

Magnus Nilsson

DATUM
2004-03-09
ERT DATUM
2003-12-17

DIARIENR
2003/0332-22
ER BETECKNING
Ju2003/9069/L1

1 (3)

Justitiedepartementet
Enheten för fastighetsrätt och
associationsrätt

103 33 STOCKHOLM

Yttrande avseende Aktiebolag med begränsad vinstutdelning, SOU 2003:98

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har anmodats att yttra sig över rubricerade utredning. NOU begränsar sitt remissvar till de frågor som har beröring med offentlig upphandling. NOU har tidigare lämnat skriftliga synpunkter under utredningen, NOU:s dnr 2003/0224-29.

NOU:s utgångspunkter

En verksamhetsinriktning på barnomsorg, skola, sjukvård och äldreomsorg medför att leverantörens tjänster eller varuleveranser i de flesta fall blir föremål för offentlig upphandling. Tilldelning av offentliga kontrakt måste då ske i enlighet med lagen om offentlig upphandling (LOU) och bakomliggande EG:s upphandlingsdirektiv. NOU anser det värdefullt att utredningen beaktat upphandlingsreglernas betydelse.

NOU tar inte ställning till om det finns ett behov av en ny aktiebolagsform utan yttrar sig endast över huruvida utredningens förslag är förenliga med upphandlingsreglerna.

Särbehandling av aktiebolag av den nya formen vid offentlig upphandling

Utredningen anger att flertalet av de sammanslutningar som lämnat synpunkter till utredningen har uttryckt en stor skepsis mot behovet av en ny aktiebolagsform. En majoritet av dessa har även framfört farhågor om att den nya bolagsformen i framtiden av myndigheterna kommer att påtvingas aktörerna på marknaderna antingen genom krav från upphandlande enheter eller som en förutsättning för att erhålla offentliga medel.

NOU vill därför anföra att det i samband med offentlig upphandling inte är möjligt att ställa krav på att en leverantör för att tilldelas ett kontrakt bedriver verksamheten i en särskild associationsform.

Upphandlingsreglernas syfte är att förverkliga den inre marknaden på så sätt att offentliga kontrakt i medlemsstaterna inte skall kunna förbehållas inhemska leverantörer. Medlemsstaterna ska se till att upphandlingsförfarandena i praktiken innebär att de offentliga marknaderna öppnas för konkurrens. EG-domstolen har därför i sin rättspraxis betonat att de *grundläggande gemenskapsrättsliga principerna* måste iakttas vid offentlig upphandling, nämligen principen om öppenhet (transparens), likabehandling, förbud mot nationell diskriminering, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.¹ Utredningen lägger inte heller fram några förslag på särbehandling av aktiebolag av den nya formen i samband med upphandling. NOU anser att möjligheter till särbehandling inte får finnas. Tilldelning av offentliga kontrakt skall därför även i praktiken ske utan ovidkommande hänsyn och utan någon preferens för en viss associationsrättslig form och utan hänsyn till leverantörens nationella hemvist. Alla fysiska och juridiska personer, inklusive ideella föreningar, skall behandlas lika och utan hänsyn till om de är offentligt eller privat ägda och om de delar ut vinst eller inte. Att direkt eller indirekt gynna eller missgynna en leverantör på grund av leverantörens associationsform är enligt NOU:s uppfattning inte förenligt med upphandlingsreglerna.

NOU delar utredningens uppfattning att för det fall svenska myndigheter i framtiden kommer att knyta tillstånd till viss verksamhet eller möjlighet att erhålla offentliga bidrag och dylikt till att verksamheten bedrivs i den nya formen av aktiebolag kan sådana villkor eventuellt komma i konflikt med EG-rätten.

Möjlighet för aktiebolag av den nya formen att delta i offentlig upphandling

För att ett aktiebolag av den nya formen skall kunna erhålla offentliga kontrakt är det nödvändigt att bolaget kan kvalificera sig vid offentliga upphandlingar och därvid visa önskad grad av ekonomiska och finansiella styrka.² Även förmåga till nyinvesteringar, vidareutbildning av personal, forskning och utveckling m.m. kan bli avgörande för bolagets förmåga att

¹ Se t.ex. EG-domstolens dom C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab ./. Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne*

² En upphandlande enhet skall enligt 1 kap. 18 § LOU i annonsen om upphandling eller inbjudan till anbudsgivning ange vilka bevis den vill ha om en leverantörs finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. Se vidare förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling. Förordningen gäller inte vid upphandlingar enligt 6 kap. LOU, enligt vilket flertalet vård- och utbildningsupphandlingar skall göras, men kan tjäna som vägledning när det gäller att fastställa vilka krav som kan ställas och vilka bevis som kan begäras i en upphandling.

kvalificera sig som leverantör och/eller uppfylla förfrågningsunderlagets krav. NOU kan inte se att ett aktiebolag av den nya formen inte skulle kunna visa upp de bevis som krävs vid leverantörskvalificeringen. NOU kan däremot inte bedöma huruvida en leverantörs ekonomiska förutsättningar, och därmed möjlighet att kvalificeras till upphandlingar, skulle påverkas p.g.a. den begränsade vinstutdelningen.

Generella problem vid offentlig upphandling

De sammanslutningar som yttrat sig under utredningens arbete har även uppgett att en del av de problem och svårigheter som privata entreprenörer stöter på har sin grund i det upphandlingsförfarande som tillämpas. Särskilt allt för korta avtalstider anges vara ett problem. NOU anser att detta belyser vikten av ett seriöst upphandlingsarbete hos de upphandlande myndigheterna. Vad gäller avtalstider har NOU i ett yttrande till Regeringsrätten³ uttalat att avtalstidens längd får bedömas från fall till fall med hänsyn till karaktären av anskaffningen. Upphandling av vissa varor eller tjänster kan kräva en längre avtalstid för kontinuitetens skull. Detsamma gäller t.ex. drift av sjukhus eller andra avtal där stora investeringar måste göras av leverantören.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 17 mars 2004 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, sektionschefen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, teknologie doktor Börje Hed och upphandlingschef Lisbeth Johnson. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av ek. kand. Magnus Nilsson. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Magnus Nilsson

³ NOU:s dnr 2003/0176-29