
Juni 2012

Ny lagstiftning om köp från närstående företag utan offentlig upphandling

Den 10 maj 2012 fattade riksdagen beslut om införande av ett permanent undantag i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ("LOU") för vissa köp som upphandlande myndigheter gör från närstående företag.¹ Riksdagen beslutade samtidigt också att införa en möjlighet för kommuner och landsting att delegera beslutanderätt i upphandlingsärenden till s.k. inköpscentraler. De nya bestämmelserna träder i kraft den 1 januari 2013 men gäller, i den del som avser köp från närstående företag, retroaktivt även för köp som gjorts före detta datum.

Huvudregeln är att alla köp av varor, tjänster eller byggtreprenader som görs av en upphandlande myndighet ska föregås av upphandling i enlighet med LOU. Detta gäller i förhållande till alla leverantörer, dvs. även närstående företag, exempelvis helägda dotterbolag till den upphandlande myndigheten. Från denna huvudregel finns dock ett antal undantag. Ett av dessa undantag är det som framgår av de tillfälliga bestämmelserna i 2 kap 10 a § LOU, och som innebär att vissa upphandlande myndigheters köp från närstående företag är undantagna från upphandlingsskyldighet om vissa kriterier är uppfyllda.

De bestämmelser som riksdagen nu har fattat beslut om kommer att ersätta det nuvarande tillfälliga undantaget i 2 kap 10 a § LOU, och har ett delvis annat innehåll än det tillfälliga undantaget.

De nya bestämmelserna är tillämpliga på alla avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd (enligt kommunallagen) under förutsättning att

1. den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning (det s.k. kontrollkriteriet), och
2. den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den (det s.k. verksamhetskriteriet).

Både kontrollkriteriet och verksamhetskriteriet har utvecklats i EU-domstolens rättspraxis och kallas ibland Teckal-kriterierna eller Teckal-undantaget, eftersom de första gången diskuterades i EU-domstolens dom i C-107/98 Teckal.

¹Prop. 2011/12:106, Offentlig upphandling från eget företag – och vissa andra frågor.

Juni 2012
**Ny lagstiftning
om köp från
närstående
företag utan
offentlig
upphandling**

Den största skillnaden jämfört med det nuvarande undantaget i LOU och det nya undantaget är att det nya kan tillämpas av alla typer av upphandlande myndigheter, dvs. inte bara statliga och kommunala myndigheter, utan även s.k. offentligt styrda organ, däribland kommunala bolag. De nya bestämmelserna innebär också att det blir möjligt att avstå från upphandling i "omvända situationer", dvs. då den kontrollerade enheten köper varor, tjänster eller byggtreprenader av den eller de upphandlande myndigheter som utövar kontrollen.

Däremot är det, enligt den bedömning som regeringen gjort i propositionen, mer osäkert om undantaget kan användas för s.k. horisontella köp, dvs. köp mellan två systerbolag inom en koncern, vilka båda står under kontroll av samma upphandlande myndighet och bedriver huvuddelen av sin verksamhet gentemot denna myndighet. Å ena sidan talar EU-domstolens funktionella synsätt, enligt regeringens mening, för att köp utan föregående upphandling skulle vara tillåtna även i dessa fall. Å andra sidan kan det vara svårt att hävda att två systerbolag utövar kontroll över varandras verksamhet på det sätt som krävs enligt Teckal-kriterierna. Regeringen anser därför att denna fråga får lösas av domstolarna, och ytterst av EU-domstolen.

Riksdagens beslut innebär också att kommunallagen kompletteras i vissa avseenden. De nya bestämmelserna innebär bl.a. att kommun- respektive landstingsfullmäktige åläggs att se till att det fastställda ändamålet med ett kommun- eller landstingsägt bolags verksamhet anges i bolagsordningen tillsammans med de kommunalrättsliga principer som utgör ramen för bolagets verksamhet.

Dessutom ska en skyldighet för bolaget att inhämta fullmäktiges ställningstagande i viktigare frågor framgå av bolagsordningen. Därefter ska kommun- respektive landstingsstyrelsen i årliga beslut för varje aktiebolag ta ställning till om företagets verksamhet har utförts inom ramen för de kommunalrättsliga principerna. När det kommunala ändamålet fastställts ska styrelsen fatta beslut om verksamheten har varit förenlig med detta ändamål. Detta beslut ska lämnas över till fullmäktige samtidigt med årsredovisningen. Om styrelsen finner att ett bolags verksamhet går utöver ändamålet med verksamheten eller om ändamålet anses vara oförenligt med de kommunalrättsliga principerna ska styrelsen lämna fullmäktige förslag på åtgärder som kan vidtas för att förändra detta.

De nya bestämmelserna i kommunallagen ger ökade möjligheter för kommuner och landsting att utöva kontroll över sina bolag. Dessa kontrollmöjligheter gör det sannolikt väsentligt enklare för kommuner och landsting att säkerställa att kontrollkriteriet i Teckal-undantaget kan uppfyllas. De nya bestämmelserna i kommunallagen kan därför sägas fungera som ett komplement till de nya bestämmelserna i 2 kap. 10 a § LOU.

Slutligen innebär riksdagens beslut att det blir möjligt för kommuner och landsting att delegera beslutanderätt i upphandlingsärenden till s.k. inköpscentraler, dvs. till

Juni 2012
**Ny lagstiftning
om köp från
närstående
företag utan
offentlig
upphandling**

upphandlande myndigheter som upphandlar för andra myndigheters räkning. Någon sådan möjlighet har, på grund av begränsningar i kommunallagen, tidigare inte funnits utan kommuner och landsting har varit tvungna att fatta sina egna tilldelningsbeslut i offentliga upphandlingar. Detta har bl.a. varit mycket administrativt betungande vid större samordnade upphandlingar. De nya bestämmelserna hanterar denna problematik genom att kommuner och landsting framöver kommer att kunna delegera beslutanderätten i frågor som rör upphandlingar till anställda i inköpscentraler.

Sammantaget kan sägas att de nya bestämmelserna, både i LOU och i kommunallagen, på det stora hela överensstämmer med det förslag som tidigare lämnats av den s.k. OFUKI-utredningen² och således inte innehåller några större överraskningar. Vår bedömning är att bestämmelserna kommer att leda till ökad rättsäkerhet och förutsebarhet i vissa frågor som det tidigare förelagat osäkerhet om. Det kvarstår dock en del frågetecken om hur Teckal-kriterierna kommer att tolkas och tillämpas av domstolarna. Det är bl.a. osäkert vilken bedömning som kommer att göras av om köp som sker mellan systerbolag i en kommunal koncern kan undantas från upphandlingskyldighet enligt LOU.



Kristian Pedersen,
Partner / Advokat



Erik Olsson, Associate

²SOU 2011:43, Offentlig upphandling, från eget företag?! – och vissa andra frågor.