



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Kristin Persson

Vinster i välfärden

En EU-rättslig analys av vinstbegränsningar i välfärdssektorn

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Hanna Pettersson

Termin: VT 2013

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1. INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte	4
1.3 Metod och teori	5
1.4 Forskningsläge	6
1.5 Material	7
1.6 Disposition	7
2. REGELVERKET	8
2.1 Det EU-rättsliga regelverket	8
2.1.1 Inledning	8
2.1.2 Primärrätten	8
2.1.3 Sekundärrätten	9
2.2 Det svenska regelverket	9
2.2.1 Inledning	9
2.2.2 Lagen om offentlig upphandling	10
2.2.3 Upphandlingsprocessen	11
3. VINSTBEGRÄNSANDE KRAV I PRAKTIKEN	12
3.1 Krav i den enskilda upphandlingen	12
3.1.1 Inledning	12
3.1.2 Förslaget	12
3.1.3 Fas i upphandlingen	12
3.1.4 Unionsrättens tillämplighet	13
3.1.5 Fri rörlighet för tjänster och etableringsfrihet	14
3.1.6 Potentiellt handelshindrande åtgärder	15
3.1.7 Inre marknadsstestet	15
3.1.7.1 Åtgärden ska tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt	17
3.1.7.2 Åtgärden ska vara motiverad av tvingande hänsyn till allmänintresset	18
3.1.7.3 Åtgärden ska vara lämplig för att uppnå det mål som eftersträvas	19
3.1.7.4 Åtgärden får inte gå utöver vad som är nödvändigt	20

3.2	Krav i lagstiftningen	21
3.2.1	Inledning	21
3.2.2	Förslaget	21
3.2.3	Krav på viss driftsform	21
3.2.4	Utformingen av det sociala trygghetssystemet	23
3.2.5	Unionens befogenheter	24
4.	ANALYS	26
BILAGA A.	MALMÖ STADS FÖRSLAG	29
BILAGA B.	LO:S FÖRSLAG	32
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING		35
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING		38

Summary

This thesis explores the possibility of reserving public contracts for social services to non-profit operators. In order to determine whether such a measure is in compliance with current EU legislation, the study firstly examines if contracting authorities are entitled to apply a non-profit requirement when it comes to awarding the *contract*, and secondly inquires whether there is a possibility for Member States to impose an equivalent requirement by adopting a *national law*. The analysis is based on two actual drafts that were recently submitted by the City of Malmö and the Swedish Trade Union Confederation (LO).

By way of introduction, the study points out that the award of social contracts falls outside the scope of the EU public procurement directives. However, if the contracts are of a certain cross-border interest, they are still subject to the fundamental freedoms and the general principles of EU primary law. Since public procurement involves provision of goods and services, requirements imposed by contracting authorities are assigned to the internal market. In this area, the actions of Member States have to be justified under the so-called internal market test. On the basis of the case law of the European Court of Justice, the study demonstrates that the Malmö City draft would comply with several of the relevant criteria set out in the test, however it would probably not be considered proportionate to its objective.

Concerning the possibility of adopting a non-profit requirement in the form of a national law, the overall question is whether such a measure should be assigned to the field of public health instead of being judged under the internal market test. In the field of public health, the Union has competence only to carry out actions to support, coordinate or supplement the actions of the Member States, which leaves the states a relatively wide discretion to adopt non-profit requirements. It is to be noted however, that this only applies if the measure is considered part of the social welfare system. When it comes to the Swedish Trade Union Confederation draft, such an interpretation might seem far-reaching. Therefore, it can be assumed that the Court of Justice would find the draft excessive to its objectives.

The conclusion to be drawn is that Member States, under certain specific conditions, are entitled to include non-profit requirements in procurements involving social services. However, such a restriction must be proportionate to its aim. Concerning the drafts submitted by the City of Malmö and the Swedish Trade Union Confederation, it is doubtful whether the demands would be judged acceptable under current EU rules.

Sammanfattning

Uppsatsen behandlar möjligheten att införa vinstbegränsande bestämmelser i samband med offentlig upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster. I syfte att fastställa huruvida en sådan åtgärd är förenlig med EU-rätten, undersöks dels vilket utrymme den upphandlande myndigheten har att uppställa ett krav om avsaknad av vinstsyfte vid tilldelningen av ett *enskilt kontrakt*, dels huruvida det är tillåtet för medlemsstaterna att införa motsvarande krav i den *nationella lagstiftningen* på området. Bedömningen sker utifrån två konkreta förslag som presenterades av Malmö stad respektive LO tidigare i år.

Inledningsvis konstateras att EU:s upphandlingsdirektiv inte är tillämpliga vid upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster, men att kontrakt som anses vara av intresse för leverantörer i andra medlemsstater omfattas av primärrättens bestämmelser om de fria rörligheterna och de allmänna rättsprinciperna. Eftersom offentlig upphandling avser anskaffning av varor och tjänster, hänförs krav i det enskilda kontraktet automatiskt till området för den inre marknaden. På den inre marknaden begränsas medlemsstaternas handlingsutrymme av det så kallade inremarknadstestet. Med stöd av EU-domstolens praxis konstateras att Malmö stads krav visserligen är förenligt med flera av testets kriterier, men att det sannolikt inte uppfyller kraven på proportionalitet.

Vad beträffar alternativet att införa motsvarande villkor genom en nationell lag, är det tänkbart att åtgärden, istället för att bedömas inom ramen för den inre marknaden, skulle hänföras till området för hälsoskydd. På området för hälsoskydd har unionen enbart stödjande, samordnande eller kompletterande befogenhet, vilket betyder att medlemsstaterna har relativt stora möjligheter att införa vinstbegränsande bestämmelser. En sådan bedömning förutsätter emellertid att LO:s förslag anses ingå i utformningen av det svenska välfärdssystemet. Mot bakgrund av hur förslaget är utformat, kan det inte uteslutas att bestämmelserna istället skulle hänföras till det upphandlingsrättsliga regelverket på den inre marknaden. Därmed skulle EU-domstolen sannolikt anse att också LO:s förslag går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet.

Slutsatsen av undersökningen är att det under vissa omständigheter är tillåtet för EU:s medlemsstater att införa krav om avsaknad av vinstsyfte vid tilldelningen av offentliga kontrakt på välfärdsområdet. I varje enskilt fall måste åtgärden emellertid uppfylla kraven på proportionalitet, något som kan ifrågasättas beträffande såväl Malmö stads som LO:s föreliggande förslag.

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslagen (2005:551)
CPV	Common Procurement Vocabulary
DN	Dagens Nyheter
EU	Europeiska unionen
EUT	Europeiska unionens (officiella) tidning
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
HSL	Hälso- och sjukvårdslagen (1982:763)
KL	Kommunallagen (1991:900)
KOM	Europeiska kommissionen
LO	Landsorganisationen i Sverige
LOU	Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
REG	Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt
RF	Regeringsformen (1974:152)
SFS	Svensk författningssamling
SoL	Socialtjänstlagen (2001:453)
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SSU	Sveriges socialdemokratiska ungdomsförbund
SvD	Svenska Dagbladet

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Frågan om vinster i den offentligt finansierade välfärdssektorn har den senaste tiden varit föremål för en omfattande debatt. I oktober förra året presenterade Socialdemokraterna ett förslag som innebar att det skulle vara möjligt för kommuner att rikta upphandlingar till enbart privata, kooperativa och ideella aktörer som saknade vinstsyfte.¹ Mot bakgrund av rapporten *Vinst och den offentliga tjänstemarknaden –en rättslig analys*², som doktoranden vid Uppsala universitet, tillika före detta SSU-ordföranden, Ardalan Shekarabi hade låtit publicera, menade Socialdemokraterna att en sådan ordning var förenlig med EU-rätten.³

Med anledning av Shekarabis rapport, bad företaget Almega AB, vars förbund organiserar arbetsgivarna inom tjänstesektorn, Andrea Sundstrand, doktor i offentlig rätt vid Stockholms universitet, avge ett rättsutlåtande angående frågan. I rapporten *Är det möjligt att ställa krav på driftsform i offentlig upphandling?*⁴, konstaterade Sundstrand, till skillnad från Shekarabi, att ett krav om avsaknad av vinstsyfte skulle strida mot EU-rättens bestämmelser.

Den direkta upprinnelsen till den här uppsatsen är emellertid två artiklar som LO respektive Almega lät publicera den 5 februari i år. I artikeln ”Välfärden är inte juristernas val”⁵, hävdade Claes-Mikael Jonsson och Dan Holke, båda jurister på LO, att det skulle vara fullt tillåtet för Sverige att hindra företag inom välfärdssektorn från att dela ut vinst. Samma dag framhöll Ulf Lindberg, näringspolitisk chef på Almega, i artikeln ”Oförenligt med EU-rätten hindra vinstbolag i välfärd”⁶, att såväl Socialdemokraterna som LO hade feltolkat EU-rätten.

1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen är att fastställa huruvida det är förenligt med EU-rätten att, i offentliga upphandlingsförfaranden avseende hälso- och sjukvårdstjänster, ställa upp kravet att enbart företag som saknar vinstsyfte får tilldelas kontraktet. För att besvara frågan, ska det undersökas dels om det är möjligt för en kommun att ställa upp ett krav om avsaknad av

¹ Socialdemokraterna, *Nationella kvalitetslagar*, 2012-10-26, s. 4.

² Shekarabi, Ardalan, *Vinst och den offentliga tjänstemarknaden –en rättslig analys*, Arena Idé, rapport 2012:15.

³ Socialdemokraternas förslag, s. 4.

⁴ Sundstrand, Andrea, *Är det möjligt att ställa krav på driftsform i offentlig upphandling?*, 2012-12-09 (cit. Sundstrand 2012b).

⁵ Jonsson, Claes-Mikael och Holke, Dan, ”Välfärden är inte juristernas val”, *SvD Brännpunkt*, 2013-02-05.

⁶ Lindberg, Ulf, ”Oförenligt med EU-rätten hindra vinstbolag i välfärd”, *DN Debatt*, 2013-02-05.

vinstsyfte vid tilldelningen av ett *enskilt kontrakt*, dels om det är tillåtet för medlemsstaterna att införa motsvarande krav i det *nationella regelverket* på området.⁷

Frågeställningen begränsas till möjligheten att ställa upp ett absolut krav om avsaknad av vinstsyfte. Undersökningen omfattar således inte möjligheten att särbehandla vinstdrivande företag på andra sätt, till exempel genom färre poäng i samband med anbudsvärderingen.

1.3 Metod och teori

För att fastställa huruvida det är rättsligt möjligt att i det *enskilda upphandlingsförfarandet* eller i den *nationella lagstiftningen* införa krav om avsaknad av vinstsyfte, ska två konkreta förslag analyseras. Det första förslaget, som presenterades av Malmö stad i mars i år, avser möjligheten att utesluta vinstdrivande aktörer i samband med tilldelningen av det *enskilda kontraktet*.⁸ Det andra förslaget, som lades fram av LO i januari i år, innebär att det i Sverige införs en *nationell lag* som begränsar välfärdsbolagens vinster.⁹

Bedömningen av förslagen sker stegvis, och bygger på en sammanställning av unionsrättsliga och svenska bestämmelser, EU-rättslig praxis och juridisk doktrin. Syftet är att fastställa huruvida kraven är förenliga med gällande rätt. Det bör uppmärksammas att den aktuella frågeställningen är av principiell karaktär. I vilken utsträckning nationella skyddsintressen kan motivera inskränkningar i den fria rörligheten, är en ständigt omdebatterad fråga. Medan en del författare anser att varors och tjänsters fria rörlighet bör vara överordnad medlemsstaternas sociala överväganden, förespråkar andra en mer kritisk hållning till EU-rättens krav.¹⁰ Motsättningen kommer tydligt till uttryck i de artiklar som Jonsson och Holke respektive Lindberg lät publicera. Den framgår också av Shekarabis och Sundstrands rättsutlåtanden. I syfte att tillföra uppsatsen ett samhällspolitiskt perspektiv, kommenteras och analyseras tillämpliga bestämmelser utifrån författarnas argument. Ansatsen är emellertid strikt rättslig; huruvida privata aktörer är goda leverantörer till den offentliga sektorn kommer således inte att utredas. Av arbeteekonomiska skäl diskuteras inte heller förslagens praktiska konsekvenser eller i vilken utsträckning det är önskvärt att upphandlingsförfarandet används som ett medel för att uppnå politiska mål.

⁷ Bakgrunden till att båda metoderna analyseras är att det i doktrinen råder delade meningar om huruvida implementerings sättet inverkar på EU-domstolens bedömning, se vidare avsnitt 3.2.5.

⁸ Det bör understrykas att Malmö stads krav inte utesluter vinstdrivande leverantörer i sig, utan endast stadgar att företagen inte får ha koppling till så kallade skatteparadis. Anledningen till att förslaget trots det ingår i undersökningen är att det var svårt att få tillgång till konkreta förslag från Sveriges kommuner. Förhoppningen är att förslaget likväl ska ge en förhållandevis god anvisning om hur EU-domstolen skulle bedöma ett krav om avsaknad av vinstsyfte i det enskilda kontraktet.

⁹ I den följande framställningen likställs LO:s krav om vinstbegränsning med krav om avsaknad av vinstsyfte.

¹⁰ Se t ex Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, Mölnlycke 2010, s. 270 och 290-291.

1.4 Forskningsläge

Frågan om vinster i välfärdssektorn har även tidigare varit föremål för diskussion.¹¹

Frågeställningen avhandlades till exempel i den statliga Upphandlingskommitténs slutbetänkande från 2001.¹² Kommittén föreslog att det i samband med upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster skulle vara tillåtet för upphandlande myndigheter att ställa krav om avsaknad av vinstsyfte.¹³ Nämnden för offentlig upphandling delade emellertid inte kommitténs uppfattning,¹⁴ och förslaget resulterade inte i någon lagändring.¹⁵ Några år senare tog den statliga utredningen *Vårdens ägarformer- vinst och demokrati*, åter upp frågan till behandling. Utredningen förslog ändringar i HSL, som innebar att landstingen endast fick lämna över driften av sjukhus till aktörer som saknade vinstsyfte.¹⁶ Förslaget föranledde en lagändring som emellertid upphävdes år 2007.¹⁷

Vad beträffar lagstiftningsarbetet på EU-nivå, presenterade Europeiska kommissionen i slutet av 2011 förslag till ändringar av upphandlingsdirektiven.¹⁸ Enligt förslagen ska hälso- och sjukvårdstjänster, på grund av sin känsliga natur, omfattas av ett särskilt förfarande som inte kräver konkurrensutsättning.¹⁹

Bortsett från kommissionens lagförslag, verkar debatten om vinster i välfärden framförallt vara en svensk företeelse.²⁰ Frågan om vinstbegränsningar i samband med upphandling av välfärdstjänster har aldrig varit föremål för prövning i EU-domstolen,²¹ och överhuvudtaget tycks det finnas få domar som har relevans för frågan.²²

Framträdande författare på området för offentlig upphandling är Sue Arrowsmith, Peter Trepte och Christopher Bovis.²³ I Sverige har regelverket behandlats av bland andra Andrea Sundstrand, Jan-Erik Falk och Kristian Pedersen.

¹¹ För en översikt, se bilaga 20 till SOU 2013:12 *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*.

¹² SOU 2001:31 *Mera värde för pengarna*.

¹³ SOU 2001:31, s. 208. Upphandlingskommittén ansåg att upphandlande myndigheter borde kunna kräva att leverantören inte skulle vara ett renodlat kommersiellt företag med vinstsyfte.

¹⁴ NOU:s yttrande dnr 2001/0094-22, s. 10.

¹⁵ Bilaga 20 till SOU 2013:12, s. 4.

¹⁶ SOU 2003:23 *Vårda vården – samverkan, mångfald och rättvisa*, s. 155.

¹⁷ Bilaga 20 till SOU 2013:12, s. 4.

¹⁸ Se kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011)0896 slutlig, 20.12.2011). Se även Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Stockholm 2012 (cit. Sundstrand 2012a), s. 77.

¹⁹ Sundstrand, 2012b, avsnitt 5. Förslagen behandlas för närvarande av EU:s medlemsstater.

²⁰ Jfr bilaga 11 a) till SOU 2013:12, s. 6. Frågan har dock aktualiserats i norsk lagstiftning, se bilaga 20 till SOU 2013:12, s. 4.

²¹ Bilaga 20 till SOU 2013:12, s. 5. Vissa författare menar emellertid att domstolens avgörande i mål C-70/95, *Sodemare* avsåg vinstbegränsningar i offentliga upphandlingar, se t ex Shekarabi, s. 10-11.

²² Jfr bilaga 11 a) till SOU 2013:12, s. 6.

²³ Se Sundstrand 2012a, s. 59, not 233; Bernitz och Kjellgren, s. 373, not 144.

1.5 Material

Mot bakgrund av att Sverige tycks vara relativt ensamt om den aktuella frågeställningen,²⁴ utgår uppsatsen i första hand från svenskt material i kombination med EU-domstolens praxis.

Vad beträffar det svenska materialet, har stor vikt lagts vid att det ska vara aktuellt. I mars 2013 presenterade Upphandlingsutredningen sitt slutbetänkande *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*²⁵. Då utredningens uppdrag bestod i att granska det upphandlingsrättsliga regelverket ur ett ekonomiskt och samhällsligt perspektiv,²⁶ är betänkandet av stort intresse för den föreliggande framställningen.

Vid sidan av betänkandet, utgör Andrea Sundstrands avhandling *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*²⁷ från 2012 ett viktigt bidrag till uppsatsen.²⁸

Vad gäller de konkreta förslag som ingår i undersökningen, omnämndes Malmö stads förslag i en artikel²⁹ i *Sydsvenskan* tidigare i år. De detaljerade uppgifterna återfinns emellertid i en tjänsteskrivelse³⁰ som begärdes ut från Malmö stads stadskontor den 17 april 2013. Vad beträffar LO:s förslag³¹, publicerades det på organisationens hemsida den 15 januari 2013. Båda förslagen bifogas som bilagor till den här uppsatsen.

1.6 Disposition

Inledningsvis presenteras det EU-rättsliga och svenska regelverket för upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster. I anslutning till introduktionen, ges en kort redogörelse för tillhandahållandet av välfärdstjänster samt de olika faserna i upphandlingsförfarandet. Därefter följer ett utredande avsnitt som, med utgångspunkt i Malmö stads och LO:s förslag, behandlar möjligheterna att införa vinstbegränsande bestämmelser i den enskilda upphandlingen, respektive i det nationella regelverket på området. Slutligen analyseras vilken betydelse implementeringssättet har för en eventuell EU-rättslig prövning.

²⁴ Det kan konstateras att varken Bovis eller Trepte behandlar den aktuella frågan eller något av de relevanta rättsfallen i sina respektive verk, se Bovis, Christopher, *EU public procurement law*, Cheltenham 2012; Trepte, Peter, *Public Procurement in the EU: a practitioner's guide*, Oxford 2007.

²⁵ SOU 2013:12 *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*.

²⁶ SOU 2013:12, s. 33 och 55.

²⁷ Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Stockholm 2012.

²⁸ Sundstrand är även författare till den rättsutredning som författades på uppdrag av Almega. I den följande undersökningen förutsätts Sundstrands avhandling vara neutral medan hennes rättsutlåtande i första hand betraktas som ett debattinlägg.

²⁹ Pedersen, Hermod, ”Vinst i vården kan inte stoppas”, *Sydsvenskan*, 2013-04-10.

³⁰ Malmö stad stadskontoret, *Tjänsteskrivelse - Uppdrag att utreda möjligheten till insyn i leverantörs ekonomiska förhållanden vid tjänsteupphandling avseende skattefinansierad verksamhet inom välfärdssektorn*, 2013-04-04. Se bilaga A till den här uppsatsen.

³¹ Landsorganisationen i Sverige, *Lag om begränsning av värdeöverföringar vid skattefinansiering*, bilaga 1 till *Åtgärder för att begränsa vinst i välfärden*, rapport 2013:1. Se bilaga B till den här uppsatsen.

2 Regelverket

2.1 Det EU-rättsliga regelverket

2.1.1 Inledning

EU-rätten delas in i primärrätt och sekundärrätt. Indelningen speglar den normhierarki som råder mellan olika regelverk. Primärrätten befinner sig högst upp i den europeiska rättsordningen och har därmed företräde framför sekundärrätten.³² Till primärrätten hör EU:s två grundläggande fördrag: unionsfördraget (FEU) och funktionsfördraget (FEUF).³³ Sekundärrätten består av den lagstiftning, främst i form av förordningar, direktiv och beslut,³⁴ som utfärdas av EU:s institutioner.³⁵ Genom sitt medlemskap i Europeiska unionen, har Sverige åtagit sig att iaktta det unionsrättsliga regelverket.³⁶

2.1.2 Primärrätten

Funktionsfördraget, som närmare reglerar verksamheten inom EU,³⁷ saknar särskilda regler för offentlig upphandling.³⁸ Eftersom offentlig upphandling innebär anskaffning av varor och tjänster, aktualiseras emellertid bestämmelserna om de fria rörligheterna³⁹. Artiklarna härrör från förbudet mot diskriminering^{40, 41} och utgör i sin tur grunden för de allmänna rättsprinciper som enligt EU-domstolen har störst betydelse på upphandlingsområdet: principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet, principen om öppenhet, principen om proportionalitet och principen om ömsesidigt erkännande.⁴²

³² Falk, Jan-Erik, *Lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – en kommentar*, Stockholm 2010, s. 36 och s. 43-44.

³³ Fördragen trädde i kraft den 1 december 2009 genom Lissabonfördraget av den 13 december 2007 om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen, se Sundstrand 2012a, s. 34, not 58. Följande hänvisningar sker utifrån Sieps sammanställning, *Lissabonfördraget. Konsoliderad version av EU:s fördrag*, Norhaven 2010.

³⁴ Artikel 288 FEUF.

³⁵ Bernitz och Kjellgren, s. 30.

³⁶ Falk, s. 34. Se dock Jonsson och Holke, ”Välfärden är inte juristernas val”, där författarna gör gällande att det nationella handlingsutrymmet påverkas av medlemsstaternas eget agerande. Författarna anser därför att svenska politiker bör inta en mer kritisk hållning till EU-rättens krav. Jfr Lindberg, ”Frågan om välfärden både juridisk och politisk”, *SvD Opinion*, 2013-02-06, där Lindberg skriver att Jonssons och Holkes försök att förminska EU-rättens betydelse sker mot bättre vetande. Enligt Lindberg har EU:s grundprinciper varit av avgörande betydelse för utvecklingen inom unionen.

³⁷ Artikel 1.1 FEUF.

³⁸ Bernitz och Kjellgren, s. 374.

³⁹ Se artikel 34 (varor), artikel 49 (etableringar) och artikel 56 (tjänster) FEUF.

⁴⁰ Artikel 18 FEUF.

⁴¹ Sundstrand 2012a, s. 45.

⁴² Se skäl 2 i direktiv 2004/18/EG och 1 kap. 9 § LOU. Se även Sundstrand 2012a, s. 42.

2.1.3 Sekundärrätten

Bestämmelserna om de fria rörligheterna, utgör tillsammans med de allmänna rättsprinciperna, grunden för EU:s upphandlingsdirektiv⁴³.⁴⁴ Direktiv 2004/18⁴⁵, som reglerar upphandlingsförfarandet inom den så kallade klassiska sektorn⁴⁶, är av störst betydelse för den här undersökningen. I direktivet delas tjänster upp i A- och B-tjänster.⁴⁷ Offentlig upphandling av A-tjänster anses per definition vara av intresse för leverantörer i andra medlemsstater, och omfattas därför fullt ut av direktivet.⁴⁸ B-tjänster bedöms normalt vara mindre lämpade för gränsöverskridande handel, varför endast ett fåtal⁴⁹ av direktivets bestämmelser är tillämpliga.⁵⁰ Till B-tjänster hör bland annat hälso- och sjukvårdstjänster,⁵¹ vilka i den följande framställningen benämns välfärdstjänster⁵².

2.2 Det svenska regelverket

2.2.1 Inledning

I Sverige är det kommunerna och landstingen som ansvarar för tillhandahållandet av hälso- och sjukvårdstjänster.⁵³ Tjänsterna kan antingen utföras i egen regi eller överlämnas till privata aktörer.⁵⁴ När driften av offentligt finansierade välfärdstjänster överlämnas till privata vårdgivare sker det normalt genom att tjänsterna upphandlas.⁵⁵ I syfte att förhindra att offentliga medel används på ett otillbörligt sätt,⁵⁶ ska ett sådant förfarande följa bestämmelserna i det upphandlingsrättsliga regelverket.⁵⁷

⁴³ För en översikt över upphandlingsdirektiven, se Sundstrand 2012a, s. 59.

⁴⁴ Sundstrand 2012a, s. 60.

⁴⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

⁴⁶ Med den klassiska sektorn avses upphandlingar som genomförs av upphandlande myndigheter, det vill säga framförallt statliga och kommunala myndigheter samt offentligt styrda organ, se Sundstrand 2012a, s. 63.

⁴⁷ Se skäl 18 i direktiv 2004/18.

⁴⁸ Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder- en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, Stockholm 2011, s. 56-57.

⁴⁹ Framförallt bestämmelserna om tekniska specifikationer, se artikel 21 och 23 i direktiv 2004/18.

⁵⁰ Bovis, s. 371. Se även Sundstrand 2012a, s. 104.

⁵¹ I syfte att fastställa vilka tjänster som utgör A-tjänster respektive B-tjänster, har Europeiska kommissionen upprättat den s.k. CPV-nomenklaturen, se Sundstrand 2012a, s. 104.

⁵² Beträffande begreppet välfärdstjänster, se Shekarabi, s. 8 och Sundstrand 2012b, avsnitt 4.

⁵³ Se 2 kap. 1 § KL som reglerar den kommunala kompetensen. Ytterligare skyldigheter och befogenheter återfinns i speciallagar, t ex HSL och SoL. Se även SOU 2001:31, s. 94.

⁵⁴ Se 12 kap. 4 § 2 st. RF, där det stadgas att förvaltningsuppgifter kan överlämnas åt juridiska personer och enskilda individer. Se vidare 3 kap. 16 § 1 st. KL där det fastställs att kommuner och landsting kan överlämna vården av en kommunal angelägenhet till t ex ett bolag eller en ekonomisk förening. Innefattar uppgiften myndighetsutövning, krävs lagstöd.

⁵⁵ SOU 2003:23, s. 53. Jfr dock Shekarabi, s. 9.

⁵⁶ Pedersen, s. 30. Notera att samma syfte anges för att motivera inskränkningar i förfarandet, se avsnitt 3.1.7.2.

⁵⁷ Sundstrand 2012b, avsnitt 3.

2.2.2 Lagen om offentlig upphandling

Direktiv 2004/18 har införlivats i svensk lagstiftning genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).⁵⁸ Eftersom upphandlingsdirektiven, med undantag för ett fåtal procedurbestämmelser, inte omfattar upphandling av B-tjänster står det medlemsstaterna fritt att avgöra huruvida sådana tjänster ska regleras i den nationella rättsordningen.⁵⁹ Den svenska lagstiftaren har valt att införa bestämmelser om tilldelningar av kontrakt för B-tjänster, oavsett värde, i 15 kap. LOU.⁶⁰

Det kan diskuteras vilken rättslig status som bestämmelserna i 15 kap. LOU ska anses ha.⁶¹ Utgångspunkten är att regleringen av kontrakt för B-tjänster uteslutande omfattas av Sveriges beslutanderätt.⁶² EU-domstolen har emellertid fastställt att upphandling av B-tjänster, trots sin speciella natur, ibland kan vara av intresse för leverantörer i andra medlemsstater.⁶³

Upphandlingar som anses ha ett *bestämt gränsöverskridande intresse*,⁶⁴ omfattas i sin helhet av primärrättens bestämmelser om de fria rörligheterna och de allmänna rättsprinciperna.⁶⁵

Vidare har den svenska lagstiftaren valt att skriva in de allmänna principerna i LOU⁶⁶, vilket betyder att principerna är tillämpliga på *samtliga* svenska upphandlingar, även sådana som inte anses ha ett bestämt gränsöverskridande intresse.⁶⁷

Därutöver är vissa av reglerna i 15 kap. LOU direkt inspirerade av bestämmelserna i direktiv 2004/18.⁶⁸ EU-domstolen har fastställt att när en medlemsstat väljer att låta EU-rättsliga regler få större tillämpningsområde än vad unionsrätten kräver, det vill säga tillämpar *överskjutande implementering*,⁶⁹ ska reglerna tillämpas konformt med unionsrätten.⁷⁰ Syftet är att undvika situationer där tolkningen av samma begrepp skiljer sig åt.⁷¹ Det innebär att EU-domstolens domar, som framförallt avser det direktivstyrda området, ska beaktas också vid upphandling av välfärdstjänster.⁷²

⁵⁸ Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – en introduktion*, Malmö 2013 (cit. Sundstrand 2013), s. 40-41. Organisationer som omfattas av LOU benämns *upphandlande myndigheter*, se 2 kap. 19 § LOU.

⁵⁹ Sundstrand 2012a, s. 104.

⁶⁰ Sundstrand 2013, s. 41 och 57 och Falk, s. 59.

⁶¹ Se Falk, s. 459.

⁶² Sundstrand 2012b, avsnitt 7 och Shekarabi, s. 7-8.

⁶³ Se mål C-507/03, kommissionen mot Irland (An Post), punkt 25.

⁶⁴ Begreppet behandlas i avsnitt 3.1.4.

⁶⁵ Mål C-507/03, kommissionen mot Irland (An Post), punkt 29. Se även Sundstrand 2012a, s.105.

⁶⁶ 1 kap. 9 § LOU.

⁶⁷ Sundstrand 2013, s. 27 och 139.

⁶⁸ Falk, s. 59 och 459.

⁶⁹ Bernitz och Kjellgren, s. 173.

⁷⁰ Mål C-28/95, Leur-Bloem, punkt 32.

⁷¹ Mål C-28/95, Leur-Bloem, punkt 32. Se även Sundstrand 2012a, s. 87.

⁷² Falk, s. 459. Se även Shekarabi, s. 9-10, som tycks kritisk till en sådan ordning.

2.2.3 Upphandlingsprocessen

Upphandlingsförfarandet delas normalt in i olika faser:⁷³

1. Förberedelsefasen: Den förberedande fasen infaller innan upphandlingen påbörjas och innebär att den upphandlande myndigheten bestämmer *vad* som ska upphandlas.⁷⁴ Utifrån sina behov utformar den upphandlande myndigheten ett *förfrågningsunderlag* som innehåller samtliga krav och kriterier som har betydelse för upphandlingen.⁷⁵
2. Kvalificeringsfasen: I förfrågningsunderlaget får den upphandlande myndigheten uppställa krav på leverantörerna, så kallade *kvalificeringskrav*. Syftet med kraven är att fastställa en viss miniminivå för leverantörernas ekonomiska och yrkesmässiga kapacitet. I samband med kvalificeringsfasen utesluter den upphandlande myndigheten leverantörer som inte uppfyller de angivna kraven.⁷⁶
3. Utvärderingsfasen: I samband med anbudsvärderingen bestämmer den upphandlande myndigheten *vilket* av de godkända leverantörernas anbud som ska antas.⁷⁷ Bedömningen sker med hjälp av kriterier, så kallade *tilldelningskriterier*, som finns angivna i förfrågningsunderlaget.⁷⁸
4. Kontraktskrivningsfasen: Den upphandlande myndigheten har även möjlighet att uppställa villkor för *hur* den vinnande leverantören ska fullgöra kontraktet. Villkoren, som brukar benämnas *särskilda kontraktsvillkor*, är en förpliktelse som leverantören måste uppfylla efter att kontraktet har tilldelats.⁷⁹

Både Europeiska kommissionen och Upphandlingsutredningen framhåller att samhällspolitiska hänsyn kan beaktas i olika faser i upphandlingen.⁸⁰ Vad beträffar såväl Malmö stads som LO:s förslag, hänför sig kraven till upphandlingens *kvalificeringsfas*. Det innebär att den följande framställningen inte behandlar möjligheten att ställa krav om avsaknad av vinstsyfte i *andra faser* av upphandlingsprocessen, något som i och för sig får anses tänkbart med hänsyn till Upphandlingsutredningens slutbetänkande.⁸¹

⁷³ Se SOU 2001:31, s. 124.

⁷⁴ Pedersen, s. 141.

⁷⁵ Pedersen, s. 89.

⁷⁶ Pedersen, s. 112 och 122.

⁷⁷ Pedersen, s. 118.

⁷⁸ Sundstrand 2013, s. 157.

⁷⁹ Pedersen, s. 143.

⁸⁰ Se Europeiska kommissionen, *Socialt ansvarsfull upphandling - en handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling*, oktober 2010, s. 20-21 och SOU 2013:12, s. 380. Se även SOU 2001:31, s. 123.

⁸¹ Se SOU 2013:12, s. 381, där utredningen anser att främjandet av frivilligorganisationer och non-profitföretag kan utgöra ett samhällspolitiskt styrmedel. Se även bilaga 11 a) till SOU 2013:12, där utredningen behandlar möjligheten att beakta sociala hänsyn i olika faser av upphandlingen.

3 Vinstbegränsande krav i praktiken

3.1 Krav i den enskilda upphandlingen

3.1.1 Inledning

Följande avsnitt behandlar upphandlande myndigheters möjlighet att införa krav om avsaknad av vinstsyfte i det *enskilda kontraktet*. Förklaringen till att upphandlande myndigheter omfattas av primärrättens bestämmelser är att de ses som en del av staten.⁸²

3.1.2 Förslaget

I augusti 2012 uppdrog kommunstyrelsen i Malmö åt stadskontoret att undersöka möjligheterna för kommunen att, i samband med upphandling av skattefinansierad verksamhet i välfärdssektorn, ställa krav på insyn i leverantörernas ekonomiska transaktioner. Syftet var enligt kommunstyrelsen att undvika upphandling av företag med koppling till så kallade skatteparadis.⁸³ Stadskontoret gjorde dock bedömningen att ett sådant krav sannolikt skulle komma att underkännas vid en eventuell överprövning,⁸⁴ varför kommunstyrelsen i april 2013 beslutade att inte gå vidare med förslaget.⁸⁵ I sin bedömning hänvisade stadskontoret bland annat till Konkurrensverkets beslut⁸⁶ beträffande Kalmar kommuns upphandlingspolicy. Det aktuella beslutet avsåg ett villkor som Kalmar kommun tillämpade i sitt förfrågningsunderlag, och som innebar att potentiella leverantörer var tvungna att underteckna en uppförandekod som förbjöd all form av koppling till skatteparadis.⁸⁷ Konkurrensverket menade att ett sådant krav inte var förenligt med EU-rätten.⁸⁸

3.1.3 Fas i upphandlingen

Eftersom Malmö stads förslag begränsar potentiella leverantörers *faktiska möjlighet* att delta i kommunens upphandlingar, hänför sig kravet till upphandlingens kvalificeringsfas^{89, 90}. I LOU finns bestämmelser som innebär att den upphandlande myndigheten kan ställa krav på

⁸² Falk, s. 35.

⁸³ Malmö stads tjänsteskrivelse, s. 2. Se bilaga A till den här uppsatsen.

⁸⁴ Malmö stads tjänsteskrivelse, s. 3.

⁸⁵ Pedersen, Hermod, ”Vinst i vården kan inte stoppas”, *Sydsvenskan*, 2013-04-10.

⁸⁶ Konkurrensverket, *Kalmar kommuns upphandlingspolicy*, Beslut 2013-03-06, Dnr 72/2012.

⁸⁷ Konkurrensverkets beslut, s. 1.

⁸⁸ Konkurrensverkets beslut, s. 4-6.

⁸⁹ För en översikt över faserna i upphandlingsförfarandet, se avsnitt 2.2.3, särskilt punkt 2.

⁹⁰ Jfr Konkurrensverkets beslut, s. 3. Se även bilaga 11 a) till SOU 2013:12, s. 30.

leverantörernas ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet.⁹¹ Reglerna är emellertid inte tillämpliga vid upphandling av B-tjänster,⁹² vilket betyder att kvalificeringskrav avseende välfärdstjänster enbart omfattas av primärrättens bestämmelser.⁹³

3.1.4 Unionsrättens tillämplighet

En förutsättning för att primärrätten ska vara tillämplig är att det så kallade *samhandelskriteriet* är uppfyllt. Det betyder att den nationella åtgärden ska påverka, eller riskera att påverka, handeln mellan medlemsstaterna.⁹⁴ I annat fall rör det sig om rent interna angelägenheter, som inte omfattas av primärrättens bestämmelser.⁹⁵ Vad beträffar området för offentlig upphandling, har EU-domstolen fastställt att tilldelningar av kontrakt för B-tjänster omfattas av de grundläggande friheterna och de allmänna rättsprinciperna, om det föreligger ett *bestämt gränsöverskridande intresse*.⁹⁶ Sundstrand menar att begreppen samhandel och bestämt gränsöverskridande intresse sammanfaller.⁹⁷ Av EU-domstolens praxis framgår att ett bestämt gränsöverskridande intresse föreligger om kontraktet kan vara av intresse för leverantörer i andra medlemsstater.⁹⁸ Bedömningen ska bland annat ske utifrån det aktuella kontraktets värde⁹⁹ och den geografiska platsen för utförandet¹⁰⁰.¹⁰¹ Enligt Sundstrand är det sannolikt mycket få upphandlingar som inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse.¹⁰²

Omständigheter som emellertid kan medföra att ett sådant intresse *inte* föreligger, är att det ekonomiska värdet är mycket lågt,¹⁰³ eller att tjänsten ska tillhandahållas på ett visst språk.¹⁰⁴

Med hänsyn till att Malmö stads upphandling får anses uppgå till ett betydande ekonomiskt värde och dessutom kan vara av intresse för framförallt danska leverantörer, föreligger det med stor sannolikhet ett betydande gränsöverskridande intresse. Därtill kommer att danskar och svenskar förstår varandras språk, och således kan tillhandahålla tjänster över statsgränserna.

⁹¹ Se 11 kap. 2 § 1 st. LOU.

⁹² Se 15 kap. 2 § LOU.

⁹³ Pedersen, s. 113.

⁹⁴ Bernitz och Kjellgren, s. 233.

⁹⁵ Se t ex mål C-108/98, R.I.SAN, punkt 23.

⁹⁶ Mål C-507/03, kommissionen mot Irland (An Post), punkt 29.

⁹⁷ Sundstrand 2012a, s. 141.

⁹⁸ Mål C-507/03, kommissionen mot Irland (An Post), punkt 32.

⁹⁹ Mål C-160/08, kommissionen mot Tyskland, punkt 54.

¹⁰⁰ Förenade målen C-147/06 och C-148/06, SECAP och Santorso, punkt 24.

¹⁰¹ Sundstrand 2012a, s. 143-144.

¹⁰² Sundstrand 2012b, avsnitt 11.

¹⁰³ SOU 2013:12, s. 258.

¹⁰⁴ Sundstrand 2012a, s. 145.

3.1.5 Fri rörlighet för tjänster och etableringsfrihet

Efter att ha konstaterat att Malmö stads upphandling kan påverka handeln mellan medlemsstaterna och att primärrättens bestämmelser därmed är tillämpliga,¹⁰⁵ uppstår frågan om kvalificeringskravet ska anses utgöra en inskränkning i någon av de grundläggande friheterna. De primärrättsliga bestämmelser som aktualiseras vid upphandling av välfärdstjänster är etableringsfriheten i artikel 49 FEUF och friheten att tillhandahålla tjänster i artikel 56 FEUF.¹⁰⁶ Även om båda bestämmelserna ger uttryck för den allmänna principen om likabehandling,¹⁰⁷ skiljer sig deras tillämpningsområde betydligt åt. Medan etablering bygger på en varaktig närvaro i landet, förutsätts en tjänsteutövare ha sitt säte i en annan medlemsstat.¹⁰⁸ Det betyder att EU-domstolen vanligtvis är mer benägen att acceptera nationella inskränkningar på etableringsområdet än på tjänsteområdet.¹⁰⁹

Jonsson och Holke menar att det normalt är reglerna om etablering som ska tillämpas vid upphandling av välfärdstjänster.¹¹⁰ Författarnas slutsats stöds av EU-domstolens avgörande i målet *Sodemare*¹¹¹. I målet, som rörde utformningen av den italienska socialtjänsten, konstaterade domstolen att eftersom det utländska företaget stadigvarande och kontinuerligt deltog i Italiens näringsliv, aktualiserades bestämmelserna om etableringsrätt och inte bestämmelserna om tjänster.¹¹² I målet *Contse*¹¹³ gjorde domstolen emellertid en annan bedömning. I det aktuella avgörandet, som avsåg upphandling av sjukvårdstjänster, utgick domstolen från *både* etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster för att bedöma om åtgärderna utgjorde inskränkningar i de fria rörligheterna.¹¹⁴

Med stöd av EU-domstolens praxis, kan konstateras att *enbart* det faktum att det rör sig om upphandling av välfärdstjänster, inte medför att bedömningen ska ske utifrån den fria etableringsrätten. Vad beträffar Malmö stads upphandling, är det tänkbart att EU-domstolen i första hand skulle kontrollera om kraven utgjorde en begräsning av den fria etableringsrätten och i andra hand undersöka dem med utgångspunkt i den fria rörligheten för tjänster. Därmed är gränsdragningen mellan de två friheterna av mindre betydelse för den fortsatta utredningen.

¹⁰⁵ Notera att samhandelskriteriet används för att avgöra om unionsrätten överhuvudtaget är *tillämplig*, se Bernitz och Kjellgren, s. 242.

¹⁰⁶ Se mål C-234/03, *Contse*, punkterna 27 och 28. Se även Sundstrand 2012b, avsnitt 6.

¹⁰⁷ Mål C-234/03, *Contse*, punkt 36. Likabehandlingsprincipen behandlas i avsnitt 3.1.7.1.

¹⁰⁸ Bernitz och Kjellgren, s. 274-276.

¹⁰⁹ Bernitz och Kjellgren, s. 289.

¹¹⁰ Jonsson och Holke, "Välfärden är inte juristernas val". Författarna menar att eftersom reglerna om etablering är tillämpliga, gäller svenska regler fullt ut. Se även Shekarabi, s. 6.

¹¹¹ Mål C-70/95, *Sodemare*. Målet behandlas närmare i avsnitt 3.2.4.

¹¹² Mål C-70/95, *Sodemare*, punkt 24.

¹¹³ Mål C-234/03, *Contse*.

¹¹⁴ Mål C-234/03, *Contse*, punkterna 27 och 28.

3.1.6 Potentiellt handelshindrande åtgärder

Artikel 56 FEUF förbjuder åtgärder som utgör *inskränkningar* i friheten att tillhandahålla tjänster. I målet *Gebhard*¹¹⁵ fastställde EU-domstolen att bestämmelserna om den fria etableringsrätten och den fria rörligheten för tjänster är tillämpliga under förutsättning att den nationella åtgärden ”kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheter som garanteras av fördraget”¹¹⁶. I den följande framställningen används begreppet *potentiellt handelshindrande åtgärder*¹¹⁷ för att definiera åtgärder som omfattas av begreppet *inskränkningar* i friheten att tillhandahålla tjänster.

Enligt Sundstrand ska ”samtliga krav och kriterier som ställs vid tilldelningar av offentliga kontrakt som omfattas av primärrätten, anses utgöra inskränkningar av de grundläggande friheterna”¹¹⁸. Upphandlingsutredningen däremot, skiljer mellan upphandlingens olika faser.¹¹⁹ Enligt utredningen ska endast ”tillträdeskrav, dvs. sådana krav som begränsar leverantörernas möjligheter att överhuvudtaget delta i upphandlingen”¹²⁰ betraktas som potentiella handelshinder. Krav som däremot definierar *vad* den upphandlande myndigheten önskar köpa,¹²¹ eller villkor som reglerar *hur* den vinnande leverantören ska utföra uppdraget,¹²² omfattas enligt ett sådant synsätt inte av begreppet. Med hänsyn till att Malmö stads krav har klassificerats som ett kvalificeringskrav,¹²³ får det anses klarlagt att åtgärden utgör en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster enligt artikel 56 FEUF.

3.1.7 Inre marknadstestet

En förutsättning för att det ska vara tillåtet för medlemsstaterna att vidta potentiellt handelshindrande åtgärder, är att det aktuella lagstiftningsområdet inte är fullharmoniserat.¹²⁴

Vad beträffar det upphandlingsrättsliga regelverket, ses det som en del av den inre marknaden.¹²⁵ På den inre marknaden råder delad kompetens mellan unionen och

¹¹⁵ Mål C-55/94, *Gebhard*.

¹¹⁶ Cit. Mål C-55/94, *Gebhard*, punkt 37.

¹¹⁷ För terminologi, se bilaga 11 a) till SOU 2013:12, s. 7. Begreppet motsvarar varuområdets ”kvantitativa importrestriktioner med motsvarande verkan”, se Bernitz och Kjellgren, s. 282-283.

¹¹⁸ Cit. Sundstrand 2012a, s. 156. Se även Sundstrand 2012a, s. 224. Sundstrand ansluter sig därmed till det s.k. ”inre marknadsperspektivet”, se bilaga 11 a) till SOU 2013:12, s. 7.

¹¹⁹ Se SOU 2013:12, s. 388. För en översikt över faserna i upphandlingsförfarandet, se avsnitt 2.2.3.

¹²⁰ Cit. Bilaga 11 a) till SOU 2013:12, s. 30. Upphandlingsutredningen ansluter sig därmed till den grupp författare som menar att sociala hänsyn bör ha en jämbördig ställning med fri rörlighet för varor och tjänster, se bilaga 11 a) till SOU 2013:12, s. 8. Tillträdeskrav motsvarar kvalificeringskrav, se avsnitt 2.2.3 punkt 2.

¹²¹ Bilaga 11 a) till SOU 2013:12, s. 19. Köpkrav hänförs till förberedelsefasen, se avsnitt 2.2.3 punkt 1.

¹²² Bilaga 11 a) till SOU 2013:12, s. 30. Sådana villkor utgör särskilda kontraktsvillkor, se avsnitt 2.2.3 punkt 4.

¹²³ Se avsnitt 3.1.3.

¹²⁴ Bernitz och Kjellgren, s. 251. Se även bilaga 11 a) till SOU 2013:12, s. 4.

¹²⁵ Bernitz och Kjellgren, s. 373.

medlemsstaterna.¹²⁶ Det innebär att medlemsstaterna kan agera i den utsträckning som EU inte har tagit sin kompetens i anspråk. Allteftersom EU utnyttjar sin kompetens, till exempel genom att utfärda direktiv, är staterna emellertid skyldiga att träda tillbaka.¹²⁷ I vissa fall innefattar direktiven krav på fullharmonisering, vilket betyder att medlemsstaterna inte kan vidta potentiellt handelshindrande åtgärder överhuvudtaget.¹²⁸ Upphandlingsdirektiven utgör däremot minimidirektiv,¹²⁹ vilket innebär att det är möjligt för medlemsstaterna att införa nationella bestämmelser som går utöver EU:s krav.¹³⁰ Samma sak gäller på områden, såsom upphandling av B-tjänster, som inte alls är föremål för harmoniserande lagstiftning.¹³¹ Det finns med andra ord inte någon fullharmoniserande lagstiftning som *per se* hindrar Sverige från att vidta potentiellt handelshindrande åtgärder vid upphandling av välfärdstjänster.

Eftersom Malmö stads upphandling anses ha ett bestämt gränsöverskridande intresse,¹³² är bestämmelserna om den fria etableringsrätten och den fria rörligheten för tjänster tillämpliga. Medlemsstaterna har endast möjlighet att göra undantag från primärrättens bestämmelser om de fria rörligheterna i två fall, nämligen om det finns ett uttryckligt undantag i FEUF-fördraget¹³³ eller om åtgärden kan anses motiverad utifrån ett tvingande hänsyn till allmänintresset.¹³⁴ Undantagen i FEUF-fördraget kan åberopas för att rättfärdiga såväl diskriminerande som icke-diskriminerande handelshinder,¹³⁵ medan undantag med hänvisning till tvingande hänsyn enbart kan anges till stöd för icke-diskriminerande restriktioner.¹³⁷ I samtliga fall ska åtgärden vara proportionerlig.¹³⁸

Undersökningen av huruvida ovanstående kriterier är uppfyllda går i Upphandlingsutredningens slutbetänkande under benämningen *inremarknadstestet*.¹³⁹ Testet användes första gången i målet *Gebhard*¹⁴⁰ och genom domstolens avgörande i *Contse*¹⁴¹

¹²⁶ Se artikel 4.2 a) FEUF.

¹²⁷ Bernitz och Kjellgren, s. 26.

¹²⁸ Bernitz och Kjellgren, s. 379. Se även bilaga 11 a) till SOU 2013:12, s. 4.

¹²⁹ Sundstrand 2012a, s. 62 och 87.

¹³⁰ Bilaga 11 a) till SOU 2013:12, s. 4.

¹³¹ Bilaga 11 a) till SOU 2013:12, s. 10.

¹³² Se avsnitt 3.1.4.

¹³³ Se artikel 52 FEUF som anger hänsyn till allmän, moral, ordning och hälsa som möjliga undantagsgrunder (beträffande tjänster via hänvisningen i artikel 62 FEUF).

¹³⁴ Doktrinen om tvingande hänsyn har utvecklats i EU-domstolens praxis, se mål 120/78, Rewe Centrale (Cassis de Dijon), punkt 8. Se även Bernitz och Kjellgren, s. 259.

¹³⁵ Sundstrand 2012a, s. 148.

¹³⁶ Se artikel 52 FEUF, som anger att undantagen kan motivera ”särskild behandling av utländska medborgare”. För en definition av begreppet icke-diskriminerande, se avsnitt 3.1.7.1.

¹³⁷ Bernitz och Kjellgren, s. 250.

¹³⁸ Sundstrand 2012a, s. 150.

¹³⁹ Se SOU 2013:12 s. 389-390. Se även bilaga 11 a) till SOU 2013:12, s. 10-11.

¹⁴⁰ Mål C-55/94, Gebhard, punkt 37. Testet går även under benämningen ”Gebhard-testet”, se Bernitz och Kjellgren, s. 282.

¹⁴¹ Mål C-234/03, Contse, punkt 25.

utsträcktes det till att också omfatta krav och kriterier i offentliga upphandlingar.¹⁴² Av testet följer att en *potentiellt handelshindrande åtgärd*¹⁴³ är förenlig med primärrättens bestämmelser om den

1. tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt
2. är motiverad av tvingande hänsyn till allmänintresset
3. är lämplig för att uppnå målet som eftersträvas
4. inte går utöver vad som krävs för att uppnå det eftersträvade målet

Med hänsyn till att EU-domstolen i ett flertal fall¹⁴⁴ har tillämpat ovanstående kriterier för att bedöma medlemsstaternas åtgärder, sker den fortsatta bedömningen av Malmö stads kvalificeringskrav utifrån testets kriterier.

3.1.7.1 Åtgärden ska tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt

Principen om icke-diskriminering innebär att det är förbjudet att direkt eller indirekt diskriminera leverantörer på grund av deras nationalitet.¹⁴⁵ I likhet med artikel 49 och 56 FEUF är förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet ett särskilt uttryck för principen om likabehandling.¹⁴⁶ Likabehandlingsprincipen anses emellertid omfatta *alla* typer av särbehandling, varav diskriminering på grund av nationalitet endast är en variant.¹⁴⁷

Av EU-domstolens praxis framgår att ett kvalificeringskrav strider mot principen om icke-diskriminering om det är uppenbart att endast inhemska leverantörer kan uppfylla kravet eller om leverantörer från andra medlemsstater skulle ha svårigheter att uppfylla det.¹⁴⁸

Med hänsyn till att Malmö stads krav på full insyn omfattar samtliga leverantörer, oavsett nationalitet, innebär det inte någon direkt diskriminering av leverantörer från andra medlemsstater.¹⁴⁹ Kravet hade däremot varit att betrakta som direkt diskriminerande om enbart leverantörer med hemvist i vissa länder, såsom Luxemburg eller Cypern, hade

¹⁴² SOU 2013:12, s. 389-390.

¹⁴³ Notera att Malmö stads kvalificeringskrav har definierats som potentiellt handelshindrande, se avsnitt 3.1.6.

¹⁴⁴ Se t ex mål C-55/95, Gebhard, punkt 37; mål C-212/97, Centros, punkt 34; mål C-243/01, Gambelli, punkt 65 och mål C-234/03, Contse, punkt 25.

¹⁴⁵ Pedersen, s. 34.

¹⁴⁶ Mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 48.

¹⁴⁷ Mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 48. Se även Sundstrand 2012a, s. 44-45.

¹⁴⁸ Mål C-31/87, Beentjes, punkt 30. Se även Sundstrand 2012a, s. 45-46. Eftersom domen endast finns tillgänglig på engelska utgår ovanstående referat från Sundstrands översättning. Se vidare Konkurrensverkets beslut, s. 4, där verket framhåller att ett krav inte får försätta leverantörer från någon särskild medlemsstat i en mindre gynnsam situation än den som gäller för svenska leverantörer.

¹⁴⁹ Se Konkurrensverkets beslut, s. 4, där verket konstaterar att kravet på icke-koppling till skatteparadis inte innebär någon direkt diskriminering eftersom alla leverantörer träffas av kravet.

förpliktigats att redovisa sina ekonomiska transaktioner.¹⁵⁰ För att kravet därutöver inte ska strida mot förbudet mot indirekt diskriminering, torde Malmö stad inte kunna begära att leverantörerna ska registrera transaktionerna i en svensk databas eller att de aktuella uppgifterna ska översättas till svenska.¹⁵¹ I sin nuvarande lydelse får kravet emellertid anses godtagbart.

3.1.7.2 Åtgärden ska vara motiverad av tvingande hänsyn till allmänintresset

Eftersom Malmö stads kvalificeringskrav är att anse som icke-diskriminerande men likväl handelshindrande, är doktrinen om tvingande hänsyn tillämplig.¹⁵²

Malmö stad anger att syftet med kravet på full insyn är att undvika upphandling av företag med koppling till skatteparadis.¹⁵³ Stadens *motiv* sammanfaller därmed med de *kvalificeringskrav* som Kalmar kommun tillämpade i sitt förfrågningsunderlag. Kalmar kommun anförde att kraven bland annat syftade till att säkra en ansvarsfull förvaltning av skattemedel.¹⁵⁴ I sitt beslut, gjorde Konkurrensverket emellertid bedömningen att ”ett rättvisemotiv samt en vilja att agera moraliskt och etiskt riktigt”¹⁵⁵ inte kunde anses utgöra tvingande hänsyn till allmänintresset.

Av EU-domstolens praxis framgår att potentiellt handelshindrande åtgärder framförallt har godtagits på områden där maktbefogenheterna till övervägande del ligger hos medlemsstaterna.¹⁵⁶ Med hänvisning till att ”gemenskapsrätten inte innebär någon begränsning av medlemsstaternas behörighet att själv [sic!] utforma sina sociala trygghetssystem”¹⁵⁷ har domstolen bland annat godtagit sparande på offentliga resurser¹⁵⁸ och ekonomisk stabilitet i systemet för social trygghet¹⁵⁹ som tvingande hänsyn till allmänintresset.

¹⁵⁰ Jfr mål C-212/97, Centros, punkt 36, där en nationell åtgärd ansågs diskriminerande på grund av att utländska bolag omfattades av en annan lagstiftning än sina inhemska motsvarigheter.

¹⁵¹ Jfr Falk, s. 53-54. Se även mål C-234/03, Contse, punkt 37, där domstolen betonade att ett krav inte lättare ska kunna uppfyllas av inhemska näringsidkare, än av näringsidkare etablerade i en annan medlemsstat.

¹⁵² Se avsnitt 3.1.7. Se även Bernitz och Kjellgren, s. 259.

¹⁵³ Malmö stads tjänsteskrivelse, s. 1.

¹⁵⁴ Konkurrensverkets beslut, s. 4-5.

¹⁵⁵ Cit. Konkurrensverkets beslut, s. 5.

¹⁵⁶ Bernitz och Kjellgren, s. 259. Se även Jonsson och Holke, ”Välfärden är inte juristernas val”, där författarna menar att EU-domstolen har utvidgat sin kompetens till att omfatta områden som tidigare låg inom medlemsstaternas behörighet. Författarna anser dock att domstolen fortfarande är påtagligt accepterande vad gäller välfärdssektorn. Frågan diskuterar närmare i samband med analysen.

¹⁵⁷ Cit. Mål C-238/82, Duphar BV, punkt 16. Se även mål C-70/95, Sodemare, punkt 27 och mål C-120/95, Decker, punkt 21, där domstolen bekräftar sitt uttalande.

¹⁵⁸ Mål C-238/82, Duphar BV, punkterna 17 och 20. Se även Bernitz och Kjellgren s. 260, not 119.

¹⁵⁹ Mål C-120/95, Nicolas Decker, punkt 39.

Under förutsättning att Malmö stad åberopar skäl som har samband med den kommunala välfärden skulle kvalificeringskravet sannolikt anses motiverat utifrån ett tvingande allmänintresse. Det bör emellertid framhållas att den aktuella bedömningen enbart avser omfattningen av *begreppet* tvingande hänsyn till allmänintresset; huruvida kvalificeringskravet uppfyller övriga kriterier i inre marknads-testet avhandlas i det följande.¹⁶⁰

3.1.7.3 Åtgärden ska vara lämplig för att uppnå det mål som eftersträvas

De två sista momenten i inre marknads-testet motsvarar proportionalitetsprincipen.¹⁶¹

Vanligtvis sker proportionalitetsbedömningen i ett steg, genom att domstolen direkt prövar om åtgärden är nödvändig, utan att först bedöma dess ändamålsenlighet.¹⁶² I den föreliggande framställningen ska det emellertid inledningsvis undersökas om kravet är lämpligt.

EU-domstolen har fastställt att en åtgärd inte nödvändigtvis behöver medföra avsett resultat för att vara ändamålsenlig.¹⁶³ Däremot krävs det att upphandlingskrav, för att vara förenliga med principen om öppenhet, förenas med någon form av kontroll.¹⁶⁴ I syfte att garantera ett opartiskt förfarande, föreskriver principen om öppenhet en skyldighet för upphandlande myndigheter att lämna insyn.¹⁶⁵ För att Malmö stads kvalificeringskrav ska anses lämpligt för att undvika upphandling av bolag med koppling till skatteparadis, krävs således en definition av begreppen *koppling* och *skatteparadis*.¹⁶⁶

Även i det fall kravet förenas med en möjlighet till verklig kontroll, kan det emellertid ifrågasättas om leverantörernas avsaknad av koppling till skatteparadis bidrar till balans i det ekonomiska systemet och en effektiv förvaltning av skattebetalarnas pengar. Vilken effekt privata aktörer har på den svenska hälso- och sjukvården är framförallt en politisk fråga. Upphandlingsutredningen konstaterar i sitt slutbetänkande att forskningen på området är begränsad, men att kvalitetsbrister i samband med upphandling av välfärdstjänster framförallt är ett resultat av dåligt formulerade krav, oavsett i vilken form verksamheten bedrivs.¹⁶⁷

¹⁶⁰ Jfr mål C-234/03, Contse, punkt 40, där domstolen relativt omgående konstaterar att det föreligger tvingande hänsyn till allmänintresset *per se*. Se även Bernitz och Kjellgren, s. 287, där författarna menar att EU-domstolen ofta godtar det åberopade allmänintresset som en möjlig grund för undantag, vilket får till följd att proportionalitetsbedömningen blir avgörande. Jfr dock Sundstrand 2012a, s. 152, där författaren förordar en restriktiv tolkning av begreppet tvingande hänsyn till allmänintresset.

¹⁶¹ Sundstrand 2012a, s. 152.

¹⁶² Se t ex mål C-234/03, Contse, punkterna 43 och 45. Jfr dock C-212/97, Centros, punkterna 35 och 37. Se även Bernitz och Kjellgren, s. 119.

¹⁶³ Mål C-448/01, EVN Wienstrom, punkt 53.

¹⁶⁴ Mål C-448/01, EVN Wienstrom, punkterna 50 och 51. Se även Bovis, s. 421.

¹⁶⁵ Mål C-448/01, EVN Wienstrom, punkt 49. Se även Sundstrand 2012a, s. 46.

¹⁶⁶ Se Konkurrensverkets beslut, s. 6, där verket gör en liknande bedömning.

¹⁶⁷ Bilaga 20 till SOU 2012:13, s. 7. Som framhålls i inledningen, behandlar den här undersökningen inte eventuella för- och nackdelar med privata aktörer i vården.

3.1.7.4 Åtgärden får inte gå utöver vad som krävs för att uppnå det eftersträvade målet

Slutligen ska det undersökas om det aktuella kravet är nödvändigt för att uppnå det samhällspolitiska mål¹⁶⁸ som Malmö stad eftersträvar. Det betyder bland annat att samma mål inte ska kunna uppnås genom mindre begränsande åtgärder.¹⁶⁹

Upphandlingsutredningen framhåller att det i sammanhanget skulle vara mindre ingripande att, istället för att begränsa potentiella leverantörers *tillträde* till upphandlingen¹⁷⁰, ställa högre krav på *föremålet* för upphandlingen^{171 172}.

Även i EU-domstolens praxis märks en förhållandevis rigid syn på krav som inskränker potentiella leverantörers möjlighet att *delta* i förfarandet. I målet *Contse* bedömde EU-domstolen ett kvalificeringskrav, som innebar att anbudsgivarna var tvungna att förfoga över lokaler i den stad där tjänsten skulle tillhandahållas, som uppenbart oproportionerligt.¹⁷³

I målet *PreussenElektra*¹⁷⁴ bedömdes dock ett krav om att leverantörerna skulle köpa förnybar el från ett begränsat geografiskt område vara tillåtet, med hänvisning till att kravet ansågs bidra till att minska utsläppen av växthusgaser.¹⁷⁵ Av domstolens uttalanden, framgår att syftet med ett krav är avgörande för om åtgärden ska anses proportionerlig eller inte.¹⁷⁶

Det faktum att Malmö stads krav syftar till att uppnå vissa sociala mål inom ramen för det svenska välfärdssystemet, talar således för att det skulle godkännas av EU-domstolen vid en eventuell prövning. Å andra sidan kan anföras att kravet hänför sig till den mest ingripande fasen av upphandlingsförfarandet, kvalificeringsfasen. I enlighet med EU-domstolens praxis skulle det vara mindre begränsande att istället uppställa kravet i form av ett särskilt kontraktsvillkor¹⁷⁷ eller som ett tilldelningskriterium¹⁷⁸. I enlighet med det sagda får kravet anses gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet. Det betyder att Malmö stads förslag sannolikt inte skulle godkännas vid en EU-rättslig prövning.

¹⁶⁸ Malmö stad förutsätts har preciserat sitt syfte till att avse ekonomisk balans i det ekonomiska trygghetssystemet och en effektiv användning av offentliga medel.

¹⁶⁹ Se t ex mål C-234/03, *Contse*, punkt 67 och mål C-212/97, *Centros*, punkt 37.

¹⁷⁰ Utredningen syftar på kvalificeringsfasen, se avsnitt 2.2.3, punkt 2.

¹⁷¹ Utredningen syftar på förberedelsefasen, se avsnitt 2.2.3, punkt 1.

¹⁷² Bilaga 20 till SOU 2013:12, s. 7. Se även Davidsson, Kristina, ”Få möjligheter att stoppa skatteflykten”, *Skånskan*, 2013-04-09, där socialdemokratiska kommunalrådet i Malmö menar att kommunen genom att detaljreglera upphandlingen skulle kunna undvika upphandling av företag med stark inriktning på kostnadsminimering och vinst. Jfr dock Shekarabi, s. 17, där det betonas att detaljerade köpkrav riskerar att minska flexibiliteten och handlingsutrymmet i upphandlingsförfarandet.

¹⁷³ Mål C-234/03, *Contse*, punkt 43.

¹⁷⁴ Mål C-379/98, *PreussenElektra*.

¹⁷⁵ Mål C-379/98, *PreussenElektra*, punkterna 73 och 81.

¹⁷⁶ Se även Falk, s. 108-109.

¹⁷⁷ Mål C-234/03, *Contse*, punkt 54. Se avsnitt 2.2.3, punkt 4.

¹⁷⁸ Mål C-234/03, *Contse*, punkt 67. Se avsnitt 2.2.3 punkt 3. Notera att varken ett särskilt kontraktsvillkor eller ett tilldelningskriterium begränsar leverantörernas *tillträde* till förfarandet.

3.2 Krav i lagstiftningen

3.2.1 Inledning

I det här avsnittet ska utredas huruvida det är tillåtet för medlemsstaterna att införa krav om avsaknad av vinstsyfte genom en *nationell lag* på området. Det ska också diskuteras vilken betydelse implementeringssättet har för EU-domstolens bedömning.

3.2.2 Förslaget

Den 15 januari i år publicerade LO en rapport, *Underlagsrapport –begränsa vinst i välfärden*¹⁷⁹. I rapporten föreslår LO att det i Sverige införs en lag, *Lag om begränsning av värdeöverföringar vid skattefinansiering*¹⁸⁰. Enligt lagförslaget får kommunerna upphandla hälso- och sjukvårdstjänster, enbart under förutsättning att den som bedriver verksamheten inte tar ut en vinst som överstiger statslåneräntan med ett tillägg om en procentenhet.¹⁸¹ Vad beträffar verksamhet som bedrivs i bolagsform, är huvudregeln att bolaget måste klassificeras som ett så kallat samhällsaktiebolag.¹⁸² Kravet är emellertid inte absolut; under förutsättning att bolaget iakttar de föreskrivna vinstbegränsningarna kan kommunerna bevilja dispens.¹⁸³

3.2.3 Krav på viss driftsform

I den aktuella debatten förekommer olika åsikter om vilka EU-rättsliga bestämmelser som aktualiseras när vinstbegränsande bestämmelser införs i lagform.

Lindberg framhåller att en svensk reglering i enlighet med LO:s lagförslag skulle innebära att verksamhetsutövare diskriminerades på grundval av driftsform och ägarskap.¹⁸⁴ Även Sundstrand menar att en sådan lag skulle hindra en viss *kategori* av leverantörer från att delta i kommunens upphandlingar.¹⁸⁵ Både Lindberg och Sundstrand fokuserar med andra ord på att LO:s lagförslag särbehandlar vissa *associationsformer* i förhållande till andra. En sådan

¹⁷⁹ Rautio, Kjell; Bergold, Joa och Jonsson, Claes-Mikael, *Åtgärder för att begränsa vinst i välfärden*, Landsorganisationen i Sverige, rapport 2013:1.

¹⁸⁰ Bilaga 1 till LO:s rapport 2013:1. Se bilaga B till den här uppsatsen.

¹⁸¹ 1 och 3 §§ *Lag om begränsning av värdeöverföringar vid skattefinansiering*. I dagsläget innebär ett vinstuttag motsvarande statslåneräntan med ett tillägg om en procentenhet cirka 2,7 %, se Riksgäldens hemsida, 2013-05-17. Som angavs i inledningen likställs LO:s vinstbegränsning med ett krav om avsaknad av vinstsyfte.

¹⁸² 1 § 2 st. *Lag om begränsning av värdeöverföringar vid skattefinansiering*. LO:s lagförslag innehåller även en reviderad version av 32 kap. ABL. Av 32 kap. 2 § ABL (reviderad version) framgår att ett samhällsbolags syfte i bolagsordningen ska anges som *allmännyttigt*. Vidare ska verksamheten bedrivas på ett sätt som *främjar allmännyttan*.

¹⁸³ 4 § *Lag om begränsning av värdeöverföringar vid skattefinansiering*.

¹⁸⁴ Lindberg, ”Oförenligt med EU-rätten hindra vinstbolag i välfärd”.

¹⁸⁵ Sundstrand 2012b, avsnitt 10. Se även Sundstrand 2013, s. 153.

diskriminering menar de, är inte förenlig med bestämmelserna om de fria rörligheterna och de allmänna rättsprinciperna.¹⁸⁶

Till stöd för Lindbergs och Sundstrands tolkning, kan konstateras att EU-domstolen i ett antal fall har tagit ställning till nationella regelverk som utesluter leverantörer med hänvisning till deras rättsliga form.¹⁸⁷ Frågan var nyligen uppe till prövning i målen *CoNISMa*¹⁸⁸ och *Vivaio*¹⁸⁹ som avsåg upphandling av havsrelaterade tjänster¹⁹⁰ respektive jordbrukstjänster¹⁹¹. I domskälen konstaterade EU-domstolen att det enligt fast rättspraxis inte är tillåtet för medlemsstaterna att införa nationella bestämmelser som, enbart med hänvisning till juridisk form, utesluter leverantörer från offentliga upphandlingsförfaranden.¹⁹² Däremot, framhöll domstolen, har medlemsstaterna rätt att inom ramen för sin nationella lagstiftning hindra vissa kategorier av ekonomiska aktörer från att tillhandahålla en viss typ av tjänster.¹⁹³ Staterna kan till exempel förbjuda aktörer som inte har något vinstsyfte, såsom universitet eller forskningsinstitut, från att bedriva verksamhet som är oförenlig med deras institutionella syften och deras stadgar.¹⁹⁴

Med stöd av EU-domstolens uttalanden konstaterar Sundstrand följande:

Sammanfattningsvis kan således konstateras att det inte är möjligt att i offentliga upphandlingar som omfattas av unionsrätten hindra företag som bedriver en kommersiell verksamhet eller som har ett vinstsyfte att delta. Intressant nog är det istället möjligt att hindra vissa icke-kommersiella organ från att delta i offentliga upphandlingar.¹⁹⁵

Sundstrands slutats kan emellertid ifrågasättas. Både *CoNISMa* och *Vivaio* avsåg medlemsstaternas lagstiftningskompetens inom det direktivstyrda området.¹⁹⁶ Huruvida domstolens slutsatser också är tillämpliga på nationella regleringar som enbart omfattas av primärrättens bestämmelser framgår inte av avgörandet.

¹⁸⁶ Lindberg, ”Oförenligt med EU-rätten hindra vinstbolag i välfärd” och Sundstrand 2012b, avsnitt 11. Se även Sundstrand 2013, s. 153, där författaren framhåller att det inte är tillåtet att låta enbart en viss typ av leverantörer, t ex aktiebolag, lämna anbud.

¹⁸⁷ Se t ex mål C-357/06, *Frigerio Luigi & C*; mål C-305/08, *CoNISMa* och mål C-502/11, *Vivaio*.

¹⁸⁸ Mål C-305/08, *CoNISMa*.

¹⁸⁹ Mål C-502/11, *Vivaio*. Domstolens beslut finns idag (2013-04-19) endast tillgängligt på italienska och franska. Följande hänvisningar sker utifrån den franska versionen.

¹⁹⁰ Borrningar och provtagningar i havet, se mål C-305/08, *CoNISMa*, punkt 14.

¹⁹¹ *Les travaux de déplacement de terre, démolitions, terrassements m.m.*, se mål C-502/11, *Vivaio*, punkt 14.

¹⁹² Mål C-305/08, *CoNISMa*, punkt 39 och mål C-502/11, *Vivaio*, punkt 32.

¹⁹³ Mål C-305/08, *CoNISMa*, punkt 47 och mål C-502/11, *Vivaio*, punkt 36.

¹⁹⁴ Mål C-305/08, *CoNISMa*, punkt 48 och mål C-502/11, *Vivaio*, punkt 47.

¹⁹⁵ Cit. Sundstrand 2012b, avsnitt 10 *in fine*. Se även Lindberg, ”Oförenligt med EU-rätten hindra vinstbolag i välfärd”, där samma argument lyfts fram.

¹⁹⁶ Notera att havsrelaterade tjänster och jordbrukstjänster utgör A-tjänster, medan hälso- och sjukvårdstjänster utgör B-tjänster. Frågan behandlas närmare i samband med analysen.

3.2.4 Utformningen av det sociala trygghetssystemet

Medan Lindberg och Sundstrand fokuserar på att LO:s lagförslag särbehandlar aktörer med hänvisning till deras *juridiska form*, argumenterar Jonsson och Holke för att frågan handlar om hur den svenska *välferdssektorn* ska organiseras. Utifrån ett sådant perspektiv, menar författarna, är vinstbegränsande bestämmelser uteslutande en svensk angelägenhet.¹⁹⁷

Frågan om medlemsstaternas lagstiftningskompetens på välfärdsområdet prövades i målet *Sodemare*¹⁹⁸. Målet avsåg inte offentlig upphandling *per se*,¹⁹⁹ utan behandlade frågan om vinstbegränsande krav i den nationella hälso- och sjukvårdslagstiftningen.²⁰⁰ Bakgrunden till domen var att en region i Italien hade infört bestämmelser som reglerade utformningen av socialtjänsten. Både offentliga och privata företag kunde sluta avtal om att bedriva socialvård, men enbart företag utan vinstsyfte kunde erhålla ersättning ur allmänna medel.²⁰¹ I domskälen konstaterade EU-domstolen att unionsrätten, enligt fast rättspraxis, inte inkräktar på medlemsstaternas behörighet att utforma sina sociala trygghetssystem.²⁰² Därefter tillade domstolen att unionsrätten på sitt *aktuella stadium*²⁰³ inte hindrade att medlemsstaterna, i syfte att uppnå målsättningarna med det sociala systemet, ställde upp ett villkor om avsaknad av vinstsyfte.²⁰⁴

Utifrån EU-domstolens avgörande menar Shekarabi att det är tillåtet för medlemsstaterna att införa krav om avsaknad av vinstsyfte i samband med upphandling av välfärdstjänster.²⁰⁵ Sundstrand däremot, betonar att den italienska lagstiftningen inte hindrade företag med vinstsyfte från att delta i offentliga upphandlingar, utan enbart föreskrev att sådana företag inte kunde erhålla ersättning från det allmänna.²⁰⁶ Hon menar därför att slutsatserna i målet inte kan appliceras på *förhållanden som omfattas av unionens regelverk*.²⁰⁷

¹⁹⁷ Jonsson och Holke, ”Välferden är inte juristernas val”.

¹⁹⁸ Mål C-70/95, *Sodemare*.

¹⁹⁹ Se bilaga 20 till SOU 2013:12, s. 6, där Upphandlingsutredningen skriver: ”Som tidigare konstaterats uttalade sig EU-domstolen i *Sodemare* inte om likabehandlingsprincipen eller offentlig upphandling.” Vidare behandlas det aktuella avgörandet varken av Poulsen och Jakobsen, Falk eller Pedersen, vilket tyder på att det inte är ett upphandlingsrättsligt mål.

²⁰⁰ Bilaga 20 till SOU 2013:12, s. 6.

²⁰¹ Mål C-70/95, *Sodemare*, punkterna 13 och 21.

²⁰² Mål C-70/95, *Sodemare*, punkt 27. Jfr avsnitt 3.1.7.2, framförallt not 157.

²⁰³ Notera att domen meddelades år 1997. Det kan inte uteslutas att gällande rätt har förändrats det senaste decenniet. En del författare menar att alltför nationella regleringar med tiden har kommit att behöva rättfärdigas utifrån EU-rätten, se t ex Bernitz och Kjellgren, s. 270 och 290-291. Se även Jonsson och Holke, ”Välferden är inte juristernas val”, där artikelförfattarna gör gällande att EU-domstolen har utvidgat sin kompetens till att också omfatta det sociala området.

²⁰⁴ Mål C-70/95, *Sodemare*, punkt 32.

²⁰⁵ Shekarabi, s. 12 och 18. När Shekarabi refererar till ”redovisad praxis” får han anses syfta på avgörandet i *Sodemare* eftersom inget annat EU-rättsligt mål behandlas inom ramen för hans rättsutredning.

²⁰⁶ Sundstrand 2012b, avsnitt 8.

²⁰⁷ Sundstrand 2012b, avsnitt 8. Min kursivering.

3.2.5 Unionens befogenheter

Shekarabis och Sundstrands uttalanden visar på en tydlig skiljelinje. Medan Shekarabi anser att en nationell reglering i enlighet med LO:s lagförslag omfattas av Sveriges lagstiftningskompetens, förutsätter Sundstrand att situationen omfattas av unionsrätten. Sundstrand argumenterar *därefter* för att ett sådant krav inte är förenligt med primärrätten. Shekarabi och Sundstrand rör sig följaktligen i olika sfärer. Bilden bekräftas av Jonssons och Holkes uttalande: ”Välfärden är en nationell angelägenhet. Sverige har inte lämnat ifrån sig någon kompetens till EU vad gäller socialförsäkringar och välfärdssektorn.”²⁰⁸

Det bör framhållas att omfattningen av medlemsstaternas lagstiftningsmakt varierar mellan olika sakområden. På området för den inre marknaden råder, som tidigare nämnts,²⁰⁹ delad kompetens mellan EU och medlemsstaterna.²¹⁰ Vad beträffar området för hälsoskydd, har EU däremot endast befogenhet att vidta åtgärder för att stödja, samordna eller komplettera medlemsstaternas åtgärder.²¹¹ Det betyder att unionen ska respektera staternas befogenhet att själva besluta om sin hälso- och sjukvårdspolitik.²¹² Trots att det således ankommer på lagstiftaren i varje medlemsstat att reglera utformningen av det sociala trygghetssystemet,²¹³ har EU-domstolen fastställt att medlemsstaterna, i utövandet av sin behörighet, är skyldiga att respektera primärrättens bestämmelser om de fria rörligheterna.²¹⁴ Det faktum att nationella bestämmelser hänför sig till området för hälsoskydd, medför med andra ord inte att unionsrätten *saknar* betydelse.²¹⁵ Däremot bör medlemsstaterna tillerkännas en viss skönsmarginall att utifrån socio-kulturella överväganden fastställa nivån på hälsoskyddet.²¹⁶

Med hänsyn till den föreliggande kompetensfördelningen mellan unionen och medlemsstaterna, anser Upphandlingsutredningen att det skulle vara möjligt att införa vinstbegränsande bestämmelser i ”de lagar som utgör ramverket i det svenska välfärdssystemet”²¹⁷. Utredningen nämner bland annat HSL och SoL.²¹⁸ Sundstrand är av en annan åsikt: ”Det har här ingen betydelse om ett undantag införs i det nationella regelverket

²⁰⁸ Cit. Jonsson och Holke, ”Välfärden är inte juristernas val”.

²⁰⁹ Se avsnitt 3.1.7.

²¹⁰ Artikel 4.2 a) FEUF.

²¹¹ Artikel 6 a) FEUF. Se även Bernitz och Kjellgren, s. 26.

²¹² Artikel 168.7 FEUF.

²¹³ Mål C-120/95, Nicolas Decker, punkt 22. Se även avsnitt 3.1.7.2.

²¹⁴ Mål C-120/95, Nicolas Decker, punkt 23.

²¹⁵ Mål C-120/95, Nicolas Decker, punkt 25. Jfr Jonsson och Holke, ”Välfärden är inte juristernas val”, där författarna argumenterar för att medlemsstaterna ska vara självständiga på välfärdsrelaterade områden.

²¹⁶ Se mål C-502/11, Vivaio, punkt 41. Se även Lenaerts, Koen och Van Nuffel, Piet, *European Union law*, London 2011, s. 412-414.

²¹⁷ Cit. Bilaga 20 till SOU 2013:12, s. 6.

²¹⁸ Bilaga 20 till SOU 2013:12, s. 6.

på området eller av en enskild upphandlande myndighet i ett upphandlingsförfarande om effekten är densamma, t.ex. att utländska företag missgynnas.”²¹⁹ Även Europeiska kommissionen kommenterar frågan i sin handledning *Socialt ansvarsfull upphandling*:

Inom området sociala tjänster är det dock möjligt att i undantagsfall, när vissa särskilda villkor är uppfyllda, föreskriva att vissa kontrakt ska fullföljas av ideella aktörer**. Detta förutsätter att det finns en nationell lag som reglerar aktiviteten i fråga och ger begränsad tillgång till vissa tjänster till förmån för ideella aktörer.²²⁰

Av utredningens och kommissionens uttalanden framgår att medlemsstaterna tycks ha större möjligheter att införa vinstbegränsande bestämmelser i form av ett nationellt regelverk jämfört med om samma villkor tillämpas av den upphandlande myndigheten. Förutsättningen är att den nationella lagen hänförs till området för hälsoskydd. Även i ett sådant fall måste emellertid primärrättens bestämmelser respekteras.

I slutet av sin debattartikel skriver Jonsson och Holke:

Avslutningsvis, när det gäller det förslag till begränsning av vinstuttaget i välfärden som lagts fram av LO, vill vi förtydliga att höjd tagits för eventuella EU-rättsliga krav. I det förslaget likabehandlas naturligtvis de utländska aktörer som har för avsikt att vara verksamma i den svenska välfärdssektorn med svenska aktörer.²²¹

Författarna menar med andra ord att även om primärrättens bestämmelser *eventuellt* skulle vara tillämpliga, är en nationell reglering i enlighet med LO:s lagförslag tillåten, eftersom icke-diskrimineringsprincipen respekteras.²²² Av kommissionens handledning framgår emellertid att oavsett om vinstbegränsande bestämmelser införs i form av en nationell lag eller som ett villkor i den enskilda upphandlingen, ska inskränkningen motiveras i *varje enskilt fall*.²²³ Det innebär att LO:s förslag, i likhet med Malmö stads förslag, är underkastat EU-domstolens godkännande. Under förutsättning att lagen hänförs till utformningen av Sveriges välfärdssystem, kan det emellertid antas att domstolen skulle inta en relativt accepterande hållning vid bedömningen av förslagets allmänintresse och proportionalitet.

²¹⁹ Sundstrand 2012b, avsnitt 6.

²²⁰ Cit. Europeiska kommissionens handledning, s. 25. Med hänsyn till att det enligt 258 FEUF är kommissionen som skulle väcka talan mot Sverige vid ett eventuellt fördragsbrott får uttalandet anses betydelsefullt.

²²¹ Cit. Jonsson och Holke, ”Välfärden är inte juristernas val”. Se även Shekarabi, s. 18 *in fine*.

²²² För en definition av icke-diskrimineringsprincipen, se avsnitt 3.1.7.1. Se även mål C-70/95, Sodemare, punkt 33, där EU-domstolen betonar att det italienska kravet inte försätter vinstdrivande bolag från andra medlemsstater i en sämre situation än den som gäller för landets egna bolag.

²²³ Europeiska kommissionens handledning, s. 25. Min kursivering.

4. Analys

Den föreliggande framställningen visar att frågan om vinstbegränsningar i samband med upphandling av välfärdstjänster är minst sagt omdebatterad. Åsikterna som framförs ger uttryck för en tydlig ideologisk motsättning, något som även framgår av de rättsutlåtanden som ingår i undersökningen. Medan Sundstrand framhåller att EU-rätten förbjuder alla typer av bestämmelser som positivt särbehandlar företag utan vinstsyfte, anser Shekarabi att det är fullt möjligt att införa krav om avsaknad av vinstsyfte i såväl lagstiftningen som i det enskilda kontraktet. Det bör betonas att rättsläget är betydligt mer oklart än vad respektive sida gör gällande. Oavsett vad Sundstrand och Shekarabi anför, är det med andra ord EU-domstolen som slutligen avgör vilken tolkning som ska råda.

Vad beträffar unionsrättens tillämplighet, kan konstateras att upphandling av välfärdstjänster ursprungligen omfattades av medlemsstaternas bestämmanderätt, något som i och för sig kan tyckas rimligt med hänsyn till att tillhandahållandet av hälso- och sjukvårdstjänster tillhör de områden där det föreligger betydande samhällsliga skillnader mellan medlemsstaterna. I och med att EU-domstolen år 2007 meddelade dom i *An Post*, kom emellertid merparten av välfärdsupphandlingarna att omfattas av primärrättens bestämmelser om de fria rörligheterna och de allmänna rättsprinciperna. Avgörandet kan tolkas som att EU-domstolen utnyttjade sin kompetens på området för den inre marknaden. Det kan också ses som ett uttryck för att unionen tilldelade sig själv kompetens på området för hälsoskydd, där den enligt fördragen endast har befogenhet att vidta åtgärder för att stödja, samordna eller komplettera medlemsstaternas åtgärder.

Oavsett om domstolen i samband med avgörandet överskred sin kompetens, är Sverige skyldigt att respektera unionsrätten. På upphandlingsområdet betyder det att den svenska lagstiftaren i dagsläget endast är fri att reglera de, enligt Sundstrand sannolikt mycket få, välfärdsupphandlingar som inte anses ha ett bestämt gränsöverskridande intresse. Därmed är utgångspunkten att samtliga åtgärder som Sverige vidtar, oavsett om det sker i form av lagstiftning eller villkor i den enskilda upphandlingen, omfattas av primärrättens bestämmelser. För unionsrättens *tillämplighet* saknar det således betydelse om lagstiftningen hänförs till utformningen av Sveriges socialtjänstsystem; EU-domstolen har genom avgörandet i *An Post* utvidgat sin kompetens till att också omfatta upphandling av välfärdstjänster. Det betyder att välfärden inte är en sådan nationell angelägenhet som Jonsson och Holke gör gällande.

Huruvida krav om avsaknad av vinstsyfte införs i det nationella regelverket eller av en upphandlande myndighet vid tilldelningen av ett kontrakt, kan däremot ha betydelse för Sveriges utrymme att beakta socio-kulturella överväganden. Om villkoret införs i det enskilda kontraktet, hänförs åtgärden automatiskt till området för den inre marknaden, vilket innebär att inremarknadstestets kriterier måste vara uppfyllda. I EU-domstolens praxis märks en förhållandevis generös inställning till att godta staternas åberopade undantag *per se*; såväl ekonomisk balans som sparande på offentliga resurser har ansetts utgöra tvingande hänsyn. Däremot är det tveksamt om EU-domstolen skulle bedöma Malmö stads krav som proportionerligt. Med hänsyn till att det finns argument både för och emot privata aktörer i vården, skulle domstolen med stor sannolikhet ifrågasätta såväl åtgärdens ändamålsenlighet som nödvändighet. Frågan om vinstbegränsningar i välfärdssektorn har en tydlig politisk dimension, och det kan inte tas för troligt att EU-domstolen skulle låta den typen av kontroversiella hänsyn få genomslag på området för den inre marknaden. Därmed får möjligheten, att inom ramen för den enskilda upphandlingen införa bestämmelser som direkt eller indirekt utesluter vinstdrivande aktörer, anses begränsad.

Vad beträffar alternativet att införa krav om avsaknad av vinstsyfte i form av en nationell lag, ska inledningsvis EU-domstolens avgörande i *CoNISMa* kommenteras. Utifrån det aktuella avgörandet argumenterar Sundstrand för att det inte är tillåtet att utesluta kommersiella aktörer från tilldelningen av offentliga kontrakt. En sådan tolkning får emellertid anses långtgående. I *CoNISMa* konstaterar domstolen att det vid upphandling av *A-tjänster* inte är tillåtet att utesluta leverantörer enbart med hänvisning till deras *rättsliga form*. Domstolen ställer med andra ord upp ett förbud mot att diskriminera leverantörer på rent associationsrättsliga grunder. Däremot tar EU-domstolen inte ställning till om det vid upphandling av *B-tjänster* är tillåtet att utesluta leverantörer av *andra skäl*, till exempel i syfte att uppnå sociala mål inom ramen för det nationella välfärdssystemet. Därmed får avgörandet i *CoNISMa* anses sakna betydelse för den föreliggande undersökningen.

Den centrala frågan vid bedömningen av LO:s lagförslag, är istället om bestämmelserna ska hänföras till området för hälsoskydd eller anses utgöra en del av den inre marknaden. Om förslaget bedöms inom ramen för den inre marknaden, torde det i praktiken sakna betydelse att bestämmelserna införs i lagform istället för vid tilldelningen av ett enskilt kontrakt, eftersom båda åtgärderna i ett sådant fall hänförs till samma sakområde.

Om förslaget istället hänförs till utformningen av Sveriges välfärdssystem, förutsätts EU-domstolen göra en något mer liberal bedömning. Det beror på att unionsrätten enligt fast rättspraxis inte inkräktar på medlemsstaternas behörighet att utforma sina sociala

trygghetssystem, något som i sin tur är ett resultat av att unionen enbart har stödjande, samordnande eller kompletterande befogenhet på området för hälsoskydd. I linje med den föreliggande kompetensfördelningen, godtog EU-domstolen i målet *Sodemare* ett krav om avsaknad av vinstsyfte i den italienska hälso- och sjukvårdslagen. Shekarabi tar det aktuella avgörandet till intäkt för att det är tillåtet att införa motsvarande villkor i den svenska lagstiftningen. En sådan slutsats kan emellertid ifrågasättas. Avgörandet i *Sodemare* meddelades redan år 1997, vilket betyder att det hänför sig till tiden *före* avgörandet i *An Post*. Med hänsyn till att EU-domstolen i *An Post* anförde att också upphandlingar av hälso- och sjukvårdstjänster omfattas av primärrättens bestämmelser, kan det inte uteslutas att domstolen därmed utvidgade sin behörighet till att förbjuda vinstbegränsande bestämmelser i de nationella välfärdslagarna. Det som emellertid ger stöd för att avgörandet i *Sodemare* fortfarande speglar gällande rätt, är att såväl Europeiska kommissionen som Upphandlingsutredningen framhåller att det med stöd av en generell lagstiftning skulle vara tillåtet för medlemsstaterna att införa vinstbegränsande bestämmelser på det sociala området. Det betyder att Sverige sannolikt har behörighet att införa ett krav om avsaknad av vinstsyfte i någon av de så kallade välfärdslagarna, det vill säga framförallt SoL eller HSL.

Vad beträffar LO:s förslag, innebär det emellertid att vinstbegränsande bestämmelser införs genom en särskild lag, *Lag om begräsning av värdeöverföringar vid skattefinansiering*. Regleringen sker med andra ord inte genom någon redan existerande lag på välfärdsområdet. Det kan ifrågasättas vilken betydelse den tekniska utformningen skulle ha för EU-domstolens bedömning, men eftersom LO:s förslag även innefattar en reviderad version av 32 kap. ABL, hänför sig bestämmelserna sannolikt inte uteslutande till utformningen av Sveriges välfärdssystem. Det talar för att EU-domstolen skulle tillämpa en förhållandevis sträng proportionalitetsbedömning. Mot bakgrund av att det aktuella förslaget i praktiken utesluter vinstdrivande aktörer från samtliga svenska vårdupphandlingar, är det inte otänkbart att EU-domstolen skulle framhålla att samma mål kan uppnås genom mindre ingripande åtgärder.

Sammanfattningsvis får Sverige anses ha ett något större utrymme att införa vinstbegränsande bestämmelser genom ett nationellt regelverk än som villkor i den enskilda upphandlingen. Förutsättningen är emellertid att lagstiftningen hänförs till området för hälsoskydd, något som får anses tveksamt beträffande LO:s förslag. Trots att såväl Malmö stads förslag som LO:s lagförslag syftar till att uppnå vissa sociala mål inom ramen för det svenska välfärdssystemet, finns det således mycket som talar för att båda åtgärderna skulle underkännas vid en EU-rättslig prövning.

Bilaga A. Malmö stads förslag

Nedan följer en kopia av den tjänsteskrivelse som begärdes ut från juridiska avdelningen, stadskontoret, Malmö stad, och skickades av Louise Lagerlund via mail, den 17 april 2013.

Datum	Tjänsteskrivelse
2013-04-04	
Vår referens	
Louise Lagerlund Stadsjurist	
louise.lagerlund@malmo.se	

Uppdrag att utreda möjligheten till insyn i leverantörs ekonomiska förhållanden vid tjänsteupphandling avseende skattefinansierad verksamhet inom välfärdssektorn

STK-2013-176

Sammanfattning

Stadskontoret har fått i uppdrag av kommunstyrelsen att undersöka möjligheterna till att antingen offentlighetsprincipen ska gälla för skattefinansierad verksamhet i välfärdssektorn eller att kunna ställa krav på ekonomisk insyn bland annat för att undvika upphandling av företag kopplade till s.k. skatteparadis.

Det har vid utredningens inledning visat sig att det enligt gällande lagstiftning finns mycket små möjligheter att ställa ovan nämnda krav inte minst i förhållande till kravens syfte och det man vill uppnå.

För att skapa bättre förutsättningar för en i sammanhanget användbar utredning och analys förordas det att uppdraget breddas till en mer allmänt hållen frågeställning rörande kommunens möjligheter för att hitta andra vägar än de nu aktuella för att i upphandlingar av skattefinansierade välfärdstjänster ställa krav i linje med att leverantören ska sakna vinstsyfte och/eller sakna koppling till skatteparadis eller ha kollektivavtal. I uppdraget ska ingå att undersöka förutsättningarna för detta enligt gällande rätt men även att vid behov lämna förslag på lagreformer för att ge sådana möjligheter. Stadskontoret har härvid varit i kontakt med juridiska avdelningen på Sveriges kommuner- och landsting som har ställt sig positiva till att medverka i en sådan utredning.

Förslag till beslut

KS Arbetsutskott II föreslås besluta

- att godkänna föreliggande redovisning i ärendet samt
- att ge stadskontoret i uppdrag att snarast möjligt återkomma till kommunstyrelsen i frågan.

Beslutsplanering

KS Arbetsutskott II 2013-04-08

Ärendet

Bakgrund

Kommunstyrelsen beslutade den 15 augusti 2012 att uppdra åt Centrala Upphandlingsenheten att i samverkan med stadskontoret, och i bred samverkan med övriga berörda aktörer, ta fram förslag på nya arbetsrutiner, nya riktlinjer och en konsekvensanalys inför utvecklingsarbete och pilotstudie i enlighet med skrivelsen ”Upphandling av nya riktlinjer för arbetet med sociala hänsyn inom den offentliga upphandlingen”. Uppdraget avsåg även att undersöka möjligheten för att antingen offentlighetsprincipen ska gälla för skattefinansierad verksamhet i välfärdssektorn eller att kunna ställa krav på ekonomisk insyn bland annat för att undvika upphandling av företag kopplade till s.k. skatteparadis.

Efter det att Centrala upphandlingsenheten redovisat sitt uppdrag beslutade kommunstyrelsen den 27 november 2012 att uppdra åt stadskontoret att redovisa resultatet av undersökning av möjligheten att antingen offentlighetsprincipen ska gälla för skattefinansierad verksamhet i välfärdssektorn eller att kunna ställa krav på ekonomisk insyn bland annat för att undvika upphandling av företag kopplade till s.k. skatteparadis.

Överväganden

Efter en inledande översiktlig utredning av frågeställningen kan följande konstateras.

Offentlig upphandling styrs enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) av flera grundprinciper. Enligt 1 kap 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett *likvärdigt* och *icke-diskriminerande* sätt samt genomföra upphandlingar på ett *öppet* sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om *ömsesidigt erkännande* och *proportionalitet* iakttas.

Offentlighetsprincipen är en grundläggande princip för vårt statskick och innebär bl.a. att en myndighets verksamhet så långt möjligt ska ske under öppna former. Ett uttryck för offentlighetsprincipen är principen om handlingsoffentlighet som ger var och en rätt att begära att få del av allmänna handlingar vanligtvis utan att behöva tala om varför eller vem man är. Undantag från handlingsoffentligheten finns i offentlighets- och sekretesslagen. Offentlighetsprincipen innebär också att tjänstemän och andra som arbetar i staten eller kommunerna har meddelarfrihet, det vill säga att de har stor frihet att berätta vad de vet om ett ärende för massmedier och andra utomstående. Att ställa krav på att privaträttsliga subjekt organiserar sin verksamhet på sådant sätt att dessa skyldigheter kan uppfyllas är mycket långtgående i förhållande till upphandlingens syfte och föremål. Att man som avtalspart ska ha rätt till insyn för att säkerställa att ett ingånget avtal verkställs korrekt är en sak men att ge allmänheten full insyn i en leverantörs verksamhet en helt annan sak. Till detta kommer att det finns stora oklarheter hur detta i praktiken skulle kunna genomföras i förhållande till offentlighets- och sekretesslagstiftning, diarieföring, arkivbildning, överklagande av beslut, företagshemligheter m.m. Konsekvenserna för leverantörerna skulle med all sannolikhet bli stora och kostsamma och risken för att ett krav på att leverantören ska tillämpa offentlighetsprincipen i sin verksamhet skulle underkännas vid en överprövning uppenbar.

I den fortsatta utredningen har med hänsyn härtill därför mer fokuserats på möjligheten för kommunen att som avtalspart och upphandlare få insyn i leverantörens ekonomiska transaktioner.

Krav på insyn i en leverantörs ekonomiska transaktioner kan exempelvis ställas som ett särskilt kontraktsvillkor som ska uppfyllas under avtalstiden. Sådana krav måste som huvudregel ha en direkt koppling till fullgörandet av det specifika kontraktet, dvs. främst till hur den aktuella tjänsten ska levereras exempelvis i form av krav på arbetsmiljö och dylikt. Insynen i leverantörens ekonomiska transaktioner syftar främst till att upptäcka kopplingar till skatteparadis varför relevansen för det aktuella kontraktet kan ifrågasättas. Särskilda kontraktsvillkor måste även vara kopplade till den del av leverantörens verksamhet som ska fullgöra det aktuella kontraktet vilket innebär att man exempelvis inte kan ställa krav på en koncern som helhet. Krav på ekonomisk insyn kan därtill i övrigt strida mot bland annat de grundläggande principerna om öppenhet (odefinierade och otydliga begrepp och konsekvenser) och proportionalitet (rimlighet, effektivitet och ändamålsenlighet i förhållande till upphandlingens syfte). I rättspraxis (RÅ 1997 ref 40) finns vidare exempel på att domstolarna ansett att krav på långtgående ekonomiska uppgifter från leverantörer strider mot de grundläggande principerna i LOU då de motverkar en effektiv upphandling och konkurrens och då de kan verka konkurrensbegränsande genom att företag avhåller sig från att lämna anbud.

Risken för att ett krav på att kräva insyn i en leverantörs ekonomiska transaktioner skulle underkännas vid en överprövning är även den således mycket stor.

I sammanhanget ska också nämnas att Konkurrensverket den 6 mars 2013 i beslut om Kalmar kommuns upphandlingspolicy, enligt vilken leverantörer inte får ha någon koppling till företag baserade i s.k. skatteparadis, uttalat att policyn står i strid mot LOU. Konkurrensverket bedömde att Kalmar kommuns krav på att leverantörer inte får ha koppling till s.k. skatteparadis stred mot principerna om icke-diskriminering och likabehandling, proportionalitet samt öppenhet i LOU.

Centrala upphandlingsenhetens utredning ”Möjligheterna till att kommunen inte ska upphandla tjänster från företag som har koppling till företag i så kallade skatteparadis” konstaterade också att det med stöd av gällande lagstiftning och rättspraxis sannolikt inte är möjligt att utesluta en anbudsgivare på grund av koppling till företag i s.k. skatteparadis.

Förslag till beslut

Sammanfattningsvis har det vid den inledande översiktliga utredningen visat sig att det enligt gällande lagstiftning finns mycket små möjligheter att ställa ovan nämnda krav inte minst i förhållande till kravens syfte och det man vill uppnå med att ställa dem.

För att skapa bättre förutsättningar för en i sammanhanget användbar utredning och analys förordas det att uppdraget breddas till en mer allmänt hållen frågeställning rörande kommunens möjligheter för att hitta andra vägar än de nu aktuella för att i upphandlingar av skattefinansierade välfärdstjänster ställa krav i linje med att leverantören ska sakna vinstsyfte och/eller sakna koppling till skatteparadis eller ha kollektivavtal. I uppdraget ska ingå att undersöka förutsättningarna för detta enligt gällande rätt men även att vid behov lämna förslag på lagreformer för att ge sådana möjligheter. Stadskontoret har härvid varit i kontakt med juridiska avdelningen på Sveriges kommuner- och landsting som har ställt sig positiva till att medverka i en sådan utredning. Det förordas att kommunstyrelsen godkänner föreliggande redovisning i ärendet samt ger stadskontoret i uppdrag att snarast möjligt återkomma i frågan.

Ansvariga

Tomas Barring Kanslidirektör

Jan-Inge Ahlfridh Stadsdirektör

Bilaga B. LO:s förslag

Nedan följer ett utdrag ur det lagförslag, *Lag om begränsning av värdeöverföringar vid skattefinansiering*, som publicerades på LO:s hemsida den 15 januari 2013.

Lag om begränsning av värdeöverföringar vid skattefinansiering

Driftsformer

1 § Vid upphandling av tjänster eller vid användning av valfrihetssystem avseende hälso- och sjukvård, äldreomsorg, skola och förskola får skattefinansiering enbart ske om föreningen, stiftelsen eller annan som driver verksamheten iakttar den begränsning som framgår av 3 §.

Skattefinansiering till aktiebolag får enbart ske om driften sker i form av ett samhällsaktiebolag enligt 32 kap. aktiebolagslagen. Denna begränsning gäller inte utländskt bolag.

Skattefinansiering av utländskt bolag får enbart ske om bolaget är underkastat begränsningar som kan bedömas vara likvärdiga med de begränsningar som anges i 32 kap. aktiebolagslagen eller om bolaget godtar avtal med motsvarande begränsningar.

Bemanning och utbildning

2 § Vid skattefinansiering åtar sig tjänsteutövaren att följa de riktlinjer om bemanning som respektive tillsynsmyndighet över hälso- och sjukvård, äldreomsorg, skola och förskola fastställt.

Begränsning av värdeöverföringar vid annan driftsform än samhällsaktiebolag

3 § Vid skattefinansiering gäller följande. Värdeöverföringar får under löpande räkenskapsår inte överstiga summan av

1. ett belopp motsvarande räntan – beräknad som den statslåneränta som gällde vid föregående räkenskapsårs utgång med ett tillägg om en procentenhet – på det kapital som medlemmarna vid föregående räkenskapsårs utgång har tillskjutit till föreningen i form av medlemsinsats, och
2. ett belopp, motsvarande vad som enligt 1 har varit tillgängligt för värdeöverföring vid årsmöte under vart och ett av de föregående fem räkenskapsåren med avdrag för den värdeöverföring som har skett.

Driftsavtal

Undantag från kravet på särskild driftsform vid aktiebolag

4 § Myndighet eller kommun får i driftsavtal med en tjänsteutövare föreskriva undantag från kravet på att verksamheten ska bedrivas inom ramen för ett samhällsaktiebolag.

Om ett sådant undantag beviljas ska aktiebolaget vara underkastat följande begränsningar.

1. Värdeöverföringar får under löpande räkenskapsår inte överstiga summan av
 - a. ett belopp motsvarande räntan – beräknad som den statslåneränta som gällde vid föregående räkenskapsårs utgång med ett tillägg om en procentenhet – på det kapital som aktieägare eller medlemmar vid föregående räkenskapsårs utgång har tillskjutit till bolaget eller föreningen som betalning för aktier eller i form av medlemsinsats, och
 - b. ett belopp, motsvarande vad som enligt 1 har varit tillgängligt för värdeöverföring vid årsstämma eller årsmöte under vart och ett av de föregående fem räkenskapsåren med avdrag för den värdeöverföring som har skett.
2. Ett aktiebolag får inte ta upp ett sådant lån som avses i 11 kap. 11 § ABL.
3. Ett aktiebolag som ingår i en koncern får inte heller i annat fall än som anges i p. 1 föra över medel till ett annat företag i koncernen med belopp som – tillsammans med bolagets värdeöverföringar under den tid som avses i 17 kap. 4 § ABL – överstiger högsta belopp för

värdeöverföring enligt p. 1. Överföring får dock ske, om den har rent affärsmässig karaktär för bolaget.

4. Om en överföring till ett annat företag i koncernen har skett i strid med bestämmelserna i p. 3, skall mottagaren återbära vad som uppburits, om bolaget visar att mottagaren insåg eller bort inse att överföringen stod i strid med bestämmelserna i p. 3.

På värdet av den egendom som skall återbäras skall mottagaren betalaränta enligt 5 § räntelagen från det att överföringen ägde rum till dess att ränta skall betalas enligt 6 § räntelagen till följd av 3 eller 4 § samma lag.

Om det uppkommer någon brist vid återbäring enligt första eller andra stycket, skall bestämmelserna om bristtäckningsansvar i 17 kap. 7 § ABL tillämpas.

Undantag från lagens begränsningar av värdeöverföring

5 § Myndighet eller kommun kan i driftsavtal medge undantag från kravet på begränsning av värdeöverföring.

Undantag från kravet på begränsning av värdeöverföring förutsätter att tjänsteutövaren förpliktas att informera myndigheten eller kommunen om värdeöverföringar som annars skulle ha stått i strid med denna lag. Medgivna undantag från denna lag samt uppgifter från tjänsteutövaren om värdeöverföringar omfattas inte av sekretess.

Motiveringsskyldighet vid avsteg från lagen

6 § Myndighet eller kommun ska skriftligen ange skälen för avsteg från denna lag. Om myndigheten eller kommunen anlitar tjänsteutövare som inte är certifierad ska även skälen till detta motiveras.

Undantag beviljade genom driftsavtal ska av myndighet eller kommun ges in till in till tillsynsmyndighet.

Myndighet eller kommun ska vid offentlig upphandling eller tillämpning av valfrihetssystem i förfrågningsunderlaget ange om undantag från denna lag medges samt i sådant fall i vilken utsträckning undantag medges.

Kringgåenden av lagen

7 § Det åligger myndighet eller kommun att i kontraktsvillkor eller på annat sätt säkerställa att tjänsteutövaren inte åsidosätter eller kringgår begränsningarna av värdeöverföringar eller riktlinjerna om personaltäthet enligt denna lag eller avtal.

Tillsyn och riktlinjer

8 § Regeringen meddelar föreskrifter om vilken myndighet som utövar tillsyn över denna lag.

9 § Vid sin tillsyn får myndigheten inhämta alla nödvändiga upplysningar för sin tillsynsverksamhet från myndighet, kommun eller tjänsteutövare. Upplysningarna ska i första hand inhämtas genom skriftligt förfarande. Om det på grund av materialets omfång, brådska eller något annat förhållande är lämpligare, får upplysningarna inhämtas genom besök hos myndigheten, kommunen eller tjänsteutövaren.

10 § Tillsynsmyndigheten kan vid vite förelägga myndighet, kommun eller tjänsteutövare att fullgöra sina skyldigheter enligt 4, 6 eller 7 §.

11 § Tillsynsmyndighetens beslut enligt 10 § får överklagas till allmän förvaltningsdomstol inom tre veckor från beslutet. Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Riktlinjer om bemanning och utbildning

12 § Respektive tillsynsmyndighet över hälso- och sjukvård, äldreomsorg, skola och förskola ska utforma riktlinjer om bemanning och utbildning inom sitt ansvarsområde.

Certifiering

13 § Respektive tillsynsmyndighet över hälso- och sjukvård, äldreomsorg, skola och förskola ska införa

ett certifieringssystem för de tjänsteutövare som omfattas av denna lag. Certifieringssystemen ska ge vägledning för myndigheter och kommuner vid deras val av tjänsteutövare.

Reviderat 32 kap. aktiebolagslagen

(Förändringar jämfört med nuvarande 32 kap. aktiebolagslagen i kursiv stil)

32 kap. Samhällsaktiebolag

Tillämpningsområde

1 § Vid bildandet av ett privat aktiebolag eller genom senare beslut enligt 16 § får bestämmas att bolaget skall vara ett *samhällsaktiebolag*. För ett sådant bolag gäller bestämmelserna i detta kapitel samt, om inte annat följer av detta kapitel, övriga bestämmelser i denna lag avseende privata aktiebolag.

Bolagsordningens innehåll

2 § I bolagsordningen för ett *samhällsaktiebolag* skall det anges att bolaget skall vara ett sådant aktiebolag. *Ett samhällsaktiebolags syfte ska i bolagsordningen anges som samhällsnyttigt. Verksamheten ska bedrivas på ett sätt som främjar allmännyttan.*

Revision

3 § Ett *samhällsaktiebolag* ska ha minst en revisor.

Revisorn ska särskilt granska att bolaget inte har överträtt 5 eller 8 §. Om revisorn finner att bolaget har överträtt någon av dessa bestämmelser, ska det anmärkas i revisionsberättelsen.

Revisorn ska genast sända en kopia av revisionsberättelsen till Bolagsverket, om revisionsberättelsen innehåller anmärkning enligt andra stycket.

4 § Revisionsberättelsen skall innehålla ett uttalande om huruvida styrelsen och den verkställande direktören i förekommande fall har upprättat en förteckning enligt 10 § över vissa lån och säkerheter.

Värdeöverföringar från bolaget

5 § I ett *samhällsaktiebolag* gäller, utöver vad som sägs i 17 kap. 3 och 4 §§, följande. Bolagets värdeöverföringar får, under den tid som avses i 17 kap. 4 §, inte överstiga summan av

1. ett belopp motsvarande räntan – beräknad som den statslåneränta som gällde vid föregående räkenskapsårs utgång med ett tillägg om en procentenhet – på det kapital som aktieägare vid föregående räkenskapsårs utgång har tillskjutit till bolaget som betalning för aktier, och
2. ett belopp, motsvarande vad som enligt 1 har varit tillgängligt för värdeöverföring vid årsstämma under vart och ett av de föregående fem räkenskapsåren med avdrag för den värdeöverföring som har skett.

När det i denna lag hänvisas till 17 kap. 3 §, skall för *samhällsaktiebolag* hänvisningen anses gälla även bestämmelserna i denna paragraf.

6 § Bestämmelserna i 17 kap. 6 § om återbäringsskyldighet och i 17 kap. 7 § om bristtäckningsansvar vid olaglig värdeöverföring gäller även när värdeöverföring har gjorts i strid med 5 §.

(...)

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

EU

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 30.4.2004, s. 114).

Lissabonfördraget av den 13 december 2007 om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (EUT 2007 C 306/1).

Europeiska kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011)0896 slutlig, 20.12.2011).

Sverige

SFS 1974:152	Regeringsform
SFS 1982:763	Hälso- och sjukvårdslag
SFS 1991:900	Kommunallag
SFS 2005:551	Aktiebolagslag
SFS 2001:453	Socialtjänstlag
SFS 2007:1091	Lag om offentlig upphandling

SOU 2001:31 *Mera värde för pengarna.*

SOU 2003:23 *Vårda vården – samverkan, mångfald och rättvisa.*

SOU 2013:12 *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling.*

*Hur långtgående krav och kriterier tillåter EU-rätten? bilaga 11 a) till SOU 2013:12.
Rättsutredning avseende frågan att reservera upphandlingskontrakt till icke-vinstsyftande företag/organisationer, bilaga 20 till SOU 2013:12.*

Artiklar och rapporter

Davidsson, Kristina, ”Få möjligheter att stoppa skatteflykten”, *Skånskan*, 2013-04-09. Hämtat från Skånskans webbplats (2013-04-09).

<http://www.skanskan.se/article/20130409/MALMO/704089911/-/fa-mojligheter-att-stoppa-skatteflykten>.

Europeiska kommissionen, *Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling*, oktober 2010. (cit. Europeiska kommissionens handledning). Hämtat från Europeiska kommissionens webbplats (2013-04-14).

<http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6457&langId=sv>.

Jonsson, Claes-Mikael och Holke, Dan, ”Välfärden är inte juristernas val”, *SvD Brännpunkt*, 2013-02-05. (cit. Jonsson och Holke, ”Välfärden är inte juristernas val”). Hämtat från SvD:s webbplats (2013-03-26).

http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/valfarden-ar-inte-juristernas-val_7888046.svd.

- Landorganisationen i Sverige, *Lag om begränsning av värdeöverföringar vid skattefinansiering*, bilaga 1 till *Åtgärder för att begränsa vinst i välfärden*, rapport 2013:1. (cit. LO:s förslag). Se bilaga B till den här uppsatsen. Hämtat från LO:s webbplats (2013-04-10).
[http://www.lo.se/home/lo/home.nsf/unidView/D6ACAD5011B39255C1257AF40036D1A3/\\$file/Underlagsrapport_valfard_webb.pdf](http://www.lo.se/home/lo/home.nsf/unidView/D6ACAD5011B39255C1257AF40036D1A3/$file/Underlagsrapport_valfard_webb.pdf).
- Lindberg, Ulf, ”Oförenligt med EU-rätten hindra vinstbolag i välfärd”, *DN Debatt*, 2013-02-05. (cit. Lindberg, ”Oförenligt med EU-rätten hindra vinstbolag i välfärd”). Hämtat från DN:s webbplats (2013-03-26).
<http://www.dn.se/debatt/oforenligt-med-eu-ratten-hindra-vinstbolag-i-valfard>.
- Lindberg, Ulf, ”Frågan om välfärden både juridisk och politisk”, *SvD Opinion*, 2013-02-06. Hämtat från SvD:s webbplats (2013-05-11).
http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/fragan-om-valfarden-ar-bade-juridisk-och-politisk_7892082.svd.
- Malmö stad stadskontoret, *Tjänsteskrivelse - Uppdrag att utreda möjligheten till insyn i leverantörs ekonomiska förhållanden vid tjänsteupphandling avseende skattefinansierad verksamhet inom välfärdssektorn*, 2013-04-04. (cit. Malmö stads förslag). Se bilaga A till den här uppsatsen. Begärt ut från juridiska avdelningen, stadskontoret, Malmö stad. Skickat av Louise Lagerlund, stadsjurist, via mail (2013-04-17).
- Pedersen, Hermod, ”Vinst i vården kan inte stoppas”, *Sydsvenskan*, 2013-04-10. Hämtat från Sydsvenskans webbplats (2013-04-10).
<http://www.sydsvenskan.se/malmo/vinst-i-varden-kan-inte-stoppas/>.
- Rautio, Kjell; Bergold, Joa och Jonsson, Claes-Mikael, *Åtgärder för att begränsa vinst i välfärden*, Landsorganisationen i Sverige, rapport 2013:1. Hämtat från LO:s webbplats (2013-04-10).
[http://www.lo.se/home/lo/home.nsf/unidView/D6ACAD5011B39255C1257AF40036D1A3/\\$file/Underlagsrapport_valfard_webb.pdf](http://www.lo.se/home/lo/home.nsf/unidView/D6ACAD5011B39255C1257AF40036D1A3/$file/Underlagsrapport_valfard_webb.pdf).
- Shekarabi, Ardan, *Vinst och den offentliga tjänstemarknaden –en rättslig analys*, Arena Idé Ny Tid, rapport 2012:15. (cit. Shekarabi). Hämtat från Arena Idés webbplats (2013-03-26).
<http://www.arenaide.se/wp-content/blogs.dir/4/files/2012/10/Ny-Tid-Rapport-15-Shekarabi-5-oktober.pdf>.
- Socialdemokraterna, *Nationella kvalitetslagar –för ordning och reda i välfärden*, 2012-10-26. (cit. Socialdemokraternas förslag). Hämtat från Socialdemokraternas webbplats (2013-04-04).
http://www.socialdemokraterna.se/upload/Central/dokument/pdf/2012/Kvalitetslagar_valfarden/Beslut_Nationella_kvalitetslagar_%20PS_121026.pdf.
- Sundstrand, Andrea, *Är det möjligt att ställa krav på driftsform i offentlig upphandling?* 2012-12-09. (cit. Sundstrand 2012b). Hämtat från Almegas webbplats (2013-03-26).
<http://www.almega.se/politik-och-ekonomi/rapporter/stalla-krav-pa-driftform-i-offentlig-upphandling>.

Litteratur

- Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 4 uppl., Mölnlycke: Norstedts Juridik AB, 2010. (cit. Bernitz och Kjellgren).
- Bovis, Christopher, *EU public procurement law*, 2 uppl., Cheltenham: Edward Elgar, 2012. (cit. Bovis).
- Falk, Jan-Erik, *Lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster –en kommentar*, Stockholm: Jure Förlag AB, 2010. (cit. Falk).

- Lenaerts, Koen och Van Nuffel, Piet, *European Union law*, 3 uppl., London: Sweet & Maxwell, 2011.
- Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 2 uppl., Stockholm: Jure Förlag AB, 2011. (cit. Pedersen).
- Poulsen, Sune och Jakobsen, Peter Stig, *EU public procurement law: the Public Sector Directive, the Utilities Directive*, 2 uppl., Köpenhamn: DJØF, 2012.
- Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Stockholm: Jure Förlag AB, 2012. (cit. Sundstrand 2012a).
- Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – en introduktion*, 2 uppl., Lund: Studentlitteratur, 2013. (cit. Sundstrand 2013).
- Trepte, Peter-Armin, *Public procurement in the EU: a practitioner's guide*, 2 uppl., Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Lissabonfördraget: konsoliderad version av EU: s fördrag*, Stockholm: SNS Förlag, 2010.

Övrigt material

- NOU:s yttrande dnr 2001/0094-22, 2001-08-28. Hämtat från Konkurrensverkets webbplats (2013-05-11).
<http://www.kkv.se/upload/Filer/Upphandling/NOU-arkiv/pdf/2001-94.pdf>.
- Konkurrensverket: *Kalmar kommuns upphandlingspolicy*, Beslut 2013-03-06, Dnr 72/2012. (cit. Konkurrensverkets beslut). Hämtat från Konkurrensverkets webbplats (2013-03-26).
http://www.kkv.se/upload/Filer/Upphandling/Beslut_2013/12-0072.pdf.
- Riksgälden, Statslåneräntan, 2013-05-17. Hämtat från Riksgäldens webbplats (2013-05-23).
<https://www.riksghalden.se/sv/omriksghalden/statsskulden/aktuella-siffror/statslanerantan/>.

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

- Mål 120/78, Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (*Cassis de Dijon*), (REG 1979, s. 649; svensk specialutgåva, volym 4).
- Mål 238/82, Duphar BV m.fl. mot Nederländska staten, (REG 1984, s. 523; svensk specialutgåva, volym 7).
- Mål 31/87, Greboeders Beentjes BV mot Nederländska staten, (REG 1988, s. 4635).
- Mål C-55/94, Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, (REG 1995, s. I-4165).
- Mål C-28/95, A. Leur-Bloem mot Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, (REG 1997, s. I-4161).
- Mål C-70/95, Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA och Anni Azzurri Rezzato Srl mot Regione Lombardia, (REG 1997, s. I-3395).
- Mål C-120/95, Nicolas Decker mot Caisse de maladie des employés privés, (REG 1998, s. I-1831).
- Mål C-212/97, Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, (REG 1999, s. I-1459).
- Mål C-108/98, R.I.SAN. Srl mot Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA och Ischia Ambiente SpA, (REG 1999, s. I-5219).
- Mål C-379/98, PreussenElektra AG mot Schleswig AG, (REG 2001, s. I-2099).
- Mål C-243/01, Brottmål mot Piergiorgio Gambelli m.fl., (REG 2003, s. I-13031).
- Mål C-448/01, EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republiken Österreich, (REG 2003, s. I-14527).
- Mål C-234/03, Contse SA, Vivisol Srl och Oxigen Salud SA mot Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), tidigare Instituto Nacional de la Salud (Insalud), (REG 2005, s. I-9315).
- Mål C-458/03, Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen och Stadtwerke Brixen AG, (REG 2005, s. I-8585).
- Mål C-507/03, Europeiska kommissionen mot Irland (*An Post*), (REG 2007, s. I-9777).
- Förenade målen C-147/06 och C-148/06, SECAP SpA och Santorso Soc. coop. arl. mot Comune di Torino (C-147/06), (REG 2008, s. I-03565).
- Mål C-357/06, Frigerio Luigi & C. Snc mot Comune di Triuggio, (REG 2007, s. I-12311).
- Mål C-160/08, Europeiska kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland, (REG 2010, s. I-3713).
- Mål C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) mot Regione Marche., (REG 2009, s. I-12129).
- Mål C-502/11, Vivaio dei Molini Azienda Agricola Porro Savoldi mot Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, (ännu ej publicerat).