

Kristian Pedersen

DATUM
2005-10-17

DIARIENR
2003/0306-29
2003/0307-29
2003/0308-29
2003/0309-29
2003/0310-29
2004/0075-29

1 (15)

ERT DATUM

ER BETECKNING

Enligt sändlista

Frågan om kommunala bostadsföretag är upphandlande enheter - Förvaltnings AB Framtiden, Bostads AB Poseidon, Göteborgs stads Bostads AB, Familjebostäder i Göteborg AB, Bostads AB Gårdsten och AB Hjällbo Bostaden

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar, med stöd av 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), tillsyn över den offentliga upphandlingen.

1 Inledning

NOU har mot bakgrund av att frågan uppkommit i ett antal tillsynsärenden funnit det angeläget att närmare utreda huruvida kommunala bostadsföretag är upphandlande enheter i den mening som avses i LOU.

NOU har tillskrivit Förvaltnings AB Framtiden, Bostads AB Poseidon, Göteborgs stads Bostads AB, Familjebostäder i Göteborg AB, Bostads AB Gårdsten och AB Hjällbo Bostaden (nedan kallade bolagen) och begärt att bolagen skall lämna besked om huruvida de anser sig vara upphandlande enheter i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU.

Bolagen har i yttranden till NOU, med en till samtliga yttranden bifogad rättsutredning, anfört i huvudsak följande.

Bolagen tillgodoser behov i det allmännas intresse. Vad sedan gäller den avgörande frågan huruvida bolagen tillgodoser behov som är av industriell

Kristian Pedersen

och kommersiell karaktär, skall göras en helhetsbedömning utifrån samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter. Gemensamt för bolagen är att de bildats för att tillhandahålla hyresrättslägenheter i Göteborg. Detta sker i full konkurrens med de privata aktörerna på bostadsmarknaden i Göteborg. Konkurrensen märks bland annat under ekonomiskt sämre tider, då vakanser har uppstått i främst de mindre attraktiva delarna av bolagens bostadsbestånd. I sådana fall har olika konkurrensmedel nyttjats, exempelvis olika former av hyresrabatter. Bostäderna hyrs ut till privatpersoner och anslutande butiks- och verksamhetslokaler hyrs ut till kommersiella företag. Bolagen verkar i båda avseendena på normala marknadsmässiga villkor. Bolagen har avkastningskrav och skall visa vinst. Som framgår av lagförarbeten och doktrin gäller inte självkostnadsprincipen överhuvudtaget inom kommunal fastighetsförvaltning. Bolagen skall bygga upp en solid ekonomi, som ger bolagen förmåga att bära eventuella förluster och som ger bolagen förutsättningar för att finansiera sig själva på egna meriter utan stöd av Göteborgs stad. Det ankommer på bolagen att själva bära eventuella uppkommande förluster. Skulle något bolag bli insolvent finns inga garantier för att Göteborgs stad skulle förse bolaget med erforderligt kapitaltillskott. Om bolagen eller vissa av dem skulle få allvarliga ekonomiska problem kan man för övrigt fråga sig om inte situationen för Göteborgs stad i sådant fall generellt skulle vara så bekymmersam att det är tveksamt om stadens medel skulle räcka till för att hålla bostadsbolagen under armarna. I sammanhanget kan noteras att ett bolag som ägdes av ett antal förortskommuner till Göteborg för några år sedan hamnade på obestånd och blev försatt i konkurs. Bolagen finansierar sig helt på egna meriter huvudsakligen genom banklån samt genom emission av obligationslån på den internationella marknaden med börsnotering i Stockholm och Luxemburg. Inget stöd erhålls från Göteborgs stad i form av kommunal borgen eller dylikt för bolagens finansiering. Sammanfattningsvis anför bolagen att de verkar på normala marknadsmässiga villkor, har ett vinstsyfte och har ansvaret för att bära de förluster som kan uppstå i samband med utövandet av verksamheten, och att de behov som tillgodoses därför är av industriell eller kommersiell karaktär. Bolagen anser sig därför inte vara upphandlande enheter enligt LOU.

Kristian Pedersen

1.1 Begreppet upphandlande enhet enligt 1 kap. 6 § LOU

Begreppet ”upphandlande enhet” innefattar enligt 1 kap. 6 § LOU¹ sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär och

1. vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet², eller
2. vars upphandling står under statlig eller kommunal tillsyn eller en tillsyn av en annan upphandlande enhet, eller
3. vars styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet.

EG-domstolen har i ett flertal domar klargjort vilka typer av organisationer som är skyldiga att tillämpa upphandlingsdirektivens bestämmelser (för svenskt vidkommande 1 kap. 6 § LOU). Av domstolens praxis följer att bestämmelserna skall tillämpas fullt ut på en organisations hela verksamhet även om endast en mindre del av organisationens verksamhet omfattas av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven, och större delen av verksamheten är ren affärsverksamhet av kommersiell eller industriell karaktär. En motsatt tolkning skulle enligt EG-domstolen strida mot kravet på rättssäkerhet (legal certainty).³

Av EG-domstolens dom i *BFI Holding*⁴ framgår vad som avses med att en organisation, för att vara upphandlande enhet, skall tillgodose behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Domstolen uttalade att lagstiftaren har gjort en åtskillnad mellan dels allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, dels allmännyttiga behov som är av industriell eller kommersiell karaktär. Domstolen fann att om lagstiftaren ansett att allmännyttiga behov inte kunde vara av kommersiell eller industriell karaktär skulle preciseringen inte ha varit nödvändig. Den gemenskapsrättslige lagstiftaren har med skrivningen

¹ Definitionen bygger på varudirektivet 93/36/EEG art. 1 b, byggdirektivet 93/37/EEG art. 1 b och tjänstedirektivet 92/50/EEG art. 1 b.

² Enligt upphandlingsdirektiven ”... som till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt ...”.

³ Se t.ex. mål C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG m.fl. mot Strohal Rotationsdruck GsmBH (SRG) p. 34. REG 1998, sid. I-73.

⁴ Mål C-360/96 Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden mot BFI Holding BV, REG 1998, sid. I-6821.

Kristian Pedersen

avsett att skapa en underkatalog av sådana behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.⁵ Den industriella eller kommersiella karaktären är ett kriterium som avser att precisera begreppet allmännyttiga behov i den meningen som avses i denna bestämmelse. Domstolen ansåg vidare att allmännyttiga behov som inte är av kommersiell eller industriell karaktär inte utesluter behov som även tillgodoses eller skulle kunna tillgodoses av privata företag.⁶ Direktivet avser enbart behov som den offentligrättsliga organisationen skall tillgodose, inte huruvida dessa behov kan tillgodoses av privata företag eller ej. Att det förekommer konkurrens är inte tillräckliga skäl för att utesluta en organisation som finansieras eller kontrolleras av en myndighet ur kretsen upphandlande enheter.

Domstolen angav vidare att en snävare tolkning skulle beröva begreppet organ som lyder under offentlig rätt dess innehåll. En organisation kan således vara en upphandlande enhet även om privata företag tillgodoser samma behov som denna organisation. Frånvaron av konkurrens är således inte nödvändig för att definiera en organisation som lydande under offentlig rätt. Domstolen betonade dock att konkurrens i och för sig inte saknar relevans vid bedömningen. Förekomsten av konkurrens kan vara ett tecken på att det är fråga om ett allmännyttigt behov som är av industriell eller kommersiell karaktär.⁷ Slutligen konstaterade EG-domstolen att förekomsten eller frånvaron av allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär skall bedömas objektivt. Den juridiska formen för de bestämmelser där sådant behov uttrycks saknar i det avseendet betydelse. Det är därför inte nödvändigt att organisationen genom lag eller annan författning skall ha ålagts att tillgodose ett allmännyttigt behov.⁸ Begreppet upphandlande enhet skall tolkas funktionellt för att ge full verkan åt principen om fri rörlighet.

Även av EG-domstolens dom i *Korhonen m.fl.*⁹ framgår vad som avses med ”industriell eller kommersiell karaktär”. Den nationella domstolen ville enligt sin begäran om förhandsavgörande, att EG-domstolen skulle fastställa

⁵ BFI Holding, p. 34-35.

⁶ BFI Holding, p. 51 f.

⁷ BFI Holding, p. 47-50. Liknande resonemang upprepas även i mål C-373/00 Adolf Truley, p. 61 och i mål C-18/01 Korhonen, p. 50.

⁸ BFI Holding, p 60.

⁹ Mål C-18/01, Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy, Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa mot Varkauden Taitotalo Oy, REG 2003, sid. I-5321.

Kristian Pedersen

i vilken mån ett aktiebolag, vilket bildats, innehades och förvaltades av en finsk stad, kunde anses vara en upphandlande enhet och således ha tillkommit för att tillgodose ett allmännyttigt behov som inte var av industriell eller kommersiell karaktär. Bolagets huvudsakliga verksamhet bestod av att förvärva, avyttra och uthyra fast egendom samt anordna och tillhandahålla fastighets- och förvaltningstjänster och andra tilläggstjänster. Målet avsåg särskilt frågan när ett sådant bolag anskaffar tjänster för projektering och byggnadsutformning inom ramen för ett byggprojekt som innefattar uppförande av flera kontorsfastigheter och ett parkeringshus i syfte att låta bygga dessa lokaler endast för privata företag. Den finska domstolen frågade också huruvida bedömningen av villkoret ”icke-industriell eller kommersiell karaktär” skulle vara annorlunda för det fall det aktuella byggprojektet avsåg att på den regionala eller lokala myndighetens territorium skapa gynnsamma förhållanden för andra bolags utövande av verksamhet med vinstsyfte. Slutligen frågade den finska domstolen om bedömningen skulle bli annorlunda ifall aktiebolaget endast hade en specifik kund.

EG-domstolen uttalade att bedömning i första hand skulle göras av huruvida bolaget uppfyllde allmännyttiga behov och därefter om dessa behov var av industriell eller kommersiell karaktär. Vad avsåg frågan om allmännyttiga behov, konstaterade domstolen att bolaget i det aktuella fallet skulle uppföra flera kontorsfastigheter och ett parkeringshus, vilka skulle tillhandahållas högteknologiska företag. Detta eftersom bolagets ägare, den finska staden, hade beslutat att skapa ett centrum för teknisk utveckling på sitt territorium. EG-domstolen menade att denna verksamhet kunde anses tillgodose allmännyttiga behov. För att sedan fastställa om dessa allmännyttiga behov var av industriell eller kommersiell karaktär menade EG-domstolen att man måste se på omständigheterna som var aktuella vid bildandet av bolaget och de villkor på vilka det utövade sin verksamhet. Detta innefattade, enligt domstolen, särskilt¹⁰ en bedömning av, om det saknades ett huvudsakligt vinstsyfte, om bolaget självt stod den ekonomiska risken för den verksamhet som det utövade och om verksamheten hade helt eller delvis offentlig finansiering.

¹⁰ Korhonen m.fl., p. 59. I den svenska versionen av domen står ”... vilket bland annat innefattar ...”. Av de engelska, tyska och danska versionerna av domen framgår dock att den korrekta svenska lydelsen torde vara ”... vilket särskilt innefattar ...”.

Kristian Pedersen

EG-domstolen konstaterade därefter att den finska regeringen påpekat att även om bolag av den aktuella typen juridiskt sett inte skiljer sig nämnvärt från aktiebolag som ägs av privata aktörer, eftersom de står samma ekonomiska risker som de senare och även kan försättas i konkurs, tillåter sällan de regionala eller lokala myndigheter som de tillhör att de går i konkurs, utan tillför i förekommande fall nytt kapital till bolagen så att de kan fortsätta att utföra de uppgifter för vilka de bildats. Den finska regeringen hade vidare klargjort att även om det inte är uteslutet att den verksamhet som bolag av den aktuella typen utövar genererar vinst, kan strävan efter sådan vinst inte under några omständigheter utgöra det huvudsakliga syftet för nämnda bolag, eftersom dessa alltid enligt finsk lagstiftning måste syfta till att i första hand gynna allmänintresset för invånarna på den regionala eller lokala myndighetens territorium. Vid sådant förhållande, vilket stöddes av det faktum att bolaget erhållit offentlig finansiering för genomförandet av det aktuella byggprojektet, var det enligt EG-domstolen sannolikt att bolagets verksamhet tillgodosåg ett allmännyttigt behov som inte var av industriell eller kommersiell karaktär.

EG-domstolen har i *Kommissionen mot Spanien*¹¹ vidareutvecklat tolkningen av begreppet ”industriell eller kommersiell karaktär”. Målet rörde SIEPSA, ett aktiebolag som inrättats för att äga och förvalta den spanska statens kriminalvårdsanstalter och kriminalvårdsinrättningar. Huvudfrågan i målet var huruvida SIEPSA var en upphandlande enhet. EG-domstolen ansåg det klarlagt att SIEPSA särskilt tillkommit för att med ensamrätt ansvara för genomförandet av program och åtgärder inom ramen för planen för nedläggning och upprättande av kriminalvårdsanstalter, i syfte att genomföra den spanska statens kriminalvårdspolitik. Domstolen fann att de behov som SIEPSA tillgodosåg hade ett nära samband med den allmänna ordningen. Eftersom verkställighet av straff omfattas av statens exklusiva behörighet finns det dessutom enligt EG-domstolen inte någon marknad för de varor och tjänster som SIEPSA tillhandahöll. Bolaget kunde således inte anses bjuda ut varor eller tjänster på den fria marknaden i konkurrens med andra ekonomiska aktörer.

EG-domstolen fann vidare att även om SIEPSA skulle gå med vinst så var det uteslutet att eftersträvandet av vinst i sig utgjorde bolagets huvudsakliga mål, eftersom det av bolagsordningen framgick att bolagets verksamhet (bl.a. förvärv, förvaltning och försäljning av fastigheter) endast utgjorde ett

¹¹ Mål C-283/00, Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Spanien.

Kristian Pedersen

medel för att uppnå bolagets huvudsakliga mål, vilket var att genomföra den spanska statens kriminalvårdspolitik. Domstolen uttalade därefter att "[d]et skall i detta avseende tilläggas att det tycks vara föga troligt att SIEPSA självt måste bära de ekonomiska riskerna av verksamheten, oberoende av huruvida det finns en officiell mekanism för att kompensera SIEPSA:s eventuella förluster." Med hänsyn till de faktiska och rättsliga faktorer som styrde SIEPSA:s verksamhet fann EG-domstolen att bolaget tillgodosåg behov i det allmännas intresse, vilka inte var av industriell eller kommersiell karaktär och att bolaget därför var en upphandlande enhet.

Även om ordalydelsen i 1 kap. 6 § LOU (och de bakomliggande bestämmelserna i upphandlingsdirektiven) förefaller innebära att det är behovens eventuella industriella eller kommersiella karaktär som skall undersökas, har EG-domstolen således i sin praxis, som Arrowsmith påpekat, huvudsakligen fokuserat, inte på behovens natur utan på om den aktuella organisationen bedriver sin verksamhet på kommersiella grunder. Därvid har domstolen beaktat både förutsättningarna på den aktuella marknaden och på själva organisationens natur.¹²

2 Den rättsliga och faktiska bakgrunden

2.1 Förutsättningar givna av den kommunalrättsliga regleringen

Grundläggande bestämmelser om kommunal och landstingskommunal verksamhet återfinns i kommunallagen (1991:900) (KL). Kommunernas och landstingens befogenheter, den s.k. kommunala kompetensen, regleras i 2 kap. KL. Av 2 kap. 1 § framgår att kommuner och landsting själva får ha hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar och som inte skall handhas enbart av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller någon annan. Av 2 kap. 7 § framgår att kommuner och landsting får driva näringsverksamhet, om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget. Innehållet i paragrafen är en modernisering av

¹² Arrowsmith, S., The Entity Coverage of the EC Procurement Directives and UK Regulations: A Review, Public Procurement Law Review, nr 2 2004, Sweet and Maxwell, London, sid. 76.

Kristian Pedersen

det gamla i rättspraxis utvecklade förbudet mot att bedriva spekulativ verksamhet.¹³

Av förarbetena till KL framgår bl.a. följande. ”Utgångspunkten för bedömningen av det tillåtna är allmänintresset. Man kan säga att verksamheten skall gå ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt kommunmedlemmarna. Till detta kommer det som ligger i förbudet mot att driva spekulativa företag, nämligen att det huvudsakliga syftet inte får vara att bereda landstinget eller kommunen vinst. Härigenom framträder skillnaden mellan det privata näringslivet, som har ett klart uttalat vinstsyfte, och den kommunala verksamheten som bärs upp av ett allmänt samhällsligt intresse. Man bör notera att lagstiftningen på vissa områden, t.ex. i fråga om hamnverksamhet, utgår från att kommunal verksamhet kan bedrivas med vinst. Detta får dock aldrig vara det primära ändamålet. För att göra det mer tydligt än idag när kommuner och landsting får driva näringsverksamhet bör det tas in en uttrycklig regel om detta i befogenhetskapitlet. Kraven är att verksamheten drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna. En sådan regel visar tydligt att det tillåtna engagemanget i näringslivsfrågor är av ren undantagskaraktär. [---] Vi vill poängtera att den föreslagna regeln inte ställer upp något absolut vinstförbud. Bedömningen av i vilken mån en kommunal verksamhet får generera överskott och hur detta får användas ligger istället inom ramen för tillämpningen av självkostnadsprincipen. Vad den nu aktuella regeln uttrycker är att syftet i huvudsak inte får vara att bereda vinst.”¹⁴

Även riksdagen har i en beskrivning av villkoren för den kommunala näringsverksamheten uttalat att frågan om i vilken utsträckning den kommunala verksamheten får ge överskott och hur detta skall användas får bedömas med ledning av självkostnadsprincipen.¹⁵ Denna uttrycks i 8 kap. 3 c § KL av vilken framgår att kommuner och landsting inte får ta ut högre avgifter än som svarar mot kostnaderna för de tjänster eller nyttigheter som kommunen eller landstinget tillhandahåller.

¹³ Lindquist & Losman, 1991 års kommunallag i dess lydelse den 1 januari 2004 – En handbok med lagtext och kommentarer, 7:e uppl. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2004, sid. 25.

¹⁴ Prop. 1990/91:117, sid. 33 f.

¹⁵ Bet. 2002/03:KU21.

Kristian Pedersen

Bestämmelser om kommunala bostadsföretag finns bl.a. i lagen (2002:102) om allmännyttiga bostadsföretag (nedan benämnd LAB). Med allmännyttiga bostadsföretag avses enligt 1 kap. 1 § 1 st. LAB aktiebolag, ekonomiska föreningar och stiftelser som drivs utan vinstsyfte, i sin verksamhet huvudsakligen förvaltar fastigheter i vilka bostadslägenheter upplåts med hyresrätt och är godkänt som allmännyttigt bostadsföretag. Av paragrafens tredje stycke framgår dock att det inte krävs något godkännande för att kommunala bostadsföretag¹⁶ skall anses vara allmännyttiga bostadsföretag i LAB:s mening. Kommunala bostadsföretag är således per definition allmännyttiga bostadsföretag. Av förarbetena till LAB framgår bl.a. att "[r]egeringen delar kommitténs ståndpunkt att det är naturligt att samtliga kommunala bostadsföretag automatiskt förklaras som allmännyttiga när den nya lagen träder i kraft. Det avgörande skälet för denna slutsats är att dessa företag – på grund av att de ägs av kommunen – lyder under ett antal kommunalrättsliga begränsningar. Det är svårt att tänka sig en ordning där kommunerna gavs en möjlighet att äga bostadsföretag som inte har till syfte att just tillgodose ett allmänt intresse. En sådan ståndpunkt styrks av att det förhållandet att kommuner inte har rätt att bedriva näringsverksamhet om syftet är att bereda vinst."¹⁷

Beträffande förbudet mot vinstsyfte och självkostnadsprincipens tillämplighet på de kommunala bostadsföretagen framgår av förarbetena följande. "Kommittén har valt att definiera gränsen mellan det allmännyttiga bostadsföretaget och dess konkurrenter på marknaden utifrån den kommunala principen att näringsverksamhet får bedrivas endast utan vinstsyfte. Att kommunala företag skall drivas utan vinstsyfte framgår av 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900). Bestämmelsen innebär att en kommun eller ett landsting inte får bedriva näringsverksamhet som har till huvudsakligt syfte att ge kommunen eller landstinget ekonomisk vinst. Vad gäller de allmännyttiga företagen där kommunen är huvudman innebär kommitténs förslag således ingen materiell förändring av gällande rätt. Det

¹⁶ Ett kommunalt bostadsföretag är enligt 1 kap. 2 § LAB ett allmännyttigt bostadsföretag som en kommun har det bestämmande inflytandet över. Med bestämmande inflytande avses att kommunen äger aktier i ett aktiebolag eller andelar i en ekonomisk förening med mer än hälften av samtliga röster i bolaget eller föreningen och också förfogar över så många röster, eller har rätt att utse eller avsätta mer än hälften av ledamöterna i styrelsen för en stiftelse med egen förvaltning eller är förvaltare i en stiftelse med anknuten förvaltning. Inflytande som utövas av ett företag över vilket kommunen bestämmer på det sätt som anges i paragrafen skall anses utövat av kommunen.

¹⁷ Prop. 2001/02:58, sid. 24.

Kristian Pedersen

är endast ett tydliggörande av vad som gäller redan i dag. Regeringen ställer sig bakom kommitténs bedömning i denna fråga. På grund av det kommunala ägandet ligger det i sakens natur att kommunala bostadsföretag även i framtiden drivs utan vinstsyfte. Däremot råder inte något absolut vinstförbud. Vinstsyftet får dock aldrig vara det primära ändamålet.

Kommittén har vidare föreslagit att de allmännyttiga bostadsföretagen skall bedriva verksamheten utifrån den kommunala självkostnadsprincipen och att den skall regleras i lag. Den närmare utformningen föreslås övervägas inom en särskild utredning. Självkostnadsprincipen gäller som huvudregel för all kommunal verksamhet som skall drivas utan vinstsyfte. Denna princip regleras i 8 kap. 3 c § kommunallagen och innebär att kommuner och landsting inte får ta ut högre avgifter än som svarar mot kostnaderna för de tjänster eller nyttigheter som kommunen eller landstinget tillhandahåller. Regeringen har i propositionen 1993/94:188 Lokal demokrati anfört att den allmänna uppfattningen såväl i doktrin som i tidigare utredningar synes vara att kommunal fastighetsförvaltning inte omfattas av självkostnadsprincipen. Regeringen kan i och för sig förstå de motiv som kommittén anför för sitt förslag att införa en lagreglering av självkostnadsprincipen för allmännyttiga bostadsföretag. Att verksamheten bedrivs utifrån en långsiktig självkostnadsprincip är en av grundvalarna för allmännyttig bostadsverksamhet. Detta lagförslag innehåller en regel som innebär en utdelningsbegränsning för allmännyttiga bostadsföretag. Genom denna reglering uppnås i princip samma effekt som om en lagreglering av självkostnadsprincipen för allmännyttiga bostadsföretag genomförs. Regeringen är mot denna bakgrund inte beredd att föreslå någon förändring beträffande självkostnadsprincipens tillämpning för sådana företag.”¹⁸

Frågan huruvida självkostnadsprincipen är tillämplig på kommunala bostadsföretag synes dock vara föremål för fortsatt debatt. T.ex. har docent Olle Lundin, vid Juridiska institutionen, Uppsala universitet i en rapport till Hyresgästföreningen gett uttryck för uppfattningen att självkostnadsprincipen är tillämplig på kommunala bostadsföretag.¹⁹

¹⁸ Prop. 2001/02:58, sid. 19 f.

¹⁹ Kommunalrättsliga aspekter på kommunala bostadsföretag och koncernbildningar – Rapport angående bostadsföretagens ingående i kommunala koncerner och förenligheten med de kommunalrättsliga skyddsprinciperna, 2004.

Kristian Pedersen

Därefter har dock Kammarrätten i Stockholm i en dom gjort bedömningen att allmännyttiga bostadsföretag inte omfattas av självkostnadsprincipen.²⁰

2.2 De faktiska förutsättningarna

Bestämmelser om statligt stöd till ekonomiskt nödvändiga omstruktureringar av kommunala bostadsföretag finns i förordning (2002:664) om statligt stöd för vissa kommunala åtaganden för boendet (StödF). Av förordningens 1 § 1 st. framgår att stöd kan lämnas för att underlätta en ekonomiskt nödvändig omstrukturering av ett kommunalt bostadsföretag eller på annat sätt minska en kommuns bördor av dess åtaganden för boendet. Av paragrafens andra stycke framgår att med åtaganden för boendet avses bl.a. en kommuns åtaganden, direkt eller indirekt, för ett bostadsföretag över vilket kommunen har bestämmande inflytande d.v.s. ett kommunalt bostadsföretag. Av förordningens 2 och 3 §§ framgår att stöd lämnas i mån av tillgång på medel och att detta kan ske i form av kreditgarantier eller bidrag. Beslut om bidrag fattas av Statens bostadsnämnd. Beslut om kreditgarantier fattas av Statens bostadskreditnämnd.

Ansökan om stöd skall enligt 5 § göras hos Statens bostadsnämnd. Målet med nämndens verksamhet är enligt förarbetena till de ändringar i LAB som trädde i kraft den 1 januari 2003 att "... ge de kommunala bostadsföretagen långsiktigt hållbara ekonomiska förutsättningar för en kostnadseffektiv bostadsförvaltning som är anpassad till den förväntade befolkningsutvecklingen, för att på så sätt minska kommunernas bördor av deras åtaganden för boendet i de fall kostnaden inte kan bäras av kommunen själv. Nämnden skall vidare medverka till att kommunala borgensåtaganden för lån till bostadsrättsföreningar avvecklas. Nämnden kan, utöver att lämna direkta statliga bidrag, medverka vid kommunens och det kommunala bostadsföretagets upplåning och förmedla statliga kreditgarantier. Det kan även bli aktuellt att staten övertar övertaliga fastigheter för utveckling eller avveckling samt att staten blir delägare i och tillskjuter kapital till kommunala bostadsföretag."²¹

²⁰ Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 4919-03, 2004-10-20.

²¹ Prop. 2002/03:1 (Budgetpropositionen för år 2003), bilaga 10, utgiftsområde 18, sid. 20 ff.

Kristian Pedersen

Statens Bostadsomvandling AB är ett helägt statligt bolag som har till uppgift att omvandla tomma bostäder i det kommunala fastighetsbeståndet. Föremålet för bolagets verksamhet är enligt bolagsordningen ”att förvärva, äga, förvalta och utveckla eller avveckla bostadsföretag och fastigheter som övertas från kommuner eller kommunala bostadsföretag”. Statens Bostadsomvandling AB har vid kontakter med NOU uppgivit att en förutsättning för att bolaget skall kunna överta lägenheter är att kommunen har avtal med Statens bostadsnämnd om omstrukturering av det kommunala bostadsföretaget.²²

Ernst & Young Real Estate har på uppdrag av Fastighetsägarna i en rapport kartlagt arten och omfattningen av det offentliga stödet till de kommunala bostadsföretagen.²³ Kartläggningen baserar sig på de offentliga årsredovisningarna för år 2002 för de kommunala bostadsföretag som verkar på den allmänna bostadshyresmarknaden. Totalt omfattar kartläggningen 287 företag. Av dessa har enligt rapporten 273 nettostöd i form av en eller flera av nedanstående stödformer.

1. Direkt stöd för att förbättra resultatet
2. Stöd som reducerar lånekostnaderna
3. Kostnad för eget kapital
4. Stöd i form av otillräckliga avskrivningar

Det sammanlagda stödet har i rapporten beräknats till 12 447 mkr.

3 NOU:s bedömning

3.1 Kommunala bostadsföretag

Den definition av de kommunala bostadsföretagen som framgår av 1 kap. 2 § LAB innebär enligt NOU:s mening att dessa bolag uppfyller rekvisitet i 1 kap. 6 § 3 p. LOU, att styrelsen ”till mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet”. I flertalet fall torde även rekvisitet att bolaget huvudsakligen skall finansieras

²² Skrivelse från SBO till NOU den 21 december 2004.

²³ Offentligt stöd till kommunala bostadsföretag, Utredning av Ernst & Young Real Estate på uppdrag av Fastighetsägarna Sverige, Stockholm 2004.

Kristian Pedersen

av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet vara uppfyllt.²⁴

Mot bakgrund av de ovan återgivna förarbetsuttalandena till den lagstiftning som reglerar de kommunala bostadsföretagens verksamhet, anser NOU det vara klarlagt att denna typ av företag lagligen endast får bedriva allmännyttig verksamhet. De kommunala bostadsföretagen tillgodoser således behov i det allmännas intresse i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU.

Vad gäller frågan huruvida dessa behov är av industriell eller kommersiell karaktär gör NOU följande bedömning. Många kommunala bostadsföretag verkar på lokala marknader i konkurrens med privata bostadsföretag. De kommunala bostadsföretagen lyder emellertid, som framgår av de ovan citerade förarbetena, under ett antal kommunalrättsliga begränsningar. En sådan begränsning rör syftet med verksamheten. Oavsett hur det förhåller sig med självkostnadsprincipens tillämplighet på de kommunala bostadsföretagen anser NOU det i vart fall vara klarlagt att kommunala bostadsföretag inte lagligen får drivas med det huvudsakliga syftet att generera vinst.

Kommunala bostadsföretag har dessutom en bostadspolitisk funktion där allmännyttan förväntas vara vägledande beträffande hyresnivåer etc. Kommunala bostadsföretag skiljer sig därför från privatägda bostadsföretag även beträffande den ekonomiska risk för verksamheten som ett kommunalt bostadsföretag bär. Vid nybyggnation och förvärv av befintliga fastigheter är det inte ovanligt att kommunala bostadsföretag erhåller offentlig finansiering genom aktieägartillskott, direkta bidrag, kommunala borgensåtaganden eller andra typer av garantier. Kommunala bostadsföretag lyder i allt väsentligt under samma associationsrättsliga regelverk som privatägda bostadsföretag. Det innebär att den yttersta konsekvensen, om ett kommunalt bostadsföretag inte klarar av att få täckning för sina kostnader, kan bli att bostadsföretaget försätts i konkurs. Det torde dock vara ytterst sällsynt att kommunala bostadsföretag verkligen försätts i konkurs.

²⁴ NOU har sedan år 1998 upprepade gånger påtalat att definitionen inte överensstämmer med vad som anges i upphandlingsdirektiven eftersom den nuvarande regeln i 1 kap. 6 § LOU istället för "finansiering" anger "tillskjutet kapital". Upphandlingsutredningen föreslår nu i SOU 2005:22 att detta skall rättas till och att motsvarande punkt i definitionen fr.o.m. år 2006 skall ha lydelsen "som till största delen finansieras av staten, en kommun, ett landsting, eller ett annat offentligt styrt organ".

Kristian Pedersen

Verksamheten synes därmed inte begränsas av de ekonomiska ramarna på samma sätt som hos privata företag utan den drivs vidare, i princip utan någon direkt avgörande koppling till om verksamheten går med vinst eller förlust, så länge som det i kommunledningen finns en majoritet mot att verksamheten skall upphöra. De ovan angivna funktioner som kommunala bostadsföretag förväntas fylla torde oftast innebära att inte ens olönsamma bolag försätts i konkurs. Till detta bör läggas det faktum att det, genom den verksamhet som i enlighet med StödF bedrivs av Statens bostadsnämnd och Statens bostadskreditnämnd samt Statens Bostadsomvandling AB, finns en officiell författningsreglerad mekanism för att tillskjuta finansiering till olönsamma kommunala bostadsföretag. Ett olönsamt kommunalt bostadsföretag kan därigenom, till skillnad från ett privatägt bostadsföretag, få direkta statliga bidrag, erhålla statlig hjälp vid upplåning samt erhålla statliga kreditgarantier. Möjlighet finns också att staten övertar övertaliga fastigheter för utveckling eller avveckling samt att staten blir delägare i och tillskjuter kapital till kommunala bostadsföretag. Mot denna bakgrund anser NOU att kommunala bostadsföretag inte kan anses bära den ekonomiska risken för sin verksamhet i den mening som avses i EG-domstolens rättspraxis.

Mot bakgrund av det ovan anförda finner NOU att kommunala bostadsföretag inte lagligen får bedrivas med huvudsakligt vinstsyfte, faktiskt inte kan anses bära den ekonomiska risken för sin verksamhet och dessutom ofta erhåller offentlig finansiering. Kommunala bostadsföretag är således upphandlande enheter i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU.

3.2 De kommunala bostadsföretagen i Göteborg

Vad som framkommit om och anförts av de granskade kommunala bostadsföretagen i Göteborg medför inte att dessa bolag kan bedömas på annat sätt än övriga kommunala bostadsföretag. Förvaltnings AB Framtiden, Bostads AB Poseidon, Göteborgs stads Bostads AB, Familjebostäder i Göteborg AB, Bostads AB Gårdsten och AB Hjällbo Bostaden är därför upphandlande enheter i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU.

NOU förväntar sig därför att bolagen före utgången av år 2005 till NOU inkommer med en plan, med konkreta åtgärder, av vilken det framgår hur bolagen kommer att säkerställa att bestämmelserna i LOU inte åsidosätts vid bolagens upphandlingar.

Kristian Pedersen

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 17 oktober 2005 i vilket deltog, kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, chefsjuristen Anna Lefevre Skjöldebrand och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Kristian Pedersen. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen

Kopia för kännedom:

Finansdepartementet
Konkurrensverket
Stadsrevisionen i Göteborgs stad
SABO