

Lagrådsremiss

Offentlig upphandling från eget företag – och vissa andra frågor

Regeringen överlämnar denna remiss till Lagrådet.

Stockholm den 16 februari 2012

Peter Norman

Rikard Jermsten
(Finansdepartementet)

Lagrådsremissens huvudsakliga innehåll

I denna lagrådsremiss föreslås att det i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, införs ett nytt s.k. in house-undantag från kravet på upphandling. Det nya undantaget innebär att avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd inte anses utgöra ett kontrakt enligt LOU. Undantaget gäller endast under förutsättning att kontroll- och verksamhetskriterierna, de s.k. Teckal-kriterierna, är uppfyllda. Villkoren innebär dels att den upphandlande myndigheten måste utöva 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 måste bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den. Om dessa villkor är uppfyllda anses relationen mellan parterna som intern, varför upphandling enligt LOU inte behöver ske.

I lagrådsremissen föreslås även nya bestämmelser som rör de kommunala företagen. Bestämmelserna innebär bl.a. att det kommunala ändamålet och de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten i fråga ska anges i bolagsordningen för helägda aktiebolag. Bestämmelserna innebär vidare en förstärkt uppsiktsplikt för kommun- och landstingsstyrelser.

Slutligen föreslås att nämnder i kommuner, landsting och kommunalförbund får möjlighet att delegera beslutanderätten i en upphandling till anställda i s.k. inköpscentraler som anlitas för att medverka vid en upphandling i egenskap av ombud.

Lagändringen om in house-undantaget föreslås träda i kraft den 2 januari 2013. Övriga lagändringar föreslås träda i kraft den 1 januari 2013.

Innehållsförteckning

1	Beslut	6
2	Lagförslag	7
2.1	Förslag till lag om ändring i kommunallagen (1991:900) .	7
2.2	Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling	9
2.3	Förslag till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter	10
2.4	Förslag till lag om ändring i lagen (2010:570) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling...	12
3	Ärendet och dess beredning	13
4	Undantag från upphandlingsskyldighet i in house-situationer	13
4.1	Förutsättningar för upphandlingsskyldighet och vissa definitioner	13
4.1.1	Regleringen om upphandling – en överblick..	13
4.1.2	Vissa definitioner.....	14
4.1.3	Avtal mellan två parter som förutsättning för upphandlingsskyldighet	15
4.2	EU-domstolens praxis om in house-undantaget m.m.	16
4.2.1	Inledning.....	16
4.2.2	Teckal-målet	18
4.2.3	En närmare formulering av in house-undantaget.....	19
4.2.4	Kontrollkriteriet	21
4.2.5	Verksamhetskriteriet.....	24
4.2.6	Viss samverkan oberoende av Teckal-kriterierna	26
4.3	SYSAV-målen och det temporära undantaget.....	27
4.3.1	RÅ 2008 ref. 26	27
4.3.2	Det temporära undantaget.....	28
4.4	Offentligt ägda företag i Sverige m.m.	29
4.4.1	Privaträttsliga organisationsformer i offentlig verksamhet	29
4.4.2	Kommunalrättsliga organisationsformer för samverkan.....	36
4.4.3	Handel mellan det offentliga och dess företag.....	38
4.4.4	Kontroll över svenska privaträttsliga associationer	41
4.4.5	Kontroll över svenska kommunalförbund och gemensamma nämnder	45
4.5	Ett in house-undantag införs i svensk rätt.....	48
4.5.1	Ett undantag införs i LOU	48
4.5.2	Ett undantag införs inte i övrig upphandlingslagstiftning eller i lagen om valfrihetssystem.....	52
4.6	Utformningen av undantaget	54
4.6.1	Ett generellt utformat in house-undantag.....	54

4.6.2	Undantaget gäller för avtal mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd	57
4.6.3	Undantaget gäller under förutsättning att kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda	62
4.6.4	In house-undantagets räckvidd	65
5	De kommunala företagens befogenheter	73
5.1	Problem med bristande bundenhet	73
5.2	De kommunala befogenheterna och de kommunala företagen	73
5.2.1	Den kommunala kompetensen	73
5.2.2	De kommunala företagens kompetens	78
5.3	Säkerställande av att de kommunala företagen binds av de kommunala befogenheterna	80
5.3.1	Det kommunala ändamålet och de kommunala befogenheterna ska komma till uttryck i bolagsordningarna för kommunala aktieföretag	80
5.3.2	Förstärkt uppsiktsplikt för kommun- och landstingsstyrelser	86
6	Insyn i kommunala företag och entreprenader	90
6.1	Regelverket om insyn i kommunala företag och entreprenader	90
6.1.1	Kommunala företag	90
6.1.2	Kommunala entreprenader	92
6.2	Behov av åtgärder	93
7	Extern delegation av kommunala upphandlingsbeslut	95
7.1	Problem med avsaknad av en extern delegationsmöjlighet	95
7.2	Överföring av kommunal beslutanderätt och inköpscentraler	96
7.2.1	Kommunallagens bestämmelser om delegation	96
7.2.2	Bestämmelser om extern delegation i annan lagstiftning	98
7.2.3	Kommuners och landstings möjligheter att använda sig av fullmakt	99
7.2.4	Särskilt om upphandlingsärenden	100
7.2.5	Inköpscentraler	101
7.3	Behov av en möjlighet att överföra beslutanderätten externt	103
7.3.1	Administrativt merarbete m.m.	103
7.3.2	Till vilka bör överföring av beslutanderätt kunna ske?	104
7.4	Ny extern delegationsmöjlighet införs	106
7.4.1	Nya delegationsbestämmelser införs	106
7.4.2	Den närmare utformningen av den nya regleringen	110

8	Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser.....	115
8.1	Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling m.m.	115
8.2	Förslaget till lag om ändring i kommunallagen (1991:900).....	116
8.3	Förslaget till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter	117
9	Konsekvenser.....	117
9.1	Undantag från upphandlingsskyldighet.....	117
9.2	De kommunala företagens befogenheter	119
9.3	Extern delegation av kommunala upphandlingsbeslut ..	120
10	Författningskommentar.....	121
10.1	Förslaget till lag om ändring i kommunallagen (1991:900).....	121
10.2	Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling	124
10.3	Förslaget till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter	127
10.4	Förslaget till lag om ändring i lagen (2010:570) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.	129
Bilaga 1	Sammanfattning av betänkandet Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor (SOU 2011:43).....	130
Bilaga 2	Lagförslag i betänkandet Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor (SOU 2011:43)	145
Bilaga 3	Förteckning över remissinstanserna.....	152

1 Beslut

Regeringen har 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.

2 Lagförslag

2.1 Förslag till lag om ändring i kommunallagen (1991:900)

Härigenom föreskrivs i fråga om kommunallagen (1991:900)¹
dels att 3 kap. 17 § ska ha följande lydelse,
dels att det i lagen ska införas två nya paragrafer, 6 kap. 1 a och 1 b §§,
av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

3 kap.

17 §²

Om en kommun eller ett landsting med stöd av 16 § lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier, *skall* fullmäktige

1. fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten,

2. *utse samtliga styrelseledamöter,*

3. *se till att fullmäktige får ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas.*

Fullmäktige *skall* också utse minst en lekmannarevisor i aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier.

Vad som anges i första stycket gäller, när kommunen ensam eller landstinget ensamt bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet. Fullmäktige *skall* även

Om en kommun eller ett landsting med stöd av 16 § lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier, *ska* fullmäktige

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

3. *utse samtliga styrelseledamöter, och*

4. *se till att det anges i bolagsordningen att fullmäktige får ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas.*

Fullmäktige *ska* också utse minst en lekmannarevisor i aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier.

Första stycket tillämpas också när kommunen ensam eller landstinget ensamt bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet. *Det som anges om*

¹ Lagen omtryckt 2004:93.

² Senaste lydelse 2006:369.

utse minst en revisor i en sådan stiftelse.

Till lekmannarevisor i aktiebolaget eller revisor i stiftelsen *skall* fullmäktige utse någon av de revisorer som enligt 9 kap. 1 § valts för granskning av styrelsen och övriga nämnders verksamhet.

bolagsordningen i första stycket ska i stället avse stiftelseförordnandet eller stiftelseurkunden. Fullmäktige ska även utse minst en revisor i en sådan stiftelse.

Till lekmannarevisor i aktiebolaget eller revisor i stiftelsen *ska* fullmäktige utse någon av de revisorer som enligt 9 kap. 1 § valts för granskning av styrelsen och övriga nämnders verksamhet.

6 kap.

1 a §

Styrelsen ska i årliga beslut för varje sådant aktiebolag som avses i 3 kap. 17 och 18 §§ ta ställning till om den verksamhet som har bedrivits av företaget under föregående kalenderår har varit förenlig med det fastställda kommunala ändamålet och utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna. Om styrelsens ställningstagande innebär att så inte är fallet, ska den lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder.

1 b §

Styrelsen ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de krav som anges i 3 kap. 17 och 18 §§ är uppfyllda i fråga om sådana aktiebolag som avses i dessa bestämmelser.

-
1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013.
 2. För stiftelser som har bildats före ikraftträdandet gäller 3 kap. 17 § i sin äldre lydelse.

2.2 Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs att det i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ska införas en ny paragraf, 2 kap. 10 a §, av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

2 kap.

10 a §¹

Med kontrakt enligt 2 kap. 10 § avses dock inte avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om

1. den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, och

2. den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den.

Denna lag träder i kraft den 2 januari 2013 och ska tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet.

¹ Tidigare 2 kap. 10 a § upphävd genom 2010:570.

2.3 Förslag till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter

dels att det i lagen ska införas fyra nya paragrafer, 6 kap. 4–7 §§, samt närmast före 6 kap. 4 § en ny rubrik av följande lydelse,

dels att det i lagen närmast före 6 kap. 3 § ska införas en ny rubrik som ska lyda ”Arbetsgivarfrågor”.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

6 kap.

Upphandling

4 §

En nämnd i en kommun, ett landsting eller ett kommunalförbund får efter överenskommelse med en inköpscentral uppdra åt anställda i inköpscentralen att i en upphandling besluta på nämndens vägnar. Detta gäller under förutsättning att inköpscentralen har anlitats av nämnden för att medverka vid upphandlingen i egenkap av ombud enligt

1. 4 kap. 22 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, eller

2. 4 kap. 4 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Uppdrag enligt första stycket får inte lämnas i de fall som avses i 6 kap. 34 § kommunallagen (1991:900).

5 §

Föreskrifterna i 6 kap. 33 § kommunallagen (1991:900) om uppdrag att besluta på nämndens vägnar tillämpas på ärenden enligt 4 § första stycket.

6 §

Beslut som anställda i en inköpscentral fattar på en nämnds vägnar ska anmälas till den som har lämnat uppdraget.

7 §

*Föreskrifterna i 6 kap. 24–27 §§
kommunallagen (1991:900) om
jäv tillämpas på anställda i
inköpscentraler som fattar beslut
på en nämnds vägnar.*

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013.

2.4 Förslag till lag om ändring i lagen (2010:570) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs att ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till lagen (2010:570) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ska ha följande lydelse.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013.

3 Ärendet och dess beredning

Regeringen beslutade den 3 september 2009 att tillkalla en särskild utredare med uppdrag att analysera om det finns behov av ett generellt eller sektoriellt undantag från upphandlingsskyldighet när stat, kommuner och landsting anskaffar varor eller tjänster från företag som de helt eller delvis innehar eller är medlemmar i (dir. 2009:81). För det fall utredaren bedömde att ett undantag borde införas skulle det motsvara den EU-rättsliga praxis i form av de s.k. Teckal-kriterierna som utvecklats av EU-domstolen. Utredaren skulle i så fall även lämna författningsförslag och förslag till andra eventuella åtgärder.

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

Utredningen, som antog namnet Utredningen om offentliga företag – upphandling, kontroll, insyn (OFUKI-utredningen) (Fi 2009:08), fick genom tilläggsdirektiv den 28 oktober 2010 (dir. 2010:115) även i uppdrag att bl.a. analysera om det finns behov av bestämmelser som gör det kommunalrättsligt möjligt att delegera rätten att fatta upphandlingsbeslut till någon annan. I uppdraget ingick att lämna förslag till en sådan delegationsbestämmelse och att utarbeta nödvändiga författningsförslag.

Utredningen överlämnade i april 2011 betänkandet Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor (SOU 2011:43). En sammanfattning av betänkandet finns i *bilaga 1*. Betänkandets lagförslag finns i *bilaga 2*.

Betänkandet har remissbehandlats. En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 3*. Remissyttrandena och en sammanställning av remissvaren finns tillgängliga i Finansdepartementet (dnr Fi2011/2235).

4 Undantag från upphandlingsskyldighet i in house-situationer

4.1 Förutsättningar för upphandlingsskyldighet och vissa definitioner

4.1.1 Regleringen om upphandling – en överblick

Regler om upphandling återfinns i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, förkortad LUF, och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, förkortad LUFSS.

I LOU genomförs i huvudsak Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid

offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster⁴ (det s.k. klassiska direktivet). I LUF genomförs i huvudsak Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet)⁵. Genom LUF genomförs huvudsakligen Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG⁶.

Europeiska kommissionen har den 20 december 2011 lämnat förslag till revidering av det klassiska direktivet (KOM (2011) 896 slutlig) och försörjningsdirektivet (KOM (2011) 895 slutlig). Kommissionen lämnade även samma dag förslag till ett nytt direktiv om koncessioner (KOM (2011) 897 slutlig). Kommissionen har i dessa direktivförslag bl.a. föreslagit att vissa situationer, då relationen mellan den upphandlande myndigheten och leverantören ska ses som intern, inte ska omfattas av direktiven. Det kan även noteras att kommissionen inför sina förslag till nya direktiv bl.a. har gjort en analys av rättsläget när det gäller offentligt-offentligt samarbete (SEK (2011) 1169 slutlig).

Lagbestämmelser på upphandlingsområdet finns även i lagen (2008:962) om valfrihetssystem, förkortad LOV. I denna lag finns regler om vad som gäller för de kommuner och landsting som vill konkurrensutsätta kommunala verksamheter genom att överlåta valet av utförare av stöd samt vård- och omsorgstjänster till brukaren eller patienten. Kontrakt inom ett valfrihetssystem har i lagstiftningsarbetet bedömts vara tjänstekoncessioner (prop. 2008/09:29 s. 52). Lagen har inte tillkommit i syfte att genomföra ett direktiv.

4.1.2 Vissa definitioner

En grundläggande förutsättning för att LOU ska vara tillämplig, utom för anordnande av projekttävlingar, är att det är fråga om *offentlig upphandling* (1 kap. 2 § första stycket LOU). Med detta uttryck avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader (2 kap. 13 § LOU).

Definitionen av offentlig upphandling innehåller i sig flera begrepp som har betydelse för lagens tillämpningsområde och som också definieras i denna. Med *upphandlande myndighet* avses statliga och kommunala myndigheter men begreppet omfattar också vissa andra organ (2 kap. 19 § första stycket LOU). Med myndighet jämställs nämligen beslutande församlingar i kommuner och landsting, offentligt styrda organ samt sammanslutningar av en eller flera myndigheter eller församlingar eller av ett eller flera offentligt styrda organ (2 kap. 19 § andra stycket LOU).

⁴ EUT L 134, 30.4.2004, s. 114 (Celex 32004L0018).

⁵ EUT L 134, 30.4.2004, s. 1 (Celex 32004L0017).

⁶ EUT L 216, 20.8.2019, s. 76 (Celex 32009L0081).

Med *offentligt styrda organ* avses bl.a. bolag och föreningar som tillgodoser behov i det allmännas intresse – annat än av industriell eller kommersiell karaktär – och som har en viss koppling till staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet till följd av finansiering, verksamhetskontroll eller utseende av ledamöter i styrelse eller motsvarande ledningsorgan (2 kap. 12 § LOU).

Kontrakt definieras som ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som dels sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, dels avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, dels undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur (2 kap. 10 § LOU). Särskilda definitioner finns av byggtreprenadkontrakt, tjänstekontrakt och varukontrakt (2 kap. 3, 18 och 21 §§ LOU). Dessa baseras på definitionen av kontrakt. Definitionen av kontrakt i LOU bygger på definitionen av kontrakt i artikel 1.2 a i det klassiska direktivet (2004/18/EG). Definitionen avser skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv.

Ett temporärt undantag från definitionen av kontrakt i LOU infördes den 15 juli 2010 och upphör att gälla den 1 januari 2013 (2 kap. 10 a § LOU). Innehållet och bakgrunden till det temporära undantaget behandlas i avsnitt 4.3.

Med *leverantör* avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader (2 kap. 11 § LOU). Begreppet innefattar också grupper av leverantörer.

Begreppet *tjänstekoncession* definieras som ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten (2 kap. 17 § LOU).

4.1.3 Avtal mellan två parter som förutsättning för upphandlingskyldighet

Den svenska lagstiftningen om upphandling är tillämplig när en upphandlande myndighet eller upphandlande enhet vidtar åtgärder för att anskaffa t.ex. varor eller tjänster utanför den egna organisationen. Regleringen ställer däremot inga krav på att en extern anskaffning ska göras. Det står i stället myndigheten eller enheten fritt att utföra sina uppgifter med egna resurser, dvs. i egen regi. Valfriheten för upphandlande myndigheter och enheter framgår inte uttryckligen av upphandlingslagarnas bestämmelser men följer av att deras tillämpning förutsätter ett avtal mellan dels minst en upphandlande myndighet eller enhet, dels minst en leverantör (2 kap. 10 § LOU respektive LUF och 2 kap. 14 § LUFSS).

På motsvarande sätt som i den svenska regleringen saknas krav i unionsrätten på att en upphandlande myndighet ska vända sig utanför sin organisation för att utföra sina uppgifter. Den upphandlande myndigheten anses således ha möjlighet att utföra sina uppgifter med egna medel utan att behöva vända sig till externa enheter utanför sin

organisation. I ett sådant fall anses det inte vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor som ingåtts med en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person (se bl.a. EU-domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna [Stadt Halle], REG 2005 s. I-1). När det gäller transaktioner mellan enheter inom samma juridiska person framgår det dock inte klart av EU-domstolens praxis om, och i så fall under vilka förutsättningar, upphandlings-skyldighet föreligger (se bl.a. EU-domstolens dom av den 7 december 2000 i mål C-94/99, ARGE Gewässerschutz mot Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft [ARGE], REG 2000 s. I-11037, punkt 40, och EU-domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen och Stadtwerke Brixen AG [Parking Brixen], REG 2005 s. I-8585, punkt 57).

En upphandlande myndighet som anskaffar varor eller tjänster från en från myndigheten *fristående juridisk person*, är således normalt sett upphandlingskyldig. EU-domstolen har dock klargjort att det under vissa förutsättningar inte krävs upphandling enligt upphandlingsdirektiven för sådana avtal, då dessa inte anses omfattas av direktiven. Relationen mellan den upphandlande myndigheten och leverantören ses i dessa fall som intern. I avsnittet nedan beskrivs EU-domstolens praxis i detta hänseende. Utredningen om offentliga företag – upphandling, kontroll, insyn (OFUKI-utredningen) har i sitt betänkande Offentlig upphandling från eget företag?! - och vissa andra frågor, lämnat en mer utförlig beskrivning av EU-domstolens praxis om in house-undantaget, (se SOU 2011:43 s. 75–131).

4.2 EU-domstolens praxis om in house-undantaget m.m.

4.2.1 Inledning

Genom EU-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 (Teckal), REG 1999 s. I-8121, och flera efterföljande domar står det klart att EU-rätten under särskilda förutsättningar inte kräver att upphandling genomförs när anskaffning sker från en fristående enhet som har ett särskilt samband med den offentliga myndighet som är upphandlande myndighet. Redan i domen i Teckal-målet slogs de övergripande förutsättningarna för detta undantag fast, nämligen de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna. I det följande används begreppet Teckal-kriterierna då båda kriterierna åsyftas och benämningen in house-undantaget för undantaget i sig.

I avsnitten nedan beskrivs EU-domstolens praxis om in house-undantaget. De avgöranden, förutom domen i mål C-107/98, Teckal, som hittills finns på området är särskilt EU-domstolens – dom av den 7 december 2000 i mål C-94/99, ARGE Gewässerschutz mot Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft (ARGE), REG 2000 s. I-11037,

- dom av den 8 maj 2003 i mål C-349/97, Konungariket Spanien mot Europeiska gemenskapernas kommission (Tragsa), REG 2003 s. I-3851,
- dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (Stadt Halle), REG 2005 s. I-1,
- dom av den 13 januari 2005 i mål C-84/03, Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Spanien, REG 2005 s. I-139,
- dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Consorzio Aziende Metano mot Comune di Cingia de' Botti (Coname), REG 2005 s. I-7287,
- dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen och Stadtwerke Brixen AG (Parking Brixen), REG 2005 s. I-8585,
- dom av den 10 november 2005 i mål C-29/04, Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Österrike (Mödling), REG 2005 s. I-9705,
- dom av den 6 april 2006 i mål C-410/04, Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori mot Comune di Bari och AMTAB Servizio SpA (ANAV), REG 2006 s. I-3303,
- dom av den 11 maj 2006 i mål C-340/04, Carbotermo SpA och Consorzio Alisei mot Comune di Busto Arsizio och AGESP SpA (Carbotermo), REG 2006 s. I-4137,
- dom av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, Jean Auroux m.fl. mot Commune de Roanne (Auroux), REG 2007 s. I-385,
- dom av den 19 april 2007 i mål C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales mot Transformación Agraria SA och Administración del Estado (Asemfo), REG 2007 s. I-2999,
- dom av den 18 december 2007 i mål C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia mot Administración General del Estado, REG 2007 s. I-12175,
- dom av den 17 juli 2008 i mål C-371/05, Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Italien (Mantova), REG 2008 s. I-110,
- dom av den 13 november 2008 i mål C-324/07, Coditel Brabant SA mot Commune d'Uccle och Région de Bruxelles-Capitale (Coditel), REG 2008 s. I-8457,
- dom av den 8 april 2008 i mål C-337/05, Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Italien, REG 2008 s. I-2173,
- dom av den 9 juni 2009 i mål C-480/06, Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland (Hamburg), REG 2009 s. I-4747,
- dom av den 10 september 2009 i mål C-573/07, Sea Srl mot Comune di Ponte Nossa (Sea), REG 2009 s. I-8127,
- dom av den 15 oktober 2009 i mål C-196/08, Acoset SpA mot Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa m.fl. (Acoset), REG 2009 s. I-9913, och
- dom av den 22 december 2010 i mål C-215/09, Mehiläinen Oy och Terveystalo Healthcare Oy mot Uleåborgs stad, REG 2010 s. I-0000 (ännu inte publicerad).

4.2.2 Teckal-målet

I domen i mål C-107/98, Teckal, tolkade EU-domstolen definitionen av varuupphandlingskontrakt som fanns i artikel 1 a i det nu upphävda direktiv 93/36/EEG (det äldre varudirektivet)⁷. Bakgrunden i målet var att kommunstyrelsen i den italienska kommunen Viano hade beslutat att anförtro handhavandet av uppvärmningen av vissa kommunala byggnader åt AGAC. Beslutet föregicks inte av något anbudsförfarande.

AGAC var en sammanslutning som bildats av flera kommuner, däribland Vianos kommun, i enlighet med italienska lagbestämmelser om särskilda företag. I lagstiftningen definierades företagstypen som en inrättning inom en lokal enhet som är en juridisk person och ett självständigt företag med sina egna, av kommunstyrelsen eller provinsstyrelsen godkända stadgar.

EU-domstolen anförde att Vianos kommun var en upphandlande myndighet i den mening som avsågs i varudirektivet. Det ankom således på den nationella domstol som hade begärt förhandsavgörande att kontrollera om förhållandet mellan kommunen och AGAC även uppfyllde de andra villkoren i direktivet för att utgöra ett offentligt varuupphandlingskontrakt. EU-domstolen konstaterade att definitionen av sådana kontrakt innefattar att det ska vara fråga om ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor och angav att det för frågan huruvida ett avtal föreligger skulle kontrolleras om det fanns en överenskommelse mellan två skilda personer (se punkterna 47 och 49). EU-domstolen anförde därefter följande.

”I detta avseende är det enligt artikel 1 a i direktiv 93/36 i princip tillräckligt att avtalet har slutits mellan, å ena sidan, en lokal myndighet, och, å andra sidan, en i förhållande till denna myndighet fristående juridisk person. Endast i det fallet att den lokala myndigheten, samtidigt, utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla” (se punkt 50). I domslutet angav EU-domstolen följande. ”Rådets direktiv 93/36/EEG av den 4 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor är tillämpligt när en upphandlande myndighet, såsom en lokal myndighet, avser att sluta ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor om leverans av produkter med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet, oberoende av om denna enhet själv är en upphandlande myndighet.”

⁷ Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, 9.8 1993, s. 1, Svensk specialutgåva: Område 6, Volym 4, s. 126, Celex 31993L0036).

4.2.3 En närmare formulering av in house-undantaget

Av domen i mål C-107/98, Teckal, framgår att två kriterier måste vara uppfyllda för att avtal mellan en lokal myndighet som är upphandlande myndighet och en fristående juridisk person ska kunna vara undantagna upphandlingsskyldighet med stöd av in house-undantaget (punkt 50). Kriterierna tar sikte på dels den upphandlande myndighetens kontroll över den fristående juridiska personen, dels omfattningen av den verksamhet som den juridiska personen bedriver tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den.

In house-undantaget och Teckal-kriterierna har bekräftats och utvecklats av EU-domstolen i en rad avgöranden. I mål C-295/05, Asemfo, har domstolen återgett sin rättspraxis enligt följande. ”Enligt domstolens fasta rättspraxis krävs det enligt direktiven om offentlig upphandling inte någon anbudsinfordran, även om avtalspartnern är en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person, om två villkor är uppfyllda. Den myndighet som är upphandlande myndighet skall utöva en kontroll över den fristående enheten motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning, och denna enhet skall bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den” (punkt 55).

Liknade beskrivningar av in house-undantaget finns bl.a. domarna i mål C-480/06, Hamburg, punkt 34, och C-537/07, Sea, punkt 36.

Enligt EU-domstolen har Teckal-kriterierna särskilt till syfte att undvika att konkurrensen snedvrids (se domen i mål C-340/04, Carbotermo, punkt 59). I flera domar har EU-domstolen även anfört att kriterierna, såsom undantag från de allmänna unionsrättsliga bestämmelserna, ska tolkas strikt. Vidare har domstolen anfört att det är den som avser att återropa in house-undantaget som har bevisbördan för att det verkligen finns sådana omständigheter som motiverar att undantag görs (se domarna i mål C-26/03, Stadt Halle, punkt 46, och mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 63).

Fristående juridisk person eller fristående enhet?

I flera av EU-domstolens domar formuleras att in house-undantaget gäller för avtal med en fristående juridisk person. Begreppet återfinns t.ex. i domarna i mål C-107/98, Teckal, punkt 50, mål C-26/03, Stadt Halle, punkt 49, mål C-29/04, Mödling, punkt 34, mål C-295/05, Asemfo, punkt 55, och mål C-573/07, Sea, punkt 36. I stället för, eller vid sidan av, begreppet fristående juridisk person har även uttrycket fristående enhet använts i flera domar, exempelvis i de ovan nämnda målen Teckal, punkt 51, Stadt Halle, punkt 49, Mödling, punkt 34, Asemfo, punkt 55, samt i mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 57, och mål C-480/06, Hamburg, punkt 34. Även vid en jämförelse mellan de olika rättegångsspråken i dessa mål kan konstateras att EU-domstolen på motsvarande sätt använt olika uttryck.

Mot bakgrund av de olika uttrycken i EU-domstolens domar synes in house-undantaget i unionsrätten inte begränsa sig till anskaffning från juridiska personer utan också vara tillämpligt på anskaffning från andra formellt fristående enheter.

Är innehav ett krav?

I de svenska språkversionerna av EU-domstolens avgöranden anges att den fristående enheten ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den (bl.a. i domarna i mål C-107/98, Teckal, punkt 50, mål C-340/04, Carbotermo, punkt 33, mål C-295/05, Asemfo, punkt 55, och mål C-573/07, Sea, punkt 36). Detta uttryck antyder att in house-undantaget förutsätter exempelvis ägande eller medlemskap. I den svenska versionen av domen i mål C-29/04, Mödling, punkt 34, används uttrycket den eller de upphandlande myndigheter som äger enheten.

På rättegångsspråken har domstolen i vissa fall däremot uttryckt sig på ett sätt som innebär att huvuddelen av verksamheten ska bedrivas tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den (se bl.a. den italienska versionen av domen i mål C-107/98, Teckal, punkt 50, och mål C-573/07, Sea, punkt 36, samt den spanska versionen av domen i mål C-295/05, Asemfo, punkt 55).

De olika språkversionerna av EU-domstolens avgöranden ger sammantaget ett intryck av att in house-undantaget inte förutsätter att den eller de upphandlande myndigheter som kontrollerar den fristående enheten äger eller på annat sätt innehar den. En annan fråga är att tillräcklig kontroll kan vara väsentligt svårare att uppnå om det saknas t.ex. ägarskap i relationen mellan den upphandlande myndigheten och den fristående enheten.

Lokala och andra myndigheter som upphandlande myndigheter

Av EU-domstolens praxis följer att in house-undantaget kan vara tillämpligt såväl då den upphandlande myndigheten är en lokal myndighet, t.ex. en kommun (se bl.a. domen i mål C-107/98, Teckal) som då den upphandlande myndigheten är en statlig myndighet (se bl.a. domen i mål C-295/05, Asemfo). Däremot har EU-domstolen hittills inte uttryckligen behandlat frågan om också upphandlande myndigheter som inte är offentliga myndigheter kan tillämpa in house-undantaget (se vidare avsnitt 4.6.2).

Formulering enligt hittillsvarande praxis

Mot bakgrund av det som anförts ovan kan in house-undantaget och Teckal-kriterierna enligt hittillsvarande praxis formuleras på följande sätt. Ett anbudsförfarande krävs inte vid ett avtal med ekonomiska villkor som ingås med en – i förhållande till den offentliga myndighet som är upphandlande myndighet – fristående enhet, om

1. den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den fristående enheten som motsvarar myndighetens kontroll över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet), och
2. den fristående enheten bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar enheten (verksamhetskriteriet).

Huvudregeln om upphandlingskyldighet när det finns ett avtal gäller oberoende av om den fristående enhet med vilken avtalet ingås själv är en upphandlande myndighet (se bl.a. domarna i mål C-107/98, Teckal, punkt 51, mål C-26/03, Stadt Halle, punkt 47, och mål C-220/05, Auroux, punkt 66).

4.2.4 Kontrollkriteriet

Kontrollkriteriet innebär att den upphandlande myndigheten ska utöva en kontroll över den fristående enheten som motsvarar den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning.

Vid bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt ska det enligt EU-domstolen göras en helhetsbedömning. Samtliga relevanta lagbestämmelser och omständigheter ska beaktas (se domarna i mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 65, C-340/04, Carbotermo, punkt 36, C-324/07, Coditel, punkt 28, och C-573/07, Sea, punkt 65).

Kontrollen över den fristående enheten ska motsvara den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning, men detta innebär inte ett krav på att kontrollmöjligheterna i alla aspekter ska vara identiska. Kontrollen ska emellertid vara effektiv (se domen i mål C-324/07, Coditel, punkt 46).

För att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt ska kontrollen göra det möjligt för myndigheten att påverka de beslut som fattas av den fristående enheten. Det ska vara fråga om en möjlighet till *avgörande påverkan* på såväl strategiska mål som viktiga beslut (se bl.a. domen i mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 65). I de svenska språkversionerna av EU-domstolens avgöranden förekommer även ordvalet *bestämmande inflytande* på såväl strategiska mål som viktiga beslut (se domarna i mål C-324/07, Coditel, punkt 28, och mål C-573/07, Sea, punkt 65). I jämförelse med andra språkversioner framstår begreppen som synonyma.

De omständigheter som prövats i EU-domstolens praxis om kontrollkriteriet kan sammanföras i huvudgrupper efter olika frågeställningar. Dessa är i viss mån överlappande men kan på ett övergripande plan sägas ta sikte på den fristående enhetens form, olika innehavare av den fristående enheten, relationen mellan den upphandlande myndigheten och den fristående enheten samt eventuell marknadsmässig inriktning hos den fristående enheten.

Olika former av fristående enheter

I EU-domstolens avgöranden har det förekommit fristående enheter av flera olika slag. Att den fristående enheten varit av ett visst slag har i sig dock inte i något fall medfört att EU-domstolen ansett att den upphandlande myndigheten haft otillräcklig kontroll. I fråga om aktiebolag har EU-domstolen anfört att tillämpning av in house-undantaget på intet sätt utesluts av att den fristående enheten har en sådan form (se domen i mål C-573/07, Sea, punkt 41).

Olika innehavare av den fristående enheten

Om den upphandlande myndigheten ensam eller tillsammans med andra offentliga myndigheter äger hela aktiekapitalet i det bolag som tilldelats det aktuella kontraktet tyder detta enligt EU-domstolen som regel på, utan att vara av avgörande betydelse för bedömningen, att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över bolaget som motsvarar den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning (se domarna i mål C-340/04, Carbotermo, punkt 37, mål C-295/05, Asemfo, punkt 57, och mål C-324/07, Coditel, punkt 31).

EU-domstolen anförde i domen i mål C-324/07, Coditel, att det inte är nödvändigt att den kontroll som en offentlig myndighet utövar över en fristående enhet är individuell. En offentlig myndighet som innehar andelar i enheten *tillsammans med andra myndigheter* kan i stället utöva erforderlig kontroll gemensamt med dessa myndigheter (punkterna 45 och 46). Som förklaring anförde domstolen bl.a. att den möjlighet som offentliga myndigheter har att använda sig av egna medel för att tillhandahålla offentliga tjänster kan utövas i samarbete med andra offentliga myndigheter (punkt 47). EU-domstolen anförde vidare att det saknar betydelse vilket beslutsförfarande, bl.a. majoritetsbeslut, som används i fråga om ett kollegialt organ (punkt 51). Betydelsen av att den upphandlande myndigheten är innehavare av endast en minoritet av andelarna i den fristående enheten har behandlats av EU-domstolen i flera domar (se bl.a. mål C-295/05, Asemfo, mål C-324/07, Coditel, mål C-573/07, Sea, och mål C-231/03, Coname).

Om ett *privatägt företag är delägare* i en fristående enhet, om än i minoritetsställning, är det enligt EU-domstolen uteslutet att den upphandlande myndigheten kan utöva en kontroll över enheten som motsvarar dess kontroll över den egna förvaltningen (se bl.a. domarna i mål C-26/03, Stadt Halle, punkt 49, mål C-29/04, Mödling, punkt 46, mål C-220/05, Auroux, punkt 64, mål C-324/07, Coditel, punkt 30, mål C-573/07, Sea, punkt 46 och mål C-231/03, Coname, punkt 26). EU-domstolen har emellertid uttalat att det faktum att det finns en möjlighet för privata investerare att köpa in sig i bolaget, bara kan beaktas om det vid den tidpunkt då kontraktet i fråga tilldelas bolaget, konkret framgår att en sådan möjlighet kommer att erbjudas på kort sikt (se domen i mål C-573/07, Sea, punkt 50).

EU-domstolen har i några avgöranden berört frågan om kontroll över ett aktiebolag som ägs av en offentlig myndighet via en annan juridisk person (se bl.a. domarna i mål C-340/04, Carbotermo, mål C-295/05, Asemfo, och mål C-371/05, Mantova). Domstolens avgöranden utvisar att kontroll enligt kontrollkriteriet under vissa omständigheter kan utövas över ett aktiebolag som innehas indirekt. Ett sådant indirekt innehav kan exempelvis ske via ett holdingbolag. I vilka fall ett sådant indirekt ägande kan godtas står dock inte helt klart. I mål C-295/05, Asemfo, och mål C-371/05, Mantova, förelåg indirekt innehav av den fristående enheten. Denna omständighet föranledde inte några uttalanden av EU-domstolen, som dock ansåg att kontrollkriteriet var uppfyllt. Direkta uttalanden om betydelsen av ett sådant innehav finns endast i mål C-340/04, Carbotermo, där domstolen pekade på att förekomsten av ett holdingbolag som mellanled kan försvaga den offentliga myndighetens

kontroll över den fristående enheten (punkt 39). Vilka omständigheter som kan innebära en sådan försvagning har däremot inte klargjorts av domstolen.

Relationen mellan den upphandlande myndigheten och den fristående enheten

Den fristående enhetens möjligheter att agera självständigt i förhållande till den eller de upphandlande myndigheter som innehar enheten har i EU-domstolens praxis tillmätts stor betydelse i bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt.

Vid denna bedömning har EU-domstolen beaktat den nationella rättens särdrag. I vilken utsträckning nationell rätt i sig ger små eller stora möjligheter till kontroll är således av betydelse för om kontrollkriteriet är uppfyllt. Den fristående enheten kan exempelvis ha en så begränsad självständighet till följd av en särskild ställning i nationell rätt att kontrollkriteriet anses uppfyllt (se bl.a. domarna i mål C-349/97, Tragsa, och mål C-295/05, Asemfo).

EU-domstolen har även vid bedömningen av kontrollkriteriet gjort en bedömning av befogenheter och självständighet hos det styrande organet i den fristående enheten. Detta innefattar exempelvis omständigheter såsom i vad mån den upphandlande myndigheten tillsätter ledamöter i den fristående enhetens styrande organ, om det finns en personell koppling mellan dessa personer och den upphandlande myndigheten, det styrande organets befogenheter avseende den löpande och icke löpande driften av bolaget samt om en tjänsteman hos den upphandlande enheten har utsetts för verksamhetsstyrning och övervakning av den fristående enheten (se bl.a. domarna i mål C-458/03, Parking Brixen, mål C-340/04, Carbotermo, mål C-371/05, Mantova, mål C-324/07, Coditel, och mål C-573/07, Sea).

Marknadsmässig inriktning hos den fristående enheten

Enligt EU-domstolens praxis kan en marknadsmässig inriktning hos den fristående enheten hota den upphandlande myndighetens kontroll över denna. Domstolen angav exempelvis i mål C-573/07, Sea, att prövningen avsåg omfattningen av verksamheten för det aktuella aktiebolaget – geografiskt och avseende inriktning – samt vilka möjligheter bolaget hade att skapa relationer till företag inom den privata sektorn (punkt 73). Domstolen fann att kontrollkriteriet var uppfyllt. Domstolen konstaterade att bestämmelserna i bolagsordningen tydde på dels att den geografiska räckvidden för bolagets verksamhet inte sträckte sig utanför de kommuner som ägde bolaget, dels att bolaget hade till syfte att tillhandahålla tjänster endast för dessa kommuner (punkt 76). Av bolagsordningen framgick dock att bolaget även hade vissa befogenheter att utföra tjänster till förmån för privatpersoner. EU-domstolen ansåg att om de befogenheter som gavs bolaget att tillhandahålla tjänster till privata ekonomiska aktörer bara var ett komplement till företagets huvudverksamhet, så hindrade inte dessa befogenheter att bolagets huvudsyfte fortfarande var att tillhandahålla offentliga tjänster. Att

bolaget hade sådana befogenheter räckte således inte för att kunna konstatera att det hade en marknadsmässig inriktning som hotade ägarnas kontroll över bolaget (punkt 79).

Frågan om marknadsmässig inriktning hos den fristående enheten beaktades av EU-domstolen även i domen i mål C-458/03, Parking Brixen. Domstolen fann i det målet att kontrollkriteriet inte var uppfyllt. Målet rörde ett aktiebolag som efter ombildning fått en marknadsmässig inriktning, vilket enligt domstolen gjorde det osäkert om kommunen kunde utöva kontroll. EU-domstolen pekade på en rad faktorer som indikerade den bristande kontrollen (punkt 67). En av dessa var att väsentliga befogenheter hade tilldelats bolagets styrelse och en annan att det inom kort skulle bli möjligt för utomstående att köpa aktier i bolaget. De övriga omständigheterna var omvandlingen i sig av det särskilda företaget till ett aktiebolag och karaktären av denna bolagstyp, att verksamhetsföremålet hade utvidgats samt att verksamhetsområdet hade utvidgats till hela Italien och till utlandet.

4.2.5 Verksamhetskriteriet

Verksamhetskriteriet innebär att den fristående enheten ska utföra huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar (kontrollerar) den. Innebörden av kriteriet har utvecklats av EU-domstolen främst i domen i mål C-340/04, Carbotermo, men viss vägledning ges också i några andra domar.

Mål C-340/04, Carbotermo, avsåg tillämpning av direktiv 93/36/EEG (det äldre varudirektivet). Den fristående enhet som var aktuell i målet – ett italienskt aktiebolag som ägdes av flera offentliga myndigheter via ett holdingbolag – bedömdes av EU-domstolen inte stå under tillräcklig kontroll för att kontrollkriteriet skulle vara uppfyllt. Domstolen behandlade emellertid även vissa frågor om verksamhetskriteriet.

En fråga i målet var om regleringen om anknutna företag i försörjningsdirektivet (numera artikel 23 i direktiv [2004/17/EG], som genomförts i bl.a. 1 kap. 15 och 16 §§ LUF) skulle tillämpas analogt i bedömningen av verksamhetskriteriet. EU-domstolen fann emellertid att en analog tillämpning inte skulle ske (punkt 57).

I mål C-340/04, Carbotermo, förklarade EU-domstolen i övrigt att verksamhetskriteriet särskilt har till syfte att säkerställa att direktivet är tillämpligt i det fall då ett företag som kontrolleras av en eller flera myndigheter är aktivt på marknaden och således kan konkurrera med andra företag (punkt 60). Enligt EU-domstolen berövas nämligen inte ett företag nödvändigtvis sin handlingsfrihet endast på grund av att de beslut som berör företaget kontrolleras av den myndighet som innehar det, om företaget fortfarande kan utöva en betydande del av sin ekonomiska verksamhet tillsammans med andra aktörer. Det krävs också att företagets tjänster huvudsakligen är avsedda enbart för denna myndighet (punkterna 61 och 62).

Att den fristående enheten ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet som innehar (kontrollerar) enheten medför enligt EU-domstolen att enheten huvudsakligen måste utöva verksamhet åt denna myndighet. All annan verksamhet får endast vara av

marginell karaktär (punkt 63). I bedömningen av om så är fallet ska alla omständigheter beaktas, dvs. såväl kvalitativa som kvantitativa (punkt 64).

Med anledning av den nationella domstolens frågeställningar behandlade EU-domstolen frågan huruvida det i sammanhanget endast skulle tas hänsyn till den omsättning som härrörde från verksamhet som bedrivits tillsammans med den övervakande myndigheten eller till den omsättning som härrör från verksamhet som bedrivits på denna myndighets territorium. Den omsättning som skulle anses avgörande var enligt domstolen den som härrörde från verksamhet som det ifrågasvarande företaget bedrivit enligt tilldelningsbeslut som antagits av den övervakande myndigheten, däribland den omsättning som härrörde från verksamhet som det ifrågasvarande företaget bedrivit tillsammans med användare vid genomförandet av sådana beslut (punkt 65). EU-domstolen angav att all den verksamhet som det företag som tilldelats kontraktet bedriver inom ramen för en tilldelning som gjorts av den upphandlande myndigheten ska beaktas, oavsett om mottagaren är den upphandlande myndigheten själv eller tjänsteanvändaren (punkt 66). Enligt EU-domstolen saknar det betydelse vem som betalar det ifrågasvarande företaget, dvs. den myndighet som innehar det eller tredje parter som använder tjänster som tillhandahålls enligt koncessioner eller andra rättsförhållanden som upprättas av nämnda myndighet. Likaså saknar det enligt EU-domstolen betydelse på vilket territorium nämnda tjänster tillhandahålls (punkt 67).

För ett företag som innehas av flera olika myndigheter kan den verksamhet som företaget bedriver tillsammans med samtliga dessa myndigheter beaktas i bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt (punkterna 68–71).

EU-domstolen summerade sitt resonemang enligt följande (punkt 72 och domslutet). ”Vid bedömningen av om ett företag bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet som innehar det, i syfte att fastställa huruvida direktiv 93/36 är tillämpligt, ska all den verksamhet som detta företag bedriver inom ramen för en tilldelning som gjorts av den upphandlande myndigheten beaktas, oberoende av vem som betalar denna verksamhet – den upphandlande myndigheten själv eller de som använder de tillhandahållna tjänsterna. Det saknar härvid betydelse på vilket territorium verksamheten bedrivs.”

EU-domstolens allmänna uttalanden om verksamhetskriteriet i domen i mål C-340/04, Carbotermo, har i flera avseenden bekräftats i senare domar (se domarna i mål C-295/05, Asemfo, punkt 62, C-371/05, Mantova, punkterna 31 och 32, C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia mot Administración General del Estado, punkt 62, och C-324/07, Coditel, punkt 44).

Domen i mål C-295/05, Asemfo, ger även viss ytterligare vägledning om vad som krävs enligt verksamhetskriteriet. I denna dom ansåg EU-domstolen att verksamhetskriteriet var uppfyllt. Den aktuella fristående enheten var ett spanskt aktiebolag (Tragsa) vars aktiekapital ägdes till 99 procent av den spanska staten, antingen direkt eller genom holdingbolag och garantifonder. Aktiekapitalet i övrigt ägdes av fyra (av 17) autonoma gemenskaper till vardera lika andelar. Enligt EU-domstolen framgick det av handlingarna att Tragsa bedrev i genomsnitt mer än 55 procent av sin

verksamhet tillsammans med de autonoma gemenskaperna och närmare 35 procent tillsammans med staten. EU-domstolen ansåg därför att Tragsa bedrev huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med de offentliga sammanslutningar och organ som innehade bolaget (punkt 63).

Domen i mål C-573/07, Sea, antyder att det finns ett visst samband mellan kontrollkriteriet och verksamhetskriteriet på så sätt att möjligheterna för en fristående enhet att skapa relationer till företag inom den privata sektorn synes kunna vara relevant för båda kriterierna. Domen ger dock inte uttryck för annat än att verksamhetskriteriet har en självständig betydelse (punkterna 79 och 80).

Sammanfattningsvis har inte verksamhetskriteriet kommit under EU-domstolens prövning i lika hög grad som kontrollkriteriet. Som angetts ovan är det hittills främst genom domen i mål C-340/04, Carbotermo, och i viss mån genom domen i mål C-295/05, Asemfo, som EU-domstolen gett vägledning om verksamhetskriteriet. Domstolens uttalanden ger dock inte förutsättningar för någon närmare precisering av vad kriteriet innebär.

Främst utifrån uttalandena i Carbotermo-domen synes följande allmänna utgångspunkter gälla vid tillämpning av verksamhetskriteriet. En jämförelse ska synbarligen göras mellan sådan verksamhet som den fristående enheten bedriver tillsammans med den upphandlande myndigheten eller de upphandlande myndigheter som innehar enheten och eventuell annan verksamhet som den fristående enheten bedriver. Huvuddelen av den fristående enhetens verksamhet ska nämligen utföras tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den och all annan verksamhet får endast vara av marginell karaktär.

En helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet ska göras. Såväl kvalitativa som kvantitativa omständigheter ska beaktas.

Sådan verksamhet som den fristående enheten bedriver tillsammans med den upphandlande myndigheten inbegriper all den verksamhet som bedrivs inom ramen för tilldelning som gjorts av den upphandlande myndigheten, oavsett om mottagaren är den upphandlande myndigheten själv eller andra användare av enhetens tjänster. Det saknar betydelse vem som betalar den fristående enheten för verksamheten. Ersättningen kan alltså härröra från den upphandlande myndigheten eller från tredje parter som använder den fristående enhetens tjänster, tillhandhållna enligt koncessioner eller andra rättsförhållanden som upprättats av den upphandlande myndigheten. Vilket territorium tjänsterna tillhandahålls på saknar betydelse.

4.2.6 Viss samverkan oberoende av Teckal-kriterierna

Den praxis av EU-domstolen som behandlats ovan innebär att undantag från upphandlingsskyldighet kan tillämpas då Teckal-kriterierna är uppfyllda i relationen till en fristående enhet. Samverkansförhållandet mellan den upphandlande myndigheten och den fristående enheten i dessa fall skulle kunna beskrivas som *vertikalt*, bl.a. med hänsyn till att enheten ska stå under den upphandlande myndighetens kontroll.

EU-domstolen har dock även i domen i mål C-480/06, Hamburg, prövat om ett avtal mellan flera offentliga myndigheter om visst

samarbete, som inte skedde genom en fristående enhet, borde ha föregåtts av ett upphandlingsförfarande. Trots att ingen av myndigheterna utövade kontroll i enlighet med kontrollkriteriet över någon av de andra myndigheterna, bedömde EU-domstolen att det saknades upphandlings-skyldighet i den aktuella situationen. Enligt EU-domstolen utgjorde avtalet såväl grunden som den rättsliga ramen för ett framtida inrättande och drift av en anläggning genom vilken en allmännyttig tjänst var avsedd att fullgöras. Avtalet hade enligt domstolen ingåtts uteslutande av offentliga myndigheter, utan inblandning av någon privat avtalspart, och i avtalet angavs eller föregreps inte i något avseende den offentliga upphandling som eventuellt skulle vara nödvändig för inrättandet och driften av avfallsanläggningen (punkt 44).

Det samverkansförhållande som var aktuellt i Hamburg-domen skulle kunna beskrivas som *horisontellt* (jfr punkt 19 i domen), bl.a. eftersom ingendera av parterna utövade kontroll över den andra parten. Även om domen i vissa avseenden har samband med EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna som behandlats ovan, gav den alltså uttryck för ett undantag från upphandlings-skyldighet som i grunden skiljer sig från in house-undantaget.

En slutsats som kan dras av domen är att unionsrätten under vissa förhållanden inte kräver upphandling vid samarbete mellan offentliga organ, även om samarbetet inte sker med användning av en gemensamt kontrollerad fristående enhet. Förutsättningarna för när upphandling inte krävs klargjordes dock inte tydligt i domen och för närvarande saknas andra vägledande avgöranden från EU-domstolen. Det kan dock noteras att Europeiska kommissionen i sina förslag den 20 december 2011 till nya upphandlingsdirektiv föreslagit möjlighet till undantag från upphandling vid visst samarbete mellan upphandlande myndigheter (KOM (2011) 896 slutlig, KOM (2011) 895 slutlig och KOM (2011) 897 slutlig).

4.3 SYSAV-målen och det temporära undantaget

4.3.1 RÅ 2008 ref. 26

I SYSAV-målen (RÅ 2008 ref. 26) ställdes Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen) inför frågan om den svenska upphandlingslagstiftningen gav utrymme för undantag från upphandlings-skyldighet när kommuner köper tjänster från kommunala bolag. Regeringsrätten konstaterade att den svenska lagens ordalydelse svårligen gav utrymme för tolkningen att kommunerna skulle vara undantagna från lagens regelverk när de köper tjänster från kommunala bolag. Med hänvisning till bl.a. vissa förarbeten anförde Regeringsrätten att det tvärtom allmänt torde anses att den svenska lagstiftningen inte medgav att kommuner och landsting köper varor och tjänster från sina egna bolag utan formell upphandling. Regeringsrätten anförde vidare att EG-domstolen (numera EU-domstolen) i ett antal domar, t.ex. i domen i mål C-295/05, Tragsa, har uttalat att direktiv 92/50 inte utgör hinder mot nationell lagstiftning som innebär att företag som på visst sätt är knutna till en upphandlande enhet (de s.k. Teckal-kriterierna) utför uppdrag åt

enheten utan iakttagande av direktivets bestämmelser. Då den nationella lagstiftningen i Sverige inte innehöll några sådana undantag från upphandlingsskyldigheten aktualiserades dock enligt Regeringsrättens mening inte frågan om tillämpning av Teckal-kriterierna i de nu aktuella målen. Regeringsrättens bedömning var därmed att kommunen varit skyldig att upphandla den aktuella tjänsten.

Regeringsrättens avgörande i SYSAV-målen innebar således att, i avsaknad av nationell reglering, offentligt bedriven verksamhet i bolagsform måste vara upphandlad.

4.3.2 Det temporära undantaget

Såväl staten, landsting och kommuner bedriver delar av sin verksamhet i bolagsform. Mot bakgrund av det stora antalet offentligt ägda bolag ansågs ett krav, i enlighet med avgörandet i SYSAV-målen, på att tillämpa LOU när staten, landsting och kommun anskaffar varor från de egna bolagen kunna få stora konsekvenser. Avgörandet ställde krav på en snabb omställning i den offentliga sektorn eftersom det medförde att staten, kommuner och landsting var tvungna att antingen genomföra upphandling i enlighet med LOU, med risk att förlora upphandlingskontrakt med stora omställningskostnader till följd, eller att avbolagisera sin verksamhet.

Regeringen ansåg att frågan om behovet och omfattningen av ett in house-undantag i svensk rätt var komplicerad och innefattade många olika intressen som noggrant måste vägas mot varandra. Det ansågs därför av största vikt att frågan analyserades och utreddes mer ingående innan ställning kunde tas till en permanent reglering. Regeringen tillsatte därför en särskild utredare som fick i uppdrag att närmare analysera behovet av och förutsättningarna för en sådan reglering (dir. 2009:81).

Mot bakgrund av de stora ekonomiska konsekvenser som sannolikt skulle drabba framför allt kommuner och landsting fram till dess att utredningen hade presenterat sitt förslag eller en eventuell reglering faktiskt hade införts, ansåg dock regeringen att det var angeläget att vidta åtgärder för att en övergång till en eventuell permanent reglering inte skulle leda till onödiga och kostsamma omställningar i statens, kommunernas och landstingens bolagsinnehav. Regeringen föreslog därför att ett temporärt in house-undantag i 2 kap. 10 a § LOU skulle införas som innebär att en upphandlande myndighet inte behöver tillämpa LOU när den anskaffar varor eller tjänster från en juridisk person (exempelvis ett aktiebolag, 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 EU-domstolens rättspraxis (prop. 2009/10:134 s. 28 f.). Det temporära in house-undantaget infördes den 15 juli 2010 och upphör att gälla den 1 januari 2013 (SFS 2010:570).

4.4 Offentligt ägda företag i Sverige m.m.

Staten, kommuner och landsting kan i princip använda sig av samtliga förekommande privaträttsliga associationsformer då verksamhet bedrivs utanför den egna juridiska personen. Vanligast är att sådan verksamhet bedrivs i aktiebolag enligt aktiebolagslagen (2005:551), förkortad ABL. I EU-domstolens avgöranden har det dock förekommit olika typer av juridiska personer såsom fristående enheter. Att den fristående enheten varit av visst slag har i sig inte i något fall medfört att EU-domstolen ansett att in house-undantaget inte varit aktuellt. Detta innebär att in house-undantaget kan aktualiseras för andra juridiska personer än aktiebolag, exempelvis ekonomiska och ideella föreningar samt kommunalrättsliga organisationsformer för samverkan, exempelvis kommunalförbund och gemensamma nämnder.

4.4.1 Privaträttsliga organisationsformer i offentlig verksamhet

Aktiebolag

Bestämmelser om aktiebolag finns i ABL. Ett aktiebolag är en juridisk person och kan således förvärva rättigheter och ådra sig förpliktelser. Ett aktiebolag kännetecknas av att de som deltar i bolaget, aktieägarna, inte ansvarar personligen för bolagets förpliktelser (1 kap. 3 § ABL, jfr 2 kap. 26 § ABL). Aktiebolagsformen är användbar för i princip vilken verksamhet som helst och för såväl multinationella storföretag som småföretagare. Bolagsformen är inte förbehållen privata ägare utan kan användas också för kommunal och statlig verksamhet. I ABL delas aktiebolag in i två olika kategorier – privata och publika aktiebolag (1 kap. 2 § ABL). Gränsen mellan de båda kategorierna har dragits på ett sådant sätt att reglerna för de publika bolagen i allmänhet gäller för större företag med stor ägarspridning, medan reglerna för privata bolag gäller för övriga bolag (prop. 1993/94:196 s. 75).

För varje aktiebolag finns en bolagsordning som ger grundläggande bestämmelser för bolagets verksamhet. Av denna ska bl.a. framgå bolagets firma, föremålet för verksamheten angett till sin art och aktiekapitalets storlek (3 kap. 1 § ABL). I bolagsordningen kan det också finnas bestämmelser som innebär avsteg från vissa av reglerna i ABL. Ett exempel är att reglerna i ABL utgår från att ett aktiebolag som huvudregel drivs i syfte att ge vinst till fördelning bland aktieägarna. Om syftet helt eller delvis är något annat ska detta anges i bolagsordningen (3 kap. 3 § ABL).

Aktiebolagets interna organisation består av bolagsorgan som står i ett hierarkiskt förhållande till varandra. Bolagsstämman är det högsta bolagsorganet och det forum där aktieägarna formellt utövar sin rätt att besluta i bolagets angelägenheter (7 kap. 1 § ABL). I alla aktiebolag finns också en styrelse som svarar för bolagets organisation och förvaltningen av bolagets angelägenheter (8 kap. 1 och 4 §§ ABL). En verkställande direktör är obligatorisk i publika bolag och får utses i privata bolag (8 kap. 27 och 50 §§ ABL). Den verkställande direktören är underordnad styrelsen och har i uppgift att sköta den löpande förvaltningen (8 kap. 29 § ABL). Som huvudregel ska det finnas minst

en revisor i ett aktiebolag (9 kap. 1 § första stycket ABL). I bolagsordningen för ett privat aktiebolag får dock under vissa förutsättningar anges att bolaget inte ska ha någon revisor (samma paragraf, andra stycket). Detta undantag är tillämpligt för små bolag utifrån vissa villkor om antal anställda, balansomslutning och nettoomsättning (samma paragraf, tredje och fjärde styckena). Om inte bolagsordningen anger något annat, får även en eller flera personer utses att vara lekmannarevisorer (10 kap. 1 § ABL). Revisorer och lekmannarevisorer har i uppgift att granska bolaget och dess åtgärder i olika avseenden.

Bolagsstämman har enligt ABL en exklusiv beslutanderätt i en rad viktiga frågor, t.ex. sådana som gäller ändringar i bolagsordningen (3 kap. 4 § ABL), fastställelse av resultat- och balansräkning samt ansvarsfrihet för styrelseledamöter och verkställande direktör (7 kap. 11 § ABL). Vissa andra beslut ska fattas av bolagsstämman om det inte föreskrivits något annat i bolagsordningen. Detta gäller exempelvis i allmänhet för beslut att utse styrelseledamöter och revisorer. I egenskap av det högsta organet har bolagsstämman därutöver i princip rätt att fatta beslut i alla andra angelägenheter som inte faller under ett annat organs exklusiva kompetens enligt ABL.

En huvuduppgift för styrelsen i ett aktiebolag är att svara för bolagets organisation och förvaltningen av bolagets angelägenheter (8 kap. 4 § första stycket ABL). Vidare ska styrelsen fortlöpande bedöma bolagets ekonomiska situation. I de bolag som har en verkställande direktör är det en av styrelsens viktigaste uppgifter att utse denne (8 kap. 27 § ABL). Förutom den interna funktionen har styrelsen en viktig roll som ställföreträdare för bolaget i dess externa relationer. Styrelsen företräder bolaget och tecknar dess firma (8 kap. 35 § ABL). Styrelsen i privata aktiebolag ska ha minst en ledamot och styrelsen i publika bolag minst tre (8 kap. 1 och 46 §§ ABL). Normalt är det bolagsstämmans uppgift att utse styrelsen för bolaget men i bolagsordningen får föreskrivas att en eller flera ledamöter ska utses på annat sätt (8 kap. 8 § ABL).

I de bolag som har en verkställande direktör utses denne av styrelsen. Den verkställande direktören har till uppgift att sköta den löpande förvaltningen enligt styrelsens riktlinjer och anvisningar (8 kap. 29 § första stycket ABL). Till den löpande förvaltningen hör alla åtgärder som inte med hänsyn till omfattningen och arten av bolagets verksamhet är av ovanligt slag eller stor betydelse. Det innebär kort sagt att den verkställande direktören ska svara för driften av rörelsen och utöva tillsyn över personalen. I brådskande situationer har den verkställande direktören möjlighet att vidta åtgärder som faller utanför den löpande förvaltningen. Styrelsen kan i viss utsträckning bemyndiga den verkställande direktören att vidta förvaltningsåtgärder som faller utanför den löpande förvaltningen. Den verkställande direktören ska i övrigt vidta de åtgärder som är nödvändiga för att bolagets bokföring ska fullgöras i överensstämmelse med lag och för att medelsförvaltningen ska skötas på ett betryggande sätt (8 kap. 29 § tredje stycket ABL).

Revisorn ska granska bolagets årsredovisning och bokföring samt styrelsens och den verkställande direktörens förvaltning (9 kap. 3 § ABL). Granskningen ska vara så ingående och omfattande som god revisionssed kräver. Revisionen ska leda fram till en årlig gransknings-

rapport, en revisionsberättelse, som ska lämnas till bolagets styrelse senast tre veckor före den bolagsstämma där redovisningen ska behandlas (9 kap. 5 och 28 §§ ABL). Revisorer ska vara auktoriserade eller godkända (9 kap. 12 § ABL). För större bolag gäller dessutom att minst en revisor ska vara auktoriserad revisor eller godkänd revisor som har avlagt en revisorsexamen (9 kap. 13 § ABL). Som utgångspunkt väljs revisorer av bolagsstämman (9 kap. 8 § ABL). Det finns dock vissa undantag – bl.a. gäller att om bolaget ska ha flera revisorer, så får det föreskrivas i bolagsordningen att en eller flera av dem, men inte alla, ska utses på annat sätt. I ABL finns regler som gör det möjligt att utse en eller flera personer – lekmannarevisorer – med uppgift att göra en s.k. allmän granskning av bolagets verksamhet utöver den lagstadgade revisionen. Den allmänna granskningen sker fortlöpande och har i väsentliga avseenden samma karaktär som revisionen. En lekmannarevisor behöver dock inte ha den formella kompetens som en revisor måste ha. En lekmannarevisor ska granska om bolagets verksamhet sköts på ett ändamålsenligt och från ekonomisk synpunkt tillfredsställande sätt och om bolagets interna kontroll är tillräcklig. Granskningen ska vara så ingående och omfattande som god sed vid detta slag av granskning kräver. Utgångspunkten är att bolagsstämman väljer lekmannarevisorer men i bolagsordningen kan föreskrivas att de ska utses på annat sätt (10 kap. 8 § ABL).

Ägarens styrning av bolaget sker på olika sätt. Bolagsstämman kan genom anvisningar skapa skyldighet för styrelsen och den verkställande direktören att besluta på visst sätt eller att underställa bolagsstämman vissa frågor innan beslut tas. Anvisningsrätten följer indirekt av 8 kap. 41 § andra stycket ABL och gäller på motsvarande sätt för styrelsen i förhållande till den verkställande direktören. Möjligheterna att ge anvisningar är långtgående men inte obegränsade. Kompetensfördelningen i ABL mellan bolagsstämman, styrelsen och den verkställande direktören är tvingande och utgör i sig en gräns för möjliga anvisningar till underordnade organ. I ett aktiebolag som har en revisor och lekmannarevisor kan bolagsstämman även ge anvisningar till dessa (9 kap. 4 § och 10 kap. 4 § ABL). För viss typ av frågor kan ett alternativ till att bolagsstämman ger anvisningar vara att bestämmelser tas in i bolagsordningen. På likartat sätt som för anvisningar gäller i fråga om bolagsordningen att den inte får innehålla föreskrifter som i praktiken berövar styrelsen eller den verkställande direktören deras ställning enligt kompetensfördelningen i ABL. Av 3 kap. 1 § första stycket 3 ABL framgår att en viss regel av kompetensbegränsande natur alltid ska finnas i bolagsordningen, nämligen bestämmelsen om bolagets verksamhetsföremål, angivet till sin art. Likaledes ska det anges i bolagsordningen om bolagets verksamhet helt eller delvis ska ha ett annat syfte än att ge vinst till fördelning mellan aktieägarna (3 kap. 3 § ABL). I viss utsträckning kan också särskilda organ inrättas för att bistå t.ex. bolagsstämman eller styrelsen. Ett exempel på detta är valberedningar eller nomineringskommittéer för beredning inför val av styrelseledamöter. Genom aktieägaravtal kan även styrning ske genom att alla eller några av aktieägarna till ett bolag kommer överens om att agera samfällt i frågor som gäller bolaget, t.ex. genom att rösta på ett visst sätt på bolagsstämman.

Ekonomiska föreningar

Bestämmelser om ekonomiska föreningar finns i lagen (1987:667) om ekonomiska föreningar, förkortad FL. En ekonomisk förening är en sammanslutning av fysiska eller juridiska personer vilka är medlemmar i föreningen. Medlemmarna är både ägare av föreningen och deltagare i föreningens verksamhet. De ekonomiska föreningarnas interna organisation är hierarkisk på likartat sätt som för aktiebolag enligt ABL. Föreningsstämman är det forum där medlemmarna formellt utövar sin rätt att besluta i föreningens angelägenheter (7 kap. 1 § första stycket FL). Stämman är föreningens högsta beslutande organ. I en ekonomisk förening ska finnas en styrelse som svarar för föreningens organisation och förvaltningen av föreningens angelägenheter (6 kap. 1 och 6 §§ FL). Vidare ska styrelsen i föreningar med över ett visst antal anställda utse en verkställande direktör. I stadgarna kan föreskrivas att styrelsen även i andra fall ska utse en verkställande direktör (6 kap. 3 § FL). Den verkställande direktören, som är underordnad styrelsen, ska ta hand om den löpande förvaltningen (6 kap. 6 § FL). En ekonomisk förening ska ha minst en revisor (8 kap. 1 § FL). FL saknar bestämmelser om lekamanna-revisorer.

På motsvarande sätt som för aktiebolag enligt ABL sker ägarens styrning av en ekonomisk förening på olika sätt. Föreningsstämman kan meddela föreskrifter som de underordnade organen är skyldiga att följa.

Liksom för bolagsorganen i aktiebolag enligt ABL gäller att kompetensfördelningen mellan föreningsstämman, styrelsen och den verkställande direktören i ekonomiska föreningar är tvingande. Denna fördelning utgör därmed i sig en gräns för i vilken utsträckning stämman kan meddela föreskrifter som underordnade organ måste följa.

Föreningsstämman kan även ge anvisningar till föreningens revisor. Ett alternativ till anvisningar är att styrande bestämmelser tas in i stadgarna. Att ändamålet med föreningens verksamhet och verksamhetens art ska anges i stadgarna innebär i sig att stadgarna ger uttryck för en viss kompetensbegränsning, som är bindande för samtliga föreningsorgan (2 kap. 2 § första stycket 3 FL).

Ideella föreningar

När det gäller ideella föreningar finns inte någon generell lagstiftning, däremot finns viss vägledning i bl.a. förarbetena till FL och i rättspraxis. För att en ideell förening ska anses som en juridisk person krävs enligt rättspraxis bl.a. att föreningen har antagit stadgar av viss fullständighet. För att det ska vara fråga om en förening i juridisk mening krävs vidare att den har ett visst antal medlemmar. Den vanligaste uppfattningen synes vara att en ideell förening även ska ha någon form av ledningsorgan som kan företräda föreningen, t.ex. en styrelse, för att ses som juridisk person.

Som följd av att det i huvudsak saknas särskilda lagregler kan ideella föreningar organiseras på flera olika sätt. Många ideella föreningar är dock organiserade efter mönster av de ekonomiska föreningarna, dvs. med en stämma som beslutande organ och en styrelse som förvaltande organ. Vid sidan av stämman kan det finnas ett representativt organ, t.ex.

fullmäktige, som sköter uppgifter i stämmans ställe. En verkställande direktör eller en liknande funktionär med uppgift att sköta den löpande förvaltningen kan ibland finnas. I regel finns också en eller flera särskilt utsedda revisorer i ideella föreningar. För vissa större ideella föreningar, beroende på bl.a. antal anställda, balansomslutning och nettoomsättning, gäller krav på att revisor ska finnas.

Försäkringsföretag

De svenska försäkringsföretagens verksamhet regleras i försäkringsrörelselagen (2010:2043), förkortad FRL. Svenska försäkringsföretag kan vara antingen försäkringsaktiebolag, ömsesidiga försäkringsbolag eller försäkringsföreningar. Försäkringsaktiebolagen omfattas som huvudregel av de regler som gäller för aktiebolag i allmänhet. Det innebär att bl.a. ABL är tillämplig som utgångspunkt. FRL innehåller dock vissa särskilda bestämmelser som gäller i stället för eller utöver den allmänna regleringen för aktiebolag. För ömsesidiga försäkringsbolag innehåller FRL dels särskilda associationsrättsliga regler, dels hänvisningar till FL. Bestämmelserna i FL är som huvudregel tillämpliga för försäkringsföreningar, men vissa särskilda föreskrifter finns i FRL.

Den interna organisationen i försäkringsföretag är hierarkisk i likhet med organisationen i aktiebolag och ekonomiska föreningar. Bolagsstämman är det högsta organet i ett försäkringsaktiebolag och ett ömsesidigt försäkringsbolag. I en försäkringsförening är föreningsstämman högsta organ. Liksom för ekonomiska föreningar får dock anges i stadgarna att stämmans befogenheter i en försäkringsförening helt eller delvis ska utövas av fullmäktige. I alla försäkringsföretag ska finnas en styrelse som svarar för företagets organisation och förvaltningen av företagets angelägenheter. Det ska även finnas en verkställande direktör med uppgift att sköta den löpande förvaltningen. Ett försäkringsföretag ska ha minst en revisor. I försäkringsaktiebolag och ömsesidiga försäkringsbolag får vidare utses en eller flera lekmannarevisorer.

Ägarens styrning av försäkringsföretag sker på olika sätt. Liksom enligt den allmänna associationsrätten enligt ABL och FL gäller att bolagsstämman eller föreningsstämman (fullmäktige) i ett försäkringsföretag kan ge anvisningar till de underordnade organen. Stämman kan också besluta om anvisningar eller föreskrifter för revisorerna. På samma sätt som för aktiebolag och ekonomiska föreningar kan styrning av ett försäkringsföretag ske genom bestämmelser i bolagsordningen eller stadgarna.

Andra privaträttsliga organisationsformer

Det finns även andra privaträttsliga organisationsformer, såsom handelsbolag och stiftelser. Med hänsyn till att staten, kommuner och landsting i regel inte bedriver företag i form av handelsbolag beskrivs dock inte denna typ av juridiska person här. När det gäller stiftelser är stiftarens möjligheter till kontroll och inflytande mycket begränsade (se avsnitt 4.4.4) Eftersom kontrollkriteriet därmed sannolikt inte kan

uppfyllas i fråga om stiftelser behandlas inte heller denna typ av juridiska person här.

Särskilt om statligt ägda företag

För privaträttsliga juridiska personer som staten är ägare till eller medlem i gäller samma associationsrättsliga regler som för sådana juridiska personer som har privata ägare eller medlemmar. Bestämmelserna i t.ex. ABL är alltså tillämpliga såväl för statligt ägda aktiebolag som för privatägda bolag. Det finns dock ett fåtal bestämmelser som endast aktualiseras då staten är ägare. Exempelvis gäller för vissa aktiebolag att Riksrevisionen får utse en eller flera revisorer att delta i revisionen tillsammans med övriga revisorer (9 kap. 8 § tredje stycket ABL jämförd med 2 § 4 lagen [2002:1022] om revision av statlig verksamhet m.m.). Revisorn i ett aktiebolag i vilket staten äger samtliga aktier är vidare skyldig att på begäran lämna upplysningar om bolagets angelägenheter till Riksrevisionen (9 kap. 46 § fjärde stycket ABL). En motsvarande skyldighet gäller för revisorer i vissa stiftelser.

Som huvudregel gäller att regeringen förvaltar och förfogar över statens tillgångar (9 kap. 8 § första stycket regeringsformen). Detta innebär att ägarrollen i statligt ägda företag, t.ex. aktiebolag, ytterst utövas av regeringen. Något hinder för regeringen att överlåta åt underordnade myndigheter att utöva ägarrollen i statligt ägda aktiebolag finns dock inte. Vissa begränsningar i regeringens dispositionsrätt finns, dels på grund av bestämmelser i budgetlagen (2011:203), dels som följd av beslut som riksdagen fattat för ett visst bolag. Regeringen får exempelvis inte utan riksdagens bemyndigande genom försäljning eller på annat sätt minska statens ägarandel i företag där staten har hälften eller mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar (8 kap. 4 § andra stycket budgetlagen).

De verktyg som staten kan använda för att styra statliga privaträttsliga företag är desamma som för privata ägare till sådana företag. För exempelvis aktiebolag kan styrning alltså ske genom bl.a. bestämmelser i bolagsordningen och anvisningar av bolagsstämman.

Särskilt om kommunalt ägda företag

Privaträttsliga juridiska personer som ägs av kommuner, landsting eller kommunalförbund eller som dessa offentliga organ är medlemmar i omfattas av samma associationsrättsliga regler som andra juridiska personer av samma slag. Exempelvis gäller reglerna i ABL i lika hög grad för kommunägda aktiebolag som för aktiebolag som ägs av privata intressenter. Ett fåtal associationsrättsliga särregler för kommunala företag finns dock, bl.a. ett undantag från det s.k. låneförbudet (21 kap. 2 § ABL).

I kommunallagen (1991:900), förkortad KL, finns ytterligare bestämmelser om kommunala företag. Där regleras bl.a. förutsättningarna för kommuner och landsting att alls bedriva verksamhet i företagsform samt anges vissa åtgärder som måste vidtas av fullmäktige i fråga om sådana företag. I KL finns vidare vissa särskilda regler om insyn i kommunala

företag. Förutom bestämmelserna i KL finns i vissa fall specialregler för kommunala företag som bedriver viss verksamhet, bl.a. kommunala elföretag (7 kap. 1 och 2 §§ ellagen [1997:857]) och kommunala bostadsföretag (2 § lagen [2010:879] om allmännyttiga bostadsföretag).

Kommuners och landstings möjligheter att lämna över vården av kommunala angelägenheter till privaträttsliga organ regleras i 3 kap. 16 § KL. Efter beslut av fullmäktige får överlämnande ske till aktiebolag, handelsbolag, ekonomiska föreningar, ideella föreningar, stiftelser eller enskilda individer. En grundförutsättning för att överlämnande ska få ske är att den verksamhet som överlämnas faller inom ramen för den kommunala kompetensen. Ytterligare en förutsättning för överlämnande är att det i specialreglering inte föreskrivits någon särskild ordning för den aktuella angelägenheten, t.ex. att verksamheten ska bedrivas i kommunens egen regi. Särskilda regler finns i bl.a. socialtjänstlagen (2001:453) och hälso- och sjukvårdslagen (1982:763). Bestämmelsen upplyser vidare om att det enligt 12 kap. 4 § regeringsformen krävs lagstöd för att vården av en angelägenhet som innefattar myndighetsutövning ska få lämnas över.

En kommunal angelägenhet kan bl.a. överlämnas till en privaträttslig juridisk person som kommunen bestämmer över till följd av ägande eller medlemskap. I dessa fall krävs att fullmäktige säkerställer inflytande i och kontroll över det särskilda rättssubjektet (3 kap. 17 och 18 §§ KL).

När det gäller helägda kommunala aktiebolag ska fullmäktige enligt 3 kap. 17 § KL fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten och utse samtliga styrelseledamöter. Vidare ska fullmäktige se till att fullmäktige får ta ställning innan det fattas sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt. Fullmäktige ska även utse minst en lekmannarevisor.

Ändamålsbestämningen av verksamheten i ett helägt aktiebolag ska vara kommunalrättsligt godtagbar (prop. 1990/91:117 s. 54). Det kommunala ändamålet kan t.ex. preciseras så att det blir klart att de olika grundsatser som gäller för kommunal verksamhet enligt KL, exempelvis likställighetsprincipen, ska gälla för bolagets verksamhet. Att kommunen eller landstinget ska fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten innebär inte att kommunalrättsliga principer automatiskt blir gällande för bolaget. I stället kan t.ex. bestämmelser i bolagsordningen vara nödvändiga för att åstadkomma detta. Även när det gäller möjligheten för fullmäktige att utse styrelseledamöter och lekman-revisorer gäller att en föreskrift om detta måste tas i bolagsordningen för att detta ska ha en bolagsrättslig verkan. När det gäller kravet på att fullmäktige, i fråga om de helägda bolagen, ska se till att fullmäktige får ta ställning till beslut av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt, står det fullmäktige fritt att välja lämplig metod för att försäkra sig rätten att uttala sig i sådana frågor. Ett sätt kan vara att föra in bestämmelser om detta i bolagsordningen, ett annat att träffa avtal med bolaget.

När det gäller aktiebolag där en kommun eller ett landsting samarbetar med någon annan, t.ex. i ett gemensamt aktiebolag, anges i 3 kap. 18 § KL att fullmäktige ska se till att den juridiska personen blir bunden av de villkor som avses i 3 kap. 17 § KL i en omfattning som är rimlig med hänsyn till andelsförhållandena, verksamhetens art och omständigheterna

i övrigt. Detsamma gäller om kommunen eller landstinget tillsammans med någon annan bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet.

När det gäller kommunal verksamhet som bedrivs i sådana företag som avses i 3 kap. 17 och 18 §§ KL har vidare styrelsen i en kommun eller ett landsting enligt 6 kap. 1 § andra stycket KL en skyldighet att ha uppsikt även över sådan verksamhet. För att på ett meningsfullt sätt kunna utöva sin uppsiktsskyldighet avseende kommunala företag kan styrelsen behöva upplysningar från företagen. Styrelsen har emellertid inte rätt till information från dessa endast med stöd av KL. Skyldighet för företagen att tillhandahålla kommun- eller landstingsstyrelsen uppgifter får i stället skapas på privaträttslig väg genom exempelvis direktiv från bolagsstämman.

När det gäller granskningen av verksamheten i de kommunala företagen har revisorerna i en kommun eller ett landsting i uppgift att granska också verksamheten i kommunala företag (9 kap. 9 § första stycket KL). Granskningen av de kommunala företagen ska ske genom de revisorer eller lekmannarevisorer som utsetts i företagen enligt 3 kap. 17 eller 18 § KL.

4.4.2 Kommunalrättsliga organisationsformer för samverkan

Kommuner och landsting kan samverka i de offentligrättsliga organisationsformerna kommunalförbund och gemensam nämnd. Den kommunalrättsliga regleringen för dessa beskrivs i följande avsnitt. Vidare beskrivs i vad mån det i rättslig mening förekommer upphandlingssituationer i relationen mellan medlemmarna i ett kommunalförbund och förbundet respektive mellan de kommuner eller landsting som inrättat en gemensam nämnd och denna nämnd.

Kommunalförbund

Kommuner och landsting som önskar samverka med varandra kan bilda kommunalförbund och lämna över värden av kommunala angelägenheter till sådana förbund (3 kap. 20 § KL). Kommunalförbundet är en offentligrättslig juridisk person och därmed fristående i förhållande till sina medlemmar, dvs. de kommuner eller landsting som bildat eller senare inträtt i förbundet. Vissa särskilda regler om kommunalförbund finns i bl.a. 3 kap. KL. I övrigt gäller KL:s bestämmelser om kommuner och landsting också för kommunalförbund om inte annat sägs eller följer av dessa bestämmelser (3 kap. 21 § KL). Regelverket för kommunalförbund, bl.a. i fråga om organisation och intern kompetensfördelning, överensstämmer därför i stor utsträckning med vad som gäller för kommuner och landsting. Samverkan i kommunalförbund är möjlig för i princip alla kommunala angelägenheter, såväl obligatoriska som frivilliga. När överlämnande skett har kommunalförbundet exklusiv kommunalrättslig kompetens att sköta den eller de uppgifter som överlämnats dit. De frågor som medlemmarna överlämnat till förbundet faller alltså utanför deras egen kompetens.

I 3 kap. 23 och 25 §§ KL finns bl.a. vissa bestämmelser om kommunalförbundens organisation. Av dessa följer att förbunds-

medlemmarna har stor frihet att bestämma över organisationen. Krav ställs på att det i ett kommunalförbund ska finnas en beslutande församling som antingen kan vara förbundsfullmäktige eller en förbundsledning. I kommunalförbund som organiserats med förbundsfullmäktige ska en förbundsstyrelse tillsättas av fullmäktige. Om ett förbund i stället är organiserat med ledning är denna såväl beslutande församling som förbundsstyrelse. I övrigt ska den beslutande församlingen tillsätta de organ, t.ex. nämnder, som utöver förbundsstyrelsen behövs för att fullgöra kommunalförbundets uppgifter.

I förbundsordningen ska bl.a. anges förbundets organisation, organens befogenheter och inbördes förhållanden och om förbundsstyrelsen ska få vara ställföreträdare för förbundsfullmäktige (3 kap. 28 § 2 KL).

Medlemmarna i ett kommunalförbund kan påverka förbundets frihet, och därigenom styra detta, genom bestämmelser i förbundsordningen, t.ex. om rapporteringsskyldighet till medlemmarna, rätt för medlemmarna att väcka ärenden i kommunalförbundets beslutande församling och rätt för medlemmarna att yttra sig innan beslut fattas i frågor av principiell betydelse eller av större vikt. Styrelserna i kommuner och landsting har även en skyldighet att ha uppsikt över sådana kommunalförbund som de är medlemmar i (6 kap. 1 § andra stycket KL).

Kommunalförbundet övertar, som ovan nämnts, i vissa fall uppgifter från sina medlemskommuner eller medlemslandsting. Kommunalförbundet övertar i dessa fall huvudmannskapet från sina medlemmar och frågorna faller därmed utanför medlemmarnas kompetens. I dessa fall sker inte någon anskaffning av varor eller tjänster och därmed föreligger inte heller något kontrakt i LOU:s mening. Det kan således konstateras att någon upphandlingsskyldighet enligt LOU inte föreligger i sådana situationer. När medlemmarna däremot anskaffar varor eller tjänster m.m. från kommunalförbundet, vilket är en i förhållande till medlemmarna fristående juridisk person, anses det normalt sett vara fråga om ett kontrakt och därmed också upphandlingsskyldighet (prop. 2009/10:134 s. 50). I dessa fall uppkommer frågan om undantag från upphandlingsskyldigheten enligt EU-domstolens praxis om Teckalkriterierna föreligger.

Gemensamma nämnder

Samverkan mellan kommuner och landsting kan ske genom bildande av en gemensam nämnd med stöd av reglerna i 3 kap. 3 a–3 c §§ KL. En sådan nämnd får fullgöra uppgifter både enligt särskilda föreskrifter och inom ramen för verksamheten i övrigt (3 kap. 3 a § första stycket KL). Det innebär att en gemensam nämnd kan få uppgifter i samma utsträckning som andra nämnder inom kommuner eller landsting. Sådana uppgifter som kommun- eller landstingsstyrelsen har vid höjd beredskap enligt lagen (2006:544) om kommuners och landstings åtgärder inför och vid extraordinära händelser i fredstid och höjd beredskap, får dock inte fullgöras av en gemensam nämnd.

Regleringen om gemensamma nämnder tillåter inte bara att kommuner samverkar med andra kommuner och landsting med andra landsting. Kommuner får också samverka med landsting under förutsättning att den

verksamhet man vill att den gemensamma nämnden ska sköta är gemensam (prop. 1996/97:105 s. 97). Uppgiften som lämnas till den gemensamma nämnden ska dock vara en kommunal angelägenhet för var och en av de samverkande (a. prop. s. 41). Det är endast inom avgränsade områden som kommuners och landstings kompetens sammanfaller. Genom specialreglering i lagen (2003:192) om gemensam nämnd inom vård- och omsorgsområdet har dock möjligheterna till samverkan inom detta område utökats.

En gemensam nämnd tillsätts i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen och ingår i denna kommuns eller detta landstings organisation (3 kap. 3 a § tredje stycket KL). Den gemensamma nämnden är, liksom övriga nämnder i en kommun eller ett landsting, en egen myndighet men inte en egen juridisk person.

En gemensam nämnds behörighet och befogenhet ska närmare preciseras i en överenskommelse mellan de berörda kommunerna och landstingen (3 kap. 3 c § KL). Exempel på sådant som bör regleras är syftet med och omfattningen av samverkan, verksamhetens finansiering, prestationskrav på verksamheten samt administrativa frågor. Liksom för andra nämnder ska det för en gemensam nämnd finnas ett reglemente med närmare föreskrifter om nämndens verksamhet och arbetsformer (6 kap. 32 § KL).

Ledamöter och ersättare i den gemensamma nämnden väljs av fullmäktige i de samverkande kommunerna eller landstingen. Var och en av de samverkande kommunerna eller landstingen ska vara representerade med minst en ledamot och en ersättare (6 kap. 9 § tredje stycket KL). Den uppsiktsplikt över nämnder som gäller för styrelsen i en kommun eller ett landsting omfattar även gemensamma nämnder (6 kap. 1 § första stycket KL). Uppsiktsplikten gäller för styrelserna i samtliga samverkande kommuner eller landsting.

När det gäller gemensamma nämnder är det svårare att göra en bedömning av om kommuners och landstings anskaffning från dessa ska anses falla inom LOU:s tillämpningsområde eller inte. Det bör dock stå klart att någon upphandlingsskyldighet inte föreligger när värdkommunen anskaffar varor eller tjänster m.m. från den gemensamma nämnden. I och med att dessa formellt sett utgör en och samma juridiska person (verksamheten bedrivs då i egen regi) uppstår inte något kontrakt i upphandlingsrättslig mening och därmed inte heller någon upphandlingsskyldighet. När däremot en kommun som har tillsatt den gemensamma nämnden men som inte är värdkommun, anskaffar varor eller tjänster m.m. från nämnden görs anskaffningen i förhållande till denna kommun från en annan juridisk person. I dessa fall skulle det därför kunna bli aktuellt att göra en prövning om undantag från upphandlingsskyldigheten enligt EU-domstolens praxis om Teckalkriterierna föreligger (prop. 2009/10:134 s. 50).

4.4.3 Handel mellan det offentliga och dess företag

Företag som ägs av staten, kommuner och landsting bedriver i viss utsträckning handel med sina ägare. Sammantaget är det till största delen inom kommuner och landsting som sådan handel sker. Handel mellan

offentligt ägda bolag och deras ägare finns i flera riktningar, dvs. såväl fall där ägaren köper från bolag som fall där bolaget köper från ägaren. Till viss del är denna handel baserad på upphandlingskontrakt enligt upphandlingslagstiftningen.

Statens företag

De statligt ägda företagen, dvs. företag som har staten som huvudägare genom en statlig myndighet eller som ingår i en koncern vars aktier huvudsakligen ägs av staten, har totalt en omsättning på ca 200 miljarder kronor och är ca 400 till antalet. En liten andel därav, totalt ca 6 procent uppges avse försäljning till den myndighet som förvaltar bolaget ("ägaren") eller till andra statliga bolag i samma koncern (SOU 2011:43 s. 297). Den låga andelen försäljning till ägare eller till bolag i koncernen beror sannolikt på att statligt ägda företag är mest förekommande inom transport-, handels-, tjänste-, energi- och fastighetsverksamheter. Dessa bolag köper och säljer inte i huvudsak från och till sina ägare utan vänder sig mot privata kunder på en extern marknad. De statliga företagen har även under de senaste decennierna varit föremål för omfattande översyner, konkurrensutsättningar och försäljningar, vilket gjort den statliga bolagssektorn mindre och effektivare med en tydligare styrning. Samtidigt har konkurrensutsättningen ökat. Av den försäljning som sker till ägaren är andelen försäljning baserad på upphandlingskontrakt enligt upphandlingslagstiftningen förhållandevis hög (62 procent).

Landstingsägda företag

De landstingsägda företagen har totalt en omsättning på drygt 30 miljarder kronor och det finns ett 80-tal aktiva bolag. De landstingsägda företagen bedriver i huvudsak verksamhet inom transportsektorn och sjukvårdssektorn. Vidare bedrivs kultur-, turism- och näringslivsfrämjande verksamhet. Trafikbolagens omsättning uppgår till cirka 20 miljarder kronor, vårdbolagens till nästan 10 miljarder kronor och övriga bolags till knappt en miljard kronor (SOU 2011:43 s. 256).

Av den totala omsättningen på 30 miljarder kronor uppgår de landstingsägda företagens försäljning till sina ägare till drygt 19 procent, eller ca 5,8 miljarder kronor. Av den försäljning som sker mellan de landstingsägda företagen och dess ägare avser 5,1 miljarder kronor hälso- och sjukvård i Stockholms läns landsting och ca 0,6 miljarder kronor tandvård m.m. i samma landsting. Det är således i princip uteslutande Stockholms läns landsting som anskaffar varor eller tjänster m.m. från egna företag, och detta köp- och säljförhållande är omfattande.

Det saknas uppgifter om hur stor del av den försäljning som sker till ägaren som är försäljning baserad på upphandlingskontrakt enligt upphandlingslagstiftningen.

Kommunalt ägda företag

De kommunalt ägda företagen har en omsättning på ca 160 miljarder kronor och uppgår till ca 1 600 till antalet (SOU 2011:43 s. 271 och

s. 274). De kommunala bolagen bedriver ett stort antal olika verksamheter. Den största andelen av omsättningen finns hos de bolag som tillhandahåller företags- och fastighetstjänster, inkluderat de kommunala bostadsbolagen och energibolagen. Hur stor del av de kommunala bolagens totala omsättning som avser försäljning till ägaren är inte helt klarlagt, men enligt en enkätundersökning som OFUKI-utredningen genomfört om offentligt ägda företag framgår att 31 procent av de svarande företagens sammanlagda nettoomsättning avser försäljning till den ägande kommunen eller till bolag i samma koncern, varav flertalet verksamhetsområden är berörda (SOU 2011:43 s. 304). Av den försäljning som sker till ägaren är andelen försäljning baserad på upphandlingskontrakt enligt upphandlingslagstiftningen förhållandevis låg, ca 30 procent (SOU 2011:43 s. 306).

Verksamhet i kommunalförbund och gemensamma nämnder

Nästan alla kommuner och landsting samverkar i någon form av kommunalförbund. Ett stort antal kommuner och landsting ingår också i flera förbund. År 2008 var det 246 kommuner eller 86 procent av kommunerna som ingick i något kommunalförbund. Samma år fanns 104 förbund registrerade som redovisat resultat- och balansräkning (SOU 2011:43 s. 287 f.). Kommunalförbunden är verksamma på olika områden, t.ex. utbildningsverksamhet, räddningstjänst, näringslivsfrämjande åtgärder, vattenförsörjning, avfallshantering, vård och omsorg samt individ- och familjeomsorg. Största delen av samverkan i kommunalförbund och gemensamma nämnder sker inom det skattefinansierade området och endast en mindre del inom de avgiftsfinansierade verksamheterna som renhållning, vatten och avlopp.

Kommunalförbunden hade år 2008 intäkter om 11,2 miljarder kronor. Av dessa avsåg nästan 7,6 miljarder kronor intäkter från medlemmarna (SOU 2011:43 s. 290). Intäkter från andra än medlemmarna kommer huvudsakligen från kommuner och landsting som inte är medlemmar, statsbidrag samt taxor och avgifter. Kommunalförbundens intäkter domineras således av medlemsavgifter samt, för några verksamhetsgrenar, av taxor och avgifter. I hög utsträckning förefaller kommunalförbunden således bedriva verksamhet som annars skulle kunna vara intern för medlemmarna, men det går inte att säga att så uteslutande är fallet för samtliga verksamhetsgrenar.

När det gäller gemensamma nämnder uppgav 45 procent av kommunerna år 2008 att de samverkade i en gemensam nämnd med en annan kommun eller ett annat landsting (SOU 2011:43 s. 293). Enligt Sveriges Kommuner och Landsting uppgick antalet gemensamma nämnder år 2008 till ca 65 stycken. Gemensamma nämnder bedriver bl.a. verksamhet inom miljö-, bygg- och hälsoskyddsområdena, löner och inköp samt utbildning. Eftersom en gemensam nämnd inte är en egen juridisk person finns ingen befintlig statistik för dessa när det gäller t.ex. intäkter och kostnader utan de ingår i den statistik som avser de kommuner som är värdkommun för dem.

4.4.4 Kontroll över svenska privaträttsliga associationer

Regeringens bedömning: Svenska rättsförhållanden medger att en upphandlande myndighet kan skapa möjlighet att uppfylla villkoren i kontrollkriteriet avseende ett aktiebolag, en ekonomisk förening, en ideell förening, ett försäkringsbolag eller ett handelsbolag. Kontrollkriteriet kan sannolikt inte uppfyllas avseende stiftelser.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: En stor majoritet instämmer i bedömningen eller kommenterar den inte särskilt. *Konkurrensverket* anför bl.a. att man delar slutsatserna avseende kontrollkriteriet inom kommunalförbund och andra juridiska personer. När det gäller aktiebolag vill dock verket anför att det inte med säkerhet kan hävdas att kontrollkriteriet är uppfyllt. En bedömning måste ske i varje enskilt fall och att det är ägaren som har bevisbördan för att en tillräcklig kontroll föreligger. *Sveriges Allmännyttiga Bostadsföretag* anser att det behöver övervägas om undantaget ska omfatta kommunala stiftelser. Även om kontrollkriteriet inte uppfylls i samma utsträckning som för ett aktiebolag så finns ofta en kontroll genom att kommunen utser stiftelsens styrelse. Av de remissinstanser som inte instämmer i bedömningen anser *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet* och *Juridiska institutionen vid Umeå universitet* att svenska aktiebolag inte uppfyller kontrollkriteriet såsom det hittills har definierats i EU-domstolens rättspraxis. Att enbart förlita sig på vad som följer av bolagsordningar och ägardirektiv samt överväganden i varje enskilt fall ter sig som en alltför osäker grund att bygga ett säkerställande av kontrollrekvisitet på. En ny offentlighetsrättslig associationsform bör därför enligt dem införas i svensk lagstiftning, något som även *SITA Sverige AB* förordar. *Svensk Försäkring* anser att det behövs en fördjupad analys av om en kommun kan anses ha en sådan kontroll över ett försäkringsföretag att det s.k. kontrollkriteriet kan anses uppfyllt.

Skälen för regeringens bedömning: I avsnitt 4.2.4 finns en redogörelse för EU-domstolens praxis avseende kontrollkriteriet. För att detta kriterium ska vara uppfyllt ska myndigheten, vid en helhetsbedömning, anses ha möjlighet till avgörande påverkan på såväl strategiska mål som viktiga beslut. Vidare har, i avsnitt 4.4.1 och 4.4.2, lämnats en redovisning kring de privaträttsliga associationsformer respektive de kommunalrättsliga samverkansformer som staten, landsting och kommuner använder i de fall då verksamhet bedrivs utanför den egna juridiska personen. En central fråga i samband med ett eventuellt införande av ett in house-undantag i Sverige är om den svenska lagstiftningen generellt sett ger staten, landsting och kommuner en möjlighet att utöva tillräcklig kontroll över de olika slag av privaträttsliga associationsformer som de använder sig av när verksamheten bedrivs utanför den egna juridiska personen.

När det gäller aktiebolag framgår av den beskrivning över den svenska aktiebolagsrätten, som lämnats i avsnitt 4.4.1, att det finns ett antal omständigheter i svensk rätt som är relevanta vid en bedömning av om kontrollkriteriet kan anses uppfyllt eller inte. Exempelvis kan nämnas möjligheterna för aktieägare att styra ett aktiebolag genom bolags-

stämmoanvisningar eller att bolagsorganen i ett aktiebolag har en självständig ställning i förhållande till ägaren. Regeringen gör nedan en bedömning av i vad mån dessa omständigheter kan möjliggöra uppfyllande av kontrollkriteriet. Det är dock viktigt att poängtera att det, som *Konkurrensverket* anför, vid bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt ska göras en samlad bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet och att det är den som avser att återropa in house-undantaget som har bevisbördan. Det kan inte heller uteslutas att det i det enskilda fallet också kan finnas andra omständigheter än de som nämns här som kan skapa eller hindra kontroll och som därför kan vara relevanta vid den samlade bedömningen.

Det får, enligt regeringens mening, exempelvis anses vara klart att kontrollkriteriet inte är uppfyllt om en upphandlande myndighet som äger ett svenskt aktiebolag endast utser styrelseledamöterna, direkt eller genom bolagsstämman, och det i övrigt inte förekommer annan ägarstyrning än vad som följer av att verksamhetsföremålet angetts i bolagsordningen. Att detta verksamhetsföremål eller bolagets syfte inte kan ändras av styrelsen bör visserligen kunna vara en relevant omständighet men kan inte ensam anses ha någon avgörande betydelse. Inte heller den omständigheten att bolagsstämman har möjlighet att besluta om bindande anvisningar torde i sig räcka till för att en annan bedömning ska kunna göras. Om det förekommer faktiskt beslutade anvisningar – förenliga med aktiebolagsrätten – kan däremot en högre grad av kontroll uppnås, beroende på den styrning som anvisningarna innebär. Sådana anvisningar bör kunna användas för att uppnå ett bestämmande inflytande över i vart fall vissa av bolagets viktiga beslut. Det är emellertid tveksamt om anvisningar som enda tillkommande styrningsinstrument till de nu angivna omständigheterna skulle kunna ge upphov till tillräcklig kontroll.

Däremot bedömer regeringen, mot bakgrund av beskrivningen i avsnitt 4.4.1, att ett bestämmande inflytande över ett svenskt aktiebolags strategiska mål och viktiga beslut väl kan uppnås om det även är så att syftet med bolagets verksamhet är att tillgodose ett allmänt intresse som också den upphandlande myndigheten ska eller får tillgodose och om bolagets geografiska verksamhetsområde sammanfaller med eller är mindre än motsvarande område för den upphandlande myndigheten. I vilken utsträckning bolagsstämmans anvisningsrätt måste ha utnyttjats när det finns sådana begränsningar i den yttre ramen för bolagets verksamhet är svårbedömt. Om de övriga kontrollskapande åtgärder som nu nämnts kompletteras av en aktiv styrning genom anvisningar, inom de ramar som aktiebolagsrätten tillåter, bör dock möjlighet finnas till avgörande påverkan på såväl strategiska mål som viktiga beslut. Om bolagsstämman inte alls eller endast obetydligt utnyttjar anvisningsrätten är det mera tveksamt om tillräcklig kontroll kan uppnås.

I bolagsordningen kan det tas in föreskrifter med exempelvis innebörden att vissa extraordinära beslut inte får fattas utan godkännande av bolagsstämman. Ägarstyrning genom sådana föreskrifter får anses kunna ha samma betydelse för kontrollkriteriet som likartade bolagsstämmoanvisningar.

En i viss mån kontrollskapande åtgärd får också bedömas vara att ägaren, direkt eller genom bolagsstämman, utser en eller flera lekmannarevisorer. Lekmannarevisorernas betydelse får dock antas vara

begränsad i jämförelse med betydelsen av t.ex. en aktiv användning av bolagsstämmanvisningar eller att bolagets verksamhet syftar till att tillgodose ett allmänt intresse.

Sammantaget gör regeringen bedömningen, till skillnad från *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet* och *Juridiska institutionen vid Umeå universitet*, att en upphandlande myndighet som ägare till ett svenskt aktiebolag kan skapa möjlighet till avgörande påverkan på bolagets strategiska mål och viktiga beslut genom åtgärder som är förenliga med den svenska aktiebolagsrätten. Förhållandena i det enskilda fallet och hur den upphandlande myndigheten i praktiken har utnyttjat de möjligheter att skapa kontroll som finns i den svenska aktiebolagsrätten är dock, som tidigare nämnts, avgörande för om det ska anses finnas tillräcklig kontroll.

För ett aktiebolag som ägs av staten gäller samma möjligheter till ägarstyrning som för vilket annat bolag som helst. När det däremot gäller kommunalt ägda aktiebolag finns även bestämmelser i 3 kap. 17 och 18 §§ KL (se avsnitt 4.4.1). Beträffande helägda kommunala aktiebolag ska fullmäktige enligt 3 kap. 17 § KL fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten och utse samtliga styrelseledamöter. Vidare ska fullmäktige se till att fullmäktige får ta ställning innan det fattas sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt. Fullmäktige ska även utse minst en lekmannarevisor. När det gäller delägda kommunala bolag följer av 3 kap. 18 § KL att fullmäktige ska verka för att den juridiska personen blir bunden av motsvarande villkor i en omfattning som är rimlig. Att åtgärder vidtagits enligt dessa bestämmelser och gjorts bindande för bolagsorganen, är av betydelse vid en bedömning av om kontrollkriteriet är uppfyllt. I avsnitt 5 föreslås också vissa åtgärder med anledning av att de kommunalrättsliga befogenheterna inte är direkt bindande för de kommunala företagen, vilket får anses öka möjligheten till uppfyllande av kontrollkriteriet i dessa bolag.

Det förekommer, framför allt inom den kommunala sektorn, att aktiebolag ägs gemensamt av flera offentliga aktörer. Regeringen konstaterar, mot bakgrund av EU-domstolens praxis avseende gemensamt ägda aktiebolag (se avsnitt 4.2.4), att den omständigheten att t.ex. flera kommuner tillsammans äger ett aktiebolag eller är medlemmar i en ekonomisk eller ideell förening inte i sig hindrar att kommunerna kan utöva kontroll enligt kontrollkriteriet över den juridiska personen. Den avgörande frågan är i stället om kommunerna gemensamt utövar ett bestämmande inflytande över den juridiska personens strategiska mål och viktiga beslut.

Det förekommer också, framför allt inom den kommunala sektorn, att aktiebolag ägs indirekt via t.ex. holdingbolag. Som anges i avsnitt 4.2.4, har EU-domstolen i några avgöranden berört frågan om kontroll över ett aktiebolag som ägs av en offentlig myndighet via en annan juridisk person. Betydelsen av ett sådant indirekt ägande står inte helt klar, men domarna utvisar, enligt regeringens mening, att kontroll i vissa fall kan utövas över ett aktiebolag och andra slags fristående juridiska enheter, som innehas indirekt. Därför bör det i motsvarande mån vara möjligt för staten, kommuner eller landsting att utöva sådan kontroll över fristående enheter som innehas indirekt.

Som nämnts ovan har det vid EU-domstolens bedömning av om kontrollkriteriet varit uppfyllt varit avgörande om myndigheten, vid en helhetsbedömning, ansetts ha haft möjlighet till avgörande påverkan på såväl strategiska mål som viktiga beslut. EU-domstolen har inte närmare undersökt eller analyserat vilka kontrollmöjligheter som funnits internt inom de upphandlande myndigheter som varit aktuella i de olika målen. Kontrollkriteriet har dock av EU-domstolen formulerats som att den upphandlande myndigheten ska utöva en kontroll över den fristående enheten motsvarande myndighetens kontroll över den egna förvaltningen. Regeringen konstaterar att de formella möjligheterna för staten, landstingen och kommunerna att styra över sina bolag inte är identiska med möjligheterna till styrning över den egna förvaltningen, men att dessa myndigheter bör ha förutsättningar att utöva kontroll över sina aktiebolag motsvarande den kontroll som de utövar över den egna förvaltningen. Detta förutsätter dock att åtgärder vidtagits som ger möjlighet för dem att utöva ett bestämmande inflytande över de strategiska målen och viktiga besluten för aktiebolaget.

Som framgår av avsnitt 4.4.1 finns det inga bestämmelser i FL om lekmanarevisorer. I övrigt motsvarar emellertid det associationsrättsliga regelverket för ekonomiska föreningar i fråga om styrningsmöjligheter väsentligen det som gäller för aktiebolag enligt ABL. Möjligheterna för offentliga medlemmar i en ekonomisk förening att åstadkomma avgörande påverkan på föreningens strategiska mål och viktiga beslut bör därför bedömas på samma sätt som för offentliga ägare till aktiebolag enligt ABL. Bedömningarna i avsnittet ovan är alltså av relevans även för ekonomiska föreningar.

I jämförelse med vad som är möjligt för aktieägare i ett aktiebolag enligt ABL, får medlemmarna i ideella föreningar anses ha större möjligheter att genom bestämmelser i stadgarna eller stämmobeslut åstadkomma avgörande påverkan på föreningens strategiska mål och viktiga beslut. Detsamma gäller i fråga om handelsbolag, till följd av de stora möjligheterna att avtala om bl.a. formerna för bolagets förvaltning. I ett handelsbolag där alla delägare deltar i förvaltningen har varje delägare en direkt ledande och styrande ställning. Det får därför anses vara möjligt för upphandlande myndigheter som är medlemmar i en ideell förening eller som är delägare i ett handelsbolag att skapa tillräcklig kontroll enligt kontrollkriteriet. Vad som angetts i avsnittet rörande aktiebolag kan tjäna till ledning för den närmare bedömningen av vilka åtgärder som kan krävas.

Möjligheterna till styrning av försäkringsföretag enligt FRL motsvarar i hög grad vad som gäller för aktiebolag enligt ABL respektive ekonomiska föreningar enligt FL. Bolagsordningen eller stadgarna för ett försäkringsföretag och ändringar av dessa instrument ska dock godkännas av Finansinspektionen eller i vissa fall av regeringen (2 kap. 8 och 9 §§ FRL). Prövningen i samband med detta är inriktad på att bolagsordningen eller stadgarna överensstämmer med bl.a. FRL och att den i övrigt innehåller de särskilda bestämmelser som behövs med hänsyn till omfattningen och arten av verksamheten (2 kap. 4 § första stycket 1 och 9 § första stycket FRL). I fråga om styrelseledamöter och verkställande direktör görs också en bedömning av deras kvalifikationer för uppdraget (2 kap. 4 § första stycket 4 FRL). Prövningen hindrar

däremot inte i sig att det i bolagsordningen eller stadgarna tas in t.ex. bestämmelser om att vissa extraordinära beslut inte får fattas utan godkännande av stämman. Sammantaget får kontrollmöjligheterna för offentliga aktieägare eller delägare i ett försäkringsaktiebolag eller ömsesidigt försäkringsbolag bedömas på samma sätt som för offentliga ägare till aktiebolag enligt ABL. Motsvarande gäller i fråga om försäkringsföreningar. Regeringen anser därför, till skillnad från *Svensk Försäkring*, att bedömningarna i avsnittet ovan om aktiebolag har relevans även för försäkringsföretag.

Sveriges Allmännyttiga Bostadsföretag anser att det behöver övervägas om undantaget ska omfatta kommunala stiftelser. När det gäller stiftelser har dessa inte några ägare eller medlemmar. Visserligen synes EU-domstolens praxis inte utesluta att erforderlig kontroll kan utövas av en upphandlande myndighet över en fristående enhet även om myndigheten inte äger eller på annat sätt innehar den. Generellt sett framstår emellertid möjligheterna i svensk rätt för stiftaren att utöva ett bestämmande inflytande över en stiftelses strategiska mål och viktiga beslut som små. Regeringens bedömning är därför att kontrollkriteriet med största sannolikhet inte kan uppfyllas för stiftelser.

Sammanfattningsvis gör regeringen således bedömningen att det finns förutsättningar för att kontroll enligt kontrollkriteriet kan åstadkommas över aktiebolag och flera andra av dagens privaträttsliga associationsformer. Regeringen anser som en följd av detta, till skillnad från bl.a. *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet* och *Juridiska institutionen vid Umeå universitet*, att det inte finns behov av att i svensk rätt införa en särskild offentlig företagsform för att säkerställa att kontrollkriteriet kan tillämpas.

4.4.5 Kontroll över svenska kommunalförbund och gemensamma nämnder

<p>Regeringens bedömning: Svenska rättsförhållanden medger att kommuner och landsting kan skapa möjlighet att uppfylla villkoren i kontrollkriteriet avseende ett kommunalförbund eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), förkortad KL.</p>

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: En stor majoritet instämmer i bedömningen eller kommenterar den inte särskilt. *Avfall Sverige* och *Sydsånes avfallsaktiebolag* delar bedömningen om kontroll av kommunalförbund och gemensam nämnd, men anser att utredningen kunnat vara tydligare avseende kommunalförbunden. När en kommun överför ansvaret till ett kommunalförbund, som kommunen är medlem i upphör den egna kommunens befogenheter på området. Därmed framstår fråga om undantagsregler i detta sammanhang som obsolet.

Skälen för regeringens bedömning

Inledningsvis kan konstateras att, såsom framgår av avsnitt 4.4.2, frågan om i vad mån upphandlingsskyldighet uppkommer mellan medlemmarna i ett kommunalförbund och förbundet inte alltid är helt klar. Motsvarande oklarhet finns i relationen mellan de kommunala parter som samverkar i en gemensam nämnd och denna nämnd. Det måste därför, såsom *Avfall Sverige* och *Sydskanes avfallsaktiebolag* påpekat, framhållas att tillämpning av in house-undantaget och därmed kontrollkriteriet aktualiseras först om relationen mellan t.ex. en kommun och ett kommunalförbund som kommunen är medlem i ger upphov till ett upphandlingsrättsligt kontrakt. Om något kontrakt inte föreligger omfattas relationen mellan kommunen och kommunalförbundet redan av den anledningen inte av upphandlingsregleringen.

Liksom vid bedömningen av om kontrollkriteriet kan uppfyllas avseende privaträttsliga associationer finns det ett antal omständigheter i svensk rätt avseende kommunalförbund och gemensam nämnd som kan vara relevanta vid en bedömning av om kontrollkriteriet kan anses uppfyllt eller inte. Exempelvis kan nämnas sådana omständigheter som att den upphandlande myndigheten utser ledamöter i den fristående enhetens styrande organ, att det styrande organet har begränsade befogenheter samt att den fristående enhetens syfte är att utföra en uppgift i kommunalt intresse som alltså kan tala för att kontrollkriteriet är uppfyllt. Regeringen gör nedan en bedömning av i vad mån dessa omständigheter kan möjliggöra uppfyllande av kontrollkriteriet. Det är dock viktigt att poängtera att det vid bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt ska göras en samlad bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Det kan inte heller uteslutas att det i det enskilda fallet också kan finnas andra omständigheter än de som nämns här som skapar eller hindrar kontroll och som därför kan vara relevanta.

Kommunalförbund

När det gäller kommunalförbund finns det generellt sett ett flertal omständigheter som sammantagna bör tala för att ett kommunalförbund kan stå under tillräcklig kontroll av medlemmarna. Redan det förhållandet att kommunalförbundet är en juridisk person av offentligrättslig natur som endast kommuner och landsting kan vara medlemmar i talar i viss mån för att medlemmarna utövar kontroll över förbundet. En annan omständighet som kan tala för kontroll är att ledamöterna i kommunalförbundets beslutande församling, dvs. fullmäktige eller förbundsdirektion, tillsätts av förbundsmedlemmarnas fullmäktige och att varje medlem ska vara representerad med minst en ledamot och en ersättare (3 kap. 23 § KL). Om kommunalförbundet är organiserat med förbundsdirektion är denna också förbundsstyrelse, vilket innebär att ledamöterna i förbundets styrande organ tillsätts av medlemmarna (3 kap. 25 § KL).

Om förbundet däremot är organiserat med fullmäktige är det detta organ som tillsätter styrelsen, dvs. inte medlemmarna. Detta skulle möjligen kunna tala mot att medlemmarna utövar kontroll. EU-domstolens praxis ger dock enligt regeringens mening inte stöd för att det

i sig skulle ha någon avgörande betydelse för kontrollkriteriet om ledamöterna i ett kommunalförbunds styrelse tillsätts av medlemmarna eller av fullmäktige.

Samverkan i kommunalförbund får endast avse kommunala angelägenheter, och kommunalförbundet saknar kompetens att utföra uppgifter som inte överlämnats från medlemmarna. Vidare är de kommunalrättsliga principerna direkt tillämpliga på kommunalförbundets verksamhet. Därmed gäller bl.a. lokaliseringsprincipen och förbudet mot vinstsyfte i den mån verksamheten inte omfattas av undantag från dessa principer. Dessa förhållanden talar starkt för kontroll (se bl.a. domarna i mål C-458/03, Parking Brixen, mål C-324/07, Coditel, och mål C-573/07, Sea).

Medlemmarna i ett kommunalförbund har stor frihet att bestämma över förbundets organisation, bl.a. genom möjlighet att i förbundsordningen ange vilka organ som ska tillsättas utöver styrelsen. Medlemmarna har också stora möjligheter att genom bestämmelser i förbundsordningen begränsa eller styra förbundets möjligheter att agera. Sådana föreskrifter kan t.ex. behandla i vad mån förbundet får ta upp lån eller förvärva fastigheter eller innebära att förbundet åläggs att inhämta ställningstagande eller godkännande från medlemmarna i viktigare frågor. Begränsningar av detta slag av förbundets självständighet talar enligt regeringen för att medlemmarna kan utöva kontroll enligt kontrollkriteriet.

I övrigt kan även bl.a. kommun- eller landstingsstyrelsens uppsiktsplikt i viss mån tala för att medlemmarna utövar kontroll (6 kap. 1 § KL).

Sammantaget bedömer regeringen att det finns goda förutsättningar för medlemmarna i ett kommunalförbund att, i enlighet med kommunalrätten, åstadkomma möjlighet till bestämmande inflytande över förbundets strategiska mål och viktiga beslut. Därtill framstår möjligheterna till gemensamt utövad kontroll över ett kommunalförbund inte som mindre än kommuners och landstings möjligheter att utöva kontroll över den egna förvaltningen.

Gemensam nämnd

Även när det gäller gemensamma nämnder finns det generellt sett ett flertal omständigheter som sammantagna talar för att en gemensam nämnd kan stå under tillräcklig kontroll av de kommuner eller landsting som tillsatt den. På motsvarande sätt som för kommunalförbund talar redan det förhållandet att en gemensam nämnd är ett organ av offentlig-rättslig natur som endast kommuner och landsting kan bilda i viss mån för att de kommuner eller landsting som bildat den utövar kontroll över nämnden. För kontroll talar också att ledamöter och ersättare i den gemensamma nämnden väljs av fullmäktige i de samverkande kommunerna eller landstingen och att var och en av dessa kommunala organ ska vara representerade i nämnden med minst en ledamot och en ersättare (6 kap. 9 § tredje stycket KL, jfr bl.a. domen i mål C-324/07, Coditel, punkterna 33 och 34).

En gemensam nämnds behörighet och befogenhet ska preciseras i en överenskommelse mellan de berörda kommunerna eller landstingen.

Fullmäktige i var och en av dessa kommuner eller landsting ska också anta ett reglemente för nämnden. Härigenom regleras bl.a. nämndens syfte och finansiering. Liksom kommunalförbund får en gemensam nämnd endast utföra kommunala angelägenheter. Likaledes styrs en gemensam nämnd också direkt av de kommunalrättsliga principerna, bl.a. lokaliseringsprincipen och förbudet mot vinstsyfte, om undantag från dessa inte gäller för den aktuella verksamheten. Dessa omständigheter talar starkt för att kontroll föreligger. Detsamma gäller för den kompetensfördelning som följer av 3 kap. 9 § första stycket KL, dvs. att det endast ankommer på fullmäktige att besluta i ärenden av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt.

I övrigt kan även bl.a. kommun- eller landstingsstyrelsens uppsiktsplikt i viss mån tala för att den gemensamma nämnden står under kontroll av de kommuner eller landsting som bildat den (6 kap. 1 § KL).

Enligt regeringens mening innebär det nu anförda att det finns goda förutsättningar för de kommuner eller landsting som bildat en gemensam nämnd att i enlighet med kommunalrätten åstadkomma möjlighet till bestämmande inflytande över dess strategiska mål och viktiga beslut. Möjligheterna till gemensamt utövad kontroll över en gemensam nämnd kan vidare sammantaget inte bedömas vara mindre för de kommuner eller landsting som bildat den än deras möjligheter att utöva kontroll över nämnder som de tillsatt själva.

4.5 Ett in house-undantag införs i svensk rätt

4.5.1 Ett undantag införs i LOU

Regeringens bedömning: Ett undantag från kravet på upphandling i enlighet med EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna bör införas i svensk rätt. Undantaget bör införas i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, och bör inte ha någon sektoriell begränsning.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: En mycket stor majoritet av remissinstanserna, bl.a. *Statskontoret, Linköpings universitet, Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet, Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet, Juridiska institutionen vid Umeå universitet, Konkurrensverket, Skåne läns landsting, Stockholms läns landsting, Sveriges advokatsamfund* och *Sveriges Kommuner och Landsting*, instämmer i eller har inga invändningar mot bedömningen. En remissinstans, *Kommerskollegium*, avstyrker dock ett permanent undantag med motiveringen att upphandlingsreglernas tillämpningsområde bör vara så brett som möjligt för att möjliggöra konkurrens. *Svensk Försäkring* anser att undantaget inte bör omfatta försäkringsverksamhet eftersom det föreligger särskilda omständigheter för denna verksamhet. *Kammarkollegiet* delar visserligen uppfattningen att EU-domstolens praxis avseende in house-situationer bör gälla i Sverige, men förordar att frågan löses genom en direktivkonform tolkning av begreppet upphandlingskontrakt. Detta kräver enligt myndigheten inte någon

lagstiftning utan det vore tillräckligt om det togs fram en vägledning. Myndigheten anser att skäl talar för att de s.k. SYSAV-domarna inte är tillämpliga på nu gällande LOU eftersom Regeringsrättens (numera Högsta förvaltningsdomstolen) tolkning gällde den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, förkortad ÅLOU. *Konkurrensverket* anser även att det bör övervägas om möjligheten till förhandsinsyn (7 kap. 4 § respektive 15 kap. 5 a § LOU) bör utvidgas till att omfatta även avtal som ingås med stöd av Teckal-kriterierna samt avtal som är undantagna upphandlingsskyldighet enligt bestämmelserna i 1 kap. LOU och LUF.

Skälen för regeringens bedömning: EU-domstolen har genom sin praxis slagit fast att ett anbudsförfarande inte krävs vid ett oneröst avtal som ingås med en – i förhållande till den offentliga myndighet som är upphandlande myndighet – fristående enhet, om de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda. I sådana fall föreligger inte något kontrakt i upphandlingsdirektivens mening och direktiven är därför inte tillämpliga.

Regeringsrätten har i sitt avgörande i SYSAV-målen (RÅ 2008 ref. 26) bedömt att EU-domstolens praxis i form av kontroll- och verksamhetskriterierna inte är möjlig att tillämpa i Sverige såvida det inte införs en uttrycklig bestämmelse om detta i svensk lagstiftning. Regeringsrättens avgörande gällde tillämpningen av ÅLOU. Till skillnad från *Kammarkollegiet*, anser dock regeringen att domstolens uttalanden även är relevanta för tillämpningen av LOU (se prop. 2009/10:134 och bet. 2009/10:FiU33).

Inledningsvis kan konstateras att det inte kan anses strida mot EU-rätten om Sverige skulle välja att inte införa Teckal-kriterierna i svensk rätt. Att inte införa Teckal-kriterierna i svensk rätt skulle, i enlighet med Regeringsrättens avgörande i SYSAV-målen, innebära att EU:s upphandlingsrätt skulle bli tillämplig även utanför sitt egentliga tillämpningsområde. Situationen skulle påminna om den då upphandlingsreglerna i Sverige tillämpas även under de angivna tröskelvärdena i upphandlingsdirektiven. En sådan situation skulle alltså komma att likna den som gäller vid s.k. överskjutande implementering. Detta skulle innebära att EU:s upphandlingsrätt snarast blir överimplementerad, vilket varken innebär att några rättigheter bortfaller eller att dess syfte förfelas.

När det gäller frågan om ett in house-undantag i enlighet med EU-domstolens praxis bör införas i svensk rätt finns argument som talar såväl för som mot att ett sådant undantag bör införas. Frågan är komplicerad och innefattar många intressen som måste vägas mot varandra.

EU:s upphandlingsregler är en del av förverkligandet av den inre marknaden och integrationen mellan de europeiska länderna. Den offentliga upphandlingen bidrar till detta när företag inom den inre marknaden kan konkurrera på lika villkor om de offentliga kontrakten. Konkurrensituationen mellan de företag som är med och lämnar anbud syftar till att de upphandlande myndigheterna ska få högre kvalitet på de varor och tjänster som efterfrågas samt till att priserna hålls nere. Upphandlingar inom den offentliga sektorn erbjuder därmed en struktur där konkurrens som medel driver på effektivitet i verksamheten. Huvudsyftet med EU-rättens bestämmelser om offentlig upphandling är att

åstadkomma fri rörlighet och att området öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater. Värdet av den offentliga upphandlingen är omfattande. En ökande andel av den offentligt finansierade verksamheten har successivt blivit föremål för konkurrens. Det argument som, enligt regeringens mening, starkast talar mot införandet av ett in house-undantag i svensk rätt är att utan ett sådant undantag kan i vart fall i viss utsträckning uppkomma ökade möjligheter för den privata sektorn att konkurrera med offentliga företags säljverksamhet till sina ägare. Tillämpning av in house-undantaget enligt EU-domstolens praxis förutsätter emellertid att kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda. Den upphandlande myndigheten måste kontrollera den fristående enheten samtidigt som denna enhets verksamhet måste vara i mycket hög grad anknuten till den upphandlande myndigheten. Teckalkriterierna har enligt EU-domstolen särskilt till syfte att undvika att konkurrensen snedvrids (se domen i mål C-340/04, Carbotermo, punkt 59). Redan genom EU-domstolens formulering av de strikta kriterier som måste vara uppfyllda för att in house-undantaget ska vara tillämpligt, har alltså hänsyn tagits till vikten av goda konkurrensförhållanden.

Gällande regelverk ger i stor utsträckning frihet för de offentliga aktörerna att ta ställning till i vilken form verksamhet ska bedrivas. Såväl staten som kommuner och landsting har i princip möjlighet att bedriva verksamhet antingen i förvaltningsform eller i t.ex. bolagsform. Det har ansetts vara av vikt att val av organisationsform görs utifrån överväganden om hur verksamheten kan bedrivas på lämpligaste och effektivaste sätt. EU-rätten innebär inte heller något hinder för att verksamhet utförs i egen regi i stället för att upphandlas. När det gäller den kommunala sektorn måste det även beaktas att ett uteblivet undantag från upphandlingsskyldighet i in house-situationer skulle utgöra ett ingrepp i den kommunala organisationsfriheten, vilken är en viktig del i den kommunala självstyrelsen. En inskränkning i den kommunala självstyrelsen bör inte gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som har föranlett den (14 kap. 3 § regeringsformen).

Av betydelse för bedömningen av om det finns behov av ett undantag är även i vilken utsträckning det i dag förekommer köp och försäljning mellan det offentliga och dess företag. Av avsnitt 4.4.3 framgår att det i dag finns offentligt ägda företag, särskilt i aktiebolagsform, i stor omfattning både på statlig och kommunal nivå och inom de flesta verksamhetsområden. När det gäller handeln mellan det offentliga och dess företag har det framkommit att företag som ägs av kommuner och landsting i stor utsträckning bedriver handel i form av försäljning till sina ägare. För de kommunägda företagen avser cirka en tredjedel av den sammanlagda nettoomsättningen försäljning till den ägande kommunen eller till bolag i samma koncern. Flertalet verksamhetsområden är i olika utsträckning berörda. De landstingsägda bolagen, förutom transportföretagen, domineras av Stockholms läns landstings bolag inom vårdsektorn vars försäljning i mycket stor utsträckning sker till det egna landstinget. Beträffande de offentligt ägda transportföretagen, vanligen de s.k. trafikhuvudmännen, finns oftast inget uttalat sälj- och köpförhållande i relation till landstinget eller kommunen. De statligt ägda bolagen är de som generellt sett i minst utsträckning har försäljning till sina ägare. Här är dock vissa företag ändå berörda av in house-

undantaget. Inom nästan alla verksamhetsområden förekommer även den omvända situationen med försäljning till de offentligt ägda företagen från deras ägare. Sammantaget kan konstateras att ett uteblivet in house-undantag skulle medföra stora förändringar i förutsättningarna för offentlig sektor inom både statlig och kommunal sektor och inom flertalet näringsgrenar. Ett uteblivet undantag skulle innebära att det offentliga skulle välja mellan att upphandla enligt LOU, vilket i vissa fall skulle innebära att de offentligt ägda bolagen förlorade upphandlingskontrakten, eller att avbolagisera den verksamhet som bedrivs i bolagsform. Såväl avbolagisering som förlorade upphandlingskontrakt innebär stora omställningskostnader för staten, landsting och kommuner.

De argument som, enligt regeringens mening, således starkast talar för införandet av ett in house-undantag är att regelverket i övrigt ger de offentliga aktörerna möjlighet att välja olika organisationsformer för sin verksamhet utifrån överväganden om hur verksamheten kan bedrivas på lämpligast och effektivast sätt, inte utifrån huruvida upphandlingskyldighet aktualiseras. När det gäller den kommunala sektorn skulle ett uteblivet undantag även innebära ett ingrepp i den kommunala organisationsfriheten. Det går inte heller att bortse från att ett uteblivet in house-undantag skulle innebära stora förändringar i förutsättningarna för offentlig sektor inom både det kommunala och statliga området och inom flertalet näringsgrenar. Slutligen är ett annat argument som starkt talar för att ett in house-undantag bör införas i LOU att lagen därigenom kommer i överensstämmelse med EU-rätten. Vidare kan konstateras att ett införande av ett in house-undantag inte heller hindrar att upphandling görs, om den upphandlande myndigheten tycker det är önskvärt av politiska eller ekonomiska skäl.

Regeringen anser sammantaget, till skillnad från *Kommerskollegium*, att de skäl som talar för ett in house-undantag i svensk rätt överväger de skäl som talar mot att ett sådant undantag införs. Regeringen anser vidare, i motsats till *Svensk Försäkring*, att någon begränsning av undantaget till vissa sektorer, t.ex. försäkringsverksamhet, eller viss nivå, t.ex. kommunal upphandling, inte bör göras. Anskaffningar som skulle kunna omfattas av undantaget förekommer i dagsläget inte endast i en eller ett fåtal sektorer. Det är vidare inte möjligt att peka ut någon sektor där det inte alls eller endast i ringa utsträckning förekommer sådana anskaffningar. Behovet av ett undantag inom olika sektorer kan dessutom komma att ändras över tid.

Konkurrensverket har anfört att det bör övervägas om möjligheten till förhandsinsyn (7 kap. 4 § respektive 15 kap. 5 a § LOU) bör utvidgas till att omfatta även avtal som ingås med stöd av Teckal-kriterierna samt avtal som är undantagna upphandlingskyldighet enligt bestämmelserna i 1 kap. LOU och LUF. Konkurrensverket anser således att det som bör övervägas är att möjligheten till förhandsinsyn utökas såväl vid in house-situationer som vid andra avtal enligt 1 kap. 4–8 §§ LOU. Verkets förslag omfattar därmed även andra situationer än den som behandlas i detta lagstiftningsärende. Frågan om behovet av en sådan utvidgning får därför övervägas i ett annat sammanhang.

4.5.2 Ett undantag införs inte i övrig upphandlingslagstiftning eller i lagen om valfrihetssystem

Regeringens bedömning: Något undantag från kravet på upphandling bör inte införas i övrig upphandlingslagstiftning eller i lagen (2008:962) om valfrihetssystem.

Utredningens bedömning: Bedömningen överensstämmer med regeringens avseende LUF och LOV. Utredningens direktiv omfattade inte LUF.

Remissinstanserna: En majoritet av remissinstanserna instämmer i eller har inte några invändningar mot utredningens bedömning avseende LUF eller LOV. Ett antal remissinstanser, bl.a. *Luftfartsverket*, *Sveriges Kommuner och Landsting*, ett antal kommuner och landsting, *Kommunala Företagens Samorganisation*, *Kommunalförbundet Inköp Gävleborg*, *Sveriges Offentliga Inköpare*, *Advokatfirman Lindahl* och *Sveriges KommunalJuridiska Förening* anser dock att motsvarande undantag ska införas i LUF. När det gäller LOV instämmer inte *Jönköpings kommun* och *Sveriges Offentliga inköpare*, i bedömningen. Ett relativt stort antal remissinstanser, däribland *Sveriges Kommuner och Landsting* samt flera kommuner, bl.a. *Linköpings kommun* och *Lunds kommun* anför vidare att definitionen av begreppet ”kontrakt” i LOV bör övervägas ytterligare.

Skälen för regeringens bedömning

Regeringen har i avsnittet ovan gjort bedömningen att ett undantag från upphandling i enlighet med EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna bör införas i LOU. Förutom LOU finns regler om upphandling i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, förkortad LUF, och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, förkortad LUF. Lagbestämmelser på upphandlingsområdet finns även i (2008:962) om valfrihetssystem, förkortad LOV. Regeringen gör dock bedömningen att något in house-undantag inte bör införas i övrig upphandlingslagstiftning eller i LOV.

Försörjningssektorerna

När det gäller LUF kan i och för sig likartade hänsynstaganden göras som när det gäller frågan om ett sådant undantag bör införas i LOU. Det finns dock vissa särförhållanden beträffande LUF. I avsaknad av avgöranden från EU-domstolen finns det vissa oklarheter beträffande in house-undantagets närmare betydelse på försörjningsdirektivets område. EU-domstolen har visserligen i domen i mål C-196/08, *Acoset*, anfört att dess rättspraxis om Teckal-kriterierna är relevant för tolkningen av försörjningsdirektivet. Något avgörande som direkt gällt frågan om in house-undantagets betydelse för försörjningsdirektivet finns dock inte.

När det vidare gäller behovet av ett undantag i LUF måste framhållas de särskilda regler som redan finns i LUF om undantag för bl.a. anknutna företag. Dessa regler ger bl.a. möjlighet för en upphandlande enhet att under vissa förutsättningar tilldela kontrakt till fristående enheter utan

upphandling. Åtminstone vissa situationer som skulle kunna vara undantagna enligt EU-domstolens praxis om in house-undantaget är därför undantagna från försörjningsdirektivet oberoende av denna praxis. Med hänsyn till detta regelverk framstår behovet av ett undantag i den lagen som väsentligt mindre än behovet av ett undantag i LOU. Regeringen anser därför, till skillnad från bl.a. *Luftfartsverket* och *Sveriges Kommuner och Landsting*, att det sammantaget finns övervägande skäl som talar mot att ett in house-undantag införs i LUF.

Försvars- och säkerhetsområdet

Den 1 november 2011 trädde LUF i kraft. Genom LUF genomförs huvudsakligen Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG. I förarbetena till lagen (prop. 2010/11:150, del 1, s. 170) anförde regeringen avseende anskaffning från egna företag bl.a. att när det gällde LUF hade det inte framkommit att det finns något omedelbart behov av en reglering motsvarande kontroll- och verksamhetskriterierna. Eftersom den utredning som gjordes inför lagstiftningsarbetet inte hade behandlat frågan saknades också beredningsunderlag. Regeringen ansåg vidare att frågan om en permanent reglering i lagen borde övervägas i ett annat sammanhang. Regeringen ser ingen anledning att nu göra någon annan bedömning än den som gjordes vid införandet av LUF.

Valfrihetssystem

När det gäller LOV kan det konstateras att begreppet kontrakt i LOV definieras på likartat sätt som i 2 kap. 10 § LOU respektive LUF. På motsvarande sätt som i LOU och LUF, fränsett den temporära bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU, finns inte något undantag i lagtexten som ger uttryck för EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna. Liksom för LOU och LUF, får avgörandena i SYSÄV-målen (RÅ 2008 ref. 26) därmed anses ha den betydelsen att in house-undantaget enligt EU-domstolens praxis inte kan påverka LOV:s tillämplighet. Frågan om det finns anledning att införa ett in house-undantag i LOV kan därmed ställas. Syftet med LOV är dock inte att endast en leverantör eller vissa leverantörer ska ges rättigheter och skyldigheter att bedriva viss verksamhet. Tvärtom innebär LOV att kontrakt ska tecknas med ett stort antal leverantörer. Det finns således inte någon konkurrenssituation mellan leverantörerna vid kontraktstidpunkten, utan denna uppkommer efter att kontrakt har tecknats. Syftet med valfrihetssystemet enligt LOV är således inte förenligt med att det införs ett in house-undantag i lagen. Regeringen gör därför, till skillnad från *Jönköpings kommun* och *Sveriges Offentliga inköpare*, bedömningen att det mot bakgrund av syftet med LOV, inte finns något behov av in house-undantag i den lagstiftningen på motsvarande sätt som det finns i LOU. Regeringen anser med anledning härav, till skillnad från vissa remissinstanser,

däribland *Linköpings kommun* och *Lunds kommun*, att det inte finns behov av att närmare utreda definitionen av begreppet ”kontrakt” i LOV. Det kan dock konstateras att fristående enheter för vilka Teckal-kriterierna är uppfyllda naturligtvis kan godkännas som leverantörer i ett valfrihetssystem under samma förutsättningar som andra leverantörer.

4.6 Utformningen av undantaget

4.6.1 Ett generellt utformat in house-undantag

Regeringens bedömning: Ett in house-undantag i LOU bör utformas i överensstämmelse med EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna.

Utredningens bedömning: Överensstämmer till viss del med regeringens. Utredningen gör bedömningen att EU-domstolens praxis borde göras tillämplig i Sverige genom en kodifiering av Teckal-kriterierna med den preciseringen att dessa endast kan tillämpas av vissa upphandlande myndigheter gentemot vissa slags leverantörer.

Remissinstanserna: En majoritet av remissinstanserna instämmer inte i utredningens bedömning.

De remissinstanser som instämmer eller inte har haft några invändningar mot utredningens bedömning är bl.a. *Riksdagens ombudsmän (JO)*, *Svea Hovrätt*, *Stockholms tingsrätt*, *Kammarrätten i Göteborg*, *Förvaltningsrätten i Stockholm*, *Statskontoret* och *SOS Alarm Sverige AB*. Av dessa remissinstanser anför bl.a. *Kammarrätten i Göteborg* att det är positivt ur rättstillämpnings- och rättssäkerhetssynpunkt att förutsättningarna för undantag enligt Teckal-kriterierna definieras i paragrafen, men noterar samtidigt att det ställer krav på lagstiftaren att hålla EU-domstolens praxis under noggrann uppsikt. *Statskontoret* anför att förslaget tydliggör Teckal-undantagets omfattning och tydliggör att upphandlingsskyldigheten omfattar alla transaktioner därutöver. Regleringen kommer att bidra till en skärpt konkurrenssituation och begränsa förekomsten av otillåten direktupphandling.

Av de remissinstanser som inte instämmer i utredningens bedömning anser flertalet, bl.a. *Sveriges Kommuner och Landsting*, flertalet av de kommuner och landsting som besvarat remissen, *Linköpings universitet*, *Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet*, *Konkurrensverket*, *Naturvårdsverket*, och *Sveriges universitets- och högskoleförbund*, att undantaget i stället bör ges en mer generell utformning. Dessa remissinstanser anser huvudsakligen att en alltför detaljerad lagstiftning försvårar inhämtande av förhandsavgöranden från EU-domstolen, medför olika spelregler i olika stater samt innebär en risk att den svenska lagstiftningen kommer att behöva ändras allt eftersom EU-domstolens praxis utvecklas. *Linköpings universitet*, *Sveriges universitets- och högskoleförbund* och *Konkurrensverket* anför bl.a. att det finns en överhängande risk att det detaljerade förslaget kommer att tolkas som att samtliga situationer som faller utanför den detaljerade regleringen är otillåtna.

Sveriges Kommuner och Landsting samt ett antal kommuner och landsting, föreslår en bestämmelse som enbart hänvisar till det klassiska direktivets definition av kontrakt, då detta enligt remissinstanserna skulle åstadkomma en fullständig överensstämmelse mellan det svenska begreppet kontrakt och direktivets motsvarande begrepp. Utformningen skulle täcka in såväl nuvarande som blivande praxis från EU-domstolen.

Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet anser att det smidigaste sättet att korrekt genomföra upphandlingsdirektiven vore att tolka begreppet kontrakt i upphandlingsrätten som att avtal om upphandling måste ingås mellan fristående enheter. Om enheterna inte är fristående tillämpas inte upphandlingsreglerna. Avgörande för frågan om enheterna är fristående är kontroll- och verksamhetskriterierna. Om ett specifikt undantag ändå ska göras bör det inte göras onödigt snävt. *Konkurrensverket* anför att det är viktigt att man i lagen inför rekvisit som skapar förutsättningar för att uppnå rättslikhet med EU-domstolens framtida praxis. Myndigheten förordar en lagstiftningsteknik som tar höjd för framtida utvecklingar av EU-domstolens praxis rörande Teckal-undantaget. *Avfall Sverige* och *Sydskånes avfallsaktiebolag* anför att ett undantag bör ha en stark koppling till den ständigt förändrade rättspraxis som utvecklas inom EU. Ett generellt undantag innebär en följsamhet mot EU och att man kan undvika onödig övertolkning av exempelvis innebörden av verksamhetskriteriet.

Ett antal av de remissinstanser, bl.a. *Almega, Företagarna, Svensk Handel, Svenskt Näringsliv* och *Sveriges advokatsamfund*, som inte instämmer i utredningens bedömning anser att det nuvarande, temporära undantaget i stället bör permanentas. Dessa remissinstanser anser huvudsakligen att ett detaljerat utformat undantag i enlighet med utredningens bedömningar av EU-rätten skulle innebära utvidgningar som inte har fullt stöd i EU-domstolens praxis. Det temporära undantaget anses däremot vara baserat på befintlig praxis. *Sveriges advokatsamfund* anför att bestämmelsen bör formuleras så att den så nära som möjligt korresponderar mot EU-domstolens beskrivning av Teckal-kriterierna. Tolkningen av bestämmelsen får sedan bli föremål för prövning i domstol vilken, i den mån den anser det påkallat, kan begära EU-domstolens förhandsavgörande. Advokatsamfundet förespråkar därför att låta den temporära lagtexten bestå. *Svenskt Näringsliv* och *Svensk Handel* anför att ett generellt undantag sannolikt innebär att offentliga aktörer skulle göra en extensiv tolkning av undantaget vilket innebär en risk för ogiltigförklaring av avtal, upphandlingsskadeavgift, risk för sanktioner från EU samt sjunkande konkurrenstryck. *Konkurrenskommissionen* anser att föreliggande unionsrättslig praxis, särskilt med beaktande av domstolens princip om restriktiv tolkning, inte medför någon möjlighet till utvidgning som föreslås i betänkandet, i vart fall inte till dess att det föreligger klart och tydligt stöd för en sådan utvidgning i EU-domstolens praxis.

Två av remissinstanserna, *Advokatfirman Delphi* och *Stockholms Handelskammare*, anser att det temporära undantaget bör permanentas, men med den utvidgade krets av upphandlande myndigheter som utredningen föreslår. *Advokatfirman Delphi* anser att lagens definition av Teckal-kriterierna bör formuleras så nära den definition som framgår av EU-domstolens praxis som möjligt. Det är inte lämpligt att genom

lagstiftning utvidga eller begränsa tillämpningsområdet för ett undantag vars innehåll fortlöpande ändras och utvecklas genom EU-domstolens praxis. Lagstiftaren bör formulera lagbestämmelsen så att den motsvarar kärnan i Teckal-kriterierna såsom dessa framgår av EU-domstolens praxis. Frågan om vad som ingår i bestämmelsen får därefter avgöras i domstol, som vid osäkerhet kan begära förhandsbesked från EU-domstolen.

Sundsvalls kommun har önskat förslag på regler för avtalssamverkan mellan offentliga aktörer avseende allmännyttiga tjänster. En sådan samverkan är av största nödvändighet för att mindre kommuner ska klara sina allmännyttiga uppgifter.

Skälen för regeringens bedömning: Regeringen har i avsnitt 4.5.1 gjort bedömningen att det i LOU bör införas ett permanent undantag från kravet på upphandling i enlighet med EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna. Frågan uppstår därmed hur detta undantag lämpligast bör regleras i svensk rätt. Utredningen har valt en utformning av undantaget som innebär att EU-domstolens praxis skulle göras tillämplig i Sverige genom en kodifiering av Teckal-kriterierna med den preciseringen att dessa endast kan tillämpas av vissa upphandlande myndigheter gentemot vissa slags leverantörer. En majoritet av remissinstanserna har invänt mot denna utformning av undantaget i svensk rätt. Ett stort antal remissinstanser, däribland *Sveriges Kommuner och Landsting*, flertalet av de kommuner och landsting som besvarat remissen, *Linköpings universitet*, *Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet*, och *Konkurrensverket*, förordar en mer generell utformning av undantaget än vad utredningen föreslagit. De anser att utredningens förslag innebär en alltför detaljerad reglering som försvårar inhämtande av förhandsavgöranden från EU-domstolen, medför olika spelregler i olika stater samt innebär en risk för att den svenska lagstiftningen i framtiden kommer att behöva ändras till följd av förändrad praxis av EU-domstolen. Ett öppnare undantag skulle, enligt remissinstanserna, täcka in såväl nuvarande som blivande praxis från EU-domstolen.

Regeringen instämmer i den remisskritik som framförts avseende riskerna med en alltför detaljerad lagstiftning. Det framstår inte som lämpligt att i den nationella lagstiftningen använda begrepp eller en systematik som inte överensstämmer med vad EU-domstolen uttalat i den praxis som är avsedd att kodifieras i lagstiftningen. Det är, enligt regeringen, mer ändamålsenligt att endast grundelementen kommer till uttryck i bestämmelsen medan detaljerna får överlåtas till rättstillämpningen, ytterst genom förhandsavgörande från EU-domstolen.

Samtidigt måste en avvägning göras mellan de krav på tydlighet som ska kunna ställas på lagstiftningen och behovet av en öppen lagstiftning som möjliggör tolkning i enlighet med eventuell framtida praxis från EU-domstolen. Det aktuella lagstiftningsärendet innebär att ett undantag från kravet på upphandling i enlighet med EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna ska införas i LOU. Lagtexten bör därför i möjligaste mån utformas i enlighet med hur domstolen formulerat detta in house-undantag. Begrepp och systematik från Teckal-praxis bör därför återspeglas i den svenska lagstiftningen.

Då avsikten med lagregleringen således är att införa in house-undantaget i enlighet med EU-domstolens praxis avseende Teckal-

undantaget skulle det föra för långt att införa ett undantag, på det sätt som *Sveriges Kommuner och Landsting* m.fl. har föreslagit, vilket inte hänvisade till Teckal-kriterierna. En sådan reglering skulle, enligt regeringens mening, innebära en alltför otydlig bestämmelse vars omfattning i nuläget inte är tillfredsställande klarlagd. Det är inte heller inom ramen för detta lagstiftningsärende aktuellt, på sätt som *Sundsvalls kommun* önskar, att hantera frågan om sådana samverkanssituationer där offentliga aktörer samverkar utan att samarbetet sker inom ramen för en fristående enhet. Enligt regeringens mening är det inte heller lämpligt att, såsom bl.a. *Almega, Företagarna, Sveriges Åkeriföretag, Återvinningsindustrierna* och *Konkurrenskommissionen* önskar, att behålla lagtexten i den temporära lagstiftningen. En sådan reglering skulle riskera att i framtiden komma att få en snävare innebörd än motsvarande in house-undantag enligt EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna, vilket enligt regeringen inte är önskvärt.

EU-domstolen har i domen i mål C-107/98, Teckal, och i en rad efterföljande avgöranden bekräftat och utvecklat in house-undantaget och Teckal-kriterierna (se bl.a. domarna i mål C-295/05, Asemfo, punkt 55, mål C-480/06, Hamburg, punkt 34, och mål C-573/07, Sea, punkt 36). Regeringen anser att det av dessa avgöranden följer att in house-undantaget och Teckal-kriterierna enligt hittillsvarande praxis kan formuleras på följande sätt:

Ett anbudsförfarande krävs inte vid ett avtal med ekonomiska villkor som ingås med en – i förhållande till den offentliga myndighet som är upphandlande myndighet – fristående enhet, om

1. den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den fristående enheten som motsvarar myndighetens kontroll över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet), och
2. den fristående enheten bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar enheten (verksamhetskriteriet).

Regeringen anser att denna formulering av praxis bör ligga till grund för ett svenskt in house-undantag i LOU.

En nackdel med en mer generell bestämmelse avseende in house-undantaget, är att de situationer där det enligt EU-domstolens praxis för närvarande är oklart i vad mån de omfattas av in house-undantaget, även kommer vara oklara i den svenska lagstiftningen. Regeringen anser dock att detta är en ofrånkomlig effekt i en situation som den nu aktuella, där den nationella regleringen endast är avsedd att utgöra en länk till EU-domstolens rättspraxis och inte en omskrivning av densamma.

4.6.2 Undantaget gäller för avtal mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd

<p>Regeringens förslag: Det nya in house-undantaget ska gälla för avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt KL.</p>

Utredningens förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. Utredningen föreslår att undantaget ska kunna tillämpas avseende juridiska personer som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i och gemensamma nämnder enligt KL.

Remissinstanserna: När det gäller såväl frågan om vilka slags upphandlande myndigheter som ska kunna tillämpa undantaget som frågan gentemot vilka slags fristående enheter undantaget ska kunna tillämpas, har en majoritet av remissinstanserna tillstyrkt förslaget eller inte haft några invändningar.

När det gäller vilka slags upphandlande myndigheter som ska kunna tillämpa undantaget har av de som tillstyrker förslaget endast *Sveriges Radio AB*, *Sveriges Television AB* och *Sveriges Utbildningsradio AB* poängterat att detta förslag är särskilt viktigt. De övriga utvecklar inte skälen för sitt ställningstagande. Ett antal remissinstanser avstyrker dock förslaget, bl.a. *SITA Sverige AB*, *Konkurrenskommissionen*, *Sveriges Åkeriföretag*, *Återvinningsindustrierna*, *Svensk Handel* och *Svenskt Näringsliv*. Av dessa anför *Konkurrenskommissionen* bl.a. att eftersom EU-domstolen hittills inte har prövat frågan är rättsläget oklart. *Sveriges Åkeriföretag* och *Återvinningsindustrierna* ifrågasätter om bedömningen är förenlig med EU-rätten, då EU-domstolens praxis inte ger stöd för detta. *Svensk Handel* och *Svenskt Näringsliv* anser att bedömningen av EU-rätten är en extensiv tolkning av den praxis som utformats av EU-domstolen.

När det gäller frågan om gentemot vilka slags fristående enheter undantaget ska kunna tillämpas, är en stor majoritet positiva eller har inga invändningar mot förslaget. Endast ett fåtal remissinstanser, bl.a. *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet* och *Juridiska institutionen vid Umeå universitet*, avstyrker förslaget. Dessa remissinstanser avstyrker med hänvisning till att de inte delar utredningens bedömning avseende kontrollkriteriet (se avsnitt 4.4.4).

I övrigt anför *Simrishamns kommun* och *Tomelilla kommun* att begreppet ”leverantör” i 2 kap. 10 a § LOU bör bytas ut mot ”enhet”. *Bolagsverket* invänder inte mot utredningens förslag men anför att även om det inte ingått i utredningens direktiv att utreda köp mellan statliga myndigheter, är den frågeställningen starkt förknippad med uppdraget. Det hade därför enligt *Bolagsverket* varit av värde om utredningen gjort en bedömning i den frågan.

Skälen för regeringens förslag

Regeringen har i avsnitt 4.6.1 gjort bedömningen att ett in house-undantag i svensk rätt bör utformas i enlighet med hur EU-domstolen formulerat in house-undantaget i sin praxis om Teckal-kriterierna. Begrepp och systematik från EU-domstolens praxis i detta avseende bör därför enligt regeringens mening i möjligaste mån återspeglas i den svenska lagstiftningen. Detta påverkar även utformningen av förslaget kring vilka slags upphandlande myndigheter och fristående enheter som ska kunna tillämpa förslaget.

Avtal mellan två parter är en förutsättning för upphandlingsskyldighet

En förutsättning, enligt såväl den svenska lagstiftningen om upphandling som unionsrätten, för att upphandlingsskyldighet ska uppkomma är att det föreligger ett avtal mellan två, i förhållande till varandra, fristående parter. Krav finns således inte på att en upphandlande myndighet ska vända sig utanför sin organisation för att utföra sina uppgifter. Det står i stället myndigheten eller enheten fritt att utföra sina uppgifter med egna resurser, dvs. i egen regi (se bl.a. domen i mål C-26/03, Stadt Halle).

På motsvarande sätt kommer det föreslagna undantaget endast vara tillämpligt när en upphandlande myndighet vidtar åtgärder för att anskaffa t.ex. varor och tjänster utanför den egna organisationen. Utförs verksamheten i egen regi uppkommer ingen upphandlingsskyldighet och något behov av undantag från upphandlingsskyldigheten finns därmed självfallet inte.

Som anförts i avsnitt 4.1.3 är det inte helt klart var gränserna går för vad som ska anses utgöra egen regi. Av EU-domstolens praxis framgår inte klart om – och i så fall under vilka förutsättningar – upphandlingsskyldighet finns enligt unionsrätten vid transaktioner mellan enheter inom samma juridiska person. Rättsläget är således något oklart men ger, enligt regeringens mening, inte stöd för att upphandlingsrättsliga avtal normalt sett uppkommer mellan enheter inom en och samma juridiska person. Detta innebär att den nu föreslagna regleringen inte avser transaktioner mellan enheter inom samma juridiska person. Det finns dock inte heller något behov av att regleringen ska omfatta sådana situationer, då dessa enligt regeringens bedömning inte ger upphov till upphandlingsskyldighet.

Alla slags upphandlande myndigheter ska kunna tillämpa undantaget

Regeringens utgångspunkt är, som tidigare nämnts, att den svenska regleringen av in house-undantaget i LOU bör utformas i enlighet med hur EU-domstolen formulerat in house-undantaget i sin praxis om Teckal-kriterierna. EU-domstolen har i sin hittillsvarande praxis om in house-undantaget endast prövat anskaffningar som har gjorts av lokala eller andra offentliga myndigheter. Situationen att anskaffningen har gjorts av en upphandlande myndighet som inte är en offentlig myndighet utan ett offentligt styrt organ, har ännu inte prövats av EU-domstolen. Ett exempel på detta är att ett aktiebolag som är en upphandlande myndighet anskaffar tjänster från ett dotterbolag.

Även om situationen då anskaffningen gjorts av ett offentligt styrt organ således inte hittills har prövats av EU-domstolen, kan det konstateras att det finns flera skäl som talar för att in house-undantaget kan tillämpas inte bara av upphandlande myndigheter som är lokala eller andra offentliga myndigheter utan också av andra upphandlande myndigheter.

Regeringen konstaterar att EU-domstolen visserligen använt sig av uttrycken ”lokal myndighet” (se bl.a. domen i mål C-107/98, Teckal, punkt 50) och ”den offentliga myndigheten” (se bl.a. domen i mål C-480/06, Hamburg, punkt 34) i formuleringen av kontrollkriteriet. Det måste dock framhållas att EU-domstolens avgöranden om in house-

undantaget har gällt anskaffning som gjorts av just lokala eller andra offentliga myndigheter. För att avgöra målen har domstolen alltså inte behövt uttala sig om in house-undantagets tillämplighet då anskaffning görs av upphandlande myndigheter av annat slag. När det gäller Teckal- domen bör det också särskilt framhållas att EU-domstolen i domslutet använde uttrycket "lokal myndighet" endast som ett exempel på vad som är en upphandlande myndighet. Regeringen anser därför att domslutet antyder att Teckal-kriterierna tillämpning inte är begränsad till situationer då den upphandlande myndigheten är en lokal eller en annan offentlig myndighet.

Även EU-domstolens avgöranden i mål där gemensam kontroll delvis utövats indirekt ger också, enligt regeringen, visst stöd för att Teckal-kriterierna kan vara uppfyllda i relationen mellan en upphandlande myndighet som inte är en offentlig myndighet och en fristående enhet. I exempelvis målen C-295/05, Asemfo, och mål C-371/05, Mantova, utövade offentliga myndigheter en gemensam kontroll över den fristående enheten, till viss del via juridiska personer som inte synes ha varit offentliga myndigheter. Visserligen finns det inte någon bedömning i domarna av om dessa juridiska personer var upphandlande myndigheter och skulle ha kunnat anskaffa t.ex. varor eller tjänster från de aktuella fristående enheterna utan upphandling i enlighet med Teckal-kriterierna. Ett synsätt som innebär att sådan anskaffning inte skulle ha varit möjlig vore emellertid enligt regeringens mening svärförenligt med utgången i målen beträffande deras ägare.

Även en genomgång av EU-domstolens fastställda grunder för undantaget ger, enligt regeringens mening, stöd för att in house-undantaget inte bör anses begränsat till att gälla anskaffning som görs av upphandlande myndigheter som är lokala eller andra offentliga myndigheter. I formellt hänseende har EU-domstolen motiverat undantaget från upphandlingsskyldighet enligt Teckal-kriterierna utifrån en tolkning av begreppet avtal i upphandlingsdirektiven. I direktivens mening finns enligt domstolen inget avtal, dvs. en överenskommelse mellan två skilda personer, om kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda (se bl.a. domen i mål C-107/98, Teckal, punkterna 46–50). I flera domar har EU-domstolen gett en förklaring till varför avtalsbegreppet ska tolkas på detta sätt. Domstolen har då tagit fasta på vad som gäller enligt unionsrätten för en offentlig myndighet som är en upphandlande myndighet och som utför sina uppgifter inom ramen för den egna organisationen (se bl.a. domarna i mål C-26/03, Stadt Halle, punkterna 48 och 49, och mål C-458/03, Parking Brixen, punkterna 61 och 62). I Stadt Halle-domen anförde EU-domstolen följande. "En offentlig myndighet som är en upphandlande myndighet har möjlighet att utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger denna med egna medel – administrativa, tekniska och andra – utan att behöva vända sig till externa enheter utanför sin organisation. I ett sådant fall kan det inte vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor som ingåtts med en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person" (se punkt 48).

Detta resonemang om förutsättningarna för att det ska finnas ett avtal är allmängiltigt på så sätt att det kan anföras också för upphandlande myndigheter som inte är offentliga myndigheter. Definitionen av vad

som är ett avtal är nämligen densamma för samtliga upphandlande myndigheter, dvs. oavsett om de är offentliga myndigheter eller av annat slag.

Det kan också noteras att Europeiska kommissionen i sitt förslag den 20 december 2011 till revidering av det klassiska direktivet (KOM (2011) 896 slutlig), infört ett in house-undantag som omfattar samtliga upphandlande myndigheter, dvs. även offentligt styrda organ. Förslaget ger således ytterligare stöd för att även dessa organisationsformer omfattas av in house-undantaget.

Sammantaget anser regeringen, i motsats till bl.a. *Återvinningsindustrierna*, *Svensk Handel* och *Svenskt Näringsliv*, att övervägande skäl talar för att in house-undantaget enligt unionsrätten kan tillämpas inte bara av upphandlande myndigheter som är lokala eller andra offentliga myndigheter utan också av andra upphandlande myndigheter. Det stora flertalet av remissinstanserna instämmer också i den bedömningen. Regeringen anser att de skäl som talar för att alla upphandlande myndigheter bör kunna omfattas av in house-undantaget är så starka att det, trots utgångspunkten ovan att in house-undantaget i svensk lagstiftning bör formuleras i enlighet med hur EU-domstolen hittills har formulerat undantaget i sin praxis, finns fog för att föra in detta i den svenska regleringen av in house-undantaget i LOU.

Detta innebär således att alla slags upphandlande myndigheter enligt LOU ska kunna tillämpa undantaget. Vad som avses med upphandlande myndighet framgår av 2 kap. 19 § LOU. Undantaget kommer därmed att kunna tillämpas av statliga och kommunala myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting, offentligt styrda organ enligt 2 kap. 12 § LOU och sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter, församlingar eller organ.

Undantaget ska kunna tillämpas gentemot juridiska personer och gemensamma nämnder

Enligt regeringens mening kan det, som framgått ovan, utläsas av EU-domstolens praxis att in house-undantaget omfattar sådana avtal som ingås med en – i förhållande till den offentliga myndighet som är upphandlande myndighet – fristående enhet. När det gäller frågan om juridisk person eller juridisk enhet synes, mot bakgrund av de olika uttryckssätten i EU-domstolens domar, in house-undantaget inte begränsa sig till anskaffning från juridiska personer utan också vara tillämpligt på anskaffning från andra formellt fristående enheter (se vidare avsnitt 4.2.3). Detta talar för att låta den svenska regleringen omfatta avtal som ingås med en fristående enhet. Denna fråga är dock nära förknippad med frågan om var gränsen går för vad som utgör egen regi eller inte. Regeringens bedömning i den frågan är, som anförts ovan, att upphandlingsrättsliga avtal normalt sett inte uppkommer mellan enheter inom en och samma juridiska person.

Regeringen föreslår med hänsyn till detta att den svenska regleringen av in house-undantaget ska omfatta avtal som ingås mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person. Regleringen får därmed ett något snävare tillämpningsområde än inom unionsrätten. Bakgrunden

till ställningstagandet är dock regeringens bedömning, att det inte finns stöd för att upphandlingsrättsliga avtal normalt sett uppkommer mellan enheter inom en och samma juridiska person. Det föreligger därmed enligt regeringens mening inte något behov av ett vidare undantag som inkluderar enheter inom samma juridiska person. Med juridisk person avses såväl privaträttsliga associationsformer, exempelvis aktieföretag och ekonomiska föreningar, som offentligrättsliga juridiska personer såsom kommunalförbund enligt KL.

När det gäller gemensamma nämnder föreslås att också sådana ska kunna omfattas av undantaget. Gemensam nämnd är en nationell, svensk rättsfigur med speciella drag som används för samverkan mellan kommuner och landsting. Som framgått under avsnitt X tillsätts en gemensam nämnd i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen och ingår i denna kommuns eller detta landstings organisation. Nämnden är därmed ingen egen juridisk person. I förhållande till den värdkommun i vilken den är inrättad, uppkommer sannolikt ingen upphandlingsskyldighet. När en annan av de samverkande kommunerna anförskaffar varor eller tjänster från sin gemensamma nämnd kan dock upphandlingsskyldighet uppkomma. Den föreslagna regleringen kan tillämpas i sådana fall.

I förhållande till den nuvarande lagstiftningen varigenom Teckal-kriterierna förts in i 2 kap. 10 a § LOU, innebär förslaget att bestämmelsen i första stycket förenklas och utformas i större överensstämmelse med hur EU-domstolen formulerat in house-undantaget i sin praxis om Teckal-kriterierna. Detta får till följd att ordet leverantör och kravet på innehav eller medlemskap stryks från lagtexten. Att krav på innehav eller medlemskap är en viktig omständighet vid bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt är dock självklart (se avsnitt 4.2.4).

4.6.3 Undantaget gäller under förutsättning att kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda

Regeringens förslag: Det nya in house-undantaget ska gälla endast under förutsättning att kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda.

Utredningens förslag: Överensstämmer i sak med regeringens förslag. Utredningen föreslår dock en annorlunda lagteknisk utformning av verksamhetskriteriet.

Remissinstanserna: En majoritet av remissinstanserna instämmer i eller har inga invändningar mot utredningens förslag. När det gäller kontrollkriteriet har remissinstanserna inte särskilt kommenterat förslaget, men däremot kommenterat frågan om i vad mån kontrollkriteriet kan vara uppfyllt i svenska rättsförhållanden, se avsnitt 4.4.4 ovan. När det gäller verksamhetskriteriet anför *Kammarrätten i Göteborg* bl.a. att föreslagen lydelse kan uppfattas som om det är kvaliteten som är avgörande, trots att det vid en bedömning av verksamhetskriteriet ska tas hänsyn både till kvalitativa och kvantitativa omständigheter. *Advokatfirman Lindahl* anför att verksamhetskriteriet

bör utformas på det sätt som EU-domstolen definierat kriteriet, dvs. utifrån den verksamhet som bedrivs mot ägarna och inte utifrån hur stor verksamhet som bedrivs mot utomstående. *Sydkånes avfallsaktiebolag* anför att man delar bedömningen att verksamhetskriteriet ska bedömas utifrån såväl kvantitativa som kvalitativa aspekter. *Stockholms läns landsting* anser att verksamhetskriteriet borde ses över då det kan ge intryck av att utesluta situationer då dotterbolaget samägs med någon annan. *Sveriges Allmännyttiga Bostadsföretag* anser att det behöver tydliggöras under vilka förutsättningar verksamhetskriteriet är uppfyllt.

Skälen för regeringens förslag

Regeringen har i avsnittet ovan föreslagit att det nya in house-undantaget i LOU ska gälla för avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt KL. Ytterligare en förutsättning för att det nya in house-undantaget i LOU ska kunna tillämpas är att två villkor, eller kriterier, är uppfyllda. Dessa villkor har sin direkta motsvarighet i de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna (Teckal-kriterierna) som utvecklats genom EU-domstolens praxis om in house-undantaget. Villkoren är avsedda att tolkas i överensstämmelse med denna praxis. Denna praxis är fortfarande under utveckling och regeringen har därför valt att reglera villkoren i överensstämmelse med vad EU-domstolen hittills klart uttalat i sina avgöranden.

Det måste betonas att bedömningen av om villkoren är uppfyllda i ett enskilt fall är beroende av omständigheterna i det enskilda fallet. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall göra en bedömning av om de villkor som uppställs är uppfyllda. Det är viktigt att upphandlande myndigheter går igenom sina bolagskonstruktioner och gör en analys av om villkoren i regleringen kan anses uppfyllda eller om några förändringar behöver göras.

Kontrollkriteriet

Kontrollkriteriet innebär enligt unionsrätten att den upphandlande myndigheten ska utöva en kontroll över den fristående enheten som motsvarar den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning. För att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt ska kontrollen göra det möjligt för myndigheten att påverka de beslut som fattas av den fristående enheten. Det ska vara fråga om en möjlighet till avgörande påverkan på såväl strategiska mål som viktiga beslut.

När det gäller kontrollkriteriet framgår av avsnitt 4.2.4 hur regeringen tolkat EU-domstolens praxis i detta hänseende. Som exempel på viktiga faktorer vid bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt kan nämnas frågor kring olika innehavare av den fristående enheten, självständigheten hos den fristående enheten samt eventuell marknadsmässig inriktning hos den fristående enheten.

Regeringen har vidare, i avsnitt 4.4.4 och 4.4.5, tagit ställning till om den svenska lagstiftningen generellt sett ger en möjlighet att utöva tillräcklig kontroll enligt kontrollkriteriet över juridiska personer som staten, landsting och kommuner använder sig av i sådana fall då

verksamheten bedrivs utanför den egna juridiska personen. Regeringen har gjort bedömningen att svenska rättsförhållanden medger att en upphandlande myndighet kan skapa möjlighet att uppfylla villkoren i kontrollkriteriet avseende ett aktiebolag, en ekonomisk förening, en ideell förening, ett försäkringsbolag eller ett handelsbolag. Kontrollkriteriet kan enligt regeringen sannolikt inte uppfyllas avseende stiftelser. Vidare har regeringen även gjort bedömningen att svenska rättsförhållanden medger att kommuner och landsting kan skapa möjlighet att uppfylla villkoren i kontrollkriteriet avseende ett kommunalförbund eller en gemensam nämnd. Även om de rättsliga förutsättningarna således finns är det dock, som tidigare nämnts, de faktiska förhållandena i det enskilda fallet som är avgörande för om det finns tillräcklig kontroll.

Verksamhetskriteriet

Verksamhetskriteriet innebär enligt unionsrätten att den fristående enheten ska utföra huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar (kontrollerar) den.

Av avsnitt 4.2.5 framgår hur regeringen tolkat EU-domstolens praxis i detta hänseende. Sammanfattningsvis ska en jämförelse göras mellan sådan verksamhet som den fristående enheten bedriver tillsammans med den upphandlande myndigheten eller de upphandlande myndigheter som innehar enheten och eventuell annan verksamhet som den fristående enheten bedriver. Huvuddelen av den fristående enhetens verksamhet ska nämligen utföras tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den. Eventuell övrig verksamhet får endast vara av marginell karaktär. En helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet ska göras. Såväl kvalitativa som kvantitativa omständigheter ska beaktas.

Regeringen har vidare i avsnitt 4.6.1 gjort bedömningen att det nya in house-undantaget i LOU bör utformas i överensstämmelse med hur EU-domstolen formulerat in house-undantaget i sin praxis om Teckal-kriterierna. Som en följd av detta anser regeringen att även verksamhetskriteriet bör formuleras i enlighet med hur EU-domstolen formulerat detta i sin praxis. Detta innebär att verksamhetskriteriet formuleras på så sätt att den fristående juridiska personen måste utföra ”huvuddelen” av sin verksamhet tillsammans med den eller de upphandlande myndigheter som kontrollerar den. Som redan nämnts innebär dock EU-domstolens hittillsvarande praxis i detta hänseende att den fristående enheten huvudsakligen måste utöva sin verksamhet tillsammans med den myndighet som innehar (kontrollerar) enheten och att all annan verksamhet endast får vara av marginell karaktär (se domen i mål C-340/04, Carbotermo, punkt 63).

Det skulle kunna ifrågasättas om det därför inte vore lämpligare att, så som utredningen föreslagit, i den svenska lagtexten tydliggöra på vilket sätt EU-domstolen preciserat begreppet ”huvuddelen”. En sådan precisering och omformulering har, efter inrådan från Lagrådet, gjorts i den nuvarande lagstiftningen varigenom Teckal-kriterierna förts in i 2 kap. 10 a § LOU. Lagrådet ansåg att även om det många gånger kan vara lämpligt att unionsrättsliga begrepp och kriterier införs i nationell

lagstiftning i enlighet med den ordalydelse dessa erhållit i skilda unionsrättsliga rättsakter, framstod det i detta fall som mer lämpligt att använda sig av den precisering som EU-domstolen gjort (prop. 2009/10:134 s. 69).

Regeringen anser att det visserligen hade varit en fördel om den svenska lagtexten hade kunnat preciseras på så sätt att EU-domstolens uttalanden kring ”marginell karaktär” hade kunnat föras in. Regeringen konstaterar dock att en sådan precisering inte kan göras utan att hela verksamhetskriteriet omformuleras i förhållande till hur det har definierats av EU-domstolen, eftersom verksamhetskriteriet enligt EU-domstolen definieras utifrån den verksamhet som bedrivs mot ägarna och inte utifrån hur stor del av verksamheten som bedrivs mot utomstående. Med hänsyn till att den svenska lagstiftningen i detta hänseende endast ska vara en länk till unionsrätten och därmed möjliggöra en tolkning i enlighet med framtida utveckling av EU-domstolens praxis, anser regeringen att det inte är lämpligt att helt omformulera verksamhetskriteriet på sätt som krävs för att kunna föra in EU-domstolens uttalanden om ”marginell karaktär”. Behovet av att låta lagtexten stämma överens med de formuleringar och uttryck som EU-domstolen använt bedöms även vara större i den nya lagstiftningen än när den nuvarande, temporära, lagstiftningen infördes. Det kan också noteras att verksamhetskriteriet inte är lika utvecklat som kontrollkriteriet i EU-domstolens praxis och därför mycket väl skulle kunna komma att ytterligare förtydligas av EU-domstolen. Det är därför enligt regeringen även av det skälet lämpligt att endast låta grundelementen i Teckaldomen komma till uttryck i lagtexten.

Regeringen vill dock betona att formuleringen av verksamhetskriteriet inte avser att på något sätt avvika från det uttalande EU-domstolen gjort avseende sidoverksamheten och dess omfattning. Som framgår ovan tolkar regeringen hittillsvarande praxis från EU-domstolen på så sätt att sidoverksamheten endast får vara av marginell karaktär.

4.6.4 In house-undantagets räckvidd

Regeringens bedömning: Övervägande skäl talar för att in house-undantaget enligt EU-rätten kan tillämpas när anskaffning görs av en fristående enhet från en upphandlande myndighet, när den fristående enheten står under den upphandlande myndighetens kontroll och bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med myndigheten.

Det är oklart om in house-undantaget enligt EU-rätten gäller för anskaffning som görs inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation i andra fall än då anskaffningen görs i rakt ned- eller uppstigande led.

Den närmare tolkningen av den svenska regleringen av in house-undantaget i LOU vid situationer där rättsläget enligt unionsrätten är oklart, är ytterst en fråga för rättstillämpningen.

Utredningens förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens bedömning. Utredningen föreslår dock en annorlunda

lagteknisk lösning och kodifierar den s.k. omvända situationen i lagtexten. Utredningen gör vidare bedömningen att lagtexten på grund av det oklara rättsläget inte bör omfatta samtliga anskaffningar inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation.

Remissinstanserna: När det gäller den omvända situationen tillstyrker en stor majoritet förslaget eller har inga invändningar mot det. Ingen av dessa remissinstanser, bl.a. *Kammarrätten i Göteborg*, *Förvaltningsrätten i Stockholm*, *Justitiekanslern (JK)*, *Naturvårdsverket*, *Konkurrensverket*, de flesta kommuner, *AB Svenska Spel*, *Avfall Sverige* och *Advokatfirman Lindahl* utvecklar skälen för sitt ställningstagande.

De remissinstanser som avstyrker är bl.a. *Skåne läns landsting*, *Sveriges advokatsamfund*, *Konkurrenskommissionen*, *SITA Sverige AB* och *Advokatfirman Delphi*.

Advokatfirman Delphi delar inte bedömningen av unionsrätten avseende den omvända situationen. *Företagarna* anser att bedömningen inte är fullt förenligt med EU-domstolens praxis. *Sveriges advokatsamfund* och *Konkurrenskommissionen* påpekar att det är oklart hur EU-domstolen skulle komma att hantera en sådan situation. Konkurrenskommissionen anför vidare att det ligger i sakens natur att en juridisk person som är underställd en upphandlande myndighets kontroll inte kan utöva någon motsvarande kontroll över den myndigheten. *Advokatfirman Lindahl* anser dock att det finns stöd för ett funktionellt synsätt i EU-domstolens praxis. *Sveriges Åkeriföretag* och *Återvinningsindustrierna* ifrågasätter om bedömningen är förenlig med EU-rätten, då EU-domstolens praxis inte ger stöd för detta. *Svensk Handel* och *Svenskt Näringsliv* anser att bedömningen är en extensiv tolkning av den praxis som utformats av EU-domstolen.

När det gäller utredningens förslag till utformning av svensk reglering av in house-undantaget avseende den omvända situationen anför *Skåne läns landsting* bl.a. att regleringen i 2 kap. 10 a § LOU av omvända situationen – förutom att vara osedvanligt svårläst – även är helt onödig. Av stycket ett och två framgår att kontrakt inte anses föreligga när vissa aktörer sluter avtal. Ett avtal sluts mellan två parter. Bestämmelsen innebär undantag från samtliga avtal, alltså följer automatiskt att avtalet kan gälla för såväl köp som försäljningar, dvs. oavsett riktningen för avtalade transaktioner. Tredje stycket är därmed överflödigt. *Stockholms läns landsting* anför att bestämmelsen är komplicerad och borde ses över för att förenklas. *Sveriges advokatsamfund* anför att det är oklart hur EU-domstolen skulle komma att hantera en fråga om den omvända situationen, varför en uttrycklig bestämmelse om sådan tilldelning inte bör införas.

När det gäller utredningens bedömning att lagtexten inte borde omfatta samtliga anskaffningar inom ramen för en koncern eller koncernliknande organisation är en majoritet av remissinstanserna negativa till bedömningen.

De remissinstanser som inte instämmer i utredningens bedömning är bl.a. *Linköpings universitet*, *Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet*, *Konkurrensverket*, *Sveriges Kommuner och Landsting*, flertalet av de kommuner och landsting som besvarat remissen, *Sveriges advokatsamfund*, *Sveriges Allmännyttiga Bostadsföretag*, *Sveriges*

Offentliga Inköpare, Sveriges Radio AB, Sveriges universitets- och högskoleförbund, AB Svenska Spel och Advokatfirman Lindahl.

Linköpings universitet, Konkurrensverket och Sveriges universitets- och högskoleförbund anför bl.a. att det faktum att förslaget endast omfattar koncerninterna köp i rakt upp- och nedstigande led skapar oklarhet kring andra former av koncerninterna köp. Det är inte osannolikt att en bestämmelse där vissa ageranden explicit tillåts kommer att tolkas som att de ageranden som inte tillåts per se är förbjudna, vilket sannolikt inte är avsikten bakom regleringen. *Göteborgs Upphandlings AB* anser att utredningen har övertolkat praxis, eftersom det inte finns någon praxis som hindrar ett undantag. *Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet* anför att det inte finns tillräckligt starka skäl till att bolagisering skulle försvåras. Universitetet anser att undantaget bör gälla samtliga typer av köp i koncernsituationer. *Konkurrensverket* ställer sig frågande till att utredningen väljer att detaljreglera ”omvända köp” men samtidigt anser att det inte finns stöd för att köp mellan systerbolag är tillåtet. In house-undantaget bör även ta höjd för anskaffning inom ramen för en koncern, så länge kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda och anskaffningen inte är marknadsstörande. *Skåne läns landsting* och *Sveriges Advokatsamfund* anför bl.a. att den valda modellen inte kommer att leda till ökad konkurrensutsättning utan endast resultera i onödigt administrativt arbete i form av trepartsavtal. *AB Svenska Spel* anför bl.a. att statliga koncerner bör få hantera sina koncerninterna transaktioner som vilken kommersiell koncern som helst, dvs. utan att behöva konkurrensutsätta utbytet av tjänster mellan de olika koncernbolagen. *Sveriges Kommuner och Landsting* anser att det är oacceptabelt att tvinga den offentliga sektorn att slå sönder sina koncerner enbart för att man inte vet hur EU-domstolen skulle bedöma ett koncernfall. Det är inte uteslutet att EU-domstolen skulle godta ett koncernförhållande, varför undantaget bör göras direktivkonformt och ta höjd för att koncerninterna transaktioner i framtiden godtas av EU-domstolen. *Sveriges advokatsamfund* och *Sveriges Allmännyttiga Bostadsföretag* anför bl.a. att det är bättre att lämna denna fråga till domstolarna, än att möjligheten helt avfärdas på så sätt som sker enligt utredningens förslag. *Sveriges Radio AB, Sveriges Television AB* och *Sveriges Utbildningsradio AB* har i ett gemensamt yttrande anfört att anskaffning mellan systerbolag inte strider mot EU-rätten. Enbart det förhållandet att EU-domstolen ännu inte har prövat frågan om anskaffning mellan systerbolag bör inte hindra att ett undantag införs i svensk rätt. *Advokatfirman Lindahl* anför bl.a. avseende tolkningen av unionsrätten i detta hänseende att stöd finns för ett funktionellt synsätt i EU-domstolens praxis. *Göteborgs kommun* anför att förslagen, som utesluter koncerninterna köp i horisontellt led, innebär särskilda problem avseende de kommunala försäkringsbolagen.

Många av kommunerna och landstingen, bl.a. *Göteborgs kommun, Stockholms kommun, Stockholms läns landsting, Helsingborgs kommun, Lunds kommun* och *Täby kommun*, anför att förslaget avseende koncerner innebär en inskränkning av självstyret samt att förslaget innebär att stora omstruktureringar och avbolagiseringar kommer att behöva göras. *Stockholm läns landsting* poängterar även att det i landstingets koncern ingår ett flertal sjukhus som i dag köper tjänster av varandra. För att

denna högspecialiserade vård ska kunna vara högkvalitativ, kompetent och kostnadseffektiv krävs tjänsteköp mellan sjukhusen. Om landstinget inte längre har friheten att organisera sig på ett för vården bästa sätt kommer landstinget inte att klara av nuvarande eller planerad framtida vård. Landstinget kommer att tvingas avbolagisera de sjukhus som i dag drivs i aktiebolagsform. Även *Advokatfirman Lindahl* anför att de statsfinansiella konsekvenserna av ett begränsat undantag bör beaktas.

Konkurrenskommissionen instämmer dock i utredningens bedömning av unionsrätten avseende koncerner och anför bl.a. att det är svårt att se varför vertikala köp mellan koncernbolag inom den klassiska sektorn skulle anses falla in under in house-undantaget, men motsvarande köp i försörjningssektorerna har fordrat särskilt stöd i sekundärrätten.

Skälen för regeringens bedömning

Inledning

Regeringen har, som utvecklats i avsnitt 4.6.1, valt att utforma in house-undantaget i LOU i enlighet med hur EU-domstolen utformat in house-undantaget i sin praxis om Teckal-kriterierna. En nackdel med en mer generell bestämmelse avseende in house-undantaget, är att de situationer där det enligt EU-domstolens praxis för närvarande är oklart i vad mån de omfattas av in house-undantaget, även kommer att vara oklara i den svenska lagstiftningen. Regeringen anser dock att detta i viss mån är en ofrånkomlig effekt i en situation som den nu aktuella, där den nationella regleringen endast är avsedd att utgöra länk till EU-domstolens rättspraxis och inte en omskrivning av densamma.

En situation som ännu inte har prövats av EU-domstolen är om in house-undantaget kan tillämpas då en fristående enhet som kontrolleras av en upphandlande myndighet anskaffar t.ex. varor eller tjänster från denna myndighet. Situationen kan beskrivas som omvänd i förhållande till de fall som prövats av EU-domstolen och ett exempel är att ett aktiebolag, som ägs och kontrolleras av en kommun anskaffar tjänster från kommunen.

En annan situation som inte heller har prövats av EU-domstolen är om in house-undantaget kan tillämpas på anskaffningar inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation. Exempelvis kan frågan ställas om upphandling måste ske då ett aktiebolag som är en upphandlande myndighet och som ägs och kontrolleras av en kommun anskaffar tjänster från ett annat aktiebolag som även det ägs och kontrolleras av kommunen.

Omvända situationen

När det gäller den första av dessa två situationer, den omvända situationen, finns det enligt regeringens mening flera skäl som talar för att denna situation omfattas av in house-undantaget enligt unionsrätten, även om rättsläget i avsaknad av avgörande från EU-domstolen inte är helt klart.

I domen i mål C-107/98, Teckal, prövade EU-domstolen inte den omvända situationen. Det som EU-domstolen anförde om prövningen av huruvida en överenskommelse förelåg i direktivets mening har dock en generell lydelse (se punkterna 49 och 50). Det finns alltså inte något uttryckligt utpekande av att domstolens angivande av kontroll- och verksamhetskriterierna endast gällde fall då anskaffning görs av en lokal myndighet från en fristående juridisk person och inte anskaffning som görs av en fristående enhet från en lokal myndighet. EU-domstolen har också i andra avgöranden återgett slutsatserna i Teckal-domen på ett sådant generellt sätt att de också skulle kunna omfatta omvända situationer (se bl.a. domarna i mål C-26/03, Stadt Halle, punkt 49, mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 58, och mål C-340/04, Carbotermo, punkterna 32 och 33). Detta talar enligt regeringens mening för att Teckal-domen, trots att den inte är helt tydlig i nu aktuellt avseende, snarare kan anses tala för att in house-undantaget kan vara tillämpligt i en omvänd situation än att detta skulle vara uteslutet.

EU-domstolen har även i flera domar hänvisat till vad som gäller då en upphandlande myndighet utför sina uppgifter i egen regi som en förklaring till varför avtalsbegreppet ska tolkas som att det inte finns en överenskommelse mellan två skilda personer om kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda. Detta kan, enligt regeringens mening, tolkas som stöd för att in house-undantaget omfattar även den omvända situationen. Domstolen har i dessa mål gjort en bedömning av om den aktuella organisationen kan likställas med en organisation för intern administration (se bl.a. domarna i mål C-26/03, Stadt Halle, punkterna 48 och 49, mål C-458/03, Parking Brixen, punkterna 61 och 62, mål C-410/04, ANAV, punkt 32, och mål C-231/03, Coname, punkt 26). Mot bakgrund av dessa uttalanden av EU-domstolen ligger det nära till hands att uppfatta den funktionella innebörden av Teckal-kriterierna på så sätt att när de är uppfyllda, så är den fristående enheten att se som jämställd med enheter som ingår i den upphandlande myndighetens egna organisation. Grunden för eller själva kärnan i in house-undantaget bör då kunna beskrivas som att när en fristående enhet är att se som jämställd med enheter som ingår i en upphandlande myndighets egna organisation, så finns det förutsättningar för undantag från upphandlingsskyldighet. Avgörande torde alltså vara relationen mellan parterna, inte vem av dem som är säljare respektive köpare.

Med ett sådant funktionellt synsätt framstår det som betydelselöst utifrån grunderna för in house-undantaget om den aktuella anskaffningen görs av en upphandlande myndighet från en formellt fristående enhet, som kan anses ingå i den upphandlande myndighetens organisation, eller av denna fristående enhet från den upphandlande myndigheten. Utslagsgivande är att den fristående enheten står under kontroll av den upphandlande myndigheten och att huvuddelen av dess (den fristående enhetens) verksamhet bedrivs tillsammans med den upphandlande myndigheten. För uppfyllande av kontroll- och verksamhetskriterierna i den omvända situationen krävs med detta synsätt således inte att den fristående enheten, t.ex. ett bolag, har kontroll över den upphandlande myndigheten, t.ex. en kommun.

Det kan också noteras att Europeiska kommissionen i sitt förslag den 20 december 2011 till revidering av det klassiska direktivet (KOM

(2011) 896 slutlig), föreslår ett in house-undantag som bl.a. omfattar anskaffning av en fristående juridisk person från den upphandlande myndighet som kontrollerar den fristående juridiska personen. Detta talar, enligt regeringens mening, ytterligare för att denna situation omfattas av in house-undantaget enligt unionsrätten.

Mot bakgrund av det ovan anförda anser regeringen sammantaget, till skillnad från bl.a. *Advokatfirman Delphi*, *Svenskt Näringsliv* och *Svensk Handel*, att övervägande skäl talar för att in house-undantaget enligt unionsrätten gäller även i de situationer då den aktuella anskaffningen görs av den fristående enheten från den upphandlande myndigheten. Även i denna situation måste dock självfallet den fristående enheten stå under kontroll av den upphandlande myndigheten och huvuddelen av dess verksamhet bedrivs tillsammans med den upphandlande myndigheten.

Regeringen har dock, i avsnitt 4.6.1, gjort bedömningen att den svenska regleringen av in house-undantaget i LOU bör utformas i enlighet med hur EU-domstolen i sina avgöranden formulerat in house-undantaget. Detta får till följd att regeringen, trots att övervägande skäl talar för att den omvända situationen omfattas av in house-undantaget enligt EU-rätten, inte föreslår att denna situation bör kodifieras uttryckligen i den svenska lagstiftningen. En sådan reglering skulle språkligt sett innebära ett alltför långt avsteg från hur EU-domstolen i sina avgöranden hittills formulerat in house-undantaget. Regeringen anser dock att lydelsen av den föreslagna svenska regleringen av in house-undantaget i LOU, som motsvarar vad som framgår av EU-rätten, inte hindrar en tolkning motsvarande den som regeringen gjort avseende unionsrätten i detta avseende. Det avgörande är således, liksom vid bedömningen av unionsrätten, att den fristående enheten står under kontroll av den upphandlande myndigheten och att huvuddelen av dess verksamhet bedrivs tillsammans med den upphandlande myndigheten. Om en sådan situation är för handen, är det enligt regeringens bedömning betydelselöst om anskaffningen görs av den upphandlande myndigheten från den fristående enheten eller tvärtom. Om en sådan situation föreligger innebär bestämmelsen, som *Skåne läns landsting* påpekat, således en möjlighet till undantag från upphandlingsskyldigheten för samtliga avtal mellan dessa parter.

Det bör dock återigen framhållas att rättsläget, i avsaknad av avgöranden från EU-domstolen, inte är helt klart. Frågan huruvida den omvända situationen kan anses ingå i in house-undantaget i unionsrätten, och därmed även i den svenska in house-regleringen, är därför en fråga för rättstillämpningen och ytterst för EU-domstolen.

Koncerninterna köp

Som nämnts ovan har EU-domstolen ännu inte heller prövat om in house-undantaget kan tillämpas på anskaffningar inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation. Av de bedömningar som regeringen gjort ovan framgår dock att regeringen anser att ett moderbolag kan åberopa undantaget vid anskaffning från ett dotterbolag. Vidare anser regeringen att också den omvända situationen, dvs.

dotterbolagets anskaffning från moderbolaget, borde kunna anses vara undantaget från upphandlingsskyldighet enligt unionsrätten. Frågan kan dock uppkomma i vad mån anskaffning som görs inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation i andra fall än dessa, kan anses omfattas av in house-undantaget i unionsrätten. Det rör således anskaffningar inom en koncern i andra fall än då anskaffningen görs i rakt ned- eller uppstigande led. Exempelvis kan frågan ställas om upphandling måste ske när ett aktiebolag som är en upphandlande myndighet och som ägs och kontrolleras av en kommun anskaffar tjänster från ett annat aktiebolag, ett systerbolag, som även det ägs och kontrolleras av kommunen.

Det finns, enligt regeringens mening, skäl som talar såväl för som mot att sådana anskaffningar inom en koncern skulle kunna anses ingå i in house-undantaget i unionsrätten.

Det starkaste skälet som talar för att dessa anskaffningar bör vara undantagna från upphandlingsskyldighet är att det i EU-domstolens praxis finns stöd för ett funktionellt synsätt avseende det unionsrättsliga in house-undantaget. Som nämnts i avsnittet ovan rörande den omvända situationen, kan grunden för eller själva kärnan i in house-undantaget beskrivas som att när en fristående enhet är att se som jämställd med enheter som ingår i en upphandlande myndighets egna organisation, så finns det förutsättningar för undantag från upphandlingsskyldighet. Avgörande är således relationen mellan parterna. Detta förhållande kan uppnås i relation till flera enheter som formellt är fristående från den upphandlande myndigheten. För t.ex. en offentlig myndighet som äger två aktiebolag kan alltså Teckal-kriterierna vara uppfyllda i förhållande till båda bolagen, dvs. båda två kan stå under myndighetens kontroll och bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med myndigheten. Båda bolagen kan därmed också ses som en del av myndighetens egna organisation. Frågan kan då ställas om det finns någon skillnad som skulle kunna motivera att undantag från upphandlingsskyldighet gäller för anskaffning som den offentliga myndigheten gör från endera av bolagen men däremot inte för anskaffning som ett av dessa gör från det andra bolaget. Materiellt sett, utifrån den funktionella innebörden av in house-undantaget, synes det inte göra det. I båda fallen skulle anskaffningen kunna anses utförd inom ramen för den offentliga myndighetens egna organisation under förutsättning att Teckal-kriterierna är uppfyllda i relationen mellan den offentliga myndigheten och vart och ett av bolagen.

Mot detta sätt att resonera kan dock i viss mån invändas att även om vart och ett av bolagen kan anses interna i relation till den offentliga myndigheten, så måste detta inte nödvändigtvis innebära att bolagen kan anses interna i förhållande till varandra. Det kan vidare konstateras att det sätt som EU-domstolen i sina avgöranden hittills formulerat in house-undantaget på, inte kan anses direkt överförbart till en situation där t.ex. ett bolag som ägs av en offentlig myndighet anskaffar tjänster från ett annat bolag som ägs av samma myndighet. Detta gäller särskilt det s.k. kontrollkriteriet i in house-undantaget. Enligt EU-domstolens praxis är kontrollkriteriet uppfyllt om den fristående enheten står under kontroll av den upphandlande myndigheten. Båda bolagen kan visserligen, var för sig, stå under den offentliga myndighetens kontroll men ingetdera av

bolagen får emellertid anses kunna utöva kontroll över det andra bolaget, i vart fall inte direkt kontroll.

Det kan dock noteras att Europeiska kommissionen i sitt förslag den 20 december 2011 till revidering av det klassiska direktivet (KOM (2011) 896 slutlig), föreslår ett in house-undantag som bl.a. i vissa fall synes omfatta anskaffning mellan systerbolag i en koncernliknande situation. Inför kommissionens förslag till nya direktiv har kommissionen även gjort en analys av rättsläget när det gäller offentligt-offentligt samarbete (SEK (2011) 1169 slutlig). Kommissionens direktivförslag talar, enligt regeringens mening, för att denna situation omfattas av in house-undantaget enligt unionsrätten.

Sammantaget bedömer regeringen att när det gäller anskaffningar inom ramen för en koncern eller ett koncernliknande förhållande kan ett moderbolag återropa undantaget vid anskaffning från ett dotterbolag. Vidare anser regeringen att också den omvända situationen, dvs. dotterbolagets anskaffning från moderbolaget, borde kunna anses vara undantagen från upphandlingsskyldighet enligt unionsrätten. Regeringen anser däremot, i likhet med många remissinstanser, att det utifrån EU-domstolens hittillsvarande praxis är mer oklart om anskaffning som görs inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation i andra fall än dessa, kan anses omfattas av in house-undantaget i unionsrätten. Det finns skäl som talar såväl för som mot att sådana anskaffningar inom en koncern ska kunna anses ingå i in house-undantaget i unionsrätten. Det bör dock betonas att rättsläget, i avsaknad av avgöranden från EU-domstolen, är oklart. Med hänsyn till denna osäkerhet bör den svenska in house-bestämmelsen i LOU inte innehålla en uttrycklig reglering av sådana anskaffningar, varken i exkluderande eller i inkluderande riktning. En sådan uttrycklig reglering skulle också innebära ett alltför långt avsteg från regeringens bedömning i avsnitt 4.6.1 att den svenska lagtexten språkligt sett bör utformas i enlighet med vad EU-domstolen anfört avseende in house-undantaget. Regeringen anser därför att endast grundelementen i EU-domstolens praxis angående in house-undantaget avseende Teckalkriterierna bör komma till uttryck i bestämmelsen. Detta får till följd att den svenska regleringen, i samma omfattning som unionsrätten, kommer att vara är oklar i detta hänseende. De argument som kan föras fram för och mot att sådana anskaffningar kan omfattas av in house-undantaget enligt unionsrätten, kan således även föras fram för och mot att sådana anskaffningar kan omfattas av den svenska lagstiftningen. Det finns dock enligt regeringens bedömning inget i den svenska lagstiftningen som innebär att en annorlunda tolkning av den svenska regleringen av in house-undantaget ska göras i jämförelse med den tolkning som ska göras av unionsrätten i detta hänseende, utan avsikten är att bestämmelsen endast ska utgöra en länk till unionsrätten. Frågan om unionsrätten, och därmed den svenska bestämmelsen, är tillämplig i dessa situationer är således en fråga för rättstillämpningen, ytterst för EU-domstolen genom förhandsavgörande.

5 De kommunala företagens befogenheter

5.1 Problem med bristande bundenhet

En betydande del av den kommunala verksamheten organiseras i bolagsform. I stort sett alla kommuner och landsting har någon verksamhet i sådan form. En grundförutsättning när kommuner och landsting lämnar över vården av kommunal verksamhet till privaträttsliga organ är att den verksamhet som överlämnas faller inom ramen för den kommunala kompetensen. När kommuner eller landsting överlämnar en verksamhet till ett kommunalt bolag blir dock inte de kommunala befogenheterna automatiskt gällande för bolaget. För att sådan bundenhet ska uppnås krävs i stället särskilda åtgärder, exempelvis bestämmelser i bolagsordningen. En följd av att det krävs särskilda åtgärder för att de kommunala befogenheterna ska bli bindande för ett kommunalt företag är att det finns en risk att skyldigheten att vidta sådana åtgärder inte efterlevs. Ett kommunägt bolag kan därigenom komma att få en väsentligt vidare kompetens än vad som automatiskt hade gällt för kommunen om denna bedrivit verksamheten i egen regi.

Kommun- och landstingsstyrelser har en skyldighet att ha uppsikt över den kommunala verksamheten. Denna uppsiktsplikt omfattar även verksamhet som bedrivs i företagsform och huruvida denna verksamhet är förenlig med de kommunala befogenheter som utgör ram för den aktuella verksamheten. Det finns dock inte i dag något uttryckligt krav på styrelsen att redovisa resultatet av uppsiktsplikten såvitt gäller kompetensligheten av de kommunala företagens verksamhet eller, för det fall brister konstaterats, föreslå nödvändiga åtgärder för att komma till rätta med bristerna.

5.2 De kommunala befogenheterna och de kommunala företagen

5.2.1 Den kommunala kompetensen

Kommunernas och landstingens kompetens att bedriva olika slags verksamhet följer av bestämmelser i regeringsformen, kommunallagen (1991:900), förkortad KL, och ett stort antal författningar för speciella verksamheter, exempelvis socialtjänst, skolväsende och sjukvård. Även EU-rätten har betydelse för vad kommuner och landsting får ägna sig åt. Reglerna om statsstöd kan exempelvis begränsa utrymmet för kommunala åtgärder.

Speciallagstiftningen innebär i regel att kommuner och landsting åläggs att utföra uppgifter, s.k. obligatorisk verksamhet. Därutöver har kommuner och landsting kompetens att ombesörja egna angelägenheter, s.k. frivillig verksamhet. Frivilligheten ligger i att staten inte ställer upp några särskilda krav på t.ex. kvalitet eller omfång. Inom detta område finns därför utrymme för en kommunal initiativrätt som är ett viktigt inslag i den kommunala självstyrelsen (jfr 1 kap. 1 § och 14 kap. 2 § regeringsformen samt 1 kap. 1 § KL).

Kommunallagens andra kapitel innehåller bestämmelser om kommunernas befogenheter och den första paragrafen i detta kapitel innehåller den grundläggande bestämmelsen om kommunernas och landstingens allmänna kompetens. I 2 kap. 1 § KL slås fast 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 ska handhas enbart av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller någon annan. Allmänintresset bedöms ytterst utifrån om det är lämpligt, ändamålsenligt och skäligt att kommunen eller landstinget befattar sig med angelägenheten. Vid sidan av denna allmänna kompetensbestämmelse finns även bestämmelser om kommunernas och landstingens kompetens i näringslivsfrågor i 2 kap. 7 och 8 §§ KL

Inom kommunalrätten finns vidare vissa grundprinciper som avgränsar den kommunala kompetensen. Dessa grundprinciper utgörs dels av kompetensbegränsande principer, dels av vissa principer som aktualiseras när en kommun agerar inom ramen för sin kompetens. På flera områden finns undantag i lagstiftningen från principerna men i övrigt är de generellt tillämpliga för all verksamhet som bedrivs av kommuner, landsting och kommunalförbund. Utmärkande är att de, på grund av hur de är utformade och de mycket skiftande förhållanden för vilka de är avsedda att gälla, inte kan medge någon exakthet i tillämpningen.

De kompetensbegränsande principerna anger den yttre ramen för kommunernas och landstingens handlingsfrihet. Till dessa hör lokaliseringsprincipen, förbudet mot att ta sig an uppgifter som enbart ankommer på någon annan, förbuden mot att understödja såväl enskilda personer som företag samt ett förbud mot att driva spekulativa företag. När en kommun agerar inom ramen för sin kompetens, dvs. gör något som är tillåtet enligt de kompetensbegränsande principerna, är kommunen bunden av vissa andra principer, nämligen självkostnadsprincipen, likställighetsprincipen och principen om förbud mot beslut med retroaktiv verkan.

Lokaliseringsprincipen

Av 2 kap. 1 § KL följer att kommunala åtgärder bl.a. ska ha anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar för att vara kompetensenliga (lokaliseringsprincipen). Enligt rättspraxis finns ett utrymme för kommuner och landsting att agera även om insatserna sker utanför det geografiska området. Det finns alltså inget hinder mot att en kommun engagerar sig i markinnehav och anläggningar inom en annan kommuns område för exempelvis vägtrafik, flygtrafik, friluftsliv m.m. förutsatt att dessa anordningar behövs för den egna kommunen. Inte ens riksområdet är en undantagslös geografisk begränsning för kommunala insatser (prop. 1990/91:117 s. 149).

Vid domstolsprövningar där tillämpning av lokaliseringsprincipen varit aktuell har det gjorts en proportionell intresseavvägning mellan kostnaden för den aktuella åtgärden och den förväntade nyttan för kommunen eller kommunmedlemmarna.

En kommuns eller ett landstings befogenhet att samverka kan ge ett särskilt innehåll till lokaliseringsprincipen. Vad gäller de offentlig-rättsliga samverkansformerna kommunalförbund och gemensam nämnd är samverkan inom deras gemensamma geografiska område förenligt med lokaliseringsprincipen. Kompetensligheten av samverkan i avtalsform får däremot bedömas utifrån den allmänna kompetensregeln i 2 kap. 1 § KL. En kommun får t.ex. inte vidta en åtgärd uteslutande eller väsentligen i en annan kommuns intresse.

På vissa områden finns undantag från lokaliseringsprincipen. Sådana undantag finns exempelvis för kommunala företag som bedriver produktion av och handel med el (7 kap. 1 § ellagen [1997:857]), för kommunala företag som bedriver fjärrvärmeverksamhet (39 § fjärrvärmelagen [2008:263]) och för företag som bedriver handel eller distribution av naturgas (5 kap. 1 § naturgaslagen [2005:403]).

Förbudet mot att ta sig an uppgifter som enbart ankommer på någon annan

Kommuner och landsting får inte handha angelägenheter som enbart ska handhas av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller någon annan (2 kap. 1 § KL). Detta förbud innebär att en kommun t.ex. inte får starta och driva en verksamhet som är förbehållen staten. Förbudet är dock inte absolut på så sätt att en kommun aldrig kan engagera sig i sådan verksamhet. I rättspraxis har det t.ex. godtagits att en kommun lämnade ett begränsat bidrag till ett universitet med staten som huvudman (RÅ 1999 ref. 67, jfr RÅ 2006 ref. 81). Möjligheten för kommuner och landsting att bidra till högskoleverksamhet har dock numera lagfästas i 2 kap. 2 § lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter.

Förbuden mot att understödja enskilda personer och företag

Den allmänna kompetensbestämmelsen i 2 kap. 1 § KL innefattar även ett principiellt förbud mot att ge understöd åt enskilda, eftersom det i regel inte kan vara ett allmänt intresse att sådant understöd lämnas (prop. 1990/91:117 s. 148). Förbudet hindrar t.ex. att ekonomiska bidrag utbetalas eller att fordringar efterges. Undantag från förbudet finns dock i flera fall i speciallagstiftningen, bl.a. i socialtjänstlagen (2001:453).

Enligt 2 kap. 8 § KL får kommuner och landsting genomföra åtgärder för att allmänt främja näringslivet i kommunen eller landstinget. För att individuellt inriktad stöd ska få lämnas till enskilda näringsidkare krävs dock att det finns synnerliga skäl.

I förarbetena till KL finns exempel på vad som kan vara tillåtet och otillåtet stöd till näringslivet (prop. 1990/91:117 s. 152). En allmänt näringsfrämjande åtgärd kan vara att tillhandahålla mark, lokaler eller teknisk service till företagen. En förutsättning är att verksamheten inriktas på företagarkollektivet i stort. Individuellt anpassad lokalhållning åt enstaka industriföretag faller utanför den allmänna kompetensen. Genom bestämmelser i lagen om vissa kommunala befogenheter har kommunernas möjligheter att tillgodose företags behov av lokaler i vissa avseenden preciserats och utökats (3 kap. 6 §, jfr 1 kap. 3 §).

I förarbetena till KL (a. prop. s. 152 f.) anges vidare att det kan uppkomma ett rättsligt utrymme för kommunala åtgärder, som annars skulle vara otillåtna, när det enskilda initiativet viker eller faller bort på ett visst serviceområde som normalt hävdas av den privata företagsamheten. Denna kompetensgrund anges ha särskild betydelse i glesbygdsområden där det blivit allt längre mellan livsmedelsaffärerna och bensinstationerna. När servicenivån sjunker klart under det acceptabla kan kommunen ha rätt att ekonomiskt understödja enskilda näringsidkare för att garantera en viss minimistandard av kommersiell service till hushållen.

När det gäller frågor om stöd till företag måste kommuner och landsting även beakta EU:s statsstödsregler. I de fall en planerad stödåtgärd skulle anses ligga inom ramen för vad som är möjligt enligt 2 kap. 8 § KL måste kommunen eller landstinget således även utreda om stödet är förenligt med statsstödsregelverket. Om det kan vara fråga om statligt stöd som kan komma att prövas av Europeiska kommissionen, har kommunen en skyldighet att upplysa regeringen om åtgärden i enlighet med bestämmelserna i lagen (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska unionens statsstödsregler.

Förbudet mot att driva spekulativa företag

Den kommunala verksamheten bärs upp av ett allmänt, samhälleligt intresse, till skillnad från det privata näringslivet som har ett klart uttalat vinstsyfte. Gränsdragningen för vad som är kompetensenlig näringsverksamhet för kommuner och landsting uttrycks i 2 kap. 7 § KL. För att kommunal näringsverksamhet ska få bedrivas krävs dels att den drivs utan vinstsyfte, dels att den går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget.

Kommuner och landsting har sedan länge ansetts ha haft kompetens att vara verksamma på en rad områden som vanligen ses som en del av näringslivet (sedvanlig kommunal affärsverksamhet). Exempel på sedvanlig kommunal affärsverksamhet är bostadsföretag, el-, gas- och värmeverk, renhållningsverk, parkeringsanläggningar, buss-, spårvägs- och sjötrafikföretag, hamnar, flygplatser samt rörelser för att tillhandahålla idrottsarenor och olika fritids- och nöjesanläggningar.

Samtidigt finns en stor sektor av näringslivet som traditionellt är förbehållen den enskilda företagsamheten (det egentliga näringslivet). Inom den sektorn får kommunerna och landstingen inte driva verksamhet eller göra andra ingripanden annat än under mycket speciella förhållanden. I praxis har sådan verksamhet godtagits som haft ett nära eller naturligt samband med befintlig eller erkänd kommunal verksamhet (anknytningskompetens). Cafeterior på sjukhus är exempel på sådan kommunal näringsverksamhet som accepterats. I praxis har det också godtagits att tillfällig överproduktion av interna tjänster och produkter säljs på den öppna marknaden.

Att verksamheten enligt 2 kap. 7 § KL ska gå ut på att betjäna de egna medlemmarna för att den ska vara tillåten, hindrar inte att anläggningarna eller tjänsterna i praktiken också utnyttjas av andra än kommunmedlem-

mar. Vidare är det inget som hindrar att kommunerna eller landstingen bildar egna internföretag som enbart betjänar kommunen eller landstinget, t.ex. ett internt städbolag (prop. 1990/91:117 s. 151).

Förbudet mot att driva verksamhet i vinstsyfte tar sikte på sådana fall då huvudsyftet med den kommunala verksamheten är att ge vinst. Något absolut vinstförbud gäller däremot inte. Bedömningen av i vad mån en kommunal verksamhet får generera överskott och hur detta får användas ligger inom ramen för tillämpningen av självkostnadsprincipen (prop. 1990/91:117 s. 33 f.).

Självkostnadsprincipen

Den kommunala självkostnadsprincipen kommer till uttryck i 8 kap. 3 c § KL. Enligt denna bestämmelse får kommuner och landsting inte ta ut högre avgifter än vad som motsvarar kostnaden för de tjänster eller nyttigheter som de tillhandahåller. Principen syftar bl.a. till att hindra kommunen från att utnyttja den monopolsituation som ofta finns vid avgiftsfinansierad kommunal verksamhet, oberoende av om verksamheten drivs i egen regi eller på entreprenad.

Självkostnadsprincipen gäller som huvudregel för all verksamhet som kommuner och landsting bedriver, vare sig det är fråga om frivillig eller specialreglerad verksamhet. Den kommunala förmögenhetsförvaltningen eller enskilda kommunala affärsuppgörelser berörs dock inte av principen.

I samband med att självkostnadsprincipen skrevs in i KL uttalades i förarbetena att principen som huvudregel också omfattar konkurrensutsatt verksamhet, om inte annat är särskilt föreskrivet eller accepterat enligt rättspraxis (prop. 1993/94:188 s. 84). På flera sådana områden har det ansetts motiverat med undantag i lagstiftningen. Sådana undantag finns exempelvis för kommunala företag som bedriver produktion av och handel med el (7 kap. 2 § ellagen), för kommunala företag som bedriver fjärrvärmeverksamhet (38 § fjärrvärmelagen) och för företag som bedriver handel eller distribution av naturgas (5 kap. 2 § naturgaslagen).

Likställighetsprincipen

Enligt likställighetsprincipen ska kommuner och landsting behandla sina medlemmar lika, om det inte finns sakliga skäl för något annat (2 kap. 2 § KL). Principen innebär ett krav på att kommuner och landsting ska iaktta objektivitet och rättvisa i sin behandling av kommunmedlemmarna. Innebörden av detta kan vara olika inom olika verksamhetsområden (prop. 1990/91:117 s. 149 f.).

En följd av likställighetsprincipen är t.ex. att avgiftstaxor som gynnar kommunmedlemmar som är folkbokförda på viss plats i kommunen kan vara otillåtna (jfr RÅ 1996 ref. 9).

Förbudet mot retroaktiva beslut

Som huvudregel gäller enligt 2 kap. 3 § KL att kommuner och landsting inte får fatta beslut med tillbakaverkande kraft som är till nackdel för medlemmarna. Endast om det finns synnerliga skäl för det får sådana beslut fattas.

Förbudet innebär att en kommun eller ett landsting inte har rätt att retroaktivt återkalla förmåner för medlemmarna eller att med retroaktiv verkan besluta om nya eller förhöjda pålagor för dem (prop. 1990/91:117 s. 150).

5.2.2 De kommunala företagens kompetens

I 3 kap. 16–18 §§ KL regleras bl.a. förutsättningarna för kommuner och landsting att alls bedriva verksamhet i företagsform samt anges vissa åtgärder som måste vidtas av fullmäktige i fråga om sådana företag. I 3 kap. 16 § KL finns en bestämmelse om kommuners och landstings möjligheter att lämna över vården av kommunala angelägenheter till privaträttsliga organ. Efter beslut av fullmäktige får överlämnande ske till aktiebolag, handelsbolag, ekonomiska föreningar, ideella föreningar, stiftelser eller enskilda individer. En grundförutsättning för att överlämnande ska få ske är att den verksamhet som överlämnas faller inom ramen för den kommunala kompetensen. Ytterligare en förutsättning för överlämnande är att det i specialreglering inte föreskrivits någon särskild ordning för den aktuella angelägenheten, t.ex. att verksamheten ska bedrivas i kommunens egen regi. Särskilda regler finns i bl.a. socialtjänstlagen (2001:453) och hälso- och sjukvårdslagen (1982:763). Bestämmelsen i 3 kap. 16 § KL erinrar vidare om att det enligt 12 kap. 4 § regeringsformen krävs lagstöd för att vården av en angelägenhet som innefattar myndighetsutövning ska få lämnas över.

En kommunal angelägenhet kan bl.a. överlämnas till en privaträttslig juridisk person som kommunen bestämmer över till följd av ägande eller medlemskap. I dessa fall krävs enligt 3 kap. 17 och 18 §§ KL att fullmäktige säkerställer inflytande i och kontroll över det särskilda rättssubjektet.

När det gäller helägda kommunala aktiebolag ska fullmäktige enligt 3 kap. 17 § KL fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten och utse samtliga styrelseledamöter. Vidare ska fullmäktige se till att fullmäktige får ta ställning innan det fattas sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt. Fullmäktige ska även utse minst en lekmannarevisor.

Ändamålsbestämningen av verksamheten i ett helägt aktiebolag ska vara kommunalrättsligt godtagbar (prop. 1990/91:117 s. 54). Gränserna för den kommunala kompetensen styr således inte bara verksamheten inom ramen för den egna juridiska personen utan även verksamheten inom ramen för de kommunala företagen. Vad som är bolagsrättsligt möjligt kan för kommunala företag begränsas av kommunalrättens kompetensregler. Det kommunala ändamålet kan t.ex. preciseras så att det blir klart att de olika grundsatser som gäller för kommunal verksamhet enligt KL, exempelvis likställighetsprincipen, ska gälla för

bolagets verksamhet. Att kommunen eller landstinget ska fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten innebär inte att ändamålet eller de kommunala befogenheter som gäller för verksamheten i fråga automatiskt blir gällande för bolaget. I stället kan t.ex. bestämmelser i bolagsordningen vara nödvändiga för att åstadkomma detta. Även när det gäller möjligheten för fullmäktige att utse styrelseledamöter och lekmannarevisorer gäller att en föreskrift om detta måste tas i bolagsordningen för att detta ska ha en bolagsrättslig verkan. När det gäller kravet på att fullmäktige, i fråga om de helägda bolagen, ska se till att fullmäktige får ta ställning till beslut av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt, står det fullmäktige fritt att välja lämplig metod för att försäkra sig rätten att uttala sig i sådana frågor. Ett sätt kan vara att föra in bestämmelser om detta i bolagsordningen, ett annat att träffa avtal med bolaget.

När det gäller verksamheter där en kommun eller ett landsting samarbetar med någon annan i ett särskilt rättssubjekt, t.ex. i ett gemensamt aktiebolag, anges i 3 kap. 18 § KL att fullmäktige ska se till att den juridiska personen blir bunden av de villkor som avses i 3 kap. 17 § i en omfattning som är rimlig med hänsyn till andelsförhållandena, verksamhetens art och omständigheterna i övrigt. Bestämmelsen ställer således inte samma anspråk på kommunen eller landstinget som när det gäller de helägda bolagen. Ytterst får det bli en samlad bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet (prop. 1990/91:117 s. 163).

Ett överskridande av de kommunalrättsliga befogenheterna av såväl kommunala förvaltningar som kommunala bolag, får generellt sett oönskade konsekvenser, även om dessa är olika beroende på i vilket avseende principerna överskrids. Att en kommun t.ex. överskrider lokaliseringsprincipen kan medföra att skattemedel från kommunmedlemmarna används på ett sätt som inte är till nytta för kommunen eller medlemmarna. Ett överskridande av likställighetsprincipen innebär att medlemmarna i kommunen eller landstinget behandlas olika utan objektiv grund. Kommunal verksamhet i strid med självkostnadsprincipen kan innebära att en monopolställning utnyttjas. Kommunal näringsverksamhet som faller utanför vad som är sedvanlig (kompetensenlig) kommunal affärsverksamhet riskerar vidare att skada förutsättningarna för privat näringsverksamhet av samma slag.

Med hänsyn till de negativa konsekvenserna av ett kompetensöverskridande måste de kommunala kompetensreglerna vara förenade med kontrollmekanismer. Sådana finns också i lagstiftningen i form av bl.a. revision, laglighetsprövning och ett nyligen infört system för konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden.

När det gäller granskningen av verksamheten i de kommunala företagen har revisorerna i en kommun eller ett landsting i uppgift att granska också verksamheten i kommunala företag (9 kap. 9 § första stycket KL). Granskningen av de kommunala företagen ska ske genom de revisorer eller lekmannarevisorer som utsetts i företagen enligt 3 kap. 17 eller 18 § KL.

Beslut av kommunala företag kan inte överklagas genom laglighetsprövning. En prövning av ett kommunalt företags verksamhet kan dock ändå åstadkommas på ett indirekt sätt genom att kommunens eller landstingets beslut rörande företaget överklagas. Det gäller inte bara

beslut om företagsbildning utan också andra senare beslut som rör kommunala företag, däribland sådana ställningstaganden av fullmäktige som ska föregå viktigare beslut i företagen enligt 3 kap. 17 och 18 §§ KL. I rättspraxis finns flera exempel på laglighetsprövning av kommunala beslut angående kommunala företag (bl.a. RÅ 1992 ref. 52, RÅ83 2:56 och RÅ84 2:25).

Den 1 januari 2010 infördes ett helt nytt system för konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden genom vissa nya regler i 3 kap. 27–32 §§ konkurrenslagen (2008:579). Konkurrensproblem mellan offentlig och privat sektor utgör bakgrund till lagstiftningen. Det nya regelverket tar sikte på säljverksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur, dock inte till den del den består i myndighetsutövning. Regelverket innebär enligt 3 kap. 27 § att staten, en kommun eller ett landsting får förbjudas att i en sådan säljverksamhet tillämpa ett visst förfarande om det snedvrider, eller är ägnat att snedvrída, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden eller om det hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Förbud får inte meddelas när det gäller förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt. Vidare får enligt 3 kap. 27 § en kommun eller ett landsting även förbjudas att bedriva en viss säljverksamhet om denna är konkurrenssnedvridande, dock inte om verksamheten är förenlig med lag.

Det som anges i 3 kap. 27 § gäller även ett förfarande eller en verksamhet i en annan juridisk person som staten, en kommun eller ett landsting direkt eller indirekt har ett dominerande inflytande över genom ägarskap, finansiell medverkan, gällande regler eller på annat sätt (3 kap. 28 §). Det som anges om staten, en kommun eller ett landsting tillämpas då på den juridiska personen.

5.3 Säkerställande av att de kommunala företagen binds av de kommunala befogenheterna

5.3.1 Det kommunala ändamålet och de kommunala befogenheterna ska komma till uttryck i bolagsordningarna för kommunala aktiebolag

Regeringens förslag: Om en kommun eller ett landsting lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till ett helägt aktiebolag, ska fullmäktige se till att det fastställda kommunala ändamålet med verksamheten anges i bolagsordningen, liksom de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten i fråga. Även skyldigheten för helägda bolag att inhämta fullmäktiges ställningstagande avseende beslut av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt, ska anges i bolagsordningen.

Motsvarande ska gälla när en kommun ensam eller ett landsting ensamt bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: En mycket stor majoritet av remissinstanserna är positiva eller har inga invändningar mot förslaget. *Göteborgs Stad*

upphandlings AB, Karlskrona kommun, Mölndals kommun och Uppsala kommun framhåller att det är positivt att förslaget förtydligar de kommunala bolagens befogenheter och uppgifter. *Göteborgs Stad upphandlings AB* och *Mölndals kommun* anser att förslagen kommer att främja öppenhet och öka medborgarinsyn i kommunala bolag. Ett antal remissinstanser, bl.a. *Arjeplogs kommun, Lunds kommun, Avfall Sverige* och *Sydsånes avfallsaktiebolag* anför dock att förslaget kan medföra administrativt merarbete i kommunerna. *Solna kommun* anför att de kommunalrättsliga principerna utgör grundläggande förutsättningar för verksamheten i ett kommunalt aktiebolag och att det är viktigt att dessa efterlevs. *Vännäs kommun* anför att förslaget i viss del kan förhindra risken för situationer där bolag används för att gå utöver den kommunala kompetensen. *Östersunds kommun* har inga invändningar mot förslaget men anser att kommunen redan i dag är aktiv och regelbundet följer utvecklingen i sina bolag. *Avfall Sverige* och *Sydsånes avfallsaktiebolag* anför att de undersökningar som utredningen hänvisar till inte säger något om ändamålet är uppfyllt oaktat om det är preciserat eller ej. Dessutom ökar risken för missbruk av överklagande av kommunala beslut. *Kommunalförbundet Gästrike återvinnare* anser att förslagen även bör gälla förbundsordningar för kommunalförbund, förbundsstyrelser, förbundsfullmäktige och förbundsdirektioner. *Sveriges advokatsamfund* anser att förslaget står väl i linje med konfliktlösningsregeln och torde skapa förutsättningar för kommuner att på eget initiativ rätta sig efter denna regel och hålla sig inom sitt kompetensområde. Regeln skapar således en enhetlighet i regelverket och en tydlighet för de kommuner och landsting som har att rätta sig efter detta. *Bolagsverket* anför att förslaget innebär att berörda aktiebolag kan behöva ändra sin bolagsordning. En sådan ändring får inte verkställas förrän den registrerats hos Bolagsverket, varför det behövs viss framförhållning hos bolagen

De remissinstanser som avstyrker förslaget anför bl.a. följande. *Kammarkollegiet* ifrågasätter förslagen från upphandlingsrättsliga utgångspunkter. Det bör ligga inom det kommunala självbestämmandet att avgöra om juridiska kommunalägda personer ska konstitueras så att förutsättningarna för in house-undantaget ska bli uppfyllda. En kommun eller ett landsting bör fritt kunna välja om ett ägt bolag ska behandlas som andra aktörer på marknaden och att anskaffning ska ske efter upphandling. Myndigheten har i övrigt ingen uppfattning om det av andra skäl än upphandlingsrättsliga kan finnas behov av att stärka kontroll och insyn på kommunala bolag. *Kommunala Företagens Samorganisation* avstyrker förslaget och anför i huvudsak att gällande lagstiftning ger tillräckliga förutsättningar för kommunerna att med olika styrmoment, förutom bolagsordningen, agera som aktiv och ansvarsställande ägare. Förslaget strider mot principen om det kommunala självstyret. Frågan bör utredas i ett större sammanhang, helst vid en samlad översyn av kommunallagens regelverk avseende kommunala företag. *Sveriges Allmännyttiga Bostadsföretag* avstyrker förslaget och anför att förslagen riskerar att leda till ett avsevärt och kostsamt merarbete i kommunerna som inte står i proportion till de brister som förslagen är avsedda att åtgärda. Varje kommun bör självklart bedriva en aktiv bolagsstyrning med ordentlig uppföljning, men detta sker lämpligen i de former som

kommunen själv finner mest ändamålsenliga. Det framstår som naturligt att bolagens lekmannarevisorer har en viktig roll i ett sådant sammanhang. *Kammarkollegiet* ifrågasätter förslaget om ändring i kommunallagen avseende stiftelser (3 kap. 17 § KL). I betänkandet konstateras att stiftelser inte omfattas av in house-undantaget, men likväl föreslås att ändringen i KL även ska omfatta stiftelseurkunder. Skäl för en sådan ändring motiveras enligt Kammarkollegiet inte, varför myndigheten avstyrker förslaget i denna del.

Skälen för regeringens förslag: En grundförutsättning när kommuner och landsting lämnar över vården av kommunal verksamhet till privaträttsliga organ är att den verksamhet som överlämnas faller inom ramen för den kommunala kompetensen. Fullmäktige ska vidare, vid överlämnandet av en kommunal angelägenhet till ett helägt aktiebolag, fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten. Ändamålsbestämningen av verksamheten i ett helägt aktiebolag ska vara kommunalrättsligt godtagbar. Att verksamhet som överlämnas enligt 3 kap. 16 § KL ska vara kompetensenlig och att kommunen eller landstinget enligt 3 kap. 17 § KL ska fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten innebär dock inte att de kommunala befogenheter och det kommunala ändamål som gäller för den aktuella verksamheten automatiskt blir gällande för bolaget. I stället krävs det särskilda åtgärder, exempelvis bestämmelser i bolagsordningen, för att detta ska bli bindande för ett kommunalt företag.

En följd av att det krävs särskilda åtgärder för att de kommunala befogenheterna och det kommunala ändamålet ska bli bindande för ett kommunalt företag är självfallet att det finns en risk att sådana åtgärder inte vidtas. Ett kommunägt bolag kan därigenom komma att få en väsentligt vidare kompetens än vad som automatiskt hade gällt för kommunen om denna bedrivit verksamheten i egen regi. Om t.ex. lokaliseringsprincipen inte gjorts bindande för bolaget finns det formellt sett inga hinder för bolaget att bedriva verksamhet utanför kommunens geografiska område. Om det kommunala ändamålet inte avspeglas i en bolagsordningsbestämmelse om syftet med verksamheten, kommer bolaget vidare att ha vinstmaximering som syfte. Om bolagsstyrelsen i ett sådant fall ändå agerar efter ett kommunalt ändamål kan åtgärderna vara i konflikt med associationsrätten.

Visserligen finns en möjlighet för kommunmedlemmar att överklaga t.ex. kommunfullmäktiges beslut att överlämna kommunala angelägenheter till ett bolag och det kan också antas att ett sådant beslut – eller senare kommunala beslut angående bolaget – skulle upphävas om de kommunalrättsliga principerna inte gjorts bindande för bolaget. Laglighetsprövningsinstitutet kan dock inte fullt ut kompensera för risken att de kommunala befogenheterna inte görs bindande för de kommunala företagen. Det finns därför anledning att närmare överväga hur de kommunala företagens bundenhet av befogenheterna kan säkerställas bättre än enligt dagens regelverk. Bedömningen att det finns ett behov av att bättre säkerställa bundenheten av de kommunala befogenheterna är således inte baserad utifrån upphandlingsrättsliga utgångspunkter även om en ökad bundenhet, på så sätt som *Kammarkollegiet* anför, visserligen kan påverka möjligheten att uppfylla

kontrollkriteriet i det föreslagna in house-undantaget (jfr avsnitt 4.2.4 och 4.4.4).

Ett sätt att säkerställa de kommunala företagens bundenhet vore att införa lagregler som skapar direkt bundenhet för företagen. Tillämpligheten skulle då inte vara beroende av om verksamheten bedrivs i egen regi eller företagsform, vilket självfallet skulle vara av värde. Införandet av regler om direkt bundenhet av de kommunala befogenheterna för företagen väcker dock frågor ur ett associationsrättsligt perspektiv. Enligt nuvarande reglering för privaträttsliga organisationer saknas i huvudsak bestämmelser vars tillämplighet beror på vem som är ägare till eller medlem i organisationen. De associationsrättsliga regelverken bygger i stället på att bestämmelser av sådant slag – i den mån de är förenliga med associationsrätten – ska ges i bolagsordning eller motsvarande stadgar eller i t.ex. anvisningar från bolagsstämman såvitt avser aktiebolag, dvs. i sådana instrument varigenom ägare eller medlemmar också i övrigt kan styra över organisationen och dess verksamhet. Från ett associationsrättsligt perspektiv skulle därför regler som innebär en direkt bundenhet för kommunala företag kunna ifrågasättas. Dagens system, där de kommunala befogenheterna blir bindande för de kommunala företagen genom att de tas in i bolagsordningen, ligger däremot helt i linje med associationsrätten. Det kan således konstateras att ett system med direkt bundenhet måste föregås av ytterligare associationsrättslig analys. Vidare kan anföras att sättet på vilket principerna görs bindande i viss mån är sekundärt i förhållande till att det säkerställs att så sker. Regeringen är därför inte beredd att i dagsläget föreslå bestämmelser som innebär att de kommunala företagen direkt binds av de kommunala befogenheterna. I stället bör det vidtas åtgärder för att det genom den interna kommunala uppföljningen av företagen säkerställs att de kommunala befogenheterna såväl är bindande för företagen som att befogenheterna följs.

Bolagsordningen är det centrala styrande dokumentet för ett aktiebolag. Av 3 kap. 1 § aktiebolagslagen (2005:551), förkortad ABL, följer att det av bolagsordningen bl.a. ska framgå bolagets firma, föremålet för verksamheten angett till sin art och aktiekapitalets storlek. I bolagsordningen kan det också finnas bestämmelser som innebär avsteg från vissa av reglerna i ABL. Ett exempel är att reglerna i ABL utgår från att ett aktiebolag drivs i syfte att ge vinst till fördelning bland aktieägarna. Om syftet helt eller delvis är något annat ska detta anges i bolagsordningen (3 kap. 3 § ABL). Den kommunala kompetensen utgör i sin tur en avgörande förutsättning för verksamheten i ett kommunalt aktiebolag. Regeringen anser att det är en brist att det inte finns något uttryckligt krav på att bolagsordningen ska innehålla samtliga kommunala befogenheter i den mån de är tillämpliga för den aktuella verksamheten. De kommunalrättsliga befogenheterna bör således, enligt regeringens mening, göras bindande genom att komma till uttryck i det centrala styrande dokumentet för bolaget. Motsvarande bör gälla i fråga om det kommunala ändamål som fullmäktige har fastställt enligt 3 kap. 17 § första stycket 1 KL. Preciseringsen av det kommunala ändamålet är en integrerad del av de kontrollmekanismer som utvecklats i praxis avseende kommunal verksamhet i bolagsform och kan också konkretisera ägarens tolkning av de kommunalrättsliga principerna i

samband med bolagsbildningen. Det ligger i sakens natur att de kommunala befogenheter som gäller för en viss verksamhet i de flesta fall framgår genom det fastställda kommunala ändamålet för bolaget. Regeringen anser dock att det bör förtydligas i lagtexten att såväl det kommunala ändamålet som de kommunala befogenheterna ska framgå av företagets bolagsordning. Regeringen föreslår därför att fullmäktiges ansvar enligt 3 kap. 17 § första stycket 1 KL att fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten ska kompletteras med en skyldighet att se till att detta ändamål och de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten kommer till uttryck i bolagsordningen.

Avgörande för preciseringen av de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten i ett enskilt fall är vilka kommunalrättsliga principer som gäller för den aktuella verksamheten. Det kan vara såväl de kompetensbegränsande principerna, t.ex. förbudet mot spekulativ verksamhet (2 kap. 7 § KL) och lokaliseringsprincipen (2 kap. 1 § KL) som de principer som begränsar på vilket sätt kompetenslig verksamhet får bedrivas, t.ex. självkostnadsprincipen (8 kap. 3 c § KL) och likställighetsprincipen (2 kap. 2 § KL). Kravet i regleringen på att det är de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten som ska anges i bolagsordningen, innebär att endast de kommunalrättsliga principer som är tillämpliga för den aktuella verksamheten eller andra regler som begränsar den kommunala kompetensen ska anges. För vissa verksamheter finns undantag från de kommunalrättsliga principerna i speciallagstiftningen. Bolagsordningen för kommunala bolag som verkar inom sådana områden ska således inte innehålla några bestämmelser om de kommunalrättsliga principerna som är undantagna för den aktuella verksamheten.

Det kan många gånger vara tillräckligt att det kommunala ändamålet och de kommunala befogenheterna avspeglas vid utformningen av bolagsordningens bestämmelser om verksamhetsföremålet och syftet med verksamheten. Vad som kan krävas beträffande det närmare innehållet i bolagsordningen får emellertid bedömas utifrån omständigheterna i varje enskilt fall och beror bl.a. på vad som är föremålet för bolagets verksamhet. En viss precisering av betydelsen av de kommunalrättsliga principerna för den aktuella verksamheten kan ibland vara nödvändig för att i tillräcklig grad åstadkomma bundenhet för bolaget. I andra fall kan det vara tillräckligt – för bolag vars verksamhet är sådan att det inte gäller något undantag från de kommunalrättsliga principerna – att det i bolagsordningen tas in en bestämmelse med innehållet att de kommunalrättsliga principerna enligt 2 kap. KL och 8 kap. 3 c § KL ska tillämpas av bolaget, utöver en bestämmelse om syftet med verksamheten.

Under förutsättning att erforderlig bundenhet skapats genom bolagsordningen finns inget hinder för ytterligare precisering i andra instrument, t.ex. bolagsstämmoanvisningar eller avtal.

Av 3 kap. 17 § första stycket 3 KL framgår att om fullmäktige lämnar över en kommunal angelägenhet till ett helägt aktiebolag ska fullmäktige se till att få ta ställning innan bolaget fattar sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt. Något krav på hur detta ska säkerställas finns inte. Skyldighet för bolaget att inhämta fullmäktiges ställningstagande kan i stället åstadkommas på olika sätt,

t.ex. genom bestämmelse i bolagsordningen eller genom bolagsstämmanvisningar.

Att fullmäktige ska ta ställning inför beslut som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt är en grundläggande kommunalrättslig förutsättning för verksamhet i kommunala företag och har också sin motsvarighet i rollfördelningen mellan fullmäktige och kommunala nämnder. Enligt 3 kap. 9 § KL ankommer det på fullmäktige att besluta i ärenden av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt för kommunen eller landstinget. Mot den bakgrunden anser regeringen att skyldigheten för helägda kommunala bolag att inhämta fullmäktiges ställningstagande bör säkerställas genom bestämmelse i bolagsordningen.

Av 3 kap. 17 § tredje stycket KL framgår att fullmäktiges skyldigheter enligt första stycket även gäller när kommunen ensam eller landstinget ensamt bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet. Fullmäktige ska alltså även i dessa fall fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten, utse samtliga styrelseledamöter och se till att fullmäktige får ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas. Ovan angivna förslag om ändringar i fullmäktiges skyldigheter för helägda aktiebolag bör genomföras också med avseende på stiftelser som bildas av en ensam kommun eller ett ensamt landsting. Motsvarande föreslås därför gälla i fråga om sådana stiftelser. Det som i fråga om aktiebolag ska tas in i bolagsordningen får dock i stället tas in i stiftelseförordnandet för sådana stiftelser som bildas enligt stiftelselagen (1994:1220) respektive i stiftelseurkunden för sådana stiftelser som bildas enligt lagen (1967:531) om tryggnad av pensionsutfästelse m.m. *Kammarkollegiet* har avstyrkt förslaget om stiftelser med hänvisning till att stiftelser inte omfattas av förslaget i avsnitt 4 om ett in house-undantag. Motiven bakom förslaget avseende stiftelser i detta avsnitt är dock inte baserat på upphandlingsrättsliga utgångspunkter, utan på ett generellt behov av ökad bundenhet av de kommunalrättsliga principerna för sådana bolag och stiftelser som omfattas av 3 kap. 17 § KL.

Mot bakgrund av att de kommunala företagen i huvudsak är aktiebolag bedömer regeringen att behov av åtgärder för ökad bundenhet av de kommunalrättsliga principerna främst finns i fråga om denna företagsform. Regeringens förslag till åtgärder är därför huvudsakligen inriktade på aktiebolag. *Kommunalförbundet Gästrikens återvinnare* har anfört att lagförslaget även bör gälla förbundsordningar för kommunalförbund, förbundsstyrelser, förbundsfullmäktige och förbundsdirektioner. Enligt 3 kap. 21 § KL gäller dock bestämmelserna i KL om kommuner och landsting i tillämpliga delar även för kommunalförbund, om inget annat sägs eller följer av KL. Det finns därför inte behov av någon ytterligare särskild hänvisning till kommunalförbund i de nu föreslagna bestämmelserna.

En följd av en utökning av uppräkningslistan av fullmäktiges skyldigheter i 3 kap. 17 § första stycket KL är att förslaget också påverkar fullmäktiges skyldigheter enligt 3 kap. 18 § första stycket KL, dvs. i fråga om sådana bolag och föreningar där kommunen eller landstinget bestämmer tillsammans med någon annan. Om vården av en kommunal angelägenhet lämnas över till ett sådant bolag eller en sådan förening ska fullmäktige se till att den juridiska personen blir bunden av de villkor som avses i

3 kap. 17 § KL i en omfattning som är rimlig med hänsyn till andelsförhållandena, verksamhetens art och omständigheterna i övrigt. Detsamma gäller, om kommunen eller landstinget, tillsammans med någon annan bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet.

Såvitt gäller sådana bolag och föreningar som avses i 3 kap. 18 § första stycket KL ligger det i sakens natur att bundenhet genom bestämmelser i bolagsordningen endast kan skapas för aktiebolag. För föreningar kan bundenhet i stället skapas genom bestämmelser i stadgarna och för handelsbolag genom bestämmelser i bolagsavtalet.

När det gäller de lekmannarevisorer som tillsätts enligt 3 kap. 17 § andra stycket KL respektive 3 kap. 18 § första stycket KL, innebär förslagen ett i viss mån utökat uppdrag. En lekmannarevisor har enligt 10 kap. 3 § ABL bl.a. i uppgift att granska om bolagets verksamhet sköts på ett ändamålsenligt sätt. Detta innebär att lekmannarevisorn ska kontrollera att verksamheten håller sig inom de ramar som bolagsordningen anger och att den står i överensstämmelse med de syften för verksamheten som kan ha angetts i bolagsordningen (prop. 1997/98:99 s. 276). Att lekmannarevisorns granskning bl.a. omfattar att bolagsordningen inte överskrids innebär att granskningen inbegriper de förhållanden som nu föreslås ska tas in i bolagsordningen.

5.3.2 Förstärkt uppsiktsplikt för kommun- och landstingsstyrelser

Regeringens förslag: Kommun- respektive landstingsstyrelsen ska i årliga beslut ta ställning till om den verksamhet som bedrivits av helägda och delägda aktiebolag under föregående kalenderår har varit förenlig med det fastställda kommunala ändamålet och utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna. Om så inte är fallet ska styrelsen lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder.

Styrelsens ansvar att vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de krav som anges i 3 kap. 17 och 18 §§ KL är uppfyllda i fråga om sådana aktiebolag som avses i dessa bestämmelser ska framgå direkt av lagtexten.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår dock en annorlunda lagteknisk utformning. Utredningen föreslår även en reglering som innebär att det årliga beslutet ska lämnas över till fullmäktige samtidigt med årsredovisningen för samma kalenderår.

Remissinstanserna: En mycket stor majoritet av remissinstanserna är positiva eller har inga invändningar mot förslaget.

De remissinstanser som är positiva eller inte har några invändningar mot förslaget anför bl.a. följande. *Statskontoret* anser att det är välkommet att verksamhet som bedrivs i bolagsform blir möjlig att överklaga och att kommuners ansvar att följa upp att de kommunalrättsliga principerna följs i bolagen förtydligas. *Karlskrona kommun* anser att det är bra att uppsiktsplikten preciseras men anför att motiven till bestämmelsen är relativt kortfattade och att det är svårt att utläsa vad som närmare krävs för att styrelsen ska anses ha uppfyllt sin

uppsiktsplikt. *Mölnbalds kommun* anser att förslagen kommer att främja öppenhet och öka medborgarinsyn i kommunala bolag. Förslagen förtydligar bolagens befogenheter och uppgifter. *Solna kommun* anför att förslaget om årliga beslut av kommunstyrelsen innebär en ökad uppsikt över bolagens verksamheter för både fullmäktige och allmänheten, eftersom uppsiktsplikten inte bara kommer redovisas utan också leda fram till ett beslut som kan överklagas enligt 10 kap. KL. *Lunds kommun* har inget att erinra mot förslaget men anser att det kommer att innebära ökat administrativt arbete för kommunerna. *Uppsala kommun* anför att förslaget ger en möjlighet till ökad insyn i frågan hur kommunen ser på sina bolag och den verksamhet de bedriver. En ökad transparens främjar både demokrati och ökar legitimiteten för kommunala bolag. *Vännäs kommun* anser att ökad uppsiktsplikt är positivt ur demokratisk synvinkel då insynen i bolagen torde öka. *Arjeplogs kommun* anser att det är bra att kommunstyrelsens uppsiktsplikt över bolagen förtydligas. *Avesta kommun* anser att förslaget bidrar till ett tydliggörande av kommunstyrelsens uppsiktsplikt över de kommunala bolagen, vilket är positivt.

Almega, Företagarna, Stockholms Handelskammare, Sveriges Åkeriföretag, Återvinningsindustrierna, Konkurrenskommissionen och *Svenskt Näringsliv*, som tillstyrker eller inte har några invändningar mot förslaget såvitt avser kommunala befogenheter och förstärkt uppsiktsplikt, anser att frågan om sanktioner behöver utredas. *Almega* anför att ett verktyg mot överträdelser skulle leda till bättre följsamhet och därmed till en bättre fungerande offentlig marknad. *Stockholms Handelskammare* anser att förslaget medför att det i högre grad kommer att fattas överklagbara beslut, vilket är positivt. Det är dock negativt att ingen påföljd i form av sanktioner finns i de fall kommunen underlåter att vidta rättelse av ett upphävt beslut. *Svenskt Näringsliv* anför att det finns ett stort behov av åtgärder för att komma till rätta med de uppenbara och mycket besvärade brister som i dag finns avseende de kommunala bolagens bundenhet av de kommunalrättsliga principerna.

Konkurrenskommissionen, SITA Sverige AB, Sveriges Åkeriföretag och *Återvinningsindustrierna* tillstyrker förslagen men anser att de inte är tillräckliga utan förordar att kontrollen utövas av ett oberoende tillsynsorgan. *Sveriges Åkeriföretag* och *Återvinningsindustrierna* föreslår även att medborgarna ges talerätt oberoende av om något beslut fattats eller inte och att kommunstyrelsens ledamöter utbildas i den nya lagen.

De remissinstanser som avstyrker förslaget anför bl.a. följande. *Stockholms kommun* anser att bolagen redan är föremål för en effektiv granskning. Förslagets syfte uppnås i tillräcklig grad av det regelverk som finns. Förslaget om årliga beslut kommer att leda till omfattande administration med ökade kostnader till följd. *Stockholms läns landsting* anför att utredningen inte ger stöd för att den nuvarande regleringen om uppsiktsplikten inte är ändamålsenlig. Behovet av lagförslaget kan därför ifrågasättas. Skyldigheten får anses föreligga redan i dag.

Skälen för regeringens förslag: Enligt 6 kap. 1 § andra stycket KL är styrelsen i en kommun eller ett landsting skyldig att ha uppsikt över kommunal verksamhet som bedrivs i sådana företag som avses i 3 kap. 17 och 18 §§ KL. Lagstiftningen innehåller inte några krav på hur styrelsens uppsikt ska genomföras eller på att resultatet ska redovisas på

något särskilt sätt. Det är styrelsen som bestämmer formerna för hur tillsynen ska gå till. Exempelvis kan den bestå i krav på kontinuerliga ekonomiska rapporter, riskbedömningar av borgensåtaganden eller stickprovsvisa granskningar. Det finns inte någon rätt i KL för styrelsen att inhämta upplysningar från kommunala bolag. Skyldigheten för företagen att tillhandahålla styrelsen uppgifter får i stället skapas genom exempelvis direktiv från bolagsstämman.

Det ligger i sakens natur att uppsikten enligt 6 kap. 1 § andra stycket KL bl.a. ska omfatta att den bedrivna verksamheten hos kommunens eller landstingets företag är förenlig med det kommunala ändamålet för verksamheten enligt 3 kap. 17 § första stycket 1 KL och med de kommunala befogenheter som gäller för verksamheten i fråga.

Även om kommun- respektive landstingsstyrelsen, vilket bl.a. *Stockholms läns landsting* påpekat, således redan i dag har ett ansvar att följa upp verksamheten är det enligt regeringens mening en brist att det inte finns något krav på redovisning av resultatet av uppsiktsplikten såvitt gäller kompetensligheten av de kommunala företagens verksamhet. Såväl för fullmäktiges som för allmänhetens del får det anses vara av intresse att de kommunala företagens verksamhet inte bara står under styrelsens uppsikt utan också att utfallet av uppsikten återkommande redovisas. Mot denna bakgrund anser regeringen att en sådan redovisning bör ske i årliga beslut av styrelsen. Förslaget innebär således att styrelsen i årliga beslut dels ska bedöma verksamheten i förhållande till det ändamål fullmäktige har fastställt, dels verksamheten i förhållande till de kommunala befogenheterna. Uppsiktsplikten kommer då, förutom att redovisas, att leda fram till beslut som kan överklagas enligt 10 kap. KL. Därmed stärks även möjligheterna till rättslig prövning av kompetensligheten av de kommunala företagens verksamhet. Förslaget om att styrelsens uppsiktsplikt i nu aktuellt avseende ska redovisas i årliga beslut innebär i övrigt ingen ändring av styrelsens löpande uppsiktsplikt över bolagen enligt 6 kap. 1 § andra stycket KL.

Mot bakgrund av att de kommunala företagen i huvudsak är aktiebolag bedömer regeringen att behov av åtgärder främst finns i fråga om denna företagsform. Regeringens förslag till åtgärder är därför inriktade på aktiebolag.

Regeringen instämmer i utredningens bedömning att det får anses vara av intresse för fullmäktige, såsom det organ vilket överlämnat de kommunala angelägenheterna till bolagen och såsom politiskt ansvarigt organ för bolagens verksamhet, att få del av styrelsens beslut (SOU 2011:43 s. 552 f.). Det får därför i normalfallet anses lämpligt att kommun- respektive landstingsstyrelsens beslut överlämnas till fullmäktige. I likhet med utredningen bedömer regeringen även att en lämplig tidpunkt för denna rapportering till fullmäktige skulle kunna vara samtidigt som styrelsen överlämnar årsredovisningen enligt 8 kap. 17 § KL, dvs. snarast möjligt och senast den 15 april året efter det år som redovisningen avser. I motsats till utredningen anser dock regeringen, mot bakgrund av kommunernas och landstingens självbestämmanderätt samt med hänsyn till KL:s karaktär av ramlag, att ett sådant detaljerat krav på en återrapportering till fullmäktige inte bör föras in i lagtexten. Det är av stor vikt att styrelsen fattar årligen återkommande beslut där en bedömning görs av de kommunala bolagens kompetenslighet. Den

närmare tidpunkten och sättet för återrapporteringen bör emellertid styrelsen själv kunna besluta om.

I de fall styrelsen i kommunen respektive landstinget vid sitt årliga beslut konstaterar att ett kommunalt företag bedriver verksamhet i strid med den kommunala kompetensen finns det anledning för styrelsen att agera, t.ex. genom att påkalla ingripande av fullmäktige. En sådan skyldighet att agera vid missförhållanden i kommunala aktiebolag kan visserligen indirekt anses föreligga redan i dag inom ramen för styrelsens löpande uppsiktsplikt. Det kan dock enligt regeringens mening finnas skäl att i KL tydliggöra att det är styrelsen som ska ta nödvändiga initiativ för att rätta till eventuella missförhållanden i kommunala aktiebolag, även om endast fullmäktige förfogar över de nödvändiga maktmedlen för att åstadkomma detta. Om styrelsen således i sitt årliga beslut konstaterar missförhållanden bör därför av lagtexten framgå att styrelsen ska lämna förslag till fullmäktige om åtgärder som säkrar förenlighet med det av fullmäktige fastställda kommunala ändamålet och med de kommunala befogenheter som gäller för verksamheten, dvs. att verksamheten är kommunalrättsligt kompetensenlig. Att styrelsens skyldighet att agera vid missförhållanden som upptäckts i samband med de årliga besluten tydliggörs i lagtexten förändrar självfallet inte det ansvar som styrelsen redan i dag har att agera om den vid sin löpande uppsiktsplikt konstaterar motsvarande missförhållanden.

Styrelsen i en kommun respektive landsting har ett ansvar för att de krav som anges i 3 kap. 17 och 18 §§ KL är uppfyllda i fråga om de kommunala bolagen. Regeringen anser att det finns anledning att särskilt tydliggöra detta ansvar i lagtexten. Av förslaget följer därmed att styrelsen ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de krav som anges i 3 kap. 17 och 18 § KL är uppfylla i fråga om sådana aktiebolag som avses i dessa bestämmelser. Sådana nödvändiga åtgärder avser t.ex. säkerställande av att fullmäktiges beslut verkställs i bolagen, men kan också avse att lämna erforderliga förslag om åtgärder till fullmäktige. Exempelvis kan det, i samband med att styrelsen fattar sitt årliga beslut eller i annat sammanhang, framkomma att det kommunala ändamål med ett aktiebolags verksamhet som fastställts av fullmäktige inte är förenligt med de kommunala befogenheterna som utgör ram för verksamheten i fråga. Oförenligheten kan t.ex. bero på att omvärldsförutsättningarna ändrats på ett sätt som berör den kommunala kompetensen. Det krav på ett kommunalrättsligt godtagbart kommunalt ändamål som ställs i 3 kap. 17 § 1 KL (se prop. 1990/91:117 s. 53 f.) är därmed inte uppfyllt och styrelsen har därmed en skyldighet att vidta åtgärder. Ett annat exempel då styrelsen behöver vidta åtgärder är om det av kommunfullmäktige fastställda kommunala ändamålet för ett aktiebolags verksamhet inte framgår av bolagsordningen.

Ett antal remissinstanser, bl.a. *Almega, Företagarna, och Svenskt Näringsliv* tillstyrker förslagen eller lämnar dem utan erinran, men anser att frågan om sanktioner behöver utredas. Några remissinstanser, bl.a. *Konkurrenskommissionen* och *Återvinningsindustrierna* tillstyrker förslagen men förordar att kontrollen utövas av ett oberoende tillsynsorgan. När det gäller dessa synpunkter kan inledningsvis konstateras att de ovan föreslagna bestämmelserna om ökad bundenhet av de kommunalrättsliga befogenheterna för de kommunala företagen kommer att förtydliga före-

tagens befogenheter och uppgifter. Detta kommer i sig att främja öppenhet och öka medborgarinsynen i bolagen. Vidare kommer de föreslagna bestämmelserna om förstärkt uppsiktsplikt för kommun- och landstingsstyrelser innebära en skyldighet för kommunstyrelsen att fatta årliga överklagbara beslut avseende kompetensligheten av de kommunala företagens verksamhet. Därmed stärks möjligheterna till rättslig kontroll genom domstolsprövning av kommunens eller landstingens beslut. Som vissa av remissinstanserna har påpekat har det visserligen förekommit att kommuner inte rättat beslut som upphävts av domstol. Regeringen lämnade därför den 25 augusti 2011 ett uppdrag åt Statskontoret att undersöka i vad mån kommuner och landsting inte rättar verkställda beslut som upphävts av domstol vid laglighetsprövning. Statskontoret fick även i uppdrag att undersöka hur reglerna i KL om verkställighet av icke lagakraftvunna beslut tillämpats vid beslut som senare upphävts av domstol. Statskontoret redovisade sitt uppdrag den 14 februari 2012 (dnr Fi2011/1356). I sådana fall där kommunala företags agerande anses innebära att konkurrensproblem uppstår mellan offentlig och privat sektor finns vidare möjlighet genom bestämmelserna i 3 kap. 27–32 §§ konkurrenslagen att förbjuda kommunen eller landstinget att tillämpa ett konkurrensnedvridande förfarande eller bedriva en viss säljverksamhet om denna är konkurrensnedvridande. De nu föreslagna bestämmelserna står, enligt regeringens mening, väl i linje med konfliktlösningsregeln i konkurrenslagstiftningen. Vid en samlad bedömning av ovan nämnda omständigheter ser regeringen inte i nuläget något behov av att utreda frågan om sanktioner eller inrättandet av ett oberoende tillsynsorgan inom detta område.

6 Insyn i kommunala företag och entreprenader

6.1 Regelverket om insyn i kommunala företag och entreprenader

6.1.1 Kommunala företag

Kommunala företag där kommuner och landsting har ett rättsligt bestämmande inflytande

När det gäller insyn i företag där kommuner eller landsting har ett rättsligt bestämmande inflytande finns bestämmelser i 2 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), förkortad OSL. Enligt denna bestämmelse gäller tryckfrihetsförordningens, förkortad TF, bestämmelser om rätt att ta del av allmänna handlingar hos myndigheter också i tillämpliga delar för handlingar hos aktiebolag, handelsbolag, ekonomiska föreningar och stiftelser där kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande. Av bestämmelsen framgår vidare att sådana bolag, föreningar och stiftelser ska jämföras med myndigheter även vid tillämpningen av OSL. Detta innebär bl.a. att regler om registrering av allmänna handlingar och om sekretess är tillämpliga. Det som föreskrivs i 2 kap. 3 § OSL om kommuner och landsting gäller också för kommunalförbund.

Enligt 2 kap. 3 § andra stycket OSL anses ett rättsligt bestämmande inflytande utövat av kommuner och landsting om de ensamma eller tillsammans äger aktier i ett aktiebolag eller andelar i en ekonomisk förening med mer än hälften av samtliga röster i bolaget eller föreningen eller på något annat sätt förfogar över så många röster i bolaget eller föreningen, har rätt att utse eller avsätta mer än hälften av ledamöterna i styrelsen för ett aktiebolag, en ekonomisk förening eller en stiftelse, eller utgör samtliga obegränsat ansvariga bolagsmän i ett handelsbolag. Som exempel på juridiska personer som omfattas av dessa insynsregler kan nämnas aktiebolag som helt ägs av en eller flera kommuner.

Det rättsligt bestämmande inflytandet kan även utövas indirekt. Insynsrätten gäller vidare även handlingar hos sådana bolag, föreningar och stiftelser där kommuner eller landsting tidigare har utövat ett rättsligt bestämmande inflytande och där en kommun eller ett landsting medgett att handlingarna förvaras hos den juridiska personen för viss bestämd tid.

I förarbetena till regleringen angavs att utvecklingen under senare år gått mot att i ökad omfattning bedriva kommunal verksamhet i privaträttsliga former, särskilt på områden där verksamheten har starka kommersiella inslag (prop. 1993/94:48 s. 17 f.). Bedömningen gjordes att den privaträttsligt bedrivna verksamheten hos kommunerna fått en sådan omfattning att det fanns anledning att införa en i lag reglerad offentlighet avseende handlingar i de kommunala företagen i syfte att förbättra medborgarnas möjligheter till insyn. Med hänvisning till äldre förarbeten (prop. 1986/87:151 s. 148) uttalades att intresset av insyn i offentlig verksamhet gör sig gällande med likartad styrka oavsett den yttre form som valts för verksamheten.

Kommunala företag där kommuner och landsting inte har ett rättsligt bestämmande inflytande

För företag där kommuner eller landsting bestämmer tillsammans med någon annan men utan att ha rättsligt bestämmande inflytande, gäller således inte 2 kap. 3 § OSL. För dessa företag finns i stället en bestämmelse om insyn i 3 kap. 18 § tredje stycket kommunallagen (1991:900), förkortad KL. Enligt denna bestämmelse ska fullmäktige i sådana situationer verka för att allmänheten ska ha rätt att ta del av handlingar hos företaget enligt de grunder som gäller för allmänna handlingars offentlighet i 2 kap. TF och OSL. Av 3 kap. 21 § KL följer att bestämmelsen är tillämplig även för kommunalförbund. Som exempel på juridiska personer som omfattas av denna insynsregel kan nämnas aktiebolag där en kommun är minoritetsdelägare och där övriga delägare är privata företag.

I förarbetena till bestämmelsen uttalades bl.a. följande. En tillämpning av offentlighetsprincipen i sådana kommunala företag som inte omfattas av sekretesslagen kommer att vila på privaträttslig grund och kommer till uttryck i avtal, bolagsordningar, stadgar eller liknande handlingar. Insynen i sådana kommunala företag kommer alltså att vara beroende av beslut som företagen fattar. Regleringen i 3 kap. 18 § KL innebär endast en skyldighet för fullmäktige att verka för handlingsoffentlighet i de delägda företagen, inte en reglering av handlingsoffentligheten som

sådan. Att insynsmöjligheterna kan bli mer begränsade i de delägda kommunala företag där kommuner eller landsting inte har ett rättsligt bestämmande inflytande måste godtas, inte minst med hänsyn till de privata intressenterna i dessa företag (prop. 1993/94:48 s. 41 f.).

6.1.2 Kommunala entreprenader

I 3 kap. 16–18 §§ KL regleras bl.a. förutsättningarna för kommuner och landsting att bedriva verksamhet i företagsform samt anges vissa åtgärder som måste vidtas av fullmäktige i fråga om sådana företag. I 3 kap. 19 och 19 a §§ KL regleras sådana situationer där kommuner och landsting lägger ut viss verksamhet på entreprenad. Av 3 kap. 19 a § KL följer att innan en kommun eller ett landsting sluter avtal med någon annan än som avses i 17 och 18 §§ om att denne ska utföra en kommunal angelägenhet ska kommunen eller landstinget beakta intresset av att genom avtalet tillförsäkras information som gör det möjligt för allmänheten att få insyn i hur angelägenheten utförs.

Kommunens eller landstingets avtalspart ska således vara någon annan än som avses i 3 kap. 17 och 18 §§ KL. Detta medför att avtalsparten ska vara någon annan än exempelvis aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier eller ett bolag eller en förening där kommunen eller landstinget bestämmer tillsammans med någon annan. I praktiken är innebörden att vid avtal med sådana kommunala företag som omfattas av insynsreglerna i antingen 2 kap. 3 § OSL eller 3 kap. 18 § tredje stycket KL, kan regeln i 3 kap. 19 a § KL inte aktualiseras. Som exempel på sådana avtalsparter som kan omfattas av 3 kap. 19 a § KL kan nämnas aktiebolag som inte till någon del ägs av en kommun, ett landsting eller ett kommunalförbund.

I förarbetena till 3 kap. 19 a § KL angavs att med kommunal entreprenad avses i detta sammanhang att en kommun eller ett landsting anlitar ett privatägt företag för en viss uppgift som annars skulle ha utförts i egen regi. Kommunen eller landstinget har således kvar huvudmannskapet för verksamheten. Kravet på att tillförsäkra allmänheten insyn avser endast de fall när vården av en kommunal angelägenhet överlämnats. Detta innebär att begränsade stöd- och kringfunktioner som utförs av annan, t.ex. lokalvård och fastighetsskötsel, inte omfattas (prop. 2001/02:80 s. 101 och 104).

I förarbetena till insynsbestämmelsen anfördes att utgångspunkten är att allmänhetens möjligheter till insyn i kommunal verksamhet inte ska vara beroende av på vilket sätt kommuner och landsting väljer att låta utföra verksamheten. Allmänheten bör tillförsäkras insyn i kommunal verksamhet som bedrivs på entreprenad. Utgångspunkten måste vara att allmänheten ska vända sig till kommunen eller landstinget när den vill utnyttja sin rätt till insyn i kommunal verksamhet som bedrivs på entreprenad. Detta innebär att det är kommunens eller landstingets ansvar att tillse att allmänheten kan få den insyn i verksamheten som är befogad. Det närmare ansvaret bör ligga på den kommunala part som sluter entreprenadavtalet, dvs. normalt den kommunala nämnden (a. prop. s. 103 f.) När det gäller omfattningen av insynen anfördes vidare i förarbetena att insyn i verksamhet som bedrivs på entreprenad inte kan

ha samma omfattning som insynen i den verksamhet som en kommun eller ett landsting bedriver i egen regi. Bestämmelserna om insyn får inte utformas så att de snedvrider konkurrensen mellan berörda aktörer. Vid tecknande av entreprenadavtalet bör naturligen en avvägning göras mellan å ena sidan allmänhetens intresse av hur verksamheten bedrivs och å andra sidan entreprenörens intresse av att inte behöva lämna ut viss information som kan vara till nackdel för företaget och snedvrider konkurrensen (a. prop. s. 104 f.).

6.2 Behov av åtgärder

Regeringens bedömning: Allmänhetens möjligheter till insyn bör tas till vara i såväl kommunala företag som kommunala entreprenader. Det är viktigt med god kunskap och medvetenhet om offentlighetsprincipen och de skyldigheter denna för med sig. När det gäller kommunal verksamhet på entreprenad avser regeringen att tillsätta en utredning för att analysera möjligheten till ökad insyn i sådana verksamheter.

Utredningens bedömning: Utredningen gör bedömningen att kommunala bolag inte i tillräcklig grad synes efterleva det krav på skyndsamt som gäller då någon begär att få del av en allmän handling. Utredningen gör även bedömningen att det finns indikationer på att överlämnande av kommunal verksamhet på entreprenad sker utan att allmänhetens intresse av att få information om verksamheten beaktas i tillräckligt hög utsträckning. I utredningens direktiv ingick inte att vid behov lämna förslag till åtgärder i detta hänseende.

Remissinstanserna: En stor majoritet av remissinstanserna instämmer i utredningens bedömningar eller kommenterar dem inte särskilt. *Justitiekanslern*, som inte har några invändningar mot bedömningarna, anför att resultatet av den undersökning som utredningen gjort avseende hur insynen i de kommunala företagen fungerar, inte är acceptabelt och tyder på att det finns problem som bör åtgärdas. En stor del av den kommunala verksamheten bedrivs numera i företagsform och möjligheten till insyn utgör en grundläggande förutsättning för att allmänheten ska kunna kontrollera den bedrivna verksamheten. Att en stor del av de tillfrågade företagen överhuvudtaget inte besvarade frågan får ses som anmärkningsvärt. Det är angeläget att ytterligare utredning av de bakomliggande orsakerna sker och att åtgärder vidtas. *Uppsala universitet*, som inte heller har några invändningar mot bedömningarna, anför att det är angeläget att allmänhetens möjligheter till insyn i kommunal verksamhet inte får försämrats om verksamheten läggs ut på entreprenad. Kommunerna bör ta ett större ansvar för att säkerställa allmänhetens rätt till insyn i sina avtal med privata utförare. *Journalistförbundet* har inget att invända mot utredningens slutsats, men konstaterar att det krävs ytterligare vidareutbildning om offentlighetslagstiftningen för anställda inom kommunal förvaltning och kommunala bolag. Förbundet utgår från att regeringen vidtar de åtgärder som behövs för att rätta till de brister som utredningen påvisat. Regeringen är

ansvarig för att skapa en atmosfär och kultur för anställda inom offentlig verksamhet där inställningen är att arbetet ska bedrivas i offentlighetsprincipens anda. Förbundet beklagar att utredningens direktiv inte gjorde det möjligt att lägga ett konkret lagförslag eller föreslå ytterligare utredning.

Skälen för regeringens bedömning: En stor del av den kommunala verksamheten bedrivs i privaträttsliga former. Sådan verksamhet kan bedrivas på olika sätt, exempelvis genom helägda kommunala bolag eller genom privata företag som efter upphandling utför den kommunala verksamheten på entreprenad.

Regeringens utgångspunkt är att allmänhetens möjligheter till insyn ska tas till vara oberoende av på vilket sätt kommuner och landsting väljer att organisera sin verksamhet. I de fall då verksamheten helt eller delvis utförs av privata aktörer måste dock en avvägning göras mellan å ena sidan allmänhetens intresse av insyn och å andra sidan entreprenörens intresse av att inte behöva lämna ut viss information som kan vara till nackdel för företaget av konkurrensskäl. Som en följd av detta finns det därför i lagstiftningen olika krav på insyn beroende på i vilken privaträttslig form den kommunala verksamheten bedrivs. I 2 kap. 3 § OSL finns en bestämmelse som innebär att offentlighetsprincipen gäller i aktiebolag, handelsbolag, ekonomiska föreningar och stiftelser där kommuner utövar det rättsligt bestämmande inflytandet. I delägda bolag eller föreningar som inte omfattas av offentlighetsprincipen gäller i stället enligt 3 kap. 18 § tredje stycket KL att kommunen ska verka för att allmänheten ska få insyn på samma grunder som gäller för myndigheter. Enligt 3 kap. 19 a § KL ska kommuner och landsting vidare, när verksamheter överlämnas på entreprenad, i avtalet beakta allmänhetens intresse av att få information om verksamheten.

Utredningen har undersökt hur reglerna om insyn i kommunala företag tillämpats i praktiken och har dragit följande slutsatser (SOU 2011:43 s. 585 f.). Beslut om utlämnande av handlingar som fattas av företag där kommuner eller landsting har ett rättsligt bestämmande inflytande ändras inte av kammarrätterna i någon omfattning som avviker från i vilken utsträckning beslut av andra underinstanser ändras. Däremot visar en undersökning som utredningen låtit göra av bolagens hantering av en begäran om utfående av handling att en stor andel (ca 45 procent) av de tillfrågade bolagen inte i tillräcklig grad efterlevde de krav på skyndsamhet som gäller vid en sådan begäran. Enligt utredningens mening kunde detta inte anses vara ett tillfredsställande resultat. När det gäller insyn hos kommunala entreprenader visade resultatet av undersökningen att endast en låg andel av kommunernas avtal med privata entreprenörer innehöll regler om insyn. Även kunskapen hos kommunerna om sådana regler synes vara låg. Enligt utredningen indikerade därför resultaten av undersökningen att överlämnande av kommunal verksamhet på entreprenad sker utan att allmänhetens intresse av att få information om verksamheten beaktas i tillräckligt hög utsträckning.

Regeringen instämmer i utredningens bedömning att förfrågningar om att få ta del av en allmän och offentlig handling synes ha hanterats på ett otillfredsställande sätt hos en alltför stor andel av de tillfrågade kommunala företagen. Detta otillfredsställande resultat indikerar, såsom

Justitiekanslern påpekar, att det finns problem som bör åtgärdas. Regeringen utgår från att företrädare för den kommunala sektorn aktivt kommer att öka kunskapen och medvetenheten hos de kommunala bolagen avseende offentlighetsprincipen och de skyldigheter denna för med sig. Regeringen avser att följa utvecklingen noga och vid behov återkomma i frågan.

Även när det gäller de kommunala entreprenaderna instämmer regeringen i att resultatet av undersökningen indikerar att överlämnande av kommunal verksamhet på entreprenad synes ske utan att allmänhetens intresse av att få information om verksamheten beaktas i tillräckligt hög utsträckning. Det är dock inte utrett varför så är fallet. Det kan exempelvis bero på att entreprenörer motsätter sig denna typ av klausuler eller att man från kommunernas sida bedömer det som orimligt eller onödigt att ställa sådana krav. Mot bakgrund av utvecklingen att i ökad omfattning bedriva kommunal verksamhet genom entreprenad, finns det enligt regeringens mening skäl att i ett annat sammanhang vidare utreda orsakerna till de problem som utredningens undersökning indikerar och ta ställning till behovet av åtgärder. Regeringen avser därför att tillsätta en utredning som ska analysera möjligheten till ökad insyn i sådana verksamheter. Utgångspunkten är att allmänhetens möjligheter till insyn ska tas till vara oberoende av på vilket sätt kommuner och landsting väljer att organisera sin verksamhet. Det kan i sammanhanget nämnas att de som är anställda i offentlig verksamhet och i vissa kommunala företag har s.k. meddelarskydd (2 kap. 3 § och 13 kap. 2 § OSL). Det innebär att de har möjlighet att anonymt lämna uppgifter till media och att arbetsgivaren varken får efterforska vem som har lämnat uppgifterna (efterforskningsförbudet) eller får vidta åtgärder på grund av uppgiftslämnandet som medför negativa konsekvenser för den anställde (repressalieförbudet). Något motsvarande skydd finns inte i dag för de anställda i kommunala entreprenader. Regeringen avser dock att tillsätta en utredning för att se om det går att finna lösningar som stärker skyddet för anställda i sådana verksamheter som vill kunna lämna uppgifter om missförhållanden i verksamheten. En sådan lösning skulle indirekt kunna innebära en ökad insyn för allmänheten i de kommunala entreprenaderna.

7 Extern delegation av kommunala upphandlingsbeslut

7.1 Problem med avsaknad av en extern delegationsmöjlighet

I hela landet finns tämligen fast etablerade grupperingar av geografiskt närliggande kommuner eller landsting som ofta samarbetar och samordnar sig vid genomförandet av upphandlingar. Samarbetet kan ha lösa former eller en mer fast struktur. Mer strukturerat samarbete kan baseras på avtal eller i vissa fall utövas genom ett kommunalförbund, en gemensam nämnd eller ett aktiebolag. Det förekommer också att upphandlings-samarbete sker utanför sådana grupperingar, med andra enskilda kommuner eller landsting eller inom större grupperingar.

Det är vanligt förekommande att kommuner och landsting överlåter åt någon annan att upphandla för deras räkning. De kommunalrättsliga möjligheterna för en kommun eller ett landsting att överlåta åt annan att fatta beslut eller att vidta andra åtgärder i ett ärende är dock begränsade. För kommuner och landsting som anlitar någon utomstående att genomföra upphandlingar är det i dag inte kommunalrättsligt möjligt att överföra rätten att fatta upphandlingsbeslut till denne. Som en följd härav måste bl.a. tilldelningsbeslut fattas av varje kommun eller landsting som samarbetar om en upphandling, även om övriga åtgärder genomförs av en utomstående. Regelverket ger därigenom upphov till bl.a. administrativt merarbete. Det finns alltså behov av bestämmelser som gör det kommunalrättsligt möjligt att överföra rätten att fatta upphandlingsbeslut till någon utanför kommunen eller landstinget.

7.2 Överföring av kommunal beslutanderätt och inköpscentraler

7.2.1 Kommunallagens bestämmelser om delegation

Intern delegation

De centrala bestämmelserna om intern kommunal delegation finns i 3 kap. 10 § och 6 kap. 33–38 §§ kommunallagen (1991:900), förkortad KL. I korthet har dessa regler följande innebörd. Fullmäktige får som huvudregel uppdra åt en nämnd att i fullmäktiges ställe besluta i ett visst ärende eller en viss grupp av ärenden. Ärenden av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt för kommunen eller landstinget får dock inte delegeras. Detsamma gäller för ärenden som annars enligt lag eller annan författning ska avgöras av fullmäktige.

För nämndernas del gäller som huvudregel att en nämnd får uppdra åt ett utskott, åt en ledamot eller ersättare eller åt en anställd hos kommunen eller landstinget att besluta på nämndens vägnar i ett visst ärende eller en viss grupp av ärenden. För gemensamma nämnder får sådant uppdrag även ges åt en anställd i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen. I vissa särskilt uppräknade ärendeslag gäller undantag från nämndernas delegationsmöjlighet. Beslutanderätt får inte delegeras i bl.a. ärenden som rör myndighetsutövning mot enskilda, om de är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt. Beslut som fattas med stöd av delegation från en nämnd ska anmälas till nämnden. Vidaredelegation av beslutanderätten för en nämnd kan ske om nämnden uppdragit åt en förvaltningschef inom nämndens verksamhetsområde att fatta beslut på nämndens vägnar. Nämnden måste i så fall också ha överlåtit åt förvaltningschefen att i sin tur uppdra åt en annan anställd inom kommunen eller landstinget att besluta i stället. Beslut som fattas efter vidaredelegation ska anmälas till förvaltningschefen.

I förarbetena till KL anges att begreppet beslut i delegeringsbestämmelserna endast avser beslut i KL:s mening (prop. 1990/91:117 s. 204). Kännetecknande för ett beslut är bl.a. att det föreligger alternativa lösningar och att beslutsfattaren måste göra vissa överväganden eller bedömningar. I den kommunala förvaltningen fattas inte endast beslut i

lagens mening utan det vidtas också en mängd andra åtgärder som är av rent förberedande eller rent verkställande karaktär. En mycket stor del av den kommunala verksamheten hör praktiskt till området ren verkställighet. Sådan verksamhet ankommer normalt på de anställda. Rätten för de anställda att vidta sådana åtgärder grundas inte på delegering utan följer i stället av den arbetsfördelning mellan de förtroendevalda och de anställda som måste finnas för att den kommunala verksamheten ska kunna fungera.

Innebörden av fullmäktiges delegation är enligt KL:s terminologi inte helt identisk med innebörden av nämndernas delegation. Fullmäktiges delegation innebär enligt 3 kap. 10 § första stycket KL att en nämnd ges ett uppdrag att fatta beslut i fullmäktiges ställe. Detta betyder att nämnden ges en egen ställning som beslutsfattare, i stället för fullmäktige, inom ramen för det aktuella uppdraget. Nämndernas delegation innebär däremot enligt 6 kap. 33 § första stycket KL att delegaten, t.ex. en anställd, ges ett uppdrag att fatta beslut på nämndens vägnar. Denna formulering ger uttryck för att delegatens beslut i KL:s mening fattas av nämnden, dvs. delegaten fattar beslut i nämndens namn. Särskild betydelse har detta för möjligheterna att överklaga beslutet enligt 10 kap. KL. Av 10 kap. 2 § KL framgår nämligen att endast beslut av vissa kommunala organ, bl.a. fullmäktige och nämnder, får överklagas. Om t.ex. en anställd fattar ett beslut på en nämnds vägnar på grundval av delegering är det rättsligt sett fråga om ett nämndbeslut (prop. 1990/91:117 s. 223).

Fullmäktiges delegation av beslutanderätt till en nämnd innebär att fullmäktige avhänt sig sin egen möjlighet att besluta i frågan, om inte delegationen återtas. Återtagande kan ske när som helst. Ett beslut som nämnden fattat med stöd av delegationen och som har bindande verkan för kommunen eller landstinget kan dock inte ändras i efterhand av fullmäktige. Motsvarande gäller för nämndernas delegation av beslutanderätt. Ett beslut som delegaten fattat med stöd av delegationen kan i princip inte återtas av nämnden. Däremot kan en nämnd när som helst återkalla ett uppdrag, antingen generellt eller för ett visst ärende (prop. 1990/91:117 s. 203). Nämnden kan också genom eget handlande föregripa ett beslut i ett enskilt ärende genom att själv ta över ärendet från delegaten och besluta. Beroende på vad saken gäller kan också finnas möjligheter för nämnden att ompröva delegatens beslut. Omprövning kan dock inte ske om bundenhet uppkommit för kommunen eller landstinget gentemot annan. För exempelvis beslut som är gynnande för enskild finns endast begränsade möjligheter till omprövning (se t.ex. RÅ 2000 ref. 16).

Extern delegation

Av 3 kap. 10 § KL följer att fullmäktiges möjlighet att delegera beslutanderätt är begränsad till att avse kommunens eller landstingets egna nämnder eller gemensamma nämnder för vilken kommunen eller landstinget är en av huvudmännen. Enligt bestämmelserna i KL kan fullmäktige därmed inte delegera sin beslutanderätt vare sig till andra interna organ än nämnder eller till externa organ. En annan sak är att

fullmäktige kan besluta att vården av kommunala angelägenheter ska överlämnas från kommunen eller landstinget till juridiska personer och enskilda individer enligt 3 kap. 16 § KL. Härigenom ges bl.a. förutsättningar för fullmäktige att utforma den kommunala organisationen så att förvaltningen avseende ett visst verksamhetsområde ombesörjs av ett kommunalt företag i stället för av en nämnd. Vården av kommunala angelägenheter kan även överlämnas till kommunalförbund eller ombesörjas av nämnder som är gemensamma för flera kommuner eller landsting (3 kap. 3 a och 20 §§ KL).

Extern delegation för fullmäktige är i princip tillåtet endast enligt 6 kap. 3 § lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter. Ett skäl för detta är kommun- och landstingsmedlemmarnas rätt att genom överklagande åstadkomma laglighetsprövning av fullmäktiges beslut enligt 10 kap. KL. Beslut som fattats av någon annan än ett kommun- eller landstingsinternt organ kan inte laglighetsprövas. Vidare kan extern delegation leda till att verksamhet undandras granskning av den kommunala revisionen. Med undantag för att revisorerna granskar verksamheten i kommunala företag genom de revisorer eller lekmanna-revisorer som utsetts i dessa, omfattar nämligen de kommunala revisorernas uppdrag endast verksamhet som bedrivs inom nämndernas verksamhetsområden (9 kap. 9 § första stycket KL). Extern delegation kan vidare åsidosätta enskildas rätt att få ta del av allmänna handlingar hos kommuner och landsting om delegaten t.ex. är anställd i ett organ som inte lyder under offentlighetsprincipen.

Kommunallagen ger inte heller möjlighet för nämnder att delegera beslutanderätt till organ eller personer som inte är del av eller anställda av den egna kommunen eller landstinget. Bestämmelsen om att gemensamma nämnder får delegera beslutanderätt till personer som är anställda i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen utgör dock ett undantag. Däremot finns i speciallagstiftningen vissa regler om att beslutanderätt kan överlämnas till anställda i andra kommuner eller landsting (bl.a. i miljöbalken och lagen [2003:778] om skydd mot olyckor, se avsnitt 7.2.2).

7.2.2 Bestämmelser om extern delegation i annan lagstiftning

I 3 kap. 12 § andra stycket lagen om skydd mot olyckor ges förutsättningar för kommuner att delegera beslutanderätt i ärenden som gäller sådana uppgifter som kommunen har enligt denna lag. Enligt bestämmelsen får en kommun efter överenskommelse med en annan kommun uppdra åt en anställd i den andra kommunen att besluta på kommunens vägnar i ett visst ärende eller en viss grupp av ärenden, dock inte i sådana ärenden som avses i 6 kap. 34 § KL. Vidare anges att bestämmelserna i 6 kap. 24–27 och 35 §§ KL om jäv och anmälan av beslut till nämnd ska tillämpas på den som fattar sådana beslut.

I huvudsak samma innehåll finns i bl.a. 26 kap. 7 § andra stycket miljöbalken och 14 § andra stycket livsmedelslagen (2006:804). En sådan regel gällde också tidigare enligt djurskyddslagen (1988:534) från den 1 juli 2005 till den 1 januari 2009 (bestämmelsen, som fanns i 24 a §, upphörde att gälla med anledning av att kommunernas ansvar för

djurskyddsarbetet upphörde). I förarbetena till bestämmelsen i bl.a. djurskyddslagen anfördes att delegeringen till sin natur i princip inte skiljer sig från den delegering av beslutanderätt som en kommunal nämnd enligt KL:s bestämmelser har rätt att lämna till anställda i den egna kommunen (prop. 2004/05:72 s. 19).

Delegation av beslutanderätt från överförmyndarnämnder och överförmyndare regleras i 19 kap. 14 § föräldrabalken. Även denna bestämmelse möjliggör extern delegation men är inte utformad på samma sätt som bestämmelsen i t.ex. lagen om skydd mot olyckor. Delegation kan bl.a. ske till en kommunal tjänsteman som har den kompetens som behövs. I delegationsbestämmelsen anges vissa begränsningar direkt i paragrafen. Bestämmelsen innehåller även vissa särskilda regler. Vidare finns regler om att beslut som fattats på delegation inte behöver anmälas för nämnden eller för överförmyndaren. Sistnämnda regel, som avser både intern och extern delegation, har motiverats med att beslut med stöd av delegation torde komma att fattas i stor utsträckning (prop. 1974:142 s. 184).

Det finns vidare en bestämmelse om extern delegation i 6 kap. 3 § lagen om vissa kommunala befogenheter. I huvudsak innebär den att en kommun eller ett landsting kan uppdra åt en arbetsgivarorganisation att reglera anställningsvillkoren för kommunens eller landstingets arbetstagare genom kollektivavtal. Bestämmelsen, som medger delegation av fullmäktiges beslutanderätt, ger även möjlighet för kommunen eller landstinget att överlåta åt en nämnd som handlägger frågor om arbetstagares anställningsvillkor att lämna ett sådant uppdrag. I 8 § lagen (2004:543) om samttjänst vid medborgarkontor finns även en bestämmelse som möjliggör delegation i särskilt angivna typer av ärenden då dessa förvaltningsuppgifter omfattas av ett s.k. samttjänstavtal (se prop. 1996/97:90 s. 47 och prop. 2008/09:123 s. 29).

7.2.3 Kommuners och landstings möjligheter att använda sig av fullmakt

För det civilrättsliga fullmaktsinstitutet finns allmänna bestämmelser i 2 kap. 10–27 §§ lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Reglerna är inriktade på frågor om de rättsliga relationerna mellan huvudmannen, ombudet (dvs. den som fått fullmakt av huvudmannen att agera i dennes namn) och tredje man. Några regler om vem som får anlita ombud och i vilka sammanhang framgår däremot inte av denna lag. Vissa sådana bestämmelser finns dock i annan lagstiftning. Exempelvis regleras användning av ombud i rättegång i 12 kap. rättegångsbalken och 48 och 49 §§ förvaltningsprocesslagen (1971:291), se även 9 § förvaltningslagen (1986:223) om användning av ombud i ärende hos förvaltningsmyndighet.

I ett avseende innehåller KL en bestämmelse om kommuners och landstings möjligheter att använda sig av befullmäktigade ombud. Av 6 kap. 6 § första stycket KL framgår att styrelsen själv eller genom ombud får föra kommunens eller landstingets talan i alla mål och ärenden om inte någon annan ska göra det på grund av lag eller annan författning eller beslut av fullmäktige. Bestämmelsen behandlar styrelsens processbehörighet (prop. 1990/91:117 s. 196).

Att KL i övrigt saknar särskilda bestämmelser om de kommunala organens möjlighet att använda fullmaktsinstitutet väcker frågan om och i så fall i vilken utsträckning ombud kan anlitas för fullgörande av kommunala uppgifter. Det står klart att ombud inte endast kan anlitas i rättegångar och liknande förfaranden utan att så också kan ske i vissa andra förhandlingssituationer, t.ex. för utövande av kommunens eller landstingets ägarroll på bolagsstämman i ett kommunalt aktiebolag (jfr prop. 2009/10:134 s. 27 och RÅ78 Ab 124). Det har även beskrivits att det normala visserligen är att fullmakt används för rättegångar eller förhandlingar men att en fullmakt också kan avse andra tidsbegränsade uppdrag, t.ex. kan en nämnd utse någon att vara beställarombud vid entreprenader och konsultuppdrag (se bl.a. Lena Dalman m.fl., Kommunallagen med kommentarer och praxis, 5 uppl., 2011, s. 440 f. och Madell, Avtal mellan kommuner och enskilda, 2000, s. 81 f.). Gränserna för när fullmakt kan användas är således oklar. Regeringen bedömer dock att det endast är i begränsad utsträckning som ombud kan anlitas av kommunala organ.

7.2.4 Särskilt om upphandlingsärenden

I upphandlingsärenden förekommer såväl sådana ställningstaganden som utgör beslut i KL:s mening som åtgärder av rent förberedande eller verkställande karaktär. Exempelvis kan utvärderingen av inkomna anbud ses som en förberedande åtgärd till det beslut om tilldelning som ska fattas enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, förkortad LUF. Tilldelningsbeslutet, eller ett beslut att avbryta upphandlingen, är ett beslut i KL:s mening. Det faktiska undertecknandet av det ramavtal eller det upphandlingskontrakt som en upphandling leder fram till är i regel ren verkställighet av tilldelningsbeslutet (jfr Ds 2004:37 s. 31 och Kammarrätten i Stockholms avgörande den 20 maj 2009 i mål nr 8319-08).

Det finns inga särskilda regler om beslutskompetens för olika kommunala organ eller om delegation i upphandlingslagstiftningen. I stället gäller den allmänna regleringen i KL. Det kan därmed ankomma antingen på fullmäktige eller på nämnderna att fatta beslut i ärenden om upphandling. Såväl fullmäktige som nämnder är upphandlande myndigheter (2 kap. 19 § LOU och 2 kap. 21 § LUF).

I sådana ärenden som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt för kommunen eller landstinget måste beslut fattas av fullmäktige (3 kap. 9 § första stycket KL). Någon möjlighet till delegation från fullmäktige finns inte i sådana ärenden (3 kap. 10 § första stycket KL). På nämnderna ankommer att besluta i frågor som rör förvaltningen (3 kap. 13 § första stycket KL). Förvaltningen omfattar bl.a. vardagliga beslut om den löpande verksamheten, vilket t.ex. inbegriper att besluta om vissa inköp. Någon klar gräns för vilka slags inköp som utgör del av förvaltningen kan inte dras. I praktiken kan sannolikt en betydande del av den kommunala upphandlingen hänföras direkt till nämndernas förvaltning. Upphandlingsärenden som på grund av sin art eller andra omständigheter ändå inte kan hänföras till begreppet förvaltning, men

som dock inte är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt för kommunen eller landstinget, kan också komma under nämndernas kompetens efter delegation från fullmäktige (3 kap. 10 § första stycket och 3 kap. 13 § andra stycket KL).

Delegation av nämndernas beslutanderätt i upphandlingsärenden kan, liksom i andra slags ärenden, ske enligt bestämmelserna i 6 kap. 33–38 §§ KL. Beslutanderätten får visserligen inte delegeras i bl.a. ärenden som rör myndighetsutövning mot enskilda, om de är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt (6 kap. 34 § KL). Mot bakgrund av att upphandlingsärenden inte innefattar myndighetsutövning kan detta dock inte hindra delegation i sådana ärenden.

I praktiken är det vanligt att kommunala nämnder i hög grad utnyttjat möjligheterna till delegation i upphandlingsärenden. Det är t.ex. inte ovanligt att delegationsordningar bemyndigar olika befattningshavare att besluta om upphandlingar upp till vissa belopp. Vidare regleras vanligtvis i nämndreglementen vem som får underteckna handlingar av olika slag, t.ex. avtal. Sådana bestämmelser kan även finnas i delegationsordningar. Åtgärder som har verkställande eller förberedande karaktär, t.ex. utvärderingen av inkomna anbud som förberedelse för tilldelningsbeslutet, kan hanteras av kommunens eller landstingets anställda redan som följd av deras arbetsuppgifter.

I vad mån befullmäktigade ombud kan anlitas för att vidta rent förberedande eller rent verkställande åtgärder i en upphandling synes inte ha klagjorts i rättspraxis och inte heller närmare ha diskuterats i den juridiska litteraturen. Användande av fullmakt är dock, enligt regeringens bedömning, tillåtet då uppdraget avser bl.a. faktiskt handlande eller enklare förvaltnings- och verkställighetsåtgärder. I praktiken är det också en väl etablerad praxis bland kommuner och landsting att använda sig av fullmaktsinstitutet då utomstående organ anlitas för hjälp med genomförandet av samordnade upphandlingar. Ett sådant uppdrag kan ha olika utformning men det förekommer t.ex. uppdrag som omfattar samtliga åtgärder i upphandlingsförfarandet utom tilldelningsbeslut, inklusive avtalstecknande och att företräda huvudmannen i en eventuell överprövningsprocess i domstol.

7.2.5 Inköpscentraler

Ramavtals- och ombudsfall

Vid anskaffning av tjänster är en upphandlande myndighet eller enhet som huvudregel skyldig att genomföra en upphandling. Något generellt undantag för sådana tjänster som avser genomförandet av en upphandling, t.ex. konsulttjänster i samband med utformningen av ett förfrågningsunderlag, finns varken i EU:s upphandlingsdirektiv eller i den svenska upphandlingslagstiftningen. Särskilda regler som införts om inköpscentraler innebär dock att det under vissa förutsättningar är möjligt för upphandlande myndigheter och enheter att ta hjälp av en annan upphandlande myndighet vid sin anskaffning av varor, tjänster och byggentreprenader, utan att denna hjälp behöver konkurrensutsättas genom upphandling.

Den svenska regleringen om inköpscentraler, som syftar till att delvis genomföra bestämmelser om inköpscentraler i EU:s upphandlingsdirektiv, trädde i kraft den 15 juli 2010 och återfinns i 2 kap. 9 a § och 4 kap. 22 § LOU respektive i 2 kap. 9 a § och 4 kap. 4 § LUF. En motsvarande reglering finns även i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, förkortad LUFSS, som trädde i kraft den 1 november 2011. Enligt 4 kap. 22 § LOU får en upphandlande myndighet anskaffa byggentreprenader, varor och tjänster, med hjälp av en inköpscentral. Detsamma gäller för upphandlande enheter enligt 4 kap. 4 § LUF. Bestämmelserna innebär att anlita en inköpscentral inte måste föregås av en upphandling (prop. 2009/10:180, del 1, s. 328 och 377). De ger således uttryck för ett undantag från upphandlingskyldigheten. Däremot måste inköpscentralen vid genomförande av upphandlingar iaktta reglerna i LOU respektive LUF.

Med *inköpscentral* avses enligt 2 kap. 9 a § LOU en upphandlande myndighet som

1. ingår ramavtal om byggentreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter, eller
2. medverkar vid en offentlig upphandling i egenskap av ombud åt flera upphandlande myndigheter.

Begreppet inköpscentral definieras på likartat sätt i 2 kap. 9 a § LUF. Även enligt denna bestämmelse måste inköpscentralen vara en upphandlande myndighet. Bestämmelserna om inköpscentraler har ett begränsat tillämpningsområde bl.a. på så sätt att de inte är tillämpliga då endast en enskild upphandlande myndighet eller enhet anlitar en upphandlande myndighet för hjälp i en upphandling.

Definitionen av begreppet inköpscentral i LOU respektive LUF innebär att bedömningen av om en upphandlande myndighet omfattas av definitionen är knuten till dess roll i en enskild upphandling, dvs. inte till dess verksamhet i stort. Definitionen innebär vidare att en upphandlande myndighet som medverkar i en upphandling kan vara att se som en inköpscentral i två skilda situationer, beroende på dess roll i upphandlingen.

Den ena situationen (det s.k. ramavtalsfallet) framgår av första punkten i paragraferna. I dessa fall är det fråga om en upphandlande myndighet, dvs. inköpscentralen, som själv ingår ramavtal om byggentreprenader, varor eller tjänster men där dessa är avsedda för andra upphandlande myndigheter eller enheter. Efter att ramavtalet ingåtts är det möjligt för de upphandlande myndigheter eller enheter som anlitar inköpscentralen att tilldela kontrakt, eller avropa, enligt ramavtalet.

Den andra situationen (det s.k. ombuds-fallet) framgår av andra punkten i nämnda paragrafer och innebär att en upphandlande myndighet, dvs. inköpscentralen, medverkar i en upphandling som ombud åt flera andra upphandlande myndigheter eller enheter. I dessa fall resulterar upphandlingen i att kontrakt tilldelas eller ramavtal ingås av de upphandlande myndigheter eller enheter som är huvudmän för inköpscentralen. Att lagtexten anger att ombudsrollen ska avse flera andra upphandlande myndigheter eller flera upphandlande enheter innebär att en upphandlande myndighet som i en upphandling är ombud endast för en enskild sådan myndighet eller enhet inte är en inköpscentral (prop. 2009/10:180, del 1, s. 263, 318 och 377).

De två roller som en inköpscentral kan ha enligt definitionerna i LOU och LUF ger upphov till olika fördelning av bl.a. ansvaret för att regelverket följs.

Ansvaret för att bestämmelserna följs

En viktig frågeställning beträffande inköpscentraler är vilken aktör som är ansvarig för att bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen följs och som ska vara motpart vid en eventuell domstolsprövning då en leverantör ansökt om överprövning eller väckt talan om skadestånd. Ansvarsfördelningen ser olika ut beroende på om inköpscentralens roll är att ingå ramavtal för andra upphandlande myndigheter eller enheter (ramavtalsfallet) eller om dess roll i stället är att vara ombud i upphandlingen (ombudsfallet).

I ramavtalsfallet är det den myndighet som tecknar ramavtalet, dvs. inköpscentralen, som är ansvarig och blir motpart vid en eventuell domstolsprövning. Det framgår uttryckligen av lagtexten i 2 kap. 9 a § 1 LOU och LUF att det är inköpscentralen som ingår ramavtalet. Det är också inköpscentralen som bl.a. ansvarar för att upphandlingen genomförs i enlighet med lagstiftningen, utom såvitt avser ramavtal som förutsätter förnyad konkurrensutsättning (dvs. ramavtal som inte innehåller alla villkor för tilldelning av kontrakt). Vidare är det inköpscentralen som blir motpart om en leverantör väcker talan om överprövning i förvaltningsdomstol eller om skadestånd i allmän domstol, fränsett när talan avser en förnyad konkurrensutsättning (prop. 2009/10:180, del 1, s. 264 ff.).

I ombudsfallet är det i stället den myndighet som anlitar inköpscentralen som är ansvarig för att bestämmelserna iakttas. Att inköpscentralen har rollen av ombud innebär att det i detta fall är de upphandlande myndigheter eller enheter som anlitar inköpscentralen som ingår det avtal som blir resultatet av den aktuella upphandlingen. Även om inköpscentralens ombudsroll i ett visst fall omfattar samtliga åtgärder i upphandlingsförfarandet, inklusive avtalstecknandet, görs alltså åtgärderna i uppdragsgivarnas (huvudmännens) namn. Härigenom finns en väsentlig skillnad mot ramavtalsfallet, som i stället innebär att inköpscentralen agerar i eget namn. Det är i ombudsfallet också inköpscentralens uppdragsgivare som blir motparter i den mån en leverantör väcker talan med anledning av upphandlingen.

7.3 Behov av en möjlighet att överföra beslutanderätten externt

7.3.1 Administrativt merarbete m.m.

De problem som har framhållits med avsaknaden av en kommunalrättslig möjlighet att överföra beslutanderätten vid samordnad upphandling är bl.a. att ett administrativt merarbete uppstår för kommunerna, landstingen och samordnaren. Tilldelningsbeslut måste t.ex. fattas av varje samverkande kommun och landsting i likalydande versioner för att sedan skickas in till samordnaren. Merarbete uppkommer både för den

som samordnar upphandlingar och för huvudmännen. Merarbetet har dock olika stor omfattning och betydelse, bl.a. utifrån samarbetets utformning och antalet kommuner och landsting som deltar i samordningen.

En ofullständig administrativ samordning kan även ha vissa andra följder. En upphandlande myndighet är skyldig att snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökande och anbudsgivare om bl.a. de beslut som har fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt (9 kap. 9 § LOU eller 15 kap. 19 § LUF). När kommuner och landsting genomför samordnade upphandlingar genom ombud är det i praktiken regelmässigt endast ombudet som sänder en enda underrättelse om tilldelningsbeslut. I den mån det ändå förekommer att varje kommun och landsting sänder en egen underrättelse om sitt tilldelningsbeslut till anbudsgivarna, kan det inträffa att dessa meddelanden sänds vid olika tidpunkter. Detta medför att den s.k. avtalsspärren inte löper samtidigt för samtliga kommuner och landsting. Tidpunkten för när de får ingå avtal, med verkan för bl.a. möjligheterna till överprövning, kan därmed vara olika (se bl.a. 16 kap. 1 och 11 §§ LOU).

Om tilldelningsbeslut fattas av samverkande kommuner och landsting vid olika tidpunkter, har detta vidare en direkt betydelse ur sekreteshänseende. Absolut sekretess gäller för uppgift om anbud hos de kommuner och landsting som inte har fattat tilldelningsbeslut, men däremot inte hos de kommuner och landsting som har beslutat om tilldelning (19 kap. 3§ andra stycket offentlighets- och sekretesslagen [2009:400]).

7.3.2 Till vilka bör överföring av beslutanderätt kunna ske?

Regeringens bedömning: Det bör införas en möjlighet för kommuner och landsting som anlitar en inköpscentral som ombud enligt LOU eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, förkortad LUF, att överföra beslutanderätten i upphandlingsärendet till inköpscentralen.

Det bör däremot inte införas en möjlighet att överlämna beslutanderätten i ett upphandlingsärende till någon annan som inte är inköpscentral.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Halmstads kommun*, som är den enda remissinstans som har kommenterat dessa frågor särskilt, anser att det måste vara möjligt att delegera beslutanderätt till anställd i en annan upphandlande myndighet eftersom samarbete mellan upphandlande myndigheter eller enheter blir onödigt tungrott om inte denna möjlighet också införs.

Skälen för regeringens bedömning

När en kommun eller ett landsting överlämnar hela eller delar av sin upphandlingsverksamhet åt ett annat organ, t.ex. ett kommunalförbund

eller ett kommunalt företag, innebär det att det organisatoriskt är detta organ som övertar hela ansvaret för upphandlingsverksamheten. Något kommunalrättsligt behov av överlämnande av beslutanderätt avseende upphandlingsbeslut finns således inte i dessa situationer. Inte heller finns något behov för kommuner och landsting att kunna överlämna beslutanderätt när den externa aktören är en inköpscentral med uppdrag att ingå ramavtal i eget namn. Det saknas då såväl förutsättningar som behov för de kommuner och landsting som anlitar inköpscentralen att själva fatta beslut om tilldelningen liksom att vidta andra åtgärder i upphandlingen.

När kommuner och landsting däremot anlitar en inköpscentral för att medverka vid en upphandling som ombud enligt 4 kap. 22 § LOU eller 4 kap. 4 § LUF måste de själva fatta alla formella upphandlingsbeslut som t.ex. tilldelningsbeslut. Visserligen hindrar inte upphandlingslagstiftningen att inköpscentralen ges i uppdrag att vidta samtliga åtgärder, men detta är kommunalrättsligt inte möjligt. Samma sak gäller då en kommun eller ett landsting tar hjälp av en utomstående aktör som inte är en inköpscentral.

Beslutanderätten bör kunna överföras till inköpscentraler

I praktiken genomförs samordnade upphandlingar ofta av en kommun eller ett landsting som ombud för flera andra kommuner eller landsting. Utredningen har bedömt att den samordnade kommunala upphandlingen i hög grad också kommer att genomföras av inköpscentraler vars roll är att medverka vid upphandlingarna som ombud enligt 4 kap. 22 § LOU eller 4 kap. 4 § LUF.

Som angetts i avsnitt 7.3.1 ger avsaknaden av en möjlighet att överföra beslutanderätten externt upphov till ett administrativt merarbete för kommuner, landsting och upphandlingssamordnare. En annan konsekvens av att varje kommun och landsting måste fatta sina egna beslut i upphandlingsärendena är att tilldelningsbesluten riskerar att fattas vid olika tidpunkter. Detta medför att sekretessnivån i upphandlingsärendena kan skilja sig åt mellan olika kommuner och landsting. I den mån varje kommun eller landsting sänder en egen underrättelse om sitt tilldelningsbeslut kan detta vidare medföra att den s.k. avtalsspärren inte löper samtidigt för alla samverkande kommuner eller landsting.

Mot bakgrund av detta och med hänsyn till att kommuner och landsting även framgent förväntas anlita inköpscentraler som ombud i stor utsträckning anser regeringen att kommuner och landsting bör ges möjlighet att överföra rätten att fatta beslut i upphandlingsärenden till inköpscentraler som har anlåtats enligt LOU eller LUF.

Med hänsyn till att upphandlingar enligt LUF torde aktualiseras i kommuner och landsting endast i liten utsträckning saknas behov av att rationalisera hanteringen av sådana upphandlingar på det sätt som motiverar en överföring av beslutanderätt till en inköpscentral. Det finns därför inte skäl att införa en motsvarande möjlighet i fråga om denna lag (jfr prop. 2010/11:150, del 1, s. 152).

Beslutanderätten bör inte kunna överföras till andra än inköpscentraler

Lagstiftningen hindrar inte att en kommun eller ett landsting tar hjälp av någon annan för genomförandet av en upphandling utan att medhjälparen är en inköpscentral enligt LOU eller LUF. Ett exempel på en sådan situation är att en kommun tar hjälp av ett eget kommunalt företag som ombud i en upphandling. Om upphandlingen inte genomförs samordnat för flera upphandlande myndigheter eller enheter, är det kommunala företaget inte att anse som en inköpscentral i det aktuella förfarandet. Kommuner och landsting kan även anlita andra aktörer än inköpscentraler eller egna företag. Dessa aktörer kan t.ex. vara privata företag. Frågan att ställas om en möjlighet att överföra beslutanderätt i upphandlingsärenden också borde införas i ovan angivna fall, dvs. i de fall då ombudet inte är en inköpscentral.

Vad gäller de fall då ombudet, som inte är en inköpscentral, är t.ex. ett kommunalt bolag är situationen i flera avseenden likartad med den som gäller för inköpscentraler. Det finns dock skillnader. För en kommun som anlitar ett eget företag för att genomföra en upphandling, liksom för detta företag, kan det uppkomma ett visst administrativt merarbete. Detta är dock av mindre omfattning än vid en samordnad upphandling då flera kommuner eller landsting anlitar en inköpscentral såsom ombud. Någon risk för att tilldelningsbeslut fattas vid olika tidpunkter finns vidare inte.

Beträffande de fall då ombudet, som inte är en inköpscentral, är t.ex. ett privat företag bör möjligheterna till minskad administration ses i ljuset av den administration som ändå krävs i dessa fall eftersom anlitaandet i sig av ett privat företag förutsätter upphandling. Vinsterna med att kunna överlåta beslutanderätt framstår redan av denna anledning som väsentligt mindre än i fallet då en inköpscentral anlitas som ombud. Det kan också antas att antalet fall där det skulle kunna finnas behov av att beslutanderätten överlåts till aktörer av nu aktuellt slag är litet.

Halmstads kommun efterlyser en möjlighet att delegera beslutanderätt till anställd i en annan upphandlande myndighet eftersom samarbete mellan upphandlande myndigheter eller enheter enligt kommunen annars blir onödigt tungrott. Regeringen anser dock att behovet av en delegationsmöjlighet i dessa fall inte är så framträdande att en reglering anses påkallad.

7.4 Ny extern delegationsmöjlighet införs

7.4.1 Nya delegationsbestämmelser införs

Regeringens förslag: Det ska införas nya delegationsbestämmelser som innebär att kommuner och landsting som anlitar en inköpscentral som ombud får delegera rätten att fatta beslut i upphandlingsärendet till inköpscentralen.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: En mycket stor majoritet av remissinstanserna är positiva till förslagen eller har inga invändningar mot dem. En remissinstans, *Göteborgs kommun*, avstyrker förslagen. Av de

remissinstanser som är positiva till förslagen anför ett stort antal, däribland *Solna kommun*, *Ystads kommun*, *Jönköpings läns landsting* och *Stockholms läns landsting*, bl.a. att förslagen underlättar samordnade upphandlingar på det kommunala området och minskar det administrativa arbetet. *Uppsala kommun* anför att förslagen bedöms ge både snabbare och mer säker hantering av upphandlingar där flera parter är inblandade. *Mölnads kommun* anser att förslaget medför minskad administrativ börda, men anser även att en negativ konsekvens kan bli att mindre upphandlande myndigheter anlitar inköpscentraler i stor omfattning och därmed förlorar egen upphandlingskompetens. *Göteborgs kommun*, som avstyrker förslagen, anser att förslagen kan komma att innebära att den politiska kontrollen över besluten förloras. Kommunen menar att denna kontroll är viktig utifrån ett demokratiskt perspektiv och även säkerställer att politiska ambitioner inte går förlorade, såsom krav på sociala kriterier, Fair Trade osv. *Mölnads kommun*, som tillstyrker förslagen, poängterar också att förslaget inte förenklar överprövningsprocesserna, då det fortfarande är myndigheterna som blir motpart i domstol, inte inköpscentralen. *Halmstads kommun*, som också tillstyrker förslagen, anser att det är viktigt att tydligt definiera vad som är en inköpscentral.

Skälen för regeringens förslag

Vissa kommunalrättsliga och konkurrensmässiga aspekter

Dagens regelverk hindrar kommuner och landsting som anlitar inköpscentraler som ombud att till ombudet överlämna rätten att fatta beslut om bl.a. tilldelning. Detta förhållande ger upphov till administrativt merarbete för både inköpscentralen och dess huvudmän men också risk för vissa problem för det fall tilldelningsbeslut fattas vid olika tidpunkter, bl.a. utifrån regleringen av sekretess i upphandlingar.

En möjlighet att överlämna beslutanderätten i upphandlingsärenden kan underlätta samarbetet med inköpscentralerna och minska det administrativa arbetet. Vid bedömningen av om det bör införas en möjlighet att överlämna beslutanderätten externt måste det emellertid beaktas att förutsättningarna för kommunen eller landstinget att upprätthålla kontroll över sin verksamhet försämras när besluten inte fattas internt. Regeringen anser dock att detta inte bör hindra att det införs en möjlighet att överföra beslutanderätten i upphandlingsärenden till inköpscentraler. Det är i sammanhanget viktigt att beakta att beslutet om huruvida ett inköp alls ska göras fortfarande kommer att fattas internt i kommunen och inte av en extern delegat.

Vad gäller de konkurrensmässiga aspekterna har en sådan delegationsbestämmelse i sig inte någon omedelbar betydelse för konkurrensen eller för små och medelstora företag. En indirekt betydelse kan däremot uppkomma om den förenklade administrationen, till följd av därmed frigjorda resurser eller ändrade incitament, leder till en ökning av den samordnade upphandlingen. Det kan visserligen antas att en viss ökning av antalet samordnade upphandlingar skulle kunna uppkomma om en möjlighet att överföra beslutanderätt införs. Även om detta skulle inträffa så är det emellertid därmed inte givet att konkurrensen eller små och

medelstora företag påverkas. En ökning av den samordnade upphandlingen har inte alltid negativa effekter för konkurrensen. Om minskad administration hos en inköpscentral möjliggör genomförandet av en samordnad upphandling av t.ex. vissa tjänster som annars skulle ha utförts i egen regi, eller inte alls, av de deltagande kommunerna eller landstingen, är detta av godo för konkurrensen. I vad mån negativa eller positiva effekter uppkommer beror bl.a. på förhållandena på olika marknader och på utformningen av upphandlingar i enskilda fall. Det bör också beaktas att en ökad samordning av upphandlingar kan ge förutsättningar för ökad specialisering av upphandlare och därmed förbättrade förutsättningar för bl.a. adekvata marknadsanalyser.

Regeringen konstaterar att det inte går att dra några generella slutsatser om på vilka marknader en konkurrenspåverkan kan uppkomma eller om i vad mån den har en positiv eller negativ effekt. Risken för att det uppkommer övervägande negativa konkurrens effekter måste dock bedömas vara begränsad. I sammanhanget bör dock framhållas att det är av stor vikt att upphandlande myndigheter och enheter tar sitt ansvar för att bidra till en god konkurrens och goda förutsättningar för små och medelstora företag, oavsett om de medverkar i samordnade upphandlingar eller genomför upphandlingar var för sig (jfr prop. 2009/10:175 s. 94). Vidare kan framhållas att behovet av att en noggrann marknadsanalys genomförs och läggs till grund för beslut om hur en upphandling ska genomföras generellt sett får anses vara större vid samordnad upphandling än vid enskild upphandling.

Göteborgs kommun, som avstyrker förslagen, anser att de kan komma att innebära att den politiska kontrollen över besluten förloras. Kommunen menar att denna kontroll är viktig utifrån ett demokratiskt perspektiv och även säkerställer att politiska ambitioner inte går förlorade, såsom krav på sociala kriterier, Fair Trade osv. *Mölnåls kommun* anser att en negativ konsekvens av utredningens förslag kan bli att mindre upphandlande myndigheter anlitar inköpscentraler i stor omfattning och därmed förlorar egen upphandlingskompetens. Regeringen vill här understryka att förslaget endast avser en möjlighet för kommuner och landsting. Det är sedan upp till den enskilda kommunen eller det enskilda landstinget att välja om man vill använda sig av denna delegationsmöjlighet eller inte.

Sammanfattningsvis anser regeringen att kommuner och landsting som för en viss upphandling anlitar en inköpscentral som ombud enligt 4 kap. 22 § LOU eller 4 kap. 4 § LUF bör ges möjlighet att också överföra rätten att fatta beslut i upphandlingsärendet till inköpscentralen.

Halmstads kommun anser att det är viktigt att tydligt definiera vad som är en inköpscentral. Inköpscentral har dock inte någon annan innebörd här än den som följer av definitionerna i LOU respektive LUF.

Överföring av beslutanderätt bör ske genom delegation

De befintliga reglerna i kommunalrätten om överföring av beslutanderätt från överordnade organ till underlydande organ eller till anställda innebär att överföringen, när den är tillåten, ska ske genom delegation. Detta gäller både intern och extern överföring av beslutanderätt. Möjligheterna

till överföring av kompetens genom fullmakt omfattar enligt regeringens bedömning inte beslut i KL:s mening, t.ex. tilldelningsbeslut i en upphandling. Regeringen anser mot denna bakgrund att överlämnandet av den kommunala beslutanderätten vid anlitage av en inköpscentral ska ske genom kommunalrättslig delegation, inte genom användning av det civilrättsliga fullmaktsinstitutet.

Beträffande inköpscentraler är det i ombuds-fallet, enligt definitionerna av inköpscentral i LOU och LUF, fråga om en upphandlande myndighet som medverkar vid en upphandling i egenskap av ombud. Om beslutanderätten delegeras till inköpscentralen kan denna dock sägas medverka vid upphandlingen delvis som delegat. Frågan är då om en delegationsbestämmelse är oförenlig med regleringen av inköpscentraler i upphandlingslagstiftningen. I förarbetena till LOU och LUF finns inte några närmare klargöranden av vad som avses med begreppet ombud i 2 kap. 9 a § 2 LOU och LUF. Enligt regeringen bör det förhållandet att en inköpscentral, som anlitas som ombud, också ges beslutanderätt genom delegation inte medföra att villkoren i definitionerna av inköpscentral i LOU och LUF inte är uppfyllda. Inte heller upphandlingsdirektivens bestämmelser synes innebära någon begränsning i nu aktuellt avseende. Något hinder mot att relationen mellan en inköpscentral och en kommun eller ett landsting som anlitar centralen delvis baseras på delegation finns enligt regeringens mening därför inte. En ny delegationsbestämmelse bör enligt regeringens mening lämpligen införas i lagen om vissa kommunala befogenheter. I denna lag finns sedan tidigare en bestämmelse om extern delegation.

Regeringen föreslår således att det i lagen om vissa kommunala befogenheter införs nya delegationsbestämmelser som innebär att kommuner och landsting som anlitar en inköpscentral som ombud får delegera rätten att fatta beslut i upphandlingsärendet till inköpscentralen.

Ansvarsfördelningen påverkas inte

När upphandlingar genomförs av en inköpscentral i egenskap av ombud vilar ansvaret för att upphandlingslagstiftningen följs på de upphandlande myndigheter eller enheter som har anlitat inköpscentralen. Att en kommun överför beslutanderätt genom delegation vid anlitage av en inköpscentral påverkar inte denna ansvarsfördelning. Beslut som fattas med stöd av delegation från en kommunal nämnd har i formell mening fattats av nämnden.

Att delegationen ger förutsättningar för inköpscentralen att fatta ett enda beslut saknar betydelse för en eventuell överprövningsprocess. Varje upphandlande myndighet eller enhet som har anlitat inköpscentralen anses i processuell mening ha genomfört var sin upphandling med inköpscentralen som ombud. En konsekvens av detta är att en anbudsgivare som ifrågasätter upphandlingen kan behöva ge in ansökningar om överprövning till flera olika förvaltningsrätter. *Mölnåls kommun* poängterar att förslaget inte förenklar överprövningsprocesserna då det fortfarande är myndigheterna som blir motpart i domstol, inte inköpscentralen. Detta förhållande beror dock på regleringen av inköpscentraler liksom på att huvudmannen är ansvarig för de åtgärder som

utförts av ett ombud och därmed är den aktör mot vilken en talan ska föras. Att en delegationsmöjlighet införs påverkar därför inte i sig de processuella förutsättningarna för en missnöjd leverantör.

7.4.2 Den närmare utformningen av den nya regleringen

Regeringens förslag: En nämnd i en kommun, ett landsting eller ett kommunalförbund får, efter överenskommelse med en inköpscentral, uppdra åt anställda i inköpscentralen att i en upphandling besluta på nämndens vägnar. Detta gäller under förutsättning att nämnden har anlitat inköpscentralen för att medverka vid upphandlingen i egenskap av ombud enligt LOU eller LUF.

En nämnd får uppdra åt ett utskott, åt en ledamot eller ersättare eller åt en anställd hos kommunen, landstinget eller kommunalförbundet att på nämndens vägnar fatta beslut om delegation av beslutanderätt till anställda i en inköpscentral. En gemensam nämnd får även uppdra åt en anställd i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen att fatta sådana beslut på nämndens vägnar.

Möjligheten att delegera beslutanderätt ska inte omfatta ärenden som bl.a. avser verksamhetens mål, inriktning, omfattning eller kvalitet.

Beslut som anställda i inköpscentraler fattar med stöd av delegation ska anmälas till den som har lämnat delegationsuppdraget.

Kommunallagens bestämmelser om jäv ska tillämpas på anställda i inköpscentraler som fattar beslut med stöd av delegation.

Utredningens förslag: Överensstämmer i allt väsentligt med regeringens förslag. Utredningen föreslår att även beslut om delegation ska anmälas till nämnden.

Remissinstanserna: Av de remissinstanser som uttalat sig särskilt i dessa frågor anser *Mölnbalds kommun* och *Göteborgs stads Upphandlings AB* att det är negativt att beslutanderätten bara kan delegeras till anställda hos inköpscentraler. Förslaget innebär enligt dem att personer som arbetar på inköpscentral men inte är anställda, t.ex. en konsult, inte omfattas. *Kammarkollegiet* anser att det bör framgå tydligare av lagtexten att tilldelningsbeslut fattas av inköpscentralen när en sådan anlitas som ombud av en kommun, ett landsting eller ett kommunalförbund.

Skälen för regeringens förslag

Enligt regeringens mening bör en delegationsbestämmelse avseende upphandlingsbeslut utformas med ledning av andra befintliga regler om extern delegation. En genomgång av andra bestämmelser om extern delegation av kommunala beslut i annan lagstiftning visar att de i olika hög grad har utformats med anknytning till KL:s regelverk om intern delegation. Enligt regeringens mening är det, för att undvika oavsedda tillämpningsproblem, viktigt att delegationsreglerna inte är utformade på olika sätt i olika regelverk. Det är därför eftersträvarsvärt att också nu

aktuell reglering anknyter till reglerna i KL. Mot den bakgrunden bör vissa frågeställningar särskilt beaktas. Dessa inbegriper bl.a. frågan om både fullmäktiges och nämnders beslutanderätt bör kunna delegeras, liksom frågan om delegation bör ske till inköpscentraler såsom organisationer eller till anställda i inköpscentraler. Vidare bör övervägas huruvida delegationsmöjligheten bör begränsas genom undantag för upphandlingsärenden av t.ex. viss art. Ytterligare frågor gäller huruvida regleringen bör förenas med hänvisningar till KL:s bestämmelser om jäv och om anmälan av beslut till delegerande nämnd.

Endast nämnders beslutanderätt ska kunna delegeras

Den nya delegationsbestämmelsen måste enligt regeringen möjliggöra delegation från kommunala nämnder för att vara meningsfull. I praktiken bör nämligen en betydande del av den kommunala upphandlingen kunna hänföras till nämndernas ansvarsområde genom att inrymmas under begreppet förvaltning enligt 3 kap. 13 § KL.

Vissa upphandlingsärenden kan emellertid vara av sådant slag att det i stället ankommer på fullmäktige att fatta beslut. I den mån ett sådant ärende är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt för kommunen eller landstinget, får fullmäktige inte delegera det till en nämnd (3 kap. 10 § första stycket KL). Att det i dessa fall finns hinder för intern delegation, medför enligt regeringens mening att fullmäktige inte heller bör ges möjlighet att delegera sin beslutanderätt externt vid anlitan av en inköpscentral.

Detsamma bör gälla även för andra upphandlingsärenden i vilka fullmäktige har beslutanderätt. Regeringen anser att ett upphandlingsärende som är av sådan betydelse att det inte inryms under nämndernas förvaltning, även om ärendet inte är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt för kommunen eller landstinget, inte bör kunna delegeras direkt från fullmäktige till en inköpscentral eller dess anställda. Jämförelsevis gäller för dessa slags upphandlingsärenden att fullmäktige internt kan delegera sin beslutanderätt till en nämnd, som i sin tur enligt 6 kap. 33 § KL skulle kunna ge uppdrag åt t.ex. en anställd att besluta på nämndens vägnar. Fullmäktige kan emellertid enligt KL:s regler inte direkt delegera sin beslutanderätt till annat än kommunens eller landstingets nämnder. Enligt regeringens mening finns inte skäl att frångå denna principiella ordning beträffande upphandlingsärenden. Regeringen föreslår därför att endast nämnders beslutanderätt ska kunna delegeras.

Kammarkollegiet anser att det tydligare bör framgå av lagtexten att tilldelningsbeslut fattas av inköpscentralen när en sådan anlitas som ombud av en kommun, ett landsting eller ett kommunalförbund. Eftersom gränsdragningen mellan vad som är att anse som beslut i kommunalrättslig mening och andra åtgärder i vissa fall kan vara svårbedömd är det enligt regeringen inte lämpligt att i lagen uttryckligen ange vilka beslut som omfattas av delegationsbestämmelsen.

Delegation ska endast kunna ske till anställda i inköpscentraler

Frågan kan ställas om delegation vid anlitaandet av en inköpscentral bör innebära att beslutanderätten överförs till anställda i centralen, i stället för till inköpscentralen som organisation.

Regleringarna i t.ex. lagen om skydd mot olyckor och föräldrabalken innebär att delegation kan ske till anställda i andra kommuner (jfr 6 kap. 3 § lagen om vissa kommunala befogenheter som medger delegation till en arbetsgivarorganisation). I detta ligger bl.a. att delegation inte kan ske till någon i egenskap av förtroendevald (se bl.a. prop. 1997/98:45, del 2, s. 271). En utgångspunkt har varit att det lagstadgade ansvaret inte ska flyttas över från t.ex. en kommun till en annan (se prop. 1995/96:167 s. 40). Det har vidare inte ansetts finnas något särskilt behov av att kunna delegera till andra personer utanför kommunen än kommunalt anställda (se prop. 1995/96:167 s. 40).

Särskilt i sådana fall då inköpscentralen är en annan kommun eller ett annat landsting anser regeringen att möjligheten till delegering ska begränsas till anställda eftersom en ordning där delegationen innebär att det faktiska beslutsfattandet överförs till förtroendevalda i den andra kommunen kan ifrågasättas ur ett kommunaldemokratiskt perspektiv. Delegation vid anlitaande av inköpscentraler som är kommuner eller landsting bör enligt regeringen därför ske till anställda. Det finns inte anledning till någon avvikande ordning vid anlitaande av inköpscentraler som har annan rättslig form, t.ex. aktiefolagsform. I likhet med vad som gäller enligt bl.a. miljöbalken (26 kap. 7 § andra stycket) bör en förutsättning för extern delegation till anställda i en inköpscentral vara att den kommunala nämnden och inköpscentralen kommit överens om detta.

Mölnåls kommun och *Göteborgs stads Upphandlings AB* anser dock att det är negativt att bestämmelsen begränsas till anställda hos inköpscentraler. Detta innebär enligt dem att personer som arbetar för en inköpscentral men inte är anställda, t.ex. konsulter, inte kommer att omfattas. Begränsningen till anställda får dock ses mot bakgrund av att en arbetsgivare, dvs. inköpscentralen, har större kontroll över sina anställda än över uppdragstagare. Med hänsyn till att de arbetsrättsliga möjligheterna för en arbetsgivare att ingripa mot andra än anställda är sämre anser regeringen att bestämmelsen bör begränsas till anställda.

Regeringen föreslår därför att delegation endast ska kunna ske till anställda i inköpscentralen.

Rätten att fatta beslut om delegation ska kunna vidaredelegeras

Ett huvudsakligt syfte med den nya delegationsmöjligheten är att den ska ge förutsättningar för förenklad administration när kommuner och landsting anlitar inköpscentraler. Detta syfte uppnås endast i begränsad utsträckning om delegationsbeslutet måste fattas av nämnden.

Av 6 kap. 37 § KL framgår att en nämnd eller gemensam nämnd som delegerar beslutanderätt till en förvaltningschef inom nämndens verksamhetsområde, får överlåta åt förvaltningschefen att i sin tur uppdra åt en annan anställd inom kommunen eller landstinget eller i någon av de samverkande kommunerna eller landstinget att besluta i stället. Sådana beslut ska anmälas till förvaltningschefen. I förarbetena till denna

bestämmelse om vidaredelegation anfördes att en svårighet som hade anförts mot att beslutanderätten överförs i flera led ligger i att avgöra vem som bär ansvaret för ett beslut (prop. 1990/91:117 s. 104). Den dåvarande regeringen ansåg emellertid att man borde kunna klara denna svårighet genom att nämnden godkänner att ett ärende vidaredelegeras samt att nämnden får vetskap om vem som har fått beslutanderätten. Dessutom gjordes bedömningen att det endast bör vara förvaltningschefer som får vidaredelegera till andra anställda. För att lättare klara ansvarsfrågorna bedömdes att det också bör krävas att ett beslut som har fattats efter vidaredelegering ska anmälas till förvaltningschefen.

I praktiken är det vanligt att andra anställda än förvaltningschefer med stöd av 6 kap. 33 § KL har fått i uppdrag att besluta om upphandlingar på uppdrag av nämnder i kommuner och landsting. Det förekommer exempelvis ofta att beslutanderätt delegerats till upphandlingschefer. Vidare kan, med stöd av samma paragraf, rätten att besluta ha delegerats från en nämnd till ett utskott eller till nämndledamöter eller ersättare.

Det framstår mot denna bakgrund som naturligt, särskilt utifrån syftet att administrationen vid samordnad upphandling ska underlättas, att beslut om delegation till anställda i inköpscentraler bör kunna fattas inte endast av förvaltningschefer utan också av andra anställda liksom av utskott, ledamöter eller ersättare. En förutsättning för ett sådant beslut av t.ex. en anställd i kommunen bör dock vara att nämnden först uppdragit åt denne att besluta om aktuell delegation på nämndens vägnar.

Att det endast är förvaltningschefer som internt i en kommun eller ett landsting kan vidaredelegera rätten att fatta beslut på nämndens vägnar, kan visserligen synas tala mot att andra anställda eller utskott m.m. skulle kunna delegera nämndens beslutanderätt till anställda i en inköpscentral. Den nu föreslagna delegationsmöjligheten är emellertid begränsad på så sätt att den inte omfattar ställningstaganden till huruvida ett inköp alls ska göras, utan endast efterkommande beslut i ett upphandlingsärende. Beslutanderätten avseende inköpsfrågan är alltså fortsatt förbehållen nämnden eller den interna delegat, exempelvis anställd, som erhållit uppdrag enligt 6 kap. 33 § KL att besluta på nämndens vägnar. Det bör även beaktas att ärenden om upphandling, till skillnad från andra ärendeslag som kan omfattas av vidaredelegation enligt 6 kap. 37 § KL, inte innefattar myndighetsutövning.

Mot nu angiven bakgrund anser regeringen att det bör införas en möjlighet att vidaredelegera rätten att fatta beslut om delegation även till andra anställda än förvaltningschefer. Enligt regeringens mening bör därför en nämnd kunna lämna sådana uppdrag åt såväl utskott som andra till vilka även intern delegation av beslutanderätt kan ske enligt 6 kap. 33 § KL.

Regeringen föreslår således att det införs en bestämmelse som innebär att en nämnd får uppdra åt ett utskott, åt en ledamot eller ersättare eller åt en anställd hos kommunen eller landstinget att på nämndens vägnar fatta beslut om delegation av beslutanderätt till anställda i en inköpscentral. Regeringen föreslår vidare att även en gemensam nämnd får uppdra åt en anställd i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen att fatta sådana beslut på nämndens vägnar.

Undantag för vissa slag av ärenden

Av 6 kap. 34 § KL framgår att intern delegation av beslutanderätt från nämnder inte får ske i ärenden av vissa slag, bl.a. ärenden som avser verksamhetens mål, inriktning, omfattning eller kvalitet. I den övervägande merparten av upphandlingsärendena hos en kommunal nämnd bör delegation av beslutanderätt kunna ske utan hinder av 6 kap. 34 § KL. Det kan emellertid inte uteslutas att vissa ärenden är av sådant slag att begränsningar enligt denna bestämmelse aktualiseras. Enligt regeringens mening bör delegation till anställda i inköpscentraler inte vara tillåten i dessa fall.

Regeringen ser dock ingen anledning till att delegationsmöjligheten ska begränsas ytterligare, t.ex. till upphandling som avser kontrakt vars värde understiger ett visst belopp.

Jäv och anmälningsplikt

Det finns i LOU och LUF inga direkta regler om jäv. Av likabehandlingsprincipen, som uttrycks i bl.a. 1 kap. 9 § LOU, följer dock att leverantörer inte får behandlas olika på grundval av ovidkommande omständigheter. På detta sätt finns hinder mot jäv i upphandlingar, redan oavsett regleringen i KL. I förvaltningslagen, som gäller bl.a. förvaltningsmyndigheternas handläggning av ärenden, finns också jävsregler som kan aktualiseras (11 och 12 §§ förvaltningslagen). Enligt regeringens mening bör, vid extern delegation till anställda i inköpscentraler, samma jävsregler gälla för delegaten som för kommunens egna anställda (jfr prop. 1995/96:167 s. 41). Regeringen föreslår därför att bestämmelserna i 6 kap. 24–27 §§ KL ska vara tillämpliga.

Av 6 kap. 35 § KL framgår att beslut som fattas med stöd av intern delegation från en nämnd enligt 6 kap. 33 § KL ska anmälas till nämnden. Nämnden bestämmer i vilken ordning detta ska ske. Av 6 kap. 37 § KL framgår vidare att beslut som fattas av anställda efter vidaredelegation från en förvaltningschef ska anmälas till förvaltningschefen. Det befintliga regelsystemet innebär således att beslut ska anmälas till den som har lämnat delegationsuppdraget, dvs. antingen till den kommunala nämnd på vars uppdrag beslutet fattats eller till den förvaltningschef som vidaredelegerat beslutanderätten. Enligt regeringens mening bör motsvarande gälla också för beslut som anställda i inköpscentraler fattar med stöd av delegation.

Utredningen har föreslagit att även beslutet om delegation som fattas på uppdrag av en nämnd, dvs. själva delegationsbeslutet, bör anmälas till nämnden i enlighet med bestämmelserna i 6 kap. 35 § KL. Regeringen anser dock med hänsyn till att ett sådant krav i sig innebär en ökad administrativ belastning, vilket regeringens förslag syftar till att minska, och till att alla beslut som fattas på delegation av den anställde i inköpscentralen enligt regeringens förslag ska anmälas, att skälen för att införa en sådan reglering inte väger tillräckligt tungt.

8 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

8.1 Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling m.m.

Regeringens förslag: Den föreslagna regleringen om ett undantag i LOU ska träda i kraft den 2 januari 2013.

Undantaget ska tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet.

Den punkt i ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till lagen (2010:570) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, som innebär att det temporära undantaget i LOU fortfarande ska gälla i fall då avtal har slutits före den 1 januari 2013, ska utgå.

Utredningens förslag: Överensstämmer delvis med regeringens förslag. Utredningen, som har valt en annorlunda lagteknisk lösning, föreslår ett ikraftträdande den 1 januari 2013 och att föreskrifterna ska tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet. Utredningens lösning innebär att lagen varigenom undantaget i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, upphör att gälla den 1 januari 2013 utgår och att undantaget enligt utredningens förslag införs genom ändring av 2 kap. 10 a § LOU.

Remissinstanserna: *Avfall Sverige* och *Sydsånes avfallsaktiebolag*, som tillstyrker utredningens förslag, delar utredningens slutsats att äldre avtal, som ingåtts före Sveriges inträde i EES den 1 januari 1994 och inte heller ändrats sedan dess, inte behöver bringas att upphöra i förtid. Av detta följer, enligt dem, att sådana kontrakt vare sig är bundna av in house-undantagen eller övergångsbestämmelser. *Sveriges Radio AB*, *Sveriges Television AB* och *Sveriges Utbildningsradio AB* tillstyrker förslaget till övergångsbestämmelse. Övriga remissinstanser har inte kommenterat denna del särskilt.

Skälen för regeringens förslag: Det temporära undantaget enligt nuvarande 2 kap. 10 a § LOU upphör enligt lagen (2010:570) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad upphävandelagen, att gälla den 1 januari 2013. Utredningens förslag om införande av ett nytt in house-undantag innebär författningstekniskt att upphävandelagen utgår och att lydelsen i nuvarande 2 kap. 10 a § LOU ändras samt att denna ändring träder i kraft den 1 januari 2013. Regeringens förslag innebär författningstekniskt att upphävandelagen i stället består, vilket medför att nuvarande 2 kap. 10 a § LOU upphör att gälla den 1 januari 2013. Den nya 2 kap. 10 a § LOU, som innehåller bestämmelser om in house-undantaget, bör träda i kraft den 2 januari 2013 för att undvika en lagkollision.

Vad gäller behovet av övergångsbestämmelser anser regeringen, i likhet med utredningen, att de föreslagna bestämmelserna med ett i förhållande till den temporära bestämmelsen mer utvidgat undantag, ska tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet. Eftersom upphävandelagen enligt regeringens förslag kommer att bestå måste övergångsbestämmelsen till upphävandelagen, som innebär att det

temporära och mer snäva in house-undantaget fortfarande ska gälla i fall då avtal har slutits före den 1 januari 2013, utgå.

Regeringen delar utredningens bedömning, att vissa äldre kontrakt som är oförändrade och ingåtts före den 1 januari 1994, dvs. före Sveriges anslutning till EES, inte påverkas av den nya bestämmelsen i LOU eller av huruvida den förenas med en övergångsbestämmelse eller inte.

8.2 Förslaget till lag om ändring i kommunallagen (1991:900)

Regeringens förslag: De föreslagna bestämmelserna i KL ska träda i kraft den 1 januari 2013.

En övergångsbestämmelse ska införas endast i fråga om ändringen i 3 kap. 17 § KL för stiftelser som bildats före ikraftträdandet. För sådana stiftelser gäller paragrafen i sin äldre lydelse.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens förslag.

Remissinstanserna: *Mölnbals kommun*, som är den enda remissinstans som uttalat sig särskilt i dessa frågor, anser att det är oklart vad som gäller för redan överlämnad kommunal angelägenhet. Lagändringen ska enligt kommunen gälla även redan överlämnad verksamhet, vilket finns anledning att tydliggöra.

Skälen för regeringens förslag: Regeringen föreslår ändringar i 3 kap. 17 § kommunallagen (1991:900), förkortad KL, som bl.a. innebär att en skyldighet införs för fullmäktige i kommuner och landsting att se till att vissa villkor tas in i bolagsordningarna för helägda kommunala aktiebolag och i stiftelseförordnandet eller stiftelseurkunden för stiftelser som bildats av en kommun ensam eller av ett landsting ensamt. Vidare föreslås att två nya paragrafer, 6 kap. 1 a och 1 b §§ KL, införs. De föreslagna bestämmelserna i dessa paragrafer innebär bl.a. att styrelsen i kommuner och landsting blir skyldig att fatta årliga beslut för sådana bolag. I de årliga besluten ska styrelsen ta ställning till om verksamheten bedrivits i enlighet med av fullmäktige fastställt ändamål och de kommunala befogenheterna. Om så inte är fallet ska styrelsen lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder.

Regeringens förslag om ändringar i KL har i flera avseenden samband med förslaget om ett in house-undantag i LOU på så sätt att de berör tillämpningen av kontrollkriteriet. De föreslagna ändringarna i KL bör därför lämpligen träda i kraft samtidigt med ändringarna i LOU. De föreslagna ändringarna i LOU träder i kraft den 2 januari 2013. Att ikraftträdandet för ändringarna i LOU inte inträffar den 1 januari, utan först den 2 januari, har sin förklaring i den temporära lagstiftning som upphör att gälla den 1 januari 2013. Eftersom författningar normalt sett träder i kraft vid helårs- eller halvårsskifte bör dock ikraftträdandet för ändringarna i KL bestämmas till den 1 januari 2013.

Avsikten med bestämmelserna är, som *Mölnbals kommun* påpekat, att de ska få omedelbart genomslag vid det föreslagna ikraftträdandet den 1 januari 2013. För varje sådant bolag som omfattas av förslagen innebär detta att fullmäktige senast den 1 januari 2013 ska ha sett till att kraven

är uppfyllda. Särskilt förslagen om fullmäktiges skyldigheter innebär att en översyn av bolagsordningarna kan behöva göras för samtliga berörda bolag. Regeringen, som bedömer att det med ett ikraftträdande den 1 januari 2013 finns skälig tid för omställning, anser att det saknas anledning att förena förslagen med övergångsbestämmelser.

För befintliga kommunalt bildade stiftelser finns dock begränsade möjligheter att genomföra ändringar i stiftelseförordnandena eller i stadgarna. Regeringen föreslår därför att 3 kap. 17 § KL i dess äldre lydelse ska fortsätta att gälla för stiftelser som bildats före ikraftträdandet den 1 januari 2013.

8.3 Förslaget till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter

Regeringens förslag: Den föreslagna regleringen som innebär att kommuner och landsting ges möjlighet att delegera beslutanderätten i upphandlingar till anställda i vissa inköpscentraler ska träda i kraft den 1 januari 2013.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Remissinstanserna har inte uttalat sig särskilt i dessa frågor.

Skälen för regeringens förslag: Regeringen föreslår att det ska införas nya bestämmelser i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter med innebörden att nämnder i kommuner, landsting och kommunalförbund, som har anlitat en inköpscentral för att medverka vid en upphandling i egenskap av ombud, får delegera beslutanderätt till anställda i inköpscentralen. Bestämmelserna föreslås träda i kraft den 1 januari 2013.

Enligt regeringens mening bör bestämmelserna kunna tillämpas i fråga om upphandlingsbeslut oavsett om upphandlingen påbörjats före eller efter ikraftträdandet. Regeringen anser därför att de föreslagna bestämmelserna inte bör förenas med några övergångsbestämmelser.

9 Konsekvenser

9.1 Undantag från upphandlingsskyldighet

Den föreslagna regleringen innebär att det i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, införs ett nytt in house-undantag från kravet på upphandling. Det nuvarande temporära undantaget upphör att gälla den 1 januari 2013 (SFS 2010:570), varför konsekvenserna av regeringens förslag jämförs mot en situation där ett in house-undantag inte finns i svensk rätt.

Det finns i dag offentligt ägda företag, särskilt i aktiebolagsform, i stor omfattning både på statlig och kommunal nivå och inom de flesta verksamhetsområden. När det gäller handeln mellan det offentliga och dess företag har framkommit att företag som ägs av kommuner och

landsting i stor utsträckning bedriver handel i form av försäljning till sina ägare. De kommunägda företagen har störst andel av den sammanlagda nettoomsättningen som avser försäljning till den ägande kommunen eller till bolag i samma koncern. Flertalet verksamhetsområden är i olika utsträckning berörda. De landstingsägda bolagen, förutom transportföretagen, domineras av Stockholms läns landstings bolag inom vårdsektorn vilka riktar nästan all sin försäljning till landstinget. De statligt ägda bolagen är de som generellt sett i minst utsträckning säljer till sina ägare. Inom nästan alla verksamhetsområden förekommer även försäljning till de offentligt ägda företagen från deras ägare.

Ett uteblivet undantag skulle innebära att det offentliga skulle stå inför valet mellan att konkurranspröva genom upphandling enligt LOU eller att avbolagisera den verksamhet som bedrivs i bolagsform. En konkurransprövning genom upphandling leder i allmänhet till ökad effektivitet i den offentliga verksamheten och därmed minskade kostnader. Tillkommande upphandlingsförfaranden kan emellertid i sig orsaka vissa kostnader. Vidare tillkommer omställningskostnader för de offentliga aktörerna i de fall de offentligt ägda bolagen förlorar upphandlingskontrakten. En avbolagisering som innebär att verksamhet överförs till förvaltningsform innebär självfallet stora omställningskostnader för de offentliga aktörerna och leder inte heller till ökad konkurransutsättning genom upphandling. Det är sannolikt att vissa delar av den berörda verksamheten i offentliga bolag skulle bli föremål för en avbolagisering om det inte införs ett in house-undantag.

Sammantaget kan konstateras att ett uteblivet in house-undantag skulle medföra stora förändringar i förutsättningarna för offentlig sektor inom både statlig och kommunal sektor och inom flertalet näringsgrenar. Vidare skulle såväl avbolagisering som förlorade upphandlingskontrakt innebära stora omställningskostnader för staten, landsting och kommuner. Konsekvenserna av ett uteblivet in house-undantag beror dock mycket tydligt på vilken av lösningarna – konkurransprövning eller avbolagisering – som berörda offentliga aktörer väljer. Konsekvenserna går därför inte närmare att bedöma utan att göra antaganden om hur de offentliga aktörerna skulle reagera på ett uteblivet undantag.

Osäkerheten kring de offentliga aktörernas val mellan avbolagisering och konkurransprövning vid ett uteblivet undantag innebär vidare att även de ekonomiska konsekvenserna av den föreslagna regleringen om att införa ett in house-undantag blir svåra att bedöma, då det alternativ mot vilken jämförelse ska ske är svår att överblicka. När det gäller förslagens konsekvenser för näringslivet kan hävdas att ett undantag från upphandlingsreglerna sannolikt alltid är negativt för konkurrensen. Å andra sidan skulle, som ovan nämnts, ett uteblivet in house-undantag inte nödvändigtvis ha inneburit att de offentliga aktörerna hade valt att konkurransutsätta verksamheten. Vidare förutsätter tillämpning av in house-undantaget enligt EU-domstolens praxis att kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda. Den upphandlande myndigheten måste alltså kontrollera den fristående enheten samtidigt som denna enhets verksamhet måste vara i mycket hög grad anknuten till den upphandlande myndigheten. Teckal-kriterierna har enligt EU-domstolen särskilt till syfte att undvika att konkurrensen snedvrids (se domen i mål C-340/04, Carbotermo, punkt 59). Redan genom EU-domstolens

formulering av de strikta kriterier som måste vara uppfyllda för att in house-undantaget ska vara tillämpligt, har alltså hänsyn tagits till vikten av goda konkurrensförhållanden.

När det gäller konsekvenserna för den kommunala självstyrelsen kan konstateras att ett uteblivet in house-undantag skulle ha inneburit att kommuner och landsting måste upphandla eller avbolagisera sådan verksamhet som de enligt kommunallagen (1991:900), förkortad KL, har rätt att bedriva i bolagsform. Detta skulle ha inneburit ett ingrepp i den kommunala organisationsfriheten och den kommunala självstyrelsen. Ett införande av ett in house-undantag påverkar därför självstyrelsen positivt.

9.2 De kommunala företagens befogenheter

De föreslagna bestämmelserna innebär vissa ökade skyldigheter för fullmäktige och styrelse i kommuner och landsting, med syfte att säkerställa att de kommunala företagen binds av de kommunala befogenheterna. Förslagen har betydelse för samtliga kommuner, landsting och kommunalförbund som äger bolag. Förslagen har även betydelse för samtliga kommunala företag som omfattas av 3 kap. 17 och 18 §§ KL. Förslagen kommer sannolikt leda till revideringar av vissa bolags bolagsordningar i samband med att reglerna träder i kraft. För bolag som berörs av sådana revideringar kan även finnas behov av en översyn så att verksamheten överensstämmer med bolagsordningen. Vidare berörs bl.a. samtliga kommunala aktiebolag av den föreslagna skyldigheten för styrelsen i kommuner och landsting att fatta årliga beslut avseende kompetensligheten av bolagens verksamhet. I detta avseende torde förslaget i första hand leda till att styrelserna kan komma att begära ytterligare information från de kommunala bolagen.

Ovan nämnda skyldighet för styrelsen att fatta årliga beslut om kommunala bolags verksamhet medför även att det i högre utsträckning än i dag kommer att fattas överklagbara beslut beträffande de kommunala bolagen, vilket i sin tur sannolikt leder till att fler beslut de facto överklagas. Antalet laglighetsprövningsmål hos de allmänna förvaltningsdomstolarna kan därför öka något. Ökningen får dock antas vara marginell.

Omfattningen av lekmannarevisorernas granskning kan påverkas som följd av förslaget att det kommunala ändamålet och de kommunala befogenheterna ska tas in i bolagsordningarna för kommunala aktiebolag. Kostnaderna för lekmannarevisionen kan därmed också komma att öka marginellt.

Förslagen leder till bättre förutsättningar för granskning av att kommunala företag agerar inom ramen för den kommunala kompetensen. En ökad följsamhet beträffande de kommunala befogenheterna hos de kommunala företagen förbättrar konkurrensen på de marknader där de kommunala företagen är aktiva, vilket är positivt för det privata näringslivet.

När det gäller förslagets påverkan på den kommunala självstyrelsen innebär förslagen bl.a. att kommuner och landsting blir skyldiga att i högre utsträckning än i dag se till att det tas in bestämmelser om det

kommunala ändamålet och de kommunala befogenheterna i bolagsordningarna för kommunala aktiebolag. Detta innebär en inskränkning av kommunernas och landstingens nuvarande möjlighet att själva kunna välja på vilket sätt bolagens bundenhet ska åstadkommas, exempelvis genom att skriva in sådana regler i bolagsordningen, ägardirektiv eller avtal. Förslagen kan därför möjligen uppfattas som att den kommunala självstyrelsen inskränks något. Inskränkningen är dock marginell och kan inte heller anses oproportionerlig i förhållande till dess ändamål.

9.3 Extern delegation av kommunala upphandlingsbeslut

Regeringen föreslår att det ska införas en möjlighet för kommuner och landsting att delegera beslutanderätt i upphandlingsärenden till anställda i vissa inköpscentraler som har anlåtats för att medverka vid en upphandling som ombud.

I dag måste kommuner och landsting, som anlitar en inköpscentral som ombud, själva fatta alla formella beslut i upphandlingsärendet även om övriga åtgärder kan utföras av inköpscentralen. Avsaknaden av en delegationsmöjlighet på detta område innebär bl.a. ett administrativt merarbete för såväl kommuner och landsting som inköpscentraler eftersom samtliga beslut måste fattas av varje kommun och landsting var för sig. Förutom en ökad administration har det förhållandet att tidpunkten för beslutsfattandet kan komma att skilja sig åt mellan de olika kommunerna eller landstingen konsekvenser i vissa avseenden, bl.a. för vilken sekretessnivå som gäller i upphandlingsärendet (se avsnitt 7.3.1).

Den föreslagna delegationsmöjligheten har betydelse för kommuner och landsting som anlitar inköpscentraler för att medverka vid upphandlingar i egenskap av ombud. Förslaget har också betydelse för de upphandlande myndigheter – inköpscentraler – som anlitas för att medverka vid upphandlingar i egenskap av ombud. Förslaget ger förutsättningar för minskad administration. Storleken på de effektivitetsvinster som kan uppkomma beror bl.a. på antalet samverkande aktörer. För en inköpscentral som genomför många upphandlingar som ombud kan vinsterna bli stora, särskilt om inköpscentralen regelmässigt är ombud för ett stort antal kommuner eller landsting. För en enskild kommun som deltar i en samordnad upphandling kan vinsten vara mindre. Om förslaget genomförs skulle även bl.a. den sekretessproblematik som uppstår när tilldelningsbeslut fattas vid olika tidpunkter kunna upphöra.

Vad gäller små och medelstora företag har förslaget ingen omedelbar påverkan. En indirekt betydelse kan däremot uppkomma om den förenklade administrationen, till följd av därmed frigjorda resurser eller ändrade incitament, leder till en ökning av den samordnade upphandlingen. Det kan visserligen antas att en viss ökning av antalet samordnade upphandlingar skulle kunna uppkomma om en möjlighet att överföra beslutanderätt införs. Även om detta skulle inträffa så är det emellertid därmed inte givet att konkurrensen eller små och medelstora företag påverkas. En ökning av den samordnade upphandlingen har inte alltid negativa effekter för konkurrensen. Om minskad administration hos en inköpscentral möjliggör genomförandet av en samordnad upphandling av t.ex. vissa tjänster som annars skulle ha utförts i egen regi, eller inte

alls, av de deltagande kommunerna eller landstingen, är detta av godo för konkurrensen. I vad mån negativa eller positiva effekter uppkommer beror bl.a. på förhållandena på olika marknader och på utformningen av upphandlingar i enskilda fall. Det bör också beaktas att en ökad samordning av upphandlingar kan ge förutsättningar för ökad specialisering av upphandlare och därmed förbättrade förutsättningar för bl.a. adekvata marknadsanalyser.

För sådana kommunala företag som medverkar vid upphandlingar i egenskap av ombud för kommuner och landsting, kan förslaget till delegationsbestämmelse ge förutsättningar för minskad administration. Om därmed frigjorda resurser leder till en ökning av den samordnade upphandlingen kan förslaget indirekt ha betydelse för konkurrensen och för små och medelstora företag (se ovan).

Regeringens förslag ger förutsättningar för delegation av beslutanderätt till anställda hos sådana upphandlande myndigheter som är inköpscentraler och som anlitas för att medverka vid en upphandling såsom ombud för flera upphandlande myndigheter eller enheter. Regeringen föreslår däremot inte någon motsvarande möjlighet till delegation av beslutanderätt till anställda hos företag som inte är inköpscentraler. Att förslaget endast omfattar inköpscentraler får dock bedömas ha en marginell betydelse för de privata företagens konkurrensmöjligheter. Utredningen har konstaterat att även privata företag, som inte är inköpscentraler, kan anlitas av flera upphandlande myndigheter eller enheter för att medverka vid en upphandling som ombud, men bedömer att det är få privata företag som i praktiken bedriver sådan verksamhet. Vidare finns det för de privata företagen redan en konkurrensnackdel till följd av att de inte kan agera som inköpscentral.

Förslaget väntas inte ha någon påverkan på sysselsättningen.

Förslaget innebär enbart att kommuner och landsting får en möjlighet att delegera sin beslutanderätt och innebär inte något krav på att delegation också sker. Kommuner och landsting får således utökade möjligheter att organisera sin verksamhet, vilket är positivt för den kommunala självstyrelsen.

10 Författningskommentar

10.1 Förslaget till lag om ändring i kommunallagen (1991:900)

3 kap. 17 §

Paragrafen behandlas i avsnitt 5.3.1.

Ändringen i *första stycket andra punkten* innebär att fullmäktige ska se till att vissa förhållanden anges i bolagsordningen för sådana helägda aktiebolag som avses i paragrafen. Det gäller dels det kommunala ändamål med verksamheten som fullmäktige är skyldig att fastställa enligt första stycket första punkten, dels de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten i fråga. Det ligger i sakens natur att de kommunala befogenheterna som gäller för en viss verksamhet i de flesta

fall framgår genom det fastställda kommunala ändamålet för bolaget. Genom ändringen förtydligas i lagtexten att såväl det kommunala ändamålet som de kommunala befogenheterna ska framgå av företagets bolagsordning. Det torde många gånger vara tillräckligt att bolagets verksamhetsföremål och syfte anges på ett sätt som återspeglar det kommunala ändamålet och de kommunala befogenheterna. Vad som kan krävas beträffande det närmare innehållet i bolagsordningen får emellertid bedömas utifrån omständigheterna i varje enskilt fall och beror bl.a. på vad som är föremålet för bolagets verksamhet.

Kravet på att det är de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten som ska anges i bolagsordningen, innebär att endast de kommunala befogenheter som är tillämpliga för den aktuella verksamheten ska anges. Bolagsordningen för kommunala bolag ska exempelvis inte innehålla några bestämmelser om sådana kommunalrättsliga principer som eventuellt är undantagna för den aktuella verksamheten.

Under förutsättning att erforderlig bundenhet skapats genom bolagsordningen finns inget hinder för ytterligare precisering i andra instrument, t.ex. avtal eller bolagsstämмоanvisningar.

Som följd av ändringen i första stycket andra punkten flyttas nuvarande innehåll i första stycket andra punkten till *första stycket tredje punkten*.

Innehållet i sistnämnda lagrum flyttas till *första stycket fjärde punkten* och ändras delvis. Av nuvarande bestämmelse framgår att fullmäktige ska se till att få ta ställning innan sådana beslut i bolagets verksamhet som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas. Ändringen innebär en precisering av det sätt på vilket helägda bolag ska göras skyldiga att inhämta fullmäktiges ställningstagande, nämligen genom bestämmelse i bolagsordningen.

Tredje stycket i paragrafen innehåller bestämmelser om skyldigheter för fullmäktige när kommunen ensam eller landstinget ensamt bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet. I stycket görs ett tillägg som innebär att det som anges om bolagsordningen i de ändrade bestämmelserna i första stycket i stället ska avse stiftelseförordnandet eller stiftelseurkunden. De förhållanden som ska tas in i bolagsordningen för aktiebolag ska alltså i stället tas in i stiftelseförordnandet för sådana stiftelser som bildas enligt stiftelselagen (1994:1220) respektive i stiftelseurkunden för sådana stiftelser som bildas enligt lagen (1967:531) om tryggnad av pensionsutfästelse m.m.

Övriga ändringar i paragrafen är endast språkliga.

6 kap. 1 a §

Paragrafen, som är ny, behandlas i avsnitt 5.3.2.

Paragrafen anger vissa skyldigheter för styrelsen i en kommun eller ett landsting beträffande sådana kommunala aktiebolag som avses i 3 kap. 17 och 18 §§. Skyldigheterna har samband med bestämmelsen i 6 kap. 1 § om att styrelsen ska hålla uppsikt över kommunal verksamhet i företagsform. Till skillnad från uppsiktsplikten enligt 6 kap. 1 § andra stycket, som gäller kommunala företag oavsett associationsform,

omfattar dock bestämmelserna i 6 kap. 1 a § endast kommunala företag i aktiebolagsform.

Paragrafens *första mening* innebär att styrelsen ska fatta årliga beslut för varje sådant aktiebolag som avses i 3 kap. 17 och 18 §§. Beslut ska därmed fattas för varje sådant bolag till vilken kommunen eller landstinget överlämnat vårdnaden av en kommunal angelägenhet. Det gäller dels sådana bolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier (jfr 3 kap. 17 §), dels sådana bolag där kommunen eller landstinget bestämmer tillsammans med någon annan (jfr 3 kap. 18 §).

Genom besluten ska styrelsen ta ställning till om den verksamhet som bedrivits av aktiebolaget under föregående kalenderår har varit förenlig med det fastställda kommunala ändamålet och utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna. Detta innebär att styrelsen ska bedöma om verksamheten har varit kompetenslig och förenlig med de kommunalrättsliga principer som gäller för sådan verksamhet. För viss verksamhet gäller undantag från några av dessa principer. I övrigt ska prövningen ta sikte på verksamhetens förenlighet med såväl kompetensbegränsande principer, som principer som begränsar på vilket sätt kompetenslig verksamhet får bedrivas. I vad mån det i bolagsordningen har angetts de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten i fråga, i enlighet med den ändrade bestämmelsen i 3 kap. 17 § första stycket 2, påverkar inte styrelsens prövning enligt 6 kap. 1 a § första meningen. Även om bolagsordningen saknar erforderliga sådana bestämmelser, ska alltså styrelsen ta ställning till om verksamheten har utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna.

För det fall styrelsen vid sitt årliga beslut konstaterar att ett kommunalt bolag bedriver verksamhet i strid med den kommunala kompetensen ska styrelsen, enligt paragrafens *andra mening*, lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder. Härigenom tydliggörs att om styrelsen i sitt årliga beslut konstaterar missförhållanden, ska styrelsen ta nödvändiga initiativ för att rätta till missförhållandena, även om endast fullmäktige förfogar över de nödvändiga maktmedlen för att åstadkomma detta. Exempelvis kan styrelsen lämna förslag på ytterligare precisering av bolagets befogenheter genom andra instrument än bolagsordningen och utöver vad som krävs enligt 3 kap. 17 och 18 §§ KL.

6 kap. 1 b §

Paragrafen, som är ny, behandlas i avsnitt 5.3.2.

Av paragrafen följer att styrelsen ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de krav som anges i 3 kap. 17 och 18 §§ är uppfyllda i fråga om sådana aktiebolag som avses i dessa bestämmelser. Bestämmelsen tydliggör styrelsens ansvar för att verksamheten i kommunala aktiebolag enligt 3 kap. 17 och 18 §§ omgärdas av de krav som gäller enligt dessa paragrafer. Styrelsen har exempelvis ett ansvar att agera om det framkommer att det fastställda kommunala ändamålet för ett kommunalt aktiebolags verksamhet inte framgår av bolagsordningen eller om det kommunala ändamålet som fastställts av fullmäktige inte är kommunalrättsligt godtagbart. Med nödvändiga åtgärder avses främst att

lämna erforderliga förslag om åtgärder till fullmäktige men åtgärderna kan även avse t.ex. säkerställande av att fullmäktiges beslut verkställs.

10.2 Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

2 kap. 10 a §

Paragrafen, som är ny, behandlas i avsnitt 4.5 och 4.6.

I den nya paragrafen finns bestämmelser som innebär att vissa avtal inte anses utgöra kontrakt enligt 10 §. Av paragrafen framgår att med kontrakt i 2 kap. 10 § avses inte avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), förkortad KL, om

1. den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, och

2. den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den.

Om dessa villkor är uppfyllda utgör det aktuella avtalet således inte något kontrakt och därmed föreligger inte heller någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att genomföra en offentlig upphandling enligt lagen.

Den nya definitionen av kontrakt i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, innebär att även andra definitioner som innehåller ordet kontrakt påverkas, se bl.a. definitionerna av byggkoncession (2 kap. 4 §), tjänstekoncession (2 kap. 17 §) och tjänstekontrakt (2 kap. 18 §). En grundläggande förutsättning för att upphandlingsskyldighet ska föreligga är att den upphandlande myndigheten avser att ingå ett kontrakt med en juridisk person. Regleringen är därför tillämplig även i fråga om sådan offentlig upphandling som regleras i 15 kap. och som inte omfattas av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Syftet med paragrafen är att införa ett s.k. in house-undantag i LOU som motsvarar kontroll- och verksamhetskriterierna (Teckal-kriterierna) enligt EU-domstolens praxis. Paragrafen är avsedd att tolkas i överensstämmelse med denna praxis. En redogörelse för EU-domstolens hittillsvarande praxis finns i avsnitt 4.2.

Vad som avses med upphandlande myndighet framgår av 2 kap. 19 § LOU. Undantaget kommer därmed att kunna tillämpas av statliga och kommunala myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting, offentligt styrda organ enligt 2 kap. 12 § och sammanlutningar av en eller flera sådana myndigheter, församlingar eller organ.

Undantaget avser avtal mellan en upphandlande myndighet och en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person eller en gemensam nämnd enligt KL. Med sådan juridisk person avses exempelvis aktiebolag och ekonomiska föreningar, men även offentlig-

rättsliga juridiska personer såsom kommunalförbund enligt KL. Bestämmelser om gemensam nämnd finns bl.a. i 3 kap. 3 a–3 c §§ KL. En gemensam nämnd tillsätts i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen och ingår i denna kommuns eller detta landstings organisation. Nämnden är därmed ingen egen juridisk person. I förhållande till den värdkommun i vilken den är inrättad uppkommer normalt därmed ingen upphandlingsskyldighet. När en annan kommun än värdkommunen anskaffar varor och tjänster från sin gemensamma nämnd är nämnden dock att anse som en fristående juridisk person i förhållande till denna kommun och fråga om upphandlingsskyldighet kan därmed uppkomma. Regleringen ska därför kunna vara tillämplig i sådana situationer i fråga om gemensamma nämnder.

Undantaget från upphandlingsskyldigheten gäller, som nämnts ovan, endast i de fall kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda. Prövningen av om dessa villkor är uppfyllda måste ske i varje enskilt fall. Bedömningen av om villkoren är uppfyllda i ett enskilt fall är beroende av samtliga omständigheter i det enskilda fallet.

Villkoret i *första punkten* motsvarar kontrollkriteriet. Vid bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt ska enligt EU-domstolen göras en helhetsbedömning. Samtliga relevanta lagbestämmelser och omständigheter ska beaktas (se domarna i mål C-458/03, *Parking Brixen*, punkt 65, mål C-340/04, *Carbotermo*, punkt 36, mål C-324/07, *Coditel*, punkt 28, och mål C-573/07, *Sea*, punkt 65). Kontrollen över den fristående enheten ska motsvara den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning, men detta innebär inte ett krav på att kontrollmöjligheterna i alla aspekter ska vara identiska. Kontrollen ska emellertid vara effektiv (se domen i mål C-324/07, *Coditel*, punkt 46).

Om den upphandlande myndigheten ensam eller tillsammans med andra offentliga myndigheter äger hela aktiekapitalet i det bolag som tilldelats det aktuella kontraktet tyder detta enligt EU-domstolen som regel på, utan att vara av avgörande betydelse för bedömningen, att kontrollkriteriet är uppfyllt (se domarna i mål C-340/04, *Carbotermo*, punkt 37, mål C-295/05, *Asemfo*, punkt 57, och mål C-324/07, *Coditel*, punkt 31). EU-domstolen har anfört att det inte är nödvändigt att den kontroll som en offentlig myndighet utövar över en fristående enhet är individuell. En offentlig myndighet som innehar andelar i enheten tillsammans med andra myndigheter kan i stället utöva erforderlig kontroll gemensamt med dessa myndigheter (se domen i mål C-324/07, *Coditel*, punkterna 45 och 46). Om ett privatägt företag är delägare i en fristående enhet, om än i minoritetsställning, är det dock enligt EU-domstolen uteslutet att den upphandlande myndigheten kan utöva en kontroll över enheten som motsvarar dess kontroll över den egna förvaltningen (se bl.a. domarna i mål C-26/03, *Stadt Halle*, punkt 49, mål C-29/04, *Mödling*, punkt 46, mål C-220/05, *Auroux*, punkt 64, mål C-324/07, *Coditel*, punkt 30, mål C-573/07, *Sea*, punkt 46 och mål C-231/03, *Coname*, punkt 26).

Den fristående enhetens möjligheter att agera självständigt i förhållande till den eller de upphandlande myndigheter som innehar enheten har i EU-domstolens praxis tillmätts stor betydelse i bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt. Vid denna bedömning har EU-domstolen exempelvis beaktat i vad mån nationell rätt i sig ger små eller stora

möjligheter till kontroll (se bl.a. domarna i mål C-349/97, Tragsa och mål C-295/05, Asemfo). EU-domstolen har även gjort en bedömning av befogenheter och självständighet hos det styrande organet i den fristående enheten. Detta innefattar exempelvis omständigheter såsom i vad mån den upphandlande myndigheten tillsätter ledamöter i den fristående enhetens styrande organ, om det finns en personell koppling mellan dessa personer och den upphandlande myndigheten, det styrande organets befogenheter avseende den löpande och icke löpande driften av bolaget samt om en tjänsteman hos den upphandlande enheten har utsetts för verksamhetsstyrning och övervakning av den fristående enheten (se bl.a. domarna i mål C-458/03, Parking Brixen, mål C-340/04, Carbotermo, mål C-371/05, Mantova, mål C-324/07, Coditel, och mål C-573/07, Sea).

Enligt EU-domstolens praxis kan en marknadsmässig inriktning hos den fristående enheten hota den upphandlande myndighetens kontroll över denna. En sådan prövning avser exempelvis omfattningen av verksamheten för det aktuella aktiebolaget – geografiskt och avseende inriktning – samt vilka möjligheter bolaget har att skapa relationer till företag inom den privata sektorn (se domarna i mål C-573/07, Sea, punkterna 73 och 76, samt mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 67).

Vad gäller villkoret i *andra punkten*, som motsvarar verksamhetskriteriet, framgår att ett villkor för att undantaget ska vara tillämpligt är att den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den.

Innebörden av ”huvuddelen” avser att överensstämja med EU-domstolens praxis (se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-340/04, Carbotermo, punkt 63). EU-domstolen har i nämnda dom närmare utvecklat vad den avser med begreppet ”huvuddelen av sin verksamhet” som introducerades genom domen i mål C-107/98, Teckal, punkt 50. Vid bedömning av verksamhetskriteriet ska en jämförelse göras mellan sådan verksamhet som den fristående juridiska personen bedriver tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den och eventuell annan verksamhet som den juridiska personen bedriver. Huvuddelen av den juridiska personens verksamhet ska nämligen utföras tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den och all annan verksamhet får endast vara av marginell karaktär.

En helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet ska göras. Såväl kvalitativa som kvantitativa omständigheter ska beaktas.

Sådan verksamhet som den juridiska personen bedriver tillsammans med den upphandlande myndigheten inbegriper all den verksamhet som bedrivs inom ramen för tilldelning som gjorts av den upphandlande myndigheten, oavsett om mottagaren är den upphandlande myndigheten själv eller andra användare av enhetens tjänster. Det saknar betydelse vem som betalar den juridiska personen för verksamheten. Ersättningen kan alltså härröra från den upphandlande myndigheten eller från tredje parter som använder den fristående enhetens tjänster, tillhandhållna enligt koncessioner eller andra rättsförhållanden som upprättats av den upphandlande myndigheten. Vilket territorium tjänsterna tillhandahålls på saknar betydelse.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna

Förslaget behandlas i avsnitt 8.1.

Av ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna framgår att den nya 2 kap. 10 a § ska träda i kraft den 2 januari 2013. 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.

Vidare framgår att den nya 2 kap. 10 a § ska tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet. Se även författningskommentaren till förslaget till lag om ändring i lagen (2010:570) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, avsnitt 10.4.

10.3 Förslaget till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter

6 kap. 4 §

Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

Paragrafen, som är ny, innehåller en bestämmelse som ger förutsättningar för nämnder i kommuner, landsting och kommunalförbund att delegera beslutanderätt i en enskild upphandling till anställda i inköpscentraler. Anledningen till att kommunalförbund regleras särskilt är att bestämmelsen inte kan sägas röra en angelägenhet eller verksamhet som kommunen eller landstinget har hand om utan är av mer administrativ karaktär (jfr 3 kap. 22 § KL och prop. 1996/97:105 s. 100). Eftersom en gemensam nämnd är en nämnd i en av de samverkande kommunerna eller landstingen behöver det inte anges särskilt att bestämmelsen även är tillämplig i fråga om sådana. Delegation kan således ske från såväl egna som gemensamma nämnder.

Av *första stycket* framgår att vissa villkor måste vara uppfyllda för att delegation ska kunna ske. Delegation förutsätter att nämnden har anlitat en inköpscentral enligt 4 kap. 22 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, eller 4 kap. 4 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, förkortad LUF, för att medverka vid en upphandling i egenskap av ombud. Hänvisningen innebär att upphandlingslagstiftningens undantag från upphandlingsskyldighet vid anlitanande av inköpscentraler måste vara uppfyllt. Dessutom ska inköpscentralens roll vara att medverka vid den aktuella upphandlingen i egenskap av ombud, dvs. i enlighet med definitionerna i 2 kap. 9 a § 2 LOU eller LUF. En förutsättning för delegation är vidare att det finns en överenskommelse om detta mellan nämnden och inköpscentralen. Om dessa villkor är uppfyllda får uppdrag ges åt anställda i inköpscentralen att besluta i upphandlingen på nämndens vägnar.

Ett uppdrag att besluta på en nämnds vägnar innebär i kommunalrättslig mening att nämndens beslutanderätt delegeras. Detta medför att sådana ställningstaganden i ett upphandlingsärendesom i KL:s mening utgör beslut kan delegeras till inköpscentralen. De beslut som förekommer i upphandlingsärenden är främst sådana som avses i 9 kap. 9 §

LOU respektive LUF, dvs. beslut som fattas om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt, liksom beslut att avbryta en upphandling för vilken det har gått ut inbjudan att lämna anbud och beslut att göra om upphandlingen. Men även andra avgöranden som är att anse som beslut i KL:s mening omfattas.

Delegation med stöd av denna bestämmelse kan endast ske till anställda i inköpscentraler. Att delegation skett till en anställd i en inköpscentral påverkar inte arbetsgivarförhållandena för denne. I offentlighets- och sekretesshänseende kommer den anställde dock att betraktas som en del av den delegerande nämnden (jfr 2 kap. 1 § offentlighets- och sekretesslagen [2009:400], se även prop. 1995/96:167 s. 41 och prop. 2004/05:72 s. 19).

Genom delegationen överförs inte rätten att vidta åtgärder som i KL:s mening är av rent förberedande eller rent verkställande karaktär. En sådan överföring sker i stället till inköpscentralen genom det bakomliggande uppdraget till centralen att medverka vid upphandlingen i egenskap av ombud.

Enligt *andra stycket* får beslutanderätt inte delegeras i de fall som avses i 6 kap. 34 § KL, t.ex. ärenden som avser verksamhetens mål, inriktning, omfattning eller kvalitet.

6 kap. 5 §

Paragrafen, som är ny, innehåller en bestämmelse som möjliggör för nämnder i kommuner, landsting och kommunalförbund att uppdra åt bl.a. anställda i den egna organisationen att på nämndens vägnar fatta beslut om delegation av beslutanderätt, s.k. vidaredelegation, till anställda i inköpscentraler. Paragrafen behandlas i avsnitt 7.4.2.

I paragrafen görs en hänvisning till bestämmelserna i 6 kap. 33 § KL som handlar om intern delegation i nämnder. Detta innebär att uppdrag att fatta beslut om delegation på nämndens vägnar enligt 4 §, kan lämnas av nämnden åt utskott, åt ledamöter eller ersättare eller åt anställda hos kommunen eller landstinget med stöd av bestämmelsen i denna paragraf. Hänvisningen till 6 kap. 33 § KL innebär vidare att ett sådant uppdrag även kan lämnas av en gemensam nämnd till en anställd i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen. Då bestämmelsen i denna paragraf möjliggör delegation i sådana ärenden som avses i 4 § första stycket kan nämnder i kommunalförbund delegera till bl.a. utskott och anställda i den egna organisationen på samma sätt som nämnder i kommuner och landsting.

6 kap. 6 §

Paragrafen behandlas i avsnitt 7.4.2.

Paragrafen, som är ny, innehåller en bestämmelse om skyldighet för anställda i inköpscentraler, som fått i uppdrag att besluta på en nämnds vägnar, att anmäla de beslut som fattats med stöd av uppdraget. Beslut ska anmälas till den som har lämnat uppdraget, dvs. antingen till nämnden om uppdraget har lämnats med stöd av 4 § första stycket eller till t.ex. en kommunanställd eller ett utskott om uppdraget har lämnats

efter delegation med stöd av 5 §. Om uppdraget till den anställda i inköpscentralen har lämnats av t.ex. upphandlingschefen i en kommun på en nämnds vägnar, ska beslut som fattas av den anställda i inköpscentralen anmälas till upphandlingschefen.

Bestämmelsen reglerar inte vidareanmälan av beslut.

6 kap. 7 §

Paragrafen behandlas i avsnitt 7.4.2.

Av paragrafen, som är ny, framgår att bestämmelserna om jäv i 6 kap. 24–27 §§ KL är tillämpliga på anställda i inköpscentraler som fattar beslut på en nämnds vägnar. Detta gäller oavsett om uppdraget till den anställda i inköpscentralen har lämnats direkt av nämnden eller på delegation av t.ex. ett utskott.

10.4 Förslaget till lag om ändring i lagen (2010:570) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Förslaget behandlas i avsnitt 8.1.

Av ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till denna lag följer att nuvarande 2 kap. 10 a § upphör att gälla den 1 januari 2013. Enligt andra punkten i dessa ikraftträdande- och övergångsbestämmelser gäller den upphävda paragrafen, dvs. det nuvarande temporära undantaget, dock fortfarande i fall då avtal har slutits före den 1 januari 2013. Nuvarande 2 kap. 10 a § innehåller ett i förhållande till den föreslagna nya 2 kap. 10 a § mer snävt undantag. Eftersom den nya 2 kap. 10 a § ska tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet den 2 januari 2013 utgår den andra punkten i ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna.

Sammanfattning av betänkandet Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor (SOU 2011:43)

OFUKI-utredningen föreslår att permanenta bestämmelser ska införas i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, om undantag från upphandlingsskyldighet i enlighet med EU-domstolens praxis om de s.k. Teckal-kriterierna. Bestämmelserna innebär bl.a. att staten, kommuner och landsting kan anskaffa varor och tjänster m.m. från egna företag utan skyldighet att först genomföra en offentlig upphandling. En förutsättning är att vissa villkor avseende kontroll och verksamhet är uppfyllda, i enlighet med EU-domstolens praxis.

Utredningen föreslår också att bestämmelserna om kommunala företag i kommunallagen (1991:900), KL, ska kompletteras i vissa avseenden. Fullmäktige får enligt förslaget bl.a. skyldighet att se till att vissa frågor regleras i bolagsordningen för kommunala aktieföretag, däribland det kommunala ändamål som fastställts för verksamheten liksom de kommunala befogenheter som gäller för denna. Styrelsens uppsiktsplikt över kommunala aktieföretag föreslås också kompletteras med bl.a. en skyldighet att i årliga beslut för varje bolag ta ställning till om verksamheten varit förenlig med fastställt kommunalt ändamål och de kommunala befogenheterna.

Vidare föreslår utredningen att kommuner och landsting ska ges möjlighet att delegera beslutanderätt i upphandlingar vid anlitage av s.k. inköpscentraler såsom ombud. Nya bestämmelser föreslås i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter.

Bestämmelserna föreslås träda i kraft den 1 januari 2013. Vissa övergångsbestämmelser föreslås.

Undantag från upphandlingsskyldighet i in house-situationer

Utredningens förslag

OFUKI-utredningen föreslår att permanenta bestämmelser om undantag från upphandlingsskyldighet införs i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Bestämmelserna innebär att en upphandlande myndighet inte behöver genomföra en offentlig upphandling när den anskaffar t.ex. varor eller tjänster från en juridisk person som myndigheten helt eller delvis innehar eller är medlem i. Det kan till exempel avse anskaffning från ett aktieföretag eller ett kommunalförbund. Även anskaffning från en gemensam nämnd kan omfattas av undantaget.

Det föreslagna undantaget gäller också anskaffning i omvänd riktning, dvs. anskaffning som görs av den juridiska personen eller den gemensamma nämnden från den upphandlande myndigheten. Däremot omfattar undantaget inte anskaffning som görs inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation i andra fall än då anskaffningen görs i rakt nedåt- eller uppåtstigande led.

En förutsättning för att undantaget ska vara tillämpligt är att två villkor är uppfyllda. Dessa har sin direkta motsvarighet i EU-domstolens praxis

om det s.k. in house-undantaget och villkoren för detta, de s.k. Teckal-kriterierna (kontroll- och verksamhetskriterierna). Villkoren innebär att den upphandlande myndigheten ska utöva en kontroll över leverantören som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning. Vidare får verksamhet som leverantören utför tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten endast vara av marginell karaktär.

Utredningen föreslår att bestämmelserna ska träda i kraft den 1 januari 2013 och att de ska tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet.

Bakgrund

I OFUKI-utredningens uppdrag ingår att analysera om det generellt eller för vissa sektorer finns ett behov av undantag från upphandlingskyldighet i enlighet med EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna (det s.k. in house-undantaget). Om utredningen bedömer att det finns behov av undantag ska bl.a. författningsförslag lämnas.

Huvudregeln enligt EU-rätten är att en offentlig myndighet som är upphandlande myndighet måste genomföra en upphandling när t.ex. varor eller tjänster anskaffas från någon annan. Enligt EU-domstolens praxis gäller dock undantag från upphandlingskyldighet när anskaffning sker från en fristående enhet som har ett visst samband med den upphandlande myndigheten. Detta in house-undantag förutsätter dels att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den fristående enheten som motsvarar myndighetens kontroll över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet), dels att den fristående enheten bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar enheten (verksamhetskriteriet). När kriterierna är uppfyllda uppkommer inte något kontrakt i EU-rättens mening mellan den upphandlande myndigheten och den fristående enheten.

Huvudregeln om upphandlingskyldighet gäller även enligt den svenska upphandlingslagstiftningen. I de s.k. SYSAV-domarna, RÅ 2008 ref. 26, ställdes Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen) inför frågan om ett undantag i enlighet med EU-domstolens praxis gällde på motsvarande sätt vid tillämpning av den numera upphävda lagen (1992:1528) om offentlig upphandling som vid tillämpning av unionsrätten. Regeringsrätten fann att så inte var fallet eftersom lagen inte innehöll ett sådant undantag.

Regeringsrättens avgörande har i avvaktan på resultatet av OFUKI-utredningens arbete föranlett införandet av en temporär bestämmelse i 2 kap. 10 a § LOU. Bestämmelsen, som trädde i kraft den 15 juli 2010 och upphör att gälla den 1 januari 2013, innehåller villkor som motsvarar Teckal-kriterierna och innebär att upphandling inte krävs när dessa är uppfyllda.

Offentligt ägda företag m.m. i Sverige

Kommuner och landsting kan samverka i de kommunalrättsliga organisationsformerna kommunalförbund och gemensam nämnd. Staten, kommuner och landsting kan även använda sig av samtliga slags privat-

rättsliga organisationsformer för att bedriva verksamhet utanför den egna juridiska personen. I särklass vanligast är att sådan verksamhet bedrivs i aktiebolag enligt aktiebolagslagen (2005:551), ABL. De associationsrättsliga reglerna, bl.a. om möjligheterna till ägarstyrning, är desamma för ett offentligt ägt företag som för ett privat ägt företag.

Det finns knappt 400 aktiva företag som har staten som huvudägare. De flesta finns i koncerner där moderbolaget förvaltas av Regeringskansliet. De till omsättningen största koncernerna har Vattenfall AB respektive Systembolaget AB som moderbolag. Det finns även företag med inriktning mot forskning, utveckling och utbildning vilka förvaltas av universitet och högskolor samt ett fåtal företag som förvaltas av andra statliga myndigheter.

Landstingens företag bedriver i huvudsak verksamhet inom transportsektorn eller hälso- och sjukvårdssektorn. Det finns ett åttiotal aktiva landstingsägda företag, varav ett trettiotal inom transportsektorn. I fråga om landstingsägda bolag inom hälso- och sjukvården är Stockholms läns landsting helt dominerande.

Knappt 1 600 företag ägs av kommuner. Nästan samtliga kommuner äger ett eller flera företag. Den verksamhet som kommunerna bedriver i företagsform avser i huvudsak områdena transporter, fastigheter, energi, vatten och avlopp samt avfallshantering. Därutöver bedrivs också verksamhet inom bl.a. områdena näringslivsutveckling och turism, kultur och fritid samt försäkring.

Utredningen har genomfört en enkätundersökning avseende de offentligt ägda företagens handel med ägare och företag i samma koncern. Av den sammanlagda nettoomsättningen för de företag som besvarade enkäten avsåg nästan en fjärdedel försäljning till deras ägare (staten, kommuner eller landsting) eller till bolag i samma koncern. Knappt en femtedel av denna försäljning baserades på upphandlingskontrakt. Andelen försäljning till ägare och koncernföretag är högst för de kommunala företagen.

Ett permanent in house-undantag bör införas i LOU men inte i LUF eller LOV

OFUKI-utredningen bedömer att EU-rätten inte hindrar att upphandlingsskyldighet enligt svensk lagstiftning gäller även om EU-domstolens praxis om in house-undantaget innebär att det EU-rättsligt saknas sådan skyldighet. Sverige har alltså möjlighet att välja om ett undantag i enlighet med domstolens praxis alls ska gälla eller endast gälla för vissa sektorer. Om Teckal-kriterierna inte skulle tillämpas i Sverige kan situationen liknas vid s.k. överskjutande implementering av EU:s upphandlingsdirektiv.

Såvitt gäller LOU anser OFUKI-utredningen att det bör införas ett permanent undantag från kravet på upphandling, i enlighet med EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna. Argument som talar för detta är bl.a. de faktiska förhållandena i fråga om hur den offentliga verksamheten organiserats och förekomsten av upphandlande myndigheters anskaffning från fristående enheter. Redan gjorda infrastrukturella investeringar i offentliga företag kan äventyras om deras varor och

tjänster måste upphandlas. Upphandlingskrav kan även försvåra framtida sådana satsningar, t.ex. som del i kommunal samverkan. Dessutom kan ett krav på upphandling bli verkningslöst om verksamhet som i dag bedrivs i t.ex. aktiebolag överförs till statlig eller kommunal förvaltningsform.

OFUKI-utredningen konstaterar att företag som ägs av kommuner och landsting i stor utsträckning bedriver handel i form av försäljning till sina ägare. Omkring en tredjedel av nettoomsättningen för de kommunägda företag som besvarat utredningens enkät avser försäljning till den ägande kommunen eller till företag i samma koncern. Flertalet verksamhetsområden är i olika utsträckning berörda. De landstingsägda företagen domineras i detta avseende av Stockholms läns landstings bolag inom hälso- och sjukvården, vilka säljer nästan all verksamhet till landstinget eller till koncernbolag. Jämförelsevis har de statligt ägda företagen minst handel med ägaren. Vissa statliga företag är dock berörda av in house-frågan.

Inom nästan alla verksamhetsområden förekommer såväl försäljning från offentligt ägda företag till ägare som försäljning från ägare till företagen. Det är vidare inte ovanligt med handel mellan systerföretag i samma koncern. Omkring två tredjedelar av alla kommuner äger minst två aktiebolag som är organiserade på annat sätt än i rakt nedåtstigande led. Även för staten och landstingen – särskilt Stockholms läns landsting – förekommer att verksamheten organiserats i koncernstrukturer.

Att staten, kommuner och landsting har möjlighet att välja olika organisationsformer för sin verksamhet talar också för att ett in house-undantag bör införas i LOU. Valet av organisationsform bör kunna göras utifrån överväganden om hur verksamheten kan bedrivas på lämpligaste och effektivaste sätt. Om ett undantag inte införas kan dock valet påverkas av upphandlingsregleringen, med risk att den effektivaste organisationen väljs bort. Den kommunala självstyrelsen i fråga om val av organisationsformer bör inte begränsas utan tungt vägande skäl.

Ett annat argument som talar för att ett in house-undantag bör införas i LOU är att lagen därigenom kommer i överensstämmelse med EU-rätten och att regleringen blir enhetlig.

Argument som talar mot ett in house-undantag i LOU är främst att upphandlingsskyldighet i viss utsträckning kan ge ökade möjligheter för den privata sektorn att konkurrera med offentliga företags säljverksamhet till sina ägare. Dock har redan genom EU-domstolens formulering av Teckal-kriterierna tagits hänsyn till vikten av goda konkurrensförhållanden. Argumenten mot ett undantag framstår enligt OFUKI-utredningens mening inte som tillräckliga för att tillmätas en avgörande betydelse.

Någon begränsning av undantaget till endast vissa sektorer eller viss nivå, t.ex. kommunal upphandling, bedömer OFUKI-utredningen inte lämplig. Undantaget bör alltså gälla generellt.

Enligt OFUKI-utredningens mening bör det inte införas något in house-undantag i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. Även om likartade hänsynstaganden kan göras som vid bedömningen i fråga om LOU, finns vissa särförhållanden för LUF. Särskilt med hänsyn till de regler som redan finns i LUF om undantag för bl.a. s.k. anknutna företag framstår

behov av ett undantag i den lagen som väsentligt mindre än behovet av ett undantag i LOU. Bilaga 1

Något undantag bör enligt utredningens mening inte heller införas i lagen (2008:962) om valfrihetssystem, LOV. OFUKI-utredningen bedömer att syftet med valfrihetssystem enligt LOV inte är förenligt med att det införs ett in house-undantag i lagen.

Teckal-kriterierna i förhållande till svenska organisationsformer

Bedömningen av hur ett in house-undantag i LOU rättsligt bör utformas är bl.a. beroende av gentemot vilka slags fristående enheter det ska kunna tillämpas. Av särskilt intresse för den frågeställningen är om Teckal-kriterierna alls kan vara uppfyllda i förhållande till de olika privaträttsliga och offentligrättsliga organisationsformer som regleras i svensk rätt.

Vad gäller verksamhetskriteriet bedömer OFUKI-utredningen att det generellt sett inte finns något problem i detta avseende. Frågan om kriteriet är uppfyllt måste visserligen bedömas för varje enskilt fall. Den fristående enhetens rättsliga form torde emellertid inte ha någon betydelse.

Frågan om kontrollkriteriet kan vara uppfyllt i förhållande till svenska organisationsformer, t.ex. aktiebolag enligt ABL, är bl.a. beroende av innehållet i den svenska associationsrätten och andra regelverk men också av den ägarstyrning som finns i det enskilda fallet. En prövning av om kriteriet är uppfyllt måste alltså göras för varje enskilt fall. Generellt bedömer dock OFUKI-utredningen att svenska rättsförhållanden inte hindrar att kontrollkriteriet kan vara uppfyllt i förhållande till ett aktiebolag enligt ABL. Utredningen bedömer att en upphandlande myndighet som är ägare till ett svenskt aktiebolag enligt ABL kan skapa möjlighet till avgörande påverkan på bolagets strategiska mål och viktiga beslut genom åtgärder som är förenliga med aktiebolagsrätten. Vidare bedömer utredningen att staten, en kommun eller ett landsting som ägare till ett aktiebolag enligt ABL kan utöva en kontroll över bolaget motsvarande den kontroll som staten, kommunen eller landstinget utövar över den egna förvaltningen. I det enskilda fallet kan flera olika slags åtgärder vara av betydelse, bl.a. bolagsordningens innehåll beträffande bolagets syfte och verksamhetsföremål samt i vad mån bolagsstämman beslutat om anvisningar. För kommunala bolag kan det vara av betydelse huruvida åtgärder vidtagits i enlighet med bestämmelserna i kommunallagen (1991:900) om kommunala företag. En kontrollskapande åtgärd torde t.ex. kunna vara att fullmäktige har sett till att få ta ställning innan beslut som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas i bolagets verksamhet.

OFUKI-utredningen bedömer på motsvarande sätt att svenska rättsförhållanden inte hindrar att kontrollkriteriet kan vara uppfyllt när staten, en kommun eller ett landsting är medlem i en ekonomisk eller ideell förening eller är andelsinnehavare i ett försäkringsföretag eller ett handelsbolag.

Som följd av bedömningarna anser OFUKI-utredningen att det inte behöver införas någon särskild offentlig företagsform för att säkerställa att kontrollkriteriet kan tillämpas.

Enligt OFUKI-utredningens mening kan inte uteslutas att det i relationen mellan t.ex. en kommun och ett kommunalförbund som kommunen är medlem i kan uppkomma situationer som ger upphov till upphandlingsskyldighet. Detsamma gäller i relationen mellan t.ex. en kommun och en gemensam nämnd som kommunen deltar i. I ett sådant fall uppkommer frågan om situationen kan vara in house enligt EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna. Även om frågan måste prövas för varje enskilt fall, bedömer OFUKI-utredningen att svensk rätt generellt sett inte hindrar att kontrollkriteriet kan vara uppfyllt i förhållande till ett kommunalförbund eller en gemensam nämnd.

Modell för utformningen av ett in house-undantag i LOU

Enligt OFUKI-utredningens mening bör en svensk regel i så hög grad som möjligt stämma överens med in house-undantaget enligt EU-domstolens praxis och inte begränsa möjligheterna att tillämpa denna praxis i Sverige. Med bl.a. denna utgångspunkt har OFUKI-utredningen övervägt två skilda slags utformningar av ett in house-undantag i enlighet med EU-rätten i LOU. Båda utgår från den definition av kontrakt som finns i LOU och skulle innebära att ett undantag från definitionen formuleras. Skillnaden mellan utformningarna är att den ena snarast är inriktad på att begreppet kontrakt i LOU ges en innebörd som överensstämmer med motsvarande begrepp i EU:s upphandlingsdirektiv medan den andra i högre grad är inriktad på att konkretisera förutsättningarna för då ett kontrakt inte uppkommer i enlighet med EU-domstolens praxis om in house-undantaget.

Genom den förstnämnda utformningen skulle en fullständig överensstämmelse mellan det svenska begreppet kontrakt och motsvarande begrepp i EU:s direktiv kunna åstadkommas för in house-situationer. Detta skulle särskilt kunna ha betydelse för vissa situationer som ännu inte prövats av EU-domstolen. Utformningen skulle nämligen innebära att den svenska lagstiftaren varken tar – eller behöver ta – ställning till om sådana fall kan omfattas av in house-undantaget enligt EU-rätten och därför bör inbegripas eller uteslutas från tillämpningsområdet för en svensk regel. En nackdel är att lagregeln skulle leda till en betydande osäkerhet om vad som är gällande rätt eftersom oklarheterna kring EU-rätten överförs till LOU i princip helt utan att tolkas eller tydliggöras, inte ens genom ett klart angivande av Teckal-kriterierna.

Mot bl.a. denna bakgrund bedömer OFUKI-utredningen att in house-undantaget i LOU bör utformas enligt en annan modell, i likhet med den temporära bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU. Denna utformning innebär att EU-domstolens praxis görs tillämplig i Sverige genom en kodifiering av Teckal-kriterierna med den preciseringen att dessa endast kan tillämpas av vissa upphandlande myndigheter gentemot vissa slags leverantörer. En viss nackdel i jämförelse med den alternativa utformningen är att försiktighet måste iakttas i bedömningen av om sådana situationer som ännu inte prövats av EU-domstolen bör omfattas av lagregeln.

Ett in house-undantag i LOU bör enligt OFUKI-utredningens mening gälla för upphandlande myndigheter av alla slag, inklusive s.k. offentligt styrda organ. EU-domstolen har visserligen hittills inte prövat något fall angående Teckal-kriterierna där den upphandlande myndigheten varit av annat slag än en offentlig myndighet. Trots detta bedömer OFUKI-utredningen att övervägande skäl talar för att in house-undantaget enligt EU-rätten kan tillämpas inte bara av upphandlande myndigheter som är lokala eller andra offentliga myndigheter utan också av upphandlande myndigheter som är av annat slag.

OFUKI-utredningen bedömer att ett in house-undantag i LOU bör avse fristående enheter i form av juridiska personer som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i och gemensamma nämnder enligt KL. Detta innebär att undantaget kan tillämpas gentemot t.ex. aktiebolag eller kommunalförbund, förutsatt att kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda.

Ett in house-undantag i LOU bör enligt OFUKI-utredningens mening inte endast omfatta anskaffning som görs av en upphandlande myndighet från en fristående enhet, när denna står under den upphandlande myndighetens kontroll och bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med myndigheten. Undantaget bör också omfatta anskaffning som – omvänt – görs av den fristående enheten från den upphandlande myndigheten. Även om EU-domstolen hittills inte har ställts inför frågan anser OFUKI-utredningen att övervägande skäl talar för att det gäller undantag från upphandlingsskyldighet enligt EU-rätten också i sådana omvända situationer då en fristående enhet, som är en upphandlande myndighet, anskaffar t.ex. varor eller tjänster från en annan upphandlande myndighet, om kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda.

OFUKI-utredningen anser att ett in house-undantag i LOU inte bör omfatta anskaffning som görs inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation i andra fall än då anskaffningen görs i rakt nedåt- eller uppåtstigande led. EU-domstolen har inte prövat om det kan gälla undantag från upphandlingsskyldighet för anskaffningar i sådana fall och dess hittillsvarande praxis om Teckal-kriterierna kan inte anses direkt överförbar till dessa situationer. Även om det finns vissa argument som talar för att in house-undantaget skulle kunna vara tillämpligt bedömer OFUKI-utredningen att det inte är möjligt att ta ställning till om det enligt EU-rätten kan gälla undantag från upphandlingsskyldighet då anskaffning sker inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation. Rättsläget är alltför oklart för att en sådan bedömning ska kunna göras.

Alternativa åtgärder och frågor om statligt stöd

OFUKI-utredningen anser att det saknas rättsliga förutsättningar för förslag om alternativa åtgärder till ett in house-undantag. Utredningen har dock undersökt om tillämpningen av vissa befintliga regelverk skulle kunna ge ett resultat som motsvarar in house-undantaget. Denna analys avser reglerna om undantag från upphandlingsskyldighet för tjänste-

kontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten (1 kap. 7 § LOU). Vidare avser analysen EU-rätten beträffande s.k. tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Enligt OFUKI-utredningens mening kan inget av dessa regelverk bedömas medföra att det saknas behov av ett in house-undantag enligt utredningens förslag.

EU-rättens upphandlingsregler och regler om statligt stöd har samband på så sätt att ett korrekt genomfört upphandlingsförfarande medför en viss presumtion för att ersättningen för det som upphandlats är marknadsmässig och därför inte utgör ett sådant statligt stöd som måste anmälas till kommissionen. När ett avtal om t.ex. tillhandahållande av tjänster inte ingås efter ett öppet anbudsförfarande – som blir fallet vid tillämpning av ett in house-undantag enligt OFUKI-utredningens förslag – aktualiseras däremot frågan om ersättningen för tjänsterna utgör ett anmälningspliktigt statligt stöd. Utredningen bedömer att det inte är uteslutet att ersättning från en upphandlande myndighet till en fristående enhet för varor eller tjänster m.m. kan innefatta otillåtet statsstöd, även om kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda.

Kommunalrättsliga principer och de kommunala företagen

Utredningens förslag

OFUKI-utredningen föreslår att bestämmelserna om kommunala företag i kommunallagen (1991:900), KL, ska kompletteras i vissa avseenden beträffande fullmäktiges och styrelsens skyldigheter.

Fullmäktige i en kommun eller ett landsting som lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier ska enligt dagens regler bl.a. fastställa det kommunala ändamålet med bolagets verksamhet och se till att få ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas. OFUKI-utredningen föreslår att fullmäktige också ska se till att det fastställda kommunala ändamålet med bolagets verksamhet anges i bolagsordningen liksom de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten i fråga. Vidare föreslår utredningen att fullmäktige ska se till att skyldigheten för bolaget att inhämta ställningstagande åstadkoms genom bestämmelser i bolagsordningen. Motsvarande föreslås även för stiftelseförordnandet eller stiftelseurkunden när en kommun ensam eller ett landsting ensamt bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet.

Styrelsen i kommuner och landsting är skyldig att hålla uppsikt över bl.a. den verksamhet som bedrivs i kommunala företag. OFUKI-utredningen föreslår nya bestämmelser beträffande uppsiktsplikten för kommunala aktiebolag.

Förslaget innebär att kommun- respektive landstingsstyrelsen i årliga beslut för varje kommunalt aktiebolag ska ta ställning till om företagets verksamhet har utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna. När fullmäktige har fastställt ett kommunalt ändamål med verksamheten ska styrelsen, enligt förslaget, även ta ställning till om verksamheten har

varit förenlig med detta ändamål. Styrelsens beslut ska enligt utredningens förslag lämnas över till fullmäktige samtidigt med årsredovisningen för samma kalenderår.

Utredningen föreslår att styrelsen, om det saknas förenlighet i något avseende som nu angetts, ska lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder. Styrelsen ska även lämna sådana förslag till fullmäktige om det framkommit att det kommunala ändamål med aktiebolagets verksamhet som fastställts av fullmäktige inte är förenligt med de kommunala befogenheterna. OFUKI-utredningen föreslår också att styrelsen vid behov även ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de krav som anges i KL beträffande kommunala aktiebolag är uppfyllda.

Utredningen föreslår att bestämmelserna ska träda i kraft den 1 januari 2013. Vad gäller fullmäktiges skyldigheter i fråga om innehållet i stiftelseförordnanden eller stiftelseurkunder föreslås dock att äldre regler ska fortsätta att gälla för stiftelser som bildats före ikraftträdandet.

Bakgrund

OFUKI-utredningens uppdrag omfattar 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. Vid behov ska utredningen lämna författningsförslag.

Kommunernas och landstingens kompetens att bedriva olika slags verksamhet följer av bestämmelser i bl.a. regeringsformen, KL, och författningar för speciella verksamheter. Av särskild betydelse för avgränsningen av den kommunala kompetensen är vissa grundprinciper som utvecklats i rättspraxis och som på 1990-talet togs in i kommunallagstiftningen. Några principer, t.ex. lokaliseringsprincipen och förbudet mot att driva spekulativa företag, är kompetensbegränsande. Andra aktualiseras när en kommun eller ett landsting agerar inom ramen för sin kompetens. Detta gäller för t.ex. likabehandlingsprincipen och självkostnadsprincipen.

På flera områden finns undantag från de kommunalrättsliga principerna men i övrigt är de generellt tillämpliga för all verksamhet som bedrivs av kommuner, landsting och kommunalförbund. Däremot krävs särskilda åtgärder i varje enskilt fall för att principerna ska gälla för de kommunala företagen. Kommuner och landsting är skyldiga att vidta åtgärder så att bundenhet uppkommer.

Enligt 3 kap. 17 § KL gäller skyldighet för fullmäktige att vidta vissa åtgärder avseende helägda aktiebolag och stiftelser som bildats av en ensam kommun eller ett ensamt landsting. Bl.a. ska fullmäktige fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten. Vidare ska fullmäktige se till att få ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas. För sådana bolag och föreningar där kommunen eller landstinget bestämmer tillsammans med någon annan ska fullmäktige, enligt 3 kap. 18 § KL, se till att den juridiska personen blir bunden av de villkor som avses i 3 kap. 17 § KL i en omfattning som är rimlig med hänsyn till andelsförhål-

landena, verksamhetens art och omständigheterna i övrigt. Detsamma gäller om kommunen eller landstinget bildar en stiftelse tillsammans med någon annan.

Lagstiftningen ger vissa instrument för kontroll av de kommunala kompetensreglernas tillämpning. Bl.a. finns bestämmelser om kommunal revision och om laglighetsprövning av kommunala beslut. Vissa kontrollmöjligheter finns också genom ett nyligen infört system för konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden. Vad gäller bestämmelserna om laglighetsprövning ger de kommunmedlemmar möjlighet att överklaga beslut som fattats av interna kommunala organ. Beslut av kommunala företag kan däremot inte överklagas.

Problem med att de kommunalrättsliga principerna inte är direkt bindande

OFUKI-utredningen har genomfört en begränsad undersökning av i vilken utsträckning bolagsordningar för kommunalt ägda aktiebolag innehåller ändamålsbestämmelser och ger uttryck för lokaliserings-, självkostnads- och likställighetsprinciperna. Ungefär en femtedel av de bolagsordningar som undersökts saknar ändamålsbestämmelse, trots att förbudet mot spekulativa företag kan antas gälla för hela eller delar av den verksamhet som bedrivs. I fler än hälften av de undersökta bolagsordningarna kommer vidare inte en eller flera av de övriga principerna till uttryck, trots att dessa kan antas gälla för hela eller delar av den verksamhet som bedrivs.

OFUKI-utredningen bedömer mot bakgrund av bl.a. undersökningen att det generellt sett finns en konkret risk för att de kommunalrättsliga principerna inte görs bindande för kommunala företag. Det finns därmed också reella problem i fråga om begränsningen av de kommunala företagens formella kompetens. Detta gäller enligt utredningens mening oavsett i vad mån de kommunala företag för vilka principerna inte gjorts bindande ändå agerar efter dessa.

Enligt OFUKI-utredningens mening skulle ett regelverk som leder till att de kommunala företagen alltid är bundna av de kommunalrättsliga principerna, när dessa är tillämpliga, kunna vara av värde. Sådana bestämmelser skulle emellertid kunna ifrågasättas ur ett associationsrättsligt perspektiv. Utredningen anser därför att det i stället bör vidtas åtgärder för att det genom den interna kommunala uppföljningen av företagen säkerställs att de kommunalrättsliga principerna såväl är bindande för företagen som att dessa följs.

De kommunala befogenheterna bör komma till uttryck i bolagsordningarna för kommunala aktiebolag

OFUKI-utredningen anser att det är en brist att det inte finns något krav på att bolagsordningen för kommunala aktiebolag innehåller samtliga kommunalrättsliga principer i den mån de är tillämpliga för den aktuella verksamheten. Principerna utgör grundläggande förutsättningar för verksamheten i ett kommunalt aktiebolag och bör därför enligt utredningens mening också göras bindande genom att komma till uttryck i det

centrala styrande dokumentet för bolaget. Motsvarande gäller i fråga om det kommunala ändamål som fullmäktige ska fastställa enligt 3 kap. 17 § KL. Även skyldigheten för helägda kommunala bolag att inhämta fullmäktiges ställningstagande innan beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas, bör enligt utredningens mening säkerställas av fullmäktige genom att bestämmelser tas in i bolagsordningen.

OFUKI-utredningen anser därför att fullmäktiges ansvar att fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten i helägda aktiebolag ska kompletteras med en skyldighet att se till att detta ändamål och de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten kommer till uttryck i bolagsordningen. Vidare anser utredningen att fullmäktiges ansvar att se till att få ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt ska kompletteras med ett krav på att skyldigheten för bolaget att inhämta ställningstagande ska anges i bolagsordningen. Motsvarande bedömning görs av utredningen beträffande sådana stiftelser som bildas av en ensam kommun eller ett ensamt landsting. Det som i fråga om aktiebolag ska tas in i bolagsordningen får för stiftelser tas in i stiftelseförordnandet eller stiftelseurkunden.

Någon ändring av i vilken grad de kommunalrättsliga principerna ska göras bindande för kommunala aktiebolag är inte avsedd. Ändringen avser endast det sätt på vilket bundenheten ska åstadkommas.

Genom att fullmäktiges skyldigheter avseende helägda aktiebolag ändras, påverkas även fullmäktiges skyldigheter avseende sådana bolag och föreningar där kommunen eller landstinget bestämmer tillsammans med någon annan, t.ex. delägda aktiebolag. Att bl.a. det kommunala ändamål som fullmäktige fastställt för verksamheten ska anges i bolagsordningen liksom de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten, påverkar också lekmannarevisorernas granskning i kommunala aktiebolag.

Kommun- och landstingsstyrelsernas ansvar för de kommunala aktiebolagens verksamhet

Styrelsen i en kommun eller ett landsting är enligt KL skyldig att ha uppsikt över kommunal verksamhet som bedrivs i kommunala företag. Enligt OFUKI-utredningens bedömning har styrelsen därför ett visst ansvar att följa att verksamheten hos kommunens eller landstingets företag är förenlig med bl.a. de kommunalrättsliga principerna. Dagens reglering ställer emellertid inget krav på redovisning av resultatet av styrelsens uppsikt. OFUKI-utredningen anser att detta är en brist, särskilt i fråga om kommunala aktiebolag eftersom kommunal verksamhet i företagsform i huvudsak bedrivs i sådana bolag.

Enligt utredningens mening bör en redovisning av styrelsens uppsiktsplikt ske i årliga beslut för varje kommunalt aktiebolag, med ställningstagande till om den verksamhet som bedrivits under viss tid har varit kompetenslig och, i förekommande fall, legat inom ramen för det kommunala ändamål som fastställts av fullmäktige. Uppsiktsplikten kommer då, förutom att redovisas, att leda fram till beslut som kan

överklagas enligt reglerna om laglighetsprövning i KL. Besluten bör överlämnas till fullmäktige. Bilaga 1

I samband med styrelsens prövning eller i annat sammanhang kan framkomma att det kommunala ändamål med ett aktiebolags verksamhet som fastställts av fullmäktige inte är förenligt med de kommunala befogenheterna. Visserligen kan redan i dag finnas anledning för styrelsen att agera i sådana fall, men enligt OFUKI-utredningens mening bör styrelsens ansvar anges i lagen. Utredningen anser att det därför bör gälla skyldighet för styrelsen att lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder för det fall det framkommit att det av fullmäktige fastställda ändamålet eller den verksamhet som faktiskt bedrivs inte stämmer överens med de kommunala befogenheterna. Det bör även tydliggöras i lagen att styrelsen har skyldighet att vid behov vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de krav som gäller beträffande kommunala aktiebolag är uppfyllda.

Insyn i kommunala bolag och entreprenader

Bakgrund

I OFUKI-utredningens uppdrag ingår att utvärdera hur det regelverk som finns kring insyn i kommunala bolag och entreprenader har tillämpats i praktiken.

I 2 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) finns en bestämmelse som innebär att offentlighetsprincipen gäller i aktiebolag, handelsbolag, ekonomiska föreningar och stiftelser där kommuner utövar det rättsligt bestämmande inflytandet. I delägda bolag eller föreningar som inte omfattas av offentlighetsprincipen gäller i stället enligt 3 kap. 18 § tredje stycket kommunallagen (1991:900), KL, att kommunen ska verka för att allmänheten ska få insyn på samma grunder som gäller för myndigheter. Enligt 3 kap. 19 a § KL ska kommuner och landsting vidare, när verksamheter överlämnas på entreprenad, i avtalet beakta allmänhetens intresse av att få information om verksamheten.

Utredningens undersökning och utvärdering

OFUKI-utredningen har bl.a. undersökt avgöranden från Kammarrätterna i Göteborg respektive Stockholm i mål om utlämnande av handlingar, beslut av Justitieombudsmannen samt kommunala bolags hantering av en konkret begäran om utfående av handling. Utredningen har vidare genomfört en enkätundersökning angående bl.a. förekomsten av avtalsvillkor som ger allmänheten möjlighet till insyn i kommunala entreprenader.

Mot bakgrund av dessa undersökningar bedömer utredningen att beslut av kommunala bolag om utlämnande av handlingar endast i låg utsträckning synes ändras av högre instans efter överklagande. Utredningen bedömer däremot att kommunala bolag inte i tillräcklig grad synes efterleva det krav på skyndsamhet som gäller då någon begär att få del av en allmän handling. Vad gäller överlämnande av kommunal verksamhet på entreprenad finns indikationer på att detta sker utan att allmänhetens

Överföring av rätten att fatta upphandlingsbeslut från kommuner och landsting

Utredningens förslag

OFUKI-utredningen föreslår att nämnder i kommuner, landsting och kommunalförbund ska ges möjlighet att delegera rätten att fatta upphandlingsbeslut till personer utanför den egna organisationen. Delegationsmöjligheten avser sådana fall då en nämnd anlitar en s.k. inköpscentral för att medverka i en upphandling såsom ombud. Nämnden får då enligt förslaget delegera beslutanderätt till anställda i centralen. Enligt förslaget får beslutanderätten inte delegeras i vissa ärenden, bl.a. sådana som avser verksamhetens mål, inriktning, omfattning eller kvalitet.

Förslaget innefattar att nämnden kan uppdra åt ett utskott, en ledamot eller ersättare eller åt anställda i kommunen, landstinget eller kommunalförbundet att delegera beslutanderätt på nämndens vägnar. Om delegation lämnas med stöd av ett sådant uppdrag, ska detta anmälas till nämnden.

Beslut som anställda i inköpscentraler fattar på delegation ska, enligt utredningens förslag, anmälas till den som har lämnat uppdraget att fatta beslut. Bestämmelserna om jäv i 6 kap. 24–27 §§ kommunallagen (1991:900), KL, ska tillämpas på anställda i inköpscentraler som fattar beslut på delegation.

Utredningens förslag innebär att nya regler tas in i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter och träder i kraft den 1 januari 2013.

Bakgrund

OFUKI-utredningen har i uppdrag att analysera om det bl.a. mot bakgrund av reglerna om inköpscentraler i upphandlingslagstiftningen finns behov av bestämmelser som gör det kommunalrättsligt möjligt att delegera rätten att fatta upphandlingsbeslut till någon annan. Vid behov ska förslag till en delegationsbestämmelse lämnas. Utredningen ska även bl.a. översiktligt beskriva hur kommuner och landsting genomför samordnade upphandlingar och undersöka i vilken utsträckning de, utöver samordnade upphandlingar, överlåter till någon annan att upphandla för deras räkning.

Vid anskaffning av tjänster är en upphandlande myndighet eller enhet som huvudregel skyldig att genomföra en upphandling. Särskilda bestämmelser om inköpscentraler har dock införts i både lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. Reglerna innebär att det under vissa förutsättningar är möjligt för upphandlande myndigheter och enheter att ta hjälp av en annan upphandlande myndighet – en inköpscentral – vid sin anskaffning utan att denna hjälp först behöver konkurrensutsättas genom upphandling.

En inköpscentral kan bl.a. ha rollen av ombud åt flera andra upphandlande myndigheter eller enheter. I dessa fall vidtar inköpscentralen åtgärder i sina huvudmäns namn.

Ett uppdrag till en inköpscentral som har ombudsrollen kan enligt upphandlingslagstiftningen omfatta vissa eller samtliga åtgärder i en upphandling. Kommuner och landsting som anlitar inköpscentraler måste emellertid följa kommunalrätten, som endast ger ett begränsat utrymme för att överlåta åt andra att fatta beslut eller att vidta andra åtgärder i ett ärende. Någon möjlighet att överlåta åt en inköpscentral att fatta beslut i KL:s mening finns inte. Som följd härav måste bl.a. beslut om tilldelning av kontrakt fattas av varje kommun eller landsting som samarbetar om upphandling, även om övriga åtgärder genomförs av en inköpscentral. Detta får bl.a. konsekvenser i form av administrativt merarbete för inblandade parter samt risk för bl.a. sekretessproblem om tilldelningsbeslut fattas vid olika tidpunkter.

Samordnad upphandling förekommer i olika grupperingar

I hela landet finns tämligen fast etablerade grupperingar av geografiskt näraliggande kommuner eller landsting som ofta samarbetar om att genomföra upphandlingar. Samarbetet kan ha lösa former eller en mera fast struktur. Mera strukturerat samarbete kan baseras på avtal eller i vissa fall utövas genom ett kommunalförbund, en gemensam nämnd eller ett aktiebolag. På ett nationellt plan förekommer samordnad upphandling bl.a. genom möjlighet för kommuner och landsting att ansluta sig till Kammarkollegiets ramavtalsupphandlingar på IT-området. De närmare formerna för hur samordnade upphandlingar genomförs varierar.

För många kommuner och för landstingen torde det över huvud taget inte förekomma att de överlåter till någon annan att upphandla för deras räkning, annat än i samband med upphandlingar som genomförs samordnat tillsammans med andra kommuner eller landsting. För de kommuner som helt eller delvis överlämnat upphandlingsverksamheten till en fristående enhet kan däremot sådana upphandlingsuppdrag förekomma i olika omfattning.

Kommuner och landsting bör kunna överföra beslutanderätt vid anlitan av inköpscentraler som ombud

Enligt OFUKI-utredningens mening bör det införas en möjlighet för kommuner och landsting som anlitar en inköpscentral för att medverka i en upphandling såsom ombud att också överföra beslutanderätten i upphandlingsärendet. Mot bakgrund av hur bl.a. andra regler om extern delegation av beslutanderätt utformats, bedömer utredningen att överföringen bör ske såsom delegation av beslutanderätt till anställda i inköpscentralen. I ärenden där fullmäktige har rätt att fatta beslut bör delegation inte vara möjlig. Nämnder bör däremot kunna besluta om delegation. Dessutom bör en nämnd kunna uppdra åt bl.a. kommunalt anställda att fatta delegationsbeslut på nämndens vägnar. En huvudanledning till detta är att det i praktiken ofta torde förekomma att

anställda kan vidta samtliga andra åtgärder i en upphandling vid anlitande av en inköpscentral såsom ombud. Bilaga 1

OFUKI-utredningens förslag innefattar bl.a. bestämmelser om att beslut som fattats av anställda i inköpscentraler på delegation från en kommunal nämnd ska anmälas till nämnden.

Förslag till lag om ändring i kommunallagen (1991:900)

Härigenom föreskrivs i fråga om kommunallagen (1991:900)¹
dels att 3 kap. 17 § ska ha följande lydelse,
dels att det i lagen ska införas en ny paragraf, 6 kap. 1 a §, av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

3 kap.

17 §²

Om en kommun eller ett landsting med stöd av 16 § lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier, *skall* fullmäktige

1. fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten,

2. *utse samtliga styrelseledamöter*

3. *se till att fullmäktige får ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas.*

Fullmäktige *skall* också utse minst en lekmannarevisor i aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier.

Vad som anges i första stycket gäller, när kommunen ensam eller landstinget ensamt bildar en

Om en kommun eller ett landsting med stöd av 16 § lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier, *ska* fullmäktige

1. fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten,

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

3. *utse samtliga styrelseledamöter,*

4. *se till att fullmäktige enligt föreskrift i bolagsordningen får ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas.*

Fullmäktige *ska* också utse minst en lekmannarevisor i aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier.

Vad som anges i första stycket gäller, när kommunen ensam eller landstinget ensamt bildar en

¹ Lagen omtryckt 2004:93.

² Senaste lydelse 2006:369.

stiftelse för en kommunal angelägenhet. Fullmäktige skall även utse minst en revisor i en sådan stiftelse.

Till lekmannarevisor i aktiebolaget eller revisor i stiftelsen skall fullmäktige utse någon av de revisorer som enligt 9 kap. 1 § valts för granskning av styrelsen och övriga nämnders verksamhet.

stiftelse för en kommunal angelägenhet. Vad som i första stycket 2 och 4 anges om bolagsordningen ska därvid i stället avse stiftelseförordnandet eller stiftelseurkunden. Fullmäktige ska även utse minst en revisor i en sådan stiftelse.

Till lekmannarevisor i aktiebolaget eller revisor i stiftelsen ska fullmäktige utse någon av de revisorer som enligt 9 kap. 1 § valts för granskning av styrelsen och övriga nämnders verksamhet.

6 kap.

1 a §

Styrelsen ska i årliga beslut för varje sådant aktiebolag som avses i 3 kap. 17 och 18 §§ ta ställning till om den verksamhet som bedrivits av företaget under föregående kalenderår har utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna. När fullmäktige har fastställt ett kommunalt ändamål med verksamheten ska styrelsen även ta ställning till om verksamheten har varit förenlig med detta. Styrelsens beslut ska lämnas över till fullmäktige samtidigt med årsredovisningen för samma kalenderår.

Om sådan förenlighet som avses i första stycket saknas i någon del ska styrelsen lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder. Styrelsen ska även lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder om det framkommit att det kommunala ändamål med aktiebolagets verksamhet som fastställts av fullmäktige inte är förenligt med de kommunala befogenheterna.

Vid behov ska styrelsen vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de krav som anges i 3 kap. 17 och 18 §§ är uppfyllda i fråga om sådana aktiebolag som avses i dessa bestämmelser.

-
1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013.
 2. För stiftelser som bildats före ikraftträdandet gäller 3 kap. 17 § i sin äldre lydelse.

Härigenom föreskrivs att 2 kap. 10 a § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

2 kap.
10 a §³

Med kontrakt enligt 2 kap. 10 § avses dock inte avtal som sluts mellan
1. en upphandlande myndighet som är

a) en statlig eller kommunal myndighet,

b) en beslutande församling i en kommun eller ett landsting, eller

c) en sammanslutning av en eller flera sådana myndigheter eller församlingar, och

2. en leverantör som är

a) en juridisk person som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i, eller

b) en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900).

Första stycket gäller endast

1. om den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, och

2. i fall då den juridiska personen eller den gemensamma nämnden även utför verksamhet tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten, denna verksamhet endast är av marginell karaktär.

1. en upphandlande myndighet, och

2. en leverantör som är

a) en juridisk person som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i, eller

b) en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900).

Med kontrakt avses inte heller, om ett avtal kan slutas utan att vara ett kontrakt enligt första och andra styckena, ett avtal som omvänt sluts mellan den part som avses i första stycket 2 såsom upphandlande myndighet och den part som avses i första stycket 1 såsom leverantör.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013 och ska tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet.

³ Senaste lydelse 2010:569

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter

dels att det närmast före 6 kap. 3 § ska införas en ny rubrik som ska lyda "Arbetsgivarfrågor",

dels att det ska införas fyra nya paragrafer, 6 kap. 4–7 §§, samt närmast före 6 kap. 4 § en ny rubrik av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

6 kap.

Upphandling

4 §

En nämnd i en kommun, ett landsting eller ett kommunalförbund som anlitar en inköpscentral för att medverka i en upphandling i egenskap av ombud, antingen enligt

a) 4 kap. 22 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, eller

b) 4 kap. 4 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,

får efter överenskommelse med inköpscentralen uppdra åt anställda i centralen att besluta i upphandlingen på nämndens vägnar.

Uppdrag enligt första stycket får inte lämnas i de fall som avses i 6 kap. 34 § kommunallagen (1991:900).

5 §

Föreskrifterna i 6 kap. 33 § kommunallagen (1991:900) om uppdrag att besluta på nämndens vägnar är tillämpliga på ärenden enligt 4 § första stycket.

Föreskrifterna i 6 kap. 35 § kommunallagen om anmälan av beslut till nämnd ska tillämpas på beslut som fattas med stöd av uppdrag enligt första stycket.

6 §

Beslut som anställda i en inköpscentral fattar på en nämnds vägnar ska anmälas till den som har lämnat uppdraget.

7 §

Föreskrifterna i 6 kap. 24–27 §§ kommunallagen om jäv ska tillämpas på anställda i inköpscentraler som fattar beslut på en nämnds vägnar.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013.

Förslag till lag om ändring i lagen (2010:570) om ändring i
lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Bilaga 2

Härigenom föreskrivs att lagen (2010:570) om ändring i lagen
(2007:1091) om offentlig upphandling ska utgå.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013.

Efter remiss har yttrande över betänkandet Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor (SOU 2011:43) kommit in från Riksdagens ombudsmän (JO), Svea hovrätt, Stockholms tingsrätt, Kammarrätten i Göteborg, Förvaltningsrätten i Stockholm, Justitiekanslern (JK), Kommerskollegium, Statskontoret, Kammarkollegiet, Linköpings universitet, Stockholms universitet, Uppsala universitet (Juridiska fakulteten), Umeå universitet (Juridiska fakulteten), Naturvårdsverket, Luftfartsverket, Konkurrensverket, Bolagsverket, Regelrådet, Arjeplogs kommun, Avesta kommun, Eskilstuna kommun, Falkenbergs kommun, Göteborgs kommun, Halmstads kommun, Helsingborgs kommun, Jönköpings kommun, Kalmar kommun, Karlskrona kommun, Linköpings kommun, Lunds kommun, Malmö kommun, Mölndals kommun, Nynäshamns kommun, Simrishamns kommun, Sollentuna kommun, Solna kommun, Stockholms kommun, Svedala kommun, Sundsvalls kommun, Söderköpings kommun, Timrå kommun, Tomelilla kommun, Torsby kommun, Trelleborgs kommun, Täby kommun, Umeå kommun, Uppsala kommun, Vara kommun, Vännäs kommun, Västerås kommun, Ystads kommun, Örebro kommun, Östersunds kommun, Jönköpings läns landsting, Skåne läns landsting, Stockholms läns landsting, Uppsala läns landsting, Västra Götalands läns landsting, AB Svenska Spel, Almega, Avfall Sverige, Företagarna, Göteborgs Stads Upphandlings AB, Journalistförbundet, Kommunala Företagens Samorganisation, Kommunalförbundet Gästrikte återvinnare, Kommunalförbundet Inköp Gävleborg, SOS Alarm Sverige AB, Stockholms Handelskammare, Svensk Försäkring, Svensk Handel, Svenskt Näringsliv, Sveriges advokatsamfund, Sveriges Allmännyttiga Bostadsföretag, Sveriges Kommuner och Landsting, Sveriges Offentliga Inköpare, Sveriges Radio AB, Sveriges universitets- och högskoleförbund, Sveriges Åkeriföretag och Återvinningsindustrierna.

Därutöver har även Sveriges Television AB, Sveriges Utbildningsradio AB, Vägvalet, Konkurrenskommissionen, Sydsånes avfallsaktiebolag, Advokatfirman Lindahl, SITA Sverige AB, Advokatfirman Delphi och Sveriges KommunalJuridiska Förening yttrat sig.

Riksrevisionen, Falu kommun, Gävle kommun, Haparanda kommun, Kungälv kommun, Ljungby kommun, Rättviks kommun, Vellinge kommun, Örnsköldsviks kommun, Norrbottens läns landsting, Fastighetsägarna Sverige, Handelshögskolan i Stockholm, RISE Research Institutes of Sweden Holding AB, SKL Kommentus Inköpscentral AB, Swedavia AB och Telge Inköp AB har inbjudits att lämna synpunkter men har avstått från att yttra sig.