

Sammanfattning

I dag finns regler i kommunallagen om kommunal avtalssamverkan. Reglerna har bara några år på nacken men är i rättslig mening fortfarande relativt oklara. I praktiken innebär kommunal avtalssamverkan att kommuner och regioner kan överlämna arbetsuppgifter till varandra. Syftet med dessa regler är att effektivisera kommunsektorn. Flera kommuner kan arbeta tillsammans, större kommuner kan hjälpa mindre kommuner. Innan möjligheten till avtalssamverkan fanns, och finns fortfarande, kommunalförbund, gemensamma nämnder m.m. som ett sätt att samverka. Dessa samverkansformer har dock kritiserats för att de är tungrodda och byråkratiska. Avtalssamverkan är den enklaste formen av samverkan då det endast krävs ett avtal. I övrigt behövs ingen organisatorisk överbyggnad eller liknande.

Att kommuner samverkar med varandra kan ha upphandlingsrättsliga implikationer. I vissa situationer kan samverkan vara upphandlingspliktig och andra situationer kan det vara undantaget från upphandlingsplikt. De två viktigaste undantagen är myndighetsutövning och Hamburgsamverkan.

Denna rapport syftar till att utreda, så långt möjligt, rättsläget vad gäller svenska kommuners och regioners möjligheter att avtalssamverka enligt kommunallagen och upphandlingsreglerna. Redan här kan konstateras att rättsläget är relativt oklart, främst för att rättskällorna är få och inte alltid så tydliga.

Rapporten är tänkt att vara relativt lättillgänglig. Tanken är att den ska få spridning i kommuner och regioner och vara till verklig nytta. Ambitionen är därför också att språket ska vara tydligt, begripligt och tämligen oakademiskt.

Om kommunallagen ger stora möjligheter till samverkan kan upphandlingslagstiftningen dock skapa vissa problem. Det för-

hållandet uppmärksammades av lagstiftaren i samband med införandet av dessa regler i kommunallagen. Det är dock ingen helt enkel uppgift att utreda upphandlingsregleringens implikation på avtals-samverkan.

Det första undantaget från upphandlingsreglerna vad gäller samverkan är myndighetsutövning, alltså de områden där kommuner och regioner utövar offentlig makt. Det är fråga om socialtjänst, offentlig tillsyn, plan- och byggområdet m.m. Det är många och stora verksamheter där framför allt kommuner utövar offentlig makt och där samverkan numera enligt kommunallagen generellt är tillåten. Även om det går att ha juridiska invändningar mot detta så talar övervägande skäl för att myndighetsutövning är undantagen upphandling. Det framgår om inte annat tydligt av vår regeringsform och av det direktiv som är upphandlingsreglernas EU-rättsliga ursprung.

Det andra undantaget utgörs av det så kallade Hamburgundantaget eller samarbetsundantaget. EU-domstolen har i flera domar slagit fast att upphandlande myndigheter, stat, kommun eller region kan samarbeta med varandra om det finns ett gemensamt allmännyttigt mål och om ingen privat aktör gynnas av samarbetet. Den senaste domen från EU-domstolen kom sommaren 2020 och innebär, enkelt uttryckt, att det räcker att de samverkande aktörerna agerar mot samma mål. Det behöver inte finnas ett verkligt samarbete. Dessutom klargör domen att så kallad stödverksamhet, alltså administration av löner och personal, it-verksamhet, fastighetsförvaltning m.m., som är nödvändig för att förverkliga det gemensamma målet, också kan ingå i ett Hamburgsamarbete och därmed är undantagen upphandlingsregleringen.

Även om rättsläget inte är glasklart så bör det innebära för våra svenska kommuner och regioner att det är möjligt att samverka, genom ett avtal enligt kommunallagen, utan att drabbas av upphandlingsplikt. Kommunerna kan samverka om det uppfyller Hamburgundantagets krav. Det viktigaste kravet är det gemensamma målet. I den så kallade Hamburgdomen, från EU-domstolen, så var det fråga om flera tyska kommuner som samverkade runt sophantering och hjälpte varandra på olika sätt för att uppfylla det gemensamma målet. Den som fick frågan till prövning av EU-domstolen var ett privat företag som menade att denna samverkan borde upphandlats.

Kommunerna borde frågat marknaden, genom ett upphandlingsförfarande, om någon privat aktör kunde utföra dessa uppgifter. De tyska domstolarna lyfte frågan till EU-domstolen. Domstolen menade att eftersom kommunerna har ett gemensamt mål, sophantering, och ingen privat aktör tjänade på samarbetet, så var det undantaget upphandlingsregleringen. Detta undantag är implementerat i vår svenska upphandlingsreglering.

Ovanstående innebär att svenska kommuner och regioner kan samverka på områden där det finns gemensamma allmännyttiga mål. Sådana mål finns överallt inom de specialreglerade områdena. En kommun synes då kunna vara aktiv inom stödverksamhet och en kommun aktiv inom själva målförverkligandet. Av praxis och av direktivet framgår att även frivilliga uppgifter för kommuner och regioner kan ingå i ett Hamburgsamarbete. Inom den generella kompetensen enligt andra kapitlet kommunallagen är det således möjligt att samverka utan upphandling. Det öppnar upp för stora möjligheter för kommunal avtalsamverkan. Rapporten innehåller en kortare genomgång av olika områden där kommunal avtalsamverkan är möjlig utan upphandling. Noteras bör dock att våra svenska förvaltningsdomstolar, än mindre den Högsta förvaltningsdomstolen, har tagit ställning till Hamburgundantaget, avtalsamverkan och upphandlingsreglerna.