

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2012-02-29

Närvarande: F.d. justitierådet Bo Svensson och f.d. regeringsrådet Leif Lindstam samt justitierådet Per Virdesten.

Offentlig upphandling från eget företag – och vissa andra frågor

Enligt en lagrådsremiss den 16 februari 2012 (Finansdepartementet) har regeringen beslutat att inhämta Lagrådets yttrande över 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.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av kanslirådet Klara Cederlund och kanslirådet Petra Jansson.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

Förslaget till lag om ändring i kommunallagen

3 kap. 17 §

Lagrådet föreslår att första stycket 2 förtydligas genom att ges följande lydelse:

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

6 kap. 1 a §

Lagrådet föreslår att paragrafen förtydligas genom att ges följande lydelse:

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.

Förslaget till lag om ändring i lagen om offentlig upphandling

Inledande synpunkter

I remissen föreslås bl.a. att en bestämmelse ska införas i lagen om offentlig upphandling (LOU) som uttryckligen gör det möjligt för en upphandlande myndighet att sluta avtal med en sådan juridisk person eller en sådan gemensam nämnd enligt kommunallagen, över vilken myndigheten utövar kontroll, utan att iakttä bestämmelserna i

LOU. En tidsbegränsad bestämmelse i samma ämne ska samtidigt utgå.

Förslaget innebär att de förutsättningar för en sådan fri upphandling som EU-domstolen angett i domen den 18 november 1999 i mål C-107/98 (den s.k. Teckal-domen) tas in i LOU utan tidsbegränsning.

Detta resultat uppnås genom att det anges att ett avtal mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd inte ska anses som ett kontrakt enligt LOU. Förutsättning för att så ska vara fallet är att de två villkor är uppfyllda som EU-domstolen angett i Teckal-domen, nämligen dels att den upphandlande myndigheten utövar 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 eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den.

Teckal-domen har följts av åtskilliga domar från EU-domstolen som bekräftar och i någon mån förtydligar det undantag från upphandlingsbestämmelserna som formulerats i den domen. I remissen anges det fortfarande kvarstå oklarheter vid rättstillämpningen. Det gäller frågan om upphandlingsskyldighet föreligger mellan enheter inom samma juridiska person. Inte heller har domstolen uttryckligen behandlat frågan om anskaffning som görs av upphandlande myndigheter och upphandlande enheter som är offentligt styrda organ men inte offentliga myndigheter. EU-domstolen har inte heller gjort något direkt uttalande om betydelsen av att anskaffning sker indirekt, t.ex. från ett aktiebolag som ägs av ett av den upphandlande myndigheten ägt bolag. Rättsläget anges vidare vara oklart när det gäller anskaffning som en fristående men av en myndighet kontroller-

rad enhet gör från myndigheten och när det gäller transaktioner inom koncerner eller koncernliknande organisationer.

Som nyss framgått finns det fortfarande oklarheter beträffande den rätta innebörden av unionsrätten och i remissen anges korrekt att det oklara rättsläget blir en fråga för rättstillämpningen och ytterst för EU-domstolen. Genom att utforma undantaget från upphandlingsskyldigheten i enlighet med de kriterier som angetts i Teckal-domen konstateras i remissen att den svenska lagstiftningen kommer att vara lika oklar som EU-domstolens praxis.

Frågan om undantag från upphandlingsskyldighet vid intern anskaffning är visserligen en viktig men ändå mycket liten del av hela regelverket för offentlig upphandling. Det är enligt Lagrådets mening mycket otillfredsställande att det fortfarande många år efter den grundläggande Teckal-domen år 1999 återstår så många oklarheter vid tillämpningen på detta område. Oklarheterna leder till bristande förutsebarhet och rättsosäkerhet.

Genom att i den föreslagna bestämmelsen återge endast de två förutsättningar som framgår av Teckal-domen och inte ta ställning till de oklara frågor som fortfarande kvarstår överlämnas åt myndigheter, andra aktörer på upphandlingsområdet och domstolar att tolka regelverket. Enligt Lagrådets mening synes en del av dessa oklarheter mera bero på att EU-domstolen (ännu) inte uttalat sig i frågan än på att det skulle vara tveksamt om en viss tillämpning står i överensstämmelse med direktivet och de grundläggande principerna bakom regelverket om den offentliga upphandlingen. Det framgår också av remissen att kommissionen inlett ett arbete med nya upphandlingsdirektiv och att flera av de frågor som nu betecknats som oklara behandlas i det arbetet.

Lagrådet anser att det i det fortsatta beredningsarbetet bör övervägas att fylla ut lagtexten så att oklarheterna så långt möjligt elimineras.

2 kap. 10 a §

Paragrafen reglerar det förhållandet att en upphandlande myndighet sluter avtal med en sådan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen över vilken den upphandlande myndigheten utövar kontroll. Som förutsättning för att det avtal som sluts mellan parterna inte ska utgöra ett kontrakt enligt LOU föreskrivs i punkt 2 att den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den (verksamhetskravet). Uttrycket "huvuddelen av sin verksamhet" är det som användes i Teckaldomen.

I den temporära lagstiftning som infördes genom lagen (2010:569) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling formulerades verksamhetskravet på förslag av Lagrådet så att i paragrafen anges att undantaget från skyldigheten att genomföra en upphandling förutsätter att verksamhet som den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten får vara av endast marginell karaktär.

Som Lagrådet anförde (prop. 2009/10:134 s. 69) torde i vanligt språkbruk med "huvuddelen" närmast avses mer än hälften av verksamheten. Detta skulle innebära att en juridisk person eller en gemensam nämnd som står under kontroll av en upphandlande myndighet skulle kunna bedriva bortåt hälften av sin verksamhet tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten.

Även om den utåtriktade verksamheten omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling förefaller det som om EU-domstolen ansett att all annan verksamhet som utövas åt annan än den upphandlande myndigheten får vara av endast "marginell" karaktär (se domen den 11 maj 2006 i mål C-340/04, Carbotermo, punkt 63).

Med hänvisning till vad som nu har anförts förordar Lagrådet att punkt 2 i paragrafen ges följande lydelse:

2. den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den och i endast marginell omfattning bedriver sin verksamhet tillsammans med någon annan.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Lagen föreslås träda i kraft den 2 januari 2013. I författningskommentaren anges att det av lagen (2010:570) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling följer att det nuvarande temporära undantaget i 2 kap. 10 a § ska upphöra att gälla den 1 januari 2013. Detta innebär enligt Lagrådets mening att undantaget fr.o.m. den 1 januari 2013 inte längre gäller. Den nu föreslagna lagen bör därför sättas i kraft den 1 januari 2013.

Förslaget till lag om ändring i lagen om vissa kommunala befogenheter

6 kap. 4 §

Enligt paragrafens andra stycke ska uppdrag enligt första stycket inte få lämnas i de fall som avses i 6 kap. 34 § kommunallagen (1991:900). Stycket utgör alltså ett undantag från delegeringsmöjligheten i första stycket. I den angivna paragrafen i kommunallagen anges att beslutanderätten inte får delegeras i ett antal närmare

angivna slag av ärenden, bl.a. ärenden som avser verksamhetens mål, inriktning, omfattning och kvalitet. Eftersom t.ex. kvaliteten i en upphandlad vara eller tjänst många gånger kan vara mycket viktig kan den föreslagna regleringen skapa osäkerhet om räckvidden av undantaget i det föreslagna andra stycket. Det torde emellertid stå klart att undantaget knappast tar sikte på t.ex. kvaliteten i den upphandlade varan eller tjänsten. Över huvud taget är det tveksamt om de undantag från delegeringsmöjligheten som anges i 6 kap. 34 § kommunallagen kan bli aktuella i ett upphandlingsärende. Lagrådet vill därför sätta ifråga om andra stycket fyller någon funktion.

Övrigt lagförslag

Lagrådet lämnar förslaget utan erinran.