

Finansdepartementet  
103 33 Stockholm

Stockholm  
2011-09-07

Vår referens  
U. Dyrke

Dnr Fi 2011/2235

## **Remissvar – Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor (SOU 2011:43)**

Företagarna har fått möjlighet att lämna synpunkter till Finansdepartementet på rubricerade betänkande och får med anledning härav anföra följande.

Bakgrund

### **Sammanfattning**

Företagarna vill särskilt framhålla följande:

- Företagarna betonar vikten av att konkurrensen på marknaden tas tillvara vid offentlig sektors inköp av varor och tjänster. Det finns ett tydligt positivt värde i att offentlig sektor tillämpar lagen om offentlig upphandling (LOU) vid sina inköp.
- Företagarna avstyrker utredningens förslag till ändring i lagen om offentlig upphandling (LOU) för upphandlande myndigheter som köper varor eller tjänster från sina egna bolag. Anledningen är att de föreslagna utvidgningarna av lagstiftningen inte är fullt förenliga med EU-domstolens praxis.
- Företagarna anser att det befintliga, temporära undantaget i 2 kap 10 a § LOU bör göras permanent, eftersom det baseras på EU-domstolens befintliga rättspraxis.
- Företagarna tillstyrker utredningens förslag om ändringar i kommunallagen (1991:900), eftersom dessa förslag skapar förutsättningar för att de kommunalrättsliga principerna får genomslag i de kommunala bolagens verksamhet.
- Företagarna anser att det utöver detta finns behov av sanktioner om de kommunala bolagen visar sig agera i strid med de kommunalrättsliga principerna. Sådana sanktionsmöjligheter bör därför utredas.

## Bakgrund

Sedan den 15 juli 2010 gäller ett särskilt, tidsbegränsat undantag från LOU för offentlig sektor som köper varor eller tjänster från sina egna bolag (2 kap 10 a § LOU). Den temporära lagstiftningen har införlivat EU-rättens s.k. Teckal-kriterier i svensk rätt. Enligt dessa kriterier kan offentlig sektor köpa direkt från sina bolag, utan upphandling i konkurrens under följande förutsättningar:

- Den upphandlande myndigheten måste utöva en kontroll över bolaget som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet)
- Det offentliga bolaget måste utföra huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de upphandlande myndigheter som innehar eller är medlem i bolaget (verksamhetskriteriet).

Denna temporära lagstiftning och vissa andra frågor har nu setts över av den s.k. OFUKI-utredningen.

## Företagarnas syn på upphandling i konkurrens

Företagarna vill inleda med att betona vikten av att offentlig sektor tar tillvara på konkurrensen på marknaden vid sina inköp av varor och tjänster. Det är av värde för hela samhällsekonomin. För offentlig sektor ökar möjligheterna att förvalta skattemedlen på ett kostnadseffektivt sätt när alla intresserade aktörer ges möjlighet att vara med och tävla om kontrakten. För privatägda företag leder det till potentiellt ökad tillväxt att på konkurrensneutrala villkor tävla om uppdragen åt offentlig sektor. Av dessa skäl finns det ett tydligt positivt värde i att offentlig sektor tillämpar lagen om offentlig upphandling (LOU) vid sina inköp. Rätt använd anser Företagarna att LOU skapar goda förutsättningar för goda inköp åt det allmänna med utnyttjande av konkurrensen på marknaden.

## Utredningens förslag till nytt in house-undantag i LOU

Utredningen föreslår att det nu gällande temporära in house-undantaget från LOU för upphandlande myndigheter som köper varor eller tjänster från sina egna bolag ska göras permanent och därtill utvidgas i olika avseenden. De föreslagna utvidgningarna innebär dels att alla slags upphandlande myndigheter, även till exempel aktiebolag, ska kunna åberopa undantaget och dels att undantaget även ska kunna åberopas i s.k. omvända situationer, då ett dotterbolag köper från sin ägare.

Såsom ovan framhållits anser Företagarna att det är av central betydelse att offentlig sektor tar tillvara på konkurrensen på marknaden vid sina inköp av varor och tjänster genom att tillämpa LOU. Företagarna anser dock att det även är viktigt med materiell rättslikhet med EU-rätten inom upphandlingsområdet. Detta var anledningen till att vi år 2009 accepterade införandet av det nu gällande, tidsbegränsade undantaget från LOU. I likhet med vad vi då uttryckligen framförde anser vi dock även att det är av största vikt att de svenska reglerna inte ges en vidare innebörd än vad som följer av EU-domstolens praxis.

Företagarna kan konstatera att utredningen föreslår att det befintliga undantaget i svensk rätt ska utvidgas på ovan nämnt sätt. Vi kan vidare konstatera att dessa föreslagna utvidgningar inte har fullt stöd i EU-domstolens praxis. Företagarna ser mot denna bakgrund stora problem med förslaget vad beträffar de föreslagna utvidgningarna. Utöver att detta innebär försämrade möjligheter att bejaka konkurrensintresset vid inköp åt offentlig sektor, innebär det även en

rättsosäkerhet för berörda aktörer. Detta kan i sig leda till fler överprövningsprocesser, vilket vore olyckligt. För det fall EU-domstolen i framtida avgöranden kommer att göra en mer restriktiv tolkning än förslagets innebörd kommer därtill komplexa situationer uppstå där ingångna avtal kan riskera att bedömas vara tillkomna genom otillåtna direktupphandlingar och förklaras civilrätligt ogiltiga. En sådan situation måste undvikas. Mot denna bakgrund avstyrker vi utredningens lagförslag med de nämnda utvidgningarna.

Som tidigare framhållits är det viktigt med materiell rättslikhet med EU-rätten inom upphandlingsområdet. Detta uppfylls av det nu gällande temporära undantaget som baseras på EU-domstolens befintliga rättspraxis. Företagarna anser därför att det befintliga, temporära undantaget i 2 kap 10 a § LOU bör göras permanent.

Företagarna vill därutöver understryka vikten av att offentlig sektor i sitt praktiska arbete vinnlägger sig om att Teckal-kriterierna är uppfyllda i de situationer där de utan föregående konkurrensutsättning köper direkt från sina bolag. Det finns anledning att nära följa den faktiska utvecklingen inom detta område.

## **De kommunalrättsliga principerna och kommunala bolag**

Utredningen föreslår nya regler i kommunallagen (1991:900) som tar sikte på de fall då en kommun eller ett landsting lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag där kommunen eller landstinget är ägare. I dessa situationer föreslås fullmäktige se till att det fastställda kommunala ändamålet med verksamheten anges i bolagsordningen liksom de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten. Utöver detta föreslås att kommun- respektive landstingsstyrelsen i årliga beslut för varje kommunalt aktiebolag ska ta ställning till om den verksamhet som bedrivits av bolaget under föregående kalenderår har utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna. När fullmäktige har fastställt ett kommunalt ändamål med verksamheten ska styrelsen enligt förslaget även ta ställning till om verksamheten har varit förenlig med detta ändamål.

Företagarna anser att det är av central betydelse att de kommunalrättsliga principerna gäller fullt ut även för den verksamhet som bedrivs genom kommunala och landstingskommunala bolag. De kommunalrättsliga principerna ska inte kunna undvikas genom att bolagisera kommunal verksamhet. Dagens situation innebär påtagliga brister i detta avseende, vilket är otillfredsställande och skapar konkurrensproblem på marknaden. Ett påtagligt problem i sammanhanget är att det i dagsläget inte finns några möjligheter att laglighetspröva den verksamhet som bedrivs i de kommunala företagen.

Mot denna bakgrund tillstyrker Företagarna utredningens förslag i denna del. Det är positivt att det föreslås procedurer för att söka fånga upp bristerna och skapa större följsamhet till de kommunalrättsliga principerna. Det är således bra att styrelsen föreslås göra översyner av de kommunala/landstingskommunala företagen och att det årligen ska fattas beslut som innehåller ställningstagande till om kommunernas och landstingens företag bedriver verksamhet som är förenlig med de kommunalrättsliga principerna. Av särskild vikt är att dessa beslut kommer bli möjliga att överklaga av kommunmedlemmarna enligt reglerna om laglighetsprövning i 10 kap kommunallagen. Förslaget innebär således även en högre grad av överklagbara beslut i dessa avseenden, vilket är positivt.

Företagarna vill i sammanhanget även peka på att det bör vara en förutsättning för att uppfylla det s.k. kontrollkriteriet i Teckal-doktrinen att kommunerna och landstingen på ett bra sätt kan säkerställa att deras bolag följer de kommunalrättsliga principerna.

## **Behov av sanktioner vid överträdelser**

Företagarna tillstyrker således det ovan nämnda förslaget att införliva de kommunalrättsliga principerna i de kommunala bilagens verksamhet. Vi kan dock konstatera att detta förslag inte löser alla problem.

Ett betydande problem är att det inte finns någon sanktion om de kommunala bolagen visar sig agera i strid med de kommunalrättsliga principerna. Det finns inte ens någon sanktionsmöjlighet i de fall en kommun trotsat en dom som meddelats av en domstol. Mot denna bakgrund finns det enligt Företagarnas mening anledning att snarast utreda frågan om att införa sanktionsregler.

Företagarna

Lars Jagrén  
Chef Analys & Opinion

Ulrica Dyrke