



LUND UNIVERSITY

Politik och juridik inom offentlig upphandling

Hettne, Jörgen; Montin, Stig

Published in:
Statsvetenskaplig tidskrift

2018

Document Version:
Förlagets slutgiltiga version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Hettne, J., & Montin, S. (2018). Politik och juridik inom offentlig upphandling. *Statsvetenskaplig tidskrift*, 2018(5), 115-133.

Total number of authors:
2

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

Politik och juridik inom offentlig upphandling

Jörgen Hettne & Stig Montin

Politics and Law in Public Procurement

Public procurement has increasingly been viewed as an instrument for effective use of public resources and supporting economic growth in general. However, public procurement at local government level is complicated and is often done in a field of tension between law and policy. The relation between political discretion and different interpretation of the law of public procurement is illustrated by providing three empirical cases. We argue that local governments should make use of their discretion and be pro-active in their public procurement and thus testing the limits of discretion.

Inledning

I takt med att kommunerna blivit allt mer inbäddade i EU:s regelverk, framför allt genom nationell tillämpning av EU:s lagstiftning, har marknadstänkande och konkurrens som överordnad princip blivit allt mer styrande. Kommunerna är i växande grad aktörer ute på marknaden samtidigt som marknaden går in i den kommunala verksamheten (SOU 2015:24, s 377). EU:s marknadsregler och sammanhängande nationell lagstiftning berör de flesta, om inte alla verksamheter som kommunerna ansvarar för. Det gäller såväl exempelvis äldreomsorg som åtgärder för att minska långtidsarbetslöshet. Det tydligaste exemplet på detta är Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) som berör i stor sett hela den kommunala verksamheten.

LOU har beskrivits som ett av de viktigaste instrumenten för en effektiv användning av offentliga resurser och främjande av tillväxt i allmänhet. Lagen kan vara ett viktigt instrument för politiken att tillsammans med olika samhällsaktörer hantera centrala samhällsproblem. Den har emellertid också beskrivits som oerhört krånglig, svårtolkad och ibland direkt hindrande för den kommunala politiska handlingsfriheten. Det har t.ex. talats om att LOU bidrar till en juridifiering av politiken som i praktiken innebär att jurister får ta över den problemhantering och konfliktlösning som tidigare skett i politiska

Jörgen Hettne är verksam vid Institutionen för handelsrätt, Lunds universitet. Stig Montin är verksam vid Förvaltningshögskolan, Göteborgs universitet.

E-post: jorgen.hettne@har.lu.se; stig.montin@spa.gu.se

församlingar. LOU är resultatet av att Sverige har införlivat EU:s upphandlingsregler med svensk rätt. Det är alltså EU:s regler som genom LOU tillämpas i Sverige och därmed påverkar det kommunala handlingsutrymmet, dvs. det utrymme som kommunen förfogar över när den bestämmer vilka politiska mål som ska prioriteras och hur dessa ska uppnås.

Enkelt uttryckt skulle frånvaron av regler för offentlig upphandling betyda att en kommun har ett fullständigt eget politiskt handlingsutrymme vid köp av varor och tjänster. I den andra änden skulle en kommuns alla köp av varor och tjänster vara reglerade utifrån lagstiftning. Det är mellan dessa extremer vi rör oss när vi talar om kommunalt handlingsutrymme vid offentlig upphandling. Det finns ett regelverk (t.ex. LOU) som begränsar det politiska handlingsutrymmet, men detta utrymme är inte givet på förhand utan kan både tänjas och dras åt. Kommuner är ofta rädda för att göra fel och ta risker, vilket betyder att de sällan är villiga att pröva nya former för upphandling. I själva verket kan de ställa fler och större krav än de tror (Knutsson & Thomasson 2013).

En utvecklingstendens som rönt allt större uppmärksamhet under de senaste årtiondena, inte minst inom området offentlig upphandling är "juridifiering" (även ibland kallat "juridikaliserings") (Nergelius 1999; Taxén 2017). Det är en utveckling som inte kommit av sig själv utan har sin grund i tidigare politiska beslut, t.ex. medlemskapet i EU och konkurrensutsättning av kommunal verksamhet. När en kommun ska göra en upphandling så sker detta i ett spänningsfält mellan politik och juridik som kan få olika utfall. Juridifiering kan betyda flera saker. I detta sammanhang är det framför allt följande två betydelser som är relevanta. För det första kan det innebära att konflikter som tidigare hanterats av politiska organ flyttas över till domstolar eller till juridisk expertis i myndigheter. Exempel på det ena är när förvaltningsdomstol i en ökande omfattning överprövar upphandlingsbeslut. Exempel på det senare är Konkurrensverkets roll som tillsynsmyndighet inom offentlig upphandling. Det innebär att verket har legala medel till sitt förfogande såsom sanktionsmöjligheter och kan begära överprövning i förvaltningsdomstol. För det andra kan det betyda att juridikens och juristernas makt generellt sett ökar, vilket kan ta sig olika uttryck. I allmänhet kan sägas att när det råder villrådighet kring vilka regler som kan anpassas till ett specifikt fall, t.ex. vilka regler enligt LOU som är tillämpliga vid en viss upphandling eller hur reglerna ska tolkas, så blir politiken beroende av juridisk expertis (Blichner & Molander 2008). Utvecklingen är dock inte entydig. I litteraturen finns exempel på samtida "avjuridifiering", dvs. att politiska institutioner behåller eller återtar beslutsfattande och konflikthantering. Vidare kan den juridiska hanteringen av konflikter innebära oenighet bland jurister när det råder delade meningar om vilka regler som bör vara tillämpliga i specifika fall.

I konkreta fall, när det uppstår spänningar mellan politik och juridik och även inom juridiken, kan det således bli olika utfall. I frånvaron av en (än så

länge) väl teoretiskt grundad sammanställning av tänkbara utfall kan åtminstone tre identifieras. Det ena är att politiska institutioner (i vårt fall kommuner) i sin praktiska verksamhet bidrar till att forma juridiska lösningar som gynnar dem själva, vilket kan ses som att det sker en form av avjuridifiering som leder till att det kommunala politiska handlingsutrymmet består. Ett annat utfall är att politik och juridik på kommunal nivå jämkas samman i den faktiska tillämpningen på ett sätt som gör att spänningen mellan politik och juridik upphör, dvs. det saknas behov av fortsatt konflikthantering. Slutligen kan utfallet bli att konflikthanteringen fortsätter och det uppstår något som kan kallas för juridisk politisering. Det betyder att politiska motsättningar i betydelsen oenighet om hur välfärden ska organiseras förs vidare från politiska till juridiska institutioner. Olika jurister kan exempelvis företräda olika tolkningar av hur EU:s fördrag och LOU kan tillämpas i specifika fall.

I detta bidrag ska vi först klargöra hur EU:s regelverk för offentlig upphandling är uppbyggt och vilka grundläggande principer det vilar på. Därefter redovisas olika delar av upphandlingslagstiftningen som har särskilt stor betydelse för frågan om relationen mellan kommunalt politiskt handlingsutrymme och juridik. Vi tittar särskilt på möjligheterna att i Sverige använda det utrymme som EU-rätten erbjuder när det gäller möjligheten att undanta kontrakt från upphandlingskyldighet mellan enheter inom samma offentliga förvaltning (egenregi) och kontrakt mellan en kommun och en idéburen ideell organisation (idéburna offentliga partnerskap). Slutligen berörs möjligheten att uppställa sociala krav i kommunala upphandlingar. Vi kommer att visa att i dessa tre konkreta svenska fall kommer betydelsen av LOU till helt olika uttryck och att utvecklingen på upphandlingsområdet har förändrat förhållandet i Sverige mellan vad som traditionellt har uppfattats som "politiska" respektive "juridiska" frågor. Avslutningsvis summeras vilket handlingsutrymme EU:s upphandlingsregler och LOU medger och hur den ovan omtalade juridifieringen kan förstås i ett bredare samhällsperspektiv.

Forskningen kring upphandling är framför allt juridiskt och ekonomiskt orienterad och det finns begränsat med analyser om upphandlingsreglernas samhällspolitiska betydelse. Vi hoppas genom detta bidrag kunna inspirera till en vidare diskussion om LOU:s roll i dagens Sverige.

EU:s regler om offentlig upphandling

I början av 1990-talet blev offentlig upphandling särskilt uppmärksammat inom EU, eftersom de tidigare reglerna inte hade lett till avsedd utveckling. Tanken var att på allvar konkurrensutsätta offentliga marknader i hela EU. De bärande principerna var att transparens, icke-diskriminering och objektivitet skulle respekteras vid tilldelning av kontrakt som härrörde från den offentliga sektorn.

Upphandlingsreglerna är en del av regelverket som ska åstadkomma fri rörlighet för varor och tjänster, etableringsfrihet samt eliminera all diskriminering på grund av nationalitet. Det finns därför en skyldighet för upphandlande myndigheter att iaktta vissa grundprinciper vid all upphandling inom EU. Att alla anbudsgivare ska behandlas lika (icke-diskriminering) är själva fundamentet i upphandlingsrätten (se t.ex. mål C-243/89, kommissionen mot Danmark). Detta gäller både när anbudsgivarna utarbetar sina anbud och när anbuden provas av den upphandlande myndigheten. Transparens- och objektivitetskravet hänger nära samman med kravet på likabehandling och innebär att presumtiva anbudsgivare måste underrättas om planerade offentliga upphandlingar genom annonsering. Myndigheterna måste också i förväg fastställa klara och tydliga kriterier för vad de önskar så att en objektiv jämförelse av de anbud som lämnas in möjliggörs. De upphandlande myndigheterna får inte heller ställa krav som är särskilt svåra för utländska företag att uppfylla. Enligt *principen om ömsesidigt erkännande* ska EU:s medlemsstater som utgångspunkt erkänna varandras regler och kravspecifikationer som likvärdiga. Upphandlande myndigheter ska därför godta tekniska specifikationer, kontroller, bevis, intyg och liknande från en annan medlemsstat om de kan anses likvärdiga med de som följer av inhemsk lagstiftning. Slutligen har också den s.k. *proportionalitetsprincipen* betydelse. Upphandlande myndigheter måste t.ex. vid utformningen av krav på prestanda och tekniska specifikationer säkertställa att dessa krav verkligen är nödvändiga och lämpliga. Myndigheten får t.ex. inte kräva teknisk kapacitet eller finansiell styrka av anbudsgivarna utöver det som står i proportion till ändamålet med kontraktet.

Efter flera revisioner återfinns nu EU:s upphandlingsregler i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling (LOU-direktivet), direktiv 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF-direktivet) och direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner (LUK-direktivet). I Sverige motsvaras EU:s direktiv av den tidigare nämnda lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) samt lagen (2016:1146) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) och lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK). I detta sammanhang begränsar vi oss till att behandla LOU-direktivet och LOU.

I EU:s direktiv finns s.k. tröskelvärden, vilket innebär att de detaljerade bestämmelserna i direktiven endast behöver tillämpas om det aktuella offentliga kontraktets värde överstiger dessa trösklar. En viktig skillnad i förhållande till EU:s direktiv är dock att även i de fall ett offentligt kontrakt betingar ett värde som är lägre än tröskelvärdena i EU:s direktiv regleras förfarandet av de svenska bestämmelserna (Madell 2011, s 84). Det kan alltså konstateras att den svenska upphandlingsrätten har ett betydligt vidare tillämpningsområde än EU:s upphandlingsdirektiv. Samtidigt uttrycker upphandlingsdirektiven i

grunden centrala EU-rättsliga inre marknadsprinciper. EU:s upphandlingsrätt måste därför ses som en del av det samlade regelverket för EU:s inre marknad och tolkas mot denna bakgrund (Hettne 2012, s 243). Detta är skälet till att de allmänna upphandlingsprinciper som nämnts ovan gäller även utanför de specifika direktivens tillämpningsområde. EU-domstolen har bl.a. varit tydlig med att kravet på likabehandling och transparens ska vara uppfyllt även på upphandlingar eller ett liknande förfaranden som inte omfattas av direktiven (se t.ex. mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress, punkt 60), förutsatt att det är fråga om ett kontrakt av gränsöverskridande intresse (se t.ex. målen C-147/2006 och C-148/2006, Secap, punkt 31). Detta minskar skillnaden mellan tillämpningsområdet för EU:s upphandlingsdirektiv och tillämpningsområdet för den svenska lagstiftningen, men LOU detaljreglerar likväl offentliga myndigheters inköpsverksamhet på ett helt annat sätt än EU-reglerna. Riksdagen beslutade emellertid i juni 2018 om förenklade regler som ska gälla för upphandling av varor och tjänster under EU:s tröskelvärden (prop. 2017/18:158).

Offentlig upphandling är i huvudsak utformad så att potentiella leverantörer via sluten budgivning konkurrerar om ett eller flera offentliga kontrakt, där den leverantör som lagt det anbud med lägst pris eller det s.k. mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet tilldelas kontraktet.

Tilldelning enligt kriteriet *lägsta pris* innebär att anbuden enbart utvärderas utifrån deras pris, vilket däremot inte utesluter att den upphandlande myndigheten beaktar kvalitetsaspekter vid inköpet. Detta görs genom att obligatoriska kvalitativa krav ställs på leverantören. För att överhuvudtaget komma i fråga som leverantör måste budgivaren uppfylla dessa krav.

Att tilldela kontraktet baserat på principen om *ekonomiskt mest fördelaktigt anbud* innebär att anbuden värderas utifrån fler dimensioner än pris, som kvalitet och miljöhänsyn. Vid ett sådant förfarande kan den upphandlande myndigheten också välja att i viss utsträckning exempelvis ta sociala hänsyn, t.ex. genom att kräva att det företag som anförtros det offentliga kontraktet delvis anställer långtidsarbetslösa eller personer med funktionsnedsättning. Dessa krav kan normalt inte göras obligatoriska utan viktas mot bl.a. priset vid tilldelning av kontraktet (s.k. tilldelningskriterier som normalt kommer till uttryck i poängsättning).

Betydelsen av ”marknad”

Tillämpningen av EU:s upphandlingsregler förutsätter en existerande eller åtminstone en potentiellt existerande marknad där ”företag” konkurrerar med varandra. I sammanhanget ska dock noteras att företag enligt EU-rätten är en ”enhet” som deltar i en ekonomisk aktivitet, dvs. en aktivitet där varor och tjänster erbjuds mot ersättning (se Hettne & Nyberg i detta specialnummer). Att enheten inte är vinstdrivande är inte avgörande, utan ideella organisationer

kan mycket väl betraktas som företag (målen C-180/98 till C-184/98, Pavlov m.fl). Enligt fast rättspraxis är det därför irrelevant i förhållande till reglerna för offentlig upphandling att en viss enhet inte bedriver verksamhet i vinstsyfte (se mål C-119/06, kommissionen/Italien, punkterna 37-41, mål C-305/08, CoNISMa, punkterna 30 och 45, och i mål C-159/11, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. punkt 26) och att dess personal tillhandahåller sina tjänster som obetalda volontärer (se mål C-119/06, kommissionen/Italien, punkt 40).

När det gäller sociala tjänster kan emellertid frånvaron av "marknad", dvs. frånvaro av någon privat aktör som erbjuder tjänsten, betyda att tjänsten kan betraktas som *icke ekonomisk*. I vissa fall finns det inte någon marknad överhuvudtaget därför att tjänsten inte är möjlig att tillhandahålla på kommersiella villkor. Verksamhetens natur kan vara sådan att en konkurrensutsättning ter sig orealistisk. En medlemsstat (på central, regional eller lokal nivå) är i detta fall inte tvungen att *skapa* en marknad genom att t.ex. försöka konkurrensutsätta den icke ekonomiska verksamheten genom upphandling, eller annan form av anbudsförfarande (t.ex. tjänstekoncession) för att på det sättet "locka" fram nya aktörer. Att stimulera marknadsutveckling är ett politiskt val, inte en rättslig skyldighet, vilket förklarar att bedömningen av vad som är ekonomiskt och icke ekonomiskt kan skifta mellan EU:s medlemsstater och också inom medlemsstater (Forum Idéburna organisationer med social inriktning, 2016, s 28).

Undantag för egenregi

Av särskilt intresse för svenska kommuner har varit vilket utrymme de har att anskaffa varor och tjänster från egna bolag utan föregående upphandling. Bakgrunden till denna utveckling är den s.k. Teckaldomen (mål C-107/98). Häri och i efterföljande rättspraxis har EU-domstolen uttalat att ett avtal om offentlig upphandling måste ingås av fristående personer eller enheter. Resonemanget i domen anknyter till själva upphandlingskonstruktionen eller, annorlunda uttryckt, avtalsbegreppet i EU:s upphandlingsrätt. Ett avtal mellan sinsemellan beroende personer, t.ex. olika delar av samma kommun, är inte ett upphandlingskontrakt i direktivens mening (Hettne 2012, s 244).

Detta innebär att kommuner, i vissa fall, kan genomföra köp från egna bolag, utan att tillämpa de föreskrivna förfarandena. Sådana köp i egenregi benämns vanligen *In House Providing* på engelska och avser avtal som en myndighet ingår med vissa offentliga organ vilka är knutna till den egna myndigheten. EU-domstolen har inte själv närmare förklarat varför den avgränsar skyldigheterna enligt upphandlingsrätten på detta sätt. Det har hävdats att undantaget kan ses som en avvägning mellan två motstående intressen, nämligen å ena sidan värdet av upphandling i fri konkurrens och å andra sidan offentliga aktörers behov av att fritt kunna organisera sin verksamhet (Pedersen 2008). Det bör betonas

att i det fall en *privat aktör* går in som delägare i en enhet som utför offentliga uppgifter som tilldelats inom ramen för verksamhet som bedrivs i egen regi, är den inte längre att betrakta som egenregi, varför ett upphandlingsförfarande för kontraktet i så fall måste inledas (Kommissionen 2007).

Vem bestämmer handlingsutrymmet?

Vi har redan varit inne på att den svenska upphandlingsrätten kan skilja sig från den som gäller generellt inom EU. I Sverige gäller den överenskomna detaljregleringen inom EU även under EU:s s.k. tröskelvärden. Det har också visat sig att den svenska rätten inte automatiskt följer med när EU-rätten utvecklas. Detta gäller inte minst i fall där EU-domstolen i sin rättspraxis har tilldelat upphandlande myndigheter ett handlingsutrymme som inte tydligt följer av bestämmelserna i EU:s upphandlingsdirektiv. Som framgått var det EU-domstolen som skapade det ovannämnda undantaget för egenregi som gör det möjligt för kommuner att i vissa fall genomföra köp utan att följa det föreskrivna upphandlingsförfarandet. Detta domarskapta undantag ansåg dock inte Regeringsrätten (nu Högsta förvaltningsdomstolen) kunde tillämpas i Sverige utan uttryckligt lagstöd. Detta klarlade Regeringsrätten i ett ärende som gällde ett avtal mellan ett antal kommuner i Skåne län enligt vilket kommunerna förbundit sig att samverka inom avfallsområdet genom det gemensamt ägda aktiebolaget SYSAV.¹ Av avtalet framgick att SYSAV bl.a. skulle svara för den regionala återvinningen och avfallshanteringen för delägarkommunerna och driva regionala behandlingsanläggningar.

Regeringsrätten uttalade att "LOU:s ordalydelse svårligen ger utrymme för en tolkning innebärande att kommunerna när de köper tjänster från kommunala bolag skulle vara undantagna från LOU:s regelverk. Tvärtom torde det allmänt anses att LOU inte medger att kommuner och landsting utan formell upphandling köper varor och tjänster från sina egna bolag" (RÅ 2008 ref. 26, SYSAV).

Svenska kommuner kunde alltså inte utnyttja det undantag för egenregi som EU-domstolen hade slagit fast i den ovannämnda Teckaldomen. Regeringsrätten ansåg att detta undantags tillämpning inte kunde aktualiseras eftersom något sådant undantag inte fanns i den nationella lagstiftningen. En synpunkt som framfördes var att Regeringsrätten mycket väl hade kunnat resonera på annat sätt genom att inte enbart utgå från gällande lagtext, utan istället följa EU-domstolens uttalanden i liknande ärenden samt beakta förarbetena till upphandlingslagstiftningen och därmed komma fram till en annan slutsats (Pedersen 2008). Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) tillskrev regeringen med

1 SYSAV eller Sydsånes avfallsaktiebolag ägs av 14 kommuner i södra Skåne och bedriver avfallshandling och återvinning i regionen.

en begäran om en lagändring innebärande att Teckal-kriterierna skulle skrivas in i LOU (Sveriges Kommuner och Landsting, 2008).

Frågan blev därför föremål för utredning (SOU 2011:43), och så småningom infördes ett uttryckligt undantag i dåvarande 2 kap. 10 a § LOU som innebar att det s.k. Teckal-kriterierna också var tillämpliga vid upphandlingar som görs i Sverige. Efter den senaste revisionen av EU:s upphandlingsdirektiv har Teckal-kriterierna förts in i direktiven och de har därför också införlivats med svensk rätt och återfinns numera i LOU, 3 kap. 12 § ff. Det är dock i detta sammanhang intressant att konstatera att det inledningsvis krävdes att den svenska lagstiftaren ingrep för att svenska kommuner skulle få motsvarande handlingsutrymme som sina lokala motsvarigheter i Europa.

Om de s.k. Teckal-kriterierna är uppfyllda i ett enskilt fall kan dock i sin tur vara juridiskt invecklat. Konkurrensverket ansåg i ett tillsynsbeslut år 2015 att de skånska kommuner som är delägare i SYSAV inte får fortsätta att köpa tjänster av bolaget med hänvisning till undantaget för egenregi (in house), eftersom dessa kriterier inte är uppfyllda. Detta beslut är nu föremål för prövning hos Högsta förvaltningsdomstolen (mål nr 1894-17). Den rättsfråga som ska bedömas är om Konkurrensverkets tillsynsbeslut är överklagbart och – om så är fallet – huruvida beslutet inneburit ett kompetensöverskridande. Att Högsta förvaltningsdomstolen kommer in på själva sakfrågan är därför inte särskilt troligt.

Sett i ljuset av det teoretiska resonemang kring juridifiering som vi förde inledningsvis kan sägas att detta fall är en illustration av hur juridisk expertis medverkar i konflikthanteringen, men det illustrerar också hur kommunala aktörer i sin praktiska verksamhet kan bidra till att forma juridiska lösningar som gynnar det kommunala politiska handlingsutrymmet.

Kommuners samverkan med ideella organisationer

När kommuner går samman med ideella organisationer för att utföra uppdrag som omfattas av kommunernas egen verksamhet brukar detta kallas idéburna offentliga partnerskap (IOP). Denna modell kan betraktas som en tredje variant som skiljer sig från offentlig egenregi och upphandling av privata utförare i konkurrens. Juridiskt sett ligger dock sådan samverkan i något av en gråzon, eftersom den närmare omfattningen av denna möjlighet är en juridiskt oprövd fråga. Detta gör att många kommuner ser det som ett riskabelt alternativ.

Om en rättsprövning i ett enskilt fall skulle visa att IOP inte är en laglig modell riskerar den kommun som använder den nämligen att göra sig skyldig till otillåten direktupphandling (SOU 2016:13, s 404). Det tycks dock finnas ett utrymme enligt EU-rätten att ingå partnerskapsavtal, åtminstone när det inte är uppenbart att det finns en marknad eller en konkurrenssituation att vårda. Om en svensk kommun konstaterar att det saknas marknadsförutsättningar (även potentiella sådana, dvs. det finns inte några intresserade kommersiella

aktörer i andra kommuner som skulle vara villiga att utföra den ifrågavarande tjänsten), bör kommunen därför utan att reflektera närmare över EU-rätten kunna ingå partnerskap med en idéburen organisation för att på så sätt genomföra sitt politiska uppdrag. En förutsättning är dock naturligtvis att verksamheten i fråga även ryms i det svenska kommunala uppdraget, dvs. är en kommunal angelägenhet enligt 2 kap. 1 § Kommunallagen.

Om det däremot finns villiga aktörer på marknaden som konkurrerar med de idéburna organisationerna återstår möjligheten att ta hänsyn till tjänsternas kvalitet i ett upphandlingsförfarande där både ideella organisationer och kommersiella företag kan lämna anbud. Huruvida upphandlingsreglerna är tillämpliga är alltså inte beroende på om uppdraget är allmännyttigt eller ej, utan hänger samman med om det är fråga om ekonomisk verksamhet som erbjuds på marknaden. EU-domstolen påpekade t.ex. i mål C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl.*, att ett avtal inte kan undgå att omfattas av begreppet offentligt kontrakt *enbart* på grund av att ersättningen endast avser kostnaderna för att tillhandahålla de avtalade tjänsterna (punkt 29 i domen).

Det ska även framhållas att den svenska lagstiftaren enligt EU-domstolens rättspraxis har möjlighet att underlätta för idéburna organisationer i upphandlingsförfaranden. EU-domstolen angav i mål C-70/95, *Sodemare m.fl.*, att en medlemsstat vid utformning av sitt sociala trygghetssystem, för att uppnå de målsättningar som eftersträvas (i det aktuella fallet ett socialtjänstsystem för äldre som på grund av sitt tillstånd behöver vård), kan kräva att anslutningen till systemet av privata aktörer som ska utföra socialvårdstjänster *underkastas villkoret att de ska verka utan vinstsyfte*.

En liknande möjlighet ges i LOU-direktivet (artikel 77) för s.k. *reserverade kontrakt*.² Medlemsstaterna har härigenom möjligheten att under vissa omständigheter reservera kontrakt för *organisationer som inte drivs i vinstsyfte*. Detta är att gå ett steg längre än att göra det möjligt för ideella aktörer att delta i upphandlingar, eftersom det innebär att andra aktörer inte alls kan lämna anbud. Möjligheten är emellertid begränsad i fråga om vilka tjänster som omfattas, vilken typ av organisationer som kan komma i fråga och kontraktets löptid. Enbart vissa särskilt definierade sociala tjänster kan komma i fråga och den maximala löptiden är tre år. Organisationer ska, för att kunna tilldelas reserverade kontrakt, ha till syfte att utföra offentliga uppdrag kopplade till de aktuella tjänsterna, återinvestera sina vinster och ha en lednings- och ägarstruktur som grundar sig på personalens ägande eller deltagande eller som kräver aktivt deltagande av personal, användare eller berörda parter. Den

2 Detta är något annat än möjligheten att reservera upphandlingar som föreskrivs i artikel 20 i LOU-direktivet för arbetsintegrerande företag eller för att kontrakten ska fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning, som genomförts i svensk rätt genom bestämmelser i 4 kap. 18 § LOU.

svenska lagstiftaren har varit tveksam till att föreslå en sådan regel för svensk del då den bedöms ha liten praktisk betydelse (se SOU 2016:13, s 372; prop. 2015/16:195). Regeringen föreslog dock en sådan reglering i början av 2018 (prop. 2017/18:158, s 89) som också antogs av riksdagen den 7 juni samma år.

Det finns till och med möjlighet att ge idéburna organisationer uppdrag mot ersättning *utan upphandlingsförfarande*. I mål C-113/13, Spezzino m.fl., bekräftat genom mål C-50/14, CASTA m.fl., angav EU-domstolen att en medlemsstat, när den avgör vilken socialpolitik som ska gälla i landet, själv bedömer om anlitaandet av frivilligorganisationer svarar mot de sociala målsättningar som eftersträvas. Om anlåtande av en frivilligorganisation faktiskt bidrar till att förverkliga den sociala målsättningen och till att uppfylla de mål beträffande solidaritet och budgetmässig effektivitet som eftersträvas kan dessa organisationer anförtros uppdrag som normalt ska föregås av ett upphandlingsförfarande. I mål C-50/14 preciserades att när en medlemsstat tillåter offentliga myndigheter att direkt anlita ideella organisationer för utförandet av vissa uppdrag är en offentlig myndighet som avser att ingå avtal med sådana organisationer *inte*, enligt unionsrätten, skyldig att först jämföra anbud från olika organisationer. Det som krävs är att ideella organisationer, när de anlitas för detta ändamål, inte eftersträvar andra målsättningar än de nyss angivna, att deras tjänster inte genererar någon vinst för dem, bortsett från ersättning för rörliga, fasta och löpande kostnader, vilka är nödvändiga för tillhandahållandet av tjänsterna, och att de inte genererar någon vinst för organisationernas medlemmar.

Ideella organisationer kan emellertid utöva sin verksamhet med hjälp av anställda i den utsträckning det behövs för att de ska fungera väl. Vad gäller ersättningen för kostnader, ska det säkerställas att inget vinstsyfte, inte heller indirekt, eftersträvas under sken av frivilligverksamhet, och att frivilligarbetare endast kan få ersättning för kostnader som faktiskt uppkommit för de tillhandahållna tjänsterna inom ramen för de gränser som organisationerna själva på förhand fastställt (se mål C-113/13, Spezzino m.fl., punkterna 59–62).

Denna domarskapta möjlighet har sannolikt inspirerat EU-lagstiftaren att utforma det undantag för organisationer som inte drivs i vinstsyfte i ovan nämnda artikel 77 i LOU-direktivet. Frågan kan därför ställas om EU-domstolens mer generösa resonemang därmed har spelat ut sin roll (jfr Olsson & Falk 2017). Det kan konstateras att EU-domstolen i de italienska målen uttalade sig om verksamhet som föll utanför det då aktuella upphandlingsdirektivet. Vi anser därför att det är rimligt att domstolens resonemang fortfarande gäller för kontrakt som faller under tröskelvärdet för sociala tjänster i nu gällande direktiv. Gränsen för att LOU-direktivet ska vara tillämpligt på sociala tjänster är att kontraktsvärdet överstiger 750 000 euro, dvs. mer än 7,5 miljoner kronor enligt nuvarande valutakurs.

Det verkar alltså finnas ett relativt brett utrymme enligt EU-rätten för idéburet offentligt partnerskap (jfr Forum Idéburna organisationer med social

inriktning 2016, s 31). Det är dock ingen tvekan om att idéburna partnerskap är ett oprövat fält där skilda synsätt kan göra sig gällande. Mot denna bakgrund finns det skäl att titta närmare på ett fall där en diskussion om att utnyttja denna verksamhetsform har förts i Sverige, till att börja med politiskt, men sedan framför allt juridiskt. Det rör sig om drift av ett äldreboende i Alingsås kommun.

Idéburet offentligt partnerskap – politik eller juridik?

Den 1 oktober 2016 ingick Alingsås kommun och Bräcke Diakoni ett avtal som omfattade en "vårdkedja" för äldre personer med inriktning mot demens. Det omfattade drift av äldreboendet Ginstgården, hemtjänst, sjuksköterskekontakt på vårdcentral, förebyggande arbete genom Alzheimers café och kontinuerlig verksamhets- och kompetensutveckling av personal genom delägarskap i Ersta Sköndal Högskola. Alla partier i fullmäktige stod eniga bakom detta. Avtalet skulle regleras genom ett idéburet offentligt partnerskap (IOP) (Alingsås kommun 2016). Enligt den organisation som 2010 tog fram denna modell är "ett IOP [...] tillåtet då det inte existerar en marknad" (Forum 2017).³ Avtalet var unikt i landet och fick stor uppmärksamhet. Det blev bl.a. ett av tretton exempel på "tillitsbaserad styrning" inom ramen för Tillitsdelegationens arbete.⁴ Men det blev än mer uppmärksammat på grund av den politiska sprängkraft som det visade sig ha.

Initiativet till denna samverkan hade tagits av Bräcke Diakoni, som sedan 2010, efter upphandling i konkurrens, haft driftansvaret av det aktuella äldreboendet. Jurister (Advokatbyrån Gärde Wesslau) utredde IOP-avtalet i jämförelse med en upphandling i konkurrens enligt LOU. Enligt sammanfattningen från denna beredning fanns det "risker och vinster med båda alternativen". Det som framför allt framhålls är att en upphandling enligt LOU kunde innebära att kommunen förlorade "en leverantör som i olika uppföljningar [...] uppvisat en god kvalitet". Den uttryckliga argumenteringen från vård- och äldreomsorgsnämnden var således inte att det saknades en marknad, utan att man ville behålla Bräcke Diakoni som leverantör. I mer officiella sammanhang har det dock framförts bedömningen att det inte fanns någon marknad för den typ av vårdkedja, som var en av delarna i avtalet, men samtidigt påtalades risken att alla kanske inte skulle vara överens om det (Alingsås kommun 2016a). I kommunstyrelsens protokoll kan man också utläsa att IOP-avtalet är "ett medvetet risktagande utifrån ett juridiskt perspektiv" (Alingsås kommun 2016). Det är här det hela blir politiskt laddat, men inte bland politiker utan bland jurister.

I juni 2017 lämnade Konkurrensverket (KKV) in en ansökan till Förvaltningsrätten i Göteborg med yrkan att Alingsås kommun ska betala fem miljoner

3 IOP står för Idéburet Offentligt Partnerskap (<http://www.socialforum.se>).

4 <http://tillitsdelegationen.se>.

kronor i upphandlingsskadeavgift. Skälet till det är att enligt KKV har Alingsås kommun genomfört en otillåten direktupphandling och därmed brutit mot 15 kap. 4 § LOU. Ansökan omfattar en argumentering i 69 punkter, men sammanfattningsvis anser KKV, för det första, att det som kallas idéburet offentligt partnerskap (IOP) egentligen utgör ett upphandlingspliktigt tjänstekontrakt i LOU:s mening. Det påpekas att IOP ligger utanför gällande rätt och att någon legaldefinition av detta fenomen inte finns. För det andra anförs att de tjänster som Bräcke Diakoni ska leverera enligt avtalet faller inom kategorin tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och att det finns en marknad som erbjuder såväl den äldreomsorg som övriga tjänster som omfattas av avtalet. För det tredje anser KKV att de tjänster som direkttilldelats Bräcke Diakoni lika gärna kunnat tillhandahållas av någon annan leverantör. Därför skulle kontraktet föregåtts av annonsering (Konkurrensverket 2017). Att beloppet hamnade på fem miljoner baseras på att kontraktsvärdet sattes till 75 miljoner och den ”potentiellt mycket långa avtalstiden” (Konkurrensverket 2017a).

Konkurrensverkets ståndpunkter fick inte stå oemotsagda. Bland annat menade juristen Mathias Sylvan att den ”bild av rättsläget som förmedlas på KKV:s hemsida är både felaktig och föråldrad” och han argumenterar för att det är finansieringen av välfärdstjänster som avgör om dessa är ”ekonomiska” eller inte. Eftersom tjänsterna är uteslutande skattefinansierade omfattas de inte av LOU, anser Sylvan (Sylvan 2017). Ytterligare argument i denna riktning mot att en kommun kan upprätta avtal direkt med idéburna organisationer inom sociala tjänster har framförts av andra jurister (Pettersson m.fl. 2016).

Händelseutvecklingen kan beskrivas som ett fall av juridisk politisering. Partierna i Alingsås kommunfullmäktige var eniga och såvitt kan bedömas har ingen annan politisk aktör markerat någon kritik mot det ingångna avtalet, varken i sak eller principiellt. Däremot har det framställts som en politisk konfliktfråga inom det juridiska fältet. Exempelvis skriver Forum på sin hemsida följande: ”Detta är en principiellt och politiskt mycket viktig fråga” och att den har sådan ”komplexitet, tyngd och politisk sprängkraft att domstolen bör lyfta den till EU-domstolen”, men antar samtidigt att Förvaltningsrätten i Göteborg troligen inte kommer att göra det (Forum 2017a). Det kan tolkas som juridifiering men eftersom frågan genomsyras av olika principiella ståndpunkter är den samtidigt politiserad. Därav beteckningen juridisk politisering.

Upphandling som arbetsmarknadspolitik

Inledningsvis nämnde vi att det är möjligt att tilldela ett kontrakt i en upphandling baserat på principen om *ekonomiskt mest fördelaktigt* anbud, vilket innebär att anbudet värderas utifrån fler dimensioner än pris. Det ekonomiskt mest lönsamma anbudet kan därför bidra till att lösa sociala problem, t.ex. genom att det företag som anförts till det offentliga kontraktet utlovar att anställa

långtidsarbetslösa eller personer med funktionsnedsättning. Detta är en fråga som diskuterats inom EU de senaste 20 åren och prövats av EU-domstolen vid flera tillfällen. Redan i målet *Beentjes* (C-31/87) accepterade EU-domstolen ett krav i en offentlig upphandling om att långtidsarbetslösa arbetare skulle anlitas i och för en byggtreprenad. Det ställdes inte uttryckliga krav på att arbetskraften skulle vara lokal, men däremot att den skulle vara anmäld vid ett lokalt arbetslöshetskontor som var tillgängligt för arbetstagare inom hela unionen. EU-domstolen konstaterade att det var möjligt att ställa krav på att leverantörerna skulle utföra arbete med en viss andel långtidsarbetslösa eller funktionshindrade under förutsättning att villkoret inte direkt eller indirekt diskriminerade anbudsgivare från andra medlemsstater.

Ett sådant villkor var förenligt med bestämmelserna om etableringsrätt och rätten till fri rörlighet för tjänster. En förutsättning för att det ifrågavarande villkoret skulle få ställas var vidare att det angavs i annonsen om upphandling så att leverantörerna fick kännedom om villkoret redan i inledningen av upphandlingsprocessen. I ett annat fall, *Store Bælt* (C-243/89), ansåg EU-domstolen tvärtom att krav på användning av lokal arbetskraft för att utföra ett byggarbete inom ramen för ett upphandlingsförfarande utgjorde hinder för friheten att tillhandahålla tjänster (denna gång var det uttryckliga krav på lokal arbetskraft). Sådana krav ansågs indirekt diskriminerande, eftersom de gjorde det svårare för företag som var etablerade utanför den stat i vilken en tjänst ska tillhandahållas att få tag på arbetskraften. I ett senare mål, *Nord-Pas-de-Calais* (mål C-225/98, punkt 50), uttalade EU-domstolen sammanfattningsvis att det är tillåtet för de upphandlande myndigheterna att som kriterium använda ett villkor som har samband med att bekämpa arbetslöshet, under förutsättning att detta villkor är förenligt med alla grundläggande principer i EU-rätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen sådan den framgår av fördragets bestämmelser om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster.

I det nu gällande LOU-direktivet hänvisas i artikel 18.2 till att krav vid upphandlingar får ställas som innebär att tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i annan relevant internationell rätt ska iakttas. I regeringens proposition om införlivande av direktivet (prop. 2015/16:195, s 434) framhålls att kraven som ställs med sikte på miljöhänsyn, sociala hänsyn och arbetsrättsliga hänsyn måste vara förenliga med de allmänna principerna som dessa har uttolkats av EU-domstolen och EU-rätten i övrigt. Denna komplicerade bedömning ställdes Örebrostäder inför då de hade för avsikt att kräva anställning av långtidsarbetslösa i samband med en stor ombyggnad av ett bostadsområde. De regler som då gällde enligt LOU har visserligen förnyats, men rättsläget var som framgår av EU-domstolens ovannämnda domar, i princip detsamma.

Örebrobostäder

Under 2012 genomförde Örebrobostäder AB (Öbo) en upphandling som fick tämligen stor uppmärksamhet, framför allt på grund av den tydliga orienteringen mot sociala hänsyn i betydelsen att med hjälp av upphandling minska arbetslösheten bland dem som stod långt från arbetsmarknaden. Upphandlingens tillvägagångssätt blev vägledande för andra upphandlingar i Örebro kommun, men fick också ett nationellt genomslag och efterföljare i andra kommuner, t.ex. Östersund (Upphandling24 2017).

Bakgrunden var att kommunens politiska ledning (socialdemokraterna, centerpartiet och kristdemokraterna) enats om att i samverkan med näringslivet och de kommunala bolagen skapa jobb för arbetslösa och att detta i första hand borde ske inom ramen för offentlig upphandling. Att lägga in krav på sociala hänsyn i upphandlingar var dock att beträda tämligen obruten mark på grund av otydlighet i aktuella regelverk och ovana inom byggbranschen (Boendebyggarna, 2014). Särskilda villkor såsom anställning av långtidsarbetslösa var möjliga att ställa, men det fanns 2011 inte så värst mycket vägledning i detta sammanhang (Konkurrensverket 2011). I en statlig utredning konstaterades att det finns starka skäl för kommunala myndigheter att ta sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling, men att kunskaperna om effekterna är bristfälliga och att det finns oklarheter kring vilka sociala krav som egentligen kan ställas (SOU 2013:12, s 417). Upphandling som arbetsmarknadspolitiskt instrument var således tämligen oprövat.

I samband med en större ombyggnad (värt 600 miljoner) i Örebro största "miljonprogramområde" (Vivalla), som kom att kallas "Mitt gröna kvarter", ställdes bl.a. kravet att anbudsgivarna i sina anbud skulle beskriva hur de kunde ta emot arbetslösa i projektet och utveckla arbetstillfällen och utbildningsformer utan att det skulle förhöja kostnaderna för Öbo. Enligt egen utsago var Öbo först i landet att ställa denna typ av krav i en upphandling. Inledningsvis gjordes en inventering av hur många boende i området som var inskrivna på Arbetsförmedlingen eller som fick ekonomiskt bistånd av kommunen. När upphandlingsunderlaget skulle skrivas förde projektledaren på Öbo dialog med 6–7 företag och alla var intresserade. Sammanlagt sex parametrar skulle bedömas och en av dessa handlade i praktiken om att minska arbetslösheten i området. De "sociala krav" som ställdes i förfrågningsunderlaget var följande:

Beskriv hur ni tänker er kunna ta emot arbetslösa i projektet och utveckla arbetstillfällen och utbildningsformer. Beskriv även hur ni kommer att säkerställa detta hos samtliga entreprenörer inom projektet.

Redovisa hur stor volym ni kan ta emot i projektet, dvs. antalet arbetslösa personer som kan vara i praktik/arbete/utbildning (Örebrobostäder AB, 2017).

Dessa sociala krav, eller arbetsmarknadssatsning som det också kom att kallas, utgjorde 15 procents viktning i utvärderingen av anbud. Sammanlagt sex anbud kvalificerade sig i upphandlingen som skedde enligt ett öppet förfarande. Därefter genomfördes 2 timmars intervju med varje anbudsgivare och då gjordes en separat poängsättning av anbudet. Skanska vann upphandlingen och tilldelades uppdraget den 8 juni 2012. Ett av de företag som inte fick anbudet begärde överprövning och yrkade att förvaltningsrätten skulle besluta om ny anbudsvärdering. Företaget ansåg att poängsättningen vid intervjuerna inte gått rätt till eftersom det inte på förhand hade aviserats exakt hur poängsättningen skulle gå till. Förvaltningsrätten menade att det ställs särskilt höga krav på upphandlande myndigheter då intervjuer ska tillämpas och utgöra en del av utvärderingen. Rätten fann dock att det inte skett något brott i förhållande till de grundläggande principerna i LOU varvid ansökan om överprövning avsågs (Förvaltningsrätten i Karlstad 2012).

Uppdragsvinnaren Skanska lovade att under de fyra år som ombyggnaden skulle pågå, ge 50–80 arbetslösa personer boende i Vivalla och som stod långt från arbetsmarknaden chans till praktik, utbildning eller jobb. Efter två år hade 50 personer fått sysselsättning i projektet och cirka hälften av dessa hade fått anställning (Sundin 2017, s 24). Under 2014 besöktes Vivalla av såväl ministrar som riksdagspolitiker för att lära mer om Öbo:s strategiska arbetsätt. Ett av de unika inslagen i projektet var att det innebar en arbetsmarknadssatsning och Skanska har använt uppdraget i Vivalla som exempel på framgångsrik samverkan med ett kommunalt bostadsbolag och Arbetsförmedlingen (Skanska, 2015).

Det redovisade fallet kan ses som ett exempel på hur LOU kan användas som arbetsmarknadspolitiskt instrument i en situation där andra typer av politiskt handlingsutrymme har krympt: ”I takt med att allt större andel av välfärdsproduktionen sker i privat regi, med offentlig finansiering, minskar möjligheterna att sysselsätta människor i den offentliga sektorn. Då blir det också naturligt att pröva olika vägar för att i samband med konkurrensutsättningen få ut maximal nytta socialt” (SOU 2013:12, s 417).

Denna upphandling med krav på sociala hänsyn illustrerar det utfall vi inledningsvis definierade som när politik och juridik på kommunal nivå jämkas samman i den faktiska tillämpningen på ett sätt som gör att spänningen mellan politik och juridik upphör, dvs. det saknas behov av fortsatt konflikthantering.

Diskussion – hur maximerar kommunen sitt handlingsutrymme?

Det är ingen tvekan om att svenska kommunpolitiker idag vanligen upplever att deras politiska handlingsutrymme har begränsats. Om detta beror på att det verkliga handlingsutrymmet rent faktiskt har begränsats eller om handlingsutrymmet är något som kan förhandlas i spänningsfältet mellan politik

och juridik bör analyseras från fall till fall. Av de tre fall som har gått igenom ovan, visar det första, angående egenregi, att det inte alltid räcker att det finns ett handlingsutrymme enligt EU-rätten. I vissa fall krävs att den svenska lagstiftaren agerar för att motsvarande handlingsutrymme också ska gälla i Sverige. I detta sammanhang kan kommunala aktörer vara pådrivande. Det andra fallet, angående IOP, visar att LOU kan innebära att det politiska handlingsutrymmet minskar och att politik kan bli en fråga för jurister, i synnerhet när det är oklart hur gällande regler ska tolkas. Det tredje fallet om sociala krav visar istället hur en kommun kan arbeta strategiskt inom ramen för LOU och öka det politiska handlingsutrymmet.

Handlingsutrymmet är alltså dynamiskt och svårt att på förhand fastställa med säkerhet. Helt klar däremot är att ett *upplevt minskat handlingsutrymme* kan vara hämmande och skadligt för det kommunala uppdraget. Som Anders Lidström anförde i sin avhandling om handlingsutrymme (discretion) 1991:

Modern organisations are often regarded as unable to function smoothly unless a certain amount of discretion is available within them. Without room for those on lower levels to make decisions based on their own judgement and interpretations, it is claimed that the organisation very soon becomes static and less able to respond to internal as well as external changes (Lidström 1991, s 13).

Som nämndes inledningsvis kan ett minskat politiskt handlingsutrymme sammanhålla med att frågor som tidigare avgjordes genom politiska beslut, nu ytterst avgörs av jurister. Vi såg tidigare att möjligheten att ställa sociala krav inom ramen för offentlig upphandling, t.ex. anställning av långtidsarbetslösa, ytterst prövas av EU-domstolen. Oskar Taxén (jurist vid fackförbundet Kommunal) menar att under de senaste 30 åren har en mängd beslut som tidigare fattades av folkvalda flyttats över på myndigheter och domstolar i Sverige. Utvecklingen har inneburit att frågor som tidigare främst betraktades som "politiska" istället blivit "juridiska". (Taxén 2017, s 13, för en diskussion på det europeiska planet, se Dawson 2013, s 11 ff). Domstolarna har därmed också fått hantera nya frågeställningar med tydligare avvägningar mellan olika samhällsintressen (Wersäll 2017, s 1). Enligt Taxén blir denna ansvarsförskjutning tydligast på kommunal nivå, där också utrymmet för hur politikerna kan genomföra vissa obligatoriska politikområden minskat. Det gäller exempelvis inom plan- och byggområdet och inom skolans område. Utvecklingen är en följd av att fler kommunala beslut, vilka tidigare endast var föremål för en begränsad laglighetsprövning, har blivit möjliga att få sakprövade i domstol (Taxén 2017, s 13). Som nämndes inledningsvis är detta något som är påtagligt när det gäller offentlig upphandling där möjlighet till överprövning och skadestånd följer direkt av EU-reglerna.

Det är samtidigt viktigt att EU:s gemensamma regler angående offentlig upphandling som mödosamt byggts upp verkligen tillämpas och tolkas på samma sätt i alla medlemsländer. Detta sker ytterst genom domstolskontroll i EU-länderna med möjlighet för de nationella domstolarna att begära tolkningshjälp från EU-domstolen i Luxemburg (s.k. förhandsavgöranden). Grundidén med EU:s upphandlingsregler är att förutsättningarna att delta och villkor för kontraktstilldelning i en upphandling ska vara lika överallt i EU. Detta betyder dock inte att det är självklart hur upphandlingsreglerna ska tolkas. Tvärtom ökar tolkningsutrymmet när det handlar om regler som ska fungera i 28 olika rättsmiljöer. Det är därför viktigt att den svenska tolkningen av de gemensamma reglerna inte blir alltför snäv och byråkratisk. Tolkningen får inte bli så försiktig och bokstavstrogen att det grundläggande syftet med reglerna förfelas. När EU-domstolen tillfrågas ger den ofta uttryck för en konstruktiv ändamålssorienterad tolkning, vilket inte sällan leder till en rimlig lösning på de problem som aktualiseras i det enskilda fallet. EU-domstolen tvekar inte att göra en avvägning mellan konkurrensintresset och andra legitima samhällsintressen som miljöhänsyn och sociala hänsyn.

Enligt Taxén kan medlemsstaterna i viss mån dämpa EU:s juridifierande effekt genom att tillvarata det nationella handlingsutrymmet i EU-lagstiftningen. Därigenom kan medlemsstaten vinnlägga sig om att utöva politiskt inflytande inom de unionsrättsliga ramarna (Taxén 2017, s 13). Han anser att det inte handlar om att gå utanför vad EU-rätten stadgar, utan snarare om att precisera lagstiftningens nationella innebörd inom detta rättsliga utrymme. I viss utsträckning kan man säga att detta var precis vad som skedde när det infördes ett uttryckligt undantag i LOU som innebar att det s.k. Teckal-kriterierna också blev tillämpliga vid upphandlingar som görs i Sverige. Situationen var dock något säregen, eftersom det handlade om en svensk domstol som inte ansåg sig kunna följa EU-domstolens vägledande domar utan uttryckligt lagstöd. Denna försiktiga hållning kan sägas ligga i linje med ett förhållningssätt som är vanligt bland svenska domstolar, nämligen att för säkerhets skull begära förhandsavgöranden från EU-domstolen i frågor som kan vara politiskt känsliga (Leijon & Karlsson, 2013). På upphandlingsområdet har det dock varit mycket sparsamt med tolkningsfrågor till EU-domstolen och den svenska lagstiftaren har hittills inte heller utnyttjat det ökade handlingsutrymme som finns tillgängligt under tröskelvärdena i EU:s direktiv. I prop. 2017/18:158, Ökade tillståndskrav och särskilda regler för upphandling inom välfärden, uttrycks dock som nämnts ett nytt synsätt och förenklingar i regelverket föreslås för kontrakt under tröskelvärdena.

Taxén menar också att den svenska lagstiftaren i allmänhet lägger sig alltför nära EU-lagstiftningens ordalydelse, vilket illustreras av bl.a. Lagrådets kritiska yttrande över förslaget om nytt regelverk vid upphandling, den 12 februari 2016. Detta innebär att EU-rättens vaghet byggs in även i den svenska lagstiftningen

med följden att politiker, myndigheter och domstolar inte vet lagstiftningens innebörd innan det har skapats prejudikat på området (Taxén 2017, s 14).

På upphandlingsområdet aktualiseras mycket riktigt dessa problem. Det är dock svårt för den svenska lagstiftaren att precisera upphandlingsreglernas svenska innebörd och själv reducera de vagheter som finns i det EU-gemensamma regelverket. Den svenska lagstiftaren förfogar inte över ett stort handlingsutrymme när ett mycket detaljerat direktiv ska genomföras. En stor del av handlingsutrymmet finns istället enligt vår mening vid tillämpningen av reglerna, dvs. i tolkningsutrymmet. För att tillvarata denna form av handlingsutrymme behövs proaktiva upphandlande myndigheter som testar gränserna för tolkningsutrymmet, vilket skedde i både fallet med Örebro städer och Alingsås kommun, men också prövningsinstanser av olika slag (domstolar och tillsynsmyndigheter) som är beredda att hitta konstruktiva lösningar inom upphandlingsregelverkets ram som tillvaratar andra intressen än att främja konkurrensen. Genom en sådan utveckling kan svenska kommuner på sikt maximera sitt politiska handlingsutrymme på ett nytt sätt, dvs., inom ramen för det nu aktuella regelverket, och också uppleva ett större handlingsutrymme rent allmänt vid genomförandet av det kommunala uppdraget.

Referenser

- Alingsås kommun, 2016. Protokollsutdrag från kommunstyrelsen, 2016-03-07, KS § 43 Dnr 2016.101 KS 081, tillgänglig på <http://www.alingsas.se>, citerad 19/12 2017.
- Alingsås kommun, 2016a. "Först i Sverige med unikt vårdssamarbete", Pressmeddelande, 2016-09-12, tillgänglig på <http://www.alingsas.se>, citerad 19/12 2017.
- Boendebyggarna, 2014. *Kartläggning av en social upphandling för framgångsrik introduktion på arbetsmarknaden*. Delegationen för Hållbara städer, Regionförbundet Örebro, Örebro kommun. Örebro städer AB, tillgänglig på <http://www.oru.se>, citerad 18/12 2017.
- Dawson, Mark, 2013. "The political face of judicial activism: Europe's law-politics imbalance", i Dawson, Mark, de Witte, Bruno & Muir, Elise (red) *Judicial Activism of the European Court of Justice*. Cheltenham: Edward Elgar 2013.
- Forum Idéburna organisationer med social inriktning, 2016. "Idéburet offentligt partnerskap – vilka möjligheter erbjuder EU-rätten?". Rapport utgiven av Forum.
- Forum Idéburna organisationer med social inriktning, 2017, tillgänglig på <http://www.socialforum.se>, citerad 19/12 2017.
- Forum Idéburna organisationer med social inriktning, 2017a. "Partnerskap mellan det offentliga och det idéburna är viktigare än någonsin", tillgänglig på <http://www.socialforum.se>, citerad 19/12 2017.
- Förvaltningsrätten i Karlstad, 2012. Dom 2012-07-23, Mål nr 2516-12 E.
- Hettne, Jörgen, 2012. "Kommunal affärsverksamhet i EU-rättslig belysning", *Europarättslig tidskrift* 2, s 227-257.
- Leijon, Karin & Christer Karlsson, 2013. "Nationella domstolar som politiska aktörer – främjare av rättslig integration eller försvarare av nationella intressen?", *Statsvetenskaplig tidskrift*, 115, s 5-34.

- Kommissionen, 2007. *Tolkningsmeddelande C(2007)6661 om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner på institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP)*.
- Konkurrensverket, 2011. *Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling*. Stockholm: Konkurrensverket.
- Konkurrensverket, 2017. Ansökan om upphandlingsavgift, tillgänglig på <http://www.konkurrensverket.se>, citerad 19/12 2017.
- Konkurrensverket, 2017a. "Inget upphandlingsundantag för idéburna leverantörer", Pressmeddelande 29 juni 2017, tillgänglig på <http://www.konkurrensverket.se>, citerad 19/12 2017.
- Lidström, Anders, 1991. *Discretion: An Art of the Possible*. Avhandling Umeå universitet (Research Report 1991:5).
- Madell, Tom, 2011. *Tjänster av allmänt intresse – ett svenskt perspektiv*. Sieps 2011:8.
- Nergelius, Joakim, 1999. "Maktindelning och politikens juridikalisering", i *Löser juridiken demokratins problem?*, Demokratiutredningens skrift nr 23, SOU 1999:58.
- Olsson, Erik & Falk, Johan, 2017. "Där politiken går in, går juridiken ut – En reflektion kring vinstbegränsningens förenlighet med upphandlingsrätten", *Europarättslig tidskrift*, 3, s 581–601.
- Pedersen, Kristian, 2008. "Upphandlingskrönika", *Europarättslig tidskrift*, 2, s 543–549.
- Pettersson, Göran, Mohammed, Hama Ali & Daneship, Amir, 2016. *Idéburet offentligt partnerskap – vilka möjligheter erbjuder EU-rätten?* Forum Idéburna organisationer med social inriktning, tillgänglig på <http://www.socialforum.se>, citerad 19/12 2017.
- Prop. 2015/16:195. Nytt regelverk om upphandling.
- Prop. 2017/18:158. Ökade tillståndskrav och särskilda regler för upphandling inom välfärden.
- Skanska, 2015. *Ställ högra krav – i upphandlingar*, tillgänglig på <http://www.skanska.se>, citerad 19/12 2017.
- Sveriges Kommuner och Landsting, 2008. *Sysavmålet och LOU*, Cirkulär 08:34, tillgänglig på <http://www.skl.se>, citerad 25/3 2018.
- SOU 2011:43. Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor.
- SOU 2013:12. Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling.
- SOU 2015:24. En kommunallag för framtiden.
- SOU 2016:13. Palett för ett stärkt civilsamhälle.
- Sundin, Björn, 2017. *Samhällsbygge pågår. En personlig handbok i att förändra kommunen (och världen)*. Stockholm: Hjalmarsson & Högberg.
- Sylvan, Mathias, 2017. "Konkurrensverket har fel", *Upphandling24*, tillgänglig på <http://www.upphandling24.se>, citerad 19/12 2017.
- Taxén, Oskar, 2017. *Juridifiering: Om förskjutningen av makt från politik till juridik*. Arena Idé.
- Upphandling24, 2017. "Östersund inför sociala hänsyn", tillgänglig på <http://www.upphandling24.se>, citerad 17/1 2018.
- Wersäll, Fredrik, 2017. "Ökad domarmakt och makten över domstolarna", *Svensk Juristtidning*, 2017 nr. 1.
- Örebrobostäder AB, 2017. Informationsmaterial, tillgänglig på <http://www.obo.se>, citerad 18/12 2017.