



Regeringskansliet
Finansdepartementet
103 33 STOCKHOLM

Betänkandet offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor (SOU 2011:43)

Sammanfattningsvis

- Kammarkollegiet delar bedömningen att EU-domstolens praxis avseende undantag från upphandlingsskyldighet vid in-house situationer bör gälla fullt ut i Sverige.
- Kammarkollegiet avstyrker den föreslagna lagstiftningsmetoden för att hantera in-house situationer och förordar istället att frågan löses genom en direktivkonform tolkning av begreppet upphandlingskontrakt.
- Kammarkollegiet ifrågasätter förändringar i kommunallagen och menar att det bör ligga inom det kommunala självbestämmandet att avgöra om juridiska personer, ägd av kommun eller landsting, ska konstitueras så att förutsättningar för undantag från upphandlingsskyldighet vid in-house situation ska bli uppfyllda.
- Kammarkollegiet ifrågasätter ändringar i kommunallagen beträffande stiftelser.
- Kammarkollegiet delar bedömningen att det ska vara möjligt att delegera beslutsrätten till inköpscentraler.

Avsnitt A (undantag från upphandlingsskyldighet vid s.k. in-house situationer)

Kammarkollegiet anser att den svenska upphandlingslagstiftningen bör ha ett likalydande tillämpningsområde som följer av EU-rätten, såvida något annat inte kan motiveras av styrka vinster i form av effektivare konkurrens och större besparingar för de upphandlande myndigheterna. Några sådana vinster har, såvitt Kammarkollegiet känner till, inte



Upphandlingsstödet
Daniel Moius

redovisats. Kollegiet delar därför bedömningen att de undantag från upphandlingsskyldighet som framgår av EU-domstolens praxis fullt ut bör gälla i Sverige.

21 Utformningen av ett in-house undantag i LOU

Utredningen diskuterar två alternativ, en statisk metod där strävan är att omsätta EU-domstolens praxis i detaljerad lagtext och en dynamisk metod där definitionen av begreppet upphandlingskontrakt ges en innebörd som helt överensstämmer med definitionen enligt upphandlingsdirektiven.

Utredningen förespråkar en statisk metod. Fördelen med denna metod är att det skapar en ökad förutsebarhet kring när in-house situationer föreligger. Det finns emellertid två nackdelar, dels en osäkerhet att lagstiftaren korrekt och fullständigt återspeglar gällande EU-rätt, dels om en diskrepans uppstår mellan den svenska kodifieringen och rättsutvecklingen på området.

Kollegiet gör bedömningen att risk föreligger att bägge omständigheter är för handen.

Enligt Kammarkollegiets uppfattning ger EU-domarna Teckal m.fl. tydligt uttryck för grundprincipen att upphandlingsdirektiven inte ska ha effekt på hur medlemsstaterna väljer att organisera och utforma sin offentliga förvaltning vid genomförandet av allmännyttiga uppgifter. Syftet med upphandlingsreglerna är att säkerställa att anskaffning sker genom konkurrens - öppen för samtliga leverantörer inom EU - i de fall marknaden uppsöks. Utifrån dessa ändamålsskäl kan den diskussion som förs i utredningen kring omfattningen av in-house undantaget vid olika situationer ifrågasättas. Kollegiet gör bedömningen, bl a mot bakgrund av EU-domstolens mål C-480/06, kommissionen mot Tyskland, att fler situationer än de som anges av utredningen omfattas av undantag från upphandlingsskyldighet. Detta avgörande visar på en tendens att inskränka upphandlingsdirektivens tillämpningsområde i situationer där angelägna allmännyttiga uppgifter bäst tillgodoses utan upphandling. EU-domstolen kan, enligt kollegiet, förväntas fortsätta att utveckla rättspraxis på området.

Det alternativ som utredningen diskuterar, nämligen att i stället hänvisa till innebörden av upphandlingskontrakt såsom det definieras enligt EU-rätten, säkerställer att in-house situationer tolkas i enlighet med gällande rätt samt är öppen för den rättsutveckling som sker i EU-domstolen.



Upphandlingsstödet
Daniel Moius

Nackdelen är att omfattningen av in-house undantaget kan vara svårt att fastställa.

Utifrån ovanstående för- och nackdelar anser kollegiet att utredningens förslag är det mindre lämpliga alternativet och förordar istället en dynamisk lösning som utgår från EU-domstolens tolkning.

Frågan är dock om en dynamisk lösning kräver explicit lagstiftning. Enligt kollegiets uppfattning följer det av allmänna EU-rättsliga principer att medlemsstaternas tillämpning och tolkning av nationell rätt ska ske i ljuset EU-rätten, s.k. direktivkonform tolkning, utan att det särskilt behöver anges i lag. Synsättet att svensk rätt uttryckligen måste kodifiera, eller innehålla en hänvisning till, EU-rättens praxis för att denna ska kunna göras gällande torde inte utgöra en förhärskande uppfattning. Övervägande skäl talar därför att in-house undantaget redan utgör en del av svensk rätt utan särskilda åtgärder.¹ Därmed kan det vara tillräckligt att låta ta fram en vägledning innehållande förutsättningar för in-house situationer som uppdateras i takt med EU-domstolens rättsutveckling. Vidare bör Sverige verka för att upphandlingsdirektivens tillämpningsområde förtydligas vid framtida revideringar.

Avsnitt B och C (kontroll och insyn i kommunala företag och stiftelser)

Kollegiet delar utredningens bedömning att svensk associationsrätt innehåller förutsättningar för att det s.k. kontroll-kriteriet kan uppfyllas. Något behov av associationsrättslig lagstiftning synes inte vara nödvändigt.

Kollegiet vill poängtera att det i många fall kan krävas aktiva åtgärder från den offentliga ägarens sida för att undantaget vid in-house situationer ska vara uppfyllt. Från upphandlingsrättsliga utgångspunkter ifrågasätter dock kollegiet de obligatoriska åtgärder som föreslås i betänkandet. Enligt kollegiet bör det ligga inom det kommunala självbestämmandet för kommuner och landsting att konstituera sina juridiska personer på så sätt att undantag för in-house situationer uppfylls. En kommun eller landsting bör fritt kunna välja om ett ägt

¹ I sammanhanget har räckvidden i avgörandet RÅ 2008 ref. 26 (SYSAV-målet) relevans. Skäl talar för att avgörandet inte är tillämplig på nu gällande upphandlingslagstiftning. Regeringsrätten (nuvarande Högsta förvaltningsrätten) gjorde en tolkning utifrån den äldre upphandlingslagstiftningen, vilken, till skillnad mot nu gällande lagstiftning, innehöll en definition av upphandling som inte baserades på begreppet upphandlingskontrakt.

Upphandlingsstödet
Daniel Moius

bolag ska behandlas såsom andra aktörer på marknaden och att anskaffning ska ske efter en konkurrensutsättning i form av upphandling. Det kan även noteras att, efter ändringar i upphandlingslagstiftningen vad gäller sanktioner vid överträdelser, en kommun eller landsting löper risken att ett avtal kan förklaras ogiltigt samt att skadestånd och upphandlingsskadeavgift kan behöva betalas. Tillräckliga incitament för en kommun eller landsting att säkerställa lagenlighet när kontrakt tilldelas offentligt ägda juridiska personer eller offentligrättsliga samverkansformer utan upphandling torde finnas.

Vad gäller stiftelser så konstaterar utredningen på flera ställen att stiftelser inte kan omfattas av in-house undantaget. Likväl föreslås att ändringen i kommunallagen även ska omfatta stiftelseurkunder. Skäl för en sådan ändring motiveras inte i utredningen, vilket föranleder kollegiet att avstyrka förslaget i denna del.

Kammarkollegiet anser att det saknas skäl till förändringar i kommunallagen på det sätt som betänkandet föreslår. I övrigt har kollegiet ingen uppfattning om det av andra skäl än upphandlingsrättsliga kan finnas behov av att stärka kontroll och insyn på kommunala bolag, utöver de nuvarande bestämmelserna i kommunallagen.

Avsnitt D (Överföring av rätten att fatta upphandlingsbeslut från kommuner och landsting)

Kammarkollegiet tillstyrker förslaget. Kollegiet anser dock att det tydligare bör framgå av lagtexten att tilldelningsbeslut fattas av inköpscentralen när en sådan anlitas som ombud av en kommun, landsting eller kommunalförbund.

I detta ärende har chefsjurist Bertil Kallner beslutat. I den slutliga handläggningen har Agneeta Anderson och Hans Sundström deltagit. Daniel Moius har varit föredragande.


Bertil Kallner


Daniel Moius