

KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625; 114 86 STOCKHOLM; tel: 08-679 50 50; fax: 08-611 35 62

Finansdepartementet

Remissyttrande

2009-10-03

Ert dnr. Fi2009/5036

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

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som bland annat uppmärksammar och motverkar olika former av konkurrensbegränsningar vid offentlig upphandling. Ordförande i Konkurrenskommissionen är f.d. stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderoth. Övriga ledamöter är f.d. regeringsrådet Sigvard Berglöf, civilekonomen Patrik Engellau, professorn i handelsrätt Erik Nerep, samt juristen och experten på konkurrensfrågor Lennart Palm.

Konkurrenskommissionen har verkat sedan 1994 och hittills avgjort över 500 ärenden avseende frågor om offentlig upphandling.

I remissyttrandet avses med LOU lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och med LUF lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Med klassiska upphandlingsdirektivet avses Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster och med försörjningsupphandlingsdirektivet avses 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.

1. Sammanfattning

Konkurrenskommissionen avstyrker promemorians förslag om införande av Teckal-undantag i LOU samt förordar att regeringen ytterligare analyserar bland annat det s.k. kontrollrekvisitets förenlighet med svensk associationsrätt, huvudsakligen aktiebolagslagen (2005:551) och de svenska aktiebolagens jämförelsevis självständiga ställning gentemot sina ägare. Behovet av ytterligare analys framstår som särskilt angeläget i belysning av EG-domstolens nyligen meddelade dom i det s.k. SEA-målet (C-537/07)¹ och de särskilda överväganden som domstolen där redovisar.

Kommissionen menar att ytterligare utredning och analys fordras också i fråga om centrala statliga myndigheters föreslagna tillämpning av Teckal-undantag i förhållande till Världshandelsorganisationens (WTO) handelsavtal för den globala handeln, General Agreement on Tariffs and Trade

¹ Se EG-domstolens dom av den 10 september 2009 i mål C-537/07, SEA, REG 2009, s. I-0000 jämte domstolens dom av den 6 april 2006 i mål C-410/04, ANAV, REG 2006, s. I-3303.

(GATT) jämte det i avtalet intagna protokollet för offentlig upphandling General Procurement Agreement (GPA). Utredning och analys fordras även av om möjligheten till Teckal-undantag enligt EG-rätten verkligen kan anses omfatta avtal som ingås mellan två eller flera offentligt styrda organ (exempelvis offentligt ägda eller styrda bolag) samt av förslagets konsekvenser i statstödshänseende, bl.a. med beaktande av de s.k. Altmark-kriterierna.²

Slutligen ifrågasätter Konkurrenskommissionen det samhällsekonomiskt lämpliga i att inskränka konkurrensen på ett så centralt ekonomiskt betydelsefullt område som kommunal avgifts- eller taxefinansierad verksamhet.

2. Konkurrenskommissionens synpunkter

EG-domstolen har i den s.k. Teckal-domen (C-107/98)³ konstaterat att direktiven om offentlig upphandling jämte de allmänna principer om bland annat likabehandling och icke-diskriminering samt öppenhet (transparens) som följer av fördraget, artiklarna 12 EG, 43 EG och 49 EG som huvudregel ska tillämpas 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. Dock anger domstolen att sådan skyldighet inte föreligger för det fall att den lokala myndigheten, samtidigt, utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den.

Detta s.k. Teckal-undantag har senare varit föremål för tolkning och ytterligare utvidgning, hittills genom totalt 16 avgöranden av EG-domstolen. Bland annat har domstolen uttalat sig om undantagets tillämplighet i fråga om avtal som ingås mellan upphandlande myndigheter och förvaltningsrättsligt reglerade samsamarbetsformer såsom kooperativa mellankommunala sammanslutningar (mål C-324/07, *Coditel Brabant*)⁴ samt interkommunal samverkan (mål C-480/06, *kommissionen mot Tyskland*)⁵.

2.1 Teckal i förhållande till kommunala aktiebolag

I fråga om avtal som ingås mellan upphandlande myndigheter och privaträttsligt organiserade associationer, såsom bolag i dess olika former, är domstolen emellertid inte lika tydlig. Detta kan ha sin grund i att det inte finns någon enhetlig europeisk bolagsform. Exempelvis kan aktiebolagslagsstiftningen innefatta skiftande inriktning och utformning i de olika medlemsländerna. I vissa medlemsstater, såsom exempelvis Sverige, är aktiebolag rent civilrättsligt reglerade och intar en gentemot sina ägare relativt självständig ställning. I andra länder finns det bolagsformer som är inrättade för drift i offentlig regi. Dessa kan i varierande grad innefatta förvaltningsrättsliga styrfunktioner vid sidan om de rent bolagsrättsliga. Kommunala ägare kan över sådana bolag utöva ett betydande direkt inflytande, vilket bland annat var fallet i det ovannämnda *SEA-avgörandet*¹.

EG-domstolen har återkommande konstaterat att Teckal-undantag i princip kan äga tillämpning även ifråga om aktiebolag som ägs helt av det allmänna.¹ Avgörande är vilken mån den

² Se EG-domstolens dom av den 24 juni 2003 i mål C-280/00, *Altmark Trans*, REG 2003, s. I-7747, pp. 88-95, samt domskälen p. 2.

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

⁴ EG-domstolens dom av den 13 november 2008 i mål C-324/07, *Coditel Brabant*, REG 2008, s. I-1000

⁵ EG-domstolens dom av den 9 juni 2009 i mål C-480/06, *kommissionen mot Tyskland*, REG. 2009, s. I-000.

upphandlande lokala myndigheten själv kan bestämma den juridiska personens strategiska mål och att myndigheten kan avgöra viktiga beslut samt att den juridiska personens huvudsakligen utövar verksamhet åt sina ägare eller medlemmar, och all annan verksamhet endast är av marginell karaktär.⁶

I fråga om kontrollrevisitets tolkning har avseende ett helägt kommunalt aktiebolag EG-domstolen, i målet *Parking Brixen (C-458/03)*,⁷ uttalat att redan karaktären av denna bolagstyp gör det osäkert om ägarkommunen kan anses utöva en tillräcklig kontroll över bolagets förvaltning för att Teckal-undantag ska kunna komma ifråga. Enbart den omständigheten att ägarkommunen har rätt att utnämna majoriteten av ledamöterna i bolagets styrelse och kan utöva sådan kontroll över bolagets förvaltning som normalt enligt bolagsrätten medges majoriteten av aktieägare medför nämligen inte att kontrollrekvisitet enligt domstolen kan anses uppfyllt.

Till detta synsätt återkommer domstolen i ett antal senare avgöranden, nu senast i det ovan omtalade s.k. *SEA-avgörandet* från den 10 september i år.¹ Där upprepar domstolen sin tidigare slutsats, att det vid sidan om bolagets ordinarie styrorgan måste finnas en organisation som säkerställer att ägarna kan utöva ett bestämmande inflytande i fråga om bolagets strategiska mål som för bolaget viktiga beslut. I det aktuella fallet hade bolagsstyrelsens utrymme för självständigt beslutsfattande i ett kommunalt aktiebolag begränsats genom att betydande beslutsmakt överlämnats till ett antal fristående kommittéer där de olika delägarkommunerna, vid sidan om ordinarie bolagsorgan och oberoende av storleken av sitt aktieinnehav, utövade en direkt kontroll över bolaget.

Konkurrenskommissionen saknar i promemorian en djupare analys om på vilket sätt den föreslagna lagändringen överensstämmer med den svenska aktiebolagslagens reglering och i vad mån kommunala ägare av svenska aktiebolag över huvud taget i sina aktiebolag kan införa en organisation som tillförsäkrar dem, vid sidan om ordinarie bolagsstyrelse och stämma, ett direkt och bestämmande inflytande över bolagens strategiska mål och dess viktiga beslut.

Kommissionen menar att en dylik ordning med direkt ägarstyrning inte är möjlig i svenska aktiebolag. Detta kan anses väl illustrerat av den just nu pågående debatten om inriktningen av det statliga Apoteket AB. Olika former av ägarinstruktioner, såsom direktiv, riktlinjer m.m., vilka ägarna utfärdar har inte någon för bolaget och dess styrelse bindande effekt. Det enda sättet för ägare att i konflikt med bolagets styrelse genomdriva sin egen vilja är att ersätta styrelsens ledamöter samt hoppas på att den nya styrelsen är mer följsam i förhållande ägarnas synpunkter.

Ett annat exempel på ett bolags ohörsamhet gentemot av ägaren givna direktiv och riktlinjer är det helägda kommunala aktiebolaget Tekniska Verken i Linköping AB, vilket enligt sina statuter (bolagsordning och ägardirektiv)⁸ har att med iakttagande av de kommunala principerna, däribland den s.k. lokaliseringsprincipen, vara till nytta för kommuninvånarna och andra kunder i Linköping. Bolaget har således av sin ägare tydligt instruerats att med sin verksamhet hålla sig inom kommunens område och till dess medlemmar. Samtidigt berömmar sig bolaget om att var ett "regionalt företag" som bedriver verksamhet i ett 30-tal kommuner med att bl.a. ta om hand kommunernas avfall. Vad ägarkommunen mycket tydligt har instruerat bolaget i fråga om bl.a. lokaliseringsprincipen sätter sig bolaget således regelmässigt över. Bolagets i enlighet med

⁶ Se EG-domstolens dom av den 11 maj 2006 i mål C-340/04, *Carbotermo och Consorzio Alisei*, REG 2006, s. I-4137, p. 63.

⁷ EG-domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397, pp. 66-69

⁸ Se gällande bolagsordning samt Linköpings kommuns särskilda ägardirektiv för Tekniska Verken i Linköping AB (556004-9727) med dotterbolag.

statuterna otillåtna verksamhet och överträdelserna av bl.a. lokaliseringsprincipen har pågått under många år och förefaller på senare tid närmast öka i omfattning.

En lämpligare ordning än den i promemorian föreslagna är enligt Konkurrenskommissionens mening att regeringen ytterligare utreder kontrollrekvisitets förenlighet med svensk aktiebolagsrätt, för att senare eventuellt återkomma med ett nytt förslag om implementering av det s.k. Teckal-undantaget i LOU. Bland annat bör regeringen överväga införandet av en särskild bolagsform avsedd för verksamhet i offentlig regi.

2.2 Upphandling som genomförs av centrala statliga myndigheter och offentligt styrda organ

Av promemorian framgår att införande av Teckal-undantag i LOU ska omfatta avtal som sluts av *upphandlande myndigheter*. Möjligheten till undantag föreslås således för svenskt vidkommande inte begränsa sig enbart till avtal som ingås av *lokala myndigheter*, vilket EG-domstolen ursprungligen anger i Teckal- domen. Även avtal som ingås av *centrala statliga myndigheter* och av *offentligt styrda organ* ska kunna omfattas av promemorians förslag till Teckal-undantag. Konkurrenskommissionen saknar i promemorian en närmare analys av de konsekvenser som en sådan utvidgning av kretsen av undantagsberättigade kan komma att medföra.

Upphandlingsdirektivet och den svenska lagen om offentlig upphandling (LOU) skiljer mellan upphandling som genomförs av centrala statliga myndigheter samt övriga upphandlande myndigheter såsom *lokala myndigheter* (exempelvis landsting, kommuner etc.). Vilka statliga organ som i aktuellt hänseende ska anses utgöra centrala statliga myndigheter framgår bland annat av en förteckning i bilaga III till det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG). Den aktuella uppdelningen, som i allt väsentligt har betydelse i samband med tröskelvärdesberäkning (se 3 kap. 1 § LOU samt Regeringens tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling), torde ha sin förklaring i att centrala statliga myndigheter inte omfattas enbart av EG:s upphandlingsdirektiv utan även av Världshandelsorganisationens World Trade Organisation (WTO) handelsavtal för den globala handeln, General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) jämte det i avtalet intagna protokollet för offentlig upphandling General Procurement Agreement (GPA).

Till skillnad från sådan upphandling som regleras enbart genom EG:s upphandlingsdirektiv saknar EG-domstolen jurisdiktion i förhållande till GATT/GPA. Den av domstolen anvisade möjlighet till undantag som framgår av domstolens Teckal-avgörande kan således inte utan vidare utsträckas till att avse även centrala statliga myndigheter, utan att i så fall riskera att komma i konflikt med GATT/GPA. Konkurrenskommissionen efterlyser en särskild utredning och analys avseende detta förhållande innan föreslagna lagstiftningsåtgärder vidtas.

Även *offentligt styrda organ*, d.v.s. sådana offentligt ägda eller styrda bolag m.m. som omfattas av upphandlingsskyldighet enligt LOU och det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG), kommer i enlighet med lagändringsförslagets ordalydelse att omfattas av möjligheten till Teckal-undantag, eftersom de enligt LOU och direktivet omfattas av samlingsbeteckningen "upphandlande myndighet". Även denna ordning framstår som problematisk i gemenskapsrättsligt hänseende, särskilt i belysning av försörjningsupphandlingsdirektivets (2004/17/EG) och LUF:s detaljerade undantagsföreskrifter om avtal mellan anknutna företag (se 2 kap. 2 § LUF), vilka knappast hade behövts om Teckal-undantag omfattar även avtal mellan koncernbolag. Även denna fråga behöver ytterligare belysas innan föreslagna lagstiftningsåtgärder vidtas.

2.3 EG:s statsstödsbestämmelser

I sammanhanget erinras om att i fråga om vissa värdemässigt omfattande kontrakt, exempelvis större renhållningsentreprenader eller avfallsförbränningsavtal, riskerar tillämpningen av Teckal-undantag komma i konflikt med EG:s statsstödsbestämmelser i nuvarande artiklarna 87 EG och 88 EG. En viktig förutsättning för att statsstödsbestämmelserna inte ska aktualiseras på sådana avtal är nämligen att förekommande vederlag ur allmänna medel till företag som bedriver ekonomisk verksamhet (även om företagen i sig är offentligt ägda) ska beräknas på marknadsmässiga villkor. Enbart i fråga om företag som överhuvudtaget inte är verksamma med någon verksamhet på den allmänna marknaden, utan bara betjänar sina ägare med varor, tjänster eller byggtreprenader, torde annat kunna tänkas gälla.

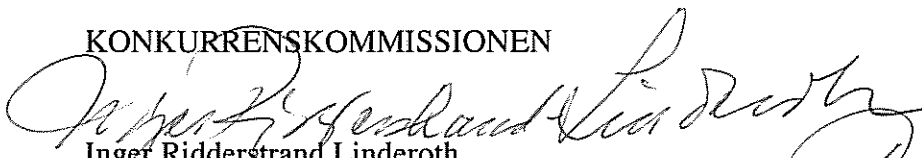
I den s.k. *Altmark-domen* (C-280/00)² anger EG-domstolen att när ett företag som ges ansvaret för att tillhandahålla allmännyttiga tjänster i ett konkret fall inte valts ut efter ett offentligt upphandlingsförfarande, som gör det möjligt att välja den anbudsgivare som kan tillhandahålla dessa tjänster till den lägsta kostnaden för det allmänna, ska storleken av ersättningen fastställas på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag, som är utrustat med erforderlig produktionskapacitet, skulle ha åsamkats vid fullgörandet av tjänsterna, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid skulle ha erhållits och till en rimlig vinst på grund av fullgörandet av tjänsterna.

Har ett offentligt upphandlingsförfarande av något skäl inte tillämpats ska således grunderna för ersättning m.m. fastställas med ledning av ett benchmarkingförfarande, vilket garanterar att det mottagande företaget inte erhåller högre ersättning än vad ett genomsnittligt och välskött företag kan behöva för att täcka sina kostnader och få en rimlig vinst. Denna aspekt på Teckal och EG:s statsstödsbestämmelser behöver ytterligare belysas innan föreslagna lagstiftningsåtgärder vidtas.

2.4 Samhällsekonomiska aspekter

Slutligen ifrågasätter Konkurrenskommissionen det samhällsekonomiskt lämpliga i att inskränka konkurrensen på ett så centralt ekonomiskt betydelsefullt område som kommunal avgifts- eller taxefinansierad verksamhet. En nyligen presenterad utredning, den s.k. Nils Holgersson rapporten, visar att kostnaderna för kommunal taxefinansierad verksamhet under perioden 2005 till och med 2008 har ökat med i genomsnitt 5,4 procent per år, medan motsvarande genomsnittliga kostnadsutveckling i samhället (KPI) i allmänhet uppgår till c:a 0,4 procent per år. Det kan säkert anföras flera skäl till det höga kostnadsläget, ökade miljökrav införande av olika miljöavgifter m.m., men det ligger nära till hands att också misstänka att avsaknaden av en väl fungerande konkurrens redan nu utgör en kostnadsdrivande faktor. Det föreligger mot denna bakgrund inte skäl att försämra konkurrensen genom att ytterligare befästa stora kommunala bolagsmonopol.

KONKURRENSKOMMISSIONEN


Inger Ridderstrand Linderoth
/ordförande/


Pär Cronhult
/föredragande/