

Kommittédirektiv

Kommunala företag



Dir.
2009:81

Beslut vid regeringssammanträde den 3 september 2009

Sammanfattning av uppdraget

En särskild utredare ska analysera om det finns ett behov av ett generellt eller sektoriellt undantag från kravet på att stat, kommuner och landsting ska vara skyldiga att tillämpa lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, när de anskaffar varor eller tjänster från företag som de helt eller delvis innehar eller är medlemmar i. För det fall utredaren finner att ett undantag bör införas ska det motsvara den EG-rättsliga praxis i form av de s.k. Teckal-kriterierna som utvecklats av EG-domstolen. Utredaren ska vidare analysera om det finns behov av ett sådant undantag i fråga om kommunal samverkan i offentligrättslig form eller om det finns behov av särskilda undantagsbestämmelser för sådana samverkansformer. Om utredaren finner att undantag bör införas ska utredaren lämna författningsförslag och förslag till andra eventuella åtgärder.

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

Uppdraget ska redovisas senast den 30 november 2010.

Bakgrund

Kommuner och landsting har sedan decennier tillbaka bedrivit olika typer av verksamhet i företag. Enligt 3 kap. 16 § kommunallagen (1991:900) har kommuner och landsting en rätt att överlämna handhavandet av kommunala angelägenheter till bl.a. aktiebolag och handelsbolag. Begreppet företag används i kommunallagen som ett samlingsbegrepp för näringsverksamhet som bedrivs i annan form. Möjligheten att använda företag gäller endast om det inte finns särskilda bestämmelser om hur verksamheten ska organiseras. Uppgifter som innefattar myndighetsutövning får endast överlämnas till ett företag om det finns särskilt stöd i lag för det.

I stort sett alla kommuner och landsting har någon verksamhet i bolagsform. För närvarande finns 1 622 aktiva hel- eller delägda företag med kommunalt ägande. Mycket stora värden finns i dag i den kommunala bolagssektorn. Verksamheten i dessa bolag omsätter drygt 145 miljarder kr och har cirka 45 000 anställda.

Över 300 kommunala företag är verksamma i energisektorn. En annan stor grupp företag avser fastighetssektorn. I stort sett alla kommuner har ett allmännyttigt bostadsbolag och många kommuner har det kompletterande ägandet av fastigheter i ett annat aktiebolag. På avfallsområdet finns både helägda aktiebolag och bolag som samägs av flera kommuner. Kommunala företag finns också i flera andra sektorer, t.ex. drivs flera stora sjukhus, bl.a. Danderyds sjukhus, i bolagsform.

Även staten är en stor ägare av företag. Mer än 200 000 personer arbetar i företag där staten helt eller delvis är ägare.

Det s.k. SYSAV-avgörandet

Stat, kommuner och landsting är skyldiga att tillämpa lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) vid upphandling från externa leverantörer. Lagen om offentlig upphandling bygger på EG-direktiv.¹ Det har både i Sverige och flera andra

¹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling

europiska länder rått en viss oklarhet om bl.a. kommuner är skyldiga att tillämpa ett upphandlingsförfarande när de anskaffar tjänster från sina hel- och delägda bolag. EG-domstolen har i mål C-107/98² (Teckal) slagit fast att en kommun får tilldela ett kontrakt till en fristående juridisk enhet utan föregående upphandling under förutsättning att kommunen dels har samma kontroll över den juridiska enhetens styrning som om verksamheten bedrevs i egen regi (kontrollkriteriet), dels anskaffar den absoluta merparten av den juridiska enhetens produktion (verksamhetskriteriet). De s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna brukar benämnas Teckal-kriterierna.

Regeringsrätten har emellertid i avgörandet i det s.k. SYSAV-målet (RÅ 2008 ref. 26) konstaterat att det aktuella EG-direktivet (92/50/EEG) inte utgör hinder mot nationell lagstiftning som innebär att företag som på visst sätt är knutna till en upphandlande enhet (och uppfyller de s.k. Teckal-kriterierna) utför uppdrag åt enheten utan iakttagande av direktivets bestämmelser. Då den nationella lagstiftningen i Sverige inte innehåller några sådana undantag från upphandlingsskyldigheten aktualiseras enligt Regeringsrättens mening inte frågan om tillämpning av Teckal-kriterierna.

Avgörandet i SYSAV-målet innebär att en kommun eller ett landsting inte kan ge exempelvis ett hel- eller delägt bolag ett uppdrag mot ersättning utan att uppdraget först konkurrensutsatts i en upphandling. Offentligt bedriven verksamhet i bolagsform måste således vara upphandlad.

av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 30.4.2004, s. 1, Celex 32004L0018), senast ändrat genom kommissionens förordning (EG) nr 2083/2005 (EUT L 333, 20.12.2005, s. 28, Celex 32005L2083).

² EG-domstolens dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal Srl mot Comune di Viano och Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia, REG 1999 s. I-8121.

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

Mot bakgrund av Regeringsrättens avgörande i SYSAV-målet har i departementspromemorian Upphandling från statliga och kommunala företag (Ds 2009:36) föreslagits att en ny bestämmelse införs i LOU som innebär att en upphandlande myndighet inte behöver tillämpa LOU när den anskaffar varor eller tjänster från en juridisk person (exempelvis ett aktieföretag, ett kommunalförbund eller en gemensam nämnd) som myndigheten helt eller delvis innehar eller är medlem i. Detta gäller dock endast under förutsättning att två villkor är uppfyllda. Dessa villkor motsvarar de s.k. Teckal-kriterierna som har slagits fast i EG-domstolens rättspraxis. Om villkoren i bestämmelsen är uppfyllda kommer avtalet mellan den upphandlande myndigheten och den juridiska personen inte att utgöra ett kontrakt i LOU:s mening. Anskaffningen anses då ske inom en och samma upphandlande myndighet. Någon upphandling enligt LOU behöver därmed inte ske.

Lagändringen i promemorian föreslås träda i kraft den 1 juni 2010. Vidare föreslås en lagändring som innebär att regeln ska upphöra att gälla den 1 januari 2013. I promemorian anförs som skäl till att tidsbegränsa ändringen att en utredning bör tillsättas som undersöker frågan om behovet av ett undantag mera ingående. Promemorian remissbehandlas för närvarande.

Kontroll och tillsyn av kommunala bolag

När kommuner och landsting överlämnar en verksamhet till ett helägt aktieföretag ska fullmäktige fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten, utse samtliga styrelseledamöter och lekmannarevisorer samt se till att fullmäktige får ta ställning innan beslut fattas i sådana ärenden som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt. I bolag eller föreningar där kommuner och landsting bestämmer med någon annan, ska man se till att den juridiska personen blir bunden av dessa villkor i en omfattning som är rimlig i förhållande till bl.a. andelsförhållandena.

Det faktum att kommunen eller landstinget ska fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten innebär inte att kommunalrättsliga principer automatiskt blir gällande för bolaget. Högsta domstolen har slagit fast att den s.k. självkostnadsprincipen inte gäller ett kommunalt bolag, utan att det ankommer på kommunen att genom avtal, bolagsordningar etc. se till att principen blir gällande för bolaget (NJA 2008 s. 120). Beslut fattade i kommunala bolag kan inte heller överklagas enligt 10 kap. kommunallagen (laglighetsprövning).

Mot bakgrund av utvecklingen mot att i ökad omfattning bedriva kommunal verksamhet i privaträttsliga former, finns det sedan år 1993 en bestämmelse i sekretesslagstiftningen som innebär att offentlighetsprincipen gäller i aktiebolag, handelsbolag, ekonomiska föreningar och stiftelser där kommuner och landsting utövar det rättsligt bestämmande inflytandet. I delägda bolag eller föreningar som inte omfattas av offentlighetsprincipen gäller enligt 3 kap. 18 § kommunallagen att kommunen ska verka för att allmänheten ska få insyn på samma grunder som gäller för myndigheter. Kommuner och landsting ska vidare, enligt 3 kap. 19 a § kommunallagen, när verksamheter överlämnas på entreprenad i avtalet beakta allmänhetens intresse av att få information om verksamheten.

Behovet av en utredning

Upphandling från statliga och kommunala företag

Det allmänna har ett ansvar att säkerställa att samhällets resurser används på ett effektivt sätt. Upphandling är ett vedertaget sätt att nå detta mål. Mot bakgrund av det stora antalet kommunala bolag kommer ett krav på att tillämpa LOU när kommuner och landsting anskaffar varor och tjänster från de egna bolagen dock att få stora konsekvenser. Stora investeringar kan ha gjorts i ett bolag som senare visar sig förlora anbuds-förfaranden och därmed inte tilldelas upphandlingskontrakt. Om kommuner och landsting även fortsättningsvis vill tillförsäkra sig en offentlig kontroll över verksamhet som bedrivs i bolagsform, krävs det att verksamheten återförs till den

kommunala förvaltningen. Detta kan dock komma att medföra stora administrativa kostnader och få skattekonsekvenser. Exakt hur stora dessa konsekvenser blir är svårt att bedöma. Även staten kan påverkas.

Mot denna bakgrund och fram till dess att frågan om en eventuell permanent bestämmelse har utretts, anser regeringen att det finns behov av en temporär lösning som innebär att stat, kommuner och landsting inte ska vara skyldiga att tillämpa LOU om ett kontrakt uppfyller de s.k. Teckal-kriterierna som utvecklats genom EG-domstolens rättspraxis. I promemorian Upphandling från statliga och kommunala företag (Ds 2009:36) har också föreslagits ett sådant temporärt undantag.

I det längre tidsperspektivet är det dock inte givet att statliga och kommunala företag ska undantas från kravet på att konkurrensutsättas. Regeringen anser att det är angeläget att ta till vara de fördelar som en ökad konkurrens kan medföra både för att effektivisera den statliga och kommunala verksamheten och för att bidra till en bättre fungerande marknad med fler små och medelstora företag. Rätt genomförd leder konkurrensutsättning i upphandling till högre kvalitet och lägre kostnader för det allmänna och för konsumenterna. Samtidigt är det viktigt att värna om den kommunala organisationsfriheten och möjligheterna för stat, 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.

Det krävs därför en mer ingående analys av behovet och omfattningen av ett eventuellt permanent undantag i lagstiftningen för dessa kontrakt. För att göra en sådan avvägning krävs en grundlig ekonomisk och organisatorisk konsekvensanalys av en tillämpning av upphandlingslagstiftningen på statliga och kommunala företag samt offentlighetsrättsliga samverkansformer. Det behöver här särskilt analyseras om aktuella verksamhetsområden kan behöva behandlas olika mot bakgrund av att förutsättningarna skiljer sig åt mellan olika områden. Det bör även utredas om det finns behov av ett undantag motsvarande kontroll- och verksamhetskriterierna i lagen

(2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF).

Vidare bör det göras en fördjupad analys av hur ett eventuellt undantag rättsligt bör utformas.

Kontroll och insyn i kommunala bolag

Bestämmelserna om allmänhetens möjlighet att få tillgång till handlingar i kommunala bolag har varit i kraft i 15 år. Det har dock inte gjorts någon utvärdering av hur de praktiskt har tillämpats. Det finns därför ett behov av att undersöka om regelverket tillämpas på ett sätt som ger medborgarna tillfredsställande insyn i de kommunala bolagen. Frågan om hur kravet på att allmänheten ska få insyn i kommunala entreprenader enligt 3 kap. 19 a § kommunallagen har tillämpats har inte heller utvärderats.

Vidare finns behov av att analysera om det förhållandet att de kommunala bolagen inte direkt binds av de kommunalrättsliga principerna medför principiella eller andra problem i förhållande till regleringen av annan kommunal verksamhet.

Uppdraget

En särskild utredare ska analysera om det finns ett behov av ett generellt eller sektoriellt undantag från kravet på att stat, kommuner och landsting ska vara skyldiga att upphandla när de anskaffar varor eller tjänster från företag som de helt eller delvis innehar eller är medlemmar i. För det fall utredaren finner att ett undantag bör införas ska det motsvara den EG-rättsliga praxis i form av de s.k. Teckal-kriterierna som utvecklats av EG-domstolen. Utredaren ska vidare analysera om det finns behov av ett sådant undantag i fråga om kommunal samverkan i offentligrättslig form. I uppdraget ingår att göra en analys av vilka ekonomiska och organisatoriska konsekvenser ett krav på upphandling skulle medföra på kort och lång sikt samt vilka effekter ett eventuellt undantag skulle ha på konkurrensen och för små och medelstora företag. Utredaren ska även beakta sannolikheten för att kommuner och landsting avbolagiserar och

återför verksamhet till den kommunala förvaltningen om ett undantag inte införs.

Om utredaren finner att undantag bör införas ska utredaren lämna författningsförslag och förslag till andra eventuella åtgärder. I de förslag som lämnas ska utredaren särskilt beakta behovet av en väl fungerade konkurrens och den kommunala nivåns behov av organisatorisk frihet. Utredaren ska särskilt belysa om det bl.a. av konkurrenshänsyn finns behov av sektoriella undantag eller inte. För det fall utredaren anser att det bör införas ett undantag från kravet på upphandling ska utredaren lämna förslag på alternativa åtgärder för att säkerställa att samhällets resurser används på ett effektivt sätt och att de EG-rättsliga principerna om fri rörlighet av varor och tjänster på den inre marknaden beaktas. I detta sammanhang ska även statsstödsreglernas inverkan på ersättningen för ekonomisk verksamhet som inte upphandlats och bedrivs i enlighet med undantaget eller inom ramen för den egna förvaltningen belysas.

Utredaren ska vidare analysera om det förhållandet att de kommunala bolagen inte direkt binds av de kommunalrättsliga principerna medför principiella eller andra problem i förhållande till regleringen av annan kommunal verksamhet och vid behov lägga fram författningsförslag. Slutligen ska utredaren utvärdera hur det regelverk som finns kring insyn i kommunala bolag och entreprenader har tillämpats i praktiken.

Utredaren ska redovisa sitt uppdrag senast den 30 november 2010.

(Finansdepartementet)