

# KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625; 114 86 STOCKHOLM; tel: 08-545 03 810; fax: 08-611 35 62

Finansdepartementet

Remissyttrande  
2011-09-08

Dnr. Fi2011/2235

## OFUKI-utredningens betänkande Offentlig upphandling från egna företag (SOU 2011:43)

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp inom Stiftelsen Den Nya Velfärden. Kommissionen uppmärksammar och motverkar olika former av konkurrensbegränsningar vid offentlig upphandling. Ordförande i Konkurrenskommissionen är förra stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderöth. Övriga ledamöter är förra regeringsrådet Sigvard Berglöf, civilekonomen Patrik Engellau, professorn i handelsrätt Erik Nerep, juristen och experten på konkurrensfrågor Lennart Palm samt förra konkurrensrådet Per-Arne Sundbom.

Konkurrenskommissionen har sedan den inrättades 1994 utrett och bedömt omkring 600 ärenden med avseende på frågor om offentlig upphandling.

### *1. Sammanfattning*

Konkurrenskommissionen tillstyrker förslaget om att den nuvarande regleringen för s.k. in-houseundantag i 2 kap. 10 a § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU – ska permanentas. Kommissionen avstyrker dock den utvidgande ändring av bestämmelsen som föreslås i betänkandet. Kommissionen förordar således att föreskriften i 2 kap. 10 a § LOU bibehålls oförändrad enligt sin nuvarande lydelse även efter den 1 januari 2013.

När det gäller förslaget till ändring av 6 kap. 1 § kommunallagen (1991:900) delar Konkurrenskommissionen utredningens analys av de problem som framhålls i betänkandet, men anser att de föreslagna åtgärderna är otillräckliga. Konkurrenskommissionen förordar därför att den aktuella kontrollen underställs ett från kommunerna och landstingen oberoende tillsynsorgan som även ges möjlighet till att rikta effektiva sanktioner mot kommunala bolagsstyrelser.

## 2. Konkurrenskommissionens synpunkter

Den utformning av bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU som nu föreslås överensstämmer i stora delar med vad som ursprungligen föreslogs i promemorian Upphandling från statliga och kommunala företag (Ds 2009:36). En bärande orsak till att bestämmelsen inte kom att lagstiftas enligt sin ursprungligen föreslagna lydelse var att regeringen inte ansåg sig kunna finna något unionsrättsligt stöd för en sådan utformning, varför frågan överlämnades att utredas på nytt (prop. 2009/10:134 s. 45-46).

I det utredningsbetänkande som nu presenterats av den s.k. OFUKI-utredningen redovisas en omfattande undersökning och analys av unionsrätten på det aktuella området för in-houseundantag. Ingenstans i denna undersökning framgår emellertid att EU-domstolen ska ha uttryckt stöd för en sådan utvidgning som utredningen föreslår. Domstolen har hittills inte prövat dessa frågor, varvid rättsläget alltså är, såsom regeringen tidigare konstaterat, oklart.

I unionsrättslig praxis har EU-domstolen upprepade gånger fastslagit att varje undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EU-fördraget inom området för offentlig upphandling ska tillämpas restriktivt.<sup>1</sup> I fråga om det s.k. in-house undantagets tillämpning och tolkning anger domstolen i *Parking-Brixen* (C-458/03) bl.a. följande: ”Vad gäller ett undantag från de allmänna gemenskapsrättsliga bestämmelserna skall de två undantag som anges i föregående punkt tolkas strikt, och det är den som avser att åberopa undantagsbestämmelsen som har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs”.<sup>2</sup>

Under dessa förutsättningar menar Konkurrenskommissionen att medlemsstaterna har att iaktta en restriktiv syn på möjligheten till in-houseundantag. Det är därför under nuvarande förhållanden inte möjligt enligt unionsrätten att i nationell rätt utvidga möjligheten av sådant undantag till att omfatta även köp, som genomförs av offentligt styrda organ, oavsett om dessa köp riktar sig till upphandlande myndigheter som äger organet, eller avser transaktioner mellan företag som står i vertikalt koncernförhållande till varandra.

### 2.1 Undantag för köp som riktar sig till ägarna av det offentligt styrda organet

Redan av ordalydelsen av det aktuella undantaget, såsom detta har angivits av EU-domstolen i *Teckal* (C-107/98), framgår att möjligheten till undantag föreligger i fråga om avtal som ”har slutits mellan å ena sidan, en lokal myndighet, och, å andra sidan, en i förhållande till denna myndighet fristående juridisk person. Endast i det fallet att den lokala myndigheten, samtidigt, utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning...”<sup>3</sup> (vår markering med kursiv text).

Formuleringen ”endast” i *Teckal*-avgörandet tyder enligt Konkurrenskommissionens mening på att förutsättningarna för undantag ska tolkas uttömmande. Det in-houseundantag som härmed kommer till uttryck medger således inte möjligt för en juridisk person som genom exempelvis ägande är underställd en eller flera myndigheters kontroll att köpa tjänster direkt från sina ägare, intill dess att EU-domstolen eventuellt utvidgar undantaget till att omfatta även sådana köp. Såvitt framgår av den rättsfallsgenomgång som redovisas i betänkandet föreligger det för närvarande inte någon sådan utvidgande praxis från EU-domstolen.

<sup>1</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C-157/06, *kommissionen mot Italien*, REG 2008 s. I-7313, p. 23. jämte där noterad äldre praxis.

<sup>2</sup> EU-domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397, p. 63.

<sup>3</sup> EU-domstolens dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, *Teckal*, REG 1999, s. I-8121, p. 50.

Det torde vidare ligga i sakens natur att en juridisk person som är underställd en upphandlande myndighets faktiska kontroll inte samtidigt kan utöva någon motsvarande kontroll över den myndighet som kontrollerar den. För svenskt vidkommande erinras vidare om den grundlagsfästa principen om kommunalt självstyre, enligt vilken kommunala myndigheter rimligen inte kan stå under kontroll av de företag som de själva äger.

Konkurrenskommissionen finner sålunda att föreliggande unionsrättslig praxis, särskilt med beaktande av domstolens princip om restriktiv tolkning, inte medför någon sådan möjlighet till utvidgning av in-houseundantaget som föreslås i betänkandet, i vart fall inte intill dess att det föreligger klart och tydligt stöd för en sådan utvidgning i EU-domstolens praxis.

## 2.2 Vertikala köp mellan koncernbolag

Även ifråga om vertikala köp mellan koncernbolag erinras om vad som ovan har redovisats om det s.k. kontrollrekvisitets utformning, samt att undantag endast kan komma ifråga för köp "... mellan å ena sidan, en *lokal myndighet*, och, å andra sidan, en i förhållande till denna myndighet fristående juridisk person. Endast i det fallet att den lokala myndigheten, samtidigt, utövar en *kontroll över den ifrågavarande juridiska personen* motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning..." (våra markeringar med kursiv text).

Inom försörjningssektorerna föreligger det emellertid redan nu en viss möjlighet för s.k. anknutna företag<sup>4</sup> att köpa varor, tjänster och byggtreprenader mellan varandra utan mellankommande offentlig upphandling. Villkoret här är att företagen är knutna till varandra i en koncerngemenskap samt att aktuella leveranser motsvarar minst 80 procent av det anknutna företags genomsnittliga omsättning av byggtreprenader, varor respektive tjänster under de föregående tre åren.<sup>5</sup> En motsvarande reglering övervägdes även för den s.k. klassiska sektorn, men infördes aldrig.

Såsom in-houseundantaget nu har kommit att utformas i EU-domstolens Teckal-praxis utgör detta ett undantag från *primärrättens* grundläggande bestämmelser om fri etablering och rörlighet av varor och tjänster och därmed även från de grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn. Detta motiveras av att domstolen ansett att myndigheters anskaffningar från sådana juridiska personer som myndigheterna även kontrollerar och som bedriver huvuddelen av sin verksamhet för dessa myndigheters räkning inte utgör köp i egentlig mening, utan in-housetransaktioner, som ligger utanför primärrättens reglering.

Konkurrenskommissionen kan mot denna bakgrund inte se på vilket sätt vertikala köp mellan koncernbolag inom den klassiska sektorn skulle kunna anses falla inom det s.k. in-houseundantagets ramar samtidigt som motsvarande köp inom försörjningssektorn inte anses göra detta, utan ett i princip motsvarande undantag i där aktuellt avseende fordrar särskilt stöd i sekundärrätten.

<sup>4</sup> Med *anknutet företag* avses alla företag vars årsräkenskaper konsolideras med den upphandlande enhetens årsräkenskaper enligt kraven i Europeiska rådets sjunde direktiv 83/349/EEG av den 13 juni 1983 grundat på artikel 44.2 g i fördraget om sammanställd redovisning (EGT L 193, 18.7.1983, s. 1). Direktivet ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/65/EG [EGT L 283, 27.10.2001, s. 28]) eller, när det gäller enheter som inte omfattas av det direktivet, företag över vilka en upphandlande enhet, direkt eller indirekt, kan utöva ett bestämmande inflytande enligt artikel 2.1 b i det här direktivet, eller företag som får utöva ett bestämmande inflytande över en upphandlande enhet, eller företag som gemensamt med den upphandlande enheten är underkastad ett bestämmande inflytande från ett annat företag på grund av ägarförhållanden, finansiellt deltagande eller regler som styr det.

<sup>5</sup> Föreskriften om köp mellan anknutna företag följer av art. 23 i Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/17/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningssektorsdirektivet). För svenskt vidkommande finns bestämmelserna införlivade i 1 kap. 15-18 §§ samt 2 kap. 2 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena för vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF.



Någon utvidgande unionsrättspraxis med innebörden att även koncerninterna transaktioner skulle omfattas av möjlighet till undantag inom den klassiska sektorn föreligger för närvarande inte. Det som utredningen har föreslagit om att utvidga det s.k. in-houseundantaget i 2 kap. 10 a § LOU till att omfatta även vertikala köp mellan moder- och dotterföretag riskerar således att strida mot gällande unionsrätt, särskilt med beaktande av den tidigare åberopade principen om restriktiv tolkning.

Oaktat nationell lagstiftning är medlemsstaternas och deras myndigheters tillämpning av det upphandlingsrättsliga regelverket underkastat unionsrättens reglering. Om en sådan utvidgande lagstiftning som utredningen har föreslagit införs i LOU skapas det en osäkerhet om lagens förenlighet med unionsrätten som ytterst måste avgöras av EU-domstolen. Detta förhållande, att tillämpningen av svensk nationell rätt kan komma att behöva prövas av EU-domstolen, framstår som mindre lämpligt.

### *2.3 Särskilt om förslaget till ändring av 6 kap. 1 § kommunallagen (1991:900)*

Detta förslag innebär att en skyldighet införs för styrelsen i kommuner och landsting att fatta årliga beslut med ställningstagande till om verksamheten bedrivits i enlighet med av fullmäktige fastställt ändamål och de kommunala befogenheterna. Besluten ska överlämnas till fullmäktige samtidigt med årsredovisningen.

Konkurrenskommissionen, som delar utredningens analys av den aktuella problematiken, finner det dock mindre tillfredsställande att de som i praktiken orsakar problemen också ska anförtros åtgärdandet av desamma.

Förslaget vittnar om brist på kännedom om hur kommunal verksamhet fungerar. Kommuner och landsting styrs av politiker i fullmäktige, nämnder, styrelser och partssammansatta organ, men också i kommunala företagsstyrelser. Verksamheten i de kommunala företagen är därför nästan utan undantag godkänd av politikerna. Det förefaller närmast aningslöst att tro att politiker i kommun- eller landstingsstyrelsen skulle utöva någon effektiv granskning över den verksamhet som i praktiken samma politiker bedriver inom ramarna för de kommunala företagens styrelser. Den föreslagna regleringen är heller inte sanktionerad.

Det torde knappast vara okänt att kommuner och landsting gör sig skyldiga till lagtrots och domstolstrots. Regeringen har exempelvis nyligen i dir. 2009:43 lämnat i uppdrag till Statskontoret att kartlägga omfattningen av kommunalt domstolstrots.

Den yttersta granskningen avseende kompetensenligheten i de kommunala företagens verksamhet bör därför utföras av ett från kommunerna och landstingen fristående tillsynsorgan, som även ges möjlighet att rikta effektiva sanktioner mot berörda beslutshavare i kommunala företagens styrelser. Förslagsvis skulle i aktuellt avseende den kommunala revisionen kunna underställas Riksrevisionen.

Stockholm den 7 september 2011

KONKURRENSKOMMISSIONEN

  
Inger Ridderstrand-Linderöth  
/ordförande/

  
Pär Cronhult  
/föredragande/