

Finansdepartementet
103 33 Stockholm

Upphandling från statliga och kommunala företag (Ds 2009:36)

Fi2009/5036

Konkurrensverket har anmodats att yttra sig över rubricerad promemoria. Yttrandet följer i stort promemorians disposition.

1. Sammanfattning

Konkurrensverket anser i likhet med utredningen att det är lämpligt att införa gemenskapsrättens s.k. Teckal-kriterier i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).

Konkurrensverket erinrar om att Teckal-kriterierna inte innebär att samtliga inköp från statliga och kommunala bolag och andra utförandeorgan undantas från upphandlingslagstiftningen. Tvärtom måste en bedömning av huruvida Teckal-kriterierna är uppfyllda göras i varje enskilt fall och i enlighet med den strikta praxis som utvecklats på detta område av EG-domstolen.

Konkurrensverket förespråkar att varje upphandlande myndighet snarast ser över om deras hel- eller delägda bolag eller andra utförandeorgan omfattas av kriterierna.

Det är enligt Konkurrensverkets mening nödvändigt att Teckal-undantaget i svensk rätt omgärdas av ett regelverk som gör att det inte kan missbrukas. Konkurrensverket understryker vikten av den kommande utredningens uppdrag att analysera behovet av att de kommunalrättsliga principerna får större genomslag i de kommunala bolagen. Konkurrensverket anser att en sådan analys även bör innefatta frågan huruvida driften av allmännyttiga verksamheter bör bedrivas inom ramen för en särskild bolagsform och om detta bättre skulle kunna säkerställa att Teckal-undantagets kontroll- och verksamhetskriterier är uppfyllda i de enskilda fallen.

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

Konkurrensverket förordar vidare att den kommande utredningen närmare analyserar frågorna om den svenska aktiebolagsrättens förenlighet med kontrollkriteriet och upphandling mellan statliga myndigheter. Likaså bör möjligheterna att tillämpa kriterierna beträffande tjänstekoncessioner klarläggas.

2. Inledning (avsnitt 3 – 6)

Konkurrensverket anser att föreliggande promemoria korrekt återger gällande rättsläge vad avser såväl relevant svensk kommunal- och aktiebolagsrätt som det gemenskapsrättsliga s.k. Teckal-undantagets tillämpningsområde. Efter det att denna promemoria skickades på remiss har ytterligare en Teckal-dom meddelats av EG-domstolen, C-573/07 *Sea*.

3. Behoven av en temporär lösning (avsnitt 7.1)

Konkurrensverket delar bedömningen att det finns ett behov av att reglera Teckal-kriterierna i LOU och välkomnar att en särskild utredning tillsätts för att närmare utreda frågeställningarna rörande införande av kriterierna i svensk rätt.

Frågan om Teckal-kriteriernas tillämpning här i landet var länge omdiskuterad. Det rådde bl.a. olika uppfattningar om och i så fall under vilka förutsättningar en statlig eller kommunal myndighet utan formellt upphandlingsförfarande kunde tilldela ett kontrakt till en fristående juridisk person, t.ex. ett aktiebolag, som på visst sätt är knutet till myndigheten. Diskussionen har inte minst gällt om kontrollkriteriet över huvudtaget kan vara uppfyllt enligt den svenska aktiebolagsrätten.

Regeringsrätten har i SYSAV-domarna (RÅ 2008 ref 26) i mars 2008 gjort den bedömningen att Teckal-kriterierna överhuvudtaget inte kan tillämpas enligt gällande svensk rätt. LOU innehåller enligt Regeringsrätten inte några sådana undantag från upphandlingsskyldigheten. Domarna slår därmed fast att en upphandlande myndighet enligt gällande svensk rätt inte på denna grund kan tilldela ett kontrakt till ett utförandeorgan som på visst sätt är knutet till myndigheten utan att genomföra ett formellt upphandlingsförfarande.

Konkurrensverket delar bedömningen att SYSAV-domarnas krav på en snabb omställning av statens, kommunernas och landstingens bolagsinnehav riskerar att medföra stora ekonomiska konsekvenser som är svåra att överblicka. Konkurrensverket känner inte heller till att någon annan medlemsstats nationella rätt idag inte tillåter en tillämpning av Teckal-kriterierna.

Konkurrensverket vill emellertid erinra om att ett införande av Teckal-kriterierna i svensk rätt ingalunda kommer att innebära att det blir fritt fram för alla statliga och kommunala myndigheter att direkttilldela kontrakt till sina hel- eller delägda bolag. Tvärtom ska bedömningen av frågan huruvida Teckal-kriterierna är uppfyllda göras restriktivt och bevisbördan ligger på den myndighet som åberopat kriterierna. Teckal-undantagets kontroll- och verksamhetskriterier måste bedömas i varje enskilt fall. Bedömningen ska göras i enlighet med EG-domstolens praxis.

Det finns enligt Konkurrensverket goda grunder för antagande, att många offentligägda bolag idag är organiserade på sådant sätt eller bedriver sådan verksamhet att de inte kommer att kunna omfattas av Teckal-undantaget. Verket saknar underlag för att kvantifiera fördelningen mellan bolag som omfattas, respektive inte omfattas. Konkurrensverket har emellertid i sin tillsynsverksamhet bland annat erfarenhet att det förekommer att offentligägda bolag bedriver verksamhet på marknaden i konkurrens med privata aktörer. Detta gäller inte minst vissa kommunala bolag verksamma inom avfallssektorn. Om ett offentligägt bolag har getts en marknadsinriktning är normalt vare sig kontroll- eller verksamhetskriterierna uppfyllda. Bara om ett bolags befogenheter att tillhandahålla tjänster till privata ekonomiska aktörer endast är ett komplement till den offentliga huvudverksamheten och om dessa tjänster som saluförs på marknaden är av marginell omfattning kan någonting annat gälla (se EG-domstolens domar i mål C-573/07 *Sea* och C-340/04 *Carbotermo*).

SYSAV-domarna har emellertid inte bara bäring på aktiebolag. Som utvecklas nedan i avsnitt 6 ger domarna även återverkningar på kommunernas möjligheter att samverka i gemensamma nämnder och, i vissa fall, kommunalförbund. Konkurrensverket är införstått med att det idag, inom ramen för upphandlingsskyldigheten, kommer att möta svårigheter att fullgöra kommunala uppgifter genom dessa samverkansformer och inser att detta kan vara problematiskt, inte minst för mindre kommuner.

Vid en sammantagen bedömning instämmer Konkurrensverket i slutsatsen att Teckal-kriterierna bör införas i LOU. Konkurrensverket anser det lämpligt att varje upphandlande myndighet snarast ser över om deras hel- eller delägda bolag eller andra utförandeorgan omfattas av Teckal-kriterierna. Om så inte är fallet ankommer det på dessa myndigheter att upphandla de aktuella tjänsterna i konkurrens eller att vidta lämpliga åtgärder för att omorganisera eller omstrukturera dessa bolag och andra utförandeorgan så att kriterierna uppfylls. I sin tillsynsverksamhet kommer verket att noga följa de upphandlande myndigheternas tillämpning av Teckal-kriterierna. Det kommer att vara en prioriterad uppgift för verket att tillse att kriterierna följs och att överträdelser beivras.

Konkurrensverket noterar att den kommande utredningen kommer att utreda huruvida Teckal-kriterierna även bör införas i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Konkurrens-

verket har ingen erinran mot bedömningen i promemorian att det på kort sikt inte finns motsvarande behov av att reglera kriterierna i LUF.

Konkurrensverket vill vidare framhålla, att det inte minst är angeläget att den framtida lagstiftningsåtgärd som innebär att Teckal-kriterierna permanent införs i svensk rätt säkerställer att man inte åter hamnar i samma oklara situation som rådde före Regeringsrättens SYSAV-domar. Detta skulle kunna bli fallet om ett införande av Teckal-kriterierna inte kombineras med andra lämpliga åtgärder som säkerställer en klar och rättssäker tillämpning och höga incitament för att följa regelverket. Konkurrensverket vill härvidlag hänvisa till de synpunkter verket framfört avseende införandet av Rättsmedelsdirektivet (KKV:s dnr 410/2009).

4. Kontrollkriteriet och svensk aktiebolag och föreningar (avsnitt 7.2)

Konkurrensverket har inte någon erinran mot bedömningen att den svenska aktiebolagsrätten eller den svenska regleringen avseende ekonomiska föreningar inte i sig bör utesluta att ett villkor motsvarande kontrollkriteriet kan uppfyllas. Verket förordar dock att en fördjupad analys av dessa frågor genomförs i den kommande utredningen. Likaså anser verket att utredningen även bör behandla frågorna om driften av allmännyttiga verksamheter istället bör bedrivas inom ramen för en särskild bolagsform.

Som redan framhållits var det före SYSAV-domarna i mars 2008 omdiskuterat huruvida kontrollkriteriet över huvudtaget kunde vara uppfyllt enligt den svenska aktiebolagsrätten. Underrätter hade tidigare prövat frågan med avseende på kommunala bolag och då funnit att kontrollkriteriet inte varit uppfyllt (Jfr Kamrarrättens i Göteborg dom i mål nr 5032-33-07 och Kamrarrättens i Stockholm dom i mål nr 76 - 77-03).

EG-domstolen har i dom den 10 september 2009 i mål C-573/07 *Sea* prövat frågan huruvida en kommun som är minoritetsägare i ett offentligägt italienskt aktiebolag kan anses utöva en kontroll över detta bolag som motsvarar den kontroll som kommunen utövar över sin egen förvaltning och därmed, med stöd av Teckal-kriterierna, direkt anförtro åt detta bolag att sköta kommunens avfallshantering. EG-domstolen slog fast att aktiebolagsformen på intet sätt utesluter att Teckal-undantaget kan tillämpas (jfr även mål C-410/04 *ANAV*). Vidare bekräftade Domstolen att den praxis som slogs fast i målet C-324/07 *Coditel*, att myndigheter kan utöva gemensam kontroll över ett kommunalt kooperativ, även är tillämplig beträffande aktiebolag. Att en kommun är minoritetsägare i ett helt offentligägt aktiebolag utesluter alltså inte i sig att kommunen kan uppfylla kontrollkriteriet. Domstolen synes i detta avseende inte anse att det finns någon lägre gräns för minoritetsägarens andel av aktiekapitalet (jfr punkt 61 och 62 med däri gjorda hänvisningar till C-231/03 *Coname* och C-295/05 *Asemfo*).

Även om den italienska och svenska aktiebolagsrätten skiljer sig åt, torde vad som sålunda framkommit i detta mål ge visst stöd för slutsatsen i promemorian att den svenska aktiebolagsrätten i sig inte bör utesluta att kontrollkriteriet kan uppfyllas. Med hänsyn till associationsrättens nationella skillnader kan verket inte heller finna att någon avgörande vikt bör fästas vid det förhållandet, att EG-domstolen i det nämnda målet beaktade att man i det italienska bolaget hade inrättat beslutsstrukturer vid sidan av bolagsstämma och styrelse.

Vid en sammantagen bedömning har Konkurrensverket inte någon erinran mot den slutsats som görs i promemorian avseende den svenska aktiebolagsrättens förenlighet med kontrollkriteriet. Inte heller har verket någon erinran mot slutsatsen beträffande den svenska regleringen avseende ekonomiska föreningar. Konkurrensverket konstaterar emellertid att denna frågeställning är av central betydelse för att kunna göra en korrekt juridisk bedömning av frågan om Teckal-kriteriernas tillämplighet här i landet. Frågeställningen har likaså en komplexitet som gör att den torde kräva en djupare analys. Konkurrensverkets förordar därför att frågeställningen analyseras i den kommande utredningen.

Konkurrensverket understryker vikten av den kommande utredningens uppdrag att analysera behovet av att de kommunalrättsliga principerna får större genomslag i de kommunala bolagen. Konkurrensverket anser att en sådan analys även bör innefatta frågan huruvida driften av allmännyttiga verksamheter bör bedrivas inom ramen för en särskild bolagsform som säkerställer att Teckal-undantagets kontroll- och verksamhetskriterier uppfylls.

Det är enligt Konkurrensverkets mening nödvändigt att det permanenta Teckal-undantaget i svensk rätt omgärdas av ett regelverk som gör att undantaget inte kan missbrukas och ges en vidare tolkning än den praxis som fastställts av EG-domstolen. Incitamenten för att följa regelverket synes hittills ha varit små. De kommunalrättsliga principerna får i stort anses vara i linje med Teckal-undantagets kontroll- och verksamhetskriterier. Principerna gäller dock endast i kommunala aktiebolag om dessa fastställts i bolagsordningen. Härtill är sådana bestämmelser i bolagsordningen naturligtvis av föga värde om de ändå inte följs. Ägarna till offentligägda bolag har ofta lagt ned stora och långsiktiga investeringar i sina bolag och får därmed antas ha starka ekonomiska incitament att upprätthålla möjligheterna att direkttilldela kontrakt till sina hel- eller delägda bolag även i de fall då dessa inte uppfyller Teckal-kriterierna utan t.ex. verkar på marknaden. Risken för ett ingripande vid en otillåten direkttilldelning har dessutom varit liten. Direkttilldelningar i strid mot kriterierna riskerar att undergräva tilltron till regelverket, snedvrider konkurrensen till förfång för inte minst små och medelstora företag och innebär dessutom att Sverige inte uppfyller sina åtaganden enligt gemenskapsrätten.

5. Kontroll- och verksamhetskriterierna införs i lagen om offentlig upphandling (avsnitt 7.4)

Konkurrensverket tillstyrker förslaget att det i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) införs en bestämmelse med innebörden att de s.k. Teckal-kriterierna blir tillämpliga i svensk rätt. Konkurrensverket förordar att den kommande utredningen analyserar frågan om upphandlingsskyldighet mellan statliga myndigheter. Likaså anser verket att möjligheterna att tillämpa Teckal-kriterierna beträffande tjänstekoncessioner bör klarläggas .

Konkurrensverket understryker ånyo att bestämmelsen inte innebär någon möjlighet till automatisk befrielse från upphandlingsskyldigheten. Bedömningen måste istället göras från fall till fall och i överensstämmelse med EG-domstolens praxis.

Vad avser frågan om styrnings- och kontrollmöjligheterna i kommunala bolag och kommunala förvaltningar, anser Konkurrensverket i likhet med den bedömning som görs i promemorian att utgångspunkten bör vara den styrning och kontroll som kommunfullmäktige kan utöva. Verket kan sålunda inte vid denna bedömning fästa någon avgörande hänsyn till att medborgarinsynen är sämre i kommunala aktiebolag, bl.a. genom att bolagen inte träffas av den möjligheten till laglighetsprövning som gäller för kommunala förvaltningar.

I promemorian görs den bedömningen att det inte torde föreligga någon upphandlingsskyldighet mellan statliga myndigheter. Konkurrensverket har i och för sig inte grund att göra någon annan bedömning. Rättsläget kan dock enligt verkets mening inte anses vara sådant att det är uppenbart att den bedömning som görs i promemorian är korrekt. Med hänsyn härtill och till frågans principiella, organisatoriska och ekonomiska betydelse, förordar verket att den kommande utredningen analyserar frågan om upphandlingsskyldighet mellan statliga myndigheter.

Konkurrensverket erinrar om att Teckal-undantaget enligt EG-domstolens praxis även är tillämpligt beträffande tjänstekoncessioner (Jfr bl.a. C-458/03 *Parking Brixen*). Kontrakt avseende tjänstekoncessioner är undantagna från LOU:s och LUF:s tillämpningsområden (1 kap. 12 § och 1 kap. 11 § i respektive lag). Det innebär att tjänstekoncessioner inte omfattas av procedurreglerna i respektive lag men tilldelning av ett kontrakt avseende en tjänstekoncession omfattas av de grundläggande principerna som anges i 1 kap. 9 § och 1 kap. 24 § i respektive lag. Med anledning av Regeringsrättens SYSAV-domar bör enligt verkets mening möjligheterna att tillämpa Teckal-kriterierna beträffande tjänstekoncessioner klarläggas.

6. Upphandling och kommunal samverkan i offentligt rättslig form (avsnitt 7.5)

Konkurrensverket delar bedömningen i promemorian.

Kommunalförbund har enligt 3 kap. 22 § kommunallagen getts rätt att träda istället för en kommun då det i särskild författning föreskrivs om kommuner. Exempelvis innebär detta inom avfallssektorn att ett kommunalförbund självt kan besluta om avfallstaxa och att förbundet helt övertar kommunens obligatoriska ansvar. Det talar för att det är fråga om en ren kompetensöverföring och att någon upphandlingssituation inte skulle uppkomma i dessa fall. Rättsläget präglas dock av viss osäkerhet.

Om kommunalförbundet inte erhållit kompetensen genom förbundsordningen utan bara utför viss verksamhet åt medlemskommunerna, torde det emellertid efter SYSAV-domarna innebära att upphandlingsskyldighet föreligger. En del kommunalförbund inom bl.a. avfallssektorn förefaller idag ha en sådan organisationslösning. Kommunerna har rätt att överföra hela eller delar av verksamheten till ett kommunalförbund. Motsvarande rätt finns avseende bolag, dock med den begränsningen att uppgifter som innebär myndighetsutövning kräver stöd i lag. Detta talar för att ett kommunalförbund som enbart utför själva verksamheten inte i detta avseende kan anses skilja sig från t.ex. ett kommunalt aktiebolag.

Vad gäller gemensam nämnd regleras förhållandena mellan värdkommunen och de övriga medlemskommunerna genom avtal med ekonomiska villkor. För värdkommunen uppkommer ingen upphandlingsskyldighet eftersom en gemensam nämnd inte utgör en egen juridisk person. När den gemensamma nämndens tjänster utförs åt en kommun som inte är värdkommun torde däremot en upphandlingssituation uppkomma. Regeringsrättens praxis i SYSAV-domarna får enligt Konkurrensverkets anses medföra att en kommun som inte är värdkommun inte torde kunna direkttilldela kontrakt till den gemensamma nämnden.

EG-domstolens dom i C 480/06 avsåg samverkan rörande avfallshantering och syftade till att säkerställa att de förpliktelser som följer av avfallsdirektivet fullgörs. Det undantag avseende upphandlingsplikten som slås fast i domen bör dock enligt Konkurrensverkets mening i princip kunna vara tillämpligt även inom andra samverkansområden som på motsvarande sätt tillgodoser allmännyttiga uppdrag. Undantagets närmare räckvidd utanför avfallsområdet får dock idag anses vara oklar. En förutsättning för undantagets tillämplighet torde vidare vara att samverkan har ingåtts uteslutande av offentliga myndigheter. Av EG-domstolens dom följer vidare att det är av central betydelse att den samverkan som sker mellan offentliga myndigheter uteslutande innebär att ett gemensamt allmännyttigt uppdrag säkerställs och att mål av allmänintresse uppnås samt att likabehandlingsprincipen inte träds för när. Det samverkansavtal som prövades av EG-domstolen var typiskt sett inte i sig av intresse för privata aktörer och med-

förde inte heller några egentliga ekonomiska transaktioner mellan de myndigheter som deltog i samverkan. Samverkan syftade endast till att uppnå gemensamma mål att säkerställa ett allmännyttigt uppdrag och innebar inte att det huvudsakliga syftet med upphandlingsdirektiven, nämligen fri rörlighet för varor och tjänster och icke snedvriden konkurrens, ifrågasattes.

Konkurrensverket har den 15 juli 2009 i ett enskilt tillsynsärende, dnr 25/2009, prövat frågan huruvida en kommuns anslutning genom samverkansavtal till en gemensam nämnd avseende företagshälsovård var upphandlingspliktig. Konkurrensverket fann att det av kommunen träffade samverkansavtalet inte kunde anses utgöra en sådan mellankommunal samverkan som enligt EG-domstolens praxis i mål C-480/06 är undantagen upphandlingsplikten och att det av handlingarna i ärendet istället framgick att ett avtal med ekonomiska villkor i upphandlingslagstiftningens mening hade ingåtts.

Såväl kommunalförbund som gemensam nämnd bör enligt Konkurrensverkets bedömning formellt normalt uppfylla Teckal-undantagets kontrollkriterium. Detta medför dock inte att upphandling kan underlåtas per automatik avseende verksamhet som utförs av denna typ av organisationsformer. Bedömningen av kontroll- och verksamhetskriterierna måste dock även beträffande dessa alltid göras från fall till fall.

7. Övrigt (avsnitten 2, 7.3 samt 8 – 10)

Konkurrensverket har i dessa delar inte någon erinran mot promemorians bedömningar och förslag.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit Anders Svenson.

Dan Sjöblom

Anders Svenson