



Offentlig upphandling från eget företag

Sammanfattning

I detta betänkande behandlar finansutskottet regeringens förslag i proposition 2011/12:106 Offentlig upphandling från eget företag – och vissa andra frågor. Propositionen innehåller ett förslag om att det i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, införs ett nytt s.k. in house-undantag från kravet på upphandling. Vidare innehåller propositionen förslag om nya bestämmelser avseende kommunala företag. Lagändringarna föreslås träda i kraft den 1 januari 2013.

I en motion (S) yrkas att riksdagen tillkännager för regeringen som sin mening att även koncerninterna transaktioner bör omfattas av den föreslagna regleringen.

Utskottet tillstyrker förslagen i propositionen och avstyrker motionen.

I betänkandet finns en reservation.

Innehållsförteckning

Sammanfattning	1
Utskottets förslag till riksdagsbeslut	3
Redogörelse för ärendet	4
Ärendet och dess beredning	4
Propositionens huvudsakliga innehåll	4
Utskottets överväganden	6
Offentlig upphandling från eget företag	6
Propositionen	6
Finansutskottets ställningstagande	14
Koncerninterna transaktioner	14
Propositionen	15
Motionen	15
Finansutskottets ställningstagande	16
Reservation	17
Koncerninterna transaktioner, punkt 2 (S, SD, V)	17
<i>Bilaga 1</i>	
Förteckning över behandlade förslag	18
Propositionen	18
Följdmotionen	18
<i>Bilaga 2</i>	
Regeringens lagförslag	19

Utskottets förslag till riksdagsbeslut

1. Offentlig upphandling från eget företag

Riksdagen antar regeringens förslag till

1. lag om ändring i kommunallagen (1991:900),
2. lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
3. lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter,
4. lag om ändring i lagen (2010:570) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

Därmed bifaller riksdagen proposition 2011/12:106 punkterna 1–4.

2. Koncerninterna transaktioner

Riksdagen avslår motion

2011/12:Fi12 av Fredrik Olovsson m.fl. (S).

Reservation (S, SD, V)

Stockholm den 24 april 2012

På finansutskottets vägnar

Fredrik Olovsson

Följande ledamöter har deltagit i beslutet: Fredrik Olovsson (S), Elisabeth Svantesson (M), Pia Nilsson (S), Göran Pettersson (M), Jörgen Hellman (S), Ann-Charlotte Hammar Johnsson (M), Maryam Yazdanfar (S), Per Åsling (C), Marie Nordén (S), Staffan Anger (M), Anders Sellström (KD), Erik Almqvist (SD), Ulla Andersson (V), Sven-Erik Bucht (S), Edip Noyan (M), Mats Pertoft (MP) och Martin Andreasson (FP).

Redogörelse för ärendet

Ärendet och dess beredning

Regeringen beslutade den 3 september 2009 att tillkalla en särskild utredare med uppdrag att analysera om det finns behov av ett generellt eller sektoriellt undantag från upphandlingsskyldighet när stat, kommuner och landsting anskaffar varor eller tjänster från företag som de helt eller delvis innehar eller är medlemmar i (dir. 2009:81). För det fall utredaren bedömde att ett undantag borde införas skulle det motsvara den EU-rättsliga praxis i form av de s.k. Teckalkriterierna som utvecklats av EU-domstolen. Utredaren skulle i så fall även lämna författningsförslag och förslag till andra eventuella åtgärder.

I uppdraget ingick vidare att analysera behovet av att de kommunalrättsliga principerna får större genomslag i de kommunala företagen och utredaren skulle vid behov lägga fram författningsförslag. Utredaren skulle även utvärdera hur det regelverk som finns kring insyn i kommunala bolag och entreprenader har tillämpats i praktiken.

Utredningen, som antog namnet Utredningen om offentliga företag – upphandling, kontroll, insyn (Ofukiutredningen, Fi 2009:08), fick genom tilläggsdirektiv den 28 oktober 2010 (dir. 2010:115) även i uppdrag att bl.a. analysera om det finns behov av bestämmelser som gör det kommunalrättsligt möjligt att delegera rätten att fatta upphandlingsbeslut till någon annan. I uppdraget ingick att lämna förslag till en sådan delegationsbestämmelse och att utarbeta nödvändiga författningsförslag.

Utredningen överlämnade i april 2011 betänkandet Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor (SOU 2011:43). Betänkandet har remissbehandlats.

Propositionens huvudsakliga innehåll

I propositionen föreslås att det i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, införs ett nytt s.k. in house-undantag från kravet på upphandling. Det nya undantaget innebär att avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd inte anses utgöra ett kontrakt enligt LOU. Undantaget gäller endast under förutsättning att kontroll- och verksamhetskriterierna, de s.k. Teckalkriterierna, är uppfyllda. Villkoren innebär i korthet dels att den upphandlande myndigheten måste utöva en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, dels att den juridiska personen måste bedriva huvuddelen av

sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den. Om dessa villkor är uppfyllda anses relationen mellan parterna som intern, varför upphandling enligt LOU inte behöver ske.

Undantaget utformas enligt regeringens förslag enligt de s.k. Teckalkriterierna som de utformats i EU-domstolens praxis. Med hänsyn till vissa oklarheter i domstolens praxis ska den svenska regleringen av in house-undantaget omfatta avtal som ingås mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person, vilket innebär att regleringen får ett något snävare tillämpningsområde än inom unionsrätten.

Gemensamma nämnder för samverkan mellan kommuner och landsting ska kunna omfattas av undantaget.

I propositionen föreslås även nya bestämmelser som rör de kommunala företagen. Bestämmelserna innebär bl.a. att det kommunala ändamålet och de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten ska anges i bolagsordningen för helägda aktiebolag. Vidare innebär bestämmelserna en förstärkt uppsiktsplikt för kommun- och landstingsstyrelser.

Slutligen föreslås i propositionen att nämnder i kommuner, landsting och kommunalförbund ska få möjlighet att delegera beslutanderätten i en upphandling till anställda i s.k. inköpscentraler som anlitats för att medverka i en upphandling i egenskap av ombud.

Utskottets överväganden

Offentlig upphandling från eget företag

Utskottets förslag i korthet

Riksdagen antar regeringens förslag till ändring i lagen (1991:900) om ändring i kommunallagen, lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter och lagen (2010:570) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

Propositionen

Regeringen föreslår att det i LOU införs ett undantag från kravet på upphandling i enlighet med Teckalkriterierna. Undantaget bör inte ha någon sektoriell begränsning.

Som skäl för förslaget anför regeringen följande. Genom EU-domstolens praxis är det fastslaget att det inte krävs något anbudsförfarande vid onerösa avtal som ingås med en enhet som är fristående i förhållande till den upphandlande myndigheten, under förutsättning att de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda. I sådana fall föreligger inget kontrakt i upphandlingsdirektivens mening och direktiven är därför inte tillämpliga.

Regeringsrätten har i avgörandet RÅ 2008 ref. 26 bedömt att EU-domstolens praxis när det gäller kontroll och verksamhetskriterierna inte är möjliga att tillämpa i Sverige såvida ny lagstiftning inte införs. Avgörandet gällde tillämpningen av den tidigare LOU, men regeringen anser att domstolens uttalanden är relevanta även för tillämpningen av nu gällande lagstiftning.

Regeringen konstaterar att det inte föreligger någon skyldighet att införa Teckalkriterierna i svensk lagstiftning. Frågan om ett in house-undantag bör införas i Sverige är komplicerad och innefattar många olika intressen som måste vägas mot varandra. Den omständighet som enligt regeringens mening starkast talar mot införandet av ett in house-undantag i svensk rätt är att frånvaron av ett sådant undantag i vart fall i viss utsträckning ökar möjligheterna för den privata sektorn att konkurrera med offentliga företags säljverksamhet till sin ägare. Emellertid innebär EU-domstolens praxis att kontroll- och verksamhetskriterierna måste vara uppfyllda vid tillämpning av undantaget. Detta innebär att den upphandlande myndigheten måste kontrollera den fristående enheten samtidigt som denna enhets verksamhet måste vara i mycket hög grad anknuten till den upphandlande myndigheten. Genom EU-domstolens strikta formulering av de kriterier

som måste vara uppfyllda för att in house-undantaget ska vara tillämpligt, har enligt regeringen hänsyn tagits till vikten av goda konkurrensförhållanden.

Regeringen anför vidare att ett uteblivet undantag från upphandlingsskyldighet i in house-situationer skulle innebära ett ingrepp i den kommunala organisationsfriheten, som är en del av den kommunala självstyrelsen. Utöver detta konstaterar regeringen att ett uteblivet undantag skulle medföra stora förändringar i förutsättningarna för såväl statlig som kommunal sektor och inom flertalet näringsgrenar. Ett uteblivet undantag skulle innebära att det offentliga skulle välja mellan att upphandla enligt LOU, vilket i vissa fall skulle innebära att de offentligt ägda bolagen förlorade upphandlingskontrakten, eller att avbolagisera den verksamhet som bedrivs i bolagsform. Såväl avbolagisering som förlorade upphandlingskontrakt innebär stora omställningskostnader för staten, landsting och kommuner.

Övrig upphandlingslagstiftning

Regeringen föreslår att något in house-undantag inte införs i övrig upphandlingslagstiftning eller i lagen (2008:962) om valfrihetssystem, förkortad LOV. Förutom i LOU finns regler om upphandling i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, förkortad LUF, och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, förkortad LUFs.

Skälen för att inte införa ett undantag i LUF är enligt regeringen att det finns oklarheter beträffande in house-undantagets närmare betydelse på försörjningsdirektivets område. Regeringen framhåller också att det redan finns särskilda regler i LUF om undantag för bl.a. anknutna företag. Dessa regler ger bl.a. möjlighet för en upphandlande enhet att under vissa förutsättningar tilldela kontrakt till fristående enheter utan upphandling. Därför framstår behovet av ett undantag i LUF som betydligt mindre än behovet av ett undantag i LOU. I remissomgången efterlyste bl.a. Luftfartsverket och Sveriges Kommuner och Landsting ett in house-undantag i LUF.

Beträffande LUFs anförde regeringen i förarbetena till den lagen att det inte hade framkommit något omedelbart behov av en reglering motsvarande kontroll- och verksamhetskriterierna (prop. 2010/11:150 kap. 6.4 s. 170). Dessutom saknades beredningsunderlag, och regeringen ansåg att frågan borde övervägas i ett annat sammanhang. Regeringen ser ingen anledning att i nuläget göra någon annan bedömning.

När det gäller LOV konstaterar regeringen att den lagen har ett annat syfte än upphandlingslagstiftningen, eftersom den innebär att kontrakt ska tecknas med ett stort antal leverantörer och konkurrenssituationen dem emellan uppstår först efter att kontrakt har tecknats. Syftet med valfrihetssystemet enligt LOV är alltså inte förenligt med att det införs ett in house-undantag i lagen. Fristående enheter för vilka Teckalkriterierna är uppfyllda kan emellertid godkännas som leverantörer i ett valfrihetssystem under samma förutsättningar som andra leverantörer, enligt regeringen.

Undantagets närmare utformning

In house-undantaget i LOU ska enligt regeringens förslag utformas i enlighet med Teckalkriterierna som de formulerats i EU-domstolens praxis. Till skillnad från Ofukitredningen vill regeringen inte att undantaget ska preciseras till vissa upphandlande myndigheter gentemot vissa slags leverantörer. Regeringens hållning stämmer överens med majoriteten av remissinstansernas; de var starkt kritiska mot utredningens förslag i det här avseendet. Undantaget ska gälla för avtal mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen.

En förutsättning, enligt såväl den svenska lagstiftningen om upphandling som unionsrätten, för att det ska uppstå en upphandlingsskyldighet är att det finns ett avtal mellan två i förhållande till varandra fristående parter. Krav finns således inte på att en upphandlande myndighet ska vända sig utanför sin organisation för att utföra sina uppgifter. Det står i stället myndigheten eller enheten fritt att utföra sina uppgifter med egna resurser, dvs. i egen regi. På motsvarande sätt kommer det föreslagna undantaget endast att vara tillämpligt när en upphandlande myndighet vidtar åtgärder för att anskaffa t.ex. varor och tjänster utanför den egna organisationen. Utförs verksamheten i egen regi uppkommer ingen upphandlingsskyldighet och något behov av undantag från upphandlingsskyldigheten finns därmed inte.

Det är inte helt klart var gränserna går för vad som ska anses utgöra egen regi. Av EU-domstolens praxis framgår inte klart om – och i så fall under vilka förutsättningar – upphandlingsskyldighet finns enligt unionsrätten vid transaktioner mellan enheter inom samma juridiska person. Rättsläget är således något oklart men ger, enligt regeringens mening, inte stöd för att upphandlingsrättsliga avtal normalt sett uppkommer mellan enheter inom en och samma juridiska person. Detta innebär att den nu föreslagna regleringen inte avser transaktioner mellan enheter inom samma juridiska person. Det finns dock inte heller något behov av att regleringen ska omfatta sådana situationer, då dessa enligt regeringens bedömning inte ger upphov till upphandlingsskyldighet.

Vem ska kunna tillämpa undantaget?

Regeringens utgångspunkt är, som tidigare nämnts, att den svenska regleringen av in house-undantaget i LOU bör utformas i enlighet med hur EU-domstolen har formulerat in house-undantaget i sin praxis om Teckalkriterierna. EU-domstolen har i sin hittillsvarande praxis om in house-undantaget endast prövat anskaffningar som har gjorts av lokala eller andra offentliga myndigheter. Situationen att anskaffningen har gjorts av en upphandlande myndighet som inte är en offentlig myndighet utan ett offentligt styrt organ, har ännu inte prövats av EU-domstolen. Ett exempel på detta är att ett aktiebolag som är en upphandlande myndighet anskaffar tjänster från ett dotterbolag.

Även om situationen då anskaffningen gjorts av ett offentligt styrt organ således inte hittills har prövats av EU-domstolen, finns enligt regeringen flera skäl som talar för att in house-undantaget kan tillämpas inte bara av upphandlande myndigheter som är lokala eller andra offentliga myndigheter utan också av andra upphandlande myndigheter.

Regeringen föreslår med hänsyn till detta att den svenska regleringen av in house-undantaget ska omfatta avtal som ingås mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person. Regleringen får därmed ett något snävare tillämpningsområde än inom unionsrätten. Bakgrunden till ställningstagandet är regeringens bedömning, att det inte finns stöd för att upphandlingsrättsliga avtal normalt sett uppkommer mellan enheter inom en och samma juridiska person. Det föreligger därmed enligt regeringens mening inte något behov av ett vidare undantag som inkluderar enheter inom samma juridiska person. Med juridisk person avses såväl privaträttsliga associationsformer, exempelvis aktiebolag och ekonomiska föreningar, som offentligrättsliga juridiska personer såsom kommunalförbund enligt kommunallagen.

När det gäller gemensamma nämnder föreslås att också sådana ska kunna omfattas av undantaget. Gemensam nämnd är en nationell, svensk rättsfigur med speciella drag som används för samverkan mellan kommuner och landsting. En gemensam nämnd tillsätts i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen och ingår i denna kommuns eller detta landstings organisation. Nämnden är därmed ingen egen juridisk person. I förhållande till den värdkommun i vilken den är inrättad, uppkommer sannolikt ingen upphandlingsskyldighet. När en annan av de samverkande kommunerna anskaffar varor eller tjänster från sin gemensamma nämnd kan dock upphandlingsskyldighet uppkomma. Den föreslagna regleringen kan tillämpas i sådana fall.

I förhållande till den nuvarande lagstiftningen varigenom Teckalkriterierna förts in i 2 kap. 10 a § LOU, innebär förslaget att bestämmelsen i första stycket förenklas och utformas i större överensstämmelse med hur EU-domstolen formulerat in house-undantaget i sin praxis om Teckalkriterierna. Detta får till följd att ordet leverantör och kravet på innehav eller medlemskap stryks från lagtexten. Att krav på innehav eller medlemskap är en viktig omständighet vid bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt är dock självklart, enligt regeringen.

Kontroll- och verksamhetskriterierna

Regeringen har som anförts ovan föreslagit att det nya in house-undantaget i LOU ska gälla för avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen. Ytterligare en förutsättning för att det nya in house-undantaget i LOU ska kunna tillämpas är att två villkor, eller kriterier, är uppfyllda. Dessa villkor har sin direkta motsvarighet i de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna (Teckalkriterierna) som utvecklats genom EU-domstolens praxis

om in house-undantaget. Villkoren är avsedda att tolkas i överensstämmelse med denna praxis. Denna praxis är fortfarande under utveckling och regeringen har därför valt att reglera villkoren i överensstämmelse med vad EU-domstolen hittills klart uttalat i sina avgöranden.

Regeringen vill betona att bedömningen av om villkoren är uppfyllda i ett enskilt fall är beroende av omständigheterna i det enskilda fallet. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall göra en bedömning av om de villkor som uppställs är uppfyllda. Det är viktigt att upphandlande myndigheter går igenom sina bolagskonstruktioner och gör en analys av om villkoren i regleringen kan anses uppfyllda eller om några förändringar behöver göras.

Kontrollkriteriet

Kontrollkriteriet innebär enligt unionsrätten att den upphandlande myndigheten ska utöva en kontroll över den fristående enheten som motsvarar den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning. För att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt ska kontrollen göra det möjligt för myndigheten att påverka de beslut som fattas av den fristående enheten. Det ska vara fråga om en möjlighet till avgörande påverkan på såväl strategiska mål som viktiga beslut.

Som exempel på viktiga faktorer vid bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt kan nämnas frågor kring olika innehavare av den fristående enheten, självständigheten hos den fristående enheten samt eventuell marknadsmässig inriktning hos den fristående enheten. Regeringen har vidare tagit ställning till om den svenska lagstiftningen generellt sett ger en möjlighet att utöva tillräcklig kontroll enligt kontrollkriteriet över juridiska personer som staten, landsting och kommuner använder sig av i sådana fall då verksamheten bedrivs utanför den egna juridiska personen. Regeringen har gjort bedömningen att svenska rättsförhållanden medger att en upphandlande myndighet kan skapa möjlighet att uppfylla villkoren i kontrollkriteriet avseende ett aktiebolag, en ekonomisk förening, en ideell förening, ett försäkringsbolag eller ett handelsbolag. Kontrollkriteriet kan enligt regeringen sannolikt inte uppfyllas avseende stiftelser. Vidare har regeringen även gjort bedömningen att svenska rättsförhållanden medger att kommuner och landsting kan skapa möjlighet att uppfylla villkoren i kontrollkriteriet avseende ett kommunalförbund eller en gemensam nämnd. Även om de rättsliga förutsättningarna således finns är det dock de faktiska förhållandena i det enskilda fallet som är avgörande för om det finns tillräcklig kontroll.

Verksamhetskriteriet

Verksamhetskriteriet innebär enligt unionsrätten att den fristående enheten ska utföra huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar (kontrollerar) den.

Regeringens tolkning av EU-domstolens praxis innebär sammanfattningsvis följande. En jämförelse ska göras mellan sådan verksamhet som den fristående enheten bedriver tillsammans med den upphandlande myndigheten eller de upphandlande myndigheter som innehar enheten och eventuell annan verksamhet som den fristående enheten bedriver. Huvuddelen av den fristående enhetens verksamhet ska nämligen utföras tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den. Eventuell övrig verksamhet får endast vara av marginell karaktär. En helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet ska göras.

Regeringen har vidare gjort bedömningen att det nya in house-undantaget i LOU bör utformas i överensstämmelse med hur EU-domstolen formulerat in house-undantaget i sin praxis om Teckalkriterierna. Som en följd av detta anser regeringen att även verksamhetskriteriet bör formuleras i enlighet med hur EU-domstolen formulerat detta i sin praxis. Detta innebär att verksamhetskriteriet formuleras på så sätt att den fristående juridiska personen måste utföra ”huvuddelen” av sin verksamhet tillsammans med den eller de upphandlande myndigheter som kontrollerar den.

Det skulle kunna ifrågasättas om det därför inte vore lämpligare att, så som utredningen föreslagit, i den svenska lagtexten tydliggöra på vilket sätt EU-domstolen preciserat begreppet ”huvuddelen”. En sådan precisering och omformulering har, efter inrådan från Lagrådet, gjorts i den nuvarande lagstiftningen varigenom Teckalkriterierna förts in i 2 kap. 10 a § LOU (prop. 2009/10:134 s. 69).

In house-undantagets räckvidd

Regeringen har, som utvecklats ovan, valt att utforma in house-undantaget i LOU i enlighet med Teckalkriterierna. En nackdel med en mer generell bestämmelse avseende in house-undantaget är att oklarheter i EU-domstolens praxis så att säga överförs på den svenska lagstiftningen. Regeringen anser dock att detta i viss mån är en ofrånkomlig effekt i en situation som den nu aktuella, där den nationella regleringen endast är avsedd att utgöra länk till EU-domstolens rättspraxis och inte en omskrivning av densamma.

En situation som ännu inte har prövats av EU-domstolen är om in-house-undantaget kan tillämpas då en fristående enhet som kontrolleras av en upphandlande myndighet anskaffar t.ex. varor eller tjänster från denna myndighet. Situationen kan beskrivas som omvänd i förhållande till de fall som prövats av EU-domstolen; ett exempel är att ett aktiebolag som ägs och kontrolleras av en kommun anskaffar tjänster från kommunen.

En annan situation som inte heller har prövats av EU-domstolen är om in house-undantaget kan tillämpas på anskaffningar inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation. Exempelvis kan frågan ställas om upphandling måste ske då ett aktiebolag som är en upphandlande myndighet och som ägs och kontrolleras av en kommun anskaffar tjänster från ett annat aktiebolag som även det ägs och kontrolleras av kommunen.

Den omvända situationen

När det gäller den första av dessa två situationer, den omvända situationen, finns det enligt regeringens mening flera skäl som talar för att denna situation omfattas av in house-undantaget enligt unionsrätten, även om rättsläget i avsaknad av avgörande från EU-domstolen inte är helt klart.

Grunden för eller själva kärnan i in house-undantaget bör enligt regeringen kunna beskrivas som att när en fristående enhet är att se som jämförbar med enheter som ingår i en upphandlande myndighets egen organisation, finns det förutsättningar för undantag från upphandlingsskyldighet. Avgörande torde alltså vara relationen mellan parterna, inte vem av dem som är säljare respektive köpare.

Det kan också noteras att Europeiska kommissionen i sitt förslag till revidering av det klassiska direktivet KOM(2011) 896 slutlig, föreslår ett in house-undantag som bl.a. omfattar anskaffning av en fristående juridisk person från den upphandlande myndighet som kontrollerar den fristående juridiska personen. Detta talar, enligt regeringens mening, ytterligare för att denna situation omfattas av in house-undantaget enligt unionsrätten.

Mot bakgrund av det ovan anförda anser regeringen sammantaget att övervägande skäl talar för att in house-undantaget enligt unionsrätten gäller även i de situationer då den aktuella anskaffningen görs av den fristående enheten från den upphandlande myndigheten. Även i denna situation måste dock självfallet den fristående enheten stå under kontroll av den upphandlande myndigheten och huvuddelen av dess verksamhet bedrivs tillsammans med den upphandlande myndigheten.

Regeringen har dock, som anförts ovan, gjort bedömningen att den svenska regleringen av in house-undantaget i LOU bör utformas i enlighet med hur EU-domstolen formulerat in house-undantaget. Detta får till följd att regeringen, trots att övervägande skäl talar för att den omvända situationen omfattas av in house-undantaget enligt EU-rätten, inte föreslår att denna situation bör kodifieras uttryckligen i den svenska lagstiftningen. En sådan reglering skulle språkligt sett innebära ett alltför långt avsteg från hur EU-domstolen i sina avgöranden hittills formulerat in house-undantaget. Regeringen anser dock att lydelsen av den föreslagna svenska regleringen av in house-undantaget i LOU, som motsvarar vad som framgår av EU-rätten, inte hindrar en tolkning motsvarande den som regeringen gjort avseende unionsrätten i detta avseende.

Regeringen vill framhålla att rättsläget, i avsaknad av avgöranden från EU-domstolen, inte är helt klart. Frågan huruvida den omvända situationen kan anses ingå i in house-undantaget i unionsrätten, och därmed även i den svenska in house-regleringen, är därför en fråga för rättstillämpningen och ytterst för EU-domstolen.

Kommunala företag och kommunala befogenheter

Regeringen föreslår att om en kommun eller ett landsting lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till ett helägt aktiebolag, ska fullmäktige se till att det fastställda kommunala ändamålet med verksamheten och de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten anges i bolagsordningen. Även skyldigheten för helägda bolag att inhämta fullmäktiges ställningstagande avseende beslut av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt, ska anges i bolagsordningen. Motsvarande ska gälla när en kommun eller ett landsting ensamt bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet.

Skälen till förslaget är enligt regeringen bl.a. följande. Det är en grundförutsättning när kommuner och landsting lämnar över vården av kommunal verksamhet till privaträttsliga organ att den verksamhet som överlämnas faller inom ramen för den kommunala kompetensen. För att det kommunala ändamålet ska bli gällande för bolaget i fråga krävs dock exempelvis bestämmelser i bolagsordningen. De kommunalrättsliga befogenheterna bör enligt regeringen alltså göras bindande genom att komma till uttryck i bolagets centrala styrdokument, bolagsordningen.

Förstärkt uppsiktsplikt

Regeringen föreslår att kommun- respektive landstingsstyrelsen i årliga beslut ska pröva om den verksamhet som bedrivits av helägda och delägda aktiebolag under föregående kalenderår har varit förenlig med det fastställda kommunala ändamålet och utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna. Om styrelsen finner att så inte är fallet ska den lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder. Styrelsens ansvar att vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de krav som anges i 3 kap. 17 och 18 §§ kommunallagen är uppfyllda i fråga om sådana aktiebolag som avses i dessa bestämmelser ska framgå direkt av lagtexten.

Inköpscentraler

Regeringen föreslår att det införs en möjlighet för kommuner och landsting som anlitar en inköpscentral som ombud enligt LOU eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, förkortad LUF, att överföra beslutanderätten i upphandlingsärendet till inköpscentralen. Det bör däremot inte införas en möjlighet att överlämna beslutanderätten i ett upphandlingsärende till någon annan som inte är inköpscentral.

Närmare om regleringen kring inköpscentraler

Regeringen föreslår att en nämnd i en kommun, i ett landsting eller i ett kommunalförbund får, efter överenskommelse med en inköpscentral, uppdra åt anställda i inköpscentralen att i en upphandling besluta på nämndens vägnar. Detta gäller under förutsättning att nämnden har anlitat

inköpscentralen för att medverka vid upphandlingen i egenskap av ombud enligt LOU eller LUF. En nämnd får uppdra åt ett utskott, åt en ledamot eller ersättare eller åt en anställd hos kommunen, landstinget eller kommunalförbundet att på nämndens vägnar fatta beslut om delegation av beslutanderätt till anställda i en inköpscentral. En gemensam nämnd får även uppdra åt en anställd i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen att fatta sådana beslut på nämndens vägnar. Möjligheten att delegera beslutanderätt ska inte omfatta ärenden som bl.a. avser verksamhetens mål, inriktning, omfattning eller kvalitet. Beslut som anställda i inköpscentraler fattar med stöd av delegation ska anmälas till den som har lämnat delegationsuppdraget. Kommunallagens bestämmelser om jäv ska tillämpas på anställda i inköpscentraler som fattar beslut med stöd av delegation.

Finansutskottets ställningstagande

Regeringens förslag innebär att den temporära lagstiftning om upphandling från statliga och kommunala företag som infördes 2010 (prop. 2009/10:134, bet. 2009/10:FiU33) ersätts av permanenta regler. Vid införandet av den tillfälliga lagstiftningen anförde utskottet att det allmänna har ett ansvar att säkerställa att samhällets resurser används på ett effektivt sätt. Upphandling är ett vedertaget sätt att nå detta mål. Konkurrensutsättning i upphandling som genomförs på rätt sätt leder enligt utskottets mening till högre kvalitet och lägre kostnader för det allmänna och för konsumenterna. Samtidigt är det enligt utskottets mening viktigt att värna om den kommunala organisationsfriheten och möjligheterna för staten, kommuner och landsting att organisera sin verksamhet på ett ändamålsenligt och effektivt sätt. I de fall upphandling inte bedöms vara ett lämpligt medel bör andra åtgärder vidtas för att säkerställa att samhällets resurser används på ett effektivt sätt.

Vad som anförts ovan stämmer alltså överens med utskottets uppfattning. Utskottet välkomnar att den temporära lagstiftningen ersätts av en permanent, vilket innebär att rättsläget på väsentliga punkter blir klarare. Utskottet delar regeringens bedömning att regleringen bör utformas på ett sådant sätt att den kan anpassas till framtida praxisavgöranden från EU-domstolen.

Koncerninterna transaktioner

Utskottets förslag i korthet

Riksdagen avslår en motion om in house-undantagets tillämplighet vid koncerninterna köp.

Jämför reservation (S, SD, V).

Propositionen

Sammantaget bedömer regeringen att när det gäller anskaffningar inom ramen för en koncern eller ett koncernliknande förhållande kan ett moderbolag åberopa undantaget vid anskaffning från ett dotterbolag. Vidare anser regeringen att också den omvända situationen, dvs. dotterbolagets anskaffning från moderbolaget, borde kunna anses vara undantagen från upphandlingsskyldighet enligt unionsrätten. Regeringen anser däremot, i likhet med många remissinstanser, att det utifrån EU-domstolens hittillsvarande praxis är mer oklart om anskaffning som görs inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation i andra fall än dessa, kan anses omfattas av in house-undantaget i unionsrätten. Det finns skäl som talar såväl för som mot att sådana anskaffningar inom en koncern ska kunna anses ingå i in house-undantaget i unionsrätten. Det bör dock betonas att rättsläget, i avsaknad av avgöranden från EU-domstolen, är oklart. Med hänsyn till denna osäkerhet bör den svenska in house-bestämmelsen i LOU inte innehålla en uttrycklig reglering av sådana anskaffningar, varken i exkluderande eller i inkluderande riktning. En sådan uttrycklig reglering skulle också innebära ett alltför långt avsteg från regeringens uppfattning att en svenska lagtexten språkligt sett bör utformas i enlighet med vad EU-domstolen anfört avseende in house-undantaget. Regeringen anser därför att endast grundelementen i EU-domstolens praxis angående in house-undantaget avseende Teckalkriterierna bör komma till uttryck i bestämmelsen. Detta får till följd att den svenska regleringen, i samma omfattning som unionsrätten, kommer att vara oklar i detta hänseende. De argument som kan föras fram för och mot att sådana anskaffningar kan omfattas av in house-undantaget enligt unionsrätten, kan således även föras fram för och mot att sådana anskaffningar kan omfattas av den svenska lagstiftningen. Det finns dock enligt regeringens bedömning inget i den svenska lagstiftningen som innebär att en annorlunda tolkning av den svenska regleringen av in house-undantaget ska göras i jämförelse med den tolkning som ska göras av unionsrätten i detta hänseende, utan avsikten är att bestämmelsen endast ska utgöra en länk till unionsrätten. Frågan om unionsrätten, och därmed den svenska bestämmelsen, är tillämplig i dessa situationer är således en fråga för rättstillämpningen, ytterst för EU-domstolen genom förhandsavgörande.

Motionen

I motion 2011/12:Fi12 av Fredrik Olovsson m.fl. (S) anför motionärerna att de stöder det permanenta undantag från LOU som föreslås i propositionen men att undantaget borde ha fått en mer generell utformning så att även koncerninterna transaktioner mellan kommunala bolag hade omfattats. Motionärerna anser att den utformning av lagstiftningen som regeringen föreslagit riskerar att tvinga kommuner och landsting till betydande och för skattebetalarna mycket kostsamma förändringar i hur man organis-

rar sin verksamhet. Regeringen borde ha främjat praxisbildning genom att föreslå en nationell bestämmelse som sedan kunnat ligga till grund för en prejudicerande dom i EU-domstolen, anser motionärerna.

Motionärerna yrkar att riksdagen tillkännager för regeringen som sin mening att även koncerninterna transaktioner mellan kommunala bolag bör omfattas av den föreslagna regleringen.

Finansutskottets ställningstagande

Regeringens förslag innebär i sig inte att något förbud mot koncerninterna transaktioner införs. I likhet med regeringen anser utskottet att lagtexten bör utformas så att följsamhet gentemot ett framtida praxisavgörande möjliggörs. Det är utskottets mening att den valda lagtekniska lösningen på så sätt kan sägas tillgodose såväl dagens behov på upphandlingsområdet som den framtida regleringen på EU-nivå.

Vid utskottets sammanträde den 17 april 2012 uppgav man från Regeringskansliets sida att förhandlingar om ny lagstiftning avseende koncerninterna transaktioner pågår inom EU.

Mot bakgrund av ovanstående avstyrker utskottet motionen.

Reservation

Utskottets förslag till riksdagsbeslut och ställningstaganden har föranlett följande reservation. I rubriken anges vilken punkt i utskottets förslag till riksdagsbeslut som behandlas i avsnittet.

Koncerninterna transaktioner, punkt 2 (S, SD, V)

av Fredrik Olovsson (S), Pia Nilsson (S), Jörgen Hellman (S), Maryam Yazdanfar (S), Marie Nordén (S), Erik Almqvist (SD), Ulla Andersson (V) och Sven-Erik Bucht (S).

Förslag till riksdagsbeslut

Vi anser att förslaget till riksdagsbeslut under punkt 2 borde ha följande lydelse:

Riksdagen tillkännager för regeringen som sin mening vad som anförs i reservationen om koncerninterna transaktioner. Därmed bifaller riksdagen motion

2011/12:Fi12 av Fredrik Olovsson m.fl. (S).

Ställningstagande

Vi stöder regeringens förslag om ett permanent undantag från kravet på upphandling i LOU vid upphandling från eget företag. Däremot borde undantaget även omfatta transaktioner mellan kommunala bolag, s.k. koncerninterna transaktioner. Avsaknaden av en sådan regel skapar osäkerhet om rättsläget och riskerar att tvinga fram kostnadskrävande organisationsförändringar i kommuner och landsting. Vi anser därför att riksdagen bör tillkännage för regeringen att även koncerninterna transaktioner bör omfattas av den föreslagna regleringen.

BILAGA 1

Förteckning över behandlade förslag

Propositionen

Proposition 2011/12:106 Offentlig upphandling från eget företag – och vissa andra frågor:

1. Riksdagen antar regeringens förslag till lag om ändring i kommunallagen (1991:900).
2. Riksdagen antar regeringens förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.
3. Riksdagen antar regeringens förslag till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter.
4. Riksdagen antar regeringens förslag till lag om ändring i lagen (2010:570) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

Följdmotionen

2011/12:Fi12 av Fredrik Olovsson m.fl. (S):

Riksdagen tillkännager för regeringen som sin mening vad som anförs i motionen om att även undanta koncerninterna transaktioner från kravet på upphandling.

BILAGA 2

Regeringens lagförslag

1 Förslag till lag om ändring i kommunallagen (1991:900)

Härigenom föreskrivs i fråga om kommunallagen (1991:900)¹ dels att 3 kap. 17 § ska ha följande lydelse, dels att det i lagen ska införas två nya paragrafer, 6 kap. 1 a och 1 b §§, av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

3 kap.17 §²

Om en kommun eller ett landsting med stöd av 16 § lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier, *skall* fullmäktige

1. fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten,
2. *utse samtliga styrelseledamöter,*

3. *se till att fullmäktige får ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas.*

Fullmäktige *skall* också utse minst en lekmannarevisor i aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier.

Vad som anges i första stycket gäller, när kommunen ensam eller landstinget ensamt bildar en stiftelse för en kommunal ange-

Om en kommun eller ett landsting med stöd av 16 § lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier, *ska* fullmäktige

2. *se till att det fastställda kommunala ändamålet och de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten anges i bolagsordningen,*

3. *utse samtliga styrelseledamöter, och*

4. *se till att det anges i bolagsordningen att fullmäktige får ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas.*

Fullmäktige *ska* också utse minst en lekmannarevisor i aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier.

Första stycket tillämpas också när kommunen ensam eller landstinget ensamt bildar en stiftelse för en kommunal ange-

¹ Lagen omtryckt 2004:93.

² Senaste lydelse 2006:369.

lägenhet. Fullmäktige *skall* även utse minst en revisor i en sådan stiftelse.

Till lekmannarevisor i aktiebolaget eller revisor i stiftelsen *skall* fullmäktige utse någon av de revisorer som enligt 9 kap. 1 § valts för granskning av styrelsen och övriga nämnders verksamhet.

lägenhet. *Det som anges om bolagsordningen i första stycket ska i stället avse stiftelseförordnandet eller stiftelseurkunden.* Fullmäktige *ska* även utse minst en revisor i en sådan stiftelse.

Till lekmannarevisor i aktiebolaget eller revisor i stiftelsen *ska* fullmäktige utse någon av de revisorer som enligt 9 kap. 1 § valts för granskning av styrelsen och övriga nämnders verksamhet.

6 kap.

1 a §

Styrelsen ska i årliga beslut för varje sådant aktiebolag som avses i 3 kap. 17 och 18 §§ pröva om den verksamhet som bolaget har bedrivit under föregående kalenderår har varit förenlig med det fastställda kommunala ändamålet och utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna. Om styrelsen finner att så inte är fallet, ska den lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder.

1 b §

Styrelsen ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de krav som anges i 3 kap. 17 och 18 §§ är uppfyllda i fråga om sådana aktiebolag som avses i dessa bestämmelser.

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013.

2. För stiftelser som har bildats före ikraftträdandet gäller 3 kap. 17 § i sin äldre lydelse.

2 Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs att det i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ska införas en ny paragraf, 2 kap. 10 a §, av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

2 kap. 10 a §¹

Med kontrakt enligt 10 § avses dock inte avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om

1. den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, och

2. den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013 och ska tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet.

¹ Tidigare 2 kap. 10 a § upphävd genom 2010:570.

3 Förslag till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter

dels att det i lagen ska införas fyra nya paragrafer, 6 kap. 4–7 §§, samt närmast före 6 kap. 4 § en ny rubrik av följande lydelse,

dels att det i lagen närmast före 6 kap. 3 § ska införas en ny rubrik som ska lyda ”Arbetsgivarfrågor”.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

6 kap.

Upphandling

4 §

En nämnd i en kommun, i ett landsting eller i ett kommunalförbund får efter överenskommelse med en inköpscentral uppdra åt anställda i inköpscentralen att i en upphandling besluta på nämndens vägnar. Detta gäller under förutsättning att inköpscentralen har anlitats av nämnden för att medverka vid upphandlingen i egenkap av ombud enligt

1. 4 kap. 22 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, eller

2. 4 kap. 4 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Uppdrag enligt första stycket får inte lämnas i de fall som avses i 6 kap. 34 § kommunallagen (1991:900).

5 §

Föreskrifterna i 6 kap. 33 § kommunallagen (1991:900) om uppdrag att besluta på nämndens vägnar tillämpas på ärenden enligt 4 § första stycket.

6 §

Beslut som anställda i en inköpscentral fattar på en nämnds vägnar ska anmälas till den som har lämnat uppdraget.

7 §

Föreskrifterna i 6 kap. 24–27 §§ kommunallagen (1991:900) om jäv tillämpas på anställda i inköpscentraler som fattar beslut på en nämnds vägnar.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013.

4 Förslag till lag om ändring i lagen (2010:570) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs att ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till lagen (2010:570) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling¹ ska ha följande lydelse.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013.

¹ Ändringen innebär bl.a. att punkten 2 upphävs.