn och en lag för försörjningssektorerna. Eftersom direktiven endast reglerar upphandlingar vars värde överstiger de s.k.

²⁷ Seminarium 16 november 2006, Andrea Sundstrand

²⁸ NOU info 93-95, s. 9

²⁹ Prop. 1992/93:88 s. 37.

³⁰ Slavicek, Michael, s. 21.

³¹ Sundblom, Per-Arne, sid 13

tröskelvärdena (treshholds) kommer Sverige enligt förslagen fortfarande att reglera upphandlingar under dessa tröskelvärden i sjätte kapitlet.³²

Från och med den 30 april 2004, då direktiven antogs, hade medlemsstaterna 21 månader på sig att införliva de nya upphandlingsdirektiven i sin nationella lagstiftning. De nya direktiven skulle således ha varit införda i nationell lagstiftning senast den 1 februari 2006, vilket alltså inte har gjorts. Detta gör att LOU fortfarande gäller i Sverige och är den lag som upphandlande enheter har att följa. Tanken är att enheterna, genom att följa LOU, även kan vara säkra på att de följer EG-rätten, eftersom LOU ska spegla direktiven på upphandlingsområdet. I och med att Sverige nu inte har införlivat direktiven i tid har detta lett till en något udda situation för svensk del. På grund av den s.k. direkta effekten gäller direktiven före nationell lag eftersom reglerna har vertikal karaktär och artiklarna i direktiven anses vara ovillkorliga, klara och precisa.³³ Det står således enskilda, dvs. leverantörer, fritt att åberopa direktiven om LOU skulle ha regler som står i strid med direktiven. Direktiven kan dock aldrig åberopas av en upphandlande enhet framför nationell lag enligt principen att staten till sitt försvar inte kan åberopa sin egen försummelse. De upphandlande enheterna måste således fortfarande följa LOU.³⁴ Rent praktiskt vad gäller Försörjningssektorerna är en konsekvens av detta att de upphandlande enheterna, p.g.a. skyldigheten som har beskrivits ovan att tillämpa tvingande bestämmelser som innehåller individuella rättigheter som är tillräckligt ovillkorliga och precisa, måste iaktta bestämmelserna i Försörjningsdirektivet om viktning av tilldelningskriterier vid utvärderingen av anbud, eftersom dessa troligen har direkt effekt. Detta är dock inte prövat i domstol.³⁵ I kapitel 6 i uppsatsen kommer konsekvenserna av Sveriges försening med att införliva Försörjningsdirektivet att behandlas ytterligare.

³² <http://www.juridik.org/europrocure/sverigelag.html>

³³ Bernitz, Ulf, mfl, *Finna rätt – Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 6:e uppl, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2000, sid 60

³⁴ Nyhetsbrev ProcureNews från Europrocure, nr 2 mars 2006

³⁵ Seminarium 16 november 2006, Andrea Sundstrand

3 Inledande om Försörjningssektorerna

3.1 Inledning

Till försörjningssektorerna räknas viss verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och posttjänstområdena. I det gamla försörjningsdirektivet, Dir 93/98 EG, omfattades även telekommunikationssektorn. Upphandlande enheter kan vara förutom myndigheter och offentligägda bolag även vissa privata bolag. Reglerna inom försörjningssektorerna är i många stycken annorlunda än de som gäller för den klassiska sektorn och ger ofta de upphandlande enheterna en större valfrihet.³⁶ Två av de viktigaste frågorna rörande försörjningssektorerna är just frågan om vad som skall anses vara en upphandlande enhet och definitionen av de verksamheter som omfattas av direktivet. Dessa är några av de frågor som kommer att behandlas i detta avsnitt.

Reglerna som gäller för försörjningssektorerna måste ses i ljuset dels av att dessa sektorer är mycket investeringsintensiva, dels att medlemsstaterna har organiserat sektorerna på olika sätt, eftersom verksamheten ibland hanteras inom en myndighet, ibland i bolagsform och ibland genom att särskilda rättigheter eller ensamrätter kan ha överlämnats även till privata bolag. Kommissionen har vid paketsmöten hävdats att upphandlingsreglerna inom försörjningssektorerna är att se som kompromissregler som en medlemsstat inte äger rätt att skärpa.³⁷

3.2 Historisk återblick

Försörjningssektorerna (utilities) var länge undantagna från den gemenskrätsliga regleringen av offentlig upphandling och gick under beteckningen de undantagna sektorerna (the excluded sectors). Under 70- och 80-talet fanns överhuvudtaget inga upphandlingsregler för dessa sektorer.³⁸ Huvudorsaken till varför dessa sektorer var undantagna var att i många av medlemsstaterna utfördes inte de aktiviteter som faller under försörjningssektorerna av staten själv utan av separata kommersiella organ som i många fall staten inte ens hade ett deläggande i eller kontroll över, utan helt tillhörde den privata sektorn. Detta innebar att organen som tillhandahöll dessa tjänster i vissa fall lydde under offentlig rätt och i andra fall under privaträtt.³⁹ Denna problematik kommer att behandlas mer

³⁶ Hentze & Sylvén, sid 206

³⁷ Hentze & Sylvén, sid 207

³⁸ Ibid

³⁹ Arrowsmith, sid 144

ingående i följande avsnitt. En annan viktig anledning till att sektorerna var undantagna var att häri fann man många av medlemsstaternas ”nationella stoltheter”, med bolag som t e x Air France, Lufthansa, British Telecom med flera. Av naturliga skäl ville medlemsstaterna skydda dessa bolag, vilket gjorde att man motsatte sig regler som skulle påverka dem.⁴⁰

Oavsett rättsförhållande utgjorde den upphandlingspraxis som hade utarbetats i dessa sektorer emellertid viktiga hinder för en fri handel. Detta var ett problem ur många aspekter. Dels stred förhållandena mot vad som stadgas i Artikel 30 och 59 i EG-fördraget om att restriktioner som utgör hinder för fri rörlighet av varor och tjänster i samband med upphandlingskontrakt är förbjudna. Dels skapade det problem att kunna uppnå målet om den inre marknaden, dvs. skapandet av ett område utan inre gränser, inom vilket fri rörlighet skulle garanteras för varor, personer, tjänster och kapital, som man skulle arbeta för att uppnå senast den 31 december 1992. Sammantaget gjorde detta att det blev det nödvändigt att samordna de upphandlingsförfaranden som enheterna inom försörjningssektorerna tillämpade.⁴¹

I Vitboken om fullbordandet av den inre marknaden⁴² återfanns så väl åtgärdsprogram som tidplan för öppnandet av upphandlingsområdet inom de sektorer som inte omfattades av de direktiv som fanns rörande upphandling⁴³ Det första direktivet som reglerade försörjningssektorn var 90/531/EEG⁴⁴ och detta innehöll bara regler för varor och byggtreprenader. Tjänsterna infördes tre år senare genom Direktiv 93/38/EEG. Detta direktiv var inte bara ett sätt att få in tjänsterna, utan detta direktiv ersatte även 90/531/EEG genom att man i 93/38 såg till att samla samtliga tre områden; varor, byggtreprenader och tjänster i ett enda direktiv, Försörjningsdirektivet. Direktiv 93/38 var det direktiv som gällde fram till dess att direktiv 2004/17/EG trädde i kraft.⁴⁵

3.3 Organens legala status

Som nämnts som hastigast i föregående avsnitt var en av huvudanledningarna till att vissa sektorer hade hamnat utanför omfattningen av det klassiska varu- och byggtreprenaddirektivet att de organ som verkade i dessa sektorer inte helt enkelt kunde klassas som publika organ, då deras legala status sträckte sig från rena statligt ägda bolag till privata

⁴⁰ Seminarium 16 november 2006, Andrea Sundstrand

⁴¹ Dir 90/531/EEC, sid 1

⁴² COM (87) 203 final, White paper on the completion of the internal market

⁴³ ibid

⁴⁴ Rådets direktiv av den 17 september 1990, 90/531/EEG om upphandlingsprocedurerna för enheter inom sektorerna vatten, energi, transport och telekommunikation

⁴⁵ Arrowsmith, sid 145

företag som hade erhållit exklusiva rättigheter att verka inom området.⁴⁶ Det faktum att organen antingen var föremål för statlig kontroll eller, om de verkade inom den privata sektorn, var känsliga för statligt inflytande på grund av sina av staten erhållna exklusiva rättigheter, gjorde att en diskriminerande upphandlingspraxis hade uppstått på området. Kommissionens uppgift i lagstiftningsarbetet blev därför att hitta en väg bortom den traditionella distinktionen mellan privata och publika bolag när man skulle komma fram till en lösning som inriktar sig på de situationer i vilka protektionistiska upphandlingsmetoder kan förekomma, oavsett vilken den rent formella legala definitionen är av de organ som utför aktiviteterna i fråga.

3.4 Verksamheternas egenskaper

Utöver den rent legala statusen av de bolag som verkar inom försörjningssektorerna finns det även egenskaper i själva de verksamheter som ingår i sektorerna som gör att förutsättningarna är speciella. De verksamheter som omfattas av försörjningssektorerna är dels tjänster som förmedlas till allmänheten genom tekniska nätverk och dels till vissa företag givna rättigheter att exploatera ett geografiskt område för ett särskilt syfte. Redan genom sin blotta existens begränsar eller till och med totalt utesluter dessa nätverk konkurrensen på grund av de stora kostnader som investeringarna är förenade med. Det faktum att myndigheterna har givit de aktuella företagen särskilda rättigheter har många gånger även lett till att oligopol eller monopol har uppstått.⁴⁷ Något som också är viktigt att poängtera är att till skillnad från den klassiska sektorn bedriver nästan alla upphandlande enheter i försörjningssektorerna verksamhet i vinstsyfte och med syfte att bedriva industriell verksamhet.⁴⁸ En utförligare beskrivning av de verksamheter som faller under försörjningssektorerna ges i avsnitt 4.3 nedan.

3.5 Konkurrenskrafter

Det faktum att försörjningssektorerna även innefattar vissa privata bolag gör att även en annan parameter blir otroligt viktig när man tittar på försörjningssektorernas speciella egenskaper och det är konkurrensen. Rådet säger redan i ingressen till Direktiv 90/531/EEC att direktivet inte skall utsträcka sig till att omfatta aktiviteter hos de organ som antingen faller utanför de sektorer som omfattas av direktivet, eller som visserligen faller

⁴⁶ Trepte, Peter-Armin, "*Public Procurement in the EC*", CCH Editions Limited, Oxfordshire, 1993, sid 7

⁴⁷ Hentze & Sylvén, sid 206

⁴⁸ Lagrådsremiss – Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, 24 maj 2006, sid 141

inom dessa sektorer, men icke desto mindre är direkt konkurrensutsatta på marknader där tillträdet är oinskränkt.⁴⁹

⁴⁹ Dir 90/531/EEG, sid 2

4 Grundförutsättningar för tillämpligheten av Försörjningsdirektivet

4.1 Inledning

För att avgöra om en upphandling omfattas av Försörjningsdirektivet måste ett antal kriterier vara för handen. För det första gäller direktivet anskaffning av varor, tjänster och byggtreprenader, oavsett hur denna anskaffning sker och hur den betalas, vilket innebär att även sådant som leasing, sale-leaseback, lån, hyra, hyrköp, byte, betalning genom efterskänkte skulder och sponsring innefattas. För det andra skall den enhet som gör upphandlingen omfattas av vad som avses med ”*upphandlande enheter*” i artikel 2. För det tredje skall den verksamhet som enheten utför var sådan som omfattas av avsnitt 2 i direktivet.

4.2 Begreppet ”Upphandlande enheter”

De enheter som täcks av gemenskapens upphandlingsdirektiv kan delas upp i två kategorier. Den första kategorin utgörs av sådana enheter över vilka staten kan utöva direkt kontroll, såsom myndigheter, kommuner, landsting och vissa av dessa enheters bolag. Dessa kan verka både inom det klassiska direktivets och inom Försörjningsdirektivets område. Den andra gruppen består av sådana offentliga eller privata företag som agerar inom sina relevanta sektorer på grundval av särskilda rättigheter eller ensamrätter som staten har tilldelat dem. Dessa enheter omfattas av Försörjningsdirektivet. Begreppet upphandlande enhet används därför som ett samlingsbegrepp för upphandlande myndigheter och övriga organ som omfattas av försörjningsdirektivet.

Av Försörjningsdirektivet Artikel 2.2a framgår att direktivet gäller upphandlande enheter som är *upphandlande myndigheter* eller *offentliga företag*.

4.2.1 Upphandlande myndighet

Med ”*upphandlande myndigheter*”, vilka definieras i Artikel 2.1a, avses ”statlig, regional eller lokal myndighet, offentligrättsligt organ samt sammanslutning av en eller flera sådana organ” Med ”*offentligrättsligt organ*” avses i sin tur varje organ som

- ”särskilt har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär,
- är en juridisk person och
- till största delen finansieras av statliga regionala eller lokala myndigheter, eller andra offentligrättsliga organ, eller organ vars verksamhet står under kontroll av sådana organ, eller i vars förvaltningsorgan, styrelseorgan eller kontrollorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ.”

Begreppet ”*upphandlande myndighet*” är ämnet för ett antal domar av EG-domstolen. De flesta av dessa rör frågan huruvida den aktuella enheten omfattades av något av de klassiska direktiven (de flesta mål är från tiden då det fanns fler än ett klassiskt direktiv). Eftersom definitionen av upphandlande myndighet är den samma både i Försörjningsdirektivet och i det nya Klassiska direktivet⁵⁰ är dessa domar intressanta att ta upp även i en diskussion som rör Försörjningsdirektivet. Diskussionen om begreppet som följer görs således bl. a. utifrån några av dessa domar.

Enligt EG-domstolen skall begreppet ”*upphandlande myndighet*” uppfattas som en bred kategori. Domstolen har således antagit ett funktionellt betraktelsesätt till begreppet i det att man har sett mer till den aktuella funktionen av den berörda enheten. Detta står klart i Beentjesmålet⁵¹ I detta mål hade en lokal landbefästningskommitté upphandlat en byggentreprenad. Kommittén utgjorde i sig inte en juridisk person, men styrdes till sin funktion och sammansättning av lagstiftning och medlemmarna i kommittén utsågs av en statlig myndighet. Vidare finansierade staten de bygg- och anläggningsarbeten som kommittén upphandlade. En av frågorna i målet var om direktiv 71/305/EEG (det då gällande byggentreprenaddirektivet) var tillämpligt på en sådan organisation som den lokala landbefästningskommittén. Domstolen ansåg att så var fallet, eftersom det var nödvändigt att begreppet ”upphandlande myndighet” tolkades i funktionella termer så att inte syftet med direktivet, vilket var att säkerställa en effektiv tillämpning av principerna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster i offentliga bygg- och anläggningsarbeten, riskerades. En organisation skall således, trots att den inte formellt utgör en del av staten, anses tillhöra staten, ”om dess uppgifter och sammansättning är fastlagda i nationell lagstiftning och den är beroende av myndigheter för att utse dess medlemmar, tillsynen över utförandet av dess uppgifter och finansieringen av de bygg- och anläggningsarbeten det är dess uppgift att tilldela”.⁵²

⁵⁰ Begreppet ”upphandlande myndighet” definieras i Artikel 1.9 i Rådets direktiv 2004/18/EG

⁵¹ Mål 31/87, Gebroeders Beentjes BV mot Holland (REG 1988, s. 4635)

⁵² Sundstrand, Andrea, EG-domstolens domar om offentlig upphandling, uppl. 1, Norstedts Juridik, Stockholm, 2006, sid 77

Ett annat mål som berör definitionen av begreppet ”upphandlande myndighet” är mål C-353/96 kommissionen mot Irland⁵³. Målet gällde bl. a. huruvida Irish Forestry Board (IFB) omfattades av varudirektivet (som då hette 77/62). Irland hävdade att organisationen var ett kommersiellt organ och således inte omfattades av definitionen ”a body governed by public law”. Kommissionen hävdade å sin sida att frågan inte är huruvida det är ett sådant organ, utan huruvida det tillgodoser behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Domstolen konstaterade att begreppet upphandlande myndighet skall tolkas funktionellt. Eftersom IFB var en juridisk person ansågs de därför inte kunna tilldela upphandlingskontrakt för någon myndighets räkning. Domstolen undersökte därför om IFB kunde anses vara ett organ som motsvarar en juridisk person som lyder under offentlig rätt och i kraft av det skulle omfattas av upphandlingsbestämmelserna. Domstolen kom fram till att eftersom staten åtminstone indirekt kunde kontrollera IFB:s tilldelning av upphandlingskontrakt genom att man t ex hade bildat bolaget och anförtrott det vissa uppgifter, genom att man utsåg de huvudansvariga i bolaget och kunde ge särskilda instruktioner som bolaget var tvunget att följa, samt slutligen att man hade maktbefogenheter även på finansområdet i bolaget, så skulle bolaget anses vara en ”annan myndighet som i fråga om offentlig upphandling av varor står under statlig tillsyn” i den mening som avsågs i direktiv 77/62. IFB var således att anse som en upphandlande myndighet.⁵⁴

4.2.1.1 Offentlighetsrättsligt organ

En typ av upphandlande myndighet är ”*offentlighetsrättsligt organ*”. Definitionen av detta framgår ovan. Domstolen har i ett antal mål, vilka kommer att gås igenom nedan, slagit fast att kriterierna är kumulativa. För att något skall anses vara ett offentlighetsrättsligt organ är det alltså nödvändigt att alla strecksatser ovan är uppfyllda.

Enligt första strecksatsen skall enheten inrättats ”i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har kommersiell eller industriell karaktär”. Viktigt att påpeka här är att det är behovet som inte får ha kommersiell karaktär, inte organet som sådant. Detta innebär att organet kan ha ålagts att drivas på ett vinstgivande sätt. Kommunala bolag bör därför omfattas av detta kriterium p.g.a. kommunallagen.⁵⁵

Vad som avses i första strecksatsen ovan med kravet på att enheten ”särskilt har inrättats för...” har EG-domstolen slagit fast i Mål C-470/99 *Universale-Bau m.fl.*⁵⁶ Här sägs att detta krav är uppfyllt om en enhet har åtagit sig att tillgodose allmänna intressen som inte har en kommersiell eller industriell

⁵³ Mål C-353/96, Europeiska gemenskapernas kommission mot Irland (REG 1998, s. I-8565)

⁵⁴ Sundstrand, sid 172

⁵⁵ Hentze & Sylvén, sid 101

⁵⁶ Mål C-470/99, *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH mot Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH* (REG 2002, s. I-11617)

karaktär och sedan faktiskt tillgodoser dessa. Att bolaget inte tillkom i detta särskilda syfte saknar betydelse. Det som är viktigt är alltså att se till vad bolaget faktiskt gör idag. Arrowsmith hävdar att man troligen av detta analogt kan sluta sig till att det inte heller är ett krav att enheten ursprungligen inrättades av staten eller var beroende av staten vid tidpunkten för bildandet, utan att detta kan inträffa senare. Detta gör att även ett bolag som ursprungligen inrättades privat kan omfattas om något av det som innefattas i beroendekriteriet, dvs. den tredje strecksatsen (mer om detta i avsnitt 4.2.1.1.3 nedan), uppfylls vid ett senare tillfälle.⁵⁷

Vad som avses med resten av strecksatsen, d v s ”...för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär”, är inte helt lätt att förstå. Standardsvaret på denna fråga vad gäller domstolens sätt att tolka det ges i mål C-360/96, Gemeente Arnhem mot BFI Holding BV (BFI)⁵⁸, som handlade om huruvida hämtning och hanteringen av hushållssopor var en verksamhet som tillgodosåg ett behov i allmänhetens intresse och huruvida bolagets verksamhet vara v industriell eller kommersiell karaktär. Här sägs att det handlar om behov som tillfredsställs på annat sätt än genom tillgången på varor och tjänster på marknaden och behov som p.g.a. allmänna intressen staten väljer att tillhandahålla själv eller över vilka staten önskar behålla ett bestämmande inflytande över. Arrowsmith anser inte att denna definition är vare sig till hjälp eller belyser det sätt på vilket EG-domstolen i själva verket har utvecklat testet, eftersom domstolen inte huvudsakligen beaktar den kommersiella karaktären av aktiviteten i fråga utan de villkor under vilka enheten utför dessa.⁵⁹ Den huvudsakliga effekten av ordalydelsen är dock klar enligt Arrowsmith. Den utesluter enheter som, trots att de har samband med staten, troligen inte lägger nationella preferenser till grund för sina upphandlingsbeslut, eftersom de är under kommersiell press att upphandla effektivt.⁶⁰

EG-domstolen har stadgat att begreppet ”behov i det allmännas intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär” består av två distinkta aspekter. För det första skall man utvärdera huruvida de behov som enheten täcker är ett behov i de allmännas intresse. Endast om detta är fallet kan enheten täckas av upphandlingsdirektiven. För det andra måste man besluta sig för huruvida enhetens aktivitet för att möta dessa behov är av kommersiell karaktär. Om detta är fallet är enheten undantagen.⁶¹ Nedan skall de två aspekterna behandlas närmare.

⁵⁷ Arrowsmith, sid 274

⁵⁸ Mål C-360/96, Arnhem/BFI

⁵⁹ Arrowsmith, sid 264, fotnot 88

⁶⁰ Arrowsmith, sid 264

⁶¹ Arrowsmith sid 265

4.2.1.1.1 Behov i det allmännas intresse

I Adolf Truley-målet⁶² tillfrågades EG-domstolen om tolkningen av begreppen ”organ som lyder under offentlig rätt”, ”allmänna intressen”, ”tillsyn av” och ”inte har industriell karaktär” i direktiv 93/36⁶³ (vilket var det vid tiden gällande direktivet inom den klassiska sektorn rörande upphandling av varor). Detta mål är således intressant även ur andra aspekter än under denna rubrik, vilket gör att det kommer att återkommas till detta mål även under de två följande rubrikerna.

Bolaget i fråga var en begravningsentreprenör. Vad gällde ”allmänna intressen” sa domstolen att detta koncept inte finns definierat i direktiv 93/36 och således följer av praxis att ”en gemenskapsbestämmelse som inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar när det gäller att bestämma dess betydelse och räckvidd, normalt skall ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela gemenskapen”⁶⁴ Det skall alltså fastslås med hänsyn till det sammanhang och i vilket syfte det förekommer.

Enheter som tillhandahåller service direkt till allmänheten uppfyller ofta behov i det allmännas intresse, vilket var fallet i t ex Adolf Truley-målet ovan, där det som en begravningsentreprenad gör kan vara av allmänt intresse i det att staten har ett intresse i att kontrollera födelse- och dödsintyg. Det finns en rad andra mål i vilka EG-domstolen har kommit fram till att det rör sig om behov i allmänhetens intresse. I mål 380/98, University of Cambridge⁶⁵ slog man fast att det är ett behov i det allmännas intresse att driva ett universitet. I de förenade målen C-223/99 och C-260/99, Agorà och Excelsior⁶⁶ fastslogs att anordnandet av mässor, kongresser och utställningar för att sammanföra utställare och besökare var ett behov i det allmännas intresse. Viktigt att påpeka är dock att EG-domstolen i sin dom i målet kom fram till att organen, trots det faktum att de bedrev en verksamhet som i sig kunde anses uppfylla ett allmännyttigt behov, inte kunde anses lyda under upphandlingsreglerna, eftersom verksamheten, trots att den saknade vinstsyfte, skulle drivas med bl. a. lönsamhetskriterier som grund samt att den bedrevs på ett konkurrensutsatt område. Detta visar vikten av att man även tittar på den andra aspekten, dvs. huruvida en verksamhets aktiviteter för att möta det allmännyttiga behovet har kommersiell karaktär, vilken behandlas i avsnitt 4.2.1.1.2 nedan.

⁶² Mål C-373/00, Adolf Truley GmbH mot Bestattung Wien GmbH (REG 2003 s. I-1931)

⁶³ Sundstrand, sid 269

⁶⁴ Sundstrand, sid 269

⁶⁵ Mål C-380/98, The Queen mot H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge (REG 200, s. I-8035)

⁶⁶ Mål C-223/99 och C-260/99, Agorà Srl och Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. Mot Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano och Ciftat Soc. Coop.art. (REG 2001, s. I-3605)

Ytterligare ett mål av intresse här är Mål C-18/01, Korhonen m.fl.⁶⁷, i vilket domstolen slog fast att uppförandet av kontorsfastigheter och parkeringshus i syfte att skapa ett centrum för teknisk utveckling utfört av ett bolag, bildat av kommunen, för att förvärva, avyttra, hyra ut fast egendom och för att anordna och tillhandahålla fastighets- och förvaltningstjänster var att anse som verksamhet som tillgodosåg allmännyttiga behov, eftersom den kan stimulera handeln och den ekonomiska och sociala utvecklingen på den lokala myndighetens territorium.⁶⁸ Man hänvisade till de förenade målen C-233/99 och C-260/99 som har behandlats ovan. Målet är intressant även ur den aspekten att domstolen slog fast att det inte spelade någon roll att syftet med byggandet av lokalerna var att hyra ut till endast ett företag, verksamheten anses ändå vara sådan att den tillgodoser allmännyttiga behov. Detta faktum är emellertid relevant när det gäller att besluta huruvida behoven är av kommersiell eller industriell karaktär,⁶⁹ som behandlas nedan.

Även tillhandahållandet av support till andra bolag som i sin tur tillhandahåller allmänheten service eller som är engagerade i andra statliga aktiviteter kan ses som att bolaget tillgodoser ett allmännyttigt behov. Detta klargjordes i SIEPSA-målet.⁷⁰ Detta mål gällde huruvida ett privaträttsligt bolag, vars verksamhet enligt bolagsordningen gick ut bl. a. på att förvärva, äga och förvalta den spanska statens kriminalvårdsanstalter och kriminalvårdsinrättningar, kunde anses tillgodose allmänna intressen. Detta ansåg domstolen att det kunde anses göra, eftersom de allmänna intressen som SIEPSA skulle tillgodose utgjorde ett nödvändigt villkor för utövandet av statens rätt att bestraffa och hängde därför mycket nära samman med den allmänna ordningen.⁷¹

Arrowsmith anser att det är svårt att se vad syftet med att definiera huruvida ett behov är ett behov i det allmänna intresse är, eftersom det är svårt att se att uppfyllandet av detta kriterium i sig skulle innebära att sannolikheten ökar för att enheten skulle genomföra diskriminerande upphandlingar. Definitionen utesluter i praktiken enheter som verkar på den allmänna marknaden, som härmed faller utanför regleringen. Det är emellertid svårt att se varför dessa enheter skulle undantas kontroll vad gäller diskriminerande upphandlingar, vilket blir fallet eftersom de konkurrensrättsliga regler som gäller för denna typ av enheter inte ger samma kontroll över diskriminerande upphandlingar.⁷²

⁶⁷ Mål C-18/01, Arkkitehtuuritoimisto Riita Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy och Rakennutta-jatoimisto Vilho Tervomaa mot Varkauden Taitotalo Oy (REG 2003, s. I-5321)

⁶⁸ Sundstrand, sid 277

⁶⁹ Arrowsmith, sid 267

⁷⁰ Mål C-C-283/00, Europeiska kommissionen mot Konungariket Spanien (REG 2003, s. I-11697)

⁷¹ Sundstrand, sid 261-262

⁷² Arrowsmith, sid 266

4.2.1.1.2 Kommersiell eller industriell karaktär

Som har beskrivits ovan har domstolen i vissa mål kommit fram till att verksamheten visserligen är sådan att den tillgodoser allmännyttiga behov, men att det faktum att verksamheten faktiskt har kommersiell eller industriell karaktär gör att bolaget ändå inte anses falla under upphandlingsdirektivens regler. Det gör att det är viktigt att även se till denna andra aspekt när man skall avgöra om ett bolag är ett offentlighetsorgan. Det är i sammanhanget emellertid viktigt att påminna om att denna bedömning endast är en del av att bestämma huruvida ett bolag uppfyller det första av tre kriterier rörande huruvida bolaget är att anse som ett offentlighetsorgan och således en upphandlande myndighet. De tre kriterierna är, som sagts tidigare, kumulativa.

Om behovet inte anses ha kommersiell eller industriell karaktär anses bolaget inte vara ett offentlighetsorgan. Ser man till den faktiska ordalydelsen ser det ut som att domstolen skall identifiera huruvida *behovet* är av kommersiell eller industriell karaktär, men enligt Arrowsmith har domstolarna när de applicerar testet främst fokuserat inte på behovets natur, utan på huruvida den aktuella enheten utför sin verksamhet på kommersiell basis, vilket även framgår av domstolens domar i de mål som har redogjorts för ovan. Domstolen har härvidlag tagit hänsyn både till egenskaperna som den marknad på vilken bolaget verkar har och till det aktuella bolagets egen karaktär. I Agorá-målet och i Kohronen-målet har domstolen emellertid, precis som uttryckligen sägs i direktivtexten, istället tittat på om behovet som skall tillfredsställas är av kommersiell natur. I Kohronen-målet sa domstolen att denna faktor var ”relevant, men inte avgörande”, men utvecklade sedan inte denna ståndpunkt vidare enligt Arrowsmith. Arrowsmith menar vidare att det är svårt att se varför det överhuvudtaget skulle vara av vikt att titta på huruvida behovet är eller inte är av kommersiell natur och att domstolarnas sätt att ibland utgå från omständigheterna under vilka enheten verkar på marknaden och ibland från behovets natur kan få till följd att enheter som utför samma verksamhet men i olika medlemsstater och även i samma medlemsstat kan behandlas olika. Domstolen bör därför konsekvent ta hänsyn endast till egenskaperna som den marknad på vilken bolaget verkar har och till det aktuella bolagets egen karaktär när de gör ”kommersiell/industriell-testet”.⁷³

Domstolen har fastslagit ett antal tolkningsprinciper även vad gäller begreppet ”av kommersiell eller industriell natur”. För det första är det viktigt att ta reda på huruvida aktiviteten som utförs görs så i konkurrens med andra bolags aktiviteter, vilket framgår av t ex Agorá-målet som redogörs för ovan. Detta är viktigt eftersom behovet av att kunna verka i konkurrens kan tvinga enheten att upphandla på ett kommersiellt sätt. En nyhet med Försörjningsdirektivet jämfört med hur det var tidigare är att nu är det tydligt uttryckt i Artikel 30.3 andra stycket att fri konkurrens skall råda både de jure och de facto för att undantag skall gälla.

⁷³ Arrowsmith, sid 269 och 272

För det andra räcker det inte att ett bolag verkar på en konkurrensutsatt marknad för att man skall anse att det inte föreligger någon fara att ett bolag föredrar nationella leverantörer vid upphandlingar. Anledningen till detta är att myndigheten medvetet kan välja att ta en förlust för att just kunna stödja en lokal leverantör. Denna risk slogs fast i BFI-målet (C-360/96) som redogörs för ovan. Det är således viktigt att även beakta huruvida villkoren under vilka enheten verkar är sådana att den konkurrens man utsätts för verkligen leder till att man måste fatta marknadsmässiga beslut.

För det tredje säger domstolen i Korhonen-målet (C-18/01), som har tagits upp tidigare i framställningen, att det är viktigt att se till ”samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter som var aktuella vid bildandet av bolaget och de villkor på vilka de utövar sin verksamhet”,⁷⁴ Detta innebär att man måste göra en bedömning av om det ”saknas ett huvudsakligt vinstsyfte, om bolaget själv står den ekonomiska risken för den verksamhet som det utövar och om verksamheten helt eller delvis har offentlig finansiering”,⁷⁵

Att ett företag inte har till syfte att gå med vinst anses emellertid inte i sig innebära att detta är ickekommersiellt. Detta framgår av Agorá-fallet (C-223/99 och C-260/99) som redogörs för ovan. Här slås fast att bolaget, trots att det inte hade vinstsyfte, ändå själv bar den ekonomiska risken för verksamheten. Domstolen påpekar dock det faktum att bolaget bär risken själv endast är en av flera faktorer som man måste titta på i varje enskilt fall för att kunna avgöra om det är fråga om kommersiell verksamhet eller ej.⁷⁶ Detta tyder på att det inte är tillräckligt att endast ett av de kriterier som domstolen tar upp i Korhonen-målet är uppfyllt, utan man måste utgå från en helhetssyn när man avgör huruvida det rör sig om kommersiell eller industriell natur.

4.2.1.1.2.1 Enheter vars verksamheter både är av kommersiell och ickekommersiell natur

En annan intressant fråga vad gäller kommersiell karaktär är huruvida de bolag vars verksamhet endast till en liten del är av sådan karaktär att de skulle omfattas av direktivets bestämmelser och resten är att anse som ren affärsverksamhet av kommersiell karaktär skall anses falla under upphandlingsdirektivets bestämmelser. Domstolen har prövat detta i mål C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.⁷⁷ Återigen rör det inte definitionen upphandlande myndighet i Försörjningsdirektivet, men domstolens tolkning torde även här få återverkningar på tolkningen av begreppet även i Försörjningsdirektivet.

Frågan gällde huruvida ett företag vars verksamhet till största delen utgjordes av ren affärsverksamhet, men som hade bildats i syfte att

⁷⁴ Sundstrand, sid 276

⁷⁵ Ibid

⁷⁶ Sundstrand, sid 238

⁷⁷ Mål C-44/96, Mannesmann

framställa vissa officiella administrativa handlingar skulle följa direktivet (som i detta fall var bygg- och anläggningsdirektivet 93/37/EEG) vid upphandlingen av en byggtreprenad. Domstolen konstaterade att de tre villkoren som anges för huruvida en enhet skall anses vara en upphandlande myndighet är kumulativa, vilket betyder att alla tre måste vara uppfyllda. Domstolen konstaterade vidare att det saknar betydelse att en enhet som omfattas av bestämmelserna vid sidan av sin allmännyttiga verksamhet kan bedriva en annan verksamhet.⁷⁸ Bestämmelserna i direktivet skulle därför tillämpas fullt ut på bolagets hela verksamhet, trots att endast en mindre del av företagets verksamhet omfattades av bestämmelsen och den större var ren affärsverksamhet av kommersiell karaktär.⁷⁹ Domstolen menade också att det skulle strida mot rättsäkerheten om tillämpningen av direktivet skulle vara beroende av hur stor andel av verksamheten i ett bolag som var allmännyttig.⁸⁰

Enligt Andrea Sundstrand är ovanstående endast delvis sant vad gäller försörjningssektorerna. Hon ger som ett exempel dels ett kommunalt värmebolag, dels ett statligt bolag som sysslar med värmeförsörjning. Om båda dessa enheter inom samma juridiska person även har en annan verksamhet som inte är en av de verksamheter som omfattas av försörjningsdirektivet, är det bara i fallet med det kommunala värmebolaget som den andra verksamheten smittas. I det statliga bolaget gör den det inte. Mannesmann är således enligt Sundstrand inte helt tillämpligt på försörjningssektorerna.

Intressant med detta mål är även en annan del som behandlades och det är hur ett dotterbolag till bolaget skulle behandlas. Här sa domstolen att detta däremot *inte* omfattades av direktivet, då det bedrev ren affärsverksamhet. Detta trots att det bildats av en upphandlande enhet som de mottagit medel från och dessa medel kunde hänföras till moderbolagets icke-kommersiella verksamhet.⁸¹ Anledningen till detta beslut är att varje juridisk person skall bedömas för sig. Av detta skulle man kunna sluta sig till att om ett bolag som bedriver både kommersiell verksamhet och verksamhet som anses falla under direktivet, kan bolaget genom att avknoppa den kommersiella delen i ett eget bolag ”komma runt” direktivet vad gäller dotterbolaget. Detta är intressant för bolag som t ex Posten AB, som nyligen har bildat fyra nya dotterbolag, varav åtminstone två (Strålfors och det nya logistikbolaget, som ännu inte har något namn) skulle kunna falla utanför Försörjningsdirektivet. Posten AB kommer med all säkerhet emellertid att ansöka om undantag enligt Artikel 30 för hela verksamheten, men om ett sådant inte skulle beviljas skulle utgången i ovanstående mål kunna göra att Posten åtminstone till vissa delar med fog skulle kunna hävda att de inte omfattas av Försörjningsdirektivet. Även om Posten inte hade bedrivit denna andra verksamhet i dotterbolag, skulle man, när man börjar omfattas av Försörjningsdirektivet, kunna hävda att den andra verksamheten inte

⁷⁸ Sundstrand, sid 154

⁷⁹ Hentze och Sylvén, sid 102

⁸⁰ Sundstrand, sid 154

⁸¹ Ibid

smittas, på grundval av vad som sagts ovan om bedrivandet av annan verksamhet än den som omfattas av Försörjningsdirektivet inom samma juridiska person om denna är ett statligt bolag.

Viktigt att betona är emellertid att domstolen i Mannesmann-målet sa att *endast* det faktum att en upphandlande enhet innehar majoritetsandel i ett företag och att den upphandlande enheten har tillskjutit företaget kontanta medel som härrör från verksamhet som bedrivs i syfte att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, skall inte innebära att detta företag anses vara upphandlande enhet i direktivets mening. Företaget kan således emellertid av andra skäl ändå anses vara en upphandlande myndighet.

4.2.1.1.3 Beroendekriteriet

En dom som emellertid delvis torde tala emot ovanstående tolkning av Mannesman-domen är domen i Adolf Truley-målet, som har nämnts ovan. Detta mål är dessutom av senare datum. Målet visar att man måste titta på alla tre strecksatserna för att kunna avgöra om man har att göra med en upphandlande myndighet.

I tredje strecksatsen återfinns beroendekriteriet. Detta kriterium består i sig av tre delar:

- finansieringen skall till största delen göras av statliga, regionala eller lokala myndigheter eller andra offentlighetsliga organ eller
- organens verksamhet ska stå under kontroll av sådana organ eller
- mer än hälften av ledamöterna i förvaltningsorgan, styrelseorgan eller kontrollorgan skall utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter eller andra offentlighetsliga organ

I det aktuella målet var en av frågorna huruvida det aktuella bolaget kunde anses stå under ett offentlighetsligt organs kontroll. Bolaget var ett helägt dotterbolag till ett annat bolag vilket i sin tur var helägt av staden Wien. Domstolen slog i detta mål fast att beroendekriteriet är uppfyllt när andra upphandlande myndigheter övervakar de årliga räkenskaperna hos den enhet som skall göra upphandlingen på så sätt att man övervakar att bolaget ifråga har skött sin bokföring som det ska, att det drivs effektivt och på lämpligt sätt. Det skall alltså vara fråga om mer än en allmän översyn av bolagets räkenskaper i efterhand, vilket inte skulle räcka för att anse att det fanns risk för att bolagets beslut i upphandlingar kunde påverkas.⁸²

⁸² Arrowsmith, sid 262

I Mannesmann-målet verkar domstolen anse att en granskning av statligt utsedda revisorer och av ett statligt organ ansvarigt för säkerhetsåtgärder på det aktuella området skulle räcka. Detta avvisades emellertid av generaladvokaten i mål C-237/99, Kommissionen mot Frankrike⁸³, vilket rörde statusen på organ som var ansvariga för att tillhandahålla subventionerade bostäder (mer om detta mål nedan). Generaladvokaten menade att domstolens slutsats i Mannesmann-målet att beroendevillkoret var uppfyllt främst grundade sig på utnämningsskriteriet och att domstolen inte hade avsett att uttrycka en slutlig ståndpunkt vad gällde beroendekriteriet.⁸⁴

Målet Kommissionen mot Frankrike är dock intressant även av andra skäl. I detta mål slog domstolen fast att för att en verksamhet skall anses stå under ett offentlighetsrättsligt organs kontroll är det nödvändigt att beakta huruvida denna kontroll gör att de är beroende av det kontrollerande organet på ett sådant sätt att detta kan påverka verksamhetens upphandlingsbeslut. Det som avses är ett generellt beroende, inte huruvida det är ett beroende vad gäller specifika kontrakt. Det behöver alltså inte vara kontroll som har med tilldelningen av upphandlingskontrakt att göra för att kriteriet skall anses vara uppfyllt. De principer som diskuteras i målet är inte lätta att applicera. Det är framförallt inte klart vilken slags intervention rörande managementbeslut som krävs för att kriteriet skall vara uppfyllt, eller vilka regler eller maktbefogenheter eller sanktionsmöjligheter som behövs för att man skall anse att sådan kontroll som avses i artikeln är för handen, trots att inga direkta inblandningar i managementbeslut görs av det kontrollerande organet. I Kommissionen mot Frankrike fastslog domstolen i alla fall att beroendekriteriet var uppfyllt och man pekar på ett antal faktorer som är relevanta att beakta då man avgör om beroendekriteriet är uppfyllt. Enligt Arrowsmith indikerar emellertid inte domen vilken den precisa innebörden av varje faktor är, och framförallt är det oklart om en av dessa faktorer ensamt räcker för att man skall anse att beroendekriteriet är uppfyllt, eller om de är kumulativa och i så fall i vilken omfattning.⁸⁵

4.2.2 Offentligt företag

Med ”*offentligt företag*” avses i Artikel 2.1b ”varje företag över vilket en upphandlande myndighet har ett direkt eller indirekt bestämmande inflytande till följd av ägarförhållande, finansiellt deltagande eller gällande regler.”

”Bestämmande inflytande skall anses föreligga när en upphandlande myndighet, direkt eller indirekt, i förhållande till ett företag

- äger större delen av det tecknade kapitalet i företaget, eller

⁸³ Mål C-237/99, Europeiska gemenskapernas kommission mot Franska republiken (REG 2001 s. I-939)

⁸⁴ Arrowsmith, sid 262, fotnot 79

⁸⁵ Arrowsmith, sid 260

- kontrollerar röstmajoriteten för andelarna i företaget, eller
- kan utse fler än hälften av medlemmarna i företagets förvaltningsorgan, styrelseorgan eller övervakande organ”

Begreppet ”*offentligt företag*” inkluderar till skillnad från ”*upphandlande myndighet*” organ som är skilda från staten och som verkar på en kommersiell basis. Några av dessa organ ligger emellertid utanför Försörjningsdirektivets regler beroende på de sektorspecifika undantag för enheter på den kommersiella marknaden som finns i Försörjningsdirektivets Artikel 19-29, genom den hänvisning i Artikel 8 som finns till de i Bilaga 1-X uppräknade enheterna, eller genom att de troligen kommer att uteslutas efter att de har ansökt om och beviljats undantag enligt proceduren i Artikel 30⁸⁶, vilken kommer att beskrivas närmare i kapitel 5 nedan.

Domstolen har inte direkt definierat begreppet offentligt företag. Inte heller finns det definierat i EG-fördraget. Enligt Trepte⁸⁷ verkar domstolen dock i tysto ha accepterat den definition som kommissionen har lagt fram i Artikel 2 i Direktiv 80/723⁸⁸. I Mål C-118/85 Kommissionen mot Italien⁸⁹, som rörde huruvida en institution, vid namn Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) var ett offentligt företag enligt den definition som fanns i Artikel 2 i direktiv 80/723 eller ej, slog domstolen nämligen fast att det inte är av intresse vid fastställandet av huruvida en enhet är att anse som ett offentligt företag eller ej om staten utför de ekonomiska aktiviteterna genom ett distinkt organ över vilket den direkt eller indirekt kan utöva ett dominerande inflytande, eller om staten utför verksamheten direkt genom ett organ som utgör en del av den statliga administrationen. I det senare fallet implicerar det faktum att organet är integrerat i den statliga administrationen automatiskt att staten har ett dominerande inflytande över organet, men det hindrar inte organet från att kunna betraktas som ett offentligt företag.⁹⁰

Skillnaden mellan vad som avses med ”upphandlande myndighet” och ”offentligt företag” är emellertid inte så enkel som den beskrivs inledningsvis i detta avsnitt. Tvärtom är den väldigt oklar, eftersom dessa två koncept troligen under vissa förutsättningar kan anses överlappa varandra enligt Arrowsmith.⁹¹ Detta innebär att en enhet samtidigt skulle kunna anses vara både en upphandlande enhet och ett offentligt företag, beroende på hur man ser på den verksamhet som enheten utför. Man skulle kunna tycka att det spelar mindre roll huruvida en enhet är den ena eller den andra, då det ju båda trots allt är upphandlande enheter och således omfattas

⁸⁶ Arrowsmith, sid 846

⁸⁷ Trepte, sid 7

⁸⁸ Rådets direktiv 80/723 on the transparency of Financial relations between member states and public undertakings (OJ 1980 L 195/35)

⁸⁹ Mål C-118/85 EC Commission v Italy, [1987] ECR 2599

⁹⁰ Trepte, sid 7

⁹¹ Arrowsmith, sid 846

av Försörjningsdirektivets bestämmelser. Det som gör att det är viktigt att kunna sätta gränserna för respektive kategori är enligt Arrowsmith att det finns regler i Försörjningsdirektivet som bara är applicerbara på upphandlande myndigheter, t ex Artikel 3.2 och 3.4.⁹²

Arrowsmiths resonemang om överlappning är inte helt lätt att följa, men hon menar att grunden till överlappningen återfinns i den gemenskrättsliga konkurrenslagstiftningen och närmare bestämt i begreppet "företag". För att i görligaste mån kunna förklara Arrowsmiths resonemang kring överlappning är det nödvändigt att titta lite närmare på konkurrensrätten.

Konkurrenslagstiftningens syfte är att reglera beteendet hos köpare och säljare på marknaden för att se till att den fria marknaden upprätthålls vad gäller handel. Eftersom statlig inköpspraxis kan ha en negativ effekt på konkurrensen regleras även detta, om än i begränsad omfattning, till viss del även av konkurrenslagstiftningen. Det är främst Artikel 81, och 82 i EG-fördraget som är relevanta. I Artikel 81 förbjuds åtgärder som kan begränsa eller snedvrda konkurrensen, vilket för upphandlingsområdet del kan innefatta upphandlingskontrakt som p.g.a. sin orimliga längd binder upp marknaden. Artikel 82 behandlar om missbruk av dominerande ställning och kan vad gäller upphandling vara aktuell i fall där offentliga upphandlare innehar en dominerande ställning på vissa marknader.

För att dessa regler skall vara applicerbara krävs emellertid att det skall vara fråga om "företag". Det är således av vikt att fastslå huruvida upphandlande enheter verkligen är att anse som "företag". I Mål C-41/90, Höfner & Elser⁹³ slogs det fast att det är fråga om ett företag om och bara om enheten (inklusive offentliga enheter) är involverad i någon form av ekonomisk verksamhet. I de flesta fall är inte offentliga upphandlare att anse som företag i denna bemärkelse. De är företag bara när de upphandlar för att tillhandahålla varor och tjänster på den konkurrensutsatta marknaden som sådan, och inte i de mer vanliga fall i vilka staten gör upphandlingar som har att göra med dess styrande funktioner.⁹⁴

I vilken omfattning ett offentligt organ är engagerad i ekonomisk verksamhet när den agerar som upphandlare (snarare än säljare) tas upp av förstainstansrätten i Mål T-319/99 FENIN⁹⁵. Målet gällde huruvida ett antal enheter som ansvarade för tjänster inom den allmänna sjukvården i Spanien genom att betala sina leverantörer för sent hade missbrukat sin dominerande ställning i en upphandling av medicinska förnödenheter enligt Artikel 82 i EG-fördraget. Förstainstansrätten antog ett restriktivt synsätt. De

⁹² Ibid

⁹³ Mål C-41/90, Höfner mot Macrotron GmbH, Elser mot Macrotron GmbH, REG 1991, s. I-1979

⁹⁴ Arrowsmith, sid 63

⁹⁵ Mål T-319/99 Federacion Nacional de Empresas de Instrumentacion Cientifica Medica Tecnica y Dental (FENIN) mot de Europeiska gemenskaperna kommission REG 2003, s. II-357

accepterade att ett offentligt organ kan agera som ett företag i samband med upphandlingar, men indikerade samtidigt att offentliga organs upphandlingar generellt sett inte täcks av konkurrensreglerna. Huruvida konkurrensreglerna är applicerbara eller ej beror istället på den verksamhet för vilken den speciella upphandlingen är gjord. Konkurrensreglerna gäller bara för upphandlingar som görs i samband med att det offentliga organet tillhandahåller varor och tjänster som ett led i en ekonomisk aktivitet. Enligt Arrowsmith är det således klart att upphandlingar av varor och tjänster som görs för att dessa sedan skall säljas på marknaden eller användas i produktionen av varor eller tjänster som sedan i sin tur skall säljas på marknaden täcks. Upphandlingar av varor och tjänster som skall användas i verksamheter som är av ren social natur, dvs. sådana aktiviteter som statliga inrättningar ofta utför, omfattas emellertid inte.⁹⁶ I det aktuella FENIN-målet slog domstolen således fast att FENIN:s verksamhet var av sådan social natur, eftersom det rörde sig om enheter vars verksamhet gick ut på att organisera sjukvård som erbjöds gratis, att den inte omfattades av konkurrenslagstiftningen.⁹⁷

En enhet kan enligt Arrowsmith troligen vara att anse som ett företag vad gäller vissa av de aktiviteter som utförs men inte vad gäller andra. Det beror på hur man karakteriserar den specifika aktiviteten. Vissa av ett offentligt organs upphandlingar kan falla under konkurrenslagstiftningen medan andra kan hamna utanför, allt beroende på för vilken del av organets verksamhet upphandlingen görs.⁹⁸

Arrowsmiths resonemang om överlappning torde, baserat på resonemanget ovan, innebära att det är den verksamhet i vilken det som upphandlas skall användas som avgör om det är frågan om en upphandlande myndighet eller ett offentligt företag. Arrowsmith säger också att tanken ursprungligen kan ha varit att om den ena kategorin var tillämplig skulle det automatiskt ha uteslutit den andra. Kanske ansågs inte företag kunna vara upphandlande myndigheter i upphandlingsdirektivens mening på den grunden att direktivens koncept rörande offentlighetsligt organ exkluderade enheter som var involverade i någon form av marknadsmässig verksamhet. Ser man emellertid på EG-domstolens snäva tolkning av den kommersiella/industriella begränsningen av konceptet offentlighetsligt organ torde detta innebära att överlappning skulle kunna finnas om betydelsen av begreppet ”företag” i konkurrensrättslig mening skulle vara densamma som för begreppet företag i upphandlingsdirektiven.⁹⁹

Domstolen har i SIEPSA-målet, som redogjordes för ovan, slagit fast att bara för att en enhet är att anse som ett ”offentligt företag” i Försörjningsdirektivets mening är det inte automatiskt förhindrat att även omfattas av definitionen av ”upphandlande myndighet” under de regler som gäller för den klassiska sektorn. Detta tyder på att det faktiskt finns en

⁹⁶ Arrowsmith, sid 65

⁹⁷ Ibid

⁹⁸ Arrowsmith, sid 65

⁹⁹ Arrowsmith, sid 847

överlappning mellan ”upphandlande myndighet” och ”offentligt företag” i Försörjningsdirektivet, eftersom upphandlande myndighet i Försörjningsdirektivet är definierat på samma sätt som upphandlande myndighet i det klassiska direktivet.¹⁰⁰

Konkurrenslagstiftningen kan alltså till viss del hjälpa till i arbetet med att identifiera vilka enheter som omfattas av upphandlingsdirektiven. Viktigt att påpeka är emellertid att EG-domstolen inte uttryckligen har tagit upp detta samband eller lutat sig mot domar inom konkurrensområdet, troligen beroende på att definitionerna inte alltid stämmer överens samt de delvis olika syften som de två områdena har.¹⁰¹

4.2.3 Begreppet ”Särskilda rättigheter eller ensamrätt”

Även enheter som inte är vare sig upphandlande myndigheter eller offentliga företag, d v s privata företag, kan anses vara upphandlande enheter enligt Försörjningsdirektivet under vissa omständigheter. Det gäller de enheter som bedriver någon av de verksamheter som anges i Artiklarna 3-7 om dessa verksamheter bygger på särskilda rättigheter eller ensamrätt som beviljats av en behörig myndighet i en medlemsstat.¹⁰²

Innebörden av begreppet har förändrats i Försörjningsdirektivet jämfört med det gamla försörjningsdirektivet. Sammantaget har förändringarna gjort att färre privata bolag än tidigare kommer att omfattas av Försörjningsdirektivet. Förändringen skall redovisas mer i detalj nedan, men för sammanhangets skull finns det emellertid anledning att även kort titta lite bakåt i historien.

I det gamla försörjningsdirektivet reglerades särskilda rättigheter och ensamrätt i Artikel 2.3. Det var under det gamla försörjningsdirektivet inte helt klart i vilken omfattning den gamla definitionen hade samma innebörd som den som finns i Artikel 86 i EG-fördraget, vilken rör medlemsstaternas ansvar för enheter vilka åtnjuter en särskild rättighet eller ensamrätt, eller samma innebörd som annan gemenskapsrättslig sekundärrätt där konceptet särskild rättighet eller ensamrätt fanns med. Det som troligen kunde sägas var att dessa andra definitioner var av relevans när det gällde att tolka innebörden av begreppet i det gamla försörjningsdirektivet i de fall där det inte fanns någon direkt anledning att inte göra så.¹⁰³

En viktig fråga i sammanhanget är om en rätt att verka på en marknad kan anses vara särskild rättighet eller ensamrätt när rätten ges till alla som

¹⁰⁰ Ibid

¹⁰¹ Arrowsmith, sid 265

¹⁰² Detta enligt Artikel 2.2b i Försörjningsdirektivet

¹⁰³ Arrowsmith, sid 848

uppfyller de fastställda objektiva, transparenta och icke diskriminerande kriterierna. Detta har avgjorts i ett fall som kallas "Leased Lines" eller British Telecom,¹⁰⁴ vilket har kommit att få stor betydelse för tolkningen av begreppet särskilda rättigheter eller ensamrätt, både vad gällde tidigare försörjningsdirektivet, men framförallt vad gäller nuvarande.

Fallet bygger på den tolkning av begreppet som fanns i ett direktiv, som nu är upphävt, vilket kallades för "Leased Lines-direktivet".¹⁰⁵ I detta direktiv krävdes att medlemsstaterna la vissa förpliktelser på operatörer av telecomnätverk. En av dessa förpliktelser var kravet att man som operatör skulle tillhandahålla ett visst minimiantal linor för uthyrning till nätverksanvändare. Detta motsatte sig BT och hävdade att direktivet endast krävde dessa förpliktelser av enheter som hade särskilda rättigheter eller ensamrätt och att BT inte hade något av detta.¹⁰⁶ Domstolen slog fast att för att det skulle vara särskilda rättigheter eller ensamrätt krävdes att dessa inte hade utgivits genom objektiva, proportionerliga och icke-diskriminerande kriterier och att dessa rättigheter avsevärt påverkade andra företags möjlighet att upprätta eller driva telenät eller att tillhandahålla teletjänster inom samma geografiska område på huvudsakligen lika villkor. Domstolen sa även att särskilda rättigheter eller ensamrätt för upprättande av allmänt tillgängliga telenät och eventuellt tillhandahållande av allmänt tillgängliga teletjänster på området ifråga inte kunde sägas kännetecknas av att teleorganisationer får vissa befogenheter, eftersom sådana befogenheter som är avsedda att underlätta för de berörda operatörerna att upprätta nät och som har givits alla dessa operatörer inte ger innehavaren några väsentliga fördelar i förhållande till deras potentiella konkurrenter.¹⁰⁷ I det aktuella målet slog domstolen fast att särskilda rättigheter eller ensamrätter inte existerade enbart på grundval av en inhemsk licens, eftersom dessa var tillgängliga för alla som var kvalificerade utan begränsningar av antal. Eftersom rätten att driva internationella länkar emellertid exklusivt tilldelades två enheter, varav den ena var BT, och att detta hade gjorts på grundval av kriterier som inte var vare sig objektiva, proportionerliga eller icke-diskriminerande, och eftersom rättigheten gav en påtaglig konkurrensfördel, ansågs BT ha fått en särskild rättighet eller ensamrätt.¹⁰⁸

Enligt Arrowsmith kan detta tillämpas analogt på Försörjningsdirektivet, vilket skulle innebära att driftslicenser som är tillgängliga för alla på grundval av kriterier som är proportionerliga, objektiva och icke-diskriminerande inte i sig själv utgör en särskild rättighet eller ensamrätt. Detta är en skälig tolkning med anledning av att tanken med direktivet är att reglera hur upphandlingar skall gå till för enheter vars upphandling är eller

¹⁰⁴ Mål C-302/94 The Queen mot Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British Telecommunications Plc. REG 1996, s. I-6417

¹⁰⁵ Rådets direktiv 92/44/EEG on the application of open network provision to leased lines.

¹⁰⁶ Arrowsmith, sid 849

¹⁰⁷ Lagrådsremiss, Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, överlämnad av Regeringen till Lagrådet den 24 maj 2006, sid 251

¹⁰⁸ Arrowsmith, sid 849

kan vara föremål för statlig påverkan och att denna påverkan inte finns i sådana situationer som beskrivs ovan.¹⁰⁹

Leased Lines domen behandlade visserligen särskilda rättigheter eller ensamrätter på teleområdet, men kommissionen har i förarbetena till nya Försörjningsdirektivet ansett att eftersom det inte är lämpligt att samma begrepp definieras på olika sätt i gemenskapens lagstiftning om den inre marknaden, bör definitionen i Försörjningsdirektivet anpassas till domstolens definition i Leased Lines-målet så att denna blir konsekvent i all gemenskapens lagstiftning. Till följd av detta kommer sådana enheter som omfattades av det äldre försörjningsdirektivet *enbart* (OBS!) för att de ansetts åtnjuta särskild rättighet eller ensamrätt enligt artikel 2.3 andra stycket inte att omfattas av det nya direktivet, vilket närmare skall behandlas nedan.¹¹⁰

Om man då återvänder till nuvarande Försörjningsdirektiv och tittar på hur definitionen av begreppet särskilda rättigheter och ensamrätter har förändrats p.g.a. kommissionens beslut att anpassa definitionen i Försörjningsdirektivet till den som domstolen slog fast i Leased Lines-målet ser man att definitionen har förändrats ur tre aspekter. I definitionen, som återfinns i Artikel 2.3 i Försörjningsdirektivet, sägs att med särskild rättighet eller ensamrätt avses *”en rättighet som beviljats av en behörig myndighet i en medlemsstat enligt lag eller annan författning som begränsar utövandet av någon av de verksamheter som avses i artiklarna 3-7 till en eller flera enheter och som väsentligt påverkar andra enheters möjligheter att bedriva samma typ av verksamhet”*.

Innebörden av förändringarna av definitionen beskrivs i beaktandesats 25 i Försörjningsdirektivet. Här sägs följande:

- 1) ”det faktum att en enhet i samband med nät-, hamn- eller flygplatsarbeten kan utnyttja ett förfarande för expropriation eller bruksrätt eller kan placera nätutrustning på under eller över allmän väg utgör inte i sig någon ensamrätt eller särskild rättighet i den mening som avses i detta direktiv.”

Även om dessa rättigheter inte längre automatiskt är att anse som särskilda rättigheter eller ensamrätt så kan de fortfarande vara det om rättigheterna inte kan åtnjutas av alla eller om de kan ge en konkurrensfördel. Detta framgår av den valda formuleringen ”inte i sig”. Stödet för denna tolkning går att finna i den definition som lades fast i Leased Lines-målet¹¹¹

- 2) rättigheter ”som en medlemsstat beviljar ett begränsat antal företag, oavsett hur de beviljas, exempelvis

¹⁰⁹ Ibid

¹¹⁰ KOM (2000) 276 slutlig/2, Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om samordning av förhållandena vid upphandling på områdena vatten, energi och transporter, sid 12

¹¹¹ Arrowsmith, sid 852

genom tilldelning av koncessioner, på grundval av objektiva kriterier, som är proportionerliga och icke-diskriminerande och ger alla berörda parter som uppfyller kriterierna möjlighet att utnyttja dessa rättigheter, kan inte anses utgöra särskilda rättigheter eller ensamrätt. Licenser som är tillgängliga för alla på grundval av kriterier som är proportionerliga, objektiva och icke-diskriminerande” skall inte anses utgöra särskilda rättigheter eller ensamrätt

Även här har synsättet i ”Leased Lines” implementerats i Försörjningsdirektivet på så sätt att om en licens är tillgänglig för alla utgör den inte något som påtagligt påverkar andra företags förmåga att utföra aktiviteten i fråga. Arrowsmith menar att denna tolkning är viktig när den ses tillsammans med den nya definitionen som ges i punkt 1 ovan, eftersom de rättigheter som anges där rörande expropriation inte längre är att anse som särskilda rättigheter eller ensamrätt när de är tillgängliga för alla enheter inom en sektor, vilket ofta är fallet. Sålunda faller enheter med licenser som är tillgängliga för alla ofta utanför Försörjningsdirektivet, eftersom de inte omfattas vare sig genom sin licens eller genom sina andra rättigheter.¹¹² I kommissionens Explanatory Note rörande definitionen av särskilda rättigheter och ensamrätter¹¹³ sägs att det är nödvändigt att proceduren i vilken den särskilda rättigheten eller ensamrätten tilldelas skall äga rum efter adekvat publicitet har ägt rum. Utan sådan publicitet kan man inte garantera att man på ett effektivt sätt har gjort det möjligt för alla intresserade parter som uppfyller kriterierna och som skulle vilja få en sådan rättighet att faktiskt delta i tävlingen om rättigheterna. Om kravet på publicitet är uppfyllt och proceduren för att välja ut de som skall få rättigheten baseras på objektiva, proportionerliga och icke-diskriminerande kriterier skall de privata enheter som verkar utifrån dessa rättigheter inte anses vara upphandlande enheter i den mening som avses i Försörjningsdirektivet.¹¹⁴

- 3) ”Inte heller det faktum att en enhet levererar dricksvatten, elektricitet, gas eller värme till ett nät som drivs av en enhet som åtnjuter särskilda rättigheter eller ensamrätt som beviljats av en behörig myndighet i den berörda medlemsstaten utgör i sig en särskild rättighet eller ensamrätt i den mening som avses i detta direktiv”

Dessa enheter innefattades explicit i det gamla försörjningsdirektivet, men har nu alltså istället explicit tagits bort. Effekten av detta är att flertalet privata dricksvatten-, el-, gas- och värmeproducenter undantas i Försörjningsdirektivet¹¹⁵

¹¹² Arrowsmith, sid 853

¹¹³ Explanatory Note – Utilities Directive, definition of exclusive or special rights. I en fotnot sägs att dokumentet överensstämmer med Dokument CC/2004/33 av den 18 juni 2004

¹¹⁴ Ovan anført arbete, sid 4

¹¹⁵ NOU:s upphandlingskonferens, Oktober 2005, Kristian Pedersens föredrag om ”Den nya lagen för försörjningssektorerna”

Naturligtvis är det fortfarande så att det är möjligt för privata enheter att ha särskilda rättigheter eller ensamrätter även med den nya definitionen. De kan t e x ha kommit i åtnjutande av dessa utan konkurrensutsättning, eller så kan det vara så att offentliga företag som bildades för att utföra någon av de aktiviteter som specificeras i Försörjningsdirektivet kan ha förändrat sin status från offentliga företag till privata företag, d v s till ett företag över vilket myndigheterna inte längre kan utöva ett dominerande inflytande i den mening som avses i Artikel 2.1 b i Försörjningsdirektivet.

Trots att definitionen av särskilda rättigheter och ensamrätter på många sätt har blivit klarare i det nya Försörjningsdirektivet i det att den harmoniserar med definitionen av begreppet inom andra delar av EG-rätten, finns det fortfarande en del oklarheter kvar. Det är t e x inte klart om det kan anses vara fråga om en särskild rättighet eller ensamrätt i de fall där en enhet i öppen, objektiv och icke-diskriminerande konkurrens har tävlat mot andra enheter för att få rätt att erbjuda en tjänst eller för att få en rätt som ger enheten vissa fördelar, och sedan "vinner" och således får en sådan rätt och denna rätt är exklusiv eller bara tillgänglig för ett begränsat antal enheter. Arrowsmith anser inte att den nya definitionen utesluter möjligheten att sådana rättigheter inte anses vara särskilda rättigheter eller ensamrätt, med tanke på att de, i alla fall initialt, har varit tillgängliga för alla. Å andra sidan, fortsätter Arrowsmith, sägs i beaktandesats 25 att rättigheter som har tilldelats på grundval av objektiva kriterier som är proportionerliga och icke-diskriminerande och som ger alla som uppfyller kriterierna möjlighet att utnyttja dessa rättigheter, inte kan anses vara särskilda rättigheter eller ensamrätt. Detta antyder att rättigheter som är begränsade i antal per se är särskilda rättigheter eller ensamrätt, men eftersom dessa enheter inte kan anses befinna sig i riskgruppen för att vara utsatta för statlig påverkan vid sina upphandlingar, då de i det initiala tävlingsmomentet varit utsatta för en sådan konkurrens som gör att det får antas att enheten själv måste upphandla i konkurrens för att kunna vara konkurrenskraftiga, regleras de inte av direktivet.¹¹⁶

Sammantaget kan sägas att den nya definitionen begränsar omfattningen av enheter som omfattas av Försörjningsdirektivet. Även om det inte klart uttrycks i KOM (2000) 276 är den underliggande policyn att om staten inte åtnjuter en subjektiv handlingsfrihet vad gäller att tilldela rättigheter och ensamrätter, kan den inte anses utöva något reellt inflytande över enheternas upphandlingar och sålunda skall dessa enheter inte heller regleras av direktivet. Eftersom ingen press finns från början på enheterna att de skall upphandla från inhemska leverantörer, då staten inte kan anses påverka dem p.g.a. det som sagts ovan, spelar det heller ingen roll om enheten faktiskt är konkurrensutsatt eller ej. Faktum är dock att de allra flesta av enheterna verkar på konkurrensutsatta marknader. En annan intressant fråga enligt Arrowsmith är dock huruvida de enheter som p.g.a. den nya definitionen inte längre omfattas av försörjningsdirektivet fortfarande omfattas av EG-

¹¹⁶ Arrowsmith, sid 854

fördraget. Om dessa enheter måste följa de fastställda förpliktelseerna som återfinns där minskar detta drastiskt betydelsen av deras undantag från Försörjningsdirektivet.¹¹⁷ Detta skall emellertid inte behandlas djupare i denna uppsats.

Den nya definitionen får också den effekten att betydelsen av den möjlighet till att beviljas undantag från att omfattas av Försörjningsdirektivet som återfinns i Artikel 30 begränsas, eftersom många av de enheter som skulle ha kunnat få ett undantag genom Artikel 30 nu är undantagna i alla fall. Detta kommer att diskuteras närmare i kapitel 5 nedan. Det är slutligen värt att poängtera att förändringen av innebörden av begreppet särskilda rättigheter och ensamrätt bara berör privata bolag. Kommunala bolag berörs inte av förändringen utan omfattas således fortfarande.

4.3 Verksamhetsområdena

Till försörjningssektorerna räknas viss verksamhet inom energi-, vatten-, transport- och posttjänsteområdena. Dessa verksamheter regleras i Avsnitt 2 i Försörjningsdirektivet, närmare bestämt i Artiklarna 3-7. Det är inte alltid helt lätt för en enhet att veta om man bedriver någon eller några av de verksamheter som gör att man omfattas av Försörjningsdirektivet eller ej. Reglerna är förhållandevis snåriga och hänvisningarna till omkringliggande artiklar är många. För att se om man omfattas kan artikel 8 vara till hjälp. Här görs nämligen en hänvisning till bilagorna I-X till Försörjningsdirektivet i vilka förteckningar över de enheter som anses vara upphandlande enheter i Försörjningsdirektivets mening återfinns. Innehållet i dessa förteckningar, vilka förvisso inte är uttömmande, baseras på information som medlemsstaterna har lämnat till kommissionen. Medlemsstaterna har en skyldighet att regelbundet uppdatera dessa förteckningar.

I detta avsnitt skall varje i Försörjningsdirektivet ingående verksamhet gås igenom för sig. Rent allmänt kan sägas att de verksamheter som omfattas av försörjningssektorerna är dels tjänster som förmedlas till allmänheten genom tekniska nätverk och transportnätverk och dels när ett företag får rätten att exploatera ett geografiskt område för ett särskilt syfte.¹¹⁸ Med ”allmänheten” avses enskilda personer, hushåll, företag och offentliga brukare.

Vad gäller de tekniska nätverken täcker direktiven både nyttjandet av dessa nätverk samt produktion, transport och distribution av den aktuella förnödenheten i dessa nätverk. Nätverket utgör den tekniskt nödvändiga länken mellan produktionen av förnödenheterna och slutkonsumenten. Detta är anledningen till att direktivet omfattar all verksamhet som är nödvändig

¹¹⁷ Arrowsmith, sid 854

¹¹⁸ Hentze & Sylván, sid 206

för att driva nätverket. Anledningen till att själva leveransen av förnödenheten omfattas av direktivet är att denna är en nödvändighet för att allmänheten skall kunna betjänas av nätverken.¹¹⁹

Vad gäller transportnätverken, även kallat linjetrafik, avses själva transporten som utförs på en linje. Förutsättningarna för verksamheten som bedrivs har fastställts av en behörig myndighet och kan röra sådant som vilka linjer som skall upprättas, kapacitet, frekvens avgifter etc. Näten kan vara både lokala, regionala eller nationella. Undantaget är dock sådan linjeverksamhet för buss där andra företag får bedriva samma verksamhet inom samma geografiska område och på samma villkor. Även sådana transporttjänster som endast är tillgängliga för viss grupp av människor är undantagna, t e x skolbussar.¹²⁰

De särskilda syften för vilka geografiska områden exploateras är dels för att utvinna olja, gas, kol eller andra fasta bränslen, dels tillhandahållandet av flygplatser, hamnar eller andra terminaler för transporter i luften eller till sjöss.¹²¹

4.3.1 Vatten

Försörjningsdirektivet täcker ett antal aktiviteter rörande tillhandahållandet av dricksvatten till allmänheten genom fasta nätverk. Detta regleras i Artikel 4. För det första gäller Försörjningsdirektivet upphandlande enheter som tillhandahåller eller driver de fasta nätverken. I detta inkluderas både själva produktionen av dricksvattnet, men även transporten och distributionen av detsamma.¹²² Hänvisningen till fasta nätverk gör att sådan upphandlande enheter som tillhandahåller dricksvatten på annat sätt än genom fasta nätverk inte omfattas, t e x företag som säljer buteljerat vatten.¹²³

För det andra gäller Försörjningsdirektivet under vissa förutsättningar även i de fall där en upphandlande enhet levererar dricksvatten till sådan fasta nätverk som beskrivs ovan. Detta är fallet där den berörda enheten är en myndighet. Om det rör sig om andra upphandlande enheter än myndigheter faller leveransen av dricksvatten under Försörjningsdirektivets regler endast om leveransen är enhetens huvudsakliga verksamhet. Vissa enheter producerar emellertid dricksvatten för att detta behövs för utförandet av någon annan huvudaktivitet som enheten har. Om dessa enheter säljer överskottet av denna produktion till ett fast nätverk täcks denna verksamhet inte av direktivet om mängden vatten som levereras inte överstiger 30 % av dess totala produktion av dricksvatten, beräknat på den närmast föregående 36-månadersperioden.¹²⁴ Detta undantag gäller emellertid endast om den

¹¹⁹ Hentze & Sylvén, sid 207

¹²⁰ Hentze & Sylvén, sid 212

¹²¹ Hentze & Sylvén, sid 206

¹²² Trepte, sid 14

¹²³ Arrowsmith, sid 855

¹²⁴ Trepte, sid 14

aktivitet till vilket produktionen av dricksvatten är en biprodukt inte i sig själv är en verksamhet som täcks av Försörjningsdirektivet.¹²⁵

Försörjningsdirektivet täcker också under vissa förutsättningar kontrakt eller projekttävlingar som tilldelas eller handläggs av den typen av enheter som täcks av direktivet enligt ovanstående stycke och som rör vattenbyggnadsprojekt, konstbevattning och dränering eller som har att göra med bortföring eller rening av avloppsvatten. De förutsättningar som skall vara för handen är att mer än 20 % av den totala mängden vatten som görs tillgänglig genom aktiviteten i fråga är avsett för tillhandahållande av dricksvatten.¹²⁶ Viktigt att påpeka är att ovanstående gäller oavsett om syftet med aktiviteten i fråga är att göra dricksvatten tillgängligt eller inte.¹²⁷

Vad gäller de i bilaga I till Försörjningsdirektivet uppräknade upphandlande enheternas inköp av själva vattnet täcks detta inte av Försörjningsdirektivets regler enligt Artikel 26a. I beaktandesats 26 i Försörjningsdirektivet utvecklas anledningen till undantaget. Här sägs att de upphandlingsregler som föreslås för kontrakt rörande varor inte passar vid inköp av vatten eftersom det är nödvändigt att utnyttja källor som ligger nära konsumtionsorten.

4.3.2 Energisektorn

Försörjningsdirektivets regler rörande energisektorn återfinns dels i Artikel 3 och dels i Artikel 7. I detta avsnitt behandlas endast den del som rör Artikel 3. Den del som omfattas av Artikel 7 behandlas i avsnitt 4.3.5.1

Artikel 3 omfattar upphandlande enheter som tillhandahåller eller driver ett fast nätverk vars syfte är att tillhandahålla en service till allmänheten som avser produktion, transport eller distribution av el, gas eller värme. Precis som är fallet för vatten omfattas även upphandlande enheter som leverera el, gas eller värme till de fasta nätverken av Försörjningsdirektivets regler om den upphandlande enheten i fråga är en myndighet. Är den upphandlande enheten något annat än en myndighet omfattas denna av reglerna endast om leveransen är en av enhetens huvudsakliga verksamheter.¹²⁸

Även vad gäller energiområdet finns det regler för när leveransen av el är undantagna Försörjningsdirektivets regler. Återigen är det endast på upphandlande enheter som inte är myndigheter som undantagen är applicerbara.

Vad gäller leveransen av el till fasta nät är denna undantagen om den berörda enhetens produktion av el behövs för av någon annan verksamhet än de som omfattas av Försörjningsdirektivet och leverans till det publika nätet

¹²⁵ Arrowsmith, sid 856

¹²⁶ Trepte, sid 14

¹²⁷ Arrowsmith, sid 856

¹²⁸ Trepte, sid 15

endast är avhängigt av enhetens egen förbrukning och inte har överstigit 30 % av dess totala produktion av el, beräknat på den närmast föregående 36-månadersperioden.

För leverans av gas och värme till fasta nät är denna undantagen om den berörda enhetens produktion av gas eller värme är en oundviklig följd av utövandet av någon annan verksamhet än de som omfattas av Försörjningsdirektivet och när leverans till det publika nätet endast syftar till att använda denna produktion ekonomiskt och uppgår till högst 20 % av enhetens omsättning beräknat på den närmast föregående 36-månadersperioden. Här är det således inte, som är fallet med vatten och el, de proportioner av förnödenheten som levereras till det fasta nätet som räknas, utan hur stor andel av enhetens omsättning som förnödenheten står för.

I Artikel 26b i Försörjningsdirektivet stadgas att Försörjningsdirektivet inte skall tillämpas på upphandlande enheters köp av energi eller bränsle om detta är tänkt att användas i själva produktionen av just energi.

4.3.3 Transportsektorn

Transporter behandlas både i Artikel 5 och Artikel 7. Detta avsnitt tar bara upp vad som omfattas av Artikel 5. De delar av transportsektorn som hanteras i Artikel 7 tas upp i avsnitt 4.3.5.2 nedan.

I Artikel 5 behandlas Transporttjänster. Med transporttjänster avses driften av olika slags transportnätverk. Med "nätverk" avses här, som sagts ovan, själva transporten som utförs på en linje vars förutsättningar fastställts av behörig myndighet. I Sverige brukar vi kalla denna verksamhet för "linjetrafik".¹²⁹ Exempel på fastställda förutsättningar kan vara linjedragning, kapacitet som skall finnas tillgänglig, och frekvens.¹³⁰ Viktigt att poängtera är att det bara är persontrafik som omfattas. Godstrafik omfattas alltså ej.¹³¹

Det som täcks är driften av transporten som sådan, men även kontrakt som tecknas rörande tillhandahållandet av faciliteter som behövs för att kunna driva nätverket, t ex tillhandahållandet av stationer. De problem som finns här är att avgöra exakt vilka faciliteter för användarna som täcks. Detta kommer att utvecklas vidare under avsnittet som rör transportsektorn och Artikel 7 i avsnitt 4.3.5.2 nedan.

Försörjningsdirektivet omfattar inte enheter som tillhandahåller busstransporttjänster för allmänheten i de fall andra enheter också är fria att tillhandahålla dessa tjänster antingen i allmänhet eller inom ett visst geografiskt område, under samma villkor som de upphandlande

¹²⁹ Hentze & Sylvén, sid 211

¹³⁰ Arrowsmith, sid 871

¹³¹ Seminarium 16 november 2006, Andrea Sundstrand

enheterna.¹³² Denna bestämmelse är något missvisande i det att den kan leda till slutsatsen att så länge kontraktet har föregåtts av en upphandling i konkurrens, där flertalet operatörer har deltagit, omfattas den vinnande operatören inte av Försörjningsdirektivet. Detta är inte vad som menas med skrivelsen i artikeln. Vad som avses är de fall där flera företag *samtidigt* driver linjebustrafik inom samma geografiska område på samma villkor som den upphandlande enheten. I det förra fallet, där en operatör vann en upphandling där flera deltagit, har den operatören därefter monopol på den routen och det är den privilegierade ställningen som gör att risken för statligt inflytande och ineffektiv upphandling är för handen och som således gör att enheten skall upphandla enligt Försörjningsdirektivet.¹³³

I BT-målet,¹³⁴ som rörde samma typ av undantag som ovan, men för telekomsektorn, sa EG-domstolen att det inte bara är nödvändigt att andra enheter enligt lag har rätt att erbjuda den aktuella tjänsten, utan att dessa enheter även rent faktiskt skall vara i en sådan position att de verkligen kan erbjuda tjänsterna under samma villkor som den enhet som hävdar att den är undantagen från direktivets reglering. Detta innebär med andra ord att det *både* måste finnas konkurrens *de jure* och *de facto*. Domstolen sa även att beslutet att undanta vissa tjänster från direktivets tillämpningsområde måste fattas från fall till fall, och ställer upp ett antal kriterier som skall användas för att man skall kunna bedöma huruvida den aktuella marknaden är konkurrensutsatt. Det man skall titta på är tjänsternas utmärkande egenskaper, förekomsten av tjänster som kunde ersätta dessa tjänster, prisvillkoren, den upphandlande enhetens dominerande ställning på marknaden samt förekomsten av eventuella lagstadgade begränsningar. Arrowsmith menar att det är troligt att EG-domstolen kommer att använda sig av samma resonemang när det gäller att tolka undantagen för busstransporter.¹³⁵

Arrowsmith säger vidare att det debatteras huruvida Artikel 5 omfattar även de fall där en myndighet tilldelar ett kontrakt i vilket myndigheten anlitar en tredje part att driva en allmän transportservice. Om kontraktet rör driften av ett nätverk som omfattas av bestämmelserna i Försörjningsdirektivet är inte det klassiska direktivet tillämpligt och därför är det föremål för de mer flexibla reglerna i försörjningsregimen. Hon tar som exempel upp målet ”Concordia Bussarna”¹³⁶ I detta fall, där huvudfrågan egentligen inte var vilket av direktiven som skulle gälla, utan huruvida upphandlande enhet hade rätt att ställa visa miljökrav som endast en viss leverantör kunde erbjuda, ansåg generaladvokaten Mishco att en tilldelningsprocedur för ett kontrakt enligt vilket en extern utförare skulle utföra busstjänster till allmänheten inte täcktes av direktiv 93/38/EEG. EG-domstolen tog inte ställning till denna fråga eftersom de ansåg att de grundläggande reglerna

¹³² Direktiv 2004/17/EG artikel 5.2

¹³³ Trepte, sid 23-24

¹³⁴ Mål C-392/93, The Queen v HM Treasury Ex p. British Telecommunications plc (“BT”)

¹³⁵ Arrowsmith, sid 873

¹³⁶ Mål C-513/99, Concordia Bus Finland v Helsinki (REG 2002, s.I-7213)

som fallet rörde inte skilde sig åt mellan Försörjningsdirektivet och det klassiska direktivet. I praktiken antar många av de kontrakt som avses ovan formen av koncessioner och är därför undantagna från direktiven av det skälet¹³⁷, eftersom koncessioner uttryckligen inte omfattas av Försörjningsdirektivet enligt Artikel 18.

4.3.4 Posttjänster

I Försörjningsdirektivet har en ny sektor tillkommit och det är Postsektorn. Denna regleras i Artikel 6 och kallas Posttjänster. Sedan kommissionen lade fram en grönbok om utvecklingen av den inre marknaden för posttjänster¹³⁸ och ett meddelande till Europaparlamentet och rådet om resultaten av samrådet kring grönboken och kommissionens förslag till åtgärder¹³⁹ har det varit omfattande diskussioner om hur postsektorn skulle regleras inom gemenskapen. Genom sin resolution av den 7 februari 1994 om utvecklingen av gemenskapens inre marknad för posttjänster¹⁴⁰ uppmanade rådet kommissionen att föreslå åtgärder. Det som avsågs var att närmare precisera innehållet i en harmoniserad samhällsomfattande tjänst och vilka posttjänster som skulle kunna omfattas av monopol. I juli 1995 föreslog kommissionen ett åtgärds paket för posttjänster. Detta paket bestod av ett förslag till direktiv om gemensamma regler för utvecklingen av posttjänster i gemenskapen och om förbättringar av servicekvaliteten,¹⁴¹ samt ett utkast till meddelande om tillämpningen av konkurrensreglerna.¹⁴² Dessa dokument mynnade sedan ut i ett postdirektiv¹⁴³ samt ett meddelande från kommissionen om bl. a. tillämpningen av konkurrensreglerna inom postsektorn.¹⁴⁴

I direktivet definieras vilka samhällsomfattande posttjänster som skall vara tillgängliga för samtliga medborgare i gemenskapen, oavsett var dessa bor. I

¹³⁷ Arrowsmith, sid 871

¹³⁸ KOM (91) 476 slutlig, Grönboken om utvecklingen av posttjänster inom gemenskapen, EGT C42, 15.2.1993, s. 240

¹³⁹ KOM (93) 247 av den 2 juni 1993, ”Riktlinjer för utvecklingen av gemenskapens inre marknad för posttjänster”

¹⁴⁰ Rådets resolution av den 7 februari 1994 om utvecklingen av gemenskapens inre marknad för posttjänster, EGT C 48, 16.2.1994, s.3-4

¹⁴¹ KOM (95) 227 slutlig, Kommissionens förslag till direktiv om gemensamma regler för utvecklingen av gemenskapens inre marknad för posttjänster och förbättring av kvaliteten på tjänsterna, EGT C 322, 2.12.1995, s. 22

¹⁴² Se ovan vad gäller KOM, EGT C 322, 2.12.1995, s. 3

¹⁴³ Direktiv 97/67/EG av den 15 december 1997 om gemensamma regler för utvecklingen av gemenskapens inre marknad för posttjänster och för förbättring av kvaliteten på tjänsterna, EGT L 15, 21.1.1998, s. 14, samt Direktiv 2002/39/EG av den 10 juni 2002 om ändring av direktiv 97/67/EG för att ytterligare öka konkurrensen inom postsektorn i gemenskapen., EGT L176, 5.7.2002, s. 21-25. Direktivet senast ändrat genom förordning (EG) nr 1882/2003

¹⁴⁴ 98/C 39/02, Meddelande från kommissionen om tillämpningen av konkurrensreglerna inom postsektorn och om utvärderingen av vissa statliga åtgärder i samband med posttjänster, EGT C 39, 6.2.1998, s 2-18

direktivet stadgas också bl. a. gemensamma regler om kvalitetsnormer för posttjänsterna samt de kriterier som bestämmer vilka tjänster och rättigheter som får omfattas av monopol i fråga om posttjänster. Det stadgas också om inrättandet av oberoende nationella tillsynsmyndigheter samt om en tidsplan enligt vilken marknaden för posttjänster helt öppnas för konkurrens inom den Europeiska unionens område.¹⁴⁵ Enligt Artikel 7.3 i direktiv skall den inre marknaden för posttjänster vara genomförd fullt ut 2009. Senast den 31 december 2006 skall kommissionen, baserat på resultatet av den prognosstudie över konsekvenserna för varje medlemsstat av att den inre marknaden för posttjänsterna genomförs fullt ut som kommissionen har i uppgift att slutföra, överlämna en rapport till Europaparlamentet och rådet tillsammans med ett förslag som bekräftar den ursprungliga tidsplanen eller bestämmer andra åtgärder mot bakgrund av slutsatserna i studien.

I preambeln till Försörjningsdirektivet sägs i punkt 28 att postsektorn bör omfattas av Försörjningsdirektivet för att man skall kunna beakta ett ytterligare öppnande av denna sektor för konkurrens i gemenskapen. Vid utformningen av definitionerna av vad som menas med posttjänster måste hänsyn tas till vad som sägs i ovan nämnda postdirektiv. Anledningen till att Posttjänster läggs i Försörjningsdirektivet är att det endast är verksamheter som faller under Försörjningsdirektivet som kan få ett undantag enligt Artikel 30.

Innan Försörjningsdirektivet började gälla reglerades posttjänster i de direktiv som rör den klassiska sektorn i de fall tjänsterna utfördes av enheter som anses vara upphandlande enheter i dessa direktiv. I de fall tjänsterna utfördes av enheter som inte ansågs vara upphandlande enheter enligt direktivens mening, vilka innefattade publika företag eller vissa organ med speciella eller exklusiva rättigheter reglerades dessas upphandlingar inte alls. Därför finns det två effekter av valet att reglera Postsektorn i Försörjningsdirektivet.¹⁴⁶

För det första kommer de delar av posttjänsterna som utförs av sådana enheter som fram tills det nya direktivet började gälla omfattades av de klassiska direktiven att regleras under Försörjningsdirektivets mer flexibla regler, vilket kan ses som en lättnad. Bland annat innebär det att dessa enheter kan ansöka om undantag enligt Artikel 30 i de fall posttjänsterna utförs på en konkurrensutsatt marknad.¹⁴⁷

För det andra kommer upphandlingar gjorda av vissa enheter som tidigare inte har varit reglerade alls att omfattas av Försörjningsdirektivet, vilket utgör en inskränkning av dessa enheters sätt att upphandla. Denna del har blivit allt viktigare att komma åt eftersom en ökande privatisering av postsektorn har ägt rum.¹⁴⁸

¹⁴⁵<http://www.mintc.fi/scripts/cgiip.exe/WService=lvcm/pub/showdoc.p?docid=2259&menuid=289>

¹⁴⁶ Arrowsmith, sid 877

¹⁴⁷ Ibid

¹⁴⁸ Ibid

Försörjningsdirektivets bestämmelser om upphandling för verksamhet som avser tillhandahållande av posttjänster behöver inte genomföras förrän senast 1 januari 2009 enligt Artikel 71 i Försörjningsdirektivet. Anledningen till detta är att enheter som omfattas av Försörjningsdirektivet, både de som tidigare var helt oreglerade och de som omfattades av de klassiska direktiven, i och med detta måste tillämpa en helt ny regim för sin upphandling, och inte bara göra en rad förändringar till en redan existerande regim.¹⁴⁹ Möjligheten att införliva denna del av Försörjningsdirektivet till 1 januari 2009 medför att den typ av postverksamhet som tidigare har reglerats i klassiska direktivet fortfarande kommer att göra detta tills införlivningen sker den 1 januari 2009. Möjligheten att få ett undantag kan alltså inte ges förrän då, eftersom det krävs att verksamheten omfattas av Försörjningsdirektivet för att Artikel 30 skall gälla.

I Artikel 6.1 sägs att Försörjningsdirektivet omfattar verksamhet som avser tillhandahållandet av posttjänster eller, om villkoren i Artikel 6.2c är för handen, andra tjänster än posttjänster. Vad gäller termen ”posttjänster” definieras den i Artikel 6.2b som ”insamling, sortering, transport och överlämnande av postförsändelser”. Dessa tjänster omfattar ”monopoliserande posttjänster”, till vilka hör posttjänster som får omfattas av monopol med stöd av Artikel 7 i dir 97/67/EG och ”andra posttjänster”, som således är posttjänster som inte får omfattas av monopol med stöd av Artikel 7 i direktiv 97/67/EG. I Artikel 6.2a definieras termen ”postförsändelse”. Detta är en ”adresserad försändelse i den slutliga utformning som den skall överlämnas i, oavsett vikt”. De försändelser som avses är, förutom brevörsändelser, t ex ”böcker, kataloger, tidningar och tidskrifter samt postpaket som innehåller varor med eller utan kommersiellt värde, oavsett vikt”.

I Artikel 6.1 talas också om ”andra tjänster än posttjänster”. Vad som innefattas i detta specificeras i Artikel 6.2c, i vilken tjänster på följande områden räknas upp:

- tjänster som innebär förvaltning av posttjänster, t e x närservice
- mervärdestjänster som har anknytning till och utförs helt och hållet med elektroniska medel, t e x adresshanteringstjänster
- tjänster som gäller försändelser som inte omfattas av definitionen av postförsändelse under 6.2a, t ex oadresserad direktreklam
- finansiella tjänster enligt definition i kategori 6 i bilaga XVII A och Artikel 24c inbegripet särskilt postanvisningar och giroinbetalningar
- filatelitjänster
- logistiktjänster

¹⁴⁹ Arrowsmith, sid 879

En förutsättning för att dessa tjänster skall ingå är att de tillhandahålls av enhet som även tillhandahåller posttjänster enligt Artikel 6.2b och att villkoren i Artikel 30.1 inte är uppfyllda med avseende på de tjänster som omfattas av punkterna ovan.

Anledningen till att Försörjningsdirektivet omfattar ovanstående tjänster är att dessa tjänster ofta utförs av enheter som kan använda sig av sin speciella ställning för att få fördelar även när det gäller andra tjänster än rena posttjänster.¹⁵⁰

4.3.5 Utnyttjande av geografiskt område – Artikel 7

Som sagts ovan omfattas även viss sådan verksamhet som går ut på att visst geografiskt område utnyttjas för energi- och transportändamål. Det som avses rent konkret är undersökningen av förekomsten av eller utvinningen av olja, gas, kol eller andra fasta bränslen, samt tillhandahållandet av flygplatser och hamnar av olika slag.

4.3.5.1 Energisektorn

Det är något oklart vilka aktiviteter som faller under denna definition. Att själva undersökningen av förekomsten och utvinnandet ingår råder det lite tvivel om. Det som är problematiskt är istället huruvida transporter och driften av lagringsanläggningar också skall anses vara relevanta verksamheter.¹⁵¹ Drar man paralleller till vad som sägs om vad som täcks av Försörjningsdirektivet vad gäller transportsektorn sägs att aktiviteter som är "oumbärliga" för de aktiviteter som nämns explicit i Försörjningsdirektivet täcks. Vad gäller energisektorn torde varje form av transport till kusten vara oumbärlig för utvinningen och därför ingå. Utläggandet av pipelines under havet som skall användas för transport av olja eller gas kan därför troligen räknas som en relevant verksamhet eftersom detta kan anses vara utnyttjandet av ett visst geografiskt område. Den relevanta aktiviteten kommer dock troligen att upphöra så fort produkten har nått kusten eller någon kustbelägen installation för förvaring så att dessa inte täcks av Försörjningsdirektivet.¹⁵² Transport av olja eller gas med hjälp av båt kan troligen inte heller innefattas, liksom själva driften av lagringsanläggningar. Ingen av dessa är beroende av ett visst geografiskt område på samma sätt som utvinningen och undersökningen av förekomsten är. De senare kan ju bara ligga där oljan eller gasen finns. Den exakta gränsen mellan upstream och downstream aktiviteter, av vilka den förra omfattas av direktiven men troligen inte den andra, kommer att bli föremål för debatt enligt Trepte.¹⁵³

¹⁵⁰ Arrowsmith, sid 878

¹⁵¹ Trepte, sid 16

¹⁵² Arrowsmith, sid 861

¹⁵³ Trepte, sid 16-17

4.3.5.1.1 Möjlighet till undantag inom energisektorn

I det gamla Försörjningsdirektivet, 93/38/EEG, fanns i Artikel 3 en möjlighet till undantag från många av direktivets detaljerade regler för enheter involverade i utforskningen och utvinningen av gas olja och andra bränslen. Kortfattat var undantaget applicerbart på enheter som var tvungna att i fri konkurrens och på icke-diskriminerande villkor tävla om sin licens att få utnyttja det aktuella geografiska området. Man ansåg att kravet på en rättvis och öppen konkurrens om licenserna skulle garantera att enheterna i fråga tvingades att upphandla på ett affärsmässigt sätt och därför skulle de kunna ”slippa” omfattas av direktivet. Rådet ansåg emellertid inte att affärsmässig upphandling kunde garanteras enbart på de grunderna att själva tävlingen om licenserna gjordes i fri konkurrens. De enheter som beviljades undantag måste också visa att deras upphandlingar gjordes med iakttagandet av principerna om icke-diskriminering och upphandling i konkurrens. Denna mindre detaljerade upphandlingsregim kallas ibland för den ”alternativa regimen” eller ”parallel mechanism”.¹⁵⁴ Vad som avses med ”upphandling i konkurrens” i själva direktivet är väl tämligen klart, men de enheter som kvalar in för den alternativa regimen omfattas ju inte av de procedurer som läggs fast i direktivet. Innebörden av ”upphandling i konkurrens” under den alternativa regimen måste således innebära något annat än de specifika procedurerna. Exakt hur dessa kriterier ser ut är en öppen fråga, men klart är att de måste uppfylla någon slags minimikrav på så sätt att de håller sig till de principer som direktiv 93/38/EEG målar upp. Sättet på vilket de uppnår detta lämnas emellertid öppet.¹⁵⁵

Inte heller finns det något direkt svar på frågan vad som händer om en enhet som har blivit beviljade ett undantag enligt Artikel 3 inte följer de krav som har ställts upp för att få behålla rätten att vara undantagen, antingen genom att det medlemsland till vilket man hör har brister i sin implementering av gemenskapsrätten som är relevant för området eller genom att enheten själv inte följer de uppställda principerna. Skall undantaget automatiskt upphöra eller gäller det tills det dras in? Det sista är det troligaste och Kommissionen är den som har makten, och troligen även skyldigheten, att upphäva undantaget om detta skulle behövas.¹⁵⁶

Efter Direktiv 93/38 antogs även direktiv 94/22/EG om villkoren för beviljande och utnyttjande av tillstånd för prospektering efter samt undersökning och utvinning av kolväten. Syftet med detta direktiv är att se till att all tilldelning av licenser för rätten att utvinna olja gas och andra solida bränslen görs på ett transparent, öppet och icke-diskriminerande sätt så att konkurrensen ökar i dessa sektorer. Genom detta direktiv blev alla de krav som fanns i Artikel 3.1 uppfyllda, vilket innebär att alla krav i Artikel

¹⁵⁴ Arrowsmith, sid 852-863

¹⁵⁵ Trepte, sid 23

¹⁵⁶ Arrowsmith, sid 867

3.1 nu blev tvingande för medlemsstaterna.¹⁵⁷ Fortfarande måste dock vad som stadgades i Artikel 3.2 vara uppfyllt, dvs. även om enheten inte längre skulle behöva upphandla enligt direktiv 93/38 skulle deras upphandlingar fortfarande göras med iakttagandet av principerna om icke-diskriminering och upphandling i konkurrens. Att enheterna lyder detta regleras i rättsmedelsdirektivet för Försörjningssektorerna, direktiv 92/13/EEG (vilket fortfarande gäller) enligt vilket anbudsgivarna har olika medel att tillgripa mot upphandlande enheter som inte uppfyller sin plikt att iaktta principerna om icke-diskriminering och upphandling i konkurrens.¹⁵⁸

Några länder har ansökt om och beviljats undantag enligt Artikel 3. Dessa är Österrike, Nederländerna Tyskland och Storbritannien.¹⁵⁹

Vad gäller det nya Försörjningsdirektivet, Direktiv 2004/17/EG, har Artikel 3 tagits bort. Istället får enheter verksamma inom olje-, gas- och kolsektorn, precis som enheter verksamma i alla de andra sektorer som omfattas av Försörjningsdirektivet, ansöka om att bli undantagna i enlighet med vad som följer av den nya generella undantagsartikeln 30. Syftet med att man har tagit bort Artikel 3 är att man vill skapa en konsekvens som sträcker sig över hela linjen i direktivet vad gäller möjligheten till undantag. De undantag som redan är beviljade gäller emellertid fortfarande, vilket framgår av Artikel 27 i Försörjningsdirektivet (det diskuteras även i beaktandesats 38 i Försörjningsdirektivet). Detta innebär att alla upphandlande enheter som täcks av de beviljade undantagen fortsätter att vara undantagna, även om de villkor som ställs upp i Artikel 30 inte uppfylls av de berörda sektorerna. Anledningen till detta är att det annars skulle skapa oreda för dessa berörda enheter. Fortfarande gäller, precis som stadgades i Artikel 3.2 i det gamla försörjningsdirektivet, Direktiv 93/38/EEG, att medlemsstaterna måste se till att de undantagna enheterna följer reglerna vad gäller upphandling i konkurrens och i enlighet med icke-diskrimineringsprincipen, samt att man ser till att Kommissionen får information om de upphandlingskontrakt som sluts av de berörda enheterna. Värt att påpeka är att det faktum att de redan beviljade undantagen fortsätter att gälla inte hindrar de upphandlande enheter som omfattas av dessa undantag att söka ett komplett undantag under Artikel 30 om de skulle vilja framöver.¹⁶⁰ Artikel 30 som sådan kommer att behandlas utförligare i kapitel 5.

4.3.5.2 Transportsektorn

Transportsektorn regleras inte bara i Artikel 5, utan även i Artikel 7.2 De delar av transportsektorn som faller härunder är ”tillhandahållandet av

¹⁵⁷ Arrowsmith, sid 864

¹⁵⁸ Trepte, sid 22-23

¹⁵⁹ Kommissionens beslut 2002/205/EG (Österrike), Kommissionens beslut 93/676/EEG (Nederländerna), Kommissionens beslut 2004/73/EG (Tyskland) och Kommissionens beslut 97/367/EEG (Storbritannien)

¹⁶⁰ Arrowsmith, sid 268

flygplatser och kusthamnar och inlandshamnar eller andra terminaler för transport i luften, till havs eller på inre vattenvägar”¹⁶¹

Det är intressant att se att i den engelska språkversionen av Försörjningsdirektivet står det inte ”[...]eller andra terminaler för transport i luften, till havs eller på inre vattenvägar”, utan ”[...]or other terminal facilities to carriers by air, sea or inland waterway” Det engelska uttrycket ”terminal facilities” torde, åtminstone rent språkligt sett, vara betydligt vidare än det svenska ordvalet ”terminaler”, då det senare tydligare pekar bara på just själva terminalerna och inte även på de kringaktiviteter i form av shopping, hotell, restauranger, parkeringar, underhåll av infrastrukturen etc. som skulle kunna tänkas ingå i begreppet ”terminal facilities”.

Tittar man på hur en rad övriga länder har valt att formulera artikeln ifråga ser man att i den tyska versionen står det ”...anderen Verkehrseinrichtungen für Beförderungsunternehmen”, och i den danska, som väl är det som är närmast svenskan, står det ”... andre transportterminaler for transportvirksomheder”. Dessa versioner står till sin ordalydelse närmare den engelska versionens ”terminal facilities”, vilket torde tyda på att den svenska versionen, åtminstone om den tolkas ordagrant, är för smal. Ser man däremot till de spanska och franska versionerna blir bilden en annan. I den spanska versionen står det ”...otras terminales de transporte” och i den franska ”...d'autres terminaux de transport”, vilket torde tala för att det är den snävare, svenska varianten som gäller.

Det är enligt både Trepte och Arrowsmith heller inte helt klart vad som faktiskt ingår i begreppet i fråga. Framförallt flygplatser tillhandahåller många servicefunktioner som inte alla är direkt relaterade till transporten av passagerare. Många av dem riktar sig snarare till passagerarna, som bilparkering, hotell och shoppingmöjligheter.

Kommissionen har publicerat riktlinjer rörande omfattningen av relevanta aktiviteter vad gäller flygplatser.¹⁶² I dessa framgår att flygplatser kan, då och då, ta på sig ett antal aktiviteter som inte kan anses vara relevanta aktiviteter i direktivets mening (det direktiv som här avses är dir 90/531/EEG, vilket var det då gällande Försörjningsdirektivet) I riktlinjerna stadgas att upphandling som utförs med det enda syftet att upphandla sådana aktiviteter kan undantas från direktivet. Sedan ges riktlinjer för under vilka förutsättningar aktiviteter kan anses falla utanför de aktiviteter som definieras i direktivet. Nedan görs en kort genomgång av riktlinjerna:

- **Drift samt ägande av hotell:**

¹⁶¹ Dir 2004/17/EG, Art 7.2

¹⁶² CC/92/24 (Rev.1) final of 11 November 1992, Advisory Committee on Public Procurement “Policy Guidelines on Non-Relevant Airport Activities under the ”Utilities Directive”

Denna typ av service anses inte vara oundgänglig för driften av flygplatser och anses således inte heller vara en relevant aktivitet som omfattas av direktivet.¹⁶³

- **Vägtransport, distribution, lagerhållning, speditjonsverksamhet:** Upphandlingar som relaterar till sådan service kan bara undantas från direktivet när aktiviteten i fråga inte direkt relaterar till en av de primära funktionerna en flygplats har, som frakt och bagagehantering, påfyllande av bränsle för flygplan etc.¹⁶⁴
- **Fordons- och maskinunderhåll**
Underhåll av fordon och maskiner som används för att utföra nödvändiga flygplatsaktiviteter som bränsle- och lasthantering eller passagerartransporter är relevanta flygplatsaktiviteter. Underhåll som utförs i samband med undantagna aktiviteter är icke-relevanta.¹⁶⁵
- **Investeringar i och utveckling av egendom**
Investeringar i egendom samt utveckling av terminalfaciliteter för passagerare och/eller frakthantering anses vara relevanta flygplatsaktiviteter. Om de inte har direkt samband med en flygplats främsta funktioner kan de anses ligga utanför. Ett exempel kan vara exploateringen av ett landområde på flygplatsen i syfte att i kommersiellt syfte sälja det eller hyra ut det till tredje man som t ex kontor eller lagerutrymme.¹⁶⁶
- **Underhåll av egendom**
I underhåll av egendom inkluderas sådant som övervakning, städning, utvecklingen av detaljhandel etc. Om det rör kontrakt som har samband med primära flygplatsinstallationer eller andra ytor som används av myndigheten själv, måste de upphandlas enligt direktivet. Om det rör egendom som är uthyrd till tredje part så som kontorsutrymmen eller detaljhandel anses det inte vara relevanta aktiviteter.¹⁶⁷

I riktlinjerna tas även två andra aktivitetskategorier upp, som anses vara relevanta på så sätt att de "...contribute to the smooth functioning of the airport facilities".¹⁶⁸ Dessa är detaljhandel, catering på flygplatsen för allmänheten samt ägande och drift av faciliteter rörande bilparkering.¹⁶⁹ Det citerade uttrycket ovan gör att man får intrycket av att definitionen över vad

¹⁶³ Trepte, sid 26

¹⁶⁴ Ibid

¹⁶⁵ Ibid

¹⁶⁶ Ibid

¹⁶⁷ Ibid

¹⁶⁸ Ibid

¹⁶⁹ Trepte, sid 27

som innefattas är väldigt vid. Denna bedömning stärks även av utgången i ANA-EP målet.¹⁷⁰

I detta mål hade bolaget, Aeroportos e Navegação Aérea (ANA-EP), som sammantaget kan sägas utförde och tillhandahöll den service som utgjorde flygplatsens och flygtrafikens infrastruktur vid ett antal flygplatser (de var t ex ansvariga för drift och utformning av de stödaktiviteter för lufttransporter som behövdes för att hänvisa, leda och kontrollera lufttrafik och för att möjliggöra säkra lyft och landningar, samt för hantering av gods, ombord- och avstigning och förflyttning av passagerare och post) publicerat en annons i en portugisisk tidning i vilken man inbjöd intresserade leverantörer att lämna in anbud på att tillhandahålla och montera en telefonväxel vid Lissabons flygplats. Kommissionen ansåg för det första att bolaget inte hade uppfyllt sina åtaganden under direktiv 77/62 (vilket var det direktiv som då gällde för upphandling av varor inom den klassiska sektorn). Direktiv 90/531 (dvs. det då gällande försörjningsdirektivet) var ej tillämpligt eftersom detta direktiv skulle tillämpas restriktivt och bara gällde i fall där bolaget transporterade passagerare mellan två platser. Portugal hävdade att man omfattades av 90/531, eftersom bolaget fanns uppräknat som upphandlande enhet i en bilaga till direktiv 90/531. Dessutom gick det inte att särskilja bolagets lufttransporttjänster och övriga verksamheter då dessa kompletterade varandra. I direktiv 77/62 fanns även ett explicit undantag för enheter som administrerade transporttjänster som gjorde att dessa inte föll under det klassiska direktivet, och ANA-EP var en sådan enhet som omfattades av detta undantag.¹⁷¹

Domstolen sa att det inte fanns stöd för att tolka undantaget i 77/62 restriktivt, då även verksamheter som var mycket nära förknippat med infrastrukturen på flygplatsen omfattades av detta. Domstolen fastställde att ANA-EP:s verksamhet var nära associerad med lufttransport av människor och gods och således var undantagna från direktiv 77/62. Dessutom täcks ANA-EP explicit av direktiv 90/531 då bolaget finns uppräknat i en av direktivets bilagor som upphandlande enhet. Syftet med direktiv 90/531 var vidare att täcka upp de sektorer som undantas från 77/62.¹⁷²

Det som gör målet än mer intressant är enligt Trepte att domstolen gick så långt som den gjorde i sin definition av termen "Transport services", eftersom detta egentligen inte var nödvändigt för just det aktuella fallet. Domstolen betonade att aktiviteter som är länkade till administrationen av infrastrukturen faller inom uttrycket "transport services" och därför även inom direktiv 90/531:s omfattning. Denna bedömning kan ha betydelse för definitionen av "transport facilities". Ju bredare definition, desto fler upphandlingar som faller under försörjningsdirektivets regler.¹⁷³

¹⁷⁰ Mål C-247/89, Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Portugal, REG 1991, s. I-3659

¹⁷¹ Sundstrand, Andrea, "EG-domstolens domar om offentlig upphandling", Norstedts Juridik, 2006, sid 98-99

¹⁷² Trepte, sid 25

¹⁷³ Ibid

Viktigt att påpeka här är att det endast är de som driver och sköter de faciliteter som rör terminalen som omfattas av Försörjningsdirektivet, inte de transportföretag som använder faciliteterna ifråga.¹⁷⁴ Detta innebär att enheter som tillhandahåller transporten som sådan, dvs. flygbolagen, inte täcks av reglerna, eftersom dessa redan anses verka på en marknad som är så öppen att upphandling i konkurrens kan antas råda.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Trepte, sid 27

¹⁷⁵ Arrowsmith, sid 870

5 Artikel 30 – generellt undantag för verksamhet som är utsatt för konkurrens

5.1 Bakgrund

I Försörjningsdirektivet finns, som har nämnts ovan vid ett flertal tillfällen, en möjlighet till undantag för bedrivande av verksamheter som täcks av direktivet under förutsättning att dessa bedrivs på en konkurrensutsatt marknad. I tidigare försörjningsdirektiv fanns också möjlighet till undantag, men dessa var specifika för vissa sektorer och inte tillgängliga för alla att söka. Undantagen gällde verksamheter som verkade på de konkurrensutsatta marknader som fanns vid denna tidpunkt, t.ex. telesektorn. Tanken var att man skulle kunna införa fler specifika undantag i takt med att även andra marknader utvecklades mot konkurrensutsatta sådana. Någon sådan utvidgning av undantagen har emellertid inte gjorts, trots att marknaden inom vissa områden faktiskt har liberaliserats avsevärt. Detta har lett till att det idag finns en mängd enheter, både privaträttsliga och myndigheter och offentliga företag, som faller under direktivet fastän de faktiskt verkar på konkurrensutsatta marknader.¹⁷⁶

Som tidigare nämnts har ju telesektorn helt exkluderats från det nya Försörjningsdirektivet eftersom man nu har ansett att marknaden som helhet vad gäller denna sektor har blivit så konkurrensutsatt och avreglerad i alla medlemsstater att tiden är mogen att helt exkludera den och inte bara bevilja specifika undantag för vissa delar av sektorn.¹⁷⁷ Avregleringen inom andra sektorer har inte nått lika långt ännu, vilket gör att det inte går att avföra dessa sektorer helt, då detta skulle förutsätta att effektiv konkurrens råder i alla medlemsstater för hela sektorn. En annan lösning måste alltså väljas för dessa sektorer. I arbetet med det nya Försörjningsdirektivet beslutade man sig därför för att istället för att utesluta en hel sektor införa en möjlighet att ansöka om undantag inom sektorerna i takt med att de befinner sig direkt konkurrensutsatta på marknader dit tillträdet inte är begränsat och detta genom ett förfarande som skulle vara möjligt att tillämpa på alla sektorer,¹⁷⁸ vilket resulterade i Artikel 30. Detta skulle göra att man undvek en ökning av antalet särskilda ordningar som bara tillämpas på vissa sektorer, vilket var fallet med Artikel 3 i det gamla försörjningsdirektivet.¹⁷⁹ Viktigt att tillägga är emellertid att alla de undantag som redan är beviljade under det gamla direktivet även fortsättningsvis skall gälla under det nya Försörjningsdirektivet. Detta framgår av beaktandesats 38 i

¹⁷⁶ Arrowsmith, sid 880

¹⁷⁷ Motivet till beslutet framgår bl a av beaktandesats 5-8 i Dir 2004/17/EG

¹⁷⁸ Lagrådsremissen 24 maj 2006, sid 259

¹⁷⁹ Beaktandesats 38 och 40 i Dir 2004/17/EG

Försörjningsdirektivet. När tiden är mogen för andra sektorer kommer även dessa att exkluderas genom lagstiftning och då kommer inte förfarandet i Artikel 30 att behövas för dessa sektorer heller, men fram till dess att detta sker är ett förfarande enligt Artikel 30 alltså det sätt på vilket undantag kan beviljas.

Viktigt att komma ihåg är att trots att en enhet kan ha beviljats undantag enligt Artikel 30, påverkar detta inte tillämpligheten av EG-fördragets regler, och då främst Artikel 86, för enheterna. Detta utgör en begränsning av fördelarna med att bli beviljad ett undantag, men å andra sidan kan sägas att det endast är väldigt få av de aktiviteter som dessa enheter utför, på vilka EG-fördragets regler är tillämpliga. Inte heller är enheterna undantagna från de regler som gäller enligt GPA.¹⁸⁰

5.2 Förutsättningar samt förfarande

Artikel 30 beskriver det förfarande som gäller för att fastställa att en viss verksamhet är direkt konkurrensutsatt. I punkten 1-3 behandlas förutsättningarna som skall vara för handen för att ett undantag skall bli aktuellt, medan punkt 4-6 behandlar själva förfarandet. Kommissionen har också tagit fram tillämplighetsföreskrifter, i vilka en utförlig beskrivning ges av vilka uppgifter som skall finnas med i ansökningen, samt hur meddelandena som offentliggör att ansökningarna har kommit in skall se ut.¹⁸¹ Nedan skall en genomgång av hela Artikel 30 samt av delar av kommissionens tillämplighetsföreskrifter göras.

5.2.1 Förutsättningar för beviljande av undantag: Artikel 30.1 – 30.3

I Artikel 30.1 stadgas följande:

”Kontrakt som syftar till att medge utförandet av en verksamhet enligt artiklarna 3-7 omfattas inte av detta direktiv om den aktuella verksamheten i den medlemsstat där den utövas är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde.”

Om en verksamhet är konkurrensutsatt anses det inte föreligga någon risk att staten kan påverka den upphandlande enheten i dennes upphandlingar, eftersom det för att kunna klara sig på en konkurrensutsatt marknad krävs att man gör affärsmässiga upphandlingar. Viktigt att påpeka är att ett undantag inte nödvändigtvis behöver ges för hela medlemsstaten, utan det kan ges för bara en del av en medlemsstats territorium. Det enda kravet som ställs upp i

¹⁸⁰ Arrowsmith, sid 881

¹⁸¹ 2005/15/EG: Kommissionens beslut av den 7 januari 2005 om tillämplighetsföreskrifter för det förfarande som föreskrivs i artikel 30 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

artikeln är att villkoren skall vara uppfyllda ”i” medlemsstaten. Denna tolkning av innebörden följer av Försörjningsdirektivets policy att enheter som verkar på konkurrensutsatta marknader skall undantas och om detta är uppfyllt skall inte det faktum att konkurrensen inte råder i hela medlemsstaten lägga hinder i vägen, på samma sätt som att en enhets rätt att hävda att ett undantag skall beviljas inte påverkas av huruvida det råder direkt konkurrens för verksamheten i fråga på hela den europeiska marknaden. Huruvida kriteriet om direkt konkurrensutsättning är uppfyllt i resten av medlemsstaten eller i det större perspektivet i resten av Europa, är relevant bara om det är detta som anses vara den relevanta geografiska marknaden för enheten i fråga.¹⁸²

För att en verksamhet skall anses vara ”direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde” krävs att två saker är uppfyllda. Det första är att aktiviteten som utförs på den aktuella marknaden måste vara *direkt utsatt för konkurrens* och det andra är att *tillträdet till marknaden inte skall vara begränsat*. Kommissionen säger i förslaget till Försörjningsdirektivet¹⁸³ att man kan finna vägledning i EG-domstolens dom i målet ”British Telecom”¹⁸⁴ (se beskrivning av målet i avsnitt 4.3.3 ovan) samt i vad som sägs i Artikel 30.2 och 30.3 för att bedöma om dessa villkor är för handen.

5.2.1.1 Direkt konkurrensutsättning

Enligt Artikel 30.2 skall bedömningen av huruvida en verksamhet är direkt konkurrensutsatt grundas på ”kriterier som överensstämmer med fördragets konkurrensbestämmelser”. Man ger som exempel på sådana kriterier de egenskaper som varorna eller tjänsterna har, om det finns alternativa sådana, hur de är prissatta samt om fler än en leverantör finns, reellt eller potentiellt, på den aktuella marknaden. Kriterierna är icke uttömmande och bör tillämpas med hänsyn till de olika sektorernas särdrag. Värt att poängtera är även att det uttryckligen anges att potentiell konkurrens får beaktas. Detta innebär att en marknad kan vara konkurrensutsatt även om det bara finns en aktör eftersom de potentiella leverantörerna kan ha gjort medvetna egna val att de inte anser det vara ekonomiskt intressant att verka på just den marknaden.¹⁸⁵

Referenserna till konkurrensbestämmelserna i EG-fördraget verkar här enligt Arrowsmith indikera att kommissionen, då man skall avgöra vilken den relevanta marknaden är, speciellt skall ta hänsyn till de faktorer av relevans för att avgöra den relevanta produktmarknaden eller den relevanta geografiska marknaden som återfinns i Artikel 81 och Artikel 82 i EG-

¹⁸² Arrowsmith, sid 891

¹⁸³ KOM (2000) 276 slutlig/2, sid 24

¹⁸⁴ Mål C-392/93 The Queen mot H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc. REG 1996, s. I-1631

¹⁸⁵ KOM (2000) 276 slutlig/2, sid 24

fördraget.¹⁸⁶ Det är alltså av vikt att avgöra vilken den relevanta marknaden är, både för produkten och rent geografiskt.

I tillämpningsföreskrifterna behandlas den ”relevanta marknaden”, både vad gäller den för produkter och den rent geografiska, i Bilaga 1, avsnitt 3. Här sägs att den relevanta produktmarknaden omfattar ”alla de produkter eller tjänster som på grund av sina egenskaper, sitt pris eller den tilltänkta användningen betraktas som likvärdiga eller sinsemellan substituerbara av konsumenterna”¹⁸⁷ Vidare lämnas en icke uttömmande uppräkningslista av sådana faktorer som normalt anses viktiga för bestämningen av den relevanta produktmarknaden. Här bland annat räknas upp graden av fysisk likhet, prisskillnader, skillnader i den slutliga användningen av varorna, kostnaden för att byta mellan två potentiellt konkurrerande produkter, produktklassificering och etablerade eller förankrade konsumentpreferenser.

Den relevanta geografiska marknaden omfattar ”det område inom vilket de berörda enheterna tillhandahåller varor eller tjänster, på vilket konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och vilket kan skiljas från angränsande områden, framförallt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren”.¹⁸⁸

5.2.1.2 Fritt tillträde

I Artikel 30.3 sägs att tillträdet till marknaden skall betraktas som fritt under två omständigheter. Den första är om medlemsstaten har genomfört och tillämpar de bestämmelser i gemenskapsrätten som anges i Bilaga XI till Försörjningsdirektivet. I denna bilaga ges en förteckning över den gemenskapslagstiftning som avses, sektor för sektor. Det som är viktigt att avgöra här är för det första hur man skall slå fast att gemenskapslagstiftningen som anges i Bilaga XI verkligen har genomförts och tillämpas, eftersom det är detta som är avgörande för huruvida tillträdet skall anses vara fritt eller ej. Det är Kommissionen som skall avgöra om detta är fallet. Om det i medlemsstaten emellertid finns en oberoende nationell myndighet med behörighet för den berörda verksamheten och denna myndighet hävdar att gemenskapslagstiftningen har blivit genomförd och tillämpas faller bevisbördan på kommissionen att visa att så inte är fallet. En annan fråga som måste avgöras är om ordet ”betraktas” kan sägas ha innebörden att oinskränkt tillträde helt säkert är etablerat. Enligt Arrowsmith verkar detta vara fallet, om man tittar på vad som sägs i beaktandepunkt 41 i Försörjningsdirektivet. Här sägs bl. a. att ”Om relevant gemenskapslagstiftning om att öppna en viss sektor eller en del av den har genomförts och tillämpas, skall detta betraktas som en tillräcklig grund för att *förutsätta* [min kursivering] att tillträdet till marknaden i fråga är fritt”. Tilläggas här bör att även om det föreligger en sådan presumtion som nämnts ovan kan ett undantag inte beviljas förrän man även har gjort en

¹⁸⁶ Arrowsmith, sid 885

¹⁸⁷ KOM 2005/15/EG, sid L 7/10

¹⁸⁸ Ibid

kontroll att villkoren i punkt 2, dvs. att effektiv konkurrens måste föreligga, är uppfyllda.¹⁸⁹

I Artikel 30.3 andra stycket sägs att om fritt tillträde inte kan förutsättas med stöd av sådan lagstiftning som beskrivs ovan måste det bevisas att tillträdet är fritt, rättsligt och faktiskt (*de jure* och *de facto*). Detta är den andra omständigheten under vilken tillträdet till marknaden kan betraktas som fritt. De fall som hamnar här är de där sådan lagstiftning som beskrivs ovan inte finns, eller om den finns, inte kan anses ha blivit genomförd och tillämplig. Återigen är det, som i annan konkurrensrättslig lagstiftning, nödvändigt att fastslå vilken den relevanta marknaden är, både vad gäller den rent geografiska och den produktrelaterade, innan man avgör huruvida det finns fritt tillträde till marknaden. Detta är information som måste bifogas i ansökan, och återigen är det avsnitt 3 i tillämpningsföreskrifterna som ger information om vad det är man tittar på för att avgöra den relevanta marknaden.

Vad gäller kraven för att tillträdet till marknaden *de jure* skall anses vara fritt innebär dessa enligt Arrowsmith troligen att det inte får finnas några legala hinder eller restriktioner för de aktuella aktiviteterna på marknaden. Vad gäller kravet på att tillträdet måste vara fritt även *de facto* innebär detta att det inte får förekomma någon typ av naturliga monopol. Arrowsmith ger som exempel på omständigheter då tillträdet inte kan anses vara fritt *de facto* fall där det visserligen, vad gäller t ex tillhandahållandet av vatten genom ett fast nät eller vid försäljningen av el, inte finns några legala restriktioner vad gäller att utföra den aktuella verksamheten som sådan, men där det saknas adekvata och allmänna legala rättigheter att faktiskt få tillträde till de relevanta distributionsnätverken och detta faktum gör att endast vissa enheter faktiskt har tillträde till marknaden i fråga.¹⁹⁰ Kommissionen säger också i tillämpningsföreskrifterna punkt 5.3.3 att aspekter som skall tas med i bedömningen av huruvida det *de facto* råder fritt tillträde t ex är kostnaden för marknadsinträde, förekomsten av standarder eller myndighetstillstånd, förekomsten av patent, know-how och andra immateriella rättigheter, i vilken utsträckning patent krävs, betydelsen av stordriftfördelar och tillgången på råmaterial.

Som sades ovan i avsnitt 4.2.3 om särskilda rättigheter och ensamrätt, faller många enheter i och med den nya snävare definitionen av begreppet numera utanför Försörjningsdirektivet och således är de redan undantagna och behöver inte Artikel 30. En fråga var om definitionen täckte sådana fall där en enhet i en öppen objektiv och icke-diskriminerande tävling tävlar om ett tillstånd att få erbjuda t ex buss eller spårtrafik på ett speciellt nät eller om att få en koncession att utvinna t ex olja . Ovan sades att så inte vara fallet, eftersom dessa enheter inte kunde anses utsatta för något verkligt tryck från staten att upphandla på visst sätt. Om detta emellertid kan anses innefattas i definitionen skulle detta innebära att även Artikel 30 är tillämplig. Skulle dessa enheter då ansöka om undantag kommer enligt Arrowsmith en viktig

¹⁸⁹ KOM (2000) 276 slutlig/2, sid 25

¹⁹⁰ Arrowsmith, sid 884

faktor för att avgöra om tillträdet till en marknad kan anses vara fritt att vara huruvida tilldelningsproceduren gjordes på ett öppet, objektivet och icke-diskriminerande sätt.¹⁹¹

5.2.2 Enheter som täcks av undantaget

I Artikel 30.1 står att möjligheten att få ett undantag beviljat gäller för alla enheter som utför de verksamheter som täcks av artiklarna 3-7. Enligt Arrowsmith verkar det inte som att kommissionen har någon makt att begränsa tillämpligheten till bara vissa typer av enheter. Detta var tanken i det ursprungliga förslaget till Försörjningsdirektivet. Av detta framgår att Artikel 30 endast skulle vara tillämplig på sådana upphandlande enheter som var offentliga företag i den bemärkelsen som avses i Artikel 2.1.b och privata enheter som verkar med ensamrätt eller särskild rätt. Offentliga myndigheter enligt Artikel 2.1.a skulle alltså inte omfattas av denna möjlighet till undantag. En liknande begränsning kan hittas i Artikel 3.2 och 3.4 i Försörjningsdirektivet. Motiveringen till att offentliga myndigheter inte skulle omfattas var att de, på grund av sin karaktär, kunde behöva agera av andra skäl än rent ekonomiska, även om de faktiskt agerar på en direkt konkurrensutsatt marknad.¹⁹² Denna begränsning till endast offentliga företag infördes alltså inte. Detta innebär att enheter som i vanliga fall är täckta av det klassiska direktivet kan kräva att få sin verksamhet undantagen om verksamheten täcks av Försörjningsdirektivet och denna utförs på en konkurrensutsatt marknad. Andra verksamheter än de som återfinns i artiklarna 3-7 i Försörjningsdirektivet och som enheten bedriver täcks emellertid inte, oavsett om dessa utförs på en konkurrensutsatt marknad eller ej, eftersom det bara är verksamhet enligt Försörjningsdirektivet som kan bli aktuell för undantag enligt Artikel 30. Arrowsmith anser att detta är ologiskt. Och att alla kommersiella verksamheter, oavsett om de omfattas av Försörjningsdirektivet eller det klassiska direktivet, skall kunna undantas.¹⁹³ Jag anser dock att det kan finnas fog för de tankar som framfördes i det ursprungliga förslaget om att begränsa tillämpligheten till bara offentliga företag, just med den motiveringen som också fanns i förslaget, att offentliga myndigheter på grund av sin karaktär, kan agera av andra skäl än rent ekonomiska, även om de faktiskt agerar på en direkt konkurrensutsatt marknad. En annan aspekt är att offentliga myndigheter inte har någon press på sig att göra bra inköp, då de kan vältra över kostnaden på konsumenten på ett annat sätt än vad andra typer av enheter kan.

Viktigt att klargöra är att även om ett undantag ges för en enhet enligt Artikel 30 så kan de fortfarande anses vara upphandlande enheter under internationella avtal som t ex GPA, eftersom detta inte påverkas av beslut tagna om undantag enligt Försörjningsdirektivet, och således kan enheterna fortfarande ha skyldigheter enligt GPA.

¹⁹¹ Arrowsmith, sid 885

¹⁹² KOM (2000) 276 Slitlig/2, sid 23-24

¹⁹³ Arrowsmith, sid 890

5.2.3 Förfarande för att slå fast ett undantag

Ett undantag enligt Artikel 30 anses vara beviljat antingen genom att kommissionen fattar ett beslut härom, eller genom att den tidsfrist inom vilken kommissionen har att fatta ett beslut har löpt ut utan att något beslut har fattats. Det är alltså inte möjligt, som är fallet med många andra undantag inom EG-rätten, för en medlemsstat att själv fatta beslut härom om alla villkoren är uppfyllda. Det finns tre sätt på vilka man kan initiera ett förfarande att få ett beslut om ett undantag. Det första sättet är att en medlemsstat lämnar in en ansökan, vilket regleras i Artikel 30.4. Det andra sättet är att den upphandlande enheten själv ansöker om fastställelse av undantag, vilket endast är möjligt om medlemsstatens egen lagstiftning godkänner detta. Detta regleras i Artikel 30.5. Det tredje sättet är att Kommissionen tar ett eget initiativ till att utreda möjligheten till undantag. Även detta regleras i Artikel 30.5. I detta avsnitt skall samtliga dessa procedurer beskrivas.

5.2.3.1 Förfarande initierat av en medlemsstat

I Artikel 30.4 stadgas att när en medlemsstat anser att Artikel 30.1, med beaktande av Artikel 30.2-3 är tillämplig på en viss verksamhet skall medlemsstaten underrätta kommissionen och lämna all relevant information som kommissionen kan behöva för att avgöra om ett undantag kan beviljas. Informationen skall lämnas in tillsammans med ett utlåtande från en oberoende nationell myndighet med behörighet för den berörda myndigheten. Arrowsmith säger att ”*skall* [min kursivering] ...underrätta kommissionen” troligen inte innebär att en medlemsstat har en plikt att ansöka om ett undantag, utan att medlemsstaten själv kan besluta huruvida den önskar göra detta eller ej. Detta följer av principen att medlemsstaterna har rätt att införa striktare regler för upphandling än de som gäller under direktivet.¹⁹⁴ En detalj som kanske kan ses som något som delvis talar emot Arrowsmiths syn är ordet ”När” som används inledningsvis. Detta ordval tillsammans med ordet ”skall” torde, enligt mig, tyda på att tanken har varit att kommissionen faktiskt har avsett att undantag skall sökas när kriterierna i punkt 1 med beaktande av punkt 2 och 3 är uppfyllda. Detta styrks också av det faktum att syftet med direktivet skulle förfelas om en mängd enheter omfattas av direktivet som inte kan anses vara i riskzonen för att vara under statligt inflytande eller press vad gäller upphandlingssätt. Dessutom sätter detta marknadskrafterna ur spel inom gemenskapen, då dessa enheter hamnar i sämre läge än sina konkurrenter. Givetvis gäller detta resonemang endast under förutsättning att kraven för att en enhet skall anses verka på en marknad där tillträdet är fritt och direkt konkurrens råder faktiskt är uppfyllda.

Kommissionen har vid paketmöten hävdats att upphandlingsreglerna inom försörjningssektorn är att se som kompromissregler som en medlemsstat inte

¹⁹⁴ Arrowsmith, fotnot 79, sid 886

äger rätt att skärpa.¹⁹⁵ Detta talar för att en medlemsstat faktiskt har en skyldighet att underrätta kommissionen när en verksamhet är direkt konkurrensutsatt och således borde undantas. Vidare står det i ingressen till Direktiv 90/531/EEC, det första försörjningsdirektivet, att direktivet inte skall utsträcka sig till att omfatta aktiviteter hos de organ som antingen faller utanför de sektorer som omfattas av direktivet, eller som visserligen faller inom dessa sektorer, men icke desto mindre är direkt konkurrensutsatta på marknader där tillträdet är oinskränkt. Detta är ytterligare en omständighet som talar för att medlemsstaterna faktiskt måste inleda ett förfarande enligt ovan.

Ett undantag för upphandlingskontrakt som relaterar till den verksamhet för vilken undantag har sökts gäller från det att kommissionen har fattat ett beslut härom, eller, om kommissionen underlåter att fatta ett beslut inom tre månader från det att ansökan har mottagits av kommissionen, vilket är den tidsfrist som anges i Artikel 30.6, när denna tidsfrist har löpt ut. Tidsfristen kan förlängas en gång med ytterligare tre månader i vederbörligen berättigade fall, vilket kan vara fall där den information som har lämnats in och som skall lita till grund för beslutet inte är tillräcklig eller behäftad med fel. Underlåter kommissionen att fatta ett beslut inom tidsfristen, med eventuell förlängning, blir konsekvenserna, som sagts ovan, att undantag kan anses beviljat.

I Artikel 30.4.3 ges också en möjlighet att beviljas undantag på ett annat sätt om vissa förutsättningar är för handen. Här stadgas att ”Om fritt tillträde till en viss marknad kan förutsättas med stöd av punkt 3 första stycket, och om en oberoende nationell myndighet med behörighet för den berörda verksamheten har fastställt att punkt 1 är tillämplig” skall ett undantag anses gälla om kommissionen inte antagit ett beslut enligt vilket punkt 1 inte kan anses tillämpligt. Detta lägger bevisbördan på kommissionen, som i så fall måste bevisa att den aktuella verksamheten inte har fritt tillträde till marknaden. I sådana fall som regleras i Artikel 30.4.3 kan dessutom tidsfristen inom vilken kommissionen skall fatta beslut inte förlängas med mer än 1 månad.

I Artikel 2 i tillämpningsföreskrifterna¹⁹⁶ framgår att kommissionen måste publicera en notis i EUT när en ansökan har kommit in. Denna notis skall klargöra t ex när kommissionens beslutsperiod löper ut. De uppgifter som skall finnas med i denna notis framgår av Bilaga II del A eller B till tillämpningsföreskrifterna. Om det är fråga om en förlängning gäller vad som därom stadgas i Bilaga III, del A.

5.2.3.2 Förfande initierat av en upphandlande enhet

De upphandlande enheterna kan själva ansöka om fastställelse av undantag enligt Artikel 30.5 under förutsättning att detta föreskrivs i den berörda

¹⁹⁵ Hentze & Sylvén, sid 207

¹⁹⁶ KOM 2005/15/EG

medlemsstatens lagstiftning. Även här gäller villkoret att ett undantag är beviljat om kommissionen beslutar detta, eller underlåter att meddela något beslut inom den i Artikel 30.6 angivna tidsfristen med eventuell förlängning. Även vid detta förfarande skall kommissionen publicera en notis i EUT som bl. a. innehåller uppgifter om tidsfristen, vilket framgår av Artikel 2 i Tillämpningsföreskrifterna. En av fördelarna med att den upphandlande enheten är den som ansöker om fastställelse av undantag är att den upphandlande enheten själv bäst kan ta fram det underlag som behövs för kommissionens beslut.¹⁹⁷

5.2.3.3 Förfarande initierat av kommissionen

Även kommissionen kan initiera ett förfarande att undersöka om ett beslut om ett undantag kan ges, vilket framgår av Artikel 30.5, tredje stycket. Om kommissionen initierar ett sådant förfarande måste den genast meddela den berörda medlemsstaten härom. Denna typ av förfarande skiljer sig från de andra två på ett antal viktiga punkter om man ser till den rena ordalydelsen och vad man kan tolka ut av denna. För det första står det inget explicit om medlemsstatens skyldighet att förse kommissionen med nödvändiga uppgifter för att ett beslut skall kunna fattas. Inte heller framgår det huruvida tidsfristen om tre månader enligt Artikel 30.6 gäller även vid denna typ av förfarande. Detta gör att det även är oklart huruvida ett undantag automatiskt anses vara beviljat av kommissionens passivitet. Slutligen står det inte heller något om kravet på publicering av en notis i EGT. Arrowsmith säger att kommissionen inte självmant skulle initiera en sådan här procedur om man inte ansåg att utfallet skulle vara positivt, dvs. att det fanns starka skäl att förutsätta att ett undantag kan beviljas. Syftet med proceduren är att upphandlande enheter i medlemsstater där inga föreskrifter rörande enheternas rätt att själva ansöka om fastställelse av undantag har införts, skall kunna lobba för att ett sådant undantag beviljas direkt hos kommissionen. Om detta är syftet med föreskriften skulle detta kunna vara ett tecken på att Arrowsmith har rätt när hon säger att det är frivilligt för medlemsstaten att ansöka om undantag, trots formuleringen med orden ”När” och ”skall”. Å andra sidan kan man tolka det precis tvärtom, att detta är en procedur som skall användas när medlemsstaten, trots sin skyldighet, inte ansöker om undantag.

5.2.3.4 Flera olika ansökningar rörande samma verksamhet

I Artikel 30.6 andra stycket framgår att när en verksamhet i en medlemsstat redan är föremål för ett förfarande med stöd av Artikel 30 skall ytterligare ansökningar rörande samma verksamhet i samma medlemsstat inte betraktas som nya förfaranden, utan de skall behandlas inom ramen för den första ansökan, så länge tidsfristen som gäller för den första ansökan inte har löpt

¹⁹⁷ Lagrådsremissen, 24 maj 2006, sid 260

ut. Detta gör att det ofta kan vara mer praktiskt om medlemsstaten ansöker om undantag, eftersom risken annars är stor att ansökningar rörande samma verksamhet, men från olika enheter, droppar in hela tiden. Om detta inte sker innan tidsfristen har löpt ut måste frågan behandlas på nytt, eftersom det då blir separata ärenden som inte har rättsverkan på varandra.

5.3 Läget i Sverige och Norden

Sverige har som sagts ovan ännu inte infört LUFSS som bygger på Försörjningsdirektivet, men avser att införa en sådan föreskrift i LUFSS som beskrivs ovan som gör det möjligt för de upphandlande enheterna att själva söka undantag.¹⁹⁸ I och med att Sverige ännu inte har införlivat Försörjningsdirektivet är det i nuläget endast Sverige som medlemsstat betraktat som kan ansöka om undantag, trots att LUFSS kommer att medge att även upphandlande enheter gör det. Sverige har emellertid hittills inte skickat in någon ansökan för någon verksamhet, vilket ställer till problem för de enheter som avser att själva ansöka om fastställelse av undantag. Dessa måste, för att inte bryta mot lagen när den sedan införs, ställa om sina upphandlingar till att följa LUFSS, trots att de avser att söka undantag, och i många fall säkerligen kommer att beviljas ett sådant. Det hade varit mycket smidigare för enheterna om ett undantag fanns i tid till den nya lagen trädde ikraft. Svensk Energi säger t ex i sitt yttrande delbetänkandet av Upphandlingsutredningen 2004 (SOU 2005:22) att merparten av elproduktionen i Sverige bedrivs av offentligt ägda företag. Privata företag som bedriver elproduktion omfattas inte av Försörjningsdirektivets tillämpningsområde¹⁹⁹, vilket innebär att de som kommer att kunna söka undantag i praktiken är offentliga myndigheter och offentliga företag. Om regeringen inte söker undantag blir konsekvensen att offentliga aktörer som bedriver elproduktion måste fortsätta att tillämpa de formella upphandlingsreglerna, medan privata aktörer står utanför.²⁰⁰ Det är således väsentligt att undantaget gäller ”redan när den nya lagstiftningen träder ikraft i Sverige för att tillgodose konkurrensneutraliteten såväl mellan olika ägarformer som i ett nordiskt och europeiskt perspektiv”.²⁰¹

En annan anledning till varför det är smidigare att Sverige ansöker om undantag och inte de enskilda upphandlande enheterna är att det inte är rationellt om ett stort antal upphandlande enheter själva skall behöva ansöka om undantag som vilar på samma förutsättningar. Ett exempel på detta är

¹⁹⁸ Föreskriften är införd i lagförslaget till LUFSS, 5 kap. 14§

¹⁹⁹ Produktion av el, värme eller gas som bedrivs av privata företag omfattas endast av Försörjningsdirektivet om verksamheten bygger på särskilda rättigheter eller ensamrätt (artikel 2.2.b och 2.3). Eftersom produktionen av el, gas eller värme i Sverige inte grundas på sådana rättigheter eller ensamrätter är Försörjningsdirektivet inte tillämpligt på sådan verksamhet när den bedrivs av privata företag.

²⁰⁰ Dnr Fi2005/1694, Delbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004 (SOU 2005:22), sid 4

²⁰¹ AA, sid 1

ovan nämnda Svensk Energi, som består av ca 50 medlemskoncerner. En annan aspekt av att upphandlande enheter själva ansöker om undantag är beslutens rättsverkan. Om inte alla ansökningar inkommer inom den tidsfrist som gäller för den först inkomna ansökan har det första beslutet ingen rättsverkan för ansökningar som inkommer efter denna frist löpt ut. Detta behandlades närmare i avsnitt 5.2.3.4 ovan.

Om Sverige inte kommer att skicka in några ansökningar senast under första delen av 2007 kommer inget undantag att kunna beviljas innan LUFSS är tänkt att träda i kraft under hösten 2007, med tanke på att tidsfristen för kommissionen att besluta i ärendena är åtminstone tre månader.

5.4 Beslut om beviljade undantag enligt Artikel 30

Fram till dags datum har två beslut rörande undantag enligt Artikel 30 beviljats. Det första gäller Förenade kungariket och elproduktion i England, Skottland och Wales,²⁰² och det andra gäller elproduktion, inbegripet samproduktion, och elförsäljning (både i grossist- och detaljledet) i Finland utom Åland.²⁰³ Beslutet gällande Förenade kungariket togs först. Motiveringen till beslutet som användes i Finlands fall är den samma som användes i Förenade kungariket och i mångt och mycket är det samma formuleringar som används, vilket tyder på att beslutet rörande Förenade kungariket kommer att vara "mallen" för hur beslut rörande andra ansökningar kommer att se ut. Man ser alltså ett mönster över vad kommissionen tittar på. Tilläggas skall dock att Finlands ansökan rörde även elförsäljning, varför vissa delar som specifikt rör just detta inte återfinns i beslutet rörande Förenade kungariket.

I båda fallen inleder kommissionen med att fastställa den relevanta markanden rent geografiskt. I Förenade kungarikets fall ansåg man att England, Skottland och Wales bör betraktas som den relevanta marknaden, "med tanke på den sammanhängande karaktären hos marknaden i dessa tre geografiska områden och den begränsade kapacitet hos förbindelserna mellan näten i Förenade kungariket och nät i andra delar av gemenskapen".²⁰⁴ Denna slutsats stämmer överens med konstaterandet att el- och gasmarknaden i EU fortfarande ekonomiskt sett är begränsade till det nationella området som gjordes i kommissionens meddelande till rådet

²⁰² 2006/211/EG: Kommissionens beslut av den 8 mars 2006 om fastställande av att artikel 30.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster skall tillämpas på elproduktionen i England, Skottland och Wales.

²⁰³ 2006/422/EG: Kommissionens beslut av den 19 juni 2006 om fastställande av att artikel 30.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster skall tillämpas på elproduktion och elförsörjning i Finland utom Åland

²⁰⁴ 2006/211/EG, p. 3

och Europaparlamentet kallat ”Rapport om framsteg i arbetet med att upprätta den inre el- och gasmarknaden”.²⁰⁵

Vad gäller Finlands fall framgår det att grossistmarknaden i Finland till stor del är integrerad i den nordiska energimarknaden. Den består dels av en bilateral handelsmarknad mellan producenter, dels leverantörer och industriföretag samt en frivillig nordisk elbörs, Nord Pool, som har en spotmarknad och en terminsmarknad. Kommissionen ansåg därför att det finns en tydlig utveckling mot en regional nordisk marknad både vad gäller grossister och produktionen. Ibland kan grossistmarknaden p.g.a. flaskhalsar delas upp i geografiskt skilda prisområden, varav Finland är ett. Detta skedde emellertid endast i 9,3 % av tiden under 2005 vad gällde grossistmarknaden.²⁰⁶ Vad gäller produktionsmarknaden kan även denna vid flaskhalsar i överföringen tillfälligt begränsa marknaden till Finlands Territorium, utom Åland. Detaljhandelsområdet motsvarar Finlands territorium utom Åland, eftersom elleverantörer från de övriga nordiska länderna som är etablerade i Finland i praktiken inte utgör något reellt alternativ.

Om man tittar närmare på vad det var som kommissionen fäste avseende vid när den fattade sina beslut finner man följande:

1. Den totala marknadsandelen

I beslutet sägs vad gäller elproduktion att en indikator på konkurrensgraden på de nationella marknaderna är den totala marknadsandelen för de tre största producenterna. I Förenade kungarikets fall är den sammanlagda marknadsandelen för de tre största producenterna 39 % på grossistmarknaden, vilket ansågs vara en tillfredsställande låg nivå som bör ses som en indikator på att direkt konkurrensutsättning råder.²⁰⁷ I Finlands fall är den sammanlagda marknadsandelen för de tre största producenterna på den nordiska marknaden 40 %, vilket även det ansågs vara en tillfredsställande låg nivå. När det gäller finskt territorium är andelen givetvis högre, men eftersom den finska marknaden är isolerad endast under begränsade perioder (se stycket ovan) kan det anses finnas ett konkurrenstryck under större delen av året, vilket stärks av att det inte tas ut några överföringsavgifter mellan de nordiska länderna.²⁰⁸

2. Koncentrationsgrad och likviditet

Vad gällde Finlands fall tittade man även på koncentrationsgrad och likviditet, vilka också är goda indikationer på konkurrensutsättning på grossistmarknaden för el. Denna del tittade man inte på vad gällde Förenade kungariket, vilket kan tyckas något märkligt. Marknadsandelen för Nord Pool Spot AB, vilket är den frivilliga

²⁰⁵ KOM (2005) 568 slutlig av den 15 november 2005 Rapport om framsteg i arbetet med att upprätta den inre el- och gasmarknaden

²⁰⁶ 2006/422/EG, p 3

²⁰⁷ 2006/211/EG, p. 6

²⁰⁸ 2006/422/EG, p. 7

nordiska elbörsen, utgjorde under 2004 42 % av den fysiska leveransen i de nordiska länderna. Detta anses vara en tillfredsställande nivå för en regional marknad. Konkurrensförhållandena påverkas också starkt av den finansiella handeln med el inom marknadsområdet. Denna är tillfredsställande stor (1,5 gånger så stor som konsumtionen i de nordiska länderna), vilket i sig ger en likviditet som är tillfredsställande och den är en indikator på att konkurrensen på marknaden är välfungerande.²⁰⁹

3. Antalet företag på detaljmarknaden

Vad gäller elförsäljning är det även intressant att titta på antal företag på detaljmarknaden. Av naturliga skäl innefattas detta endast i Finlands fall, eftersom beslutet rörande Förenade kungariket inte rörde elförsäljning. Med tanke på Finlands storlek är antalet företag på detaljmarknaden ganska stort eftersom det där finns över 60 företag, av vilka en betydande andel är landstäckande. Dessutom är andelen företag med en marknadsandel på över 5 % stor.²¹⁰

4. Balansmarknadernas funktion

En faktor som skadar konkurrensen är om det finns risk för stora skillnader mellan det pris som den systemansvarige för överföringssystemet köper in överskottsproduktion för och det pris som denne säljer balanskraft för. En stor prisspridning kan tyda på otillräcklig konkurrens på balansmarknaden. En indikator på att marknaden är direkt konkurrensutsatt är därför att balansmarknaden är uppbyggd på marknadsbaserad prissättning, att det finns korta tidsgränser för anbudsgivning (i Förenade kungarikets fall skedde dessa varje halvtimme och i Finlands fall varje timme, vilket var tillfredsställande) och att prisspridningen är liten. I båda fallen ansågs balansmarknaden vara integrerad inom det geografiska området, vilket var bra.²¹¹

5. Priskonkurrens och prisbildning

Eftersom produkten el har ett antal särdrag och det dessutom är ont om lämpliga ersättningsprodukter (om det överhuvudtaget finns några sådana), får priskonkurrens och prisbildning större betydelse vid bedömningen av konkurrenssituationen på elmarknaden. En indikator på verklig priskonkurrens är andelen kunder som byter elleverantör. I Förenade kungariket är andelen kunder som byter elleverantör inom användarkategorin stora och mycket stora industrikunder samt små och medelstora industrikunder och företag större än 70 %. I Finland är motsvarande siffra 75 %. Andelen för användarkategorin mycket små företag samt hushåll är nästa 50 % i Förenade kungariket och 30 % i Finland. I Förenade kungariket avskaffades regleringen av slutanvändarpriset 2002 och i Finland sätts priserna av aktörerna själva utan att det behövs något godkännande av någon myndighet innan de

²⁰⁹ 2006/422/EG, p. 8

²¹⁰ 2006/422/EG, p. 9

²¹¹ 2006/211/EG, p. 7 respektive 2006/422/EG, p. 10

tillämpas. I båda fallen anses både priskonkurrensen och prisbildningen vara tillfredsställande och direkt konkurrensutsättning kan således anses föreligga.²¹²

I besluten står också att detta grundar sig på den rättsliga och faktiska situationen när ansökan gjordes, samt att det skall ses i ljuset av de uppgifter som har lämnats av respektive medlemsstat. Vidare sägs att beslutet kan komma att ändras om betydande förändringar i de rättsliga och faktiska förhållandena skulle medföra att villkoren vid tillämpning av Artikel 30.1 inte längre är uppfyllda. Detta tyder på att beslut om beviljande av undantag kan upphävas. Det står inget i själva Artikel 30 om detta. Vad gällde de undantag som beviljades under det gamla försörjningsdirektivet enligt Artikel 3 föreslogs det enligt Arrowsmith att dessa skulle gälla tills de av någon anledning upphävdes. Inte heller här fanns något skrivet i själva artikeln om vad som gällde.²¹³ Detta skulle kunna tyda på att samma syn finns vad gäller Artikel 30. Detta ställer dock till problem i de fall ett undantag har kommit till stånd genom kommissionens passivitet. I dessa fall finns det ju inget positivt beslut som faktiskt kan upphävas.

Beslutet rörande Finland torde analogt tillämpat på Sverige kunna indikera att även Sverige skulle beviljas ett undantag, eftersom det i beslutet framgår att det finns en nordisk grossistenergimarknad och att det sker en tydlig utveckling i riktning mot en regional marknad både vad gäller grossist- och produktionsmarknaden.

Förutom de två beslut om undantag som har beskrivits ovan har jag bara hittat en ansökan till och det är en ansökan som inkom den 24 oktober 2006 från Förenade kungariket rörande el- och gasleveranser i England, Skottland och Wales. Tidsfristen löper ut den 25 januari 2007, vilket gör att inget beslut hinner fattas i detta fall innan denna uppsats är färdig.²¹⁴

²¹² 2006/211/EG , p. 9 respektive 2006/422/EG, p. 12

²¹³ Arrowsmith, sid 890

²¹⁴ Meddelande om asökan enligt artikel 30 i direktiv 2004/17/EG (EUT 2006/C 270/05)

6 Avslutande synpunkter

6.1 Konsekvenser av Sveriges försening att införliva Försörjningsdirektivet

6.1.1 Inledning

För svensk del är än så länge en av de intressantaste aspekterna av Försörjningsdirektivet ironiskt nog det faktum att vi inte har införlivat det i tid samt vad konsekvenserna av detta kan bli, dels för de utpekade upphandlande enheterna, dels för Sverige som medlemsstat, men även för de leverantörer som deltar i offentliga upphandlingar.

6.1.2 Ett besvärligt läge

Som tidigare sagts är många delar av direktiven p.g.a. principen om direkt effekt redan tillämpliga i Sverige. Enligt EU-upplysningens hemsida²¹⁵ kan enskildas rättigheter göras gällande mot bl. a. nationella myndigheter. När det gäller vad som är att betrakta som en nationell myndighet har EG-domstolen gått långt i sitt resonemang. Det avgörande är inte hur ett organ fungerar rent juridiskt, t e x som offentlig myndighet eller bolag, utan om organet har ansvar för att under statens kontroll utföra tjänster och därför har större befogenheter än vad som gäller för enskilda. Kriterierna kontroll respektive makt eller befogenhet behöver inte vara närvarande samtidigt, det räcker med att ett av dem kan påvisas. EG-domstolen har slagit fast att ovillkorliga och tillräckligt precisa bestämmelser i ett direktiv kan åberopas av enskilda gentemot organ eller enheter som är underställda staten, står under tillsyn av staten eller har fått särskilda befogenheter av staten. Detta torde innebära att även privata bolag som har fått en särskild rättighet eller ensamrätt kan anses utgöra en sådan enhet som omfattas av definitionen av vilka enheter som enskilda kan göra rättigheter gällande emot. Samtidigt kan dessa privata bolag säkerligen även anses omfattas av begreppet ”enskilda”, vilket borde innebära att dessa bolag i sin tur kan göra rättigheter gällande mot staten. Vad gäller möjligheten för andra upphandlande enheter att räknas till ”enskilda” är det väl mer tveksamt. Kanske skulle offentliga företag kunna omfattas, men myndigheter torde inte kunna räknas hit.

Tanken är ju att LOU skall spegla direktiven och enheterna har att följa LOU. Så länge de gör detta kan de anse sig säkra på att följa även EG-rätten. I den situation vi nu befinner oss i stämmer inte detta. De upphandlande enheterna hamnar således i en mycket besvärlig situation. Antingen följer de LOU och riskerar att bli stämda av leverantörer som

²¹⁵ www.eu-upplysningen.se, sökterm: direkt effekt

deltar i de upphandlingar som görs och som anser att de upphandlande enheterna inte följer Försörjningsdirektivet. De kan också välja att följa Försörjningsdirektivet, men riskerar då istället att bryta mot LOU och då bli stämnda av den anledningen.

Med tanke på ovan sagda är det av yttersta vikt att staten åtminstone gör det den kan för att underlätta för de upphandlande enheterna, nu när den svenska lagen ser ut att bli så försenad, och det är att ansöka om undantag för de verksamheter som man verkligen anser har en chans att erhålla ett undantag enligt Artikel 30. Även om den svenska lagen kommer att innehålla en möjlighet för de upphandlande enheterna att själv ansöka om undantag kan de ju inte göra detta förrän lagen träder i kraft. Exempel på sådana enheter som jag ser det som troligt skulle kunna få ett undantag beviljat är, med tanke på beslutet rörande Finlands elproduktion och elförsäljning, motsvarande enheter i Sverige. Även Posten AB torde vara en sådan enhet som med stor sannolikhet skulle kunna få ett undantag.

Jag har svårt att se vilka argument staten kan ha för att inte skicka in några ansökningar och finner det mycket märkligt att man inte har gjort det. Det torde ju vara i Sveriges intresse att enheter som verkar i Sverige skall få så gynnsam ställning som möjligt i förhållande till sina konkurrenter. Överhuvudtaget tycker jag att det är anmärkningsvärt att inte fler ansökningar har behandlats av kommissionen. Som sades i avsnitt 5.4 ovan har jag, förutom de två fall som beskrevs i avsnitt 5.4, bara hittat en ansökan till.²¹⁶

Ytterligare en grupp av enheter som befinner sig i en särledes ogynnsam ställning är de enheter som genom den nya definitionen av begreppet särskilda rättigheter och ensamrätt numera inte längre omfattas av direktivet. Dessa kan inte ens hoppas på att staten skall ansöka om ett undantag, för då de inte längre omfattas alls har de heller ingen möjlighet att få ett undantag, eftersom denna rättighet endast tillfaller sådana enheter som anses vara upphandlande enheter enligt direktivets mening. Dessa enheter har verkligen hamnat i ett moment 22. De kan bara vänta på att den svenska lagen börjar gälla. Enligt Andrea Sundstrand har många av dessa upphandlande enheter helt sonika struntat i att de fortfarande omfattas och börjat agera som om en definition som finns i Försörjningsdirektivet redan gällde i Sverige.²¹⁷ Till viss del har de ju rätt i detta p.g.a. den direkta effekten. I och med att de flesta av dessa enheter säkerligen är att anse som enskilda skulle de säkerligen kunna stämna staten. Mig veterligen har detta inte gjorts.

²¹⁶ Meddelande om asökan enligt artikel 30 i direktiv 2004/17/EG (2006/C 270/05)

²¹⁷ Seminarium 16 november 2006, Andrea Sundstrand.

6.1.3 Möjligheterna att stämma staten

Detta leder en osökt in på vilken möjlighet en upphandlande enhet i Sverige skulle ha att stämma staten för att Försörjningsdirektivet inte är införlivat i tid och yrka på ersättning för den skada enheten har lidit. Detta är ett ämne i sig värdigt en egen uppsats, vilket gör att jag inte har möjlighet att inom ramen för denna uppsats ge en fullständig redogörelse för detta område. Eftersom ingen talan har väckts mot staten, vara sig från en upphandlande enhet eller från kommissionen, är det svårt att veta hur utgången skulle bli. Enligt Andrea Sundstrand finns det dock tecken som tyder på att kommissionen kan vara på väg att stämma Sverige då vi nu är så sena med att införliva direktiven, men än så länge har någon sådan stämning ej lämnats in.²¹⁸

6.1.4 Rättspraxis vid medlemsstats skyldighet av införlivande av direktiv

För att ta reda på vilken rättspraxis som gäller vid medlemsstaters försening med att införliva direktiv kan Mål C-234/95 samt Mål C-236/95 vara intressanta att titta på eftersom de troligen har relevans för hur ett möjligt mål mot Sverige skulle bedömas. Mål C-234/95 rörde Frankrike som inte hade införlivat direktiv 92/50 i tid. Liksom i Sveriges fall arbetade man i Frankrike på att få den inhemska lagen klar, men hade alltså inte hunnit få detta i tid. Domen löd att Frankrike hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter genom att inte anta de lagar och andra författningar som var nödvändiga för att följa direktivet.²¹⁹ I Mål C-236/95, som gällde att Grekland inte hade införlivat ett direktiv i tid, sade domstolen även i sin dom att ”en medlemsstat inte kan åberopa bestämmelser, praxis eller förhållanden i sin inhemska rättsordning för att rättfärdiga att den inte har iakttagit skyldigheter och frister som har föreskrivits i ett direktiv”²²⁰ Det faktum att Sverige inte på något vis vägrar att införliva direktiven, utan tvärtom, håller på att arbeta med lagarna som, utom rimlig tvivel, kommer att uppfylla direktiven är alltså ingen ursäkt som kommer att godtas om man ser på hur domstolen har resonerat.

Helt kort kan sägas vad gäller den rättspraxis i stort som finns rörande medlemsstaternas skyldigheter vid införlivandet av ett direktiv att domstolen i ett antal mål har slagit fast att de grundprinciper som gäller beträffande artikel 189 tredje stycket i EG-fördraget (nu artikel 249 tredje stycket EG) är att det i och för sig inte nödvändigtvis krävs en lagstiftningsåtgärd i varje enskild medlemsstat för att införliva ett direktiv.

²¹⁸ Seminarium 16 november 2006, Andrea Sundstrand

²¹⁹ Mål C-234/95 Europeiska gemenskapernas kommission mot Franska republiken, REG 1996, s. I-2415

²²⁰ Mål C-236/95 Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Grekland, REG 1996, s. I-4459

Särskilt kan förekomsten av allmänna principer i statsrätt eller förvaltningsrätt göra att ett införlivande genom särskilda lagstiftningsåtgärder är överflödigt. Detta förutsätter emellertid att dessa principer utgör en effektiv garanti för att nationella myndigheter faktiskt tillämpar direktivet fullt ut och att, i sådana fall då direktivet syftar till att skapa rättigheter för enskilda, den rättsliga situation som följer av dessa principer är tillräckligt klar och precis, samt att de personer som berörs ges möjlighet att få full kännedom om sina rättigheter och, i förekommande fall, ges möjlighet att göra dem gällande vid de nationella domstolarna.²²¹ Denna rättspraxis har sedan bekräftats i en rad andra domar. Domstolen var dock i ett annat sammanhang tvungen att påpeka att "... för att säkerställa ett fullständigt genomförande av direktiven i rättsordningen och inte endast i praktiken, skall medlemsstaterna skapa en särskild rättslig ram inom området i fråga".²²² För Sveriges del handlar det nu inte om att vi inte har införlivat ett direktiv vars område inte tidigare finns reglerat på ett sätt som är i linje med vad som sägs i gemenskapen, eftersom LOU ju bygger på de gamla upphandlingsdirektiven. I det aktuella fallet handlar det istället om att Sverige inte har hunnit arbeta in förändringarna som finns i de nya direktiven. På så sätt skulle man kanske kunna tro att man skulle kunna hävda att vi inte ligger lika dåligt till som om det rörde ett område som inte tidigare finns reglerat på ett "gemenskapsmässigt" sätt.

Ser man emellertid till hur domstolen har dömt i mål C-43/97²²³ är chanserna små att Sverige skulle lyckas med denna argumentation. Målet rörde Italien, som inte i tid hade införlivat direktiv 93/36 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor. Italien erkände att man hade underlåtit att göra detta i tid, men hävdade att detta inte var särskilt allvarligt, eftersom de grundläggande bestämmelserna om upphandling av varor redan var en del av den italienska lagstiftningen, då landet införlivat det direktiv som föregick direktiv 93/36, dvs. direktiv 77/62. Domstolen godtog inte detta, eftersom direktiv 93/36 innehöll nya skyldigheter som medlemsstaten var försenade med att införliva.

Det man däremot kanske med framgång skulle kunna hävda är att LOU räcker för att uppfylla den rättspraxis som slogs fast i mål C-54/96, som sedan återigen slogs fast i mål C-76/97²²⁴, dvs. att nationell domstol måste kontrollera om relevanta nationella rättsregler gör det möjligt att ge enskilda rätt till en prövning av bestämmelserna som är aktuella i det fall man har för handen även om dessa regler i sig gäller ett direktiv som inte har införlivats inom tidsfristen. I LOU finns det ju faktiskt regler som ger enskilda rätt till prövning även av de bestämmelser som finns i nya Försörjningsdirektivet,

²²¹ Mål C-29/84, Kommissionen mot Tyskland, REG 1985, s.1661; svensk specialutgåva, volym 8, s. 211, p. 23, samt Mål C-96/95, Kommissionen mot Tyskland, REG 1997, s. I-1653, p. 35

²²² Mål C-339/87, Kommissionen mot Nederländerna, REG 1990, s. I-851, p. 25

²²³ Mål C-43/97, Europeiska gemenskapernas kommission mot Italienska republiken, REG 1997, s. I-4671

²²⁴ Mål C-54/96, Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH mot Bundesbaugesellschaft Berlin mbH, REG 1997, s. I-4961 samt Mål C-76/97, Walter Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, REG 1998, s. I-5357

eftersom organen som beskrivs i LOU kommer att vara de samma som i den nya lagen, åtminstone vad gäller inom sektorerna vatten, energi och transporter. Postsektorn är ju ändå ännu inte aktuell, eftersom Sverige kommer att använda sig av möjligheten att skjuta upp införandet av denna sektor.

Beträffande kravet på rättssäkerhet har domstolen fastslagit följande: "Således skall bestämmelser i ett direktiv genomföras med obestridligt bindande verkan samt på ett sådant tillräckligt tydligt, precist och klart sätt att kravet på rättssäkerhet uppfylls, vilket innebär att om direktivet syftar till att skapa rättigheter för enskilda skall mottagarna vara i stånd att känna till den fulla räckvidden av sina rättigheter".²²⁵ I sin dom i målet *Marleasing* bekräftade domstolen att en medlemsstats skyldighet att säkerställa att det syfte som fastställs i ett direktiv är bindande "åligger alla myndigheter i medlemsstaterna, även domstolarna inom ramen för deras behörighet. Härav följer att den nationella domstolen vid tillämpningen av nationell rätt, oavsett om det rör sig om bestämmelser som antagits före eller efter direktivet, är skyldig att i den utsträckning det är möjligt tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så att det resultat som avses i direktivet uppnås och därmed agera i överensstämmelse med detta."²²⁶ I målet *C-111/97 EvoBus Austria*, i vilket direktiv 92/13/EEG inte hade införlivats i tid av Österrike,²²⁷ sa domstolen vidare att om nationella bestämmelser inte kan tolkas på ett sätt som överensstämmer med direktiv 92/13, kan de berörda i enlighet med lämpliga förfaranden enligt nationell rätt begära ersättning för de skador som har orsakats av att direktivet inte har införlivats inom den föreskrivna fristen. "Berörda" torde innebära både leverantörer och upphandlande enheter.

För Sveriges del innebär detta att de upphandlande enheterna hamnar i en konstig sits. Om de inte upphandlar enligt Försörjningsdirektivet kan de bli stämnda av leverantörer. Domstolen har då att tolka de nationella bestämmelserna, dvs. LOU, på ett sätt som överensstämmer med Försörjningsdirektivet, vilket torde vara svårt i de fall det rör något som inte täcks av LOU, t ex kravet i Försörjningsdirektivet på att den upphandlande enheten skall ange tilldelningskriteriernas relativa inbördes betydelse för att ta något konkret. Om de inte tolkar reglerna på ett sätt som överensstämmer med vad som sägs i Försörjningsdirektivet kan leverantören begära skadestånd, vilket de också kan göra bara av det skälet att den upphandlande enheten faktiskt inte har viktat sina tilldelningskriterier på det sätt den skall. Den upphandlande enheten hamnar i kläm och kan bli skadeståndskyldig för något som egentligen är statens fel. Jag har inte hittat något rättsfall där en upphandlande enhet som själv har blivit stämnd av en leverantör för att den upphandlande enheten inte tillämpar ett direktiv sedan i sin tur stämmer staten, eftersom det är statens fel att den upphandlande enheten inte har följt direktivet, då staten inte i tid har införlivat detta, vilket har lett till att den

²²⁵ Mål C-197/96, Kommissionen mot Frankrike, REG 1997, s. I-1489, p. 15

²²⁶ Mål C-106/89 *Marleasing*, REG 1990, s. I-4135

²²⁷ Mål C-111/97, *EoBus Austria GmbH och Niederösterreichische Verkehrsorganisations GmbH*, REG 1998, s. I-5411

upphandlande enheten blev stämd en leverantör. Fallen som finns handlar antingen om en upphandlande enhet som har stämt staten för att denna har införlivat ett direktiv fel, eller underlåtit att göra det och detta har lett till att den upphandlande enheten har hamnat i en sämre situation än sina konkurrenter (denna stämning har då inte föregåtts av att den upphandlande enheten själv har blivit stämd av en leverantör), eller om att en leverantör har stämt en upphandlande enhet för att denne inte har följt direktivet (som då har varit införlivat på ett riktigt sätt i den aktuella medlemsstaten). I båda typerna av fall har sedan den nationella domstolen till vilken stämningen inkom begärt att EG-domstolen skall meddela ett förhandsavgörande.

De upphandlande enheter som inte själva borde kunna väcka talan mot staten, då de själva mer eller mindre är utlöpare av staten, t ex myndigheter, hamnar i en dålig sits. Samtidigt är dessa ju som sagts ovan just utlöpare av staten och får väl då så att säga ”skylla sig själva”. Sämst är det för offentliga företag som hamnar i LOU p.g.a. att staten kan anses ha ett direkt eller indirekt inflytande över dem. Dessa företag kan ju faktiskt verka på konkurrensutsatta marknader och i allt övrigt vara som vilka andra företag som helst.

6.1.5 Möjlighet att erhålla skadestånd av staten

Vad gäller möjligheten att erhålla skadestånd av staten kan man utläsa följande av Frankovich-målet: ”Om en medlemsstat åsidosätter skyldigheten enligt artikel 189 tredje stycket i fördraget att vidta alla de åtgärder som är nödvändiga för att uppnå det resultat som förskrivs i ett direktiv, förutsätter denna gemenskapsrättsliga regels fulla verkan att rätt till skadestånd föreligger när tre villkor är uppfyllda, nämligen för det första att det resultat som föreskrivs i direktivet innebär att enskilda tilldelas rättigheter och för det andra att innehållet i dessa rättigheter kan utläsas på grundval av direktivets bestämmelser [d.v.s. att överträdelsen skall vara tillräckligt klar] samt för det tredje att det föreligger [direkt] orsakssamband mellan överträdelsen av statens skyldighet och den skada som de drabbade har lidit.”²²⁸. Detta bekräftas av BT-målet²²⁹ som rörde frågan huruvida BT hade rätt att få skadestånd då den brittiska regeringen enligt BT inte hade införlivat Direktiv 90/531/EEG på ett riktigt sätt, vilket hade gjort att BT, enligt dem själva, hade lidit skada.

I Haim-målet²³⁰ framgår vidare att de tre förutsättningar som räknas upp ovan måste vara uppfyllda såväl när den skada för vilken ersättning begärs orsakats av att medlemsstaten har underlåtit att agera - till exempel när den inte har införlivat ett gemenskapsdirektiv (som i Sveriges fall) -

²²⁸ Förenade målen C-6/90 och C-9/90, Frankovich mfl. REG 1991, s. I -5357

²²⁹ Mål C-392/93 The Queen mot H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications Plc. REG 1996, s. I-1631

²³⁰ Mål C-424/97 Salome Haim mot Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordshein, Begäran om förhandsavgörande Rättsfallssamling 2000, s. I-05123

som när skadan orsakats av lagstiftning eller ett förvaltningsbeslut, vilka strider mot gemenskapsrätten, oavsett om nämnda lagstiftning eller förvaltningsbeslut har antagits respektive fattats av medlemsstaten själv eller av ett offentligt organ som i juridisk mening är oberoende av staten.²³¹ Vad gäller kravet på att överträdelsen skall vara ”tillräckligt klar” framgår av punkt 43 i Haim-målet att hänsyn skall tas till ”alla kriterier som kännetecknar situationen. Till dessa kriterier hör särskilt den överträdde bestämmelsens grad av klarhet och precision, överträdelsens eller den vållade skadans avsiktliga eller oavsiktliga karaktär, den ursäktliga eller ousäktliga karaktären av en eventuell rättsvillfarelse, den omständigheten att en av en gemenskapsinstitution intagen ståndpunkt har kunnat bidra till antagandet eller upprätthållandet av bestämmelser eller nationell praxis som strider mot gemenskapsrätten”

Som sagts ovan har ingen prövning skett i Sverige, så det är svårt att sia om utgången av en sådan. Om en stämning inkommer beror utgången också mycket på vilken bestämmelse i Försörjningsdirektivet som man anses ha brutit emot, dvs. om denna har direkt effekt eller ej. Vad gäller överträdelsens karaktär, så kan man nog sluta sig till att denna kommer att bedömas som avsiktlig, med tanke på utgången i de mål som har gällt medlemsstaternas underlåtenhet att införliva direktiven. I samtliga fall där tidsfristen har löpt ut har medlemsstaterna fällts, oberoende av vilka ursaker eller förklaringar medlemsstaterna har haft.

6.2 Avslutning – vad händer i framtiden?

Härmed lämnar jag detta ämne, med att slutligen återigen konstatera att den situation som Sverige och alla inblandade parter befinner sig i just nu är mycket märklig och komplicerad och man får bara hoppas att inget krut sparas på att så snabbt som möjligt få de nya svenska lagarna på plats. Vad gäller försörjningssektorerna i stort kan sägas att det nog ligger mycket i det som Andrea Sundstrand har sagt att de enheter som återfinns här från början utgjorde respektive medlemsstats nationella stoltheter och att det således bara gick att få dessa in under en gemensam kontroll genom att erbjuda ett regelverk som var något ”lindrigare”, vilket skulle innebära att det egentligen inte finns någon annan anledning än kanske historiskt arv för att bibehålla denna möjlighet till särreglering som försörjningssektorerna åtnjuter. Med den avreglering som har skett inom andra områden än de som faller in under försörjningssektorerna, t ex sjukvården, som ju anses tillhöra den klassiska sektorn, är det befogat att diskutera om även andra verksamheter skulle kunna leta sig in i Försörjningsdirektivet, beroende på att konkurrensläget även på andra marknader än de som ursprungligen tillhör direktivets ”upptagningsområde” också förändras och öppnas upp. Det skall bli intressant att se om man på sikt kanske faktiskt finner helt andra typer av verksamheter i Försörjningsdirektivet, eller om vissa

²³¹ Ovan angivna mål, p. 37

verksamheter av sin natur alltid kommer att ligga kvar. Kanske kommer Försörjningsdirektivet rent av att ersättas av någon slags ”utfasningsdirektiv, där verksamheter som är på väg att avregleras hamnar i väntan på att dessa skall vara fullt avreglerade och således inte längre behöva omfattas alls, oberoende av vilken verksamhet som utövas. Detta torde ju verkligen vara något som är att eftersträva i arbetet med att uppnå den fria inre marknaden. Å andra sidan kanske det faktiskt förhåller sig så med upphandlingar som görs av myndigheter att det finns fog för att dessa regleras lite striktare eftersom offentliga myndigheter på grund av sin karaktär kan agera av andra skäl än rent ekonomiska, även om de faktiskt agerar på en marknad som är direkt konkurrensutsatt. Dessa myndigheter kan också på ett helt annat sätt vältra över kostnader på konsumenten, t ex genom högre sjukvårdstaxor, vilket gör att de inte har samma press på sig att göra bra inköp. Och det är väl detta senare vi skall komma ihåg, att direktivets syfte faktiskt är att se till att de inköp som görs av enheter som på något sätt är förknippade med staten görs på ett sätt som överensstämmer med gemenskapens grundläggande principer och att detta i mångt och mycket är just det samma som att göra bra inköp.

Käll- och litteraturförteckning

Svensk rätt

1. Kommittébetänkanden

SOU 2005:22	Nya upphandlingsregler 1
SOU 2006:28	Nya upphandlingsregler 2
Dnr Fi2005/1694	Delbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004 (SOU 2005:22)

2. Propositioner

2001/02:142	med hänvisning till EG-domstolens dom i mål 302/86 kommissionen mot Danmark, REG 1988 s.4607
-------------	--

3. Övriga citerade lagförarbeten

Kommittédirektiv 2004:47	Genomförande av EG:s direktiv om offentlig upphandling och upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
Kommittédirektiv 2005:39	Tilläggsdirektiv till Upphandlingsutredningen 2004 (Fi 2004:04)
Lagrådsremiss 24 maj 2006	Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

EG-rätt

1. Rådets direktiv

Rådets direktiv 80/723/EEG	on the transparency of Financial relations between member states and public undertakings (OJ 1980 L 195/35)
Rådets direktiv 89/665/EEG	om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor, bygg- och anläggningsarbeten (rättsmedelsdirektiv I)
Rådets direktiv 90/531/EEG	om upphandlingsprocedurerna för enheter inom sektorerna vatten, energi, transport och telekommunikation
Rådets direktiv 92/13/EEG	om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport-, och telekommunikationssektorerna (rättsmedelsdirektiv II).
Rådets direktiv 92/44/EEG	on the application of open network provision to leased lines
Rådets direktiv 92/50/EEG	om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (gamla tjänstedirektivet)
Rådets direktiv 93/36/EEG	om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (gamla varudirektivet)
Rådets direktiv 93/37/EEG	om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (gamla byggdirektivet)

Rådets direktiv 93/38/EEG	om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport-, och telekommunikationssektorerna (gamla försörjningsdirektivet)
Rådets direktiv 97/52/EG	om ändring av direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av tjänster, varor samt bygg- och anläggningsarbeten.
Rådets direktiv 97/67/EG	om gemensamma regler för utvecklingen av gemenskapens inre marknad för posttjänster och för förbättring av kvaliteten på tjänsterna, (EGT L 15, 21.1.1998 s.14)
Rådets direktiv 98/4/EG	om ändring av direktiv 93/38/EEG om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi, transport och telekommunikationssektorerna.
Rådets direktiv 2002/39/EG	om ändring av direktiv 97/67/EG för att ytterligare öka konkurrensen inom postsektorn i gemenskapen., (EGT L176, 5.7.2002, s. 21-25)
Rådets direktiv 2004/17/EG	om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
Rådets direktiv 2004/18/EG	om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster
Rådets direktiv 2004:47/EG	Genomförande av EG:s direktiv om offentlig upphandling och

upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

2. KOM-dokument

KOM (87) 203 slutlig	Vitbok - Om slutförandet av den Inre marknaden
KOM (91) 476 slutlig	Grönboken om utvecklingen av posttjänster inom gemenskapen, (EGT C42, 15.2.1993, s.240)
KOM (93) 247 slutlig	Riktlinjer för utvecklingen av gemenskapens inre marknad för posttjänster
KOM (95) 227 slutlig	Kommissionens förslag till direktiv om gemensamma regler för utvecklingen av gemenskapens inre marknad för posttjänster och förbättring av kvaliteten på tjänsterna (EGT C 322, 2.12.1995, s. 22)
KOM (96) 583 slutlig	Grönbok – Offentlig upphandling inom Europeiska unionen – Överväganden inför framtiden
KOM (98) 143 slutlig	Kommissionens meddelande om offentlig upphandling i Europeiska Unionen
KOM (2000) 276 slutlig/2,	Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om samordning av förhållandena vid upphandling på områdena vatten, energi och transporter
KOM (2001) 566 slutlig	Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling

- KOM (2005) 568 slutlig Rapport om framsteg i arbetet med att upprätta den inre el- och gasmarknaden
- CC/92/24 (Rev.1) final Advisory Committee on Public Procurement "*Policy Guidelines on Non-Relevant Airport Activities under the "Utilities Directive"*" (of 11 November 1992)
- 98/C 39/02 Meddelande från kommissionen om tillämpningen av konkurrensreglerna inom postsektorn och om utvärderingen av vissa statliga åtgärder i samband med posttjänster, (EGT C 39, 6.2.1998, s 2-18)
- 93/676/EC Commission Decision of 10 December 1993 establishing that the exploitation of geographical areas for the purpose of exploring for or extracting oil or gas does not constitute in the Netherlands an activity defined in Article 2 (2) (b) (i) of Council Directive 90/531/EEC and that entities carrying on such an activity are not to be considered in the Netherlands as operating under special or exclusive rights within the meaning of Article 2 (3) (b) of the Directive (Only the Dutch text is authentic) (Nederländerna)
- 97/367/EG: Kommissionens beslut av den 30 maj 1997 om att utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att undersöka förekomsten av eller utvinna olja eller gas inte i Förenade kungariket är en av de verksamheter som anges i artikel 2.2 b i rådets direktiv 93/38/EEG och att enheter som bedriver sådan verksamhet inte i Förenade kungariket skall anses åtnjuta särskilda rättigheter eller ensamrätt enligt artikel 2.3 b i samma direktiv (Endast den engelska texten är giltig)
- 2002/205/EG: Kommissionens beslut av den 4 mars 2002 avseende Österrikes ansökan om att få tillämpa de särskilda bestämmelser som avses i artikel 3 i direktiv 93/38/EEG
- CC/2004/33: Explanatory note – Utilities Directive, definition of exclusive or special rights. (I en fotnot sägs att dokumentet överensstämmer med Dokument CC/2004/33 av den 18 juni 2004)
- 2004/73/EG: Kommissionens beslut av den 15 januari 2004 om Tysklands ansökan om tillämpning av den särskilda bestämmelsen i artikel 3 i direktiv 93/38/EEG

2005/15/EG: Kommissionens beslut av den 7 januari 2005 om tillämpningsföreskrifter för det förfarande som föreskrivs i artikel 30 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

2006/211/EG: Kommissionens beslut av den 8 mars 2006 om fastställande av att artikel 30.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster skall tillämpas på elproduktionen i England, Skottland och Wales

2006/422/EG: Kommissionens beslut av den 19 juni 2006 om fastställande av att artikel 30.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster skall tillämpas på elproduktion och elförsörjning i Finland utom Åland

3. Övriga citerad lagförarbeten

Rådets resolution av den 7 februari 1994 om utvecklingen av gemenskapens inre marknad för posttjänster, EGT C 48, 16.2.1994, s.3-4

Litteratur

Arrowsmith, Sue (2005) *The Law of Public and Utilities Procurement*, uppl. 2, Sweet & Maxwell Limited, London, ISBN 0421 758503

Bernitz, Ulf, m.fl. (2000) *Finna rätt – Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, uppl. 6:1, Norstedts Juridik AB, Stockholm, ISBN 91-39-20251-8

Forsberg, Niclas (2004) *Offentlig upphandling i praktiken*, uppl. 3:1, Norstedts Juridik AB, Stockholm, ISBN 91-39-10701-9

Hentze, Margareta och Sylvén, Lars (1998) *Sveriges Rikes Lag Offentlig Upphandling, Lagbokskomentaren*, uppl. 1:2, Norstedts Juridik AB, Stockholm, ISBN 91-39-10081-2

Sundstrand, Andrea, (2006) *EG-domstolens domar om offentlig upphandling*, uppl. 1, Norstedts Juridik, Stockholm, ISBN 91-39-10743-4

Trepte, Peter-Armin (1993) *Public Procurement in the EC*, Commerce Clearing House Inc Editions Limited, Bicester, Oxfordshire,

Artiklar

Slavicek, Michael, *Upphandlingens olika ansikten*, I: Europarättslig tidskrift. 2002, s.15-34

Internet

<http://www.juridik.org/europrocure/sverigelag.html> 2006-10-20, 13:06

<http://www.mintc.fi/scripts/cgiip.exe/WService=lvm/cm/pub/showdoc.p?docid=2259&menuid=289> 2006-10-19, 12:54

<http://www.mintc.fi/scripts/cgiip.exe/WService=lvm/cm/pub/showdoc.p?docid=2259&menuid=289>

www.eu-upplysningen.se

Övrigt

NOU info sept -93 - dec 95

Kommerskollegium, Nutek, *Offentlig upphandling*, uppl. 1:1, Fritzes förlag AB, 1995 Stockholm, ISBN 91-38-92544-3

Rapport från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) avseende uppdraget från regeringen att utreda om statliga bolag tillämpar lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), 1998-11-30, 172/98-28 (NOU:s egen beteckning)

NOU Info- oktober 2003

NOU:s upphandlingskonferens, Oktober 2005, Kristian Pedersens föredrag om ”Den nya lagen för försörjningssektorerna”

Sundblom, Per-Arne, *Offentlig upphandling och konkurrens*, Konkurrensverket, 2006 Stockholm

Nyhetsbrev ProcureNews från Europrocure, nr 2 mars 2006

2006/C 270/05: Meddelande om ansökan enligt artikel 30 i direktiv 2004/17/EG (2006/C 270/05)

Seminarium den 16 november 2006 om ny lagstiftning om offentlig upphandling – Upphandling inom försörjningssektorerna. Hållet av Nohr-Con. Föredragshållare: Andrea Sundstrand

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från EG-domstolen

Mål C-29/84, Kommissionen mot Tyskland, REG 1985, s.1661; svensk specialutgåva, volym 8, s. 211

Mål C-31/87 Gebroeders Beentjes B.V. mot Nederländerna (REG 1988, s. 4635)

Mål C-339/87, Kommissionen mot Nederländerna, REG 1990, s. I-851

Mål C-106/89, Marleasing, REG 1990, s. I-4135

Mål C-247/89, Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Portugal, REG 1991, s. I-3659

Förenade målen C-6/90 och C-9/90, Frankovich mfl. REG 1991, s. I -5357

Mål C-41/90, Höfner mot Macrotron GmbH, Elser mot Macrotron GmbH, REG 1991, s. I-1979

Mål C-392/93 The Queen mot H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications Plc. ("BT")REG 1996, s. I-1631

Mål C-302/94 The Queen mot Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British Telecommunications Plc. REG 1996, s. I-6417

Mål C-96/95, Kommissionen mot Tyskland, REG 1997, s. I-1653

Mål C-234/95 Europeiska gemenskapernas kommission mot Franska republiken, REG 1996, s. I-2415

Mål C-236/95 Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Grekland, REG 1996, s. I-4459

Mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria mfl mot Strohal Rotationsdruck GesmbH (REG 1998, s. I-73)

Mål C-54/96, Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH mot Bundesbaugesellschaft Berlin mbH, REG 1997, s. I-4961

Mål C-197/96, Kommissionen mot Frankrike, REG 1997, s. I-1489

Mål C-353/96, Europeiska gemenskapernas kommission mot Irland (REG 1998, s. I-8565)

Mål C-360/96, Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden mot BFI Holding BV (REG 1998, s.I-6821)

Mål C-43/97, Europeiska gemenskapernas kommission mot Italienska republiken, REG 1997, s. I-4671

Mål C-76/97, Walter Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, REG 1998, s. I-5357

Mål C-111/97, EoBus Austria GmbH och Niederösterreichische Verkehrsorganisations GmbH, REG 198, s. I-5411

Mål C-424/97 Salome Haim mot Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordshein, Begäran om förhandsavgörande Rättsfallssamling 2000, s. I-05123

Mål C-380/98, The Queen mot H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge (REG 200, s. I-8035)

Mål C-223/99 och C-260/99, Agorà Srl och Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. Mot Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano och Ciftat Soc. Coop.art. (REG 2001, s. I-3605)

Mål C-470/99, Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH mot Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH (REG 2002, s. I-11617)

Mål C-513/99 Concordia Bus Finland Oy AB mot Helsingfors stad. (REG 2002, s.I-7213)

Mål C-283/00, Europeiska kommissionen mot Konungariket Spanien (REG 2003, s. I-11697)

Mål C-373/00, Adolf Truley GmbH mot Bestattung Wien GmbH(REG 2003 s. I-1931)

Mål C-18/01, Arkkitehtuuritoimisto Riita Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy och Rakennutta-jatoimisto Vilho Tervomaa mot Varkauden Taitotalo Oy (REG 2003, s. I-5321)

Rättsfall från förstainstansrätten

Mål T-319/99 Federacion Nacional de Empresas de Instrumentacion Cientifica Medica Tecnica y Dental (FENIN) mot de Europeiska gemenskaperna kommission REG 2003, s. II-357