



PM 2011: RI (Dnr 001-1164/2011)

Offentlig upphandling från eget företag?!- och vissa andra frågor (SOU 2011:43)

Remiss från Finansdepartementet

Remisstid 9 september 2011

Borgarrådsberedningen föreslår att kommunstyrelsen beslutar följande.

1. Som svar på remissen ”Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor” (SOU 2011:43) hänvisas till vad som sagts i denna promemoria.
2. Beslutet i ärendet justeras omedelbart.

Föredragande borgarrådet Sten Nordin anför följande.

Ärendet

Utredningen om offentliga företag – upphandling, kontroll, insyn, den s.k. OFUKI-utredningen, föreslår att permanenta bestämmelser ska införas i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, om undantag från upphandlingsskyldighet i enlighet med EU-domstolens praxis om de s.k. Teckal-kriterierna. Bestämmelserna innebär bland annat att staten, kommuner och landsting kan anskaffa varor och tjänster med mera från egna företag utan skyldighet att först genomföra en offentlig upphandling. En förutsättning är att vissa villkor avseende kontroll och verksamhet är uppfyllda i enlighet med EU-domstolens praxis.

Undantaget omfattar inte anskaffning som görs inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation i andra fall än då anskaffningen förs i rakt nedåt- eller uppåtstigande led.

Utredningen föreslår också att bestämmelserna om kommunala företag i kommunallagen (1991:900), KL, ska kompletteras i vissa avseenden. Fullmäktige får enligt förslaget bland annat skyldighet att se till att vissa frågor regleras i bolagsordningen för kommunala aktiebolag, däribland det kommunala ändamål som fastställts för verksamheten liksom de kommunala befogenheter som gäller för denna. Styrelsens uppsiktsplikt över kommunala aktiebolag föreslås också kompletteras med skyldighet att i årliga beslut för varje bolag ta ställning till om verksamheten varit förenlig med fastställt kommunalt ändamål och de kommunala befogenheterna.

Vidare föreslår utredningen att kommuner och landsting ska ges möjlighet att delegera beslutanderätt i upphandlingar vid anlitan av s.k. inköpscentraler såsom ombud. Nya bestämmelser föreslås i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter.

Bestämmelserna föreslås träda i kraft den 1 januari 2013. Vissa övergångsbestämmelser föreslås.

Beredning

Ärendet har remitterats till stadsledningskontoret.

Stadsledningskontoret anser att lagstiftningen bör utformas på ett annat sätt än utredningen föreslår, så att svensk rätt istället överensstämmer med EU-rätten i detta fall. Rätten att ha bolag är kodifierad i kommunallagen. Den kommunala självstyrelsen är grundlagsfäst och den finns även erkänd i Lissabonfördraget. Enligt stadsledningskontorets uppfattning skulle det strida mot kommunernas rätt att organisera sig att förbjuda koncerninterna köp. Om utredningens förslag blir verklighet kommer det med all sannolikhet att innebära att kommuner och landsting i stor utsträckning kommer att bli tvungna att avbolagisera sina verksamheter. Detta eftersom undantaget inte omfattar anskaffning som görs inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation i andra fall än då anskaffningen förs i rakt nedåt- eller uppåtstigande led.

Stadsledningskontoret har inget att invända mot utredningens förslag att det införs bestämmelser i kommunallagen om att fullmäktige ska se till att det i bolagsordningen för aktiebolag där kommunen direkt eller indirekt innehar samtliga aktier anges det kommunala ändamålet med bolagets verksamhet liksom de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten i fråga samt att det i bolagsordningen finns en föreskrift om att fullmäktige får ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas.

Stadsledningskontoret avstyrker förslaget att kommunstyrelsen i årliga beslut för varje kommunalt aktiebolag ska ta ställning till om företagets verksamhet har utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna och om verksamheten varit förenlig med det av fullmäktige fastställda kommunala ändamålet med verksamheten.

Stadsledningskontoret ser positivt på att en möjlighet till delegation av beslutanderätt till anställda i inköpscentraler införs.

Mina synpunkter

Den nya lagstiftningen måste utformas på ett annat sätt än vad utredningen föreslår och istället harmonisera med EU-rätten. Utredningens förslag skulle med all sannolikhet innebära att kommuner och landsting i stor utsträckning kommer att bli tvungna att avbolagisera sina verksamheter. För Stockholms stads del skulle konsekvenserna bli såväl mycket omfattande som kostsamma och ineffektiva till nackdel ytterst för skattebetalarna. Sveriges kommuner har enligt lag skydd för att organisera verksamheten såsom de önskar, varför denna tilltänkta lagstiftning strider mot det kommunala självstyret.

Förslaget är motsägelsefullt när det vill tillåta att kommunala bolag får köpa varor och tjänster av kommunen, men inte att systerbolag inom samma koncern får köpa av varandra.

Stockholms stad har en önskan att kunna organisera stödfunktioner, t.ex. lönehandling, ekonomihantering och upphandlingssupport, på ett så effektivt sätt som möjligt inom koncernen. Denna möjlighet begränsas om inte staden kan organisera detta på ett valfritt sätt. Bolagen inom koncernen kommer exempelvis inte att kunna köpa IT-tjänster av S:t Erik Kommunikation AB. Förslaget om att kommunstyrelsen i årliga beslut för varje kommunalt aktiebolag ska ta ställning till om företagets verksamhet har utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna och om verksamheten

varit förenlig med det av fullmäktige fastställda kommunala ändamålet med verksamheten avstyrks. Bolagen är redan föremål för en effektiv granskning. Dess syfte uppnås i tillräcklig grad av det regelverk som redan finns.

I övrigt hänvisar jag till stadsledningskontorets tjänsteutlåtande.

Jag föreslår att borgarrådsberedningen föreslår att kommunstyrelsen beslutar följande.

1. Som svar på remissen ”Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor” (SOU 2011:43) hänvisas till vad som sagts i denna promemoria.
2. Beslutet i ärendet justeras omedelbart.

Stockholm den 25 augusti 2011

STEN NORDIN

Bilaga

Betänkandet ”Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor” (SOU 2011:43), sammanfattning

Borgarrådsberedningen tillstyrker föredragande borgarrådets förslag.

ÄRENDET

Undantag från upphandlingskyldighet i in house-situationer - utredningens förslag
OFUKI-utredningen föreslår att permanenta bestämmelser om undantag från upphandlingskyldighet införs i LOU. Bestämmelserna innebär att en upphandlande myndighet inte behöver genomföra en offentlig upphandling när den anskaffar t.ex. varor eller tjänster från en juridisk person som myndigheten helt eller delvis innehar eller är medlem i. Det kan till exempel avse anskaffning från ett aktiebolag eller ett kommunalförbund. Även anskaffning från en gemensam nämnd kan omfattas av undantaget.

Det föreslagna undantaget gäller också anskaffning i omvänd riktning, dvs. anskaffning som görs av den juridiska personen eller den gemensamma nämnden från den upphandlande myndigheten. Däremot omfattar undantaget inte anskaffning som görs inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation i andra fall än då anskaffningen görs i rakt nedåt- eller uppåtstigande led.

En förutsättning för att undantaget ska vara tillämpligt är att två villkor är uppfyllda. Dessa har sin direkta motsvarighet i EU-domstolens praxis om det s.k. in house-undantaget och villkoren för detta, de s.k. Teckal-kriterierna (kontroll- och verksamhetskriterierna). Villkoren innebär att den upphandlande myndigheten ska utöva en kontroll över leverantören som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning. Vidare får verksamhet som leverantören utför tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten endast vara av marginell karaktär.

Utredningen föreslår att bestämmelserna ska träda i kraft den 1 januari 2013 och att de ska tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet.

Kommunalrättsliga principer och de kommunala företagen - utredningens förslag
OFUKI-utredningen föreslår att bestämmelserna om kommunala företag i KL ska kompletteras i vissa avseenden beträffande fullmäktiges och styrelsens skyldigheter. Fullmäktige i en kommun eller ett landsting som lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier ska enligt dagens regler bl.a. fastställa det kommunala ändamålet med bolagets verksamhet och se till att få ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas. OFUKI-utredningen föreslår att fullmäktige också ska se till att det fastställda kommunala ändamålet med bolagets verksamhet anges i bolagsordningen liksom de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten i fråga. Vidare föreslår utredningen att fullmäktige ska se till att det i bolagsordningen finns en föreskrift om att fullmäktige får ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas. Någon ändring av i vilken grad de kommunalrättsliga principerna ska göras bindande för kommunala aktiebolag är inte avsedd. Ändringen avser endast det sätt på vilket bundenheten ska åstadkommas. Utredningen konstaterar att lekmanarevisorernas granskning bl.a. omfattar att bolagsordningen inte överskrids. Granskningen kommer därmed inbegripa de förhållanden som enligt utredningens förslag ska tas in i bolagsordningen.

I utredningen anges att avgörande för preciseringen av de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten i ett enskilt fall är föremålet för bolagets verksamhet. Det kan vara såväl kompetensbegränsande principer, t.ex. förbudet mot spekulativ verksamhet och lokaliseringsprincipen som principer som begränsar på vilket

sätt kompetenslig verksamhet får bedrivas, t.ex. självkostnadsprincipen och likställighetsprincipen. I utredningen anges vidare att för bolag vars verksamhet är sådan att det inte gäller något undantag från de kommunalrättsliga principerna kan det vara tillräckligt att det i bolagsordningen tas in en bestämmelse med innehållet att de kommunalrättsliga principerna enligt 2 kap. KL och 8 kap. 3 c § KL (självkostnadsprincipen) ska tillämpas av bolaget, utöver en föreskrift om syftet med verksamheten.

Förslaget innebär vidare att kommun- respektive landstingsstyrelsen i årliga beslut för varje kommunalt aktiebolag ska ta ställning till om företagets verksamhet har utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna. När fullmäktige har fastställt ett kommunalt ändamål med verksamheten ska styrelsen, enligt förslaget, även ta ställning till om verksamheten har varit förenlig med detta ändamål. Styrelsens beslut ska enligt utredningens förslag lämnas över till fullmäktige samtidigt med årsredovisningen för samma kalenderår.

Utredningen föreslår att styrelsen, om det saknas förenlighet i något avseende som nu angetts, ska lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder. Styrelsen ska även lämna sådana förslag till fullmäktige om det framkommit att det kommunala ändamål med aktiebolagets verksamhet som fastställts av fullmäktige inte är förenligt med de kommunala befogenheterna. OFUKI-utredningen föreslår också att styrelsen vid behov även ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de krav som anges i KL beträffande kommunala aktiebolag är uppfyllda.

Genom att styrelsen ska fatta beslut om sitt ställningstagande kommer uppsiktsplikten leda fram till beslut som kan bli föremål för laglighetsprövning enligt 10 kap. KL.

Utredningen föreslår att bestämmelserna ska träda ikraft den 1 januari 2013.

Överföring av rätten att fatta upphandlingsbeslut från kommuner och landsting - utredningens förslag

OFUKI-utredningen föreslår att nämnder i kommuner, landsting och kommunalförbund ska ges möjlighet att delegera rätten att fatta upphandlingsbeslut till personer utanför den egna organisationen. Delegationsmöjligheten avser sådana fall då en nämnd anlitar en s.k. inköpscentral för att medverka i en upphandling såsom ombud. Nämnden får då enligt förslaget delegera beslutanderätt till anställda i centralen. Enligt förslaget får beslutanderätten inte delegeras i vissa ärenden, bland annat sådana som avser verksamhetens mål, inriktning, omfattning eller kvalitet.

BEREDNING

Ärendet har remitterats till stadsledningskontoret.

Stadsledningskontoret

Stadsledningskontorets tjänsteutlåtande daterat den 21 juni 2011 har i huvudsak följande lydelse.

Undantag från upphandlingsskyldighet i in house-situationer

Stadsledningskontoret välkomnar att ett permanent undantag från upphandlingsskyldighet enligt EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna införs i LOU. Stadsledningskontoret anser dock att lagstiftningen bör utformas på ett annat sätt än utredningen föreslår.

Utredningen redogör för två alternativa sätt att implementera Teckal-kriterierna. Enligt det första alternativet skulle bestämmelsen vara inriktad på att begreppet kontrakt i LOU skulle ges samma innebörd som i de EU-rättsliga direktiven och man skulle enligt det andra alternativet konkretisera förutsättningarna för då ett kontrakt inte uppkommer enligt EU-rätten. Det första alternativet skulle innebära en fullständig överensstämmelse mellan det svenska begreppet kontrakt och direktivets motsvarande begrepp. Den svenska lagtexten skulle inbegripa dels situationer på vilka Teckal-kriterierna kan tillämpas enligt EU-domstolens hittillsvarande praxis, dels eventuella situationer på vilka kriterierna kan tillämpas enligt framtida avgöranden av domstolen. Det andra alternativet innebär en kodifiering av Teckal-kriterierna med den preciseringen att dessa endast kan tillämpas av vissa upphandlande myndigheter gentemot vissa slags leverantörer.

Utredningen har valt att föreslå att Teckal-kriterierna implementeras enligt det senare alternativet. Detta innebär att man föreslår att en kommun får köpa varor och tjänster av sina dotterbolag utan upphandling, givetvis under förutsättning att kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda. Man föreslår också att kommunala bolag ska ha rätt att köpa varor och tjänster från sina dotterbolag och från kommunen. Detta är en utvidgning i förhållande till vad som gäller enligt den idag gällande temporära lagstiftningen. Systerbolag inom en kommun-koncern kommer inte att ha motsvarande rätt.

Enligt stadsledningskontoret är det mycket olyckligt att svensk rätt inte utformas på ett sätt som helt överensstämmer med EU-rätten. Detta innebär att vi riskerar att hamna i den situationen att varje gång det kommer nya domar från EU-domstolen måste vi i Sverige genomföra lagändringar om vi vill att svensk rätt ska överensstämma med EU-rätten. Med tanke på att rättsutvecklingen på området är snabb och omfattande riskerar vi i Sverige att snart vara ur fas med vad som gäller i övriga Europa. Enligt stadsledningskontoret blir Sverige inte en ”fullvärdig EU-medlem” om vi inte ser till att svensk rätt helt följer EU-rätten. Vi kan i Sverige inte bidra till rättsutvecklingen i Europa om vi har en egen lagstiftning och på sikt kommer det att bli stora problem att tolka vad som gäller i Sverige när vi dels har egna domar som tolkar LOU, dels har EU-domstolsdomar som tolkar direktiven. Risken för att Sverige kommer att göra sig skyldigt till fördragsbrott ökar också. Jörgen Hettne anger i sitt utlåtande till utredningen: ”Från EU-rättslig utgångspunkt är det därvid av synnerlig vikt att kriterierna överensstämmer med EU-domstolens rättspraxis och fortsätter att tillämpas i enlighet med denna i framtiden.” Han, som expert på EU-rätt, poängterar således vikten av att vi följer EU-rätten.

Förslaget är också inkonsekvent när det vill tillåta att kommunala bolag får köpa varor och tjänster av kommunen men inte att systerbolag inom samma koncern får köpa av varandra. Ingen av dessa situationer har prövats av domstolen men utredaren anser att det finns övervägande skäl för att tolka EU-rätten så att de första situationerna är tillåtna med inte de andra. Enligt stadsledningskontoret föreligger starka skäl för att båda situationerna skulle vara tillåtna enligt EU-rätten. Den uppfattningen synes även Jörgen Hettne och Daniel Stattin ge uttryck för i sina utlåtanden till utredningen. Med en lagstiftning utformad så att vi alltid är i fas med EU-rätten skulle dessa problem undanröjas. Det blir då upp till varje upphandlande myndighet att tolka EU-rätten inför varje upphandling. Att i svensk lagstiftning förbjuda det som inte prövats hittills är mycket olyckligt.

Kommunala bolag har funnits länge och kommuner och landsting äger tillsammans ett mycket stort antal bolag. Rätten att ha bolag är kodifierad i kommunallagen. Den kommunala självstyrelsen är grundlagsfäst och den finns även erkänd i Lissabonfördraget. Enligt stadsledningskontorets uppfattning skulle det strida mot kommunernas rätt att organisera sig att förbjuda koncerninterna köp. Om utredningens förslag blir verklighet kommer det med all sannolikhet att innebära att kommuner och landsting i stor utsträckning kommer att bli tvungna att avbolagisera sina verksamheter. Detta blir både kostsamt och ineffektivt till nackdel ytterst för skattebetalarna. Det är viktigt att poängtera att den bolagisering som skett inom Stockholms kommun motiverats av effektivitet, vilket säkert också är fallet i andra kommuner och i landstingen. Det är inte rimligt att en ändring i LOU får omfattande avbolagiseringar

som följd. Om avsikten varit att se över kommunernas möjligheter att organisera sina verksamheter i bolag måste detta, enligt stadsledningskontoret, utredas särskilt och inte bli en bieffekt av en ändring i LOU.

För Stockholms del skulle konsekvenserna av om lagstiftningsförslaget genomförs bli omfattande. Staden har t ex en önskan att kunna organisera stödfunktioner, t ex lönehantering, ekonomihantering och upphandlingssupport, på ett så effektivt sätt som möjligt. Denna möjlighet begränsas om inte staden kan organisera detta på ett valfritt sätt inom koncernen. Bolagen inom koncernen kommer inte att kunna köpa IT-tjänster av S:t Erik Kommunikation AB eller försäkringar av S:t Erik Försäkring AB och S:t Erik Livförsäkrings AB kommer inte att kunna förvalta bolagens pensionsskulder. Utredaren har under utredningen informerats om konsekvenserna av den föreslagna lagstiftningen och dessa finns beskrivna i utredningen.

I övrigt hänvisar stadsledningskontoret till det särskilda yttrande till utredningen som Lena Dalman avgett.

Kommunalrättsliga principer och de kommunala företagen

Stadsledningskontoret har inget att invända mot utredningens förslag att det införs bestämmelser i kommunallagen om att fullmäktige ska se till att det i bolagsordningen för aktiebolag där kommunen direkt eller indirekt innehar samtliga aktier anges det kommunala ändamålet med bolagets verksamhet liksom de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten i fråga samt att det i bolagsordningen finns en föreskrift om att fullmäktige får ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas.

Stadsledningskontoret avstyrker förslaget att kommunstyrelsen i årliga beslut för varje kommunalt aktiebolag ska ta ställning till om företagens verksamhet har utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna och om verksamheten varit förenlig med det av fullmäktige fastställda kommunala ändamålet med verksamheten. Bolagen är redan föremål för en effektiv granskning av kommunstyrelsen genom dess uppsiktsplikt enligt 6 kap 1 § andra stycket KL och av de av fullmäktige utsedda lekmannarevisorerna. Lekmannarevisorernas granskning omfattar, utöver verksamhets- och redovisningsrevision enligt 9 kap 9 § KL, också prövning av om beslut och åtgärder överensstämmer med lag och förordning, avtal och andra föreskrifter. Som konstateras i utredningen kommer granskningen även omfatta de förhållanden som enligt utredningens förslag ska tas in i bolagsordningen. I Stockholm blir bolagen dessutom föremål för granskning av moderbolaget i koncernen. Moderbolaget har ansvar för styrning och uppföljning av dotterbolagens verksamhet utifrån kommunfullmäktiges inriktningsmål och direktiv. Personalunion råder mellan kommunstyrelsen och koncernstyrelsen på ordförande- och vice ordförandeposten vilket innebär att kommunstyrelsen har full insyn i bolagens verksamhet. Kommunfullmäktiges årliga beslut om budget och ägardirektiv för bolagen kan därutöver bli föremål för laglighetsprövning enligt 10 kap KL. Utredningens förslag kommer att medföra en omfattande administration med ökade kostnader som följd som skattebetalarna ytterst får bära. De negativa konsekvenserna av förslaget står inte i proportion till ändamålet med ändringarna. Dess syfte uppnås i tillräcklig grad av det regelverk som redan finns.

Överföring av rätten att fatta upphandlingsbeslut från kommuner och landsting

Stadsledningskontoret ser positivt på att en möjlighet till delegation av beslutanderätt till anställda i inköpscentraler införs. Allt som underlättar upphandlingsförfarandet välkomnas.