

# Offentlig upphandling från eget företag?!

*– och vissa andra frågor*

*Betänkande av Utredningen om offentliga företag -  
upphandling, kontroll, insyn (OFUKI-utredningen)*

*Stockholm 2011*



---

STATENS OFFENTLIGA  
UTREDNINGAR

---

SOU 2011:43

SOU och Ds kan köpas från Fritzes kundtjänst. För remissutsändningar av SOU och Ds svarar Fritzes Offentliga Publikationer på uppdrag av Regeringskansliets förvaltningsavdelning.

Beställningsadress:  
Fritzes kundtjänst  
106 47 Stockholm  
Orderfax: 08-598 191 91  
Ordertel: 08-598 191 90  
E-post: [order.fritzes@nj.se](mailto:order.fritzes@nj.se)  
Internet: [www.fritzes.se](http://www.fritzes.se)

*Svara på remiss. Hur och varför. Statsrådsberedningen (SB PM 2003:2, reviderad 2009-05-02)*  
– En liten broschyr som underlättar arbetet för den som ska svara på remiss.  
Broschyren är gratis och kan laddas ner eller beställas på  
<http://www.regeringen.se/remiss>

Textbearbetning och layout har utförts av Regeringskansliet, FA/kommittéservice.

Tryckt av Elanders Sverige AB.  
Stockholm 2011

ISBN 978-91-38-23582-9  
ISSN 0375-250X

## Till Statsrådet Peter Norman

Regeringen beslutade den 3 september 2009 att tillkalla en särskild utredare med uppdrag att analysera om det finns ett 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. Enligt uppdraget ska författningsförslag och förslag till andra eventuella åtgärder lämnas, om utredaren finner att undantag bör införas. Ett eventuellt undantag ska enligt uppdraget motsvara den EU-rättsliga praxis i form av de s.k. Teckal-kriterierna som utvecklats av EU-domstolen.

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

Genom tilläggsdirektiv som beslutades av regeringen den 28 oktober 2010 gavs utredaren 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, om utredaren finner det lämpligt, och att utarbeta nödvändiga författningsförslag.

Den 3 september 2009 förordnades f.d. lagmannen Curt Risper som särskild utredare.

Som experter förordnades fr.o.m. den 29 oktober 2009 departementssekreteraren Ulf Andersson, departementssekreteraren Christian Berger, förbundsjuristen Lena Dalman, departementssekreteraren Johanna Höglund Elmstedt, avdelningschefen Johan Hedelin, departementsrådet Johan Höök, ämnesrådet Viktoria Ingman, rättssakkunniga Petra Jansson, jur. kand.

Birgitta Laurent och kanslirådet Ewa Widgren. Kanslirådet Klara Cederlund förordnades som expert i utredningen från den 1 november 2010. Vidare förordnades utredaren Pia Bergdahl och avdelningschefen Thomas Wedegren som experter i utredningen från den 17 december 2010.

Ulf Andersson entledigades från sitt uppdrag fr.o.m. den 10 maj 2010, Petra Jansson från sitt uppdrag fr.o.m. den 22 november 2010 och Ewa Widgren från sitt uppdrag fr.o.m. den 29 mars 2011.

Som sekreterare anställdes kammarrättsassessorn Magnus Lundberg från den 5 oktober 2009 och civilekonomen Helen Slättman från den 16 november 2009. Helen Slättman entledigades från sitt uppdrag från och med den 30 november 2010.

Utredningen har antagit namnet Utredningen om offentliga företag – upphandling, kontroll, insyn (OFUKI-utredningen).

Härmed överlämnas betänkandet *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* (SOU 2011:43). Till betänkandet fogas ett särskilt yttrande av experten Lena Dalman.

Uppdraget är härmed slutfört.

Göteborg i april 2011

*Curt Risper*

*/Magnus Lundberg*

# Innehåll

<b>Sammanfattning</b> .....	<b>21</b>
<b>Förkortningar</b> .....	<b>41</b>
<b>Författningsförslag</b> .....	<b>43</b>
1 Förslag till lag om ändring i kommunallagen (1991:900).....	43
2 Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling .....	46
3 Förslag till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter .....	48
4 Förslag till lag om ändring i lagen (2010:570) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling .....	50
<b>1 Om utredningen och betänkandet</b> .....	<b>51</b>
1.1 Utredningens direktiv.....	51
1.2 Utredningens arbete .....	52
1.3 Betänkandets innehåll.....	54
<b>DEL A</b>	
<b>Undantag från upphandlingsskyldighet i in house-situationer</b>	
<b>2 Regleringen om upphandling</b> .....	<b>59</b>
2.1 En överblick .....	59
2.1.1 Svensk rätt.....	59
2.1.2 Unionsrätten.....	60

2.2	Tillämpningsområdet för LOU och LUF .....	62
2.2.1	Allmänt .....	62
2.2.2	Särskilt om vissa definitioner .....	64
2.3	Upphandlingsförfaranden enligt LOU och LUF .....	66
2.3.1	Förfaranden vid direktivstyrd upphandling .....	67
2.3.2	Förfaranden vid upphandling som inte är direktivstyrd .....	68
<b>3</b>	<b>Avtal mellan två parter som förutsättning för upphandlingsskyldighet.....</b>	<b>69</b>
3.1	Allmänt om verksamhet i egen regi.....	69
3.1.1	Svensk rätt .....	69
3.1.2	Unionsrätten .....	70
3.2	Gränser för verksamhet i egen regi .....	71
3.2.1	Transaktioner inom samma juridiska person .....	71
3.2.2	Transaktioner mellan olika juridiska personer .....	73
<b>4</b>	<b>EU-domstolens praxis om in house-undantaget, m.m.....</b>	<b>75</b>
4.1	Inledning.....	75
4.2	Mål C-107/98, Teckal .....	78
4.3	En närmare formulering av in house-undantaget.....	79
4.3.1	Fristående juridisk person eller fristående enhet? .....	80
4.3.2	Är innehav ett krav?.....	81
4.3.3	Lokala och andra myndigheter som upphandlande myndigheter.....	82
4.3.4	Formulering enligt hittillsvarande praxis .....	82
4.4	In house-undantaget gäller för all unionsrätt om upphandling .....	83
4.5	Vissa generella aspekter på Teckal-kriterierna.....	84
4.6	Kontrollkriteriet.....	84
4.6.1	En helhetsbedömning av möjligheterna att påverka strategiska mål och viktiga beslut.....	84
4.6.2	Olika former av fristående enheter.....	85
4.6.3	Olika innehavare av den fristående enheten.....	86

4.6.4	Relationen mellan den upphandlande myndigheten och den fristående enheten .....	96
4.6.5	Marknadsmässig inriktning hos den fristående enheten .....	103
4.7	Verksamhetskriteriet .....	105
4.7.1	Mål C-340/04, Carbotermo .....	106
4.7.2	Andra avgöranden m.m. ....	107
4.7.3	Vissa slutsatser om verksamhetskriteriet .....	109
4.8	Särskilt om in house-undantaget i förhållande till försörjningsdirektivet .....	111
4.9	Undantag gäller för viss samverkan oberoende av Teckal-kriterierna.....	112
4.9.1	Mål C-480/06, kommissionen mot Tyskland .....	113
4.9.2	Slutsatser om rättsläget .....	115
<b>5</b>	<b>Vissa frågor om in house-undantagets räckvidd.....</b>	<b>119</b>
5.1	Måste den upphandlande myndigheten vara en offentlig myndighet? .....	120
5.2	Kan in house-undantaget tillämpas i omvända situationer? .....	124
5.3	Kan in house-undantaget tillämpas i koncernförhållanden? .....	129
<b>6</b>	<b>Statens interna organisation .....</b>	<b>133</b>
6.1	Inledning.....	133
6.2	Närmare om regeringens styrning av statsförvaltningen ....	135
<b>7</b>	<b>Kommunernas och landstingens interna organisation ...</b>	<b>139</b>
7.1	Fullmäktige.....	141
7.2	Nämnderna.....	143
7.2.1	Generellt om alla nämnder .....	143
7.2.2	Särskilt om styrelsen.....	145
7.2.3	Ledamöter .....	147

7.3	Delegation.....	150
7.3.1	Delegation från fullmäktige till styrelsen och andra nämnder.....	150
7.3.2	Delegation inom en nämnd.....	153
7.4	Beredning.....	154
7.4.1	Fullmäktige.....	154
7.4.2	Styrelsen och andra nämnder.....	154
7.5	Revision.....	155
<b>8</b>	<b>Kommunalrättsliga organisationsformer för samverkan..</b>	<b>157</b>
8.1	Kommunalförbund.....	158
8.1.1	Organisation och ledamöter.....	159
8.1.2	Relationen mellan ett kommunalförbund och dess medlemmar.....	160
8.2	Gemensamma nämnder.....	166
8.2.1	Gemensamma nämnders ställning.....	167
8.2.2	Överenskommelse och reglemente.....	168
8.2.3	Vissa frågor angående relationen mellan samverkande kommuner eller landsting.....	169
<b>9</b>	<b>Privaträttsliga organisationsformer i offentlig verksamhet .....</b>	<b>175</b>
9.1	Aktiebolag enligt ABL.....	175
9.1.1	En översikt.....	175
9.1.2	Aktiebolagets organisation.....	178
9.1.3	Styrning av aktiebolag och bolagsorgan.....	189
9.2	Andra privaträttsliga organisationsformer.....	193
9.2.1	Ekonomiska föreningar.....	193
9.2.2	Ideella föreningar.....	200
9.2.3	Handelsbolag.....	203
9.2.4	Stiftelser.....	205
9.2.5	Försäkringsföretag.....	209
9.3	Statliga företag i privaträttslig form.....	219
9.3.1	Särskilda bestämmelser.....	219
9.3.2	Utövande av statens ägarroll.....	219
9.3.3	Statens styrning.....	220



9.4	Kommunala företag i privaträttslig form.....	221
9.4.1	Förutsättningar för verksamhet i kommunala företag .....	222
9.4.2	Fullmäktige ska säkerställa det kommunala inflytandet .....	222
9.4.3	Uppsiktsplikt för kommun- och landstingsstyrelser .....	230
9.4.4	Den kommunala revisionen omfattar kommunala företag .....	231
9.4.5	Principer för styrning av kommun- och landstingsägda bolag.....	231
<b>10</b>	<b>Statens företag.....</b>	<b>233</b>
10.1	Företag under Regeringskansliets förvaltning .....	233
10.1.1	Översikt.....	233
10.1.2	Om Regeringskansliets förvaltning av företag .....	241
10.1.3	Statliga företag och offentlig upphandling.....	242
10.2	Företag som förvaltas av universitet och högskolor.....	244
10.2.1	Bakgrund .....	244
10.2.2	Bolagens verksamhet .....	245
10.2.3	Universitetens och högskolornas upphandling .....	250
10.2.4	Lärosätena och Akademiska Hus AB.....	251
10.3	Företag vars aktier förvaltas av andra myndigheter än Regeringskansliet .....	252
10.4	Programföretagen .....	253
<b>11</b>	<b>Landstingens företag .....</b>	<b>255</b>
11.1	Landstingens verksamhet .....	255
11.2	Landstingsägda bolag i Stockholms län.....	257
11.3	Landstingsägda bolag i övriga län.....	260
11.4	Kollektivtrafiken .....	263
11.4.1	Kollektivtrafikens organisation och bolag .....	263
11.4.2	Ny kollektivtrafiklag träder i kraft år 2012.....	267

<b>12 Kommunernas företag .....</b>	<b>271</b>
12.1 Översikt .....	271
12.2 Renhållning och avfallshantering .....	276
12.2.1 Om avfallshantering.....	276
12.2.2 Om avfallsmarknaden och dess infrastruktur .....	277
12.3 Energiverksamhet.....	280
12.4 Fastighetsverksamhet.....	281
12.5 Kommunala tjänsteföretag – exemplet försäkringsverksamhet .....	282
<b>13 Verksamhet i kommunalförbund och gemensamma     nämnder .....</b>	<b>287</b>
13.1 Kommunalförbund.....	287
13.2 Gemensamma nämnder.....	293
<b>14 Handel mellan det offentliga och dess företag .....</b>	<b>295</b>
14.1 Inledning.....	295
14.2 Statliga företags försäljning till sin ägare .....	297
14.3 Landstingsägda företags försäljning till sina ägare .....	299
14.4 Kommunalt ägda företags försäljning till sina ägare .....	301
14.5 Offentligägda företags köp från sina ägare .....	308
<b>15 Uppgifter från vissa berörda aktörer .....</b>	<b>311</b>
15.1 Statens företag .....	311
15.1.1 Bolag förvaltade av universitet och högskolor .....	311
15.1.2 SOS Alarm Sverige AB .....	312
15.1.3 Programföretagen .....	313
15.1.4 Luftfartsverket .....	315
15.2 Landstingens företag.....	317
15.2.1 Stockholms läns landsting .....	317
15.3 Kommunernas företag .....	320

15.3.1	Avfallssektorn.....	320
15.3.2	Stockholms kommun .....	323
15.4	Referensgruppen .....	326
<b>16</b>	<b>Internationell utblick .....</b>	<b>329</b>
16.1	En undersökning av rättsläget i andra EU-medlemsstater .....	329
16.2	Särskilt om danska selvejende institutioner .....	335
16.3	Särskilt om ett norskt fall där in house-undantaget aktualiserats .....	337
<b>17</b>	<b>Rättsliga förutsättningar för ett in house-undantag i svensk rätt.....</b>	<b>343</b>
17.1	RÅ 2008 ref. 26 .....	343
17.1.1	Rättsfallet .....	343
17.1.2	Rättsfallets räckvidd .....	345
17.2	Skapar unionsrätten möjlighet eller skyldighet för Sverige att införa in house-undantaget? .....	351
17.2.1	Frågeställningar.....	351
17.2.2	Direktivformen .....	352
17.2.3	Direktivkonform tolkning .....	354
17.2.4	Direktiven skiljer sig åt .....	356
17.2.5	Överskjutande implementering (gold-plating) .....	356
17.2.6	Gränsen mellan EU-rätt och nationell rätt .....	357
17.2.7	Unionsrätten ger valfrihet för Sverige att införa ett in house-undantag.....	360
17.2.8	Unionsrättens krav vid nationell kodifiering av in house-undantaget .....	362
<b>18</b>	<b>Införande av ett in house-undantag i svensk rätt.....</b>	<b>365</b>
18.1	Intresset av att det offentligas anskaffning konkurrensutsätts genom upphandling.....	366
18.2	Möjligheterna för det offentliga att välja olika organisationsformer.....	369

18.2.1	Att verksamhet bedrivs i företagsform i stället för i förvaltningsform kan ge upphov till vissa fördelar.....	370
18.2.2	Den kommunala självstyrelsen.....	372
18.3	Om behovet av ett generellt eller sektoriellt undantag utifrån statistik, enkät och företagskontakter .....	376
18.4	Ett undantags betydelse för små och medelstora företag....	381
18.5	Värdet av en enhetlig reglering.....	388
18.6	Särskilt om säkerställandet av att ett undantag efterlevs .....	391
18.7	Ett generellt in house-undantag bör införas i LOU men inte i LUF eller LOV .....	392
18.7.1	Införande av ett in house-undantag i LOU.....	392
18.7.2	Införande av ett in house-undantag i LUF.....	395
18.7.3	Införande av ett in house-undantag i LOV .....	395
<b>19</b>	<b>Kontroll över svenska privaträttsliga associationer .....</b>	<b>399</b>
19.1	Vissa allmänna utgångspunkter enligt EU-domstolens praxis .....	401
19.1.1	Jämförelse med kontrollen över den egna förvaltningen .....	401
19.1.2	Helhetsbedömning.....	401
19.1.3	Möjlighet till avgörande påverkan på strategiska mål och viktiga beslut .....	401
19.2	Konkreta förhållanden som beaktats av EU-domstolen.....	402
19.3	Särdrag i nationell rätt .....	404
19.4	Avsaknad av särskilda regler för associationer som har offentliga ägare eller medlemmar .....	408
19.5	Ledamöter i styrelse och andra företagsledande organ.....	410
19.5.1	EU-domstolens praxis .....	410
19.5.2	Aktiebolag enligt ABL.....	412
19.5.3	Andra svenska privaträttsliga associationer.....	414
19.6	Styrelsens befogenheter m.m.....	415
19.6.1	EU-domstolens praxis .....	415

19.6.2	Självständighet för styrelsen i ett aktiebolag enligt ABL.....	423
19.6.3	Självständighet för styrelser i andra svenska privaträttsliga associationer.....	431
19.6.4	Fullmäktiges ställningstagande i svenska kommunala företag.....	432
19.7	Syfte och verksamhetsföremål m.m.....	434
19.7.1	EU-domstolens praxis.....	434
19.7.2	Svenska privaträttsliga associationer .....	439
19.8	Verksamhetsstyrning och granskning .....	446
19.8.1	EU-domstolens praxis.....	446
19.8.2	Lekmannarevisorer i svenska bolag .....	447
19.8.3	Uppsiktsplikt över svenska kommunala företag .....	448
19.9	Sammanvägning av relevanta förhållanden .....	449
19.9.1	Vad krävs för tillräcklig kontroll enligt EU-domstolens praxis? .....	449
19.9.2	Kan tillräcklig kontroll uppnås över ett svenskt aktiebolag enligt ABL? .....	453
19.9.3	Kan tillräcklig kontroll uppnås över andra svenska privaträttsliga associationer? .....	457
19.10	Jämförelse med kontrollmöjligheter över den egna förvaltningen .....	459
19.10.1	Statligt ägda aktiebolag enligt ABL .....	460
19.10.2	Kommunalt ägda aktiebolag enligt ABL .....	461
19.10.3	Andra svenska privaträttsliga associationer.....	463
19.11	Särskilt om gemensam kontroll och kontroll över associationer som innehas indirekt .....	464
19.11.1	Gemensamt utövad kontroll .....	464
19.11.2	Kontroll över associationer som innehas indirekt .....	466
19.12	Införande av en särskild offentlig företagsform för att säkerställa kontroll enligt kontrollkriteriet.....	468

<b>20</b>	<b>Kontroll över svenska kommunalförbund och gemensamma nämnder .....</b>	<b>471</b>
20.1	EU-domstolens praxis .....	471
20.2	Kontroll över kommunalförbund.....	473
20.3	Kontroll över gemensamma nämnder .....	475
<b>21</b>	<b>Utformningen av ett in house-undantag i LOU .....</b>	<b>477</b>
21.1	Ett preciserat undantag bör införas.....	477
21.2	Vilka slags upphandlande myndigheter ska kunna tillämpa undantaget? .....	480
21.3	Gentemot vilka slags fristående enheter ska undantaget kunna tillämpas? .....	480
21.4	Bör undantaget gälla omvända situationer? .....	482
21.5	Bör undantaget gälla koncernsituationer? .....	484
21.6	Utredningens förslag.....	486
<b>22</b>	<b>Alternativa åtgärder samt frågor om statligt stöd .....</b>	<b>489</b>
22.1	Alternativ till införande av ett in house-undantag i LOU...489	
22.1.1	Beviljande av särskilda eller exklusiva rättigheter .....	491
22.1.2	Anförtroende att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.....	497
22.2	Särskilt om statsstödsreglernas inverkan på ersättning för ekonomisk verksamhet som inte upphandlats .....	503
22.2.1	Betydelsen av in house-undantaget enligt EU-domstolens praxis för statsstödsreglerna .....	504
22.2.2	Altmark-kriterierna i förhållande till avtal som ingåtts i enlighet med in house-undantaget.....	506
22.2.3	Särskild redovisning i vissa fall.....	509

**DEL B****Kommunalrättsliga principer och de kommunala företagen**

<b>23</b>	<b>Kommunalrättsliga principer och undantag från principerna .....</b>	<b>515</b>
23.1	De kommunalrättsliga principerna .....	516
23.1.1	Lokaliseringsprincipen .....	517
23.1.2	Förbudet mot att ta sig an uppgifter som enbart ankommer på någon annan .....	517
23.1.3	Förbuden mot att understödja enskilda personer och företag .....	518
23.1.4	Förbudet mot att driva spekulativa företag .....	520
23.1.5	Självkostnadsprincipen .....	521
23.1.6	Likställighetsprincipen .....	522
23.1.7	Förbudet mot retroaktiva beslut .....	522
23.2	Vissa undantag från de kommunalrättsliga principerna .....	523
23.2.1	Energiförsörjning och allmänna vattentjänster .....	523
23.2.2	Kollektivtrafik och sjuktransporter .....	525
23.3	Bundenhet för kommunala företag .....	525
23.3.1	Särskilda åtgärder krävs .....	525
23.3.2	Särskilt om bundenhet för aktiebolag .....	526
<b>24</b>	<b>Rättslig prövning av de kommunalrättsliga principernas efterlevnad .....</b>	<b>529</b>
24.1	Laglighetsprövning .....	530
24.1.1	En översikt .....	530
24.1.2	Laglighetsprövning av beslut angående kommunala företag .....	532
24.1.3	Laglighetsprövning i de fall det temporära in house-undantaget är tillämpligt .....	534
24.2	Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden .....	535
<b>25</b>	<b>Behov av åtgärder .....</b>	<b>537</b>
25.1	De kommunalrättsliga principerna är inte direkt bindande .....	537

25.1.1	Kommunalrättsliga principer i bolagsordningarna för kommunala aktiebolag.....	538
25.1.2	Problem med att de kommunalrättsliga principerna inte är direkt bindande.....	539
25.2	Möjligheterna till rättslig prövning .....	542
25.3	Säkerställande av att de kommunala företagen binds av och tillämpar de kommunalrättsliga principerna.....	544
25.3.1	Sättet för de kommunala företagens bundenhet av de kommunalrättsliga principerna.....	544
25.3.2	De kommunalrättsliga befogenheterna bör komma till uttryck i bolagsordningarna för kommunala aktiebolag.....	546
25.3.3	Kommun- och landstingsstyrelsernas ansvar för de kommunala aktiebolagens verksamhet .....	552
25.3.4	Återkommande skyldighet för fullmäktige att fastställa det kommunala ändamålet för kommunala aktiebolag.....	556
25.4	Stärkta möjligheter till rättslig prövning av kommunala företags verksamhet .....	557
25.4.1	Laglighetsprövning av kommunala företags beslut...557	
25.4.2	Andra åtgärder.....	558

## **DEL C**

### **Insyn i kommunala bolag och entreprenader**

<b>26</b>	<b>Regelverket om insyn i kommunala företag och entreprenader.....</b>	<b>563</b>
26.1	Regler om insyn i kommunala företag.....	563
26.2	Regler om insyn i kommunala entreprenader.....	566
<b>27</b>	<b>Tillämpningen av regelverket om insyn.....</b>	<b>571</b>
27.1	Om insyn i kommunala företag.....	571
27.1.1	Tidigare undersökningar.....	571
27.1.2	Utredningens undersökningar .....	574
27.2	Om insyn i kommunala entreprenader .....	580
27.2.1	Tidigare undersökningar.....	580



27.2.2 Utredningens undersökning .....	581
27.3 Utredningens utvärdering .....	585
27.3.1 Kommunala företag .....	585
27.3.2 Kommunala entreprenader.....	587

## DEL D

### Överföring av rätten att fatta upphandlingsbeslut från kommuner och landsting

<b>28 Inköpscentraler m.m.....</b>	<b>591</b>
28.1 Anskaffning med hjälp av inköpscentraler .....	591
28.1.1 Regelverket.....	592
28.1.2 Olika roller för en inköpscentral .....	594
28.1.3 Ansvar för att bestämmelserna följs.....	596
28.1.4 Närmare om inköpscentralens roll i en samordnad upphandling av ramavtal (ramavtalsfallet) .....	597
28.1.5 Närmare om inköpscentralens roll som ombud i en upphandling (ombudsfallet) .....	601
28.1.6 Vissa frågor om processen vid överprövning.....	604
28.2 Alternativ till anskaffning med hjälp av inköpscentraler.....	606
<b>29 Kommunal delegation och användning av fullmakt .....</b>	<b>609</b>
29.1 Intern delegation.....	609
29.1.1 Regelverket.....	609
29.1.2 Delegationsbestämmelserna gäller endast beslut i KL:s mening.....	610
29.1.3 Delegationens innebörd .....	611
29.2 Extern delegation .....	612
29.2.1 Fullmäktige .....	612
29.2.2 Nämnder .....	614
29.3 Användning av fullmakt .....	615
29.3.1 Fullmaktsinstitutet .....	615
29.3.2 Kommuner och landsting har begränsade möjligheter att använda fullmakt.....	615
29.4 Särskilt om upphandlingsärenden .....	619

29.4.1	Intern kommunal fördelning av beslutanderätt .....	620
29.4.2	Formella möjligheter för en kommun eller ett landsting att ta hjälp av någon annan i upphandlingsärenden .....	621
<b>30</b>	<b>Upphandling på uppdrag av kommuner och landsting...</b>	<b>625</b>
30.1	Samordnad upphandling .....	625
30.2	Upphandlingsuppdrag från enskilda kommuner eller landsting.....	640
<b>31</b>	<b>Behov av reglering .....</b>	<b>643</b>
31.1	Avgränsning ur ett kommunalrättsligt perspektiv .....	643
31.1.1	Överlämnande åt annan att ombesörja upphandling.....	644
31.1.2	Anlitande av annan för enskilda upphandlingar .....	645
31.2	Överföring av beslutanderätt till inköpscentraler som är ombud .....	647
31.2.1	Administrativt merarbete .....	647
31.2.2	Vissa följder av ofullständig administrativ samordning .....	650
31.2.3	Olika regler för likartade fall .....	650
31.2.4	Vissa kommunalrättsliga aspekter.....	651
31.2.5	Konsekvenser för konkurrensen .....	653
31.2.6	Kommuner och landsting bör ges möjlighet att överföra beslutanderätt till inköpscentraler som är ombud.....	662
31.3	Överföring av beslutanderätt till andra än inköpscentraler .....	664
31.3.1	Överföring av beslutanderätt till fristående enheter som omfattas av in house-undantaget.....	664
31.3.2	Överföring av beslutanderätt till andra som inte är inköpscentraler.....	666
<b>32</b>	<b>Utformning av regleringen .....</b>	<b>669</b>
32.1	Rättslig metod för överföring av beslutanderätt .....	669
32.1.1	Överföring bör ske genom delegation.....	669

32.1.2	Betydelse för ansvarsfördelningen.....	672
32.1.3	Betydelse för anbudsgivare .....	673
32.2	Regleringens innehåll.....	674
32.2.1	Vissa utgångspunkter .....	674
32.2.2	Nämnders beslutanderätt bör kunna delegeras till anställda i inköpscentraler.....	679
32.2.3	Nämnder bör kunna uppdra åt anställda m.fl. att besluta om delegation på nämndens vägnar .....	681
32.2.4	Undantag för vissa slags ärenden.....	684
32.2.5	Bestämmelser om jäv och om anmälan till delegerande nämnd m.m.....	685

## DEL E

### Ikraftträdande, konsekvenser och författningskommentar

<b>33</b>	<b>Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser.....</b>	<b>689</b>
33.1	Ikraftträdande .....	689
33.2	Övergångsbestämmelser.....	690
33.2.1	Förslaget om ett permanent in house-undantag i LOU.....	690
33.2.2	Förslaget till ändringar i KL.....	698
33.2.3	Förslaget till ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter.....	699
<b>34</b>	<b>Konsekvenser av förslagen.....</b>	<b>701</b>
34.1	Undantag från upphandlingsskyldighet i in house- situationer.....	701
34.2	Kommunalrättsliga principer och de kommunala företagen.....	710
34.3	Överföring av rätten att fatta upphandlingsbeslut från kommuner och landsting.....	715

<b>35 Författningskommentar .....</b>	<b>719</b>
35.1 Förslaget till lag om ändring i kommunallagen (1991:900) .....	719
35.2 Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.....	724
35.3 Förslaget till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter .....	726
35.4 Förslaget till lag om ändring i lagen (2010:570) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling .....	729
<b>Särskilt yttrande.....</b>	<b>731</b>
<b>Bilagor .....</b>	<b>741</b>
<i>Bilaga 1</i> Kommittédirektiv 2009:81.....	741
<i>Bilaga 2</i> Tilläggsdirektiv 2010:115.....	749
<i>Bilaga 3</i> Rättsutlåtande, Daniel Stattin .....	753
<i>Bilaga 4</i> Rättsutlåtande, Jörgen Hettne .....	765
<i>Bilaga 5</i> Rättsutlåtande, Tom Madell och Andrea Sundstrand.....	795

# Sammanfattning

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 aktiebolag, däribland det kommunala ändamål som fastställts för verksamheten liksom de kommunala befogenheter som gäller för denna. Styrelsens uppsiktsplikt över kommunala aktiebolag 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 aktiebolag 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 verksamhets-kriterierna). 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 upphandlingsskyldighet 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 upphandlingsskyldighet 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 upphandlingsskyldighet gäller även enligt den svenska upphandlingslagstiftningen. I de s.k. SYSAV-domarna, RÅ 2008 ref. 26, ställde 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 privaträttsliga 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. över-skjutande 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 införs 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 behovet av ett undantag i den lagen som väsentligt mindre än behovet av ett undantag i LOU.

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.

#### *Den närmare utformningen av ett in house-undantag i LOU*

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 upphandlingskyldighet 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 upphandlingskyldighet 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 upphandlingskyldighet för tjänstekontrakt 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-utred-

ningen 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 andelsförhållandena, 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 kom-

munalrättsliga 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 kompetensenlig 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.

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. Utred-

ningen anser att det därför bör gälla skyldighet för styrelsen att lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder för det fall det framkommit att det ändamål som fastställts av fullmäktige 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 över-

klagande. 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 intresse av att få information om verksamheten beaktas i tillräckligt hög utsträckning.

## 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 kommunalrätts-

ligt 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 kommunalför-

bund, 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 anlitan­de 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.

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.

# Förkortningar

AB	aktiebolag
ABL	aktiebolagslagen (2005:551)
bet.	betänkande
BNP	bruttonationalprodukt
CML Rev.	Common Market Law Review
dir.	direktiv
dnr	diarienummer
Ds	departementsserien
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europeiska gemenskapen
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning (numera EUT)
ERT	Europarättslig Tidskrift
EU	Europeiska unionen
EUF-fördraget	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
EU-fördraget	Fördraget om Europeiska unionen
Fi	Finansdepartementet
FL	lagen (1987:667) om ekonomiska föreningar
FRL	försäkringsrörelselagen (2010:2043)
FT	Förvaltningsrättslig Tidskrift
HBL	lagen (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag
JO	Justitieombudsmannen



JT	Juridisk Tidskrift
KL	kommunallagen (1991:900)
KOM	Europeiska kommissionen
KU	Konstitutionsutskottet
LOU	lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
LOV	lagen (2008:962) om valfrihetssystem
LUF	lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och post-tjänster
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
OFUKI- utredningen	Utredningen om offentliga företag – upphandling, kontroll, insyn
OSL	offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)
prop.	proposition
ref.	referat
REG	Rättsfallssamling från Europeiska unionens domstol och tribunal (tidigare Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt)
RF	regeringsformen (1974:152)
RiR	Riksrevisionens rapport
rskr.	riksdagsskrivelse
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SCB	Statistiska centralbyrån
SFS	Svensk författningssamling
SKL	Sveriges Kommuner och Landsting
SL	stiftelselagen (1994:1220)
SOU	Statens offentliga utredningar
SYSVA	Sydskånes avfallsaktiebolag
TF	tryckfrihetsförordningen (1949:105)
ÄLOU	lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

# Författningsförslag

OFUKI-utredningen har följande förslag till lagtext.

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

Härigenom föreskrivs i fråga om kommunallagen (1991:900)<sup>1</sup> 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 §<sup>2</sup>

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*

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*

<sup>1</sup> Lagen omtryckt 2004:93.

<sup>2</sup> Senaste lydelse 2006:369.

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 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.

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 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.

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

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 §<sup>3</sup>

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).

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).

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

<sup>3</sup> Senaste lydelse 2010:569.

den upphandlande myndigheten, denna verksamhet endast är av marginell karaktär.

*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 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 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.



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

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.

# 1 Om utredningen och betänkandet

## 1.1 Utredningens direktiv

OFUKI-utredningens uppdrag enligt det ursprungliga direktivet (dir. 2009:81) kan delas upp i tre olika delar.

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

Om utredningen finner att undantag bör införas ska författningsförslag och förslag till andra eventuella åtgärder lämnas. I de förslag som lämnas ska särskilt beaktas behovet av en väl fungerade konkurrens och den kommunala nivåns behov av organisatorisk frihet. Vidare ska särskilt belysas om det bl.a. av konkurrenshänsyn finns behov av sektoriellt begränsade undantag eller inte. För det fall utredningen anser att det bör införas ett undantag från kravet på upphandling ska förslag lämnas på alternativa åtgärder för att säkerställa att samhällets resurser används på ett effektivt sätt och att de EU-rättsliga principerna om fri rörlighet av varor och

tjänster på den inre marknaden beaktas. I detta sammanhang ska även statsstödsreglernas inverkan på ersättningen för ekonomisk verksamhet som inte upphandlats och bedrivs i enlighet med undantaget eller inom ramen för den egna förvaltningen belysas.

*För det andra* ska utredningen 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 lägga fram författningsförslag.

*För det tredje* ska utredningen utvärdera hur det regelverk som finns kring insyn i kommunala bolag och entreprenader har tillämpats i praktiken.

Genom OFUKI-utredningens tilläggsdirektiv (dir. 2010:115) vidgades uppdraget till att också omfatta ett *fjärde delområde*.

Enligt tilläggsdirektivet ska utredningen 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. Utredningen ska också 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. Vidare ska utredningen belysa vilka konsekvenser en eventuell möjlighet till delegation skulle få för de företag som avser att överklaga ett beslut och för konkurrensen, framför allt avseende små och medelstora företag. Om utredningen finner det lämpligt ska en sådan delegationsbestämmelse föreslås. Nödvändiga författningsförslag ska också utarbetas.

Enligt OFUKI-utredningens ursprungliga direktiv skulle uppdraget redovisas senast den 30 november 2010. Genom tilläggsdirektivet senarelades slutdatumet till den 29 april 2011.

Det ursprungliga direktivet återges i sin helhet i *bilaga 1* och tilläggsdirektivet likaledes i *bilaga 2*.

## 1.2 Utredningens arbete

OFUKI-utredningen har hållit 17 interna sammanträden, varav ett i internatform. Arbetet har bedrivits i nära samarbete med utredningens experter, både vid de sammanträden som hållits och genom kontakter däremellan.

Synpunkter från intresseorganisationer har inhämtats i samband med två referensgruppsmöten. De organisationer som deltagit med representanter är Almega, Avfall Sverige, Företagarna, Kommunala Företagens Samorganisation (KFS), Sveriges advokatsamfund, Sveriges Allmännyttiga Bostadsföretag (SABO), Sveriges Försäkringsförbund, Sveriges universitets- och högskoleförbund (SUHF) samt Återvinningsindustrierna. Fastighetsägarna Sverige har gett in skriftliga synpunkter.

OFUKI-utredningen har även träffat företrädare för kommuner, landsting, bolag och intresseorganisationer inom olika verksamhetsområden för att inhämta underlag och för att ge dessa tillfälle att ge sin syn på utredningens frågeställningar. Särskilt med avseende på förekomsten av behov av undantag från upphandlingskyldighet har utredningen träffat företrädare för bl.a. Stockholms läns landsting, Stockholms kommun, Sundsvalls kommun, kommunalförbundet Gästrikre Återvinnare, Luftfartsverket, bolag förvaltade av universiteten i Linköping, Uppsala respektive Karolinska Institutet, de s.k. programföretagen, SOS Alarm AB, Sundsvalls Energi AB, Sydkånes avfallsaktiebolag (SYSAV), Avfall Sverige samt Återvinningsindustrierna. Med avseende på frågan om hur kommuner och landsting genomför samordnade upphandlingar samt i vad mån de i övrigt överlåter åt annan att genomföra upphandlingar för deras räkning har OFUKI-utredningen träffat företrädare för Kammarkollegiet, SKL Kommentus Inköpscentral AB, Göteborgs Stads Upphandlings AB, Kommunupphandling Syd AB, Telge Inköp AB samt Halmstads, Lunds och Sollentuna kommuner.

OFUKI-utredningen har låtit genomföra två enkäter. Den ena enkäten riktades till offentligt ägda företag för att kartlägga deras handel med sina ägare och med bolag i samma koncern. Den andra enkäten var ställd till kommunerna i syfte att utvärdera hur de hanterar frågor om insyn. OFUKI-utredningen har också gjort en mindre undersökning riktade till kommunala bolag i syfte att utvärdera hur frågor om insyn hanteras i bolagen. Vidare har OFUKI-utredningen ställt frågor till de andra EU-medlemsstaterna, bl.a. om huruvida EU-domstolens praxis om de s.k. Teckal-kriterierna är tillämplig i deras nationella rättsordningar.

Internationella kontakter har också förevarit genom närvaro vid ett möte i Rådgivande kommittén för offentlig upphandling (Europeiska kommissionen) och vid en nordisk konferens mellan

departements- och myndighetstjänstemän verksamma på upphandlingsområdet.

Som del i utredningsarbetet har OFUKI-utredningen även inhämtat tre rättsutlåtanden. Ett av utlåtandena, som avgetts av jur. docenten Daniel Stattin, behandlar tillämpningen av det s.k. kontrollkriteriet på svenska aktiebolag och ekonomiska föreningar. Kontrollkriteriet i förhållande till svenska aktiebolag behandlas också i ett utlåtande som har inhämtats från professorn Tom Madell, som i sin tur anlitat doktoranden och advokaten Andrea Sundstrand som medförfattare. Det tredje utlåtandet, som inhämtats från jur. doktorn Jörgen Hettne avser bl.a. EU-rättsliga förutsättningar för införlivning av de s.k. Teckal-kriterierna i svensk upphandlingsrätt. Rättsutlåtandena återges i sin helhet i *bilaga 3–5*.

### 1.3 Betänkandets innehåll

På motsvarande sätt som OFUKI-utredningens uppdrag kan uppdelas i fyra delområden, består också betänkandet av i huvudsak fyra delar (jfr avsnitt 1.1). Den första delen avser frågan om införande av ett undantag från upphandlingskyldighet för s.k. in house-situationer i de svenska upphandlingslagarna. Den andra delen gäller frågor om de kommunalrättsliga principerna i förhållande till de kommunala företagen. I den tredje delen behandlas tillämpningen av insynsregler i kommunala bolag och entreprenader. Slutligen avser den fjärde delen frågan om införande av bestämmelser som gör det kommunalrättsligt möjligt för kommuner och landsting att överlämna rätten att fatta upphandlingsbeslut till någon annan.

*Den första delen* av betänkandet omfattar kapitel 2–22. Inledningsvis beskrivs upphandlingsregelverket, kapitel 2, och förekomsten av ett avtal mellan två parter som förutsättning för upphandlingskyldighet, kapitel 3. EU-domstolens praxis om det s.k. in house-undantaget m.m. och undantagets räckvidd behandlas därefter i kapitel 4–5.

En beskrivning av regelverket för den interna statliga respektive kommunala organisationen återfinns i kapitel 6–7. Vidare beskrivs kommunalrättsliga organisationer för samverkan, organisatoriskt och upphandlingsrättsligt, i kapitel 8. Även privaträttsliga organisationsformer i offentlig verksamhet behandlas, i kapitel 9.

Avsnitt av mera faktamässigt slag finns i kapitel 10–16. I kapitel 10–12 redovisas i vilken utsträckning som staten, landstingen och kommunerna äger företag samt omfattningen av och inriktningen på deras verksamheter. I kapitel 13 finns en motsvarande beskrivning avseende kommunalförbund och gemensamma nämnder samt en redovisning av hur kommunalförbunden finansieras. Kapitel 14 behandlar frågan om i vilken utsträckning handel förekommer mellan det offentliga och dess företag. Uppgifter som berörda aktörer lämnat till OFUKI-utredningen angående frågan om ett in house-undantag redovisas i kapitel 15. En internationell utblick i ämnet återfinns i kapitel 16.

I kapitel 17 behandlas grundläggande rättsliga förutsättningar för ett in house-undantag i svensk rätt, utifrån EU-rätten och svensk upphandlingslagstiftning. OFUKI-utredningens analys i frågan om ett in house-undantag bör införas i de svenska upphandlingslagarna återfinns i kapitel 18. I de därpå följande kapitlen 19–20 behandlas frågan om det s.k. kontrollkriteriet kan vara uppfyllt beträffande svenska privaträttsliga associationer, särskilt aktiebolag, samt kommunalförbund och gemensamma nämnder. Den närmare utformningen av ett in house-undantag i LOU behandlas i kapitel 21.

I kapitel 22 diskuteras alternativ till införande av ett in house-undantag samt frågor om statligt stöd.

*Den andra delen* av betänkandet omfattar kapitel 23–25. I det inledande kapitlet 23 redogörs för regelverket om de kommunalrättsliga principerna och om undantag från dessa. Dagens möjligheter till rättslig prövning av principernas efterlevnad behandlas därefter i kapitel 24. OFUKI-utredningens bedömning av vilka problem som kan finnas på området samt förslag till åtgärder redovisas i kapitel 25.

I *den tredje delen* av betänkandet beskrivs regelverket om insyn i kommunala företag och entreprenader, kapitel 26, samt redovisas OFUKI-utredningens utvärdering av tillämpningen av dessa regler, kapitel 27.

*Den fjärde delen* av betänkandet omfattar kapitel 28–32. I de första av dessa beskrivs regleringen av inköpscentraler m.m., kapitel 28, samt regelverket om kommunal delegation och användning av fullmakt, kapitel 29. I kapitel 30 återfinns en beskrivning av hur kommuner och landsting genomför samordnade upphandlingar samt OFUKI-utredningens bedömning av i vad mån det förekommer att de annars överlåter åt någon annan att upphandla för deras

räkning. Kapitel 31 innehåller utredningens bedömning i frågan om det bör införas bestämmelser som gör det kommunalrättsligt möjligt för kommuner och landsting att överlämna rätten att fatta upphandlingsbeslut till någon annan. Utformningen av sådana bestämmelser behandlas i kapitel 32.

De därpå följande kapitlen 33–35 innehåller avsnitt av gemensam karaktär för betänkandets olika delområden. I kapitel 33 behandlas frågor om ikraftträdande- och övergångsbestämmelser. Konsekvenser av OFUKI-utredningens förslag tas upp i kapitel 34. Slutligen finns författningskommentarer till utredningens föreslagna bestämmelser i kapitel 35.

Del A

Undantag från  
upphandlingsskyldighet i  
in house-situationer



## 2 Regleringen om upphandling

### 2.1 En överblick

#### 2.1.1 Svensk rätt

Regler om upphandling återfinns i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. Dessa lagar trädde i kraft den 1 januari 2008 och ersatte då lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

LOU reglerar förfaranden m.m. för offentlig upphandling som görs av – förenklat uttryckt – myndigheter och offentligt styrda organ. Genom LOU genomfördes Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska direktivet).

LUF reglerar förfaranden m.m. för upphandling inom försörjningssektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster. Liksom LOU gäller LUF för upphandling som görs av – förenklat uttryckt – myndigheter och offentligt styrda organ. Därutöver gäller LUF för upphandling som görs av dels företag vilka en myndighet har ett bestämmande inflytande över (offentliga företag), dels privata företag som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna. Upphandling inom de områden som omfattas av LUF har undantagits från tillämpningsområdet för LOU. Genom LUF genomfördes Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfaranden vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet).

Utöver bestämmelser om upphandling på direktivstyrda områden innehåller LOU och LUF också regler som inte styrs eller endast delvis styrs av EU-direktiven (15 kap. i båda lagarna). Dessa bestämmelser reglerar bl.a. upphandlingar vilkas värde understiger

de s.k. tröskelvärden som avgränsar tillämpningsområdet för direktiven samt upphandling av s.k. B-tjänster som huvudsakligen faller utanför direktivens tillämpningsområde.

Lagbestämmelser på upphandlingsområdet finns även i lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) som trädde i kraft den 1 januari 2009. I denna lag finns regler om vad som gäller för de kommuner och landsting som vill konkurrenspröva kommunala verksamheter genom att överlåta valet av utförare av stöd, vård- och omsorgstjänster till brukaren eller patienten. Kontrakt inom ett valfrihetssystem har i lagstiftningsarbetet bedömts vara tjänstekoncessioner (prop. 2008/09:29, s. 52).

Valfrihetssystem enligt LOV är ett alternativ till upphandling enligt LOU och kan tillämpas på bl.a. omsorgs- och stödverksamhet för äldre och för personer med funktionsnedsättning samt på hälso- och sjukvårdstjänster. Enligt 5 § hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) finns en skyldighet för landstingen att organisera primärvården med tillämpning av LOV så att invånarna fritt kan välja utförare av primärvårdens tjänster. Det ska alltså finnas värvalssystem för primärvården i alla landsting. Vidare finns exempelvis bestämmelser i lagen (2010:197) om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare om att Arbetsförmedlingen i vissa fall är skyldig att tillämpa LOV.

LOV har inte tillkommit i syfte att genomföra något direktiv.

## 2.1.2 Unionsrätten

### Regler i fördrag

I EU-fördragen finns ingen artikel som uttryckligen gäller offentlig upphandling men flera bestämmelser och de principer de ger uttryck för har utgjort grund för direktiven på upphandlingsområdet. Fördragsbestämmelserna kan även ha direkt betydelse för vissa upphandlingar som inte omfattas av direktiven, t.ex. upphandlingar vars värde understiger tröskelvärdena eller som avser tjänstekoncessioner (se bl.a. domarna i mål C-324/98, *Telaustria* och *Telefonadress*, punkt 60, C-458/03, *Parking Brixen*, punkt 46, respektive C-203/08, *Sporting Exchange*, punkt 39).

Av särskilt intresse på upphandlingsområdet är bestämmelserna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) om icke-diskriminering i artikel 18, om förbudet mot

kvantitativa restriktioner i artiklarna 34 och 35, om etableringsrätt i artikel 49 och om fri rörlighet av tjänster i artikel 56 (tidigare artiklarna 12, 28, 29, 43 och 49 i EG-fördraget) Bestämmelserna ger uttryck för flera grundläggande unionsrättsliga principer som EU-domstolen ofta åberopat i upphandlingsmål. Principerna avser krav på icke-diskriminering, likabehandling, transparens och öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande (se kommissionens tolkningsmeddelande [2006/C 179/2] om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling).

### Regler i direktiv m.m.

Unionsrätten har sedan länge innehållit direktivregler om offentlig upphandling för den s.k. klassiska sektorn och om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och telekommunikation, de s.k. försörjningssektorerna.

Förutom bl.a. materiella ändringar och tillägg innebar antagandet av det klassiska direktivet (direktiv 2004/18/EG) den 31 mars 2004 att regler i tre äldre direktiv sammanfördes i en rättsakt. De tidigare direktiven var rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (tjänstedirektivet), 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (varudirektivet) och 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader (byggtreprenadsdirektivet).

Försörjningsdirektivet (direktiv 2004/17/EG) av den 31 mars 2004 ersatte rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.

Centrala bestämmelser på upphandlingsområdet finns i övrigt i två direktiv om rättsmedel vid överträdelse av reglerna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Dessa är rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten samt 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om unionsregler om upphandlingsförfaranden

tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna. Direktiven har ändrats i flera avseenden genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling. Rättsmedelsdirektivens bestämmelser har genomförts genom det regelverk som numera finns i LOU respektive LUF (nämnda ändringsdirektiv har genomförts genom lagändringar som trädde i kraft den 15 juli 2010).

Den 13 juli 2009 utfärdades Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG 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 lagrådsremissen *Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet*, beslutad den 3 februari 2011, har regeringen lämnat förslag till genomförande av direktivet i svensk rätt. Lagrådet har yttrat sig över förslaget och ärendet bereds för närvarande av Regeringskansliet.

Bestämmelser om tilldelning av avtal om allmän trafik finns i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70.

## **2.2 Tillämpningsområdet för LOU och LUF**

### **2.2.1 Allmänt**

LOU gäller vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Dessutom gäller lagen när upphandlande myndigheter anordnar projekttävlingar. Även LUF reglerar förfarandena m.m. för upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader samt för anordnande av projekttävlingar. Avgörande för om en upphandling ska göras enligt LUF är, som tidigare berörts, vilken typ av verksamhet som en upphandlande enhet bedriver. Båda lagarna innehåller dels bestämmelser som omfattas av direktiven, dels bestämmelser som inte omfattas av direktiven.

I respektive lag anges ett antal olika undantag från lagens tillämpningsområde. Exempelvis gäller lagarna inte sådana kontrakt som avser förvärv, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet. LOU och LUF är inte heller tillämpliga på t.ex. tjänstekontrakt som tilldelas en upphandlande myndighet som har en särskild ensamrätt att utföra tjänsten. Tjänstekoncessioner är endast i begränsad utsträckning reglerade i LOU och omfattas inte av tillämpningsområdet för LUF (se även avsnitt 17.1.2). Tilldelning av byggkoncessioner omfattas inte heller av regleringen i LUF.

Från LUF:s tillämpningsområde finns särskilda undantag i fråga om anknutna företag och samriskföretag (1 kap. 15–17 §§ LUF). Motsvarande regler saknas i LOU. Reglerna i LUF innebär att lagen inte gäller för kontrakt som en upphandlande enhet tilldelar ett s.k. anknutet företag och inte heller för kontrakt som ett samriskföretag, bildat uteslutande av flera upphandlande enheter för att bedriva verksamhet som omfattas av lagens tillämpningsområde, tilldelar ett företag som är anknutet till någon av dem. En förutsättning är att leverans med anledning av tilldelningen motsvarar minst 80 procent av det anknutna företags genomsnittliga omsättning av byggtreprenader, varor eller tjänster under de föregående tre åren. Vidare är LUF inte tillämplig på kontrakt som ett samriskföretag tilldelar en av de upphandlande enheter som bildat det. Detsamma gäller för kontrakt som en upphandlande enhet tilldelar ett sådant samriskföretag som enheten ingår i. Samriskföretaget ska dock i sådant fall ha bildats för att utföra den aktuella verksamheten under en tid av minst tre år. Vidare ska det i den handling som upprättats för bildandet av företaget anges att de upphandlande enheter som det består av kommer att ingå i det under minst samma tid.

Lagarnas tillämpningsområden och undantag från dessa regleras i 1 kap. LOU och 1 kap. LUF. I 2 kap. LOU och 2 kap. LUF återfinns definitioner av de begrepp som används i lagarna. Av särskilt intresse för tillämpligheten av LOU och LUF är definitionerna av begreppen kontrakt, upphandlande myndighet och enhet, offentligt styrda organ och leverantör (se följande avsnitt).

EU-rättens och den svenska lagstiftningens betydelse för sådana bestående kontrakt som tilldelats före Sveriges anslutning till EES-avtalet den 1 januari 1994 behandlas i avsnitt 33.2.1.

## 2.2.2 Särskilt om vissa definitioner

### Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

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 begrepp avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggentreprenader (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 jämföras 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).

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 byggentreprenad, 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 byggentreprenadkontrakt, tjänstekontrakt och varukontrakt (2 kap. 3, 18 och 21 §§ LOU). Dessa baseras på definitionen av kontrakt.

Ett temporärt undantag från definitionen av kontrakt infördes den 15 juli 2010 och upphör att gälla den 1 januari 2013 (2 kap. 10 a § LOU). Undantaget avser avtal som sluts mellan vissa upphandlande myndigheter och vissa leverantörer i fall då det finns ett visst samband mellan parterna. För att undantaget ska vara tillämpligt ska den upphandlande myndigheten vara antingen en statlig

eller kommunal myndighet, en beslutande församling i en kommun eller ett landsting eller en sammanslutning av en eller flera sådana myndigheter eller församlingar. Den upphandlande myndigheten kan alltså inte vara ett offentligt styrt organ. Leverantören ska vara antingen en juridisk person som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900). Som förutsättning för undantaget gäller också att leverantören ska ha en viss ytterligare anknytning till den upphandlande myndigheten. Den upphandlande myndigheten ska utöva en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning. Vidare ska, i fall då den juridiska personen eller den gemensamma nämnden även utför verksamhet tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten, denna verksamhet endast vara av marginell karaktär. Undantagsbestämmelsen är tillämplig även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet och fortsätter efter den 1 januari 2013 att gälla för avtal som har slutits dessförinnan. Bakgrunden till det temporära undantaget behandlas i avsnitt 3.2.2.

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). På likartat sätt definieras *byggkoncession* som ett kontrakt av samma slag som ett byggtreprenadkontrakt men som innebär att ersättningen helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja anläggningen (2 kap. 4 § LOU).

### **Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster**

På likartat sätt som för LOU måste det, utom för anordnande av projekttävlingar, vara fråga om *upphandling* för att LUF ska vara tillämplig (1 kap. 2 § första stycket LUF). Med upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande enhet i syfte att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader (2 kap. 23 § LUF).

Begreppet *upphandlande enhet* inbegriper upphandlande myndigheter, definierat på samma sätt som i LOU, men också sådana företag som en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över eller som bedriver viss verksamhet med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt (2 kap. 20 § LUF). Definitionen innebär att privata företag kan vara upphandlande enheter.

I LUF finns en definition av *kontrakt* som överensstämmer med definitionen i LOU, dock med den skillnaden att begreppet ”upphandlande enheter” används i stället för ”upphandlande myndigheter” (2 kap. 10 § LUF). Något undantag från definitionen motsvarande det temporära undantaget i LOU finns inte i LUF. Liksom i LOU finns däremot särskilda definitioner av byggtreprenadkontrakt, tjänstekontrakt och varukontrakt (2 kap. 3, 19 och 24 §§ LUF). Begreppet *leverantör* definieras på samma sätt som i LOU (2 kap. 11 § LUF).

Med *anknutet företag* avses bl.a. företag över vilket en upphandlande enhet har ett bestämmande inflytande och företag som kan utöva ett bestämmande inflytande över en upphandlande enhet (2 kap. 2 § LUF).

*Begreppet tjänstekoncession* definieras på samma sätt som i LOU (2 kap. 18 § LUF). Även begreppet *byggkoncession* har samma innebörd som i LOU (2 kap. 4 § LUF).

## 2.3 Upphandlingsförfaranden enligt LOU och LUF

Regleringen i LOU respektive LUF om bl.a. förfaranden för upphandling skiljer sig åt beroende på om föremålet för upphandlingen faller inom eller utanför EU-direktivens tillämpningsområden. Avgörande för detta är bl.a. värdet av upphandlingen. Såvitt avser tjänster är också en klassificering av dessa som A- eller B-tjänster av betydelse.

LOU:s och LUF:s bestämmelser som genomför direktiven är tillämpliga när värdet av upphandlingen uppgår till ett visst belopp (tröskelvärde), dock endast i begränsad utsträckning för s.k. B-tjänster. Bestämmelser om tröskelvärden och hur värdet av ett upphandlingskontrakt ska beräknas återfinns i 3 kap. LOU respektive LUF. Det finns olika tröskelvärden beroende på vad som ska upphandlas och om upphandlingen görs av en upphandlande myndighet inom den klassiska sektorn eller av en upphandlande enhet



inom någon av försörjningssektorerna. Tröskelvärdena fastställs på unionsnivå med beaktande av det gränsöverskridande intresset. Aktuella tröskelvärden i svensk valuta framgår av tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

Tjänster är kategoriserade som antingen A- eller B-tjänster. Till A-tjänster räknas sådana tjänster som traditionellt sett ansetts lämpa sig väl för gränsöverskridande handel, exempelvis landtransporter, datatjänster, revision och fastighetsförvaltning (se bilaga 2 till LOU respektive LUF). B-tjänster är sådana tjänster som normalt sett är mindre väl lämpade för gränsöverskridande handel. Vilka tjänster som är B-tjänster framgår av bilaga 3 till LOU respektive LUF. Uppräkningen i bilagan omfattar exempelvis hotell- och restaurangtjänster, järnvägs- och sjötransport samt juridiska tjänster. Upphandling av B-tjänster faller i huvudsak utanför direktivens tillämpningsområden, oavsett värdet på dessa.

Bestämmelserna i 15 kap. LOU respektive LUF reglerar upphandling som helt eller delvis faller utanför direktivens tillämpningsområden. Bestämmelserna tillämpas bl.a. vid upphandling som avser B-tjänster eller andra kontrakt vars värde inte överstiger tröskelvärdena (1 kap. 2 § andra stycket LOU respektive LUF).

### 2.3.1 Förfaranden vid direktivstyrd upphandling

Regler om upphandlingsförfaranden finns i 4 kap. LOU respektive LUF. Vidare finns bestämmelser om ramavtal och om elektronisk auktion i 5 kap. och 5 a kap. respektive lag.

Vid offentlig upphandling enligt LOU ska som huvudregel tillämpas ett öppet eller ett selektivt förfarande. Under vissa omständigheter får dock ett förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering användas. Dessutom får en konkurrenspräglad dialog användas som förfarande under vissa förutsättningar. Även upphandling enligt LUF kan ske med användning av ett öppet eller selektivt förfarande. Vid upphandling enligt LUF får även, till skillnad från vad som gäller enligt LOU, användas ett förhandlat förfarande med föregående annonsering utan att några särskilda förutsättningar måste vara uppfyllda. Såväl enligt LOU som enligt LUF gäller att anskaffning får ske med hjälp av en inköpscentral (se kapitel 28).

Med öppet förfarande avses ett annonserat förfarande där alla leverantörer som vill får lämna anbud. Ett selektivt förfarande ska

annonseras och alla intresserade leverantörer får ansöka om att få lämna anbud men endast de som bjudits in av den upphandlande myndigheten eller enheten får göra det. I ett förhandlat förfarande med föregående annonsering får den upphandlande myndigheten eller enheten bjuda in utvalda leverantörer och förhandla om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem. Ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering får endast ske under vissa omständigheter, såväl enligt LOU som enligt LUF. Förfarandet innebär att en direktupphandling kan göras på så sätt att den upphandlande myndigheten eller enheten kan vända sig direkt till en leverantör.

### **2.3.2 Förfaranden vid upphandling som inte är direktivstyrd**

Enligt reglerna i 15 kap. LOU respektive LUF ska upphandling göras genom ett förenklat förfarande eller ett urvalsförfarande. Vidare får upphandling ske genom direktupphandling om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av tillämpligt tröskelvärde eller om det finns synnerliga skäl. Vid offentlig upphandling enligt LOU får även en konkurrenspräglad dialog användas om inte ett förenklat förfarande eller ett urvalsförfarande medger tilldelning av kontrakt.

Vid förenklat förfarande ska den upphandlande myndigheten eller enheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens. Vid tillämpning av urvalsförfarande ska den upphandlande myndigheten eller enheten publicera en ansökningsinbjudan genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

Regleringen i 15 kap. LOU respektive LUF möjliggör anskaffning med hjälp av inköpscentraler liksom användning av ramavtal (se kapitel 28).

## 3 Avtal mellan två parter som förutsättning för upphandlings- skyldighet

### 3.1 Allmänt om verksamhet i egen regi

#### 3.1.1 Svensk rätt

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).

Bestämmelserna i LOU och LUF innebär i detta avseende inte någon skillnad i jämförelse med den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, ÄLOU. I Upphandlingskommitténs delbetänkande *Effektivare offentlig upphandling – för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt* (SOU 1999:139, s. 72) beskrivs i fråga om ÄLOU att det inte finns något juridiskt hinder i denna mot att en upphandlande enhet med egen personal producerar alla de tjänster som behövs i den egna verksamheten. Vidare anges att det är när enheten bestämt sig för att pröva om marknaden (externa offentliga och privata producenter) kan erbjuda ett bättre och billigare alternativ till produktion i egen regi, som lagen blir tillämplig.

I rättsfallet RÅ 2009 ref. 43, som gällde huruvida en upphandlande enhet hade fog för sitt beslut att avbryta en offentlig upp-

handling enligt ÄLOU, anförde Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen) bl.a. att en upphandlande enhet har skyldighet att upphandla när den avser att anskaffa en vara, en tjänst eller en byggtreprenad och att den upphandlande enheten först då måste öppna sig mot marknaden och söka upp den konkurrens som finns.

### 3.1.2 Unionsrätten

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.

Det klassiska direktivet (2004/18/EG) är enligt artikel 7 tillämpligt på offentliga kontrakt om de inte omfattas av särskilt angivna undantag i artiklarna 10–18 och om deras värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst vissa tröskelvärden. Begreppet offentliga kontrakt, som definieras i artikel 1.2 a, utgör därmed grund för en avgränsning av direktivets tillämpningsområde. Enligt definitionen avses skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv.

Även i de äldre direktiven på det klassiska området fanns definitioner av kontrakt (artikel 1 a i respektive direktiv). Definitionen i det nya direktivet motsvarar dessa och någon ändring har inte varit avsedd. I försörjningsdirektivet (2004/17/EG) finns en definition av kontrakt i artikel 1.2 a som även den motsvarar definitionen i det klassiska direktivet.

I domen i mål C-26/03, Stadt Halle, gav EU-domstolen uttryck för synen på verksamhet i egen regi genom följande uttalande (punkt 48).

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. De gemenskapsrättsliga bestämmelserna angående offentlig upphandling ska då inte tillämpas.

Resonemanget i domen avsåg tillämpning av det äldre tjänstedirektivet (92/50/EEG) och dess definition av kontrakt i artikel 1 a men har på likartat sätt framförts av EU-domstolen beträffande övriga äldre förfarandedirektiv på det klassiska området (93/36/EEG och 93/37/EEG) liksom direktiv 2004/18/EG och fördragets grundläggande bestämmelser (bl.a. EU-domstolens domar i mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 60–61, mål C-537/07, Sea, punkt 57, och mål C-324/07, Coditel, punkt 48).

## 3.2 Gränser för verksamhet i egen regi

### 3.2.1 Transaktioner inom samma juridiska person

#### Svensk rätt

Trots att uppkomsten av ett avtal är en förutsättning för upphandlingsskyldighet har transaktioner mellan enheter inom samma juridiska person, dvs. inom ramen för ett och samma rättssubjekt, i vissa fall ansetts kunna ge upphov till krav på upphandling.

Rättsfallet NJA 2001 s. 3 gällde en fråga om skadeståndsskyldighet enligt ÄLOU i ett fall då ett landsting avbrutit ett upphandlingsförfarande för att utföra verksamheten i egen regi. Högsta domstolen konstaterade att lagen måste antas vila på principen att det inte är fråga om upphandling när en enhet väljer att själv utföra en tjänst, s.k. egenregiverksamhet. Vidare tillade Högsta domstolen följande.

I skilda sammanhang efter lagens tillkomst har antagits att det med hänsyn härtill inte innebär upphandling i lagens mening, om en enhet beställer varor eller tjänster från en annan enhet som ingår i samma juridiska person (se t.ex. SOU 1999:139, s. 71). Huruvida ett sådant antagande i alla lägen är hållbart kan vara föremål för diskussion. När det gäller offentlig verksamhet kan stundom även avtal träffade inom samma juridiska person tänkas ha viss civilrättslig betydelse. Det kan i andra fall tänkas att enheterna är så fristående i förhållande till varandra att ett köp eller någon liknande transaktion dem emellan inte rimligen kan karaktäriseras som ett uttryck för egenregiverksamhet utan bör falla in under upphandlingsbegreppet.

I ett senare yttrande till Högsta domstolen anförde den dåvarande Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att domstolens synsätt i NJA 2001 s. 3 skulle kunna tänkas vara tillämpligt då det är fråga om tilldelning av upphandlingskontrakt mellan enheter, som

är att betrakta som olika upphandlande enheter inom samma juridiska person (NOU:s dnr 2003/0229-29). Avgörande för om en transaktion är att betrakta som offentlig upphandling torde, enligt NOU, vara huruvida tjänstens tillhandahållande eller varuleveransen förutsätter en civilrättslig avtalsreglering. NOU angav vidare att något behov av att sluta ett kontrakt med en utomstående inte uppkommer om leveranserna kan tillförsäkras genom överenskommelse med egenregiverksamhet eller sådant organ som på grund av sin anknytning till beställaren de facto kan jämföras med egen regi.

I en dom den 24 mars 2004 (mål nr 139-04) tog Kammarrätten i Stockholm bl.a. ställning till om Styrelsen för internationellt utvecklingssamarbete (Sida), som är en statlig myndighet, haft fog för att avbryta en påbörjad upphandling av ett utbildningsprogram enligt ÄLOU. Bakgrunden var att Sida, vid utvärderingen av inkomna anbud, fann att Institutet för fortbildning av journalister (Fojo) hade lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Beslutet att avbryta upphandlingen motiverades med att Fojo är en statlig inrättning och därför tillhör samma juridiska person som Sida. Beslutet innefattade att Sida skulle ingå en överenskommelse med Fojo om genomförande av utbildningsprogrammet.

Kammarrätten gjorde bedömningen att Fojo inom den juridiska personen staten intar en från Sida väsensskild roll och därmed såsom leverantör har en gentemot den upphandlande enheten självständig funktion. Fojos utförande av uppdrag som institutet tilldelats från Sida skulle därmed inte, enligt kammarrätten, kunna anses som verksamhet i Sidas egen regi. Mot denna bakgrund ansåg kammarrätten att det inte fanns skäl att avbryta den aktuella upphandlingen endast på den grunden att Sida och Fojo utgör delar av samma juridiska person. Kammarrättens dom har vunnit laga kraft.

I rapporten *Utredning om konkurrensneutralitet i Sidas upphandlingar* (den 4 mars 2008), som tagits fram av AffärsConcept i Stockholm AB på uppdrag av Sida, görs bedömningen att LOU är tillämplig när en statlig myndighet köper varor eller tjänster av en annan statlig myndighet, oaktat det förhärskande synsättet att myndigheterna ingår i den juridiska personen staten (s. 24 f.).

Ett motsatt synsätt finns i Förvaltningskommitténs slutbetänkande *Förslag till en effektivare statsförvaltning* (SOU 2008:118, s. 116 och s. 134). I detta betänkande konstateras bl.a., med hänvisning till SOU 1999:139, s. 74, att eftersom upphandlingslagstiftningen inte är tillämplig vid "intern upphandling"

mellan statliga förvaltningsmyndigheter behöver en statlig förvaltningsmyndighet i dag inte tillämpa denna lagstiftning, när den anskaffar en vara eller tjänst av en annan statlig myndighet. I betänkandet föreslås att den upphandlande enheten staten ska anta riktlinjer för ”intern upphandling” som bygger på upphandlingslagstiftningens principer. Betänkandet har remissbehandlats och förslagen bereds inom Regeringskansliet (se prop. 2008/09:231, s. 21).

I propositionen *Upphandling från statliga och kommunala företag* (prop. 2009/10:134, s. 45) konstaterar regeringen att rättsläget är något oklart men anger också som sin uppfattning att rättspraxis inte ger stöd för att upphandlingsrättsliga avtal normalt sett uppkommer mellan enheter inom en och samma juridiska person.

## Unionsrätten

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.

Domstolens dom i mål C-107/98, Teckal, antyder i och för sig att det finns en skyldighet att genomföra upphandling om enheterna är formellt fristående. I domslutet anförde EU-domstolen att det nu upphävda varudirektivet (93/36/EEG) är tillämpligt när en upphandlande myndighet, såsom en lokal myndighet, avser att skriftligen ingå ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor om leverans av varor med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet, oavsett huruvida denna enhet själv är en upphandlande myndighet (se även bl.a. domarna i mål C-94/99, ARGE, punkt 40, och mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 57). Frågan om under vilka förhållanden två enheter är fristående på detta sätt – när de tillhör samma juridiska person – har dock inte närmare belysts av domstolen.

### 3.2.2 Transaktioner mellan olika juridiska personer

Utifrån definitionerna av kontrakt i 2 kap. 10 § LOU respektive LUF är lagarna tillämpliga på upphandlande myndigheters eller enheters anskaffning från andra juridiska personer (se avsnitt 2.2.2). Detsamma gäller enligt upphandlingsdirektiven. Genom en tolk-

ning av det unionsrättsliga kontraktsbegreppet har dock EU-domstolen klargjort att upphandling inte krävs enligt EU-rätten om det finns ett visst samband mellan den offentliga myndighet som är upphandlande myndighet och den fristående enhet som anskaffningen sker från. Detta undantag från upphandlingsskyldighet slogs fast för första gången i domen i mål C-107/98, Teckal, och har bekräftats genom ett flertal senare domar (se bl.a. kapitel 4). Om undantaget är tillämpligt ses relationen mellan den upphandlande myndigheten och leverantören som intern.

I de s.k. SYSAV-målen (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 ÄLOU som vid tillämpning av unionsrätten (se avsnitt 17.1.1). Regeringsrätten fann att så inte var fallet eftersom lagen inte innehöll ett sådant undantag.

Regeringsrättens avgörande har föranlett införandet av den temporära bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU (se avsnitt 2.2.2). Härigenom har i avvaktan på resultatet av OFUKI-utredningens arbete möjliggjorts att statliga och kommunala myndigheter kan anskaffa varor och tjänster m.m. från bl.a. juridiska personer som de äger eller är medlemmar i utan att någon upphandling behöver göras (se prop. 2009/10:134). Som förutsättning gäller att villkor motsvarande de kriterier som följer av EU-domstolens praxis är uppfyllda. Dessa villkor är också avsedda att tolkas i enlighet med denna praxis (samma prop., s. 58).



## 4 EU-domstolens praxis om in house-undantaget, m.m.

### 4.1 Inledning

Genom EU-domstolens dom i mål C-107/98, Teckal, och flera efterföljande domar står det klart att EU-rätten inte kräver att upphandling genomförs när anskaffning sker från en fristående enhet som har ett visst samband med den offentliga myndighet som är upphandlande myndighet. Redan i domen i Teckal-målet slogs de övergripande förutsättningarna för detta undantag fast, nämligen det s.k. *kontrollkriteriet* och det s.k. *verksamhetskriteriet*. 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 (närmare analyser finns även i kapitel 5, 19 och 20). De avgöranden som hittills finns på området är särskilt 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,
- 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 Italienska republiken (*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 Italienska republiken, 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, och
- 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.
- 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.

Domen i mål C-480/06, kommissionen mot Tyskland (Hamburg) gällde en situation då flera offentliga aktörer samverkade utan att samarbetet skedde inom ramen för en fristående enhet. Det var alltså inte fråga om huruvida en fristående enhet kunde betraktas som intern eller "in house" i förhållande till en eller flera upphandlande myndigheter. Domen behandlas i avsnitt 4.9.

I kommissionens *Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad*, den 27 januari 2011 (KOM[2011] 15 slutlig), har kommissionen efterfrågat synpunkter på huruvida lagstiftning som motsvarar EU-domstolens ovannämnda praxis bör införas på EU-nivå. Grönboken är ett första steg i ett samrådsförfarande med berörda parter inför framtida förslag om ändringar av EU:s upphandlingsdirektiv. I grönboken behandlas bl.a. samarbete mellan offentliga myndigheter (offentligt–offentligt samarbete) utifrån EU-domstolens avgöranden. Kommissionen anger bl.a. att domstolens framväxande rättspraxis har gett upphov till en tämligen komplicerad bild av möjliga undantag för samarbete mellan offentliga myndigheter. Enligt kommissionen har erfarenheten visat att upphandlande myndigheter inte alltid är på det klara med huruvida och under vilka omständigheter deras förbindelser faller inom tillämpningsområdet för EU:s lagstiftning på området för offentlig upphandling. För att möta detta behov av klargörande i det korta perspektivet anger kommissionen att den kommer att ge vägledning om tolkningen av rättspraxis i ett arbetsdokument från kommissionens avdelningar. Detta dokument, som ännu inte publicerats, kommer enligt grönboken att offentliggöras under 2011.

I grönboken anges att huvudfrågan emellertid gäller om och hur problemställningen bör hanteras av lagregler som särskilt skulle kunna ange en tydlig definition av de former av samarbete som ligger utanför tillämpningsområdet för EU:s upphandlingsdirektiv.

## 4.2 Mål C-107/98, Teckal

I domen i mål C-107/98, Teckal, tolkade EU-domstolen definitionen av varuupphandlingskontrakt som fanns i artikel 1 a i det nu upphävda varudirektivet (93/36/EEG). 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 företags-typen 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 (punkt 47 och 49). EU-domstolen anförde därefter följande (punkt 50).

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.

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.

### 4.3 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 enligt 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 (punkt 55).

Enligt domstolens fasta rättspraxis krävs det enligt direktiven om offentlig upphandling inte någon anbudsinfördan, 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 ska utöva en kontroll över den fristående enheten motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning, och denna enhet ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den.

Likartade beskrivningar av in house-undantaget finns i bl.a. domarna i mål C-480/06, kommissionen mot Tyskland (Hamburg), punkt 34, och C-537/07, Sea, punkt 36.

Även om det således finns en fast praxis från EU-domstolen är domstolens formulering av Teckal-kriterierna och in house-undantaget delvis oklar, bl.a. på grund av att de olika språkversionerna av

domarna innehåller uttryck som i vissa avseenden inte är helt förenliga med varandra.

#### 4.3.1 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, C-29/04, kommissionen mot Österrike (Mödling), punkt 34, C-295/05, Asemfo, punkt 55 och mål C-537/07, 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 målen Teckal, punkt 51, Stadt Halle, punkt 49, C-458/03, Parking Brixen, punkt 57, Mödling, punkt 34, Asemfo, punkt 55 och C-480/06, kommissionen mot Tyskland (Hamburg), punkt 34.

På rättegångsspråken har domstolen uttryckt sig på ett liknande sätt. I den italienska versionen av Teckal-domen förekommer således både begreppet *una persona giuridicamente distinta* och begreppet *un ente distinto*. I spanska versioner förekommer uttrycken *una persona jurídicamente distinta* och *la persona distinta* (Asemfo-domen) samt uttrycken *una entidad jurídicamente distinta* och *la entidad distinta* (Sea-domen). De tyska versionerna av domarna i Stadt Halle-målet och Mödling-målet innehåller uttrycket *Einrichtung [...] rechtlich unterscheidet*. I domen i mål C-324/07, Coditel förekommer uttrycket *l'entité* i den franska versionen och begreppet *enhet* i den svenska översättningen. I engelska översättningar förekommer uttrycken *a person legally distinct, an entity legally distinct, a body distinct* och *a body legally distinct*.

Mot bakgrund av de olika uttrycken i EU-domstolens domar synes enligt OFUKI-utredningens mening in house-undantaget inte begränsa sig till anskaffning från juridiska personer utan också vara tillämpligt på anskaffning från andra formellt fristående enheter. Samma bedömning har gjorts i förarbetena (prop. 2009/10:134, s. 13) till den temporära bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU.

### 4.3.2 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. 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, kommissionen mot Österrike (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. I den italienska versionen av Teckal-domen, punkt 50, anges *con l'ente o con gli enti locali che la controllano* och samma uttryck finns i Sea-domen, punkt 36.

I den tyska versionen av Mödling-domen, punkt 34, finns emellertid uttrycket *diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen mit der oder den öffentlichen Stellen verrichtet, die ihre Anteile innehaben*. Ett likartat ordval finns i den tyska versionen av domen i mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 58.

I den spanska versionen av Asemfo-domen, punkt 55, används uttrycket *dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan*.

Engelska versioner av EU-domstolens avgöranden innehåller uttryck som *that entity must carry out the essential part of its activities with the local authority or authorities which control it* (Asemfo-domen, punkt 55) eller *that body carries out the essential part of its activities with the controlling local authority or authorities* (Sea-domen, punkt 36). I domen i mål C-349/97, Spanien mot kommissionen (Tragsa), punkt 204, används dock uttrycket *where the person carries out most of its activity with the authority or authorities which own it*.

Enligt OFUKI-utredningens mening ger de olika språkversionerna av EU-domstolens avgöranden ett sammantaget 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 (se även Steinicke och Groesmeier, *EU's udbudsdirektiver*, 2 uppl., 2008, s. 176). En

annan fråga är om tillräcklig kontroll kan vara svårare att uppnå om det saknas t.ex. ägarskap i relationen mellan den upphandlande myndigheten och den fristående enheten.

#### **4.3.3 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 (bl.a. domen i mål C-107/97, Teckal) som då den upphandlande myndigheten är en statlig myndighet (bl.a. domen i mål C-295/05, Asemfo). Däremot har EU-domstolen hittills inte på ett klart sätt behandlat frågan om också upphandlande myndigheter som inte är offentliga myndigheter kan tillämpa in house-undantaget. I vad mån undantaget skulle kunna åberopas av sådana upphandlande myndigheter behandlas i avsnitt 5.1.

#### **4.3.4 Formulering enligt hittillsvarande praxis**

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

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

Huvudregeln om upphandlingsskyldighet när det finns ett avtal gäller oberoende av om den fristående enhet med vilken avtalet ingås själv är en upphandlande myndighet (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). I vad mån en sådan fristående



enhet kan tillämpa in house-undantaget vid anskaffning från en offentlig myndighet som kontrollerar den, behandlas i avsnitt 5.2.

#### 4.4 In house-undantaget gäller för all unionsrätt om upphandling

EU-domstolens dom i mål C-107/98, Teckal, avsåg det nu upphävda varudirektivet (93/36/EEG) och den definition av varuupphandlingskontrakt som fanns i artikel 1 a. Likartade definitioner av olika kontrakt fanns i de andra äldre direktiven på det klassiska området (artikel 1 a i respektive direktiv) och finns även i direktiv 2004/18/EG (artikel 1.2 a) liksom i direktiv 2004/17/EG (artikel 1.2 a).

Att domstolens bedömning i Teckal-domen har relevans också för de andra äldre upphandlingsdirektiven på det klassiska området har bekräftats i flera avgöranden (bl.a. domen i mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 59). EU-domstolen har även uttalat att denna rättspraxis är relevant för tolkningen av direktiv 2004/18/EG (domen i mål C-573/07, Sea, punkt 37 och domen i mål C-196/08, Acoset, punkt 52). I Acoset-domen anförde EU-domstolen dessutom att dess rättspraxis är relevant för tolkningen av direktiv 2004/17/EG (punkt 52). Bland de hittillsvarande avgörandena om in house-undantaget finns dock inget som direkt gällt tillämpligheten av detta direktiv (jfr avsnitt 4.8). Acoset-domen, som rörde en tjänstekoncession, gällde tillämpligheten av fördragsbestämmelser (jfr nedan).

Det är inte bara tillämpningsområdet för upphandlingsdirektiven som har avgränsats i enlighet med resonemanget i Teckal-domen. Ett flertal av rättsfallen på området har gällt avtal om tjänstekoncessioner. Sådana omfattades inte av de äldre direktiven på det klassiska området och omfattas i princip inte heller av direktiv 2004/18/EG. Vidare omfattas tjänstekoncessioner varken av det äldre direktivet på försörjningsområdet eller av direktiv 2004/17/EG. Däremot kan EUF-fördragets grundläggande bestämmelser och principer aktualiseras vid tilldelning av tjänstekoncessioner (se avsnitt 2.1.2). Av EU-domstolens praxis följer emellertid att dessa inte gäller om Teckal-kriterierna är uppfyllda. I bl.a. Seadomen, punkt 37, har domstolen angett att artiklarna 12, 43 och 49 i EG-fördraget (numera artiklarna 18, 49 och 56 i EUF-fördraget) och de allmänna principer som artiklarna ger uttryck för inte är

tillämpliga i ett sådant fall. Flera av EU-domstolens avgöranden angående Teckal-kriterierna har gällt tjänstekoncessioner (se domarna i mål C-231/03, Coname, C-458/03, Parking Brixen, C-410/04, ANAV, C-324/07, Coditel och C-196/08, Acoset, se även domen i mål C-573/07, Sea, punkt 35–40).

#### **4.5 Vissa generella aspekter på Teckal-kriterierna**

Enligt EU-domstolen har Teckal-kriterierna särskilt till syfte att undvika att konkurrensen snedvrids (domen i mål C-340/04, Carbotermo, punkt 59).

I flera domar har EU-domstolen 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 (domarna i mål C-26/03, Stadt Halle, punkt 46 och mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 63).

#### **4.6 Kontrollkriteriet**

##### **4.6.1 En helhetsbedömning av möjligheterna att påverka strategiska mål och viktiga beslut**

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 enligt EU-domstolen göras en helhetsbedömning. Samtliga relevanta lagbestämmelser och omständigheter ska beaktas (domarna i mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 65, C-340/04, Carbotermo, punkt 36, C-324/07, Coditel, punkt 28 och C-537/07, 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 (Coditel-domen, 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 (bl.a. Parking Brixen- domen, punkt 65). I de svenska språkversionerna av EU-domstolens avgöranden förekommer även ordvalet *bestämmande inflytande* på såväl strategiska mål som viktiga beslut (Coditel- domen, punkt 28 och Sea- domen, punkt 65). I jämförelse med andra språkversioner framstår begreppen som synonyma.

De omständigheter som kommit under prövning 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

- a) den fristående enhetens form,
- b) olika innehavare av den fristående enheten,
- c) relationen mellan den upphandlande myndigheten och den fristående enheten, samt
- d) eventuell marknadsmässig inriktning hos den fristående enheten.

#### 4.6.2 Olika former av fristående enheter

I EU-domstolens avgöranden har förekommit olika typer av juridiska personer såsom fristående enheter. Att den fristående enheten varit av ett visst slag har i sig 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 (domen i mål C-573/07, Sea, punkt 41).

I mål C-107/98, Teckal, var den fristående enheten ett *italienskt särskilt företag* (eller snarare en sammanslutning i enlighet med lagbestämmelser om sådana företag).

Mål C-324/07, Coditel, gällde en *belgisk kooperativ mellan-kommunal sammanslutning*.

Flertalet av EU-domstolens mål angående in house-undantaget har gällt aktiebolag. *Spanska aktiebolag* (SA) förekom i mål C-349/97, Spanien mot kommissionen (Tragsa), mål C-295/05,

Asemfo, och mål C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia mot Administración General del Estado. *Italienska aktiebolag* (SpA) var aktuella i mål C-231/03, Coname, mål C-410/04, ANAV, mål C-340/04, Carbotermo, mål C-337/05, kommissionen mot Italien, mål C-371/05, kommissionen mot Italien (Mantova), och mål C-573/07, Sea. Även mål C-458/03, Parking Brixen, rörde ett italienskt aktiebolag (AG). Vidare var det fråga om ett italienskt bolag i mål C-196/08, Acoset.

I mål C-220/05, Auroux, var den fristående enheten ett *franskt bolag*. Vidare gällde mål C-26/03, Stadt Halle, ett *tyskt aktiebolag* (GmbH), mål C-29/04, kommissionen mot Österrike (Mödling), ett *österrikiskt aktiebolag* (GmbH) och mål C-215/09, Mehiläinen och Terveystalo Healthcare, ett *finskt aktiebolag* (Oy).

#### 4.6.3 Olika innehavare av den fristående enheten

EU-domstolen har i flera avgöranden behandlat frågan om en upphandlande myndighet kan utöva tillräcklig kontroll över en fristående enhet när denna innehas (kontrolleras) tillsammans med andra upphandlande myndigheter. En annan fråga som återkommit flera gånger i domstolens praxis är om kontrollkriteriet kan vara uppfyllt då privata företag innehar andelar i den fristående enheten. Vidare har domstolen i några fall berört i vad mån tillräcklig kontroll kan utövas då den upphandlande myndighetens innehav av en fristående enhet är indirekt, dvs. kontrollen utövas via ytterligare en fristående enhet, exempelvis ett holdingbolag.

#### Flera upphandlande myndigheter är 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 (domarna i mål C-340/04,

Carbotermo, punkt 37, mål C-295/05, Asemfo, punkt 57, och mål C-324/07, Coditel, punkt 31).

Den fristående enhet, Brutélé, som kom under EU-domstolens bedömning i Coditel-målet var en belgisk kooperativ mellan-kommunal sammanslutning till vilken ett antal kommuner och ett kommunalförbund var anslutna. Kommunalförbundet bestod i sin tur av kommuner. Den nationella tvist, som föranledde EU-domstolens förhandsavgörande, hade uppkommit till följd av att Uccle kommun hade beslutat att teckna andelar i Brutélé och att direkttilldela Brutélé en tjänstekoncession i form av driften av kommunens nät för kabel-tv.

Enligt EU-domstolen var kontrollkriteriet uppfyllt för de offentliga myndigheter som var anslutna till en sådan sammanslutning som Brutélé. Domstolen anförde 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 (punkt 45–46). 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).

Även när den fristående enheten är ett aktiebolag som ägs av flera offentliga myndigheter kan kontrollkriteriet vara uppfyllt genom gemensamt utövad kontroll. Så var fallet i mål C-573/07, Sea, som gällde ett italienskt aktiebolag som ägdes av ett antal kommuner. I domen upprepade EU-domstolen ovan angivna uttalanden i Coditel-domen (punkt 54–60 i Sea-domen).

*Gemensamt utövad kontroll om den upphandlande myndigheten är minoritetsinnehavare av den fristående enheten*

Betydelsen av att den upphandlande myndigheten är innehavare av endast en minoritet av andelarna i den fristående enheten har behandlats av EU-domstolen i några domar.

I mål C-231/03, Coname, var bakgrunden att den italienska kommunen Cingia de' Botti hade direkttilldelat en tjänste-

koncession avseende bl.a. distribution av gas till aktiebolaget Padania. Bolaget var till största delen offentligägt men Cinga de' Botti kommun ägde endast 0,97 procent av kapitalet. Enligt EU-domstolen var denna andel så obetydlig att den inte möjliggjorde en sådan kontroll som den hänskjutande domstolen hade angett (punkt 24). Tolkningsfrågan som ställts gällde om det fanns hinder mot direkttilldelning när kommunens andel var så liten att den inte gjorde det möjligt att utöva en direkt kontroll över företagets verksamhet (punkt 8). Utöver detta konstaterade EU-domstolen att Padania åtminstone till viss del var privatägt (se nedan om uttrycket "var privatägt"). Bolaget kunde därför inte anses utgöra en organisation för "intern" administration av en offentlig tjänst för de kommuner som innehade andelar däri (punkt 26 i Coname-domen). Vad gäller betydelsen av privat deläggande, se nedan.

Trots bedömningen i Coname-målet med avseende på Cinga de' Botti kommuns andelsinnehav kan avgörandet inte läggas till grund för att det skulle vara uteslutet att kontrollkriteriet är uppfyllt vid ett lågt – eller till och med obetydligt – andelsinnehav. I de senare domarna i mål C-324/07, Coditel, och mål C-573/07, Sea, förtydligade nämligen EU-domstolen att den i Coname-domen inte uttalade sig i frågan huruvida tillräcklig kontroll kunde utövas gemensamt (punkt 52 i Coditel-domen och punkt 61 i Sea-domen). I dessa avgöranden hänvisade EU-domstolen också till domen i mål C-295/05, Asemfo, och angav att det där framhållits att kontrollkriteriet, under vissa omständigheter, kan vara uppfyllt i det fall en offentlig myndighet endast innehar 0,25 procent av kapitalet i ett offentligt företag (punkt 53 i Coditel-domen och punkt 62 i Sea-domen).

I Sea-domen anförde EU-domstolen som slutsats utifrån bl.a. bedömningarna i Coname- och Asemfo-domarna, att om en offentlig myndighet blir minoritetsägare i ett helt offentligägt aktiebolag i avsikt att anförtro det att utföra en offentlig tjänst, kan den kontroll som de offentliga myndigheter som äger bolaget utövar över detta anses motsvara den kontroll som de utövar över sina egna förvaltningar när denna utövas gemensamt av dessa myndigheter (punkt 63).

## Delvis privat innehav av den fristående enheten

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 (bl.a. domarna i mål C-26/03, Stadt Halle, punkt 49, C-29/04, kommissionen mot Österrike (Mödling), punkt 46, C-220/05, Auroux, punkt 64, C-324/07, Coditel, punkt 30 och C-537/07, Sea, punkt 46, se även domen i mål C-231/03, Coname, punkt 26).

Att ett företag som lyder under privaträttsliga regler, t.ex. ett aktiebolag, är delägare i en fristående enhet behöver däremot i sig inte innebära att det finns ett privat ägande som utgör hinder för kontroll. I mål C-371/05, kommissionen mot Italien (Mödling), invände kommissionen bl.a. mot att aktier i den aktuella fristående enheten ägdes av två aktiebolag. EU-domstolen, som ansåg att kontrollkriteriet var uppfyllt, bemötte invändningen med hänvisning till att Italien obestritt anfört att dessa företag var kommunala företag (punkt 27–28).

I domen i mål C-26/03, Stadt Halle, förklarade EU-domstolen grunden för sin uppfattning om privat deläggande som hinder för kontroll (punkt 50–51). Domstolen anförde att sambandet mellan en offentlig myndighet, som är en upphandlande myndighet, och dess egen verksamhet styrs av överväganden och krav som är specifika för ett sammanhang där mål av allmänintresse eftersträvas. Privata investeringar i företag styrs däremot alltid av överväganden som är specifika för privata intressen och som har andra syften. Enligt EU-domstolen skulle vidare tilldelningen av ett kontrakt till ett halvoffentligt företag utan anbudsinfördran undergräva målsättningen om fri, icke snedvriden konkurrens och principen om likabehandling, särskilt som ett privat företag som är delägare skulle få en fördel gentemot sina konkurrenter.

Trots den strikta inställningen till privat delägarskap godtog EU-domstolen i mål C-196/08, Acoset, att kontrollkriteriet kunde vara uppfyllt för en fristående enhet med privata delägare om dessa valts ut efter ett anbuds förfarande. Bakgrunden i målet var att en regional italiensk provins och kommuner inom denna hade ingått ett samarbetsavtal som innebar bildandet av en lokal myndighet (ATO) med ansvar för den integrerade vattenförsörjningen i provinsen. ATO:s styrande organ beslutade att tjänsten att tillhandahålla den integrerade vattenförsörjningen skulle tillhanda-

hållas av ett bolag som hade både privata och offentliga ägare och i vilket det allmänna var majoritetsägare. Beslutet baserades på en möjlighet i den italienska lagstiftningen om att lokala offentliga tjänster fick utföras av bolag med blandat offentligt och privat ägande, där de privata aktörerna valts ut genom ett offentligt anbudsförfarande. En anbudsinfordran avseende val av näringsidkare som privat minoritetsägare vidtogs därefter.

I anbudsförfarandet var det slutligen endast ett bolag, Acoset SpA, som var intresserat. Beslut fattades emellertid då av ATO:s styrande organ om att inte avsluta upphandlingen och att inte bilda det halvoffentliga bolaget samt om att ogiltigförklara anbudsörförfarandet. Anledningen var att man befarade att förfarandet stred mot unionsrätten.

Efter att Acoset väckt talan mot beslutet vände sig den nationella domstolen till EU-domstolen med en begäran om förhandsbesked. EU-domstolen, som utgick från att förfarandet avsåg en koncession, bedömde att artiklarna 43, 49 och 86 i EG-fördraget (numera artiklarna 49, 56 och 106 i EUF-fördraget) inte utgjorde hinder för en direkt tilldelning (punkt 63). Bedömningen avsåg att uppdraget att tillhandahålla en offentlig tjänst tilldelas ett bolag

- a) som har både privata och offentliga ägare och
- b) som har bildats specifikt för att tillhandahålla en offentlig tjänst, vilket utgör bolagets enda verksamhetsföremål och
- c) vars privata delägare väljs ut genom ett offentligt anbudsörförfarande, efter att det kontrollerats att denne uppfyller de finansiella, tekniska, operativa och administrativa kraven med avseende på den tjänst som ska utföras och efter att innehållet i anbudet avseende de specifika prestationer som ska utföras har beaktats.

Som förutsättning angav EU-domstolen att det aktuella upphandlingsörförfarandet måste överensstämma med principerna om fri konkurrens, insyn och likabehandling som enligt EG-fördraget (numera EUF-fördraget) gäller för koncessioner.

Även mål C-215/09, *Mehiläinen och Terveystalo Healthcare*, avsåg tilldelning av ett kontrakt till ett företag med delvis privat ägande. Bakgrunden i målet var att staden Uleåborg hade bildat ett gemensamt företag (aktiebolag) tillsammans med ett från staden fristående privat företag. Det gemensamma företagens verksamhet



skulle bestå i att tillhandahålla företagshälsovårdstjänster. Parternas avsikt var att verksamheten huvudsakligen och i ökande mån skulle riktas mot privata kunder. Staden och dess kontrahent hade emellertid för en övergångsperiod åtagit sig att från det gemensamma företaget köpa de hälsovårdstjänster som de i egenskap av arbetsgivare var skyldiga att ordna för sina anställda i enlighet med nationell lagstiftning. En huvudfråga var om avtalet i denna del medförde upphandlingskyldighet för Uleåborgs stad. Transaktionen hade inte föregåtts av något anbudsförfarande.

EU-domstolen erinrade om sin tidigare praxis om in house-undantaget och om betydelsen av att ett privat företag ingår som delägare i ett bolag som även till viss del ägs av en upphandlande myndighet (punkt 32). Med hänvisning till tidigare praxis redogjorde domstolen också för prövningen i fall där det är fråga om ett blandat avtal, vars olika delar är sammanbundna så att de inte kan separeras och sålunda bildar en odelbar enhet. I sådana fall ska transaktionen prövas i sin helhet, för att fastställa den rättsliga kvalificeringen enligt bestämmelserna om offentlig upphandling, och bedömas på grundval av de bestämmelser som styr den del som utgör avtalets huvudsakliga föremål eller dominerande beståndsdel (punkt 36).

EU-domstolen påpekade att själva bildandet av ett gemensamt företag, som genomförs av en upphandlande myndighet och en privat näringsidkare, inte omfattas av direktiv 2004/18 (punkt 33). Däremot konstaterade domstolen att företagshälsovårdstjänster för Uleåborgs stads anställda i princip omfattades av direktivets tillämpningsområde (punkt 37). Denna del av det blandade avtalet mellan staden och det privata företaget ansåg domstolen också vara avskiljbar från avtalet (punkt 37–46). Ett av argumenten till grund för bedömningen var att Uleåborgs stad hade uttryckt sin avsikt att efter övergångsperiodens slut genomföra ett anbudsförfarande avseende köpet av hälsovårdstjänster för sina anställda. Ytterligare ett argument var att det gemensamma företaget sedan viss tid var i drift utan den aktuella delen av avtalet, vilket enligt domstolen visade att de båda samarbetsparterna tycktes kunna komma till rätta med den eventuella inverkan som avsaknaden av denna del hade på företagets finansiella situation.

Direktivets bestämmelser var således tillämpliga på den del av avtalet som innebar att Uleåborgs stad tilldelade ett kontrakt avseende tjänster till förmån för sina egna anställda.

*Tidpunkt för bedömningen*

I några domar har EU-domstolen behandlat frågan om vilken tidpunkt som är den relevanta för bedömningen av om privata intressen hindrar kontroll (domarna i mål C-29/04, kommissionen mot Österrike [Mödling], C-371/05, kommissionen mot Italien [Mantova] och C-537/07, Sea). Av rättssäkerhetsskäl är det enligt EU-domstolen i allmänhet lämpligt att bedömningen görs utifrån de förutsättningar som råder när det offentliga kontraktet tilldelas. Särskilda omständigheter kan dock motivera att också senare förhållanden beaktas (bl.a. Mödling-domen, punkt 38).

Bakgrunden i Mödling-målet var att Mödlings kommun beslutat att bilda en fristående juridisk person, aktiebolaget Abfall, och att exklusivt och utan anbudsförfarande uppdra åt detta bolag att sköta bortskaffandet av avfall inom kommunen. En kort tid efter att kontrakt ingåtts överlät kommunen 49 procent av aktierna till ett privat aktiebolag. Verksamheten i Abfall inleddes först därefter.

I domen konstaterade EU-domstolen att tilldelningen skett genom en artificiell konstruktion som bestod av flera separata moment, nämligen bildandet av Abfall, ingåendet av kontraktet och aktieöverlåtelsen. Tilldelningen skulle därför bedömas med beaktande av samtliga dessa moment jämte deras syfte och inte utifrån deras strikt kronologiska förlopp (punkt 40–41). Enligt EU-domstolen skulle det äventyra förverkligandet av det tillämpliga direktivets syfte, dvs. fri rörlighet för tjänster och icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater, om det var tillåtet för de upphandlande myndigheterna att tillgripa kringgående åtgärder för att dölja att offentliga kontrakt tilldelades halvoffentliga bolag (punkt 42).

*Endast en möjlighet för privata investerare att bli delägare utesluter inte kontroll*

I domen i mål C-231/03, Coname, punkt 26, uttalade EU-domstolen att en organisation som det aktuella aktiebolaget inte kunde likställas med en organisation genom vilken en kommun eller en stad internt tillhandahåller en offentlig tjänst eftersom bolaget åtminstone till viss del var privatägt. Vid en jämförelse med andra språkversioner av domen framstår uttrycket ”var privatägt” inte som en korrekt översättning. Uttrycken ”öppet för privat kapital”

eller ”öppet för privat ägande” ligger enligt OFUKI-utredningens mening mer i linje med andra språkversioner (jfr ”aperta, almeno in parte, al capitale privato”, ”open, at least in part, to private capital” och ”i hvert fald delvist er åbent for privat kapital”, se även domen i mål C-573/07, *Sea*, punkt 52). *Coname*-domen i denna del ger alltså uttryck för att ett bolag som är öppet för privat ägande inte kan anses utgöra en organisation för ”intern” administration av en offentlig tjänst för de kommuner som innehar andelar i denna. Av domen framgår emellertid också att bolaget *de facto* bara var offentligägt till större delen, dvs. bolaget var till viss del privatägt (punkt 5 och 28). Att så var fallet har också tydliggjorts av EU-domstolen i domen i mål C-573/07, *Sea*, punkt 52.

Uttalandet i *Coname*-domen har förlorat sin betydelse genom ett förtydligande av EU-domstolen i *Sea*-målet. I detta mål behandlade EU-domstolen uttryckligen frågan om redan möjligheten för privata investerare att bli delägare i ett aktiebolag utesluter att den upphandlande myndigheten, som äger aktierna i detta, utövar en kontroll över bolaget i enlighet med kontrollkriteriet.

EU-domstolen anförde att förekomsten av privata delägare i ett bolag generellt sett ska prövas när det offentliga kontraktet tilldelas. Enligt domstolen kan det också vara relevant att ta hänsyn till om det, vid denna tidpunkt, enligt nationell lagstiftning inom kort kommer att bli möjligt för utomstående att förvärva aktier i bolaget (punkt 47). Bland annat förekomsten av en sådan möjlighet låg till grund för att EU-domstolen i mål C-458/03, *Parking Brixen*, ansåg att den aktuella fristående enheten hade fått en marknadsmässig inriktning (punkt 67 i *Parking Brixen*-domen, se avsnitt 4.6.5).

I *Sea*-domen förklarade EU-domstolen att särskilda omständigheter i undantagsfall kan leda till att också senare inträffade händelser måste beaktas. Med hänvisning till domen i mål C-29/04, kommissionen mot Österrike (*Mödling*), anförde domstolen att så bl.a. är fallet när andelar i det bolag som tilldelats kontraktet överläts till ett privat företag en kort tid efter tilldelningen och detta sker inom ramen för ett konstlat upplägg som är avsett att kringgå unionsbestämmelserna på området (punkt 48).

EU-domstolen angav vidare att det inte kan uteslutas att andelar i ett bolag vid vilket tillfälle som helst kan komma att säljas till tredje man, men att det inte vore förenligt med rättssäkerhetsprincipen om redan den möjligheten skulle göra det omöjligt att

någonsin definitivt avgöra om ett bolag som tilldelas ett offentligt kontrakt ska anses vara offentligägt (punkt 49). Om den upphandlande myndigheten äger samtliga andelar i ett bolag, ensam eller tillsammans med andra offentliga myndigheter, vid den tidpunkt då kontraktet i fråga tilldelas bolaget, kan en möjlighet för privata investerare att köpa in sig i bolaget bara beaktas om det vid den tidpunkten konkret framgår att en sådan möjlighet kommer att erbjudas på kort sikt (punkt 50). EU-domstolen angav att denna slutsats inte motsades av det ovannämnda uttalandet i Conamedomen, punkt 26, eftersom det bolag som var aktuellt i det målet inte var helt utan bara till större delen offentligägt, dvs. blandat, vid den tidpunkt då kontraktet tilldelades (Sea-domen, punkt 52).

Om emellertid ett kontrakt tilldelas ett offentligägt bolag utan anbudsförfarande då privata intressen inte förekommer, och privata aktieägare i ett senare skede – inom kontraktets giltighetstid – tillåts bli delägare i bolaget, så utgör det en ändring av ett grundläggande villkor för kontraktet vilket då kräver inbjudan till anbudsgivning (Sea-domen, punkt 53, se även avsnitt 33.2.1).

### Indirekt innehav av den fristående enheten

I mål C-340/04, Carbotermo, ställdes EU-domstolen inför frågan om kontrollkriteriet kunde vara uppfyllt när en kommun (Busto Arsizio) tilldelat kontrakt till ett aktiebolag (AGESP) som inte ägdes direkt av kommunen, utan av ett annat aktiebolag (holdingbolag) i vilket kommunen ägde 99,98 procent av aktiekapitalet. Övriga aktier i holdingbolaget ägdes av andra kommuner.

EU-domstolen, som fann att kontrollkriteriet inte var uppfyllt, synes främst ha motiverat sin bedömning med bl.a. att styrelserna för bolagen hade långtgående befogenheter och att kommunens kontroll i princip motsvarade den som bolagsrätten gav majoriteten av aktieägarna (se avsnitt 4.6.4). Domstolen anförde emellertid också följande (punkt 39).

Vidare utövas det inflytande som kommunen Busto Arsizio eventuellt har över AGESP:s beslut genom ett holdingbolag. Förekomsten av detta mellanled kan under omständigheterna i målet försvaga den kontroll som den upphandlande myndigheten eventuellt utövar till följd av att den äger en del av aktiekapitalet.

I jämförelse med andra språkversioner av domen framstår den svenska texten som i viss mån otydlig. I den engelska versionen av domen anges följande.

Moreover, any influence which the Comune di Busto Arsizio might have on AGESP's decisions is through a holding company. The intervention of such an intermediary may, depending on the circumstances of the case, weaken any control possibly exercised by the contracting authority over a joint stock company merely because it holds shares in that company.

I den svenska språkversionen anges alltså att den kontroll som den upphandlande myndigheten eventuellt utövar *till följd av* att den äger en del av aktiekapitalet kan försvagas av mellanledet, medan det av bl.a. den engelska versionen följer att den kontroll som den upphandlande myndigheten eventuellt utövar *endast till följd av* att den äger en del av aktiekapitalet kan försvagas av mellanledet. Mot denna bakgrund bör domstolens uttalande uppfattas på så sätt att den kontroll som en upphandlande myndighet eventuellt utövar över ett aktiebolag *endast* genom att äga aktiekapital i bolaget kan, beroende på omständigheterna, försvagas genom förekomsten av ett holdingbolag som mellanled. Av uttalandet följer därmed inte klart att förekomsten av ett holdingbolag som mellanled försvagar den upphandlande myndighetens kontroll om denna kontroll grundas på såväl ägande som andra förhållanden. Likafullt framstår det enligt OFUKI-utredningens mening som sannolikt att en sådan försvagning kan finnas, beroende på omständigheterna (se även avsnitt 19.11.2).

Indirekt innehav av fristående enheter har förekommit också i andra av EU-domstolens mål. I mål C-295/05, Asemfo, fanns en holdingbolagssituation på så sätt att den spanska statens aktiekapital i den aktuella fristående enheten delvis ägdes genom holdingbolag. Denna omständighet föranledde inte några uttalanden av EU-domstolen, som ansåg att kontrollkriteriet var uppfyllt (jfr avsnitt 4.6.4).

Även i mål C-26/03, Stadt Halle, fanns indirekt ägande av den fristående enheten utan att EU-domstolen uttalade sig om i vad mån detta kunde ha betydelse för kontrollkriteriet. Den fristående enheten i målet var ett tyskt aktiebolag som till 24,9 procent ägdes av ett privat företag. Resterande del av bolaget ägdes av ett aktiebolag som i sin helhet ägdes av staden Halle.

Ett indirekt aktieinnehav synes vidare ha varit aktuellt i mål C-371/05, kommissionen mot Italien (Mantova). Kommissionen hade inväntat att den aktuella fristående enheten ägdes av bl.a. två privaträttsliga organ (aktiebolag). EU-domstolen, som ansåg att kontrollkriteriet var uppfyllt, bemötte invändningen med hänvisning till att Italien obestritt anfört att dessa företag var kommunala företag (punkt 27–28).

#### 4.6.4 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. EU-domstolen har bl.a. beaktat vilka befogenheter som den fristående enhetens styrande organ har enligt enhetens stadgar eller enligt andra regelverk. I några domar har sådana omständigheter lagts till grund för en prövning av om enheten har en marknadsmässig inriktning (mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 67, och mål C-324/07, Coditel, punkt 35–36). I den senare meddelade domen i mål C-573/07, Sea, indelade emellertid domstolen omständigheterna genom att skilja på dels frågan om den aktuella fristående enheten (ett aktiebolag) hade en marknadsmässig inriktning, dels frågan om vilka kontrollmekanismer som föreskrevs i dess bolagsordning.

I följande avsnitt beskrivs de fall där EU-domstolen särskilt behandlat omständigheter som gällt relationen mellan den upphandlande myndigheten och den fristående enheten.

#### Begränsad självständighet till följd av särskild ställning i nationell rätt

*Mål C-349/97, Spanien mot kommissionen*

För den fristående enhet som var aktuell i mål C-349/97, Spanien mot kommissionen (Tragsa), gällde särskilda lagregler som bl.a. påverkade enhetens självständighet. Målet handlade bl.a. om huruvida spanska myndigheter hade haft rätt att anförtro arbeten med att upprätta register över olivodlingar åt ett aktiebolag (Tragsa) utan att tillämpa anbudsförfarande. Tragsa hade bildats enligt

privaträttsliga regler men getts en särskild ställning i spansk rätt. Bolaget beskrevs av EU-domstolen som ett statligt bolag vars aktiekapital de autonoma regionerna kunde bidra till genom att förvärva aktier. I den spanska lagstiftningen föreskrevs bl.a. att bolaget var en resurs och en teknisk enhet inom förvaltningen och att bolaget självt eller genom sina dotterbolag var skyldigt, med exklusiv karaktär, att utföra de arbeten som det tilldelades av den allmänna statliga förvaltningen, de autonoma regionerna och de offentliga organ som är beroende av dessa. Med hänsyn till denna skyldighet ansåg EU-domstolen att Teckal-kriterierna var uppfyllda (punkt 206).

#### *Mål C-295/05, Asemfo*

Aktiebolaget Tragsa var aktuellt som fristående enhet även i mål C-295/05, Asemfo. Bakgrunden i detta mål var en nationell tvist där invändningar riktats mot att Tragsa missbrukat sin dominerande ställning på den spanska marknaden på skogsbruksområdet och att det enligt Tragsas bolagsordning var tillåtet för bolaget att utföra en rad olika arbeten på direkt beställning av förvaltningen.

Tragsa tillhandahöll tjänster som var viktiga för landsbygdens utveckling och för miljöskydd. I lagstiftningen angavs att Tragsa var den allmänna statsförvaltningens och de berörda autonoma gemenskapernas eget genomförandeorgan och tekniska enhet. Vidare var Tragsa skyldigt att utföra de beställningar som bolaget tilldelades av den allmänna statsförvaltningen, de autonoma gemenskaperna och dem underställda offentliga organ på de områden som omfattades av bolagets verksamhetsföremål. Priset för uppdragen kunde inte fastställas av Tragsa själv.

Tragsa ägdes till 99 procent av den spanska staten och i övrigt av fyra (av 17) autonoma gemenskaper till vardera lika andelar.

I prövningen av om kontrollkriteriet kunde vara uppfyllt tog EU-domstolen ställning till ett argument som innebar att kriteriet endast skulle vara uppfyllt för de uppdrag som utfördes för spanska staten och inte för de uppdrag som utfördes för de autonoma gemenskaperna. Det gjordes gällande att Tragsa kunde ses som tredje man i förhållande till de autonoma gemenskaperna. EU-domstolen godtog dock inte argumentet utan ansåg, med hänvisning till den spanska lagstiftningens bestämmelser om Tragsas relation till myndigheterna, att bolaget inte kunde ses som tredje

man i förhållande till de autonoma regioner som innehade en del av dess aktiekapital (punkt 59–61).

Av domen framgår inte klart huruvida EU-domstolen ansåg att kontrollkriteriet endast var uppfyllt för de autonoma regioner som ägde andelar i Tragsa och inte för de andra 13 autonoma regioner som synbarligen också tilldelade bolaget uppdrag (Steinicke och Groesmeyer, *EU's udbudsdirektiver*, 2 uppl., 2008, s. 178).

### Den fristående enhetens styrande organ – befogenheter och sammansättning

#### *Mål C-458/03, Parking Brixen*

Bakgrunden i mål C-458/03, Parking Brixen, var att den italienska kommunen Brixen hade direkttilldelat driften av två avgiftsfinansierade offentliga parkeringsplatser till ett helägt aktiebolag. Bolaget hade bildats kort före tilldelningen genom omvandling av ett särskilt företag.

Av bolagsordningen för aktiebolaget framgick bl.a. att bolagets styrelse hade full behörighet att i vidsträckt mening sköta bolagets löpande förvaltning, med befogenhet att företa alla handlingar som den fann lämpliga eller nödvändiga för att bolaget skulle kunna uppnå sitt ändamål. Om bolagsstämman inte gett sitt tillstånd fick styrelsen dock inte ställa säkerhet avseende mer än fem miljoner euro och inte heller underteckna eller acceptera växlar avseende ett högre belopp. I den löpande förvaltningen ingick enligt bolagsordningen att köpa eller sälja andelar i andra bolag, att köpa, sälja eller utarrendera företag eller företagsdelar och att sälja eller köpa fordon upp till ett värde på fem miljoner euro per affärstillfälle.

Aktiebolaget hade enligt EU-domstolen fått en marknadsmässig inriktning som gjorde det osäkert om kommunen kunde utöva kontroll (punkt 67). Som grund för detta tog domstolen bl.a. fasta på att väsentliga befogenheter hade tilldelats styrelsen utan att kommunen i princip utövade någon förvaltningskontroll (i fråga om övriga beaktade omständigheter, se avsnitt 4.6.5). EU-domstolen ansåg att bolagsordningen gav styrelsen mycket långtgående befogenheter avseende förvaltningen av bolaget eftersom styrelsen hade rätt att företa alla handlingar som den ansåg nödvändiga för att företagets ändamål skulle kunna uppnås. Vidare menade domstolen att styrelsens befogenhet att ställa säkerhet på upp till fem



miljoner euro eller att genomföra andra transaktioner utan att dessförinnan få ett godkännande av bolagsstämman visade att bolaget var mycket självständigt i förhållande till sina aktieägare (punkt 68).

Brixens kommun hade rätt att utnämna majoriteten av ledamöterna i styrelsen för aktiebolaget. Den nationella domstolen hade emellertid understrukit att den kontroll som kommunen utövade huvudsakligen begränsade sig till den kontroll som majoriteten av aktieägarna gavs enligt bolagsrätten. EU-domstolen anförde att detta väsentligt minskade det tidigare beroendeförhållande som funnits mellan kommunen och det särskilda företaget, särskilt med hänsyn till de vidsträckta befogenheterna för bolagets styrelse (punkt 69).

Sammantaget ansåg EU-domstolen att kontrollkriteriet inte kunde vara uppfyllt.

#### *Mål C-340/04, Carbotermo*

Den fristående enheten i mål C-340/04, Carbotermo, var det italienska aktiebolaget AGESP, vars aktier ägdes av ett holdingbolag. Aktiekapitalet i holdingbolaget ägdes i sin tur till 99,98 procent av Busto Arsizio kommun och i övrigt av sex andra kommuner. Bakgrunden i målet var att Busto Arsizio kommun beslutat att direkttilldela AGESP ett kontrakt avseende leverans av bränsle samt underhåll och anpassning av värmesystemen i kommunens byggnader.

Av stadgarna för holdingbolaget framgick att styrelsen hade vidsträckta befogenheter vad beträffade den löpande och den icke-löpande driften av bolaget. Befogenheterna innefattade möjlighet att vidta alla handlingar som styrelsen ansåg nödvändiga för att genomföra och förverkliga verksamhetsföremålet, med undantag endast av handlingar som enligt lag eller stadgarna var förbehållna bolagsstämman. Även i stadgarna för AGESP angavs att styrelsen hade vidsträckta och obegränsade befogenheter vad avser den löpande och den icke-löpande förvaltningen av bolaget.

EU-domstolen konstaterade att stadgarna för bolagen gav styrelsen för vart och ett av dem långtgående befogenheter avseende den löpande och den icke-löpande förvaltningen och att Busto Arsizio kommun inte förbehölls någon särskild kontrollbefogenhet eller rösträtt för att begränsa styrelsernas handlings-

frihet. Enligt EU-domstolen motsvarade den kontroll som kommunen utövade över de två bolagen i princip den som majoriteten av aktieägarna hade enligt bolagsrätten, vilket i betydande mån begränsade kommunens möjlighet att påverka bolagens beslut (punkt 38).

Med beaktande även av att det inflytande som kommunen eventuellt hade över AGESP:s beslut utövades genom ett holdingbolag (se avsnitt 4.6.3) fann EU-domstolen att kontrollkriteriet inte kunde anses uppfyllt.

*Mål C-371/05, kommissionen mot Italien (Mantova)*

I mål C-371/05, kommissionen mot Italien (Mantova), var bakgrunden att den italienska kommunen Mantova hade direkttilldelat ett kontrakt avseende kommunens datatjänster till ett aktiebolag. Aktierna i bolaget ägdes till största delen av Mantova kommun. Övriga aktieägare var, såvitt framgår av domen, två aktiebolag samt grannkommuner.

Kommissionen hävdade att tilldelningen hade bort ske efter ett upphandlingsförfarande. EU-domstolen fann emellertid att Teckalkriterierna var uppfyllda.

Såvitt gäller kontrollkriteriet hade Italien obestritt anfört att Mantova kommun, i egenskap av majoritetsdelägare, hade rätt att utse ledamöter i bolagets styrande organ och att styra över bolagets verksamhet. Vidare hade Italien anfört att kommunstyrelsen enligt kontraktet bestämde driftskostnaderna för bolaget och att kommunen förbehållit sig möjligheten att göra vissa kontroller genom att utse en kommuntjänsteman för att delta i bolagets verksamhet och bl.a. övervaka denna samt genom granskning av bl.a. räkenskaper. Genom tillsättning av styrelseledamöter och en kommunal tjänsteman för verksamhetsstyrning och övervakning ansåg EU-domstolen att kommunen hade möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande över både strategiska mål och viktiga beslut i bolaget. Möjligheten till inflytande var tillräcklig för att utgöra en strukturell och funktionell kontroll över bolaget, motsvarande kommunens inflytande över dess egna förvaltningar (punkt 26).

*Mål C-324/07, Coditel*

Kontrollkriteriet ansågs uppfyllt i mål C-324/07, Coditel. Bakgrunden i målet var att den belgiska kommunen Uccle hade beslutat att teckna andelar i Brutélé, som var en kooperativ mellankommunal sammanslutning. Uccle kommun hade vidare beslutat att tilldela Brutélé en tjänstekoncession i form av driften av kommunens nät för kabel-tv. Medlemmarna i Brutélé var olika kommuner och ett kommunalförbund, som i sin tur endast bestod av kommuner. Brutélé var inte öppet för privata rättssubjekt.

Brutélés stämma bestod av företrädare för kommunerna och även styrelsen bestod av kommunföreträdare vilka utsågs av stämman. Medlemskommunerna var indelade i två områden som i sin tur indelades i underområden. Varje område hade en områdestyrelse vars ledamöter utsågs av stämman på förslag av kommunerna.

Att Brutélés beslutande organ bestod av representanter från myndigheter som var anslutna till sammanslutningen tydde enligt EU-domstolen på att myndigheterna styrde de beslutande organen och på så sätt utövade ett bestämmande inflytande över såväl sammanslutningens strategiska mål som dess viktiga beslut (punkt 34).

I målet framgick att Brutélés styrelse hade mycket vidsträckta befogenheter och bl.a. fastställde taxor. Styrelsen hade dessutom möjlighet att delegera befogenheter att fatta beslut till områdestyrelserna eller till underområdestyrelserna i vissa frågor som endast berörde dessa områden och underområden. På grund av detta förelåg enligt EU-domstolen frågan om Brutélé hade fått en marknadsmässig inriktning och ett utrymme för självbestämmande som gjorde det svårt för de anslutna offentliga myndigheterna att utöva kontroll (punkt 36). Domstolen framhöll i det sammanhanget att Brutélé inte var ett aktiebolag som kan besluta om sitt verksamhetsföremål utan aktieägarnas inblandning. I stället var Brutélé en kooperativ mellankommunal sammanslutning som reglerades enligt en nationell lag om sådana sammanslutningar (punkt 37). Enligt denna lag skulle en mellankommunal sammanslutning inte anses vara näringsidkare.

EU-domstolen anförde att det föreföll framgå av den belgiska lagen och Brutélés stadgar att verksamhetsföremålet var att utföra den uppgift i kommunalt intresse för vilken sammanslutningen bildats och att sammanslutningen inte hade något särskilt eget intresse i förhållande till de offentliga myndigheter som var

anslutna till den (punkt 38). Av detta följde enligt EU-domstolen, trots att Brutelés styrelse hade långtgående befogenheter, att sammanslutningen inte hade ett utrymme för självbestämmande som gjorde det omöjligt för de anslutna kommunerna att utöva en kontroll över sammanslutningen som motsvarade den kontroll som myndigheterna utövade över sin egen förvaltning (punkt 39).

*Mål C-573/07, Sea*

Bakgrunden i mål C-573/07, Sea, var att den italienska kommunen Ponte Nossa hade direkttilldelat ett kontrakt för insamling, transport och bortskaffande av hushållsavfall till aktiebolaget Setco. Bolaget ägdes av ett antal kommuner och Ponte Nossa var minoritetsägare.

I EU-domstolens dom belyses bl.a. betydelsen av privata intressen och möjligheterna till gemensamt utövad kontroll (se avsnitt 4.6.3). Det saknades hinder i dessa avseenden för att kontrollkriteriet skulle vara uppfyllt.

Efter att EU-domstolen också undersökt den tillämpliga lagstiftningen och huruvida det aktuella bolaget hade en marknads- mässig inriktning (se avsnitt 4.6.5) tog domstolen ställning till vilka kontrollmekanismer som föreskrevs i Setcos bolagsordning.

Genom ändringar som gjorts i bolagsordningen avsåg delägarna i Setco att ge bolagsstämman och styrelsen, organ som föreskrevs i italiensk bolagsrätt, överbyggande beslutsstrukturer som inte uttryckligen föreskrevs där. Anledningen var att säkerställa en kontroll över Setco motsvarande den som utövades över delägarnas egna förvaltningar. Det rörde sig bl.a. om en förstärkt kontroll genom dels en gemensam kommitté, dels tekniska kommittéer för respektive avdelning som svarade för Setcos olika verksamheter. Kommittéerna bestod av representanter för delägarna och varje delägare hade en röst, oavsett myndighetens storlek och antalet innehavda aktier. Den gemensamma kommittén och de tekniska kommittéerna hade omfattande kontroll- och beslutsbefogenheter som också begränsade bolagsstämmans och styrelsens befogenheter (punkt 81–85).

Med hänsyn till omfattningen av kontroll- och beslutsbefogenheterna för kommittéerna och till att kommittéerna var sammansatta av företrädare för ägarkommunerna ansåg EU-domstolen att sådana bestämmelser i bolagsordningen gav ägarna möjlighet att,

genom kommittéerna, utöva ett bestämmande inflytande i fråga om såväl bolagets strategiska mål som dess viktiga beslut (punkt 86).

#### 4.6.5 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. Domen i mål C-573/07, *Sea*, är den senaste där frågan om en sådan inriktning belysts av EU-domstolen. Domstolen angav där 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). Likartade omständigheter beaktades av EU-domstolen i domen i mål C-458/03, *Parking Brixen*.

#### Mål C-458/03, *Parking Brixen*

Domen i mål C-458/03, *Parking Brixen*, gällde en fristående enhet i form av ett italienskt aktiebolag som ägdes av Brixens kommun och som bildats genom omvandling av ett särskilt företag. Det särskilda företaget hade enligt dess stadgar varit en juridisk person med eget ekonomiskt ansvar. Vidare hade det enligt stadgarna varit ett kommunalt organ som bildats särskilt för att kunna tillhandahålla lokala offentliga tjänster på ett enhetligt och integrerat sätt. Av generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande framgår bl.a. att det särskilda företaget endast fick utöva verksamhet inom kommunen och att det endast i samarbete med andra företag kunde utöva verksamhet inom områden utanför kommunens gränser (punkt 22). Vid omvandlingen övertog aktiebolaget det särskilda företags samtliga åtaganden avseende tillgångar och skulder.

I sin bedömning av om kontrollkriteriet var uppfyllt gjorde EU-domstolen en jämförelse mellan det tidigare särskilda företaget och aktiebolaget. Domstolen anförde att enligt det särskilda företags stadgar var det ett kommunalt organ vars särskilda funktion var att tillhandahålla de lokala allmännyttiga tjänsterna på ett enhetligt och integrerat sätt. Kommunstyrelsen fastställde de allmänna riktlinjerna, tillsköt det ursprungliga egna kapitalet, täckte eventuella sociala kostnader, prövade företags resultat och utövade strate-

gisk tillsyn. Företaget var härvid tillförsäkrat erforderlig självständighet.

Enligt EU-domstolen hade däremot aktiebolaget fått en marknadsmässig inriktning som gjorde det osäkert om kommunen kunde utöva kontroll. Som grund för detta pekade domstolen på ett antal omständigheter (punkt 67). En av dessa var att väsentliga befogenheter hade tilldelats bolagets styrelse (se avsnitt 4.6.4) och en annan att det inom kort skulle bli möjligt för utomstående att köpa aktier i bolaget (jfr avsnitt 4.6.3). 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.

I fråga om verksamhetsföremålet anförde EU-domstolen att bolaget hade inlett verksamhet på nya viktiga områden, bl.a. på områdena persontransporter och transport av varor samt informations- och telekommunikationsområdet. Bolaget hade behållit de många olika verksamheter som tidigare utövades av det särskilda företaget, däribland vattentillförsel och rening av avloppsvatten, värme- och energiförsörjning samt bortskaffande av avfall och vägbyggen.

#### Mål C-573/07, Sea

Den fristående enheten i mål C-573/07, Sea, var det italienska aktiebolaget Setco, som ägdes av ett antal kommuner. Bolaget bedrev verksamhet inom flera sektorer (avfall, vatten, gas, turism, energi och allmännyttiga tjänster). I bolagsordningen angavs att Setco tillhandahöll lokala offentliga tjänster som uteslutande rörde de lokala offentliga myndigheter som tilldelade kontrakt för dessa tjänster. Vidare angavs i bolagsordningen att Setco tillhandahöll tjänsterna enbart till förmån för bolagets upphandlande delägare och inom deras respektive geografiska område. EU-domstolen konstaterade att dessa bestämmelser 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).

I bolagsordningen angavs dock att Setco även kunde utföra tjänster till förmån för privatpersoner när detta inte stred mot de sociala målen eller när det bidrog till att dessa kunde genomföras på

ett bättre sätt (punkt 77). OFUKI-utredningen konstaterar att uttrycket ”de sociala målen” i den svenska språkversionen av domen inte är helt förenligt med ordvalet i vissa andra versioner. I den engelska språkversionen används uttrycket ”the company’s objects” och i den danska ”selskabets formål”. I den italienska språkversionen finns dock uttrycket ”obiettivi sociali” och i den franska ”objectifs sociaux”.

I domstolens förhandling hade Setco anfört att befogenheten att interagera med företag i den privata sektorn var en nödvändig sideeffekt av bolagets uppgifter inom offentlig sektor. Som exempel nämndes sorteringen av avfall, som kunde göra det nödvändigt att sälja vidare vissa typer av insamlat material till specialiserade enheter för återvinning.

EU-domstolen ansåg att om de befogenheter som gavs Setco 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). Denna slutsats bekräftades enligt EU-domstolen av att verksamhetskriteriet ger utrymme för bolaget att bedriva verksamhet med andra aktörer än de myndigheter som innehar bolaget, förutsatt att denna endast är av marginell karaktär. Domstolen konstaterade att verksamhetskriteriet skulle vara meningslöst om kontrollkriteriet tolkades som ett förbud mot all kompletterande verksamhet, inbegripet verksamhet med den privata sektorn (punkt 80, jfr avsnitt 4.7.2).

#### **4.7 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.

#### 4.7.1 Mål C-340/04, Carbotermo

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 (se avsnitt 4.6.3 och 4.6.4). Domstolen behandlade emellertid även vissa frågor om verksamhetskriteriet.

En fråga i målet var om artikel 13 i direktiv 93/38/EEG (det äldre försörjningsdirektivet) skulle tillämpas analogt i bedömningen av verksamhetskriteriet. I denna artikel fanns ett undantag från direktivets tillämpningsområde för bl.a. tjänstekontrakt som en upphandlande enhet tilldelade ett anknutet företag förutsatt att minst 80 procent av den genomsnittliga omsättningen för företaget vad avser tjänster inom gemenskapen under de senaste tre åren härör från tillhandahållandet av sådana tjänster till företag som de är anknutna till. Motsvarande undantag finns i artikel 23 i det nu gällande försörjningsdirektivet (2004/17/EG) som genomförts i bl.a. 1 kap. 15–16 §§ LUF (se avsnitt 2.2.1). EU-domstolen fann emellertid att en analog tillämpning inte skulle ske (punkt 57).

I Carbotermo- domen 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 (punkt 61–62).

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 ifrågavarande företaget bedrivit enligt tilldelningsbeslut som antagits av den övervakande myndigheten, däribland den omsättning som härrörde från verksamhet som det 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 ifrågavarande 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 (punkt 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.

#### **4.7.2 Andra avgöranden m.m.**

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, kommissionen mot Italien [Mantova], punkt 31-32, 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 kriteriet 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).

Såvitt gäller Tragsas verksamhet i förhållande till de autonoma regionerna synes EU-domstolen ha beaktat omsättningen gentemot alla 17 autonoma regioner, dvs. inte endast gentemot de fyra som innehade andelar i bolaget (Steinicke och Groesmeyer, *EU's utbudsdirektiver*, 2 uppl., 2008, s. 178 och 183).

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 (se beskrivningen av domen i avsnitt 4.6.5). Domen ger dock inte uttryck för annat än att verksamhetskriteriet har en självständig betydelse (punkt 49–50).

I ett motiverat yttrande till Sverige, K(2010) 7343, har kommissionen bedömt att vissa svenska kommunala myndigheter tilldelat kontrakt om avfallshanteringstjänster i strid med direktiv 2004/18/EG. I yttrandet pekar kommissionen bl.a. på att kommunerna Ängelholm och Helsingborg har direkttilldelat kontrakt om hantering av hushållsavfall till Nordvästra Skånes Renhållning AB (NSR), ett bolag som ägs gemensamt av dessa och andra kommuner. Vidare anger kommissionen att kommunerna Tomelilla och Simrishamn på liknande sätt har tilldelat kontrakt om hantering av hushållsavfall till Sydvästra Skånes Renhållning AB (SYSAV), ett

bolag som ägs av dessa kommuner tillsammans med andra kommuner.

I det motiverade yttrandet har kommissionen gjort bedömningen att verksamhetskriteriet enligt EU-domstolens praxis inte är uppfyllt för varken NSR eller SYSAV, med utgångspunkt i hur bolagens omsättning fördelas på tjänsteavtal med ägarna respektive på verksamhet på den privata marknaden. Kommissionen redovisar inte någon bedömning om gränsvärde för denna fördelning. Mot bakgrund av de faktiska omständigheterna för bolagen anger kommissionen däremot som sin uppfattning att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt om 20 procent av omsättningen härrör från verksamhet på den privata marknaden. En sådan andel är enligt kommissionen inte obetydlig.

Som följd av inställningen att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt, har kommissionen inte ansett det meningsfullt att bedöma om bolagen står under tillräcklig kontroll enligt kontrollkriteriet.

#### 4.7.3 Vissa slutsatser om verksamhetskriteriet

Verksamhetskriteriet har inte 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 kriteriet. Domstolens uttalanden ger dock inte förutsättningar för någon närmare precisering av vad kriteriet innebär.

Främst utifrån uttalandena i Carbotermo-domen kan pekas på att följande allmänna utgångspunkter gäller vid tillämpning av verksamhetskriteriet. En jämförelse ska synbarligen göras mellan sådan verksamhet som den fristående enheten bedriver tillsammans med den upphandlande myndighet 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.

Att omsättningen är en relevant kvantitativ omständighet står klart. Vad som kan utgöra relevanta kvalitativa omständigheter är däremot oklart. Enligt OFUKI-utredningens mening får detta avgöras med ledning av domstolens uttalande om syftet med kriteriet, dvs. att säkerställa att in house-undantaget inte är tillämpligt i förhållande till ett företag som är aktivt på marknaden och således kan konkurrera med andra företag (jfr Carbotermo-domen, punkt 60). Mot bakgrund av detta syfte anser OFUKI-utredningen att det är möjligt att förekomsten av en omfattande extern verksamhet skulle kunna vara en omständighet som utesluter att kriteriet är uppfyllt, oavsett hur verksamheten ter sig i en jämförelse med sådan verksamhet som bedrivs tillsammans med den eller de upphandlande myndigheter som innehar den fristående enheten. Några närmare hållpunkter för när så skulle kunna vara fallet går dock inte att uppställa. Vidare måste framhållas att EU-domstolen inte har uttalat sig härom.

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.

Domen i Asemfo-målet antyder att verksamhetskriteriet kan vara uppfyllt om 90 procent av den fristående enhetens verksamhet kan sägas vara bedrivna tillsammans med den eller de upphandlande myndigheter som innehar enheten. OFUKI-utredningen konstaterar dock att det av domen inte går att utläsa att en sådan procentuell fördelning skulle vara ett generellt gränsvärde för när verksamhetskriteriet är uppfyllt. Tvärtom utesluter inte denna dom eller EU-domstolens praxis i övrigt att en annan fördelning – såväl högre som lägre – skulle kunna vara aktuell som gräns beroende på omständigheterna i det enskilda fallet. Inte minst vinner denna slutsats stöd i att såväl kvalitativa som kvantitativa omständigheter ska beaktas i bedömningen av om kriteriet är uppfyllt.

#### 4.8 Särskilt om in house-undantaget i förhållande till försörjningsdirektivet

I domen i mål C-196/08, Acoset, anförde EU-domstolen att dess rättspraxis om Teckal-kriterierna är relevant för tolkningen av direktiv 2004/17/EG, dvs. försörjningsdirektivet (punkt 52). Uttalandet förtydligades dock inte av domstolen. Domen, som rörde en tjänstekoncession, gällde vidare inte tillämpningen av detta direktiv utan tillämpningen av vissa fördragsbestämmelser (se avsnitt 4.4). Några avgöranden som direkt gällt frågan om in house-undantagets betydelse för försörjningsdirektivet finns inte.

Som närmare beskrivits ovan (se bl.a. avsnitt 3.1.2, 3.2.2 och 4.2) tar EU-domstolens praxis om in house-undantaget sikte på vad som unionsrättsligt utgör ett kontrakt i upphandlingshänseende. Om Teckal-kriterierna är uppfyllda uppkommer inte ett kontrakt även om ett avtal med ekonomiska villkor ingåtts mellan en upphandlande myndighet och en fristående enhet. En definition av kontraktbegreppet finns i artikel 1.2 a i direktiv 2004/18/EG, dvs. det klassiska direktivet. En motsvarande definition finns också i artikel 1.2 a i försörjningsdirektivet (jfr avsnitt 3.1.2). EU-domstolens uttalande om att dess rättspraxis om Teckal-kriterierna är relevant för tolkningen av försörjningsdirektivet får enligt OFUKI-utredningens mening ses i ljuset av detta (jfr Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2 uppl., 2005, s. 948, samt Steinicke och Groesmeier, *EU's Udbudsdirektiver*, 2 uppl., 2008, s. 189).

Även om EU-domstolens avgöranden alltså är av betydelse för försörjningsdirektivet ger vissa bestämmelser i direktivet upphov till särskilda frågor om in house-undantagets tillämpning. Redan genom bestämmelserna i artikel 23 undantas uttryckligen vissa kontrakt från direktivets tillämpningsområde om de tilldelats ett anknutet företag, ett samföretag eller en upphandlande enhet som ingår i ett samföretag. Reglerna ger bl.a. möjlighet för en upphandlande enhet att under vissa förutsättningar tilldela kontrakt till fristående enheter utan upphandling (jfr beskrivningen i avsnitt 2.2.1 av 1 kap. 15–17 §§ LUF varigenom direktivets regler genomförts i svensk rätt). I vart fall vissa sådana situationer som skulle kunna vara undantagna enligt EU-domstolens praxis om in house-undantaget är därför undantagna från försörjningsdirektivet oberoende av denna praxis. Även vissa situationer som inte omfattas av in house-undantaget enligt domstolens hittillsvarande

praxis är enligt artikel 23 undantagna från försörjningsdirektivets tillämpningsområde (jfr Steinicke och Groesmeyer, samma arbete, s. 189). Exempelvis gäller inte direktivet för kontrakt som ett samföretag, bildat uteslutande av ett antal upphandlande enheter för att bedriva sådan verksamhet som omfattas av direktivet, tilldelar ett företag som är anknutet till någon av dessa upphandlande enheter (artikel 23.2 b). Ett företag är anknutet till en upphandlande enhet bl.a. om den upphandlande enheten äger större delen av det tecknade kapitalet i företaget (artikel 23.1 jämförd med artikel 2.1 b).

Sammantaget konstaterar OFUKI-utredningen att det i avsaknad av avgöranden från EU-domstolen finns oklarheter beträffande in house-undantagets närmare betydelse för försörjningsdirektivet.

#### 4.9 Undantag gäller för viss samverkan oberoende av Teckal-kriterierna

Den praxis av EU-domstolen som behandlats i de föregående avsnitten i detta kapitel innebär att undantag från upphandlingskyldighet gäller 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.

I domen i mål C-480/06, kommissionen mot Tyskland (Hamburg), prövade EU-domstolen 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 upphandlingskyldighet i den aktuella situationen.

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 gav den alltså uttryck för ett undantag från upphandlingskyldighet som i grunden skiljer sig från in house-undantaget. Förutsättningarna för när upphandling inte krävs klargjordes dock inte tydligt i domen och för närvarande saknas andra vägledande avgöranden.

I följande avsnitt behandlas Hamburg-domen närmare.

#### 4.9.1 Mål C-480/06, kommissionen mot Tyskland

Bakgrunden i mål C-480/06, kommissionen mot Tyskland (Hamburg), var att fyra förvaltningsdistrikt (Landskreise) i Niedersachsen hade ingått ett avtal med Hamburgs stads renhållningstjänst (Hamburgs stad) om bortskaffande av avfall i en ny anläggning för avfallsbehandling. Anläggningen skulle vara färdigbyggd först drygt tre år efter att avtalet ingicks.

Genom avtalet, som gällde i 20 år, förband sig Hamburgs stad att ställa kapacitet till förfogande för de fyra Landskreise. Betalning skulle dock ske till den som drev anläggningen, genom förmedling av Hamburgs stad. Den som drev anläggningen var avtalspart med Hamburgs stad.

Avtalet mellan de fyra Landskreise och Hamburgs stad ingicks utan att ha föregåtts av ett anbudsförfarande. Kommissionen hävdade att Tyskland därigenom hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt det nu upphävda tjänstedirektivet (92/50/EEG). Avtalet mellan Hamburgs stad och den som drev avfallsanläggningen omfattades däremot inte av kommissionens talan.

Efter att ha redogjort för tidigare praxis om in house-undantaget anförde EU-domstolen att det var utrett att de fyra Landskreise inte utövade någon kontroll, som kunde anses motsvara den kontroll som de utövar över de egna förvaltningarna, vare sig över deras motpart, dvs. Hamburgs stad, eller över det bolag som drev avfallsanläggningen och vars kapital delvis bestod av privata medel (punkt 36).

Kontrollkriteriet enligt in house-undantaget var alltså inte uppfyllt, men trots detta kom EU-domstolen fram till att det inte funnits någon upphandlingsskyldighet.

EU-domstolen framhöll att det genom det omtvistade avtalet hade inrättats ett samarbete mellan lokala myndigheter som syftade till att säkerställa fullgörandet av ett allmännyttigt uppdrag, dvs. återvinning av avfall, som var gemensamt för dessa myndigheter. Vidare erinrade domstolen om att uppdraget hade samband med genomförandet av ett direktiv på avfallsområdet (punkt 37). Avtalet skulle enligt EU-domstolen anses utgöra det avslutande ledet i ett mellankommunalt samarbete mellan avtalsparterna. Syftet med avtalet var att möjliggöra för Hamburgs stad att inrätta och låta

driva en avfallsanläggning på gynnsammast möjliga ekonomiska villkor tack vare avfallet från de närliggande Landkreise. Detta medförde att en kapacitet av viss omfattning kunde uppnås. Av det skälet fattades det inte något beslut om att inrätta anläggningen, och den genomfördes inte heller, förrän de fyra Landkreise hade samtyckt till att använda anläggningen och hade gjort de därmed sammanhängande åtagandena (punkt 38).

I den fortsatta motiveringen redogjorde EU-domstolen för innehållet i avtalet (punkt 39–43). Domstolen anförde bl.a. att Hamburgs stad inte hade något ansvar för driften av anläggningen och inte heller lämnade några garantier i detta avseende. Det fanns visserligen en skyldighet för Hamburgs stad att erbjuda ersättningskapacitet om det uppstod problem med anläggningen. Denna skyldighet var dock villkorad med dels att bortskaffandet av Hamburgs stads avfall skulle säkerställas i första hand, dels att kapacitet skulle finnas tillgänglig i andra anläggningar som Hamburgs stad hade tillgång till. Avtalet innebar vidare att det fanns vissa åtaganden för de fyra Landkreise. Även om Hamburgs stad ansvarade för huvuddelen av de tjänster som avsågs i avtalet, ställde de fyra Landkreise bl.a. kapacitet för avfallsupplag till förfogande för Hamburgs stad i den mån de inte själva använde den. Slutligen pekade EU-domstolen på att betalning för tjänsten för bortskaffande av avfall endast skulle erläggas till den som drev anläggningen. Samarbetet mellan Hamburgs stad och de fyra Landkreise gav inte upphov till andra ekonomiska transaktioner emellan än dem som avsåg ersättningen för den andel av avgifterna som belöpte på de fyra Landkreise, men som Hamburgs stad betalade till den som drev anläggningen.

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).

Med hänvisning till domen i mål C-324/07, Coditel, anförde EU-domstolen att en offentlig myndighet har möjlighet att med egna medel utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger den, utan att behöva vända sig till enheter utanför sin organisation och



att denna möjlighet även kan utövas i samarbete med andra offentliga myndigheter (punkt 45).

Under domstolens förhandling hade kommissionen preciserat att om det ifrågavarande samarbetet hade tagit sig uttryck i bildandet av ett organ som lyder under offentlig rätt, som av de olika berörda myndigheterna hade getts i uppgift att bortskaffa avfall, skulle ett sådant samarbete ha inneburit att de fyra Landkreises användning av anläggningen inte omfattades av bestämmelserna om offentlig upphandling. I avsaknad av en sådan kooperativ mellankommunal sammanslutning borde emellertid, enligt kommissionen, tjänsteavtalet ha föregåtts av en anbudsinfordran (punkt 46).

Till bemötande av denna inställning anförde EU-domstolen att det i unionsbestämmelserna inte föreskrivs någon skyldighet för offentliga myndigheter att använda sig av en särskild rättslig form för att gemensamt kunna säkerställa att en allmännyttig uppgift fullgörs. Vidare innebär enligt domstolen ett sådant samarbete mellan offentliga myndigheter inte att det huvudsakliga syftet med unionsbestämmelserna på området för offentlig upphandling (fri rörlighet för tjänster och icke-snedvriden konkurrens i samtliga medlemsstater) ifrågasätts, om genomförandet av samarbetet utslutande styrs av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse och om likabehandlingsprincipen säkerställs, så att inget privat företag ges någon fördel i förhållande till sina konkurrenter (punkt 47).

EU-domstolen konstaterade slutligen att det inte framkommit att myndigheterna i fråga skulle ha gjort ett konstlat upplägg i syfte att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling (punkt 48).

#### 4.9.2 Slutsatser om rättsläget

En första slutsats som kan dras av domen i mål C-480/06, kommissionen mot Tyskland (Hamburg), är att unionsrätten under vissa förutsättningar inte kräver upphandling vid samarbete mellan offentliga organ – även om samarbetet inte sker med användning av en gemensamt kontrollerad fristående enhet.

I motiveringen anförde EU-domstolen bl.a. att möjligheten för en offentlig myndighet att utföra verksamhet i egen regi kan utövas i samarbete med andra offentliga myndigheter och att det i unionsrätten inte föreskrivs någon skyldighet för offentliga myndigheter

att använda sig av en särskild rättslig form i ett gemensamt samarbete avseende en allmännyttig uppgift. Sedda för sig antyder dessa uttalanden att det finns ett inte oväsentligt utrymme för undantag från upphandlingsskyldighet då offentliga myndigheter samverkar med andra offentliga myndigheter.

I Europaparlamentets resolution den 18 maj 2010 om nya utvecklingstendenser inom offentlig upphandling (2009/2175[INI]) uppmärksammas bl.a. Hamburg-domen. Parlamentet konstaterar att det i domen fastställdes att det i unionslagstiftningen inte föreskrivs någon skyldighet för offentliga myndigheter att använda sig av en särskild rättslig form för att gemensamt kunna säkerställa att en allmännyttig uppgift fullgörs. Vidare anger Europaparlamentet att offentlig-offentliga partnerskap, t.ex. samarbetsavtal mellan lokala myndigheter och nationella samarbetsformer, inte omfattas av lagstiftningen om offentlig upphandling när alla följande kriterier är uppfyllda:

- En allmännyttig uppgift som åligger alla berörda lokala myndigheter fullgörs.
- Verksamheten ombesörjs endast av de berörda offentliga myndigheterna, dvs. utan deltagande av privata aktörer eller företag.
- Verksamheten utförs huvudsakligen åt de berörda offentliga myndigheterna.

I resolutionen påpekar Europaparlamentet också att EU-domstolens slutsatser i Hamburg-domen inte bara ska tillämpas direkt på samarbeten mellan lokala myndigheter utan att slutsatserna är allmängiltiga, vilket innebär att de även kan tillämpas på samarbeten mellan andra upphandlande myndigheter.

Enligt OFUKI-utredningens mening är det vanskligt att dra några långtgående slutsatser av Hamburg-domen eftersom EU-domstolens bedömning starkt baseras på de speciella omständigheterna i målet (jfr Pedersen och Olsson, *Commission v Germany: A New Approach on In-house Providing?*, Public Procurement Law Review, Issue 1, 2010, s. 42). Förutom den bakomliggande unionsrätten på avfallsområdet kan bl.a. pekas på avsaknaden av privata intressen och att samarbetet mellan Hamburgs stad och de fyra Landkreise inte gav upphov till några andra ekonomiska transaktioner dem emellan än att de fyra Landkreise ersatte Hamburgs

stad för de avgifter som belöpte på dem. I avvaktan på ytterligare klargörande avgöranden från EU-domstolen måste följderna av Hamburg-domen därför bedömas som oklara.

## 5 Vissa frågor om in house-undantagets räckvidd

Av EU-domstolens hittillsvarande praxis om in house-undantaget följer att en offentlig myndighet som är upphandlande myndighet kan anskaffa t.ex. varor eller tjänster från en fristående enhet utan upphandling om Teckal-kriterierna är uppfyllda. Det finns emellertid flera näraliggande situationer som ännu inte har prövats av domstolen. En sådan situation är då anskaffningen görs av en upphandlande myndighet som inte är en offentlig myndighet utan ett offentligt styrt organ. Ett exempel på detta är att ett aktiebolag som är en upphandlande myndighet anskaffar tjänster från ett dotterbolag.

Domstolen har inte heller prövat huruvida upphandling är nödvändig 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. Ett exempel är att ett aktiebolag, som ägs och kontrolleras av en kommun, anskaffar tjänster från kommunen.

En ytterligare situation som inte 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.

I de följande avsnitten redovisar OFUKI-utredningen sin bedömning av in house-undantagets tillämplighet i dessa och likartade situationer.

## 5.1 Måste den upphandlande myndigheten vara en offentlig myndighet?

**Utredningens bedömning:** 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 andra upphandlande myndigheter. Det är däremot oklart om undantaget även kan tillämpas av alla sådana upphandlande enheter som inte är upphandlande myndigheter.

Den temporära lagstiftning varigenom Teckal-kriterierna förts in i 2 kap. 10 a § LOU är begränsad bl.a. på så sätt att den endast omfattar avtal som sluts av upphandlande myndigheter i form av statliga eller kommunala myndigheter, beslutande församlingar i kommuner eller landsting eller sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller församlingar. Avtal som sluts av offentligt styrda organ eller av sammanslutningar av ett eller flera sådana organ omfattas alltså inte, trots att dessa enligt 2 kap. 19 § andra stycket LOU i övrigt behandlas som upphandlande myndigheter vid tillämpning av lagen.

I propositionen (prop. 2009/10:134, s. 45 f.) till grund för den temporära lagstiftningen konstaterades att frågan om in house-undantaget kan vara tillämpligt på avtal som sluts mellan exempelvis två eller flera offentligt ägda eller styrda bolag som är upphandlande myndigheter inte har blivit föremål för EU-domstolens prövning. Vidare anfördes följande.

I domstolens praxis förekommer dock formuleringar som antyder att den som utövar kontrollen, enligt kontrollkriteriet, inte kan vara exempelvis ett bolag utan måste vara en myndighet (se t.ex. punkt 50 i domen i mål C-107/98, Teckal, där domstolen använder sig av uttrycket "lokal myndighet" och punkt 34 i domen i mål C-480/06, Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland, där domstolen använder sig av uttrycket "den offentliga myndigheten"). Det är mot denna bakgrund tveksamt om EU-domstolens praxis är tillämplig även då exempelvis ett bolag, som är en upphandlande myndighet, anskaffar varor eller tjänster m.m. från en juridisk person som bolaget äger. Den föreslagna regleringen bör därför enligt regeringens mening vara tillämplig endast när den upphandlande myndigheten är en statlig eller kommunal myndighet eller en beslutande församling i en kommun eller ett landsting, men inte när den upphandlande myndigheten är t.ex. ett bolag eller förening.

I likhet med vad som anförts i propositionen konstaterar OFUKI-utredningen att EU-domstolen använt sig av begreppen ”lokal myndighet” (bl.a. i Teckal- domen, punkt 50) och ”den offentliga myndigheten” (bl.a. i Hamburg- domen, 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. Såvitt gäller Teckal- domen bör också framhållas särskilt att EU-domstolen anförde följande i domslutet.

Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 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.

Den tolkning av det aktuella direktivet som formuleras i domslutet är alltså inte begränsad till att gälla lokala eller andra myndigheter. I stället används uttrycket ”lokal myndighet” som ett exempel på vad som är en upphandlande myndighet. Att detta är fallet också för domstolens formulering av Teckal-kriterierna, som anges i domskälen, framgår visserligen inte uttryckligen av domslutet. Lokutionen ”en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet” i domslutet kan emellertid enligt OFUKI-utredningens mening närmast förstås som en sammanfattande beskrivning av omständigheterna för en sådan fristående enhet för vilken Teckal-kriterierna inte är uppfyllda. OFUKI-utredningen anser därför att domslutet antyder att Teckal-kriteriernas tillämpning inte är begränsad till situationer då den upphandlande myndigheten är en lokal eller en annan offentlig myndighet.

OFUKI-utredningen anser att EU-domstolens avgöranden i mål där gemensam kontroll delvis utövats indirekt också ger 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 (jfr avsnitt 4.6.3). I mål C-295/05, Asemfo, ansåg EU-domstolen att kontrollkriteriet var uppfyllt i fråga om en fristående enhet som ägdes gemensamt av flera

offentliga myndigheter varvid delvis via bl.a. holdingbolag. En liknande situation där kontrollkriteriet bedömdes uppfyllt var aktuell i mål C-371/05, Mantova. Den fristående enheten i detta mål ägdes av flera kommuner varvid delvis via kommunala företag. I båda målen utövade alltså 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 huruvida 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 OFUKI-utredningens mening svår-förenligt med utgången i målen beträffande deras ägare. Att en upphandlande myndighet (A) som är en offentlig myndighet kan anskaffa t.ex. tjänster utan upphandling från en fristående enhet (C) som ägs och kontrolleras indirekt via en upphandlande myndighet (B) som inte är en offentlig myndighet, talar alltså för att även den direkt kontrollerande upphandlande myndigheten (B) kan göra motsvarande anskaffning från den fristående enheten (C).

Även en undersökning av grunden för in house-undantaget ger enligt OFUKI-utredningens 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 (bl.a. Teckal- domen, punkt 46–50). Resonemanget har sedan överförs till att gälla för bestämmelserna i fördraget (bl.a. domen i mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 60–62). 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 (bl.a. domen i mål C-26/03, Stadt Halle, punkt 48–49 och domen i Parking Brixen-målet, punkt 61–62). I punkt 48 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. De gemenskapsrättsliga bestämmelserna angående offentlig upphandling ska då inte tillämpas.

OFUKI-utredningen konstaterar att 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.

Domen i mål C-26/03, Stadt Halle, gällde en relation mellan en offentlig myndighet som upphandlande myndighet och en fristående enhet. I domen behandlade EU-domstolen bl.a. vilken betydelse det har för kontrollkriteriet att privata företag är delägare i den fristående enheten. Domstolen anförde i det sammanhanget bl.a. följande (punkt 50).

I detta avseende ska för det första anmärkas att sambandet mellan en offentlig myndighet, som är en upphandlande myndighet, och dess egen verksamhet styrs av överväganden och krav som är specifika för ett sammanhang där mål av allmänintresse eftersträvas. Privata investeringar i företag styrs däremot alltid av överväganden som är specifika för privata intressen och som har andra syften.

Som framgår av uttalandet innefattar det en jämförelse mellan bakgrunden till verksamhet i en offentlig myndighet och i ett privat företag. Den första meningen i uttalandet skulle emellertid även kunna uppfattas som att den talar mot att in house-undantaget kan tillämpas av en upphandlande myndighet som inte är en offentlig myndighet i den mån det kan anses att denna inte styrs av överväganden och krav utifrån mål av allmänintresse. Såvitt gäller det klassiska direktivet kan dock pekas på att en sådan betydelse av domstolens uttalande synes ha en begränsad praktisk betydelse. Som upphandlande myndigheter enligt direktivet räknas, förutom offentliga myndigheter, offentligrättsliga organ samt sammanlutningar av en eller flera myndigheter eller organ (artikel 1.9). Vad då gäller offentligrättsliga organ, som t.ex. kan vara aktiebolag, innefattar definitionen av detta begrepp just att organet särskilt har



inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär (jfr definitionen av offentligt styrda organ i 2 kap. 12 § LOU, se avsnitt 2.2.2). Det som EU-domstolen uttalade om offentliga myndigheter synes därför kunna anföras också för andra upphandlande myndigheter. Såvitt gäller försörjningsdirektivet kan däremot konstateras att begreppet upphandlande enhet inbegriper inte endast upphandlande myndigheter, inklusive offentligrättsliga organ, utan också vissa privata företag (artikel 2.1 och 2.2, jfr definitionen av upphandlande enheter i 2 kap. 20 § LUF, se avsnitt 2.2.2). Sådana företag kan vara styrda av privata intressen i stället för allmänintressen och det är därmed, mot bakgrund av uttalandet i Stadt Halle-domen, inte säkert att de kan tillämpa in house-undantaget.

Sammantaget anser OFUKI-utredningen med hänsyn till det anförda att övervägande skäl 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. Det är däremot oklart om undantaget även kan tillämpas av alla sådana upphandlande enheter enligt försörjningsdirektivet som inte är upphandlande myndigheter.

## 5.2 Kan in house-undantaget tillämpas i omvända situationer?

**Utredningens bedömning:** Övervägande skäl talar för att det gäller undantag från upphandlingsskyldighet enligt EU-rätten såväl då anskaffning 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, som då anskaffningen i stället görs av den fristående enheten från den upphandlande myndigheten.

Genom den temporära lagstiftning varigenom Teckal-kriterierna förts in i 2 kap. 10 a § LOU har införts en möjlighet för vissa upphandlande myndigheter att utan upphandling anskaffa t.ex. varor eller tjänster från bl.a. juridiska personer som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i. Ett krav är att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över

den juridiska personen som motsvarar den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning. Den temporära lagstiftningen omfattar däremot inte omvända situationer, t.ex. fall då ett aktiebolag som ägs och kontrolleras av en kommun i enlighet med kontrollkriteriet och vars verksamhet utförs tillsammans med kommunen i enlighet med verksamhetskriteriet anskaffar tjänster från kommunen.

I propositionen (prop. 2009/10:134, s. 45) till grund för den temporära lagstiftningen redovisas att några remissinstanser till departementspromemorian Ds 2009:36, som föregick propositionen, påpekade att promemorian var otydlig vad gäller den omvända situationen när t.ex. ett kommunalt företag sluter avtal om köp av varor och tjänster från sin ägare. Vidare anges att Sveriges Kommuner och Landsting, SKL, menade att EU-domstolens dom i Teckal-målet inte gör någon skillnad mellan de två situationerna. Regeringen konstaterade emellertid i propositionen att EU-domstolen hittills inte har prövat denna fråga och att rättsläget får anses oklart. Enligt regeringen borde därför den föreslagna regleringen, som ett led i en temporär lösning, inte utvidgas i detta avseende. Vidare angav regeringen att frågan torde komma att behandlas av OFUKI-utredningen.

I likhet med regeringen konstaterar OFUKI-utredningen att EU-domstolen hittills inte har prövat något fall där frågan avsett huruvida undantag från upphandlingsskyldighet kan gälla i en omvänd situation (se även kommissionens *Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad*, den 27 januari 2011 (KOM[2011] 15 slutlig, s. 22).

OFUKI-utredningen har inhämtat ett rättsutlåtande från jur. docenten Daniel Stattin angående kontrollkriteriet. Beträffande omvända situationer anför han följande i utlåtandet (för utlåtandet i sin helhet, se bilaga 3).

Den praxis som finns från EU-domstolen gäller anskaffning av varor och tjänster från helägda juridiska personer. Det finns emellertid ur ändamålssynpunkt inget som hindrar att detsamma skulle gälla också i det omvända fallet, det vill säga om ett bolag eller en förening anskaffar varor eller tjänster från den upphandlande myndighet som äger eller är medlem i bolaget eller föreningen. Skälet till att anskaffning av varor eller tjänster i så fall skulle tillåtas utan att upphandling sker torde vara att det i praktiken rör sig om samma verksamhetsorganisation, även om den juridiska organisationen består av olika delar. Ur ett ekonomiskt perspektiv är det nämligen ointressant åt vilket håll avtalsrelationer är riktade, så länge det rör sig om samma

ekonomiska verksamhet. Detta argument gör sig därför gällande oavsett åt vilket håll anskaffningen av varor och tjänster sker.

I rättsutlåtandet gör Stattin bl.a. bedömningen att en upphandlande myndighet torde kunna anses utöva kontroll över ett svenskt aktiebolag eller en svensk ekonomisk förening som den upphandlande myndigheten äger eller är medlem i tillsammans med andra upphandlande myndigheter (se avsnitt 19.9.2 och 19.9.3). Vad gäller den omvända situationen anför han att kontrollkriteriet torde få motsvarande betydelse vid aktiebolagets eller den ekonomiska föreningens anskaffning av varor eller tjänster från den upphandlande myndigheten, även om rättsläget i detta fall torde vara mer osäkert.

OFUKI-utredningen konstaterar att det följer av EU-domstolens avgörande i Teckal-målet att det saknas upphandlings-skyldighet då en upphandlande myndighet, som kontrollerar en fristående enhet, anskaffar t.ex. varor eller tjänster från denna enhet, givet att också verksamhetskriteriet är uppfyllt. Huruvida domen, såsom angetts av SKL i lagstiftningsärendet om det temporära in house-undantaget, också ger uttryck för att upphandling inte måste ske i en omvänd situation är däremot inte lika klart enligt OFUKI-utredningens mening.

I domen angav EU-domstolen att Viano kommun, i egenskap av lokal myndighet, var en upphandlande myndighet i den mening som avses i det aktuella direktivet. Enligt domstolen ankom det därför på den nationella domstolen att kontrollera om förhållandet mellan kommunen och dess motpart AGAC även uppfyllde de andra villkor som föreskrivs i direktivet för att utgöra ett offentligt varuupphandlingskontrakt (punkt 46). EU-domstolen anförde att så var fallet enligt direktivet om det var fråga om ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor om bl.a. köp av produkter (punkt 47). Domstolen konstaterade att det var ostridigt att AGAC levererade produkter till kommunen till ett visst pris (punkt 48). Därefter anförde EU-domstolen följande (punkt 49–50).

När det gäller frågan huruvida ett avtal föreligger, ska den nationella domstolen kontrollera om det finns en överenskommelse mellan två skilda personer.

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.

OFUKI-utredningen konstaterar att det som EU-domstolen anförde om prövningen av huruvida en överenskommelse förelåg i direktivets mening har en generell lydelse. 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. I och för sig uttalade domstolen också i sammanhanget att AGAC levererade produkter till Vianos kommun (punkt 48). Att kommunen anskaffade produkter från AGAC kan alltså ha varit en del av de förutsättningar som låg till grund för domstolens bedömning. Det kan emellertid också vara så att omständigheten anfördes närmast som en ren beskrivning av fakta i det aktuella målet, dvs. utan att ha någon rättslig betydelse för de generella uttalanden som domstolen gjorde om prövningen av huruvida en överenskommelse förelåg. För detta talar enligt OFUKI-utredningens mening inte minst att EU-domstolen i andra avgöranden har återgett slutsatserna i Teckal-domen på ett sådant generellt sätt att de också skulle kunna omfatta omvända situationer (bl.a. domarna i mål C-26/03, Stadt Halle, punkt 49, C-458/03, Parking Brixen, punkt 58 och C-340/04, Carbotermo, punkt 32–33). Sammantaget anser OFUKI-utredningen därför att Teckal-domen, om än denna 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.

I några av EU-domstolens domar finns i högre grad stöd för att undantag från upphandlingsskyldighet kan gälla i en omvänd situation. Som angetts i avsnitt 5.1, har EU-domstolen förklarat varför avtalsbegreppet ska tolkas som att det inte finns en överenskommelse mellan två skilda personer om kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda genom att hänvisa till vad som gäller då en upphandlande myndighet utför sina uppgifter inom ramen för den egna organisationen (bl.a. Stadt Halle-domen, punkt 48–49, och Parking Brixen-domen, punkt 61–62). In house-undantagets anknytning till vad som gäller för verksamhet i egen regi framträder också i några sammanhang där EU-domstolen uttalat sig om betydelsen av att den fristående enheten delvis är privatägd. I

domen i mål C-410/04, ANAV, punkt 32, anförde EU-domstolen att om ett bolag är privatägt, och till och med bara till viss del privatägt, så innebär detta att bolaget inte kan anses utgöra en organisation för *intern administration* av en offentlig nytting till den lokala myndighet som innehar andelar i enheten. Domstolen uttalade sig på ett likartat sätt i domen i mål C-231/03, Coname, punkt 26 (se även domen i mål C-337/05, kommissionen mot Italien, punkt 41). I Coname-domen anförde domstolen också att den aktuella organisationen inte kunde likställas med en organisation genom vilken en kommun eller en stad *internt* tillhandahåller en offentlig tjänst.

Mot bakgrund av dessa uttalanden av EU-domstolen ligger det enligt OFUKI-utredningens mening nära till hands – i likhet med vad Stattin angett – 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.

Annorlunda uttryckt framstår det enligt OFUKI-utredningens mening som betydelselöst utifrån grunderna för in house-undantaget huruvida den aktuella anskaffningen görs av en upphandlande myndighet (A) från en formellt fristående enhet (B), som kan anses ingå i den upphandlande myndighetens organisation, eller av denna fristående enhet (B) från den upphandlande myndigheten (A). Utslagsgivande är att den fristående enheten (B) står under kontroll av den upphandlande myndigheten (A) och att huvuddelen av dess (B:s) verksamhet bedrivs tillsammans med den upphandlande myndigheten (A).

Mot det nu anförda kan invändas att även om en fristående enhet kan betraktas som intern i förhållande till en upphandlande myndighet som kontrollerar enheten och anskaffar t.ex. tjänster från denna, så måste inte nödvändigtvis det omvända gälla när i stället den fristående enheten anskaffar tjänster från den upphandlande myndigheten. Att den fristående enheten kan ses som intern i förhållande till den upphandlande myndigheten måste alltså

inte omvänt innebära att också den upphandlande myndigheten kan ses som intern i förhållande till den fristående enheten.

Sammantaget bedömer emellertid OFUKI-utredningen att övervägande skäl talar för att undantag från upphandlingsskyldighet gäller i omvända situationer, om än rättsläget inte är helt klart. En förutsättning för att undantag ska gälla måste bedömas vara att den fristående enhet som är upphandlande myndighet står under kontroll av den andra upphandlande myndighet som är leverantör och att enhetens verksamhet utförs tillsammans med denna upphandlande myndighet, i enlighet med kontroll- och verksamhets-kriterierna.

### 5.3 Kan in house-undantaget tillämpas i koncernförhållanden?

**Utredningens bedömning:** Det är utifrån EU-domstolens praxis oklart om undantag från upphandlingsskyldighet kan gälla enligt EU-rätten för 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.

Som angetts ovan har EU-domstolen inte prövat om det kan gälla undantag från upphandlingsskyldighet för anskaffningar som görs inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation (se kommissionens *Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad*, den 27 januari 2011 (KOM[2011] 15 slutlig, s. 22). Att ett moderbolag torde kunna åberopa in house-undantaget vid anskaffning från ett dotterbolag följer av den bedömning OFUKI-utredningen gjort i avsnitt 5.1. Vidare följer det av bedömningen i avsnitt 5.2 att också den omvända situationen, dvs. dotterbolagets anskaffning från moderbolaget, torde kunna vara undantagen från upphandlingsskyldighet. Frågan uppkommer då om in house-undantaget även kan omfatta andra fall än då anskaffningen görs i rakt nedåt- eller uppåtstigande led, t.ex. anskaffning som görs av ett bolag från ett systerbolag i samma koncern eller anskaffning som görs av ett bolag som ägs av en offentlig myndighet från ett annat bolag som ägs av samma myndighet.

Det finns vissa argument som talar för att in house-undantaget skulle kunna vara tillämpligt (jfr avsnitt 16.3). Det som OFUKI-utredningen angett i avsnitt 5.2 om Teckal-kriteriernas funktionella innebörd har relevans även för nu aktuella frågor. Grunden för att det enligt EU-domstolens praxis inte uppkommer ett avtal när kriterierna är uppfyllda är att den fristående enheten i ett sådant fall är att se som jämställd med enheter som ingår i den upphandlande myndighetens egna organisation. 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 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 kan dock 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 (jfr avsnitt 5.2).

Det måste också framhållas att EU-domstolens praxis, särskilt i fråga om kontrollkriteriet, inte kan anses direkt överförbar till en situation då t.ex. ett bolag som ägs av en offentlig myndighet anskaffar tjänster från ett annat bolag som ägs av samma myndighet. Båda bolagen kan visserligen, var för sig, stå under den offentliga myndighetens kontroll och utföra huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med myndigheten. Ingetdera av bolagen torde emellertid kunna anses utöva kontroll över det andra bolaget, i vart fall inte direkt kontroll. Visserligen har EU-domstolen ansett att en upphandlande myndighet kan utöva kontroll över en fristående enhet genom ett holdingbolag (se avsnitt 4.6.3). I ett sådant fall torde emellertid den upphandlande myndigheten behöva utöva

kontroll över såväl holdingbolaget som den fristående enheten (se avsnitt 19.11.2). I den nu behandlade situationen kan emellertid inget av bolagen anses utöva kontroll över den offentliga myndigheten. Inte heller verksamhetskriteriet synes vara direkt tillämpligt i denna situation. Bolagen torde nämligen inte kunna anses bedriva huvuddelen av sina respektive verksamheter tillsammans med både den offentliga myndigheten och det andra bolaget.

Sammantaget bedömer OFUKI-utredningen att det utifrån EU-domstolens hittillsvarande praxis inte är möjligt att ta ställning till huruvida 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.



## 6 Statens interna organisation

### 6.1 Inledning

Vissa grundläggande regler om den statliga organisationen finns i regeringsformen, RF. Av dessa framgår bl.a. att riksdagen stiftar lag, beslutar om skatt till staten och bestämmer hur statens medel ska användas. Vidare granskar riksdagen rikets styrelse och förvaltning (1 kap. 4 § andra stycket RF). Regeringen styr riket och är ansvarig inför riksdagen (1 kap. 6 § RF). För rättskipningen finns domstolar och för den offentliga förvaltningen statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter (1 kap. 8 § RF).

Under regeringen lyder Justitiekanslern och andra statliga förvaltningsmyndigheter som inte enligt RF eller annan lag är myndigheter under riksdagen (12 kap. 1 § RF). Förvaltningsuppgifter kan överlämnas åt kommuner. Sådana uppgifter kan även överlämnas åt andra juridiska personer och enskilda individer, dock endast med stöd av lag om uppgiften innefattar myndighetsutövning (12 kap. 4 § RF).

De statliga förvaltningsmyndigheter som lyder under regeringen har ansvar för att förverkliga regeringens politik. Dessa myndigheter har i princip att följa de föreskrifter av allmän natur eller direktiv för särskilda fall som regeringen meddelar (prop. 1973:90, s. 397 och bl.a. prop. 2009/10:175, s. 35). Lydnadsplikten gäller gentemot regeringen, men inte gentemot riksdagen, medborgarna eller ett enskilt statsråd. En annan sak är att riksdagen kan använda regeringen för att indirekt ge direktiv till förvaltningen (SOU 2007:75, s. 40).

Regeringens rätt att meddela direktiv till förvaltningsmyndigheterna är inte obegränsad. Den främsta begränsningen ligger i en bestämmelse om att den offentliga makten utövas under lagarna (1 kap. 1 § tredje stycket RF). Regeringen får alltså inte utfärda direktiv som strider mot gällande rätt. Däremot föreligger inget

hinder för regeringen att inom ramen för sin normgivningskompetens utfärda nya bestämmelser som kanske tar sikte just på en aktuell situation (prop. 1973:90, s. 397). Ytterligare en begränsning finns genom att ingen myndighet, inte heller riksdagen eller en kommuns beslutande organ, får bestämma hur en förvaltningsmyndighet i enskilda fall ska besluta i ett ärende som rör myndighetsutövning mot en enskild eller mot en kommun eller som rör tillämpningen av lag (12 kap. 2 § RF).

Regeringens normgivningskompetens regleras i 8 kap. RF (bl.a. 3–8 §§). Av bestämmelserna framgår att regeringen under vissa förutsättningar får meddela föreskrifter genom förordning, bl.a. då föreskrifter inte enligt grundlag ska meddelas av riksdagen. Med stöd i lag eller grundlag kan regeringen även ge förvaltningsmyndigheterna befogenhet att utfärda egna föreskrifter.

Riksdagen beslutar om skatter och avgifter till staten samt om statens budget (9 kap. 1 § RF). Det ankommer dock på regeringen att lämna en budgetproposition till riksdagen (9 kap. 2 § RF). Anslag och inkomster får inte användas på annat sätt än vad riksdagen har bestämt (9 kap. 7 § RF). Regeringen förvaltar och förfogar över statens tillgångar, om de inte avser riksdagens myndigheter eller i lag har avsatts till särskild förvaltning (9 kap. 8 § första stycket RF). Regeringen får dock inte utan att riksdagen har medgett det ta upp lån eller göra andra ekonomiska åtaganden för staten (samma paragraf, andra stycket). Regler om hur statens medel får användas utfärdas av regeringen i regleringsbrev till myndigheterna.

Riksdagen beslutar om grunder för förvaltningen av och förfogandet över statens tillgångar. Riksdagen kan också besluta att en åtgärd av ett visst slag inte får vidtas utan att riksdagen har medgett det (9 kap. 9 § RF).

Regler om förvärv och överlåtelse av statens egendom finns i 8 kap. budgetlagen (2011:203). Av bestämmelserna framgår bl.a. att riksdagens bemyndigande är en förutsättning för att regeringen, genom försäljning eller på annat sätt, ska få 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). Bestämmelser om den statliga upplåningen och skuldförvaltningen finns i 5 kap. budgetlagen.

Arbetstagare vid förvaltningsmyndigheter som lyder under regeringen anställs av regeringen eller av den myndighet som regeringen bestämmer (12 kap. 5 § första stycket RF). Förutom för

ordinarie domare, som utnämns av regeringen, gäller detsamma för anställda vid domstolarna (11 kap. 6 § första stycket och 12 § RF). Den delegationsrätt som tillkommer regeringen har utnyttjats så att regeringen har förbehållit sig utnämningssrätt enbart till de högsta befattningarna. De flesta tjänstemännen inom statsförvaltningen anställs av myndigheterna själva (prop. 2009/10:175, s. 124).

Den statliga kontrollmakten utövas genom granskning, tillsyn och rättslig prövning. Konstitutionsutskottet ska granska statsrådets tjänsteutövning och regeringsärendenas handläggning (13 kap. 1 § RF). Vidare utövar riksdagens ombudsmän (justitieombudsmän) tillsyn över tillämpningen i offentlig verksamhet av lagar och andra författningar (13 kap. 6 § RF). Riksrevisionen är också en myndighet under riksdagen med uppgift att granska den verksamhet som bedrivs av staten (13 kap. 7 § RF). Denna granskning ska främst ta sikte på förhållanden med anknytning till statens budget, genomförandet och resultatet av statlig verksamhet och åtaganden i övrigt (4 § lagen [2002:1022] om revision av statlig verksamhet m.m.).

Även vissa myndigheter under regeringen har till uppgift att utöva granskning av den statliga förvaltningen. Justitiekanslern har uppdrag liknande justitieombudsmännens men å regeringens vägnar. Statskontoret har till uppgift att på regeringens uppdrag bl.a. bistå med utvärderingar och uppföljning av statlig och statligt finansierad verksamhet. Kontroll av den statliga förvaltningens ekonomiadministration utövas vidare på regeringens uppdrag av Ekonomistyrningsverket.

## **6.2 Närmare om regeringens styrning av statsförvaltningen**

Som angetts i föregående avsnitt sker styrning av de statliga myndigheterna på flera sätt, bl.a. i form av regler i lagar och andra författningar, beslut om hur statens medel ska användas och beslut om utnämningar av högre befattningshavare. Det förekommer också informella kontakter mellan Regeringskansliet och myndigheterna. Härigenom kan dels regeringen hållas informerad om den aktuella situationen på olika områden, dels myndigheterna få regeringens intentioner och krav klarlagda eller förtydligade (prop. 2009/10:175, s. 103 f.). En årlig myndighetsdialog med myndig-

hetscheferna, och i styrelsemyndigheter med styrelseordföranden och myndighetschefen tillsammans, är en viktig del i regeringens uppföljning av myndigheterna. Dialogen syftar till att följa upp myndighetens verksamhet, ge en återkoppling och bedömning av resultatet och diskutera verksamheten i ett framåtriktat perspektiv (samma prop., s. 113).

Organiseringen av den statliga förvaltningen är ett viktigt styrinstrument för regeringen. Strukturförändringar kan genomföras på olika sätt, genom att inrätta myndigheter, föra över verksamhet till annan huvudman eller avveckla delar av eller hela myndigheter (samma prop., s. 116).

Myndigheternas instruktioner är också ett grundläggande instrument i regeringens styrning. Till skillnad från myndighetsförordningen (2007:515) och andra författningar som gäller flera myndigheter, ska en myndighets instruktion tydliggöra den enskilda myndighetens uppdrag. Den ska formuleras i termer som svarar mot myndighetens befogenheter. I varje instruktion ska som regel myndighetens ansvarsområde, uppgifter, ledningsform och andra för myndigheten specifika förhållanden regleras. Detaljeringsgraden i instruktionen kan variera från myndighet till myndighet. Vissa krav kan uttryckas tämligen detaljerat. Uppgifter som är tidsbegränsade eller som kan förväntas att ändras inom en närmare framtid, mål för verksamheten, liksom uppgifter eller uppdrag där regeringen ser behov av att vara utförlig i beskrivningen, är exempel på sådant som vanligtvis inte regleras i instruktionen utan i annat beslut (prop. 2009/10:175, s. 111).

Regleringsbrev är årliga regeringsbeslut för att styra varje myndighets verksamhet. Innehållet i regleringsbreven utgår från riksdagens beslut om statsbudgeten och regeringens ambitioner. De anger mål- och resultatkrav på myndigheterna och deras finansiella förutsättningar, bl.a. hur stora anslag myndigheterna får använda.

Inom ramen för den årliga budgetprocessen sker en dialog mellan Regeringskansliet och myndigheterna avseende både ekonomiska resurser och verksamhetens inriktning. Dessutom följs myndigheternas redovisning av kostnader och prestationer i olika grad upp årligen (samma prop., s. 98). Myndigheten ska i enlighet med förordningen (2000:605) om årsredovisning och budgetunderlag i sin årsredovisning redovisa och kommentera verksamhetens resultat i förhållande till de uppgifter som framgår av myndighetens

instruktion och till vad regeringen, i förekommande fall, har angett i regleringsbrev eller i något annat beslut.

Regeringen har alltså ett antal styrmedel till sitt förfogande för att påverka en myndighet att handla på ett visst sätt. Utöver tvingande krav i form av påbud eller förbud kan det också vara fråga om att ekonomiska resurser tilldelas på grundval av vissa prestationer. Styrningen kan riktas mot processer, prestation och samhällseliga effekter (prop. 2009/10:134, s. 28). Regeringens styrning kan vara detaljerad för vissa myndigheter och t.ex. omfatta mål, prestationer eller kvalitet och för andra vara mer övergripande (prop. 2009/10:175, s. 98).

## 7 Kommunernas och landstingens interna organisation

I regeringsformen, RF, finns vissa grundläggande bestämmelser om kommuners och landstings interna organisation. Av dessa framgår att det i riket finns kommuner på lokal och regional nivå och att det finns bl.a. kommunala förvaltningsmyndigheter för den offentliga förvaltningen (1 kap. 7–8 §§ RF). Vidare framgår att kommunal beslutanderätt utövas av valda församlingar (14 kap. 1 § RF). Närmare bestämmelser om kommunernas och landstingens organisation och deras interna kompetensfördelning finns framför allt i kommunallagen (1991:900), KL.

I varje kommun och i varje landsting finns en beslutande församling – kommunfullmäktige respektive landstingsfullmäktige – som består av valda ledamöter (3 kap. 1 § KL, jfr 4 kap. 1–6 §§ KL). Fullmäktige ska tillsätta en kommunstyrelse respektive landstingsstyrelse. Därutöver ger kommunallagen frihet åt fullmäktige att tillsätta de övriga nämnder som behövs för att fullgöra kommunens eller landstingets uppgifter (3 kap. 2–3 §§ KL). Enligt bestämmelser i annan lagstiftning krävs dock tillsättning av vissa nämnder. I varje kommun ska finnas en valnämnd (3 kap. 3 § vallagen [2005:837]) och, om det inte utses en överförmyndare, en överförmyndarnämnd (19 kap. 2 § föräldrabalken). Förutom fullmäktige och nämnder finns vissa andra interna organ i kommuner och landsting, bl.a. revisorer.

Fullmäktige är det högst beslutande organet inom en kommun och är i vissa avseenden överordnat styrelsen och de övriga nämnderna. Detta tar sig bl.a. uttryck i fullmäktiges kompetens att bestämma över nämndorganisationen men också genom möjligheter för fullmäktige att i viss utsträckning delegera beslutanderätt till nämnderna. Det råder dock inte ett renodlat hierarkiskt förhållande mellan organen. I stället kan KL sägas bygga på en dualism mellan fullmäktige och nämnderna på så sätt att organen

har kompetens i olika frågor. Fullmäktiges kompetens och ansvar avser övergripande frågor av mera grundläggande betydelse medan bl.a. frågor om förvaltning och verkställighet ankommer på nämnderna. När nämnderna handlägger konkreta förvaltningsärenden agerar de i princip självständigt och på eget ansvar (Bohlin, *Kommunalrättens grunder*, 5 uppl., 2007, s. 36).

Även i frågor som ankommer på fullmäktige att besluta om har nämnderna en särskild och självständig funktion. En utgångspunkt är att fullmäktige inte får avgöra ärenden innan dessa beretts inom nämndorganisationen.

Före 1991 års kommunallag var den interna kommunala organisationen styrd bl.a. genom att det i speciallagstiftning uppställdes krav på vissa obligatoriska nämnder med särskilt angivna uppgifter, exempelvis byggnadsnämnd och socialnämnd. I förarbetena till KL gjordes emellertid bedömningen att kommuner och landsting borde ges möjlighet att organisera sin verksamhet på ett friare sätt. I propositionen *Ny kommunallag* (prop. 1990/91:117, s. 40) anfördes bl.a. följande.

Utvecklingen under senare år på det kommunala verksamhetsfältet har kännetecknats av att gränserna mellan olika sektorer blivit mindre skarpa. Behovet av sektorssamverkan har således ökat. Det har också bedrivits ett förändringsarbete som har varit inriktat på att decentralisera den kommunala verksamheten. För att kunna möta de nya kraven är det väsentligt att kommunerna och landstingen har en så ändamålsenlig organisation som möjligt. Formerna för detta kan skifta alltefter de varierande lokala förutsättningarna. Det är mot denna bakgrund som en ökad organisationsfrihet har erbjudits genom lokalorganslagen, lagen om särskilda organ i landstingskommunerna och frikommunlagen. Enligt regeringens mening har utvecklingen nu nått det stadiet att alla kommuner och landsting bör ges möjlighet att organisera sin verksamhet på ett friare sätt. De bör således själva kunna bestämma hur de vill fördela sina uppgifter på olika kommunala nämnder. Vi bygger detta synsätt på en stark tilltro till kommunernas och landstingens förmåga att ta ansvar för de samhällsuppgifter som statsmakterna har tilldelat dem.

I följande avsnitt beskrivs regleringen av kommunernas och landstingens interna organisation och kompetensfördelning närmare.

## 7.1 Fullmäktige

I 3 kap. KL finns bl.a. bestämmelser om kompetensfördelning mellan fullmäktige och nämnderna. En övergripande regel är att fullmäktige beslutar i sådana frågor där det uttryckligen i KL eller andra författningar anges att beslut ska fattas av fullmäktige (3 kap. 9 § andra stycket KL). I övrigt gäller fullmäktiges kompetens i huvudsak beslut av mera grundläggande natur eller av mera generell räckvidd. Det ska vara fråga om avgöranden där det politiska momentet, allmänt sett, är dominerande (prop. 1990/91:117, s. 157, jfr prop. 1973:90, s. 231). Detta uttrycks i lagtexten på så sätt att fullmäktige beslutar i ärenden av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt för kommunen eller landstinget (3 kap. 9 § första stycket KL). Vad som avses exemplifieras till främst

1. mål och riktlinjer för verksamheten,
2. budget, skatt och andra viktiga ekonomiska frågor,
3. nämndernas organisation och verksamhetsformer,
4. val av ledamöter och ersättare i nämnder och beredningar,
5. val av revisorer,
6. grunderna för ekonomiska förmåner till förtroendevalda,
7. årsredovisning och ansvarsfrihet, samt
8. folkomröstning i kommunen eller landstinget.

Med mål och riktlinjer för verksamheten avses sådana övergripande frågor som har betydelse för den kommunala verksamheten i stort, t.ex. finanspolitiska riktlinjer och verksamhetsinriktningen på olika områden (prop. 1990/91:117, s. 48 och s. 157 f.).

Att fullmäktige ska besluta om viktiga ekonomiska frågor innebär att fullmäktige ska ta ställning till alla förmögenhetsförfoganden som har en direkt kommunalekonomisk betydelse (samma prop., s. 48 och s. 158 f., se även avsnitt 7.3.1). Det kan handla om graden av avgiftsfinansiering eller viktiga beslut om förmögenhetstillgångarna. Det kan också gälla vissa frågor om upplåning (samma prop., s. 159, jfr bet. 1990/91:KU38, s. 39, och Sveriges Kommuner och Landsting, *Kommunallagen – Kommentarer och praxis*, 4 uppl., 2006, s. 151). Vidare ska fullmäktige meddela närmare föreskrifter om medelsförvaltningen (8 kap. 3 § KL).



Den typ av föreskrifter som avses är sådana som syftar till undvikande av att medlen riskeras genom placeringar som är tveksamma eller svårbedömda från rättslig synpunkt eller som fordrar sådana specialkunskaper som kommunerna och landstingen kanske kan ha svårt att leva upp till. Det kan också vara föreskrifter om bl.a. upplåning av medel (prop. 1990/91:117, s. 110 f. och bet. 1990/91:KU38, s. 75). Att fullmäktige ska besluta om budget och godkänna årsredovisning preciseras i 8 kap. 8 och 18 §§ KL.

De frågor om den kommunala nämndorganisationen som är förbehållna fullmäktige avser bl.a. vilka nämnder som ska finnas, deras uppgiftsområden och fördelningen av uppgifter på lokal och central nivå. Det handlar också om nämndernas storlek och sammansättning. Enligt förarbetena bör det dock inte krävas att fullmäktige närmare bestämmer om hur förvaltningen organiseras (prop. 1990/91:117, s. 49).

Det finns flera bestämmelser i KL som preciserar fullmäktiges kompetens att bestämma nämndernas organisation och verksamhetsformer. Lagtexten ger uttryck för en i princip fullständig frihet att organisera nämndarbetet (prop. 1990/91:117, s. 154 f.) Som angetts ovan ankommer det på fullmäktige att tillsätta styrelsen och de övriga nämnder som behövs (3 kap. 2–3 §§ KL). I den mån det inte finns särskilda bestämmelser gäller att fullmäktige ska bestämma nämndernas verksamhetsområden och inbördes förhållanden (3 kap. 4 § KL). Fullmäktige får besluta att en nämnd ska ha hand om en eller flera verksamheter i hela kommunen eller landstinget eller för en del därav. Fullmäktige får även besluta att en nämnd ska ha hand om verksamheten vid en eller flera anläggningar. Det är också möjligt för fullmäktige att bestämma att en nämnd ska vara underställd en annan nämnd. Beslut kan vidare tas om att en nämnd ska vara gemensam med en annan kommun eller ett annat landsting (gemensamma nämnder beskrivs närmare i avsnitt 8.2). Dessutom får fullmäktige bestämma att en nämnd ska ha ett eller flera utskott och vilka uppgifter sådana utskott ska ha (6 kap. 20–21 §§ KL, prop. 1990/91:117, s. 200). Om inte fullmäktige har beslutat något om utskott, får varje nämnd själv bestämma om utskott ska finnas (6 kap. 20 § andra stycket KL).

Fullmäktiges frihet i fråga om nämndorganisationen begränsas genom att vissa svårförenliga uppgifter inte får hanteras inom en och samma nämnd (3 kap. 5 § KL). En nämnd får inte bestämma om rättigheter eller skyldigheter för kommunen eller landstinget i ärenden där nämnden företräder kommunen eller landstinget som

part. Härigenom hindras t.ex. att en nämnd först beslutar om att ansöka om bygglov för en viss åtgärd och därefter också beslutar i frågan huruvida bygglov ska beviljas (prop. 1990/91:117, s. 156). Tillsyn enligt lag eller annan författning får vidare inte utövas av en nämnd över sådan verksamhet som nämnden själv bedriver.

Fullmäktige ska utfärda reglementen med närmare föreskrifter om nämndernas verksamhet och arbetsformer (6 kap. 32 § KL). Reglementen behövs bl.a. för att klargöra uppgiftsfördelningen mellan nämnderna (prop. 1990/91:117, s. 202). I reglementen kan också närmare preciseras kompetensfördelningen mellan fullmäktige och nämnderna (Höök, *Intern kommunal kompetensfördelning*, 2000, s. 104).

I 9 kap. KL finns bestämmelser om revision av kommuners och landstings verksamhet. Till utfyllnad av dessa får fullmäktige utfärda revisionsreglemente med närmare föreskrifter (9 kap. 18 § KL, jfr avsnitt 7.5).

För egen del ska fullmäktige anta en arbetsordning med de föreskrifter som behövs bl.a. för handläggningen av ärenden (5 kap. 63–64 §§ KL).

Utöver vad som följer av 3 kap. 9 § KL ankommer det på fullmäktige att besluta om bl.a. sådana åtgärder som ska vidtas i förhållande till kommunala företag enligt 3 kap. 16–18 §§ KL (se avsnitt 9.4).

## 7.2 Nämnderna

### 7.2.1 Generellt om alla nämnder

I den mån det inte ankommer på fullmäktige att besluta i frågor om nämndernas organisation och verksamhetsområden har de enskilda nämnderna kompetens i dessa frågor. Som angetts ovan får nämnderna inrätta utskott om inte fullmäktige beslutat om detta.

En huvuduppgift för styrelsen och andra nämnder är att besluta i frågor som rör förvaltningen och i frågor som de enligt lag eller annan författning ska handha (3 kap. 13 § första stycket KL). Nämnderna beslutar även i frågor som fullmäktige har delegerat till dem (samma paragraf, andra stycket, se även avsnitt 7.3.1). En annan huvuduppgift för nämnderna är att bereda fullmäktiges ärenden och att ansvara för att fullmäktiges beslut verkställs (3 kap. 14 § KL). Beredningen beskrivs i avsnitt 7.4.

I speciallagstiftningen ges nämnderna ofta en uttrycklig och exklusiv kompetens att fullgöra uppgifter. Exempelvis anges i 2 kap. 4 § socialtjänstlagen (2001:453) att kommunens uppgifter inom socialtjänsten fullgörs av den eller de nämnder som kommunfullmäktige bestämmer. Av 12 kap. 2 § regeringsformen framgår också att fullmäktige inte får bestämma hur nämnderna ska besluta i särskilda fall i ärenden som rör myndighetsutövning mot enskild eller mot kommun eller som rör tillämpning av lag.

Att nämnderna ansvarar för förvaltningen och för verkställigheten av fullmäktiges beslut inom sitt respektive verksamhetsområde innebär att det finns ett motsvarande förbud för fullmäktige att besluta i sådana frågor. Om en uppgift bedöms vara en förvaltningsuppgift kan fullmäktige alltså inte ta över uppgiften från nämnden – inte ens om nämnden frivilligt vill överlämna den till fullmäktige (RÅ 1950 ref. 26). Vidare krävs inget delegationsbeslut från fullmäktige för att nämnden ska kunna besluta i en fråga som utgör förvaltning (Höök, *Intern kommunal kompetensfördelning*, 2000, s. 106).

Begreppet förvaltning omfattar bl.a. vardagliga beslut om den löpande verksamheten, t.ex. att anställa personal eller att besluta om vissa inköp (Sveriges Kommuner och Landsting, *Kommunallagen – Kommentarer och praxis*, 4 uppl., 2006, s. 151 f.). Såvitt gäller anställningar finns i och för sig en möjlighet för fullmäktige att fatta beslut men i normalfallet är detta inte fullmäktiges uppgift (prop. 1990/91:117, s. 189, jfr 5 kap. 42 § KL). I förarbetena har uttalats att det inte kan anses finnas något hinder mot att personalfrågor centraliseras till en nämnd (samma prop., s. 196).

Även vissa andra ekonomiska frågor omfattas av förvaltningsbegreppet, om än gränsdragningen i flera avseenden är oklar (jfr avsnitt 7.3.1). Till förvaltningen hör således viss egendoms- och medelsförvaltning samt normal fastighetsförvaltning (prop. 1990/91:117, s. 160 och Höök, *Intern kommunal kompetensfördelning*, 2000, s. 114 f. och s. 222).

Beslut som fattas av fullmäktige kan innehålla noggranna instruktioner eller detaljer om verkställigheten. Trots detta har nämnderna ett visst mått av självständighet i verkställighetsfrågor, bl.a. på så sätt att fullmäktige inte kan lägga sig i eller upphäva nämndernas verkställighet (Höök, *Intern kommunal kompetensfördelning*, 2000, s. 118 ff.).

Av 3 kap. 9 § KL framgår att fullmäktige beslutar om mål och riktlinjer för verksamheten. I 6 kap. 7 § första stycket KL har

markerats att nämnderna har skyldighet, var och en inom sitt område, att se till att verksamheten bedrivs i enlighet med fullmäktiges mål och riktlinjer och också i enlighet med de föreskrifter som gäller för verksamheten. I paragrafen anges även att nämnderna ska se till att den interna kontrollen är tillräcklig samt att verksamheten bedrivs på ett i övrigt tillfredsställande sätt.

Med intern kontroll avses i administrativa sammanhang dels nämndens bestämmelser om bl.a. fördelning av ansvar och befogenheter, dels systematiskt ordnade interna kontroller av organisation, redovisningssystem och administrativa rutiner (prop. 1998/99:66, s. 56). Det är nämnderna själva som har ett ansvar för att det finns en tillfredsställande intern kontroll. Däremot är det revisorernas uppgift att pröva bl.a. om den kontroll som görs inom nämnderna är tillräcklig och att den utformas på ett tillfredsställande sätt (prop. 1998/99:66, s. 58). Hur nämnderna konkret ska se till att få den information de behöver för att kunna kontrollera verksamheten får de bestämma själva (prop. 1990/91:117, s. 197).

Nämndernas skyldigheter enligt 6 kap. 7 § KL gäller inte endast den egna verksamheten utan också när vården av en kommunal angelägenhet har lämnats över till någon annan med stöd av 3 kap. 16 § KL, t.ex. till ett kommunalt företag (6 kap. 7 § tredje stycket KL, jfr avsnitt 9.4.3).

### 7.2.2 Särskilt om styrelsen

De regler som gäller för nämnder i allmänhet gäller också för styrelsen. Därutöver finns särskilda bestämmelser om styrelsens uppgifter och befogenheter i bl.a. 6 kap. 1–6 §§ KL och 8 kap. 6–7 och 15–16 §§ KL. Sammantagna ger dessa regler styrelsen en särställning som kommunens eller landstingets ledande förvaltningsorgan.

Styrelsen ska leda och samordna förvaltningen av kommunens eller landstingets angelägenheter och ha uppsikt över övriga nämnders verksamhet (6 kap. 1 § KL). Uppsiktskravet gäller även eventuella gemensamma nämnders verksamhet. Dessutom ska styrelsen ha uppsikt över kommunal verksamhet som bedrivs i kommunala företag och sådana kommunalförbund som kommunen eller landstinget är medlem i (se avsnitt 8.1.2 och 9.4.3).

Samordningsansvaret innefattar en skyldighet för styrelsen att uppmärksamt följa de frågor som kan inverka på kommunens eller

landstingets utveckling och ekonomiska ställning. Styrelsen är också skyldig att hos fullmäktige, övriga nämnder och andra myndigheter göra de framställningar som behövs (6 kap. 2 § KL). För att kunna fullgöra sina uppgifter får styrelsen begära in de yttranden och upplysningar som behövs från övriga nämnder, beredningar och anställda i kommunen eller landstinget (6 kap. 3 § KL).

Styrelsens uppsiktsplikt är inte förenad med några egentliga maktmedel. I princip är överinseendet över de andra nämnderna begränsat till rätten att göra påpekanden, lämna råd och anvisningar samt, om dessa inte följs, påkalla ingripande av fullmäktige, om fullmäktige har befogenhet till detta. Styrelsen kan däremot inte besluta i en annan nämnds ställe, stoppa verkställigheten av åtgärder som annan nämnd har beslutat eller ingripa i den särskilda myndighetsutövning som kan ankomma på de andra nämnderna (prop. 1975/76:187, s. 432).

I lagtexten återfinns en uppräkningslista av uppgifter som särskilt åligger styrelsen (6 kap. 4 § KL). Dessa innefattar att bereda eller yttra sig i ärenden som ska handläggas av fullmäktige, utom i vissa särskilt undantagna fall (se avsnitt 7.4.1). Vidare åligger det styrelsen särskilt att ha hand om den ekonomiska förvaltningen, att verkställa fullmäktiges beslut och att i övrigt fullgöra de uppdrag som fullmäktige har lämnat över till styrelsen.

Begreppet ekonomisk förvaltning omfattar också egendoms- och medelsförvaltning. Dessa uppgifter åvilar därför primärt styrelsen (prop. 1990/91:117, s. 196). Fullmäktige får dock besluta att en annan nämnd än styrelsen helt eller delvis ska sköta om förvaltningen och verkställigheten i fråga om egendom samt verkställa fullmäktiges beslut (6 kap. 5 § KL). Detta innebär att egendomsförvaltningen kan centraliseras till en annan nämnd än styrelsen (samma prop., s. 196). Fullmäktige får också besluta att en annan nämnd helt eller delvis ska ha hand om sin medelsförvaltning (6 kap. 5 § KL). Styrelsen och övriga nämnder ska fortlöpande föra räkenskaper över de medel som de förvaltar (8 kap. 14 § första stycket KL).

I 8 kap. KL finns bestämmelser som ger styrelsen särskilda uppgifter i fråga om bl.a. budget och årsredovisning för kommunen eller landstinget. Styrelsen har en samordnande roll bl.a. genom att övriga nämnder ska lämna in sina särskilda budgetförslag till styrelsen och genom att det ankommer på styrelsen att upprätta förslag till kommunens eller landstingets budget (8 kap. 6–7 §§

KL). Övriga nämnder ska också redovisa sin medelsförvaltning till styrelsen, som därefter har att upprätta årsredovisning (8 kap. 15–16 §§ KL).

Enligt 6 kap. 6 § KL är det i första hand styrelsen som är processbehörigt organ för kommunen eller landstinget. Styrelsen får själv eller genom ombud föra talan i alla mål och ärenden utom då någon annan ska göra det på grund av lag eller annan författning eller beslut av fullmäktige. Styrelsens behörighet gäller även i sådana mål där någon har begärt laglighetsprövning av fullmäktiges beslut, dock inte om fullmäktige beslutar att själv föra talan i målet.

I speciallagstiftningen finns flera undantag från huvudregeln om styrelsens behörighet att företräda kommunen eller landstinget. Exempelvis ankommer det på byggnadsnämnden, dvs. den nämnd som utsetts att fullgöra kommunens uppgifter inom plan- och byggnadsväsendet, att ansöka om handräckning hos Kronofogdemyndigheten då någon har vidtagit en byggnadsåtgärd utan erforderligt bygglov (1 kap. 7 § och 10 kap. 13 § plan- och bygglagen [1987:10]). Vidare gäller enligt 7 a § förvaltningsprocesslagen (1971:291) att om en enskild överklagar en förvaltningsmyndighets beslut, så ska den myndighet som först beslutade i saken vara den enskildes motpart sedan handlingarna överlämnats till domstolen. Vid s.k. förvaltningsbesvär är det alltså den verksamhetsansvariga nämnd som har fattat beslutet som är behörig att uppträda i domstol.

Bestämmelserna i 6 kap. 6 § KL innebär bl.a. att fullmäktige kan inskränka styrelsens processbehörighet, antingen generellt eller genom beslut för särskilda fall. Fullmäktige kan också återkalla en talan som styrelsen har inlett (prop. 1990/91:117, s. 196).

### 7.2.3 Ledamöter

#### Valbarhet m.m.

Ledamöter och ersättare i nämnder, liksom bl.a. fullmäktiges motsvarande funktionärer, omfattas av begreppet förtroendevalda (4 kap. 1 § KL). I 4 kap. KL finns bestämmelser om de förtroendevalda, bl.a. om vilka personer som är valbara.

En förutsättning för valbarhet som förtroendevald är att personen i fråga har rösträtt vid val av kommunfullmäktige eller landstingfullmäktige. Detta förutsätter i sin tur bl.a. att personen är

folkbokförd i kommunen eller landstinget (4 kap. 2–5 §§ KL). Vissa personer är inte valbara, exempelvis kan den person som är anställd hos en kommun eller ett landsting för att ha den ledande ställningen bland personalen inte väljas (4 kap. 6 § KL).

Fullmäktiges ledamöter och ersättare väljs av de personer som har rösträtt i kommunen eller landstinget. Ledamöter och ersättare i nämnderna väljs i sin tur av fullmäktige (6 kap. 9 § KL). Fullmäktige ska även välja en ordförande och en eller två vice ordförande bland nämndens ledamöter (6 kap. 15 § KL). Av lagen (1992:339) om proportionellt valsätt följer bl.a. att en minoritet i fullmäktige kan påverka fullmäktiges val. Om det har inrättats utskott i en nämnd ankommer det på nämnden att välja de personer som ska ingå i dessa. Valet ska ske bland ledamöterna och ersättarna i nämnden (6 kap. 22 § KL). Lagen om proportionellt valsätt är tillämplig även vid val till utskott.

I styrelsen ska finnas minst fem ledamöter och antalet ersättare bör vara lika stort som antalet ledamöter. I övrigt bestämmer fullmäktige antalet förtroendevalda i såväl styrelsen som övriga nämnder (6 kap. 9 § KL).

### **Mandattider och förtida avgång**

Ledamöterna och ersättarna i styrelsen väljs för fyra år (6 kap. 12 § KL). För andra nämnder än styrelsen bestäms mandattiderna av fullmäktige (6 kap. 13 § KL). Upphör en förtroendevald att vara valbar är huvudregeln att uppdraget då också genast upphör. Gäller det en förtroendevald som valts av fullmäktige, t.ex. en ledamot i en nämnd, får dock fullmäktige besluta att personen får ha kvar sina uppdrag under återstoden av mandattiden (4 kap. 8 § KL). Uppdraget för samtliga förtroendevalda som valts av fullmäktige upphör i förtid bl.a. om valet till fullmäktige har upphävts och omval till fullmäktige har skett (4 kap. 7 § KL).

Om det inte finns särskilda skäl mot det, ska fullmäktige befria en förtroendevald från uppdraget när denne önskar avgå. I övrigt finns däremot begränsade möjligheter att i förtid skilja en förtroendevald från uppdraget. För en enskild ledamot som valts av fullmäktige får uppdraget återkallas av fullmäktige endast om den förtroendevalde har vägrats ansvarsfrihet eller genom lagakraftvunnen dom har dömts för ett brott som det är föreskrivet fängelse

i minst två år (4 kap. 10 § KL). Frågan om ansvarsfrihet beskrivs närmare nedan.

Fullmäktige får återkalla uppdragen för samtliga förtroendevalda i en nämnd antingen när den politiska majoriteten i nämnden inte längre är densamma som i fullmäktige eller vid förändringar i nämndorganisationen (4 kap. 10 a § KL).

### Ansvarsfrihet och skadeståndsansvar

Revisorerna i en kommun eller ett landsting ska varje år avge en revisionsberättelse till fullmäktige (se avsnitt 7.5). I denna kan anmärkningar riktas mot nämnder och fullmäktigeberedningar samt mot de enskilda förtroendevalda i sådana organ. Revisionsberättelsen ska även innehålla ett särskilt uttalande huruvida ansvarsfrihet tillstyrks eller avstyrks (9 kap. 17 § KL). Detta uttalande ligger sedan till grund för en årlig prövning av fullmäktige (5 kap. 25 a § KL, jfr 5 kap. 31 § KL). Fullmäktige kan besluta i enlighet med revisorernas förslag, men också göra en annan bedömning.

I den juridiska litteraturen ses prövningen som ett blandat politiskt och juridiskt ansvar. Kommunallagen anger inga kriterier för ansvarsprövningen. I princip har fullmäktige fria händer att bevilja ansvarsfrihet på vilka grunder som helst, även för olagligheter i verksamheten. I fråga om att vägra ansvarsfrihet råder däremot inte full frihet. Enligt rättspraxis, bl.a. RÅ 1999 ref. 5, krävs för vägrad ansvarsfrihet att den förtroendevalde agerat på ett sätt som stört en kommunal förvaltningsuppgift eller åstadkommit ekonomisk skada för kommunen eller landstinget.

I skriften *God Revisionsred i kommunal verksamhet*, Sveriges Kommuner och Landsting, 2006, s. 49 ff., anges bl.a. att avstyrkt ansvarsfrihet föreslås av revisorerna vid väsentliga och uppenbara brister i nämndens ansvarstagande. Vidare anges där att det kan vara aktuellt att avstyrka ansvarsfrihet om tidigare påtalade brister inte förbättrats eller vid flera anmärkningar mot samma nämnd. Ett antal grunder beskrivs som var för sig eller tillsammans kan utgöra skäl för att avstyrka ansvarsfrihet. Dessa omfattar bristande måluppfyllelse eller ohörsamhet till mål och riktlinjer fastlagda av fullmäktige eller i föreskrifter, bristande styrning, ledning, uppföljning och kontroll, förtroendeskada eller annan immateriell skada, ekonomisk skada, obehörigt beslutsfattande, icke lagenlig



verksamhet eller brottslig gärning, otillräcklig beredning av ärenden samt ej rättvisande redovisning.

Om fullmäktige har vägrat ansvarsfrihet får fullmäktige även besluta att talan om skadestånd ska väckas. En skadeståndstalan som inte grundas på brott måste väckas inom ett år från det att beslutet om vägrad ansvarsfrihet fattades (5 kap. 25 b § KL). Det finns inget hinder mot att fullmäktige vägrar ansvarsfrihet och samtidigt avstår från att väcka talan. Fullmäktiges beslut får i så fall karaktären av en ”prickning” (prop. 1990/91:117, s. 222 f.).

Något särskilt lagreglerat skadeståndsansvar för de förtroendevalda finns inte i KL. Av bestämmelserna i skadeståndslagen (1972:207) följer däremot ett begränsat sådant ansvar (prop. 1990/91:117, s. 222 f., jfr prop. 1972:5, s. 555).

## 7.3 Delegation

### 7.3.1 Delegation från fullmäktige till styrelsen och andra nämnder

#### Övergripande gränser för delegation

Inom vissa ramar har fullmäktige möjlighet att uppdra åt styrelsen eller andra nämnder att fatta beslut i fullmäktiges ställe. Sådan delegation av beslutskompetens kan avse enstaka ärenden eller ärendegrupper. Vissa frågor är dock helt förbehållna fullmäktige. Enligt 3 kap. 10 § KL får delegation inte ske av ärenden som anges i 3 kap. 9 § första stycket KL eller som annars enligt lag eller annan författning ska avgöras av fullmäktige. I övrigt får fullmäktige efter egen bedömning avgöra i vilken omfattning delegering bör ske. Bemyndiganden kan tas in i reglementen för nämnderna eller ges i form av särskilda beslut (Bohlin, *Kommunalrättens grunder*, 5 uppl., 2007, s. 45).

När fullmäktige delegerat beslutsfunktioner till nämnderna har fullmäktige avhänt sig sin egen möjlighet att besluta i frågan, såvida delegationen inte återtas av fullmäktige (Höök, *Intern kommunal kompetensfördelning*, 2000, s. 178). Återtagande kan ske när som helst. Fullmäktige är dock förhindrad att i efterhand ändra eller ompröva ett beslut som nämnden fattat med stöd av delegation och som har bindande verkan för kommunen eller landstinget (Bohlin, *Kommunalrättens grunder*, 5 uppl., 2007, s. 42 f. och RÅ 1984 Ab 34).

Hänvisningen i 3 kap. 10 § KL till 3 kap. 9 § första stycket KL innebär ett särskilt utpekande av att ärenden av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt, däribland sådana frågor som exemplifieras i paragrafen, inte får delegeras till nämnderna (jfr avsnitt 7.1). Gränsdragningsproblem finns bl.a. genom att det inte är helt klart vad som utgör viktiga ekonomiska frågor och som därför är förbehållna fullmäktige. När det gäller taxor för avgifter finns det i speciallagstiftningen flera exempel på att fullmäktige har exklusiv kompetens att fatta beslut (bl.a. 27 kap. 6 § miljöbalken). Även i övrigt faller beslut om avgifter generellt sett inom ramen för fullmäktiges exklusiva kompetens, vilket hänger samman med att avgiftsnivån kan påverka skatteuttaget. Det innebär dock inte att fullmäktige måste avgöra avgiftssättningen i varje enskilt fall. Om riktlinjer för avgiftsuttagen har antagits av fullmäktige bör det enligt förarbetena till KL vara möjligt att delegera till en nämnd, som t.ex. svarar för en viss anläggning, att bestämma avgifter för utnyttjande av anläggningen. Också andra avgiftsuttag som inte har någon direkt betydelse för kommunalekonomin i stort kan falla utanför gruppen ”viktiga ekonomiska frågor” (prop. 1990/91:117, s. 49 och 158 f.).

Ett omvänt gränsdragningsproblem vid delegation, bl.a. när det gäller avgifter, är att det inte heller är helt klart vad som utgör förvaltning och som därför redan av denna anledning ankommer på nämnderna. I 8 kap. 3 b § KL ges lagstöd för kommuners och landstings rätt att ta ut avgifter för tjänster och nyttigheter som de tillhandahåller. I förarbetena till den bestämmelsen beskrivs bl.a. att nämnderna har en viss ”avgiftsrätt” inom ramen för sin förvaltning. Det kan gälla beslut om hyror och arrenden inom fastighetsförvaltningen eller prissättning på t.ex. kommunala ungdomscaféer, kiosker eller tvätteriiinrättningar (prop. 1993/94:188, s. 79).

Vissa frågor om upplåning kan delegeras av fullmäktige. I förarbetena till kommunallagen anförde Konstitutionsutskottet (bet. 1990/91:KU:38, s. 39, jfr prop. 1990/91:117, s. 159) att praxis i frågor om lånefinansiering torde vara att dessa i regel omhänderhas av styrelsen och att det knappast finns anledning att begränsa denna praxis. Enligt Konstitutionsutskottet får dock förutsättas att fullmäktige vid delegering fattar beslut om graden av lånefinansiering i budgeten och anger riktlinjer avseende den treårsperiod för vilken budgeten ska innehålla en plan (jfr 8 kap. 3 och 5 §§ KL).

Även en del andra uppgifter som gäller förmögenhetsförfoganden kan delegeras av fullmäktige om de inte har en direkt

kommunalekonomisk betydelse (prop. 1990/91:117, s. 48). Exempelvis bör mera rutinmässiga förvärv eller försäljningar av fastigheter kunna delegeras om uppdraget är begränsat till sitt omfång och förenat med lämpliga direktiv (Bohlin, *Kommunalrättens grunder*, 5 uppl., 2007, s. 40, Sveriges Kommuner och Landsting, *Kommunallagen – Kommentarer och praxis*, 4 uppl., 2006, s. 149, jfr RÅ 1991 ref. 60).

### Finansbemyndiganden

Det är vanligt förekommande att fullmäktige ger s.k. finansbemyndiganden till nämnderna med stöd av 3 kap. 12 § KL. Enligt bestämmelsen får fullmäktige i samband med att budgeten fastställs eller anslag annars beviljas uppdra åt en nämnd att genomföra en viss verksamhet inom ramen för de riktlinjer eller andra generella beslut om verksamheten som fullmäktige har bestämt. Ett finansbemyndigande får dock inte ges om annat följer av lag. Inom vissa områden, t.ex. socialtjänsten, finns obligatoriska uppgifter där målen har satts av riksdagen genom lag, varför fullmäktiges handlingsutrymme är begränsat (prop. 1990/91:117, s. 160). Vidare är det inte möjligt för fullmäktige att genom finansbemyndiganden delegera sin beslutskompetens i sådana frågor som enligt andra bestämmelser i KL, t.ex. 3 kap. 9 §, ska hanteras av fullmäktige.

Med stöd av 3 kap. 12 § KL kan fullmäktige bevilja nämnderna ett ramanslag för en hel verksamhet eller för en hel nämnd. En förutsättning är dock att fullmäktige har tagit ställning till verksamhetens omfattning och inriktning samt till kostnaderna och intäkterna i stort. Riktlinjer för hur anslagen får användas kan läggas fast genom en hänvisning till olika måldokument, t.ex. en barnomsorgsplan eller äldreomsorgsplan. Det krävs att fullmäktige har fastställt sådana riktlinjer eller andra generella beslut för verksamheten i fråga att dess prioriteringar blir respekterade (prop. 1990/91:117, s. 159).

### Rapporteringskyldighet för nämnderna

Fullmäktiges överlämnande av uppgifter till nämnderna enligt 3 kap. 10 eller 12 § KL är förenad med en skyldighet för nämnderna att redovisa till fullmäktige hur uppdragen har fullgjorts (3 kap.

15 § KL). Fullmäktige ska besluta om omfattningen av redovisningen och formerna för denna.

Redovisningsskyldigheten ger fullmäktige såväl möjligheter till kontroll som ett underlag för framtida överväganden om delegering. Innebörden är dock inte att nämnderna måste återredovisa hur enskilda ärenden har handlagts. Det handlar snarare om en redovisning av hur fullmäktiges beslut om verksamheten som sådan har efterlevts. Åtterrapporeringen får särskild betydelse vid mera omfattande delegation (prop. 1990/91:117, s. 160).

### 7.3.2 Delegation inom en nämnd

Med stöd av 6 kap. 33–38 §§ KL kan ärenden delegeras inom en nämnd. En nämnd får således uppdra åt ett utskott, åt en ledamot eller ersättare eller åt en anställd hos kommunen eller landstinget att besluta på nämndens vägnar (6 kap. 33 § KL). Ett sådant uppdrag kan avse ett visst ärende eller en viss grupp av ärenden.

I lagtexten uppräknas vissa ärenden för vilka beslutanderätten inte får delegeras (6 kap. 34 § KL). Det gäller bl.a. för ärenden som avser verksamhetens mål, inriktning, omfattning eller kvalitet, ärenden som rör myndighetsutövning mot enskilda och som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt samt framställningar eller yttranden till fullmäktige. Dessutom finns det delegeringsförbud för vissa slags ärenden i speciallagstiftningen. Ett beslut som fattats med stöd av delegation ska anmälas till nämnden i den ordning som nämnden har bestämt (6 kap. 35 § KL).

För ärenden som är så brådskande att nämndens avgörande inte kan avvaktas får nämnden uppdra åt ordföranden eller en annan ledamot som nämnden har utsett att besluta på nämndens vägnar, oavsett ärendets art (6 kap. 36 § KL, jfr prop. 1990/91:117, s. 205). Även sådana beslut ska anmälas till nämnden – i dessa fall vid nämndens nästa sammanträde.

Om fullmäktige har beslutat att inrätta ett utskott för en nämnd ska nämnden följa vad fullmäktige också kan ha bestämt om vad utskottet ska ha för uppgifter. Är det fråga om överförande av del av nämndens beslutanderätt till utskottet måste det formella beslutet om delegering till utskottet tas av nämnden (prop. 1990/91:117, s. 200).

I viss utsträckning är det möjligt för nämnder att delegera beslutskompetens till s.k. självförvaltningsorgan under nämnden

(7 kap. 18–22 § KL). Delegation kan också under vissa förutsättningar ske till anställda i andra kommuner (bl.a. enligt 3 kap. 12 § lagen [2003:778] om skydd mot olyckor, se avsnitt 29.2.2 och 32.2.1).

## **7.4 Beredning**

### **7.4.1 Fullmäktige**

Som huvudregel gäller ett beredningskrav för fullmäktiges ärenden. Ett ärende ska innan det avgörs ha beretts antingen av en nämnd vars verksamhetsområde ärendet berör eller av en fullmäktigeberedning (5 kap. 26 § KL). Fullmäktigeberedningar får inrättas av fullmäktige för att bereda ett visst ärende eller en viss grupp av ärenden som ska avgöras av fullmäktige (3 kap. 7 § KL).

Har ärendet beretts bara av en fullmäktigeberedning ska en nämnd vars verksamhetsområde ärendet berör alltid ges tillfälle att yttra sig (5 kap. 27 § KL). Även styrelsen ska alltid ges tillfälle att yttra sig i ett ärende som har beretts av en annan nämnd eller av en fullmäktigeberedning. Vidare ska styrelsen lägga fram förslag till beslut om inte någon annan nämnd eller en fullmäktigeberedning har gjort det (5 kap. 28 § KL).

Vissa ärenden får avgöras av fullmäktige utan föregående beredning, bl.a. förrättande av val (5 kap. 29 § KL). Det är också möjligt för fullmäktige att avgöra brådskande ärenden utan föregående beredning. I sådana fall krävs dock att samtliga närvarande ledamöter är ense om beslutet (5 kap. 32 § KL).

### **7.4.2 Styrelsen och andra nämnder**

En nämnds utskott kan ha till uppgift att bereda nämndens ärenden. En nämnd får också i övrigt tillsätta de nämndberedningar som behövs (6 kap. 21 § KL). Det finns däremot inte något generellt krav på att nämndernas ärenden ska beredas på något särskilt sätt. Bortsett från vad fullmäktige kan ha bestämt beträffande ett av fullmäktige inrättat utskotts uppgifter i det avseendet har nämnden full frihet att avgöra om och i så fall under vilka former ärenden ska beredas (prop. 1990/91:117, s. 200).

## 7.5 Revision

All verksamhet som bedrivs inom nämndernas verksamhetsområden och som inte avser myndighetsutövning mot någon enskild ska granskas av revisorer. I vissa avseenden ska granskningen även omfatta ärenden som avser myndighetsutövning mot någon enskild, bl.a. när handläggningen av sådana ärenden har vållat kommunen eller landstinget ekonomisk förlust (9 kap. 9 och 10 §§ KL). Även fullmäktigeberedningars verksamhet ska granskas av revisorerna (9 kap. 11 § KL).

Revisorerna i kommuner och landsting väljs av fullmäktige och omfattas av begreppet förtroendevalda (4 kap. 1 § och 9 kap. 1 § KL, se avsnitt 7.2.3).

Några särskilda kunskapskrav finns inte för revisorerna. Där- emot ska de biträdas av sakkunniga som ska ha den insikt och erfarenhet av kommunal verksamhet som krävs för att kunna fullgöra sakkunniguppdraget (9 kap. 8 § KL). Revisorerna själva väljer de sakkunniga och anlitar dem i den omfattning som behövs för att fullgöra granskningen enligt god revisionssed.

Revisorernas uppdrag omfattar bl.a. att pröva om verksamheten sköts på ett ändamålsenligt och från ekonomisk synpunkt tillfredsställande sätt, om räkenskaperna är rättvisande och om den interna kontrollen som görs inom nämnderna är tillräcklig (9 kap. 9 § andra stycket KL). Revisorerna ska vidare bedöma om resultatet i bl.a. årsbokslutet är förenligt med de mål som fullmäktige har beslutat (9 kap. 9 a § KL).

Revisorerna ska varje år avge en revisionsberättelse till fullmäktige med en redogörelse för resultatet av den revision som avser verksamheten under det föregående budgetåret (9 kap. 16 § KL). Till revisionsberättelsen ska också fogas vissa handlingar, bl.a. de sakkunnigas rapporter, granskningsrapporter från lekman-revisorerna i kommunala företag (jfr avsnitt 9.4.2) och revisionsberättelser för sådana företag. Som angetts ovan får anmärkningar framställas i revisionsberättelsen mot nämnder och fullmäktigeberedningar samt mot de enskilda förtroendevalda i sådana organ (9 kap. 17 § KL). Vidare ska det anges om ansvarsfrihet tillstyrks eller avstyrks.

## 8 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 behandlas frågan om 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.

En annan offentligrättslig organisationsform som liknar kommunalförbunden är samordningsförbund för finansiell samordning av rehabiliteringsinsatser. I sådana förbund är de samverkande parterna normalt ett landsting och minst en kommun samt de statliga myndigheterna Försäkringskassan och Arbetsförmedlingen. Dessa förbund behandlas inte närmare i det följande.

Kommittén om förstärkning av den kommunala demokratins funktionssätt (Fi 2010:04) har bl.a. i uppdrag att utreda nuvarande former för kommunal samverkan och ska vid behov föreslå nya samverkansformer (dir. 2010:53). Kommittén ska särskilt analysera ett förslag om gemensam styrelse som lämnades av Kommunala kompetensutredningen i betänkandet *Kommunal kompetens i utveckling* (SOU 2007:72), jfr prop. 2008/09:21, s. 72 ff. Förslaget innebar bl.a. att en eller flera angränsande kommuner ska få tillsätta en gemensam styrelse för att fullgöra uppgifter som är gemensamma för minst två av de samverkande kommunerna. Kommittén ska redovisa sitt uppdrag senast den 1 maj 2012.

## 8.1 Kommunalförbund

Kommuner och landsting som önskar samverka med varandra kan bilda kommunalförbund och lämna över vården 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 kommunallagens 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. Förbundets uppgifter behöver vidare inte vara gemensamma för samtliga medlemmar. Formellt är det alltså möjligt att bilda s.k. flersaksförbund. Det enda kravet på den verksamhet man vill samverka om i kommunalförbund är i stället att uppgiften faller inom den överlämnade kommunens eller det överlämnade landstingets kompetens (prop. 1996/97:105, s. 67). Ett kommunalförbund får ha hand om hela verksamheter eller geografiskt, funktionellt eller på annat sätt avgränsade uppgifter (samma prop., s. 66, 68 och 99). Avgränsningen kan vara sådan att ett kommunalförbund t.ex. har i uppgift att sköta vissa löpande funktioner för medlemmarna, exempelvis löneadministration, upphandling eller drift- och underhåll av IT-infrastruktur (Sveriges Kommuner och Landstings skrift *Kommunala Samverkansformer*, 2 uppl., 2009, s. 106, jfr dess rapport *Kommunalförbund och gemensamma nämnder*, den 22 mars 2007, s. 28).

Den närmare regleringen av kommunalförbundets förhållanden ges i en förbundsordning som ska fastställas av medlemmarnas fullmäktige (3 kap. 27 § KL). Vissa saker ska tas in i förbundsordningen och vissa ska regleras om medlemmarna inte vill att den huvudregel som framgår av kommunallagen ska tillämpas. I 3 kap. 28 § KL finns en uppräkningslista av vad som måste anges i förbundsordningen. Uppräkningen, som inte hindrar att också andra frågor tas in i förbundsordningen, omfattar bl.a. kommunalförbundets ändamål, organisation, förbundsmedlemmarnas styrning och insyn



i förbundets ekonomi och verksamhet, föreskrifter om budgetprocess samt förfarandet vid en förbundsmedlems utträde ur förbundet.

### 8.1.1 Organisation och ledamöter

I 3 kap. 23 och 25 §§ KL finns bl.a. vissa bestämmelser om kommunalförbundens organisation. Av dessa följer att förbundsmedlemmarna 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 kan antingen bestämma i förbundsordningen vilka organ som ska tillsättas utöver styrelsen eller ge den beslutande församlingen befogenheten att själv avgöra vilka övriga organ som ska få finnas (prop. 1996/97:105, s. 71 och 102).

Som huvudregel gäller att kompetensfördelningen mellan beslutande församling, styrelse och eventuella andra organ i ett kommunalförbund är densamma som för motsvarande organ i kommuner och landsting (jfr 3 kap. 21 § KL). För kommunalförbund som organiserats med fullmäktige kan emellertid förbundsstyrelsen ges ställning av ställföreträdare för fullmäktige genom att bestämmelser om detta tas in i förbundsordningen. Ett sådant ställföreträdarskap innebär att styrelsen får fatta beslut som i kommuner och landsting annars ankommer på fullmäktige (prop. 1996/97:105, s. 71 och 105).

Ledamöter och ersättare i den beslutande församlingen väljs av förbundsmedlemmarnas fullmäktige enligt vad som anges i förbundsordningen (3 kap. 23 § andra stycket KL). Varje förbundsmedlem ska vara representerad i den beslutande församlingen med minst en ledamot och en ersättare (samma paragraf, tredje stycket).

Enligt huvudregeln väljs den beslutande församlingen för fyra år men en kortare mandattid kan anges i förbundsordningen (3 kap. 24 § första stycket KL).

Ledamöter och ersättare i den beslutande församlingen, förbundsstyrelsen eller annan nämnd, de beslutande församlingarnas beredningar samt revisorer anses som förtroendevalda i kommunallagens mening (4 kap. 1 § andra stycket KL). Detta innebär att de allmänna bestämmelserna i kommunallagen om förtroendevalda är tillämpliga (jfr avsnitt 7.2.3). En särskild bestämmelse finns dock om valbarhet till organ i kommunalförbund. Till ledamot eller ersättare i ett kommunalförbunds beslutande församling får en förbundsmedlem välja endast den som är ledamot eller ersättare i förbundsmedlemmens fullmäktige (4 kap. 23 a § första stycket KL). Vidare ska ledamöter och ersättare i ett kommunalförbunds förbundsstyrelse och andra nämnder samt revisorer i ett kommunalförbund väljas bland dem som har rösträtt vid val till någon av förbundsmedlemmarnas fullmäktige (samma paragraf, andra stycket).

### **8.1.2 Relationen mellan ett kommunalförbund och dess medlemmar**

#### **Kommunalförbundet har exklusiv kompetens**

Medlemmarna i ett kommunalförbund har som angetts ovan stor frihet att bestämma över vad för slags kommunala angelägenheter som ska överlämnas till förbundet. När överlämnande skett har emellertid 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. Att det görs en tydlig avgränsning av förbundets uppgifter är därför av stor betydelse (jfr Sveriges Kommuner och Landsting, *Kommunala samverkansformer*, 2 uppl., 2009, s. 157 f.). Detta gäller även med hänsyn till att förbundet inte själv får ta på sig uppgifter som inte överlämnats till detta.

Kommunalförbundets ändamål ska anges i förbundsordningen (3 kap. 28 § 1 KL).

## Ekonomiskt ansvar för medlemmarna

Ett kommunalförbund har ingen beskattningsrätt. Förbundets kostnader måste i stället täckas genom bidrag från medlemmarna eller genom avgifter från dem som utnyttjar dess tjänster. Förbundsmedlemmarnas andelar i förbundets tillgångar och skulder och fördelningen av förbundets kostnader mellan medlemmarna ska anges i förbundsordningen (3 kap. 28 § 11 KL).

Även om kommunalförbundet är en egen juridisk person har förbundsmedlemmarna ett yttersta ekonomiskt ansvar för verksamheten. Om ett kommunalförbund saknar tillgångar för att betala en skuld, är förbundsmedlemmarna skyldiga att fylla bristen (8 kap. 23 § KL). Varje medlem ska skjuta till så stor del av bristen som svarar mot medlemmens andel i skulden efter de grunder som anges i förbundsordningen (samma paragraf). Något solidariskt ansvar finns alltså inte för medlemmarna.

## Styrningsmöjligheter för medlemmarna

Ett kommunalförbund är i princip självständigt men det finns stora möjligheter för medlemmarna att begränsa förbundets möjligheter att agera. Förbundsmedlemmarna kan inte ge förbundet formellt bindande direktiv liknande bolagsstämмоanvisningar för aktiebolag. Däremot kan i förbundsordningen tas in bestämmelser som påverkar förbundets frihet. Att förbundsordningen ska ange förbundsmedlemmarnas styrning av och insyn i förbundets ekonomi och verksamhet framgår av 3 kap. 28 § 12 KL. I förarbetena (prop. 1996/97:105, s. 80) till dagens reglering anges följande.

Regeringen anser att det är viktigt att förbundsordningen innehåller bestämmelser om hur medlemmarna ska styra och ha insyn bl.a. i ett kommunalförbunds ekonomi och verksamhet. Förbundsmedlemmarna kan till exempel i förbundsordningen ge föreskrifter om att förbundet ska upprätta sin budget inom de ekonomiska ramar och i övrigt enligt de riktlinjer som medlemmarna enats om. Man kan vidare ålägga förbundet att följa upp verksamheten och rapportera till medlemmarna på olika sätt. Ett kommunalförbunds självständighet och möjlighet att agera kan således inskränkas kraftigt om medlemmarna önskar det. Å andra sidan kan man ge ett kommunalförbund stor frihet att agera inom vissa ramar. Det finns sannolikt en gräns för hur långt styrningen av ett kommunalförbund kan drivas. Förbundet utgör ju en självständig juridisk person med ansvar för sin verksamhet. Om handlingsutrymmet beskärs allt för mycket hotas förbundets själv-

ständighet och det blir svårare att utkräva ansvar av de förtroendevalda.

Med den lagstiftningsteknik regeringen valt kommer kommunalförbund, liksom i dag, att kunna bilda bolag och stiftelser osv. Medlemmarna kan dock genom föreskrifter i förbundsordningen inskränka denna rätt. En sådan inskränkning faller inom medlemmarnas vida befogenhet att styra förbundets ekonomi och verksamhet. Medlemmarna kan även inskränka förbundets möjligheter att ingå olika förpliktelser som att ta upp lån, ingå borgensförbindelser, förvärva fastigheter osv. Styrningen kan med andra ord anpassas helt till förutsättningarna och medlemmarnas önskemål.

I förarbetena (samma prop., s. 81) anges vidare att det bör vara möjligt för förbundsmedlemmarna att tillförsäkra sig en rätt att yttra sig innan beslut fattas i frågor av principiell betydelse eller av större vikt, på motsvarande sätt som gäller för kommunala företag enligt 3 kap. 17 § KL. Det anges också att man kan tänka sig att förbundet i förbundsordningen åläggs att underställa medlemmarna vissa frågor, om än en sådan reglering kan leda till praktiska svårigheter, särskilt om medlemmarna kommer att inta olika ståndpunkter i det ärende som underställs.

Ytterligare ett sätt för styrning kan vara att föreskriva kvalificerad majoritet för beslut av den beslutande församlingen. I så fall ska förbundsordningen innehålla bestämmelser om detta och ange för vilka ärenden det ska gälla (3 kap. 28 § 7 KL).

Förbundsmedlemmarna kan även komma överens om att de ska ha rätt att väcka ärenden i kommunalförbundets beslutande församling. I så fall ska detta anges i förbundsordningen (3 kap. 28 § 6 KL).

Ett direkt samband mellan kommunalförbundet och dess medlemmar finns genom att varje förbundsmedlem ska vara representerad i den beslutande församlingen med minst en ledamot och en ersättare (3 kap. 23 § tredje stycket KL, jfr prop. 1996/97:105, s. 75). Denna representation kan underlätta inflytande för medlemmarna men ledamöternas uppdrag är förtroendeuppdrag i förbundet – inte i medlemskommunerna. De förtroendevalda ska alltså med beaktande av förbundets ändamål och uppgifter i första hand verka för förbundets intressen (Sveriges Kommuner och Landsting, *Kommunala samverkansformer*, 2 uppl., 2009, s. 94). Representation för samtliga medlemmar kan åstadkommas även i kommunalförbundets andra organ än den beslutande församlingen. Det finns dock inget krav på detta (prop. 1996/97:105, s. 75).

I förbundsordningen kan föreskrivas att sådana förtroendevalda hos en förbundsmedlem som inte är ledamöter i kommunalförbundets beslutande församling ska ha yttranderätt vid överläggningar i denna församling (3 kap. 28 § 8 KL). Det är också möjligt att föreskriva att förtroendevalda hos en förbundsmedlem som inte är ledamöter eller ersättare i förbundsstyrelsen eller någon annan nämnd i kommunalförbundet ska ha närvarorätt i dessa organ med möjlighet att delta i överläggningarna och med rätt att få sin mening antecknad i protokollet (3 kap. 28 § 9 KL).

### Uppsikt

Enligt 6 kap. 1 § andra stycket KL har styrelserna i kommuner och landsting skyldighet att ha uppsikt över sådana kommunalförbund som de är medlemmar i. Skyldigheten gäller för styrelserna i samtliga medlemskommuner eller medlemslandsting.

### Utträde och upplösning

En medlem i ett kommunalförbund har en ovillkorlig rätt att utträda ur förbundet (3 kap. 26 § första stycket KL). Som huvudregel gäller en uppsägningstid om tre år, men en kortare tid kan föreskrivas i förbundsordningen (samma paragraf, andra stycket). I förbundsordningen ska anges förfarandet vid en förbundsmedlems utträde (3 kap. 28 § 14 KL). Vidare ska i förbundsordningen anges förutsättningarna för och förfarandet vid förbundets likvidation och upplösning samt grunderna för skifte av förbundets behållna tillgångar när förbundet upplöses (3 kap. 28 § 15 KL).

### Upphandlingskyldighet

Bildandet av ett kommunalförbund innebär att kompetens hos de kommuner eller landsting som är medlemmar överförs till förbundet. Efter överlämnandet har kommunalförbundet exklusiv kompetens att sköta den eller de uppgifter som överlämnats dit (se ovan). Ett kommunalförbund får ha hand om hela kommunala verksamheter eller geografiskt, funktionellt eller på annat sätt avgränsade uppgifter. Som angetts ovan kan avgränsningen vara sådan att ett kommunalförbund exempelvis har i uppgift att sköta vissa

löpande funktioner för medlemmarna, exempelvis löneadministration, upphandling eller drift- och underhåll av IT-infrastruktur. Bildandet av ett kommunalförbund torde i sig inte innebära en upphandling eftersom detta endast innebär en kompetensöverföring, inte att någon anskaffning görs av varor eller tjänster m.m. I ett pressmeddelande den 21 mars 2007 (IP/07/357) har kommissionen angett som sin inställning att en fullständig överföring av en offentlig uppgift från en offentlig enhet till en annan, så att den enhet som har att utföra uppgiften gör detta helt självständigt och under eget ansvar, inte innefattar något tillhandahållande av tjänster mot ersättning i den mening som avses i artikel 49 i EG-fördraget (numera artikel 56 i EUF-fördraget). Enligt kommissionen utgör en sådan kompetensöverföring en åtgärd som avser den interna offentliga organisationen i en medlemsstat och som i sig inte omfattas av EU-rätten och dess grundläggande friheter.

I förarbetena (prop. 2009/10:134, s. 49) till det temporära in house-undantaget enligt 2 kap. 10 a § LOU gjordes bedömningen att kommuners och landstings överlåtelse av uppgifter till kommunalförbund, när överlåtelsen innebär att uppgiften helt överlämnas, inte utgör ett kontrakt i den mening som avses i LOU och att någon upphandlingsskyldighet därmed inte föreligger i dessa fall. Vid kommuners och landstings anskaffning av varor eller tjänster m.m. från kommunalförbund bedömdes däremot att en prövning enligt den föreslagna och nu gällande regleringen kunde behöva göras. Vidare anfördes följande (samma prop., s. 50).

Vad gäller kommunalförbund övertar förbundet i vissa fall uppgifter från sina medlemskommuner eller medlemslandsting. Kommunalförbundet övertar i dessa fall helt uppgiften, inklusive 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 som ovan nämnts är en i förhållande till medlemmarna fristående juridisk person, torde ett kontrakt normalt sett föreligga och därmed också upphandlingsskyldighet.

Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) har i publikationen *Kommunala samverkansformer*, 2 uppl., 2009, behandlat frågor om kommunalförbund och upphandling. Författarna redovisar en annan uppfattning än den som anges i ovannämnda förarbeten,

nämligen att samverkan i form av kommunalförbund bör kunna ske utan upphandling (s. 107). De anför bl.a. att det aldrig är fråga om avtal mellan parterna, att det endast är offentliga myndigheter som kan ingå i kommunalförbundet och att det enbart är kompetens-enliga uppgifter som kan utföras. Till stöd för synsättet anför de också bl.a. följande (s. 106).

Om det förhåller sig så att exempelvis några kommuner bestämmer sig för att bilda ett kommunalförbund för en verksamhet där kommunalförbundet självt blir "huvudman", exempelvis för gymnasieskolan, så har inte kommunerna alls någon gymnasieskola kvar att ta ansvar för. Denna har ju brutits ut till "specialkommunen". Det kan då inte bli fråga om köp av tjänster eftersom kommunalförbundet sköter sina egna angelägenheter.

Om det å andra sidan förhåller sig så att kommunalförbundets uppgift är att sköta vissa löpande funktioner, exempelvis löneadministrationen för medlemmarna, så skulle man kunna påstå att det finns en mer tydlig koppling mellan medlemmarnas egen verksamhet och kommunalförbundets verksamhet. Löneadministration blir ofrånkomligen i hög grad integrerad del i verksamheten. Man ska dock ha klart för sig dels att kommunalförbundet är skyldigt att utföra de i förbundsordningen angivna verksamheterna (jfr domen i mål C-295/05, Spanien mot kommissionen, punkt 50), dels att finansieringen av kommunalförbundet helt och hållet bygger på att ett offentligt förbundsbidrag utges av medlemmarna. Det är inga avtal som reglerar verksamheten utan kommunalförbundet vilar på offentligrättslig grund. Därmed brister en avgörande förutsättning för LOU:s tillämplighet – kontraktet (1 kap. 2 § samt 2 kap. 10 och 18 §§ LOU).

Författarna till SKL:s publikation anger i övrigt att om en kommun eller ett landsting skulle vilja ta kommunalförbundet i anspråk för något som går utöver vad som anges i förbundsordningen så blir LOU tillämplig. De påpekar dock att ett kommunalförbund inte får bedriva verksamhet som ligger utanför förbundsordningens ram.

I likhet med det som angetts i såväl prop. 2009/10:134 som i SKL:s publikation bedömer OFUKI-utredningen att det inte kan anses ske någon anskaffning av varor eller tjänster m.m. i sådana fall då ett kommunalförbund helt övertagit uppgifter, inklusive huvudmannaskapet, från sina medlemmar. Så kan t.ex. vara fallet då kommunalförbundet övertagit uppgiften att bedriva gymnasieskola.

Vad däremot gäller situationen då endast utförandet av en uppgift överlåtits till ett kommunalförbund, t.ex. avseende löneadministration, anser OFUKI-utredningen att det är mera oklart hur relationen mellan förbundet och medlemmarna ska bedömas

rättsligt. Visserligen baseras utförandet av uppgiften, t.ex. att administrera löner, på en överföring av medlemmarnas kompetens till kommunalförbundet och finansiering ska ske genom medlemmarnas bidrag till förbundet, enligt kommunalrättens regler. Trots dessa förhållanden är det emellertid ytterst fråga om att förbundet utför en tjänst för medlemmarna, mot ersättning på visst sätt. Det kan därför inte uteslutas att situationen ger upphov till ett upphandlingsrättsligt kontrakt och upphandlingsskyldighet. I ett sådant fall uppkommer frågan om situationen kan vara in house enligt EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna (för närvarande kodifierad genom den temporära bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU). Huruvida kontroll enligt kontrollkriteriet kan utövas över ett kommunalförbund behandlas i avsnitt 20.2.

## 8.2 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.

Som huvudregel gäller de allmänna bestämmelserna om nämnder i KL också för gemensamma nämnder (3 kap. 3 b § KL). Särskilda bestämmelser finns bl.a. om hur ledamöter utses i gemensamma nämnder (6 kap. 9 § tredje stycket KL).

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 vara en kommunal angelägenhet för var och en av de samverkande (samma 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. Lagen möjliggör att ett landsting och en eller flera kommuner som ingår i landstinget samverkar i en gemensam nämnd för att gemensamt fullgöra vissa uppgifter som annars endast ankommer endast på landstinget respektive kommunerna. Samverkan får endast ske om uppgifter från såväl landstinget som kommunen eller kommunerna ingår i den gemensamma nämndens ansvarsområde. I övrigt gäller bestämmelserna i KL om gemensam nämnd.

I 19 kap. 16 § andra stycket föräldrabalken har särskilt angetts att kommuner får besluta att de ska ha en gemensam överförmyndarnämnd. Kommunallagens bestämmelser gäller också för en sådan gemensam nämnd.

### 8.2.1 Gemensamma nämnders ställning

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. I förarbetena (prop. 1996/97:105, s. 38) till regleringen beskrivs den gemensamma nämndens relation till huvudmännen. Det anges att den gemensamma nämnden blir att se som en företrädare för alla de samverkande huvudmännen. Det anförs också att en gemensam nämnd inte kan fatta beslut, ingå avtal eller anställa personal i eget namn. I stället fattas beslut formellt av den kommun eller det landsting som tillsatt nämnden. Enligt förarbetena träffas dock avtal på samtliga huvudmäns vägnar och personalen måste formellt vara anställd av någon av huvudmännen. Vidare anges att avtal i vissa fall måste godkännas av respektive fullmäktige samt att nämnden ansvarar gentemot respektive huvudman för den verksamhet och de uppgifter som denne lägger på nämnden.

Eftersom en gemensam nämnd inte är en egen juridisk person kan den inte äga eller anskaffa tillgångar i eget namn. Varje tillgång måste formellt ägas av någon huvudman eller av huvudmännen gemensamt (samma prop., s. 54).

Även den gemensamma nämndens relation till utomstående beskrivs i förarbetena till lagstiftningen (samma prop., s. 38 f.). Det anges bl.a. att en gemensam nämnd företräder samtliga huvudmän och ingår avtal för deras räkning. Enligt förarbetena är det alltså de samverkande kommunerna och landstingen – inte den gemensamma nämnden – som gentemot externa avtalsparter är ansvariga för att avtal följs m.m. Vidare anføres att om någon utomstående vill rikta civilrättsliga krav på grund av ett avtal som ingåtts mellan honom och de samverkande kommunerna eller landstingen är det dessa, och inte den gemensamma nämnden, som är motparter.

Det anges i 3 kap. 3 b § KL att det som gäller för en nämnd enligt kommunallagen även ska gälla en gemensam nämnd, om inget annat sägs i lagen. Mot bakgrund av denna bestämmelse har författarna till Sveriges Kommuner och Landstings skrift *Kommunala samverkansformer*, 2 uppl., 2009, framfört uppfattningen att förarbetsuttalandena om relationen mellan en gemensam nämnd och huvudmannen respektive utomstående bygger på en felsyn (s. 69). Författarna anför att den gemensamma nämnden har samma möjlighet att ingå avtal eller anställa personal m.m. som vilken annan kommunal nämnd som helst i värdkommunen och att det varken införts eller behöver införas några särregler på denna punkt. Vidare anger de att om en utomstående vill rikta civilrättsliga krav på grund av avtal som den gemensamma nämnden ingått, så har denne att hålla sig till enbart värdkommunen. En annan sak är enligt dem att värdkommunen i vissa lägen kan tänkas ha regressrätt mot övriga samverkande kommuner och att dessa på denna grund möjligen skulle kunna inta ställning som mellankommande part (intervenient) i en civilprocess.

### 8.2.2 Överenskommelse och reglemente

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 (prop. 1996/97:105, s. 98 och bet. 1995/96:KU10, s. 5 f.). De samverkande parterna måste också enas om antalet ledamöter och ersättare i nämnden (samma prop., s. 45).

Liksom för andra nämnder ska det för en gemensam nämnd finnas ett reglemente med närmare föreskrifter om nämndens verksamhet och arbetsformer. Reglementet ska antas av fullmäktige i var och en av de samverkande kommunerna eller landstingen (6 kap. 32 § KL).

Även om överenskommelsen och reglementet i stort har olika funktioner kan det vara nödvändigt eller lämpligt med en likalydande reglering i vissa frågor, t.ex. måste uppgiftsområdet anges på samma sätt i båda dokumenten (Sveriges Kommuner och Landsting, *Kommunala samverkansformer*, 2 uppl., 2009, s. 70 ff.).

### 8.2.3 Vissa frågor angående relationen mellan samverkande kommuner eller landsting

Utöver den styrning och den insyn som kan följa av överenskommelsen mellan de samverkande kommunerna eller landstingen ger lagstiftningen vissa instrument för påverkan och inblick i verksamheten. Den kommun eller det landsting som formellt tillsatt den gemensamma nämnden ska behandla den på samma sätt som övriga egna nämnder. Kommunallagens regler ska tillämpas i och på förhållandet med den gemensamma nämnden (prop. 1996/97:105, s. 43).

#### Tillsättande av ledamöter

Trots att en gemensam nämnd formellt tillsätts av en av de samverkande kommunerna eller landstingen ankommer det på fullmäktige i samtliga kommuner eller landsting att vardera tillsätta en eller flera av nämndens ledamöter (6 kap. 9 § tredje stycket KL). Var och en av de samverkande kommunerna eller landstingen ska vara representerade i den gemensamma nämnden med minst en ledamot och en ersättare. Antalet ersättare ska vara lika många som antalet ledamöter.

Den fullmäktige som valt en ledamot i den gemensamma nämnden har också att besluta i fråga om eventuell återkallelse av uppdraget (4 kap. 10 § KL, jfr prop. 1996/97:105, s. 49 f.).

Genom att ledamöter utses säkras de samverkande parterna ett politiskt inflytande över den verksamhet som den gemensamma nämnden bedriver (samma prop., s. 45).

Valet av ordförande och vice ordförande i den gemensamma nämnden ankommer på den kommun eller det landsting som tillsatt nämnden (6 kap. 15 § och prop. 1996/97:105, s. 46). I viss utsträckning kan roterande ordförandeskap och liknande regleras i överenskommelsen mellan de samverkande parterna men inte med bindande verkan (samma prop., s. 46 f.).

### **Rätt till upplysningar, interpellationer och frågor**

Fullmäktige i en kommun eller ett landsting som bildat en gemensam nämnd har rätt att begära upplysningar från nämnden. Vidare är ordföranden och vice ordföranden i nämnden samt de anställda i de samverkande kommunerna och landstingen skyldiga att lämna upplysningar vid fullmäktiges sammanträden, om det inte finns något hinder mot att upplysningar lämnas på grund av sekretess enligt lag (5 kap. 22 § andra stycket KL).

Interpellationer om en gemensam nämnds handläggning får ställas av ledamöter i fullmäktige i de kommuner eller landsting som bildat nämnden och ska då riktas till nämndens ordförande (5 kap. 52 § tredje stycket KL). För att inhämta upplysningar får ledamöterna ställa frågor (5 kap. 54 § KL).

### **Budget, revision, uppsikt m.m.**

Budgeten för en gemensam nämnd ska upprättas av den kommun eller det landsting som har tillsatt nämnden och i vars organisation den ingår. Upprättandet ska dock föregås av samråd med de övriga samverkande kommunerna och landstingen (8 kap. 4 § andra stycket KL).

I förarbetena (prop. 1996/97:105, s. 53 f.) anges att det är en mycket viktig uppgift för de samverkande kommunerna och landstingen att komma överens om hur mycket medel och övriga resurser de olika huvudmännen ska bidra med till den gemensamma nämnden. Detta kan ske genom att man i överenskommelsen om samverkan anger procentsatser för de olika huvudmännen och att denna fördelning beaktas när budgeten fastställs. En annan möjlighet är att man i samband med budgetarbetet mer exakt bestämmer hur fördelningen ska vara i reda tal.

De samverkande huvudmännen för en gemensam nämnd ska var och en revidera nämndens verksamhet (9 kap. 2 § tredje stycket KL). Varje huvudman ska också pröva frågan om ansvarsfrihet för hela den gemensamma nämnden (5 kap. 25 a § fjärde stycket KL). Det är emellertid enbart fullmäktige i den kommun eller det landsting som har valt en ledamot som vid vägrad ansvarsfrihet kan besluta om återkallande av uppdraget (bet. 1996/97:KU20, s. 11).

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.

## Upphandlingsskyldighet

Liksom för kommunalförbund torde bildandet av en gemensam nämnd i sig inte behöva innebära att de deltagande kommunerna eller landstingen genomför en upphandling (se avsnitt 8.1.2). Bildandet innebär att den gemensamma nämnden tilldelas vissa uppgifter, inte att någon anskaffning görs av varor eller tjänster m.m. Den gemensamma nämndens verksamhet skulle emellertid kunna innefatta att t.ex. tjänster utförs för de deltagande kommunerna eller landstingen. Rättsläget i fråga om upphandlingskyldighet i sådana fall är inte helt klart.

I förarbetena (prop. 2009/10:134, s. 49) till det temporära in house-undantaget enligt 2 kap. 10 a § LOU gjordes bedömningen att värdkommuners eller värdlandstings anskaffning av varor och tjänster m.m. från gemensamma nämnder inte utgör ett kontrakt i den mening som avses i LOU och att någon upphandlingskyldighet därmed inte föreligger i dessa fall. I fråga om kommuners och landstings anskaffning av varor eller tjänster m.m. från gemensamma nämnder för vilka kommunerna eller landstingen inte är värd, bedömdes däremot att en prövning enligt den föreslagna och nu gällande regleringen kunde behöva göras. I jämförelse med kommunalförbund angavs att det är svårare att göra en bedömning av om kommuners och landstings anskaffning från gemensamma nämnder ska anses falla inom LOU:s tillämpningsområde eller inte (samma prop., s. 50). Vidare anfördes följande.

Det bör dock stå klart att någon upphandlingskyldighet 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 publikationen *Kommunala samverkansformer*, Sveriges Kommuner och Landsting, 2 uppl., 2009, behandlas frågor om gemensamma nämnder och upphandling (s. 75 ff.). Författarna redovisar delvis en annan uppfattning än den som anges i ovan nämnda förarbeten. De anger att det helt klart kan sägas att värdkommunens mellanhavanden med den gemensamma nämnden inte kan anses utgöra en upphandlingssituation men att det däremot, i sedan länge förda diskussioner, har rått större tveksamhet om hur de övriga ingående kommunernas eller landstingens mellanhavanden ska behandlas. Författarna beskriver att den gemensamma nämnden är en del av var och en av de samverkande kommunernas eller landstingens egen organisation, om än den ingår i värdkommunens organisation. De anger bl.a. att varje kommun och landsting har antagit reglemente och avtal, där bl.a. frågor om finansiering av nämnden regleras, samt att budget visserligen upprättas av värdkommunen men efter obligatoriskt samråd med alla deltagande kommuner eller landsting. Enligt författarna kan hela rättsfiguren karaktäriseras som en hybrid, invävd i alla ingående kommuner och landsting, och med en stark karaktär av egenregiverksamhet. Vad gäller samverkansavtal för bildandet av en gemensam nämnd pekar författarna vidare på att ett sådant oftast sluts mellan fler kommuner än två och att avtalet dessutom är ett obligatoriskt led i själva bildandet av den gemensamma nämnden. Detta, tillsammans med att parterna inte har motstående intressen utan samverkar, talar enligt deras mening för att LOU inte alls bör vara tillämplig eftersom det inte rör sig om ett kontrakt mellan två juridiska personer i LOU:s mening.

OFUKI-utredningen konstaterar att den svenska rättsfiguren gemensam nämnd har speciella drag som i vissa avseenden komplicerar frågan om upphandlingsskyldighet. Den gemensamma nämnden är ingen juridisk person utan ingår formellt i en av de samverkande kommunerna eller landstinget (värden). Samtidigt innebär KL:s regler att frågor om den gemensamma nämnden inte kan avgöras ensidigt av värden (se närmare beskrivning ovan). Nämndens behörighet och befogenhet ska preciseras i en överens-

kommelse mellan de berörda kommunerna och landstingen. Vidare ska fullmäktige i var och en av de samverkande kommunerna eller landstingen anta nämndens reglemente. Budgeten för den gemensamma nämnden upprättas av värden, men detta ska föregås av samråd med de övriga samverkande parterna. Var och en av de samverkande kommunerna eller landstingen ska vara representerade i nämnden med minst en ledamot och en ersättare. Valet av ordförande och vice ordförande ankommer dock formellt alltid på den kommun eller det landsting som tillsatt nämnden.

Att den gemensamma nämnden formellt tillhör samma juridiska person som värden och ingår i värdens organisation talar enligt OFUKI-utredningens mening starkt för att nämndens verksamhet bör ses som egenregiverksamhet för värden. Nämnden bör med detta synsätt kunna tillhandahålla varor eller tjänster m.m. till värden utan att detta föregåtts av upphandling. Rättsläget är dock inte klart. Som angetts i avsnitt 3.2.1 har Högsta domstolen i NJA 2001 s. 3 anfört att det kan tänkas att två enheter inom samma juridiska person under vissa förutsättningar kan vara så fristående i förhållande till varandra att ett köp eller någon liknande transaktion dem emellan inte rimligen kan karaktäriseras som ett uttryck för egenregiverksamhet. Även EU-rätten kan innebära, om än rättsläget är oklart, att upphandlingsskyldighet under vissa förutsättningar finns vid transaktioner mellan enheter inom samma juridiska person. OFUKI-utredningen konstaterar att det förhållandet att värden för en gemensam nämnd inte ensam avgör förutsättningarna för denna skulle kunna innebära, trots den formella tillhörigheten, att nämndens verksamhet inte kan ses som egenregiverksamhet för värden.

Hur förhållandet mellan en gemensam nämnd och de kommuner eller landsting som inte är värd för denna ska bedömas upphandlingsrättsligt är än mera oklart. Formellt är den gemensamma nämnden del av en annan juridisk person, vilket enligt OFUKI-utredningens mening starkt talar för att nämndens verksamhet inte kan ses som egenregiverksamhet för de kommuner eller landsting som inte är värd. Att dessa kommuner eller landsting bestämmer förutsättningarna för den gemensamma nämnden tillsammans med värden skulle emellertid kunna tala för att nämndens verksamhet ändå bör ses som egenregiverksamhet för samtliga samverkande parter.

Sammantaget konstaterar OFUKI-utredningen att det inte kan uteslutas att kommuners och landstings anskaffning av varor eller

tjänster m.m. från gemensamma nämnder kan ge upphov till upphandlingsrättsliga kontrakt och upphandlingsskyldighet. I ett sådant fall uppkommer frågan om situationen kan vara in house enligt EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna (för närvarande kodifierad genom den temporära bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU). Huruvida kontroll enligt kontrollkriteriet kan utövas över en gemensam nämnd behandlas i avsnitt 20.3.



## 9 Privaträttsliga organisationsformer i offentlig verksamhet

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), ABL.

I följande avsnitt beskrivs vissa organisationsformer och särskilt de rättsliga ramarna för deras interna organisation och för ägares eller medlemmars möjligheter att styra organisationerna. Särskilda bestämmelser m.m. om statliga företag i privaträttslig form beskrivs i avsnitt 9.3. Vidare behandlas särskilda regler m.m. om kommunala företag i privaträttslig form i avsnitt 9.4.

I likhet med det som angetts i avsnitt 8.1.2 och 8.2.3 om bildande av kommunalförbund och gemensamma nämnder torde bildandet av och tilldelningen av viss kompetens till ett statligt eller kommunalt företag i privaträttslig form i sig inte innebära en upphandling.

### 9.1 Aktiebolag enligt ABL

#### 9.1.1 En översikt

##### Aktiebolagsformen

Bestämmelser om aktiebolag finns i aktiebolagslagen (2005:551), ABL, som trädde i kraft den 1 januari 2006 och då ersatte aktiebolagslagen (1975:1385). I ABL finns ingen definition av vad som är ett aktiebolag men det har ansetts ligga i sakens natur att termen, då den används i ABL och därtill anknyttande lagstiftning, syftar på ett bolag som har bildats i enlighet med lagens regler (prop.

2004/05:85, s. 51). Utanför begreppet aktiebolag faller därmed exempelvis svenska försäkringsaktiebolag, eftersom dessa är bildade enligt bestämmelserna i försäkringsrörelselagen (1982:713). Detsamma gäller för europabolag enligt rådets förordning (EG) nr 2157/2001 av den 8 oktober 2001 om stadga för europabolag och lagen (2004:575) om europabolag. Utanför begreppet aktiebolag faller också bolag som har bildats enligt utländsk rätt.

Ett aktiebolag kännetecknas av att de som deltar i bolaget, aktieägarna, inte ansvarar personligen för bolagets förpliktelser (1 kap. 3 § ABL, jfr 2 kap. 25 § ABL). Denna frihet från personligt ansvar balanseras av ett flertal regler som syftar till att ge bolagets borgenärer ett visst skydd, framför allt regler om att det i bolaget ska finnas en viss marginal mellan tillgångar och skulder, ett aktiekapital. I ABL finns också särskilda regler som syftar till att skydda minoritetsdelägare.

Aktiebolagsformen ger aktieägarna möjlighet att driva verksamhet utan att riskera mer än det ursprungligen satsade och tillskjutna kapitalet. Karakteristiskt för aktiebolaget är också att andelarna i bolaget, aktierna, normalt är fritt överlåtbara och kan spridas på ett stort antal händer. Det bidrar till att underlätta bolagets finansiering. Betydande kapital kan ackumuleras genom små bidrag från ett stort antal investerare som vet att de kan dra sig ur aktiebolaget när de vill använda sina resurser för andra ändamål.

Nämnda karakteristika har ansetts göra aktiebolagsformen särskilt väl ägnad att användas i samband med satsningar på ny och mera omfattande ekonomisk verksamhet (prop. 2004/05:85, s. 196). Aktiebolagsformen är dock 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.

### Olika kategorier av aktiebolag

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).

Bland de privata aktiebolagen finns en ytterligare kategori bolag, benämnd aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning (1 kap. 2 § andra stycket och 32 kap. ABL). För dessa bolag gäller vissa särskilda bestämmelser om bl.a. värdeöverföringar. Grundläggande för bolagsformen är att verksamheten drivs i ett annat syfte än att ge aktieägarna vinst.

Det stora flertalet bestämmelser i ABL gäller för såväl privata som publika aktiebolag. Den viktigaste skillnaden mellan kategorierna är att privata bolag inte får vända sig till allmänheten för kapitalanskaffning (1 kap. 7 § ABL). Detta förbud gäller dock inte för privata bolag som är aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning. En annan viktig skillnad mellan privata och publika bolag avser kraven på aktiekapital. För privata bolag ska aktiekapitalet uppgå till minst 50 000 kronor och för publika till minst 500 000 kronor (1 kap. 5 och 14 §§ ABL). Även i övrigt innehåller lagen en rad särskilda regler för publika aktiebolag. Typiskt sett innebär dessa att det ställs högre krav på de publika aktiebolagen än på de privata.

## Bolagsordning

För varje aktiebolag finns ett regelverk i form av grundläggande bestämmelser som tagits in i bolagets bolagsordning. 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 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). Ett annat exempel gäller de rättigheter som en aktie representerar. Utgångspunkten är att alla aktier i ett aktiebolag har lika rätt i bolaget men avsteg från huvudregeln kan göras genom bestämmelser i bolagsordningen (4 kap. 1–5 §§ ABL). Exempelvis kan föreskrivas skillnader i röstvärde mellan olika aktier.

## En flexibel reglering

Som del i en strävan att göra det enklare att starta och driva företag har lagstiftaren sökt åstadkomma flexibilitet i regleringen av aktiebolag (prop. 2004/05:85, s. 200 ff.). En viktig princip i aktiebolagsrätten har då lyfts fram, nämligen att aktieägarna kan avvika från regler som är uppställda enbart i aktieägarnas intressen, om alla aktieägare är överens om det. Som komplement till detta har genom ABL införts en i förhållande till tidigare reglering utökad möjlighet för aktieägarna att i bolagsordningen avvika från regler som enbart syftar till att reglera deras mellanhavanden. För de privata aktiebolagen finns större utrymme för aktieägarna att komma överens om särskilda former för förvaltningen av bolaget än för de publika aktiebolagen.

### 9.1.2 Aktiebolagets organisation

#### Obligatoriska och frivilliga bolagsorgan

Aktiebolagets interna organisation består av bolagsorgan som står i ett hierarkiskt förhållande till varandra. Detta innebär bl.a. att överordnande bolagsorgan inom vissa ramar kan ge direktiv till eller ta över beslutanderätt för underordnade organ. Reglerna om aktiebolagets organisation är inriktade på att främja en aktiv ägarfunktion i företagen (prop. 2004/05:85, s. 289 ff. och prop. 1997/98:99, s. 75 f.).

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, som införts den 1 november 2010, är tillämpligt för små bolag utifrån vissa villkor om antal anställda, balansomslutning och

nettoomsättning (samma paragraf, tredje och fjärde styckena). Undantaget är dock inte tillämpligt för aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning (32 kap. 3 § första stycket ABL).

Även om det i bolagsordningen för ett privat aktiebolag angetts att bolaget inte ska ha någon revisor, får bolagsstämman besluta att utse en revisor (9 kap. 1 a § ABL). Om ett privat aktiebolag vid utgången av ett räkenskapsår har en revisor registrerad i aktiebolagsregistret, gäller vidare att bolaget alltid ska ha en revisor som lämnar en revisionsberättelse för det räkenskapsåret (9 kap. 1 § femte stycket ABL). Undantaget från revisorskravet tillämpas enligt övergångsbestämmelserna till lagändringen första gången för det räkenskapsår som inleds närmast efter den 31 oktober 2010 (punkt 2 i övergångsbestämmelserna till ändringsförfattningen 2010:834).

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

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 för beslut att utse styrelseledamöter och revisorer (se nedan).

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 (bl.a. Skog, *Rodhes Aktiebolagsrätt*, 21 uppl. 2006, s. 163). Bolagsstämmans kompetens innefattar också möjlighet att inom vissa ramar utfärda riktlinjer och direktiv till underordnade organ (se avsnitt 9.1.3).

I den juridiska litteraturen synes en vanlig åsikt vara att det finns en oskriven exklusiv kompetens för bolagsstämman i frågor av särskilt stor betydelse för bolaget (bl.a. Stattin, *Företagsstyrning*, 2 uppl., 2008, s. 144 ff., Johansson, *Nials Svensk associationsrätt i*

*huvuddrag*, 9 uppl., 2007, s. 123 f. och Sandström, *Svensk aktiebolagsrätt*, 3 uppl., 2010, s. 175, jfr dock Åhman, *Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten*, 1997, s. 519 ff. och s. 559). Det har bl.a. hävdats att bolagsstämman ska fatta beslut i de frågor där beslutets faktiska verkningar motsvarar de som uppkommer av beslut som enligt lagen måste fattas av bolagsstämman (Andersson, Johansson, Skog, *Aktiebolagslagen – En kommentar, med supplement 4*, 2009, 7:5). Ett exempel skulle kunna vara beslut om avyttring av bolagets hela inkråm (Sandström, samma arbete, s. 175). Det finns dock olika uppfattningar i frågan och rättsläget måste anses oklart.

I två situationer har styrelsen vetorätt i förhållande till bolagsstämman. Den ena av dessa gäller vinstutdelning. Bolagsstämman är visserligen ensam behörig att besluta om vinstutdelning (18 kap. 1 § ABL, jfr prop. 2004/05:85, s. 759 f.). Stämmans beslutanderätt är dock begränsad på så sätt att den normalt inte får besluta om högre utdelning än vad styrelsen föreslår eller godkänner. Undantag gäller endast om bolagsordningen innebär skyldighet att dela ut ett visst belopp eller om utdelningen beslutas på yrkande av en aktieägarminoritet.

Den andra situationen då styrelsen har vetorätt gäller minskning av aktiekapitalet för avsättning till s.k. fri fond eller för återbetalning till aktieägarna (20 kap. 3 § ABL). Beslutanderätten ligger primärt på bolagsstämman men stämman får normalt inte besluta om större minskning än vad styrelsen föreslagit eller godkänt. Sådan minskning som är föreskriven i bolagsordningen får dock stämman alltid besluta om.

ABL utgår från att bolagsstämma hålls som ett sammanträde där aktieägarna deltar. Detta uttrycks bl.a. genom regler om kallelse av aktieägarna till stämman och om hur stämman ska genomföras. Bestämmelserna kan dock åsidosättas med samtycke från samtliga aktieägare. I praktiken är det mycket vanligt att stämma hålls genom att alla aktieägarna skriver under ett protokoll från en ”tänkt” stämma. Genom sina underskrifter på ett sådant ”per capsulam”-protokoll får aktieägarna anses ha samtyckt till att kallelsereglerna inte följs (prop. 2004/05:85, s. 603 och prop. 1975:103, s. 401).

En aktieägare ska ersätta skada som han eller hon uppsåtligen eller av grov oaktsamhet tillfogar bolaget, en aktieägare eller någon annan genom att medverka till överträdelse av ABL, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen (29 kap. 3 § ABL).

## Styrelsen

### *Styrelsens uppgifter*

En huvuduppgift för styrelsen i ett aktiebolag är att svara för bolagets organisation och förvaltningen av bolagets angelägenheter (8 kap. 4 § första stycket ABL). Rent allmänt innebär detta att styrelsen ska se till att organisationen är ändamålsenlig och att den inrymmer rutiner och funktioner som verkar kvalitetsäkrande. Denna planerande roll är en av styrelsens viktigaste uppgifter. Det handlar bl.a. om att få till stånd kloka handläggningsrutiner, riktlinjer för förvaltningen och placeringen av bolagets medel, ett gott urval av medarbetare och en fortlöpande kommunikation mellan befattningshavarna (prop. 1997/98:99, s. 205).

Styrelsens ansvar i fråga om bolagets organisation innefattar att se till att denna är utformad så att bokföringen, medelsförvaltningen och bolagets ekonomiska förhållanden i övrigt kontrolleras på ett tillfredsställande sätt (8 kap. 4 § tredje stycket ABL). Beroende på organisationens utformning kan behovet av kontroller variera mellan olika bolag. Det åligger styrelsen att se till att bolagets kontrollfunktioner har en utformning som svarar mot behovet i det enskilda fallet (prop. 1997/98:99, s. 205).

Vidare ska styrelsen fortlöpande bedöma bolagets ekonomiska situation. Är bolaget moderbolag i en koncern, ska också koncernens ekonomiska situation fortlöpande bedömas (8 kap. 4 § andra stycket ABL). För att denna skyldighet ska kunna fullgöras krävs att styrelsen hela tiden håller sig underrättad om relevanta förhållanden. I ABL har också tagits in en huvudregel om skyldighet för styrelsen att meddela skriftliga instruktioner för när och hur uppgifter som behövs för bedömningen ska samlas in och rapporteras (8 kap. 5 § ABL). Ett sådant rapporteringssystem måste innehålla lämpliga kvalitetssäkringsfunktioner varför det, i synnerhet i större bolag, kan vara nödvändigt att inrätta särskilda funktioner för internrevision (prop. 2004/05:85, s. 311, jfr prop. 1997/98:99, s. 206 f.).

Om styrelsen består av fler än en ledamot ska den fastställa en skriftlig arbetsordning för sitt arbete. I denna ska bl.a. anges hur arbetet i förekommande fall ska fördelas mellan ledamöterna och hur ofta styrelsen ska sammanträda (8 kap. 6 § ABL).

I de bolag som har en verkställande direktör är det en av styrelsens viktigaste uppgifter att utse denne (8 kap. 27 § ABL).

Styrelsen ska i skriftliga instruktioner ange arbetsfördelningen mellan å ena sidan styrelsen och å andra sidan den verkställande direktören och de andra organ som styrelsen inrättar (8 kap. 7 § ABL). Sådana instruktioner kan bli aktuella om styrelsen har inrättat exempelvis en revisionskommitté, dvs. ett kontrollorgan för övervakning av bolagets redovisning och kontrollsystem oberoende av företagsledningen (prop. 1997/98:99, s. 80, 136 f. och s. 205). För bl.a. börsnoterade aktiebolag gäller huvudregeln att styrelsen ska ha ett revisionsutskott med uppgift att bereda vissa redovisnings- och revisionsfrågor (8 kap. 49 a § ABL).

Om omfattningen och beskaffenheten av bolagets verksamhet påkallar det, bör styrelsen utfärda instruktioner också för enskilda befattningshavare, t.ex. den vice verkställande direktören och de högre tjänstemännen i bolaget (samma prop., s. 80). Genom instruktioner av detta slag kan styrelsen mejsla fram en organisation där ingen kan tveka om arbetsfördelningen mellan styrelsen, styrelsens arbetsutskott, den verkställande direktören, direktionen, divisionsstyrelserna och de övriga organ som kan ingå i organisationen.

Styrelsens instruktioner kan användas för att tydliggöra vilka slag av åtgärder den verkställande direktören kan företa på egen hand, t.ex. vad gäller rättshandlingar med utomstående eller placeringen av bolagets medel. Instruktionerna kan däremot inte leda till att styrelsen lämnar ifrån sig ansvaret för någon av de uppgifter som enligt lagen vilar på den (samma prop., s. 205).

Lagstiftningen innebär inget hinder för styrelsen att delegera vissa uppgifter till en eller flera av styrelsens ledamöter eller till andra. Ett krav är dock att styrelsen i sådana fall handlar med omsorg och fortlöpande kontrollerar om delegationen kan upprätthållas (8 kap. 4 § fjärde stycket ABL). Om det finns brister i dessa avseenden kvarstår ett visst ansvar för styrelsen (prop. 2004/05:85, s. 617 f.).

Vilka uppgifter som kan delegeras av styrelsen med giltig verkan anges inte närmare i lagtexten. I förarbetena (samma prop., s. 618) anges att frågan huruvida delegation kan ske måste avgöras i varje särskilt fall utifrån uppgiftens karaktär och betydelse. Vissa uppgifter som lagen lägger på styrelsen, t.ex. utseende av verkställande direktör, är inte delegerbara.

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). Om



inte bolagsordningen anger annat har styrelsen också möjlighet att bemyndiga enskilda personer att företräda bolaget och teckna dess firma (8 kap. 37 § ABL). Bemyndigandet kan t.ex. gälla för en styrelseledamot eller den verkställande direktören. Såvitt gäller den verkställande direktören får denne emellertid alltid företräda bolaget och teckna dess firma beträffande uppgifter som bl.a. rör den löpande förvaltningen (8 kap. 36 § ABL).

En styrelseledamot som när han eller hon fullgör sitt uppdrag uppsåtligen eller av oaktsamhet skadar bolaget är skadeståndsskyldig. Detsamma gäller om skadan tillfogas en aktieägare eller någon annan genom överträdelse av ABL, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen (29 kap. 1 § första stycket ABL).

### *Styrelseledamöter*

Styrelsen i privata aktiebolag ska ha minst en ledamot och styrelsen i publika bolag minst tre (8 kap. 1 och 46 §§ ABL). Minst en suppleant ska utses om styrelsen har färre än tre ledamöter (8 kap. 3 § ABL). Om styrelsen har fler än en ledamot ska en av dem vara ordförande (8 kap. 17 § ABL). Ordförandens roll är att leda styrelsens arbete och att bevaka att styrelsen fullgör sina uppgifter.

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). Styrelsen eller en styrelseledamot får dock inte ges rätt att utse styrelseledamöter. I ett publikt aktiebolag ska fler än hälften av styrelseledamöterna utses av bolagsstämman (8 kap. 47 § ABL). Styrelsens ordförande väljs av styrelsen om inte annat föreskrivs i bolagsordningen eller har beslutats av bolagsstämman (8 kap. 17 § ABL).

Lagen (1987:1245) om styrelserrepresentation för de privatanställda innebär bl.a. att de anställda i aktiebolag som har minst 25 arbetstagare normalt har rätt till två ledamöter i styrelsen (4 §). Denna rätt, som inte behöver utnyttjas, får dock inte leda till att antalet arbetstagarledamöter överstiger antalet övriga styrelseledamöter. I vissa fall kan nämnden för styrelserrepresentationsfrågor medge undantag från lagen (18 §). Detta gäller bl.a. om styrelserrepresentation för de anställda skulle medföra väsentlig olägenhet för ett företag på grund av att styrelsens sammansättning beror på politiska styrkeförhållanden som framgår av bolagsordningen, avtal

eller annan omständighet (17 §). En förutsättning för undantag är att olägenheten inte kan undanröjas på annat sätt. I den mån regleringen i lagen om styrelserepresentation för de privatanställda inte innebär annat, gäller samma regler för arbetstagarledamöter som för andra styrelseledamöter (11 §, jfr 8 kap. 2 § ABL).

#### *Mandattid och förtida avgång*

Ett uppdrag som styrelseledamot enligt ABL gäller för en begränsad tid. Utgångspunkten är en ettårig mandattid men i bolagsordningen kan föreskrivas att uppdraget ska gälla för en längre tid, som längst under en fyraårig mandattid (8 kap. 13 § ABL).

Uppdrag som styrelseledamot är ett förtroendeuppdrag. Om den som utsett en styrelseledamot, dvs. bolagsstämman eller annan, anser att denne ska skiljas från uppdraget i förtid, kan ledamoten eller styrelsen som helhet inte motsätta sig detta. I stället upphör uppdraget redan genom att den som utsett ledamoten anmäler detta till styrelsen (8 kap. 14 § ABL). Styrelseledamotens avgång får verkan från den tidpunkt då anmälan om ändringen kom in till Bolagsverket eller från den senare tidpunkt som anges i det beslut som anmälan grundar sig på.

#### **Den verkställande direktören**

I de bolag som har en verkställande direktör utses denne av styrelsen (se ovan). Styrelsen får även utse en eller flera vice verkställande direktörer som kan träda i den verkställande direktörens ställe (8 kap. 28 § ABL).

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 (prop. 2004/05:85, s. 627, prop. 1997/98:99, s. 221 f. och prop. 1975:103, s. 374). Det innebär kort sagt att den verkställande direktören ska svara för driften av rörelsen och utöva tillsyn över personalen (prop. 1997/98:99, s. 91). Närmare preciserat innefattar den löpande förvaltningen bl. a. ingående av avtal med leverantörer och kunder och avtal om anställning av befattningshavare i bolagets

tjänst såvida avtalet inte med hänsyn till sitt innehåll, den tidrymd det avser och bolagets förhållanden framstår som osedvanligt eller av stor betydelse för bolaget (prop. 1975:103, s. 375).

I brådskande situationer har den verkställande direktören möjlighet att vidta åtgärder som faller utanför den löpande förvaltningen. Som förutsättning gäller då att styrelsens beslut inte kan avvaktas utan väsentlig olägenhet för bolagets verksamhet (8 kap. 29 § andra stycket ABL). I sådana fall ska styrelsen så snart som möjligt underrättas om åtgärden.

Styrelsen kan i viss utsträckning bemyndiga den verkställande direktören att vidta förvaltningsåtgärder som faller utanför den löpande förvaltningen (prop. 1997/98:99, s. 79, 92 och 222). I dessa fall finns ingen begränsning till brådskande situationer. Däremot får inte möjligheten användas i sådan utsträckning att styrelsen inte längre fullgör sin uppgift som överordnat ledningsorgan. Det innebär bl.a. att styrelsen inte kan delegera ansvaret för frågor som enligt lagen hör till styrelsens ansvarsområde. Styrelsen kan dock överföra viss bestämmanderätt på exempelvis den verkställande direktören. Vid genomförande av en stor affär kan detta innebära att den verkställande direktören ges i uppdrag att förhandla för bolagets räkning och inom vissa gränser avgöra pris och andra villkor (prop. 1997/98:99, s. 79 och Johansson, *Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag*, 9 uppl., 2007, s. 126).

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). Det åligger den verkställande direktören att bl.a. genomföra och följa upp bokföringens organisation och medelsförvaltningens uppläggning (prop. 1997/98:99, s. 222).

En verkställande direktör som när han eller hon fullgör sitt uppdrag uppsåtligen eller av oaktsamhet skadar bolaget är skadeståndsskyldig. Detsamma gäller om skadan tillfogas en aktieägare eller någon annan genom överträdelse av ABL, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen (29 kap. 1 § första stycket ABL).

## Revisorer

Närmare bestämmelser om revisorn och dennes uppgifter finns främst i 9 kap. ABL. Dessa och andra bestämmelser i ABL om bolagets revisor gäller endast om bolaget enligt lag ska ha revisor eller ändå har en revisor (1 kap. 12 b § ABL). Detsamma gäller för bestämmelser i ABL om den revisionsberättelse som bolagets revisor lämnar. Som angetts ovan ska alla aktiebolag utom vissa mindre privata bolag ha minst en revisor (9 kap. 1 § 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 revisionsredovisning kräver. Om bolaget är ett moderbolag ska revisorn även granska bl.a. koncernredovisningen om en sådan har upprättats. I samband med revisionen ska revisorn till styrelsen och den verkställande direktören göra de påpekanden som följer av god revisionsredovisning (9 kap. 6 § ABL). Revisionen ska leda fram till en årlig granskningsrapport, en revisionsberättelse, som ska lämnas till bolagets styrelse senast tre veckor före den bolagsstämma där redovisningen ska behandlas (9 kap. 5 och 28 §§ ABL).

Syftet med revisionen är att tillgodose dels aktieägarnas intresse av att företagsledningen kontrolleras, dels att skydda andra intressenter, t.ex. de anställda, borgenärerna och kapitalmarknadens aktörer (prop. 2004/05:85, s. 319).

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). Även registrerade revisionsbolag får utses till revisor (9 kap. 19 § 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.

Före den 1 november 2010 gällde en mandattid för revisorn om fyra år eller i vissa fall tre år. Samtidigt som det obligatoriska revisorskravet slopades för vissa små bolag ändrades också bestämmelserna om revisorns mandattid. Numera gäller en ettårig mandattid som huvudregel, men i bolagsordningen får anges en längre tid. Uppdraget ska dock upphöra senast vid slutet av den årsstämma som hålls efter det fjärde räkenskapsåret efter det då revisorn utsågs (9 kap. 21 § första och andra styckena ABL). Enligt

övergångsbestämmelserna till de nya reglerna gäller som huvudregel att ett revisorsuppdrag som har getts före ikraftträdandet den 1 november 2010 består till utgången av mandattiden (punkt 5 i övergångsbestämmelserna till ändringsförfattningen 2010:834).

Ett uppdrag som revisor kan upphöra i förtid bl.a. om den som har utsett revisorn anmäler hos styrelsen att uppdraget ska upphöra och saklig grund finns för entledigandet (9 kap. 22 § ABL). Revisorn ska då anmäla det förtida upphörandet för registrering i aktiebolagsregistret samt i anmälan lämna en redogörelse för vad han eller hon har funnit vid den granskning som utförts under den del av löpande räkenskapsår som uppdraget har omfattat. (9 kap. 23 § ABL).

En revisor kan bli ersättningskyldig för skada som denne tillfogar bolaget eller någon annan (29 kap. 2 § ABL).

### Lekmannarevisorer

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 (prop. 2004/05:85, s. 328). En lekmannarevisor behöver dock inte ha den formella kompetens som en revisor måste ha. Utgångspunkten är att bolagsstämman väljer lekmannarevisorer men i bolagsordningen kan föreskrivas att de ska utses på annat sätt (10 kap. 8 § ABL).

Huvuduppgifterna för en lekmannarevisor anges i 10 kap. 3 § ABL. Av bestämmelsen framgår att 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.

Lekmannarevisorerens granskning har bedömts fylla en särskilt viktig funktion i offentligägda bolag, främst kommunala bolag, där den ansetts utgöra ett väsentligt inslag i det svenska systemet för insyn och kontroll av den offentligt bedrivna verksamheten (prop. 2004/05:85, s. 328, jfr prop. 1997/98:99, s. 170 f.). I helägda kommunala aktiebolag ska lekmannarevisor utses (se avsnitt 9.4.2).

Uppgiften att granska att verksamheten sköts på ett ändamålsenligt sätt innebär att lekmannarevisorn ska kontrollera att verk-

samheten 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. Lekmannarevisorn bör därvid också beakta huruvida verksamheten på ett rationellt och effektivt sätt fullföljer de givna syftena. I ett kommunägt bolag, avsett att bedriva sådan verksamhet som kommunen svarar för, ska lekmannarevisorn granska att de kommunala ändamålen, sådana de har kommit till uttryck i bolagsordningen, tillgodoses på ett effektivt och bra sätt (prop. 1997/98:99, s. 276).

Även om en lekmannarevisor har i uppgift att granska att bolagets verksamhet sköts på ett från ekonomisk synpunkt tillfredsställande sätt, är inte avsikten att denne ska uttala sig om den ekonomiska redovisningen. Lekmannarevisorn får inte heller underteckna den revisionsberättelse som, i de fall bolaget har en revisor, ska upprättas av denne (10 kap. 6 § ABL). Någon granskning av räkenskapsmaterial behövs därför normalt inte, såvida inte bolagsstämman särskilt ålägger lekmannarevisorn detta. Lekmannarevisorn måste dock alltid hålla sig underrättad om bolagets ekonomiska förhållanden och bör i sådana frågor ha återkommande kontakter med företagsledningen och med bolagets revisorer, när sådana finns. Granskningen måste vara så ingående att lekmannarevisorn kan göra en allmän bedömning av om företagets resurser används på ett rimligt sätt (samma prop., s. 276).

Att en lekmannarevisor ska granska bolagets interna kontroll tar sikte på såväl verksamhetens bedrivande som ekonomiska rutiner. Denna granskning måste framför allt vara inriktad på att det finns fungerande kontrollrutiner av grundläggande slag (samma prop., s. 276).

Lekmannarevisorns arbete ska utmynna i att en granskningsrapport lämnas till bolagsstämman efter varje räkenskapsår (10 kap. 5 § ABL). Rapporten ska lämnas till bolagets styrelse för vidarebefordran till aktieägarna och ska läggas fram på årsstämman (10 kap. 13–14 §§ ABL).

En lekmannarevisor kan bli ersättningskyldig för skada som denne tillfogar bolaget eller någon annan (29 kap. 2 § ABL).

### 9.1.3 Styrning av aktiebolag och bolagsorgan

#### Anvisningar till styrelsen och den verkställande direktören

Ställningen som det högsta bolagsorganet ger bolagsstämman stora möjligheter att fatta beslut i bolagets angelägenheter också i andra avseenden än de som uttryckligen enligt ABL ankommer på stämman att besluta om. Bolagsstämman kan dock inte ta över beslutanderätten från styrelsen eller den verkställande direktören i de frågor där det enligt ABL ankommer på dessa organ att fatta beslut. Exempelvis är det endast styrelsen som kan utse och avsätta den verkställande direktören.

En annan sak är att bolagsstämman genom anvisningar kan 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. I bestämmelsen anges att en ställföreträdare för bolaget inte får följa en anvisning av bolagsstämman eller något annat bolagsorgan, om anvisningen inte gäller därför att den strider mot ABL, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen. Om en anvisning däremot är förenlig med dessa regelverk är alltså styrelse och verkställande direktör i princip skyldiga att följa den.

I den juridiska litteraturen har diskuterats om det utöver vad som följer av förbudet i 8 kap. 41 § andra stycket ABL också gäller hinder för ställföreträdare att följa en anvisning om denna uppenbart strider mot bolagets intresse (se bl.a. Stattin, *Företagsstyrning*, 2 uppl., 2008, s. 212 ff., Johansson, *Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag*, 9 uppl. 2007, s. 121 f., och Åhman, *Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten*, 1997, s. 745 ff.). Det finns dock olika uppfattningar i frågan och rättsläget måste bedömas som oklart. Bakgrunden till diskussionen är att det i äldre aktiebolagslagstiftning fanns en regel om hinder mot att följa bolagsstämmans föreskrifter om de skulle innebära uppenbart åsidosättande av bolagets intressen. Denna togs dock bort med motiveringen att den var överflödigt då sådana anvisningar praktiskt tagit alltid torde stå i strid med den s.k. generalklausulen (nuvarande 7 kap. 47 § ABL) och alltså även strida mot lagen (prop. 1975:103, s. 382). Bestämmelsen i 7 kap. 47 § ABL innebär att bolagsstämman inte får fatta

ett beslut som är ägnat att ge en otillbörlig fördel åt en aktieägare eller någon annan till nackdel för bolaget eller någon annan aktieägare. En motsvarande regel för bl.a. styrelsen i förhållande till den verkställande direktören finns i 8 kap. 41 § första stycket.

Kompetensfördelningen i ABL mellan bolagsstämman, styrelsen och den verkställande direktören är tvingande och utgör i sig en gräns för möjliga anvisningar till underordnade organ. Bolagsstämmans anvisningsrätt får inte användas i sådan utsträckning att styrelsen förlorar sin ställning som ansvarig handhavare av förvaltningen (prop. 1975:103, s. 236). På motsvarande sätt får inte heller styrelsen göra så väsentliga ingrepp i den verkställande direktörens rätt att sköta den löpande förvaltningen att denne i realiteten inte längre fyller en verkställande direktörs funktion. Sådana anvisningar skulle strida mot lagstiftningens grunder (prop. 1975:103, s. 374 och prop. 1997/98:99, s. 79, 92 och 222).

Den närmare gränsdragningen för vilka anvisningar bolagsstämman kan ge styrelsen utan att reglerna om kompetensfördelning i ABL träds för när är inte helt klar. Anvisningar i enstaka frågor, t.ex. att styrelsen inte ska ta upp ett visst lån eller att styrelsen ska avbryta ett visst projekt innebär knappast att styrelsen förlorar sin funktion (bl.a. Stattin, *Företagsstyrning*, 2 uppl., 2008, s. 220 f. och Åhman, *Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten*, 1997, s. 602 f.). Om ett stort antal anvisningar i detaljfrågor ges av bolagsstämman kan de däremot sammantagna få en sådan konsekvens (Stattin, samma arbete, s. 221). Risken för att anvisningar utgör ingrepp i funktionsfördelningen är vidare större för anvisningar av generell eller principiell art än för anvisningar i enskilda fall (Stattin, samma arbete, s. 221).

Som allmän riktlinje i fråga om omfånget av styrelsens lydndsplikt har i den juridiska litteraturen angetts att följande kanske kan gälla (Nial, *Till frågan om kompetensfördelningen mellan stämman och styrelse i aktiebolag*, *Festskrift till Knut Rodhe: Studier i krediträtt och associationsrätt*, 1976, s. 338).

Styrelsen måste rätta sig efter stämmans anvisning beträffande viss enstaka åtgärd, t.ex. ett avtal med tredje man, och beträffande åtgärder av viss typ, som inte ingår i den normala förvaltningsverksamheten, t.ex. försäljning av bolagets fasta egendom, upptagande av obligationslån. Däremot bör inte styrelsens kompetens kunna begränsas så att den måste ha stämmans samtycke till ofta förekommande åtgärder av vanlig typ, t.ex. köp och försäljning inom bolagets verksamhetsområde, anställning av arbetare och lägre tjänstemän.



Såvitt gäller exemplet ovan om att endast styrelsen kan fatta beslut om att utse och avsätta den verkställande direktören är det i den juridiska litteraturen tvistigt om bolagsstämman kan ge styrelsen tvingande anvisningar i detta avseende (bl.a. Bergström och Samuelsson, *Aktiebolagets grundproblem*, 2 uppl., 2000, s. 96, Stattin, *Företagsstyrning*, 2 uppl., 2008, s. 231, Åhman, *Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten*, 1997, s. 605 f.). Stämman kan naturligtvis i sista hand alltid avsätta styrelsen om den skulle motsätta sig en anvisning om den verkställande direktören (Åhman, samma arbete, s. 605).

### Anvisningar till revisor och lekmannarevisor

I ett aktiebolag som har en revisor kan bolagsstämman ge anvisningar till denne. Revisorn är skyldig att följa anvisningarna om de inte strider mot lag, bolagsordningen eller god revisions sed (9 kap. 3 § ABL). Anvisningarna kan t.ex. gälla att vissa förhållanden bör granskas särskilt (Skog, *Rodhes Aktiebolagsrätt*, 21 uppl., 2006, s. 209). Möjligheterna att ge bindande anvisningar som inskränker granskningsområdet torde däremot vara små (Stattin, *Företagsstyrning*, 2 uppl., 2008, s. 284).

Även för lekmannarevisorer gäller skyldighet att följa bolagsstämmans anvisningar, i dessa fall under förutsättning att de inte strider mot lag, bolagsordningen eller god sed (10 kap. 4 § ABL). Genom anvisningar från bolagsstämman kan lekmannarevisorn ges i uppdrag att granska huruvida verksamheten uppfyller ändamål och syften som ligger vid sidan av ABL och bolagsordningen. Stämman kan också på olika punkter begära en fördjupad granskning eller att lekmannarevisorn uppmärksammar något särskilt förhållande. I fråga om kommunala bolag kan lekmannarevisorns granskning komma att omfatta även en kontroll av om verksamheten håller sig inom ramen för den kommunala kompetensen och en kontroll av om åtgärder har vidtagits för att säkerställa att offentlighetsprincipen efterföljs (prop. 1997/98:99, s. 277).

### Föreskrifter i bolagsordningen

Ett alternativ till att bolagsstämman ger anvisningar till styrelsen kan vara att bestämmelser tas in i bolagsordningen. Exempelvis kan en föreskrift om att företagsledningen inte får vidta vissa åtgärder utan stämmans samtycke i princip meddelas antingen i form av en anvisning eller som en regel i bolagsordningen. För föreskrifter som är avsedda att gälla för lång tid eller är av mera generellt slag kan anvisningsformen dessutom vara otillräcklig och införande i bolagsordningen nödvändigt för att de ska vara giltiga (Stattin, *Företagsstyrning*, 2 uppl., 2008, s. 210 f. och Åhman, *Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten*, 1997, s. 602 f.).

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 (Johansson, *Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag*, 9 uppl., 2007, s. 123 och Stattin, *Företagsstyrning*, 2 uppl., 2008, s. 205 ff.).

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).

### Inrättande av särskilda organ

I viss utsträckning kan 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 (prop. 1997/98:99, s. 85 f., SOU 2004:130, s. 16 ff. och Stattin, *Företagsstyrning*, 2 uppl., 2008, s. 286 ff.). Ett annat exempel är revisionskommittéer (se ovan).

Eftersom funktionsfördelningen mellan bolagsstämman, styrelsen och den verkställande direktören är tvingande får dock dessa organ inte fräntas kompetens till förmån för andra särskilt inrättade organ (Stattin, samma arbete, s. 82 f. och s. 287). Det går inte heller att ändra ansvarsfördelningen enligt ABL på detta sätt (jfr prop. 1997/98:99, s. 205 f.).

## Aktieägaravtal

Genom aktieägaravtal kan alla eller några av aktieägarna till ett bolag komma överens om att agera samfällt i frågor som gäller bolaget, t.ex. genom att rösta på ett visst sätt på bolagsstämman. Sådana avtal kan reglera bl.a. kapitaltillskott, hur ägarförändringar ska ske och vem som ska utse styrelseledamöter (Stattin, *Om aktieägaravtal*, JT 2004–05, s. 99).

Ett avtal mellan aktieägarna är inte bindande för bolaget. Aktieägarna kan alltså inte med bindande verkan för bolaget avtala om att t.ex. bolagsorganen ska besluta på ett visst sätt (Stattin, *Företagsstyrning*, 2 uppl. 2008, s. 259 ff., Johansson, *Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag*, 9 uppl., 2007, s. 309, jfr Åhman, *Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten*, 1997, s. 741). Inte heller om bolaget är part i avtalet anses avtalet alltid ha bindande verkan, bl.a. gäller detta om funktionsfördelningsreglerna för bolagsorganen träds för när (Stattin, samma arbete, s. 266 ff. och Johansson, samma arbete, s. 311).

## 9.2 Andra privaträttsliga organisationsformer

### 9.2.1 Ekonomiska föreningar

#### En översikt

Bestämmelser om ekonomiska föreningar finns i lagen (1987:667) om ekonomiska föreningar, FL, vilken är uppbyggd med ABL som förebild. Särskild reglering för vissa slags ekonomiska föreningar finns i bl.a. bostadsrättslagen (1991:614), lagen (1975:417) om sambruksföreningar samt 12 kap. lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse.

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 har inte något personligt ansvar för föreningens skulder (1 kap. 3 § FL).

En ekonomisk förening har till ändamål att främja medlemmarnas ekonomiska intressen genom ekonomisk verksamhet i vilken medlemmarna deltar (1 kap. 1 § FL). En ekonomisk förening har alltså inget eget vinstsyfte. Den ekonomiska nyttan för medlemmarna ligger främst i deras rätt att i vid mening utnyttja

föreningens tjänster (Mallmén, *Lagen om ekonomiska föreningar*, 3 uppl., 2002, s. 37). Detta hindrar dock inte att föreningens verksamhet bedrivs så att vinst uppstår och att vinstutdelning kan vara ett mycket viktigt led i beredandet av medlemsnytta. Medlemmarna ska delta i den ekonomiska föreningen som konsumenter eller andra förbrukare, som leverantörer, med egen arbetsinsats, genom att begagna föreningens tjänster eller på annat liknande sätt (1 kap. 1 § FL).

En ekonomisk förening är en öppen association, vilket innebär att antalet medlemmar inte är fastställt på förhand och att det kan variera med tiden. Föreningen måste dock alltid ha minst tre medlemmar (2 kap. 1 § första stycket FL). Medlemskapet är fritt och som huvudregel också öppet (3 kap. 1 § första stycket FL). Det är vidare personligt och kan inte överlåtas. Däremot kan de ekonomiska rättigheter som är knutna till själva andelen i föreningen, den s.k. andelsrätten, överlåtas.

En ekonomisk förening ska ha antagit stadgar, som reglerar vissa viktiga frågor. Föreningens stadgar ska bl.a. innehålla bestämmelser om föreningens namn (firma), ändamålet med föreningens verksamhet och verksamhetens art samt medlemmarnas insatskyldighet (2 kap. 2 § FL).

Föreningslagsutredningen har haft till uppgift att se över FL i syfte att förenkla för ekonomiska föreningar att driva sin verksamhet och att underlätta etablering av nya föreningar (dir. 2008:70). I uppdraget ingick också att göra en genomgripande språklig och redaktionell översyn av lagen. Utredningen har i ett delbetänkande i april 2009 redovisat den del av uppdraget som gäller stadgeändring, beslutsfattande på föreningsstämma och andra förenklingsåtgärder som avser administrativa bördor (SOU 2009:37, *Enklare beslutsfattande i ekonomiska föreningar*). Övriga delar av uppdraget har redovisats av utredningen i dess slutbetänkande i december 2010 (SOU 2010:90, *En ny lag om ekonomiska föreningar*). Utredningens förslag innebär bl.a. att en ny lag om ekonomiska föreningar införs den 1 januari 2013. Förslaget bereds inom Regeringskansliet.

## Den ekonomiska föreningens organisation

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 i princip föreningens högsta beslutande organ (prop. 1986/87:7, s. 117). I stadgarna får dock bestämmas att föreningsstämmans befogenheter helt eller delvis ska utövas av särskilt valda fullmäktige (7 kap. 1 § tredje stycket och 7 kap. 12 § FL).

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 utse en verkställande direktör om antalet anställda i föreningen har överstigit 200 i medeltal under vart och ett av de två senaste räkenskapsåren. 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). Revisorn ska bl.a. granska räkenskaperna samt styrelsens och den verkställande direktörens förvaltning. Regler motsvarande 10 kap. ABL om lekmanrevisorer i aktiebolag finns inte i FL.

### *Föreningsstämman och fullmäktige*

På likartat sätt som för bolagsstämman i ett aktiebolag enligt ABL har föreningsstämman i en ekonomisk förening exklusiv beslutanderätt i flera frågor. Det gäller bl.a. ändring av stadgarna (7 kap. 14 § FL), fastställelse av resultat- och balansräkning samt ansvarsfrihet åt styrelseledamöter och verkställande direktör (7 kap. 4 § FL). Vissa andra beslut ska fattas av föreningsstämman om det inte föreskrivits något annat i stadgarna. Det gäller t.ex. för beslut att utse styrelseledamöter och revisorer (6 kap. 1 § och 8 kap. 1 § FL, se även nedan). Stämman har därutöver i princip rätt att fatta beslut i alla andra angelägenheter som inte faller under ett annat organs exklusiva kompetens enligt FL. I stämmans kompetens ingår också möjlighet att inom vissa ramar utfärda riktlinjer och direktiv till underordnade organ.

I stadgarna får det bestämmas att föreningsstämmans befogenheter helt eller delvis ska utövas av särskilda fullmäktige (7 kap. 12 § FL). Av stadgarna ska i så fall framgå fullmäktiges befogenheter, hur de ska utses och tiden för deras uppdrag (2 kap. 2 § första stycket 7 FL). Ett fullmäktigesammanträde anses som en föreningsstämma (7 kap. 12 § tredje stycket FL).

Det s.k. representativa systemet med fullmäktige kan användas för att lösa praktiska problem m.m. i ekonomiska föreningar med ett stort antal medlemmar (jfr prop. 1986/87:7, s. 134). Några närmare lagregler om hur det representativa systemet ska utformas eller när det får användas finns inte. Förutom bestämmelserna om vad som ska anges i stadgarna gäller dock att en fullmäktige inte får väljas för längre tid än tre år. Vidare gäller som huvudregel att endast medlemmar i föreningen får utses som fullmäktige (7 kap. 12 § andra stycket FL). Fullmäktigesystemet innebär i regel att medlemmarna väljer ett antal personer som har intresse av och kvalifikationer för att företräda medlemmarna vid bedömningen av styrelsens förvaltning, beslut härom och fullgörande av stämmans övriga uppgifter (Mallmén, *Lagen om ekonomiska föreningar*, 3 uppl., 2002, s. 278).

Om fullmäktige ges generell behörighet betyder detta att de enskilda föreningsmedlemmarnas enda uppgift blir att utse fullmäktige. Ges inte sådan behörighet får föreningen två sidoordnade beslutande organ – dels de fullmäktige som beslutar i vissa frågor, dels stämman som beslutar i övriga frågor. Systemet får däremot inte tillämpas på det sättet att en församling utses som består av både fullmäktige och föreningsmedlemmar såsom sådana med uppgift att fatta beslut på föreningens vägnar (prop. 1986/87:7, s. 134). Även om fullmäktige inrättats och helt utövar stämmans befogenheter kvarstår vissa rättigheter för föreningsmedlemmarna, bl.a. en rätt att få ärenden behandlande vid fullmäktiges sammanträde (7 kap. 12 § femte stycket FL).

#### *Styrelsen och den verkställande direktören*

Reglerna i FL om uppgifterna m.m. för styrelsen och den verkställande direktören i en ekonomisk förening är likartade bestämmelserna i ABL för styrelsen och den verkställande direktören i ett aktiebolag (se avsnitt 9.1.2, jfr prop. 1986/87:7, s. 107). Styrelsen svarar således för föreningens organisation och förvaltningen av

föreningens angelägenheter. Vidare ska den verkställande direktören, om en sådan finns, ha hand om den löpande förvaltningen enligt de riktlinjer och anvisningar som styrelsen meddelar (6 kap. 6 § första stycket FL).

Allmänt gäller att styrelsen och den verkställande direktören är skyldiga att i sitt handlande ta ansvar för och främja föreningens verksamhet i överensstämmelse med stadgarnas och stämmans uttalade målsättning (prop. 1986/87:7, s. 107).

Styrelsen ska se till att organisationen beträffande bokföringen och medelsförvaltningen även innefattar en tillfredsställande kontroll (6 kap. 6 § andra stycket FL). I en förening vars överlåtbara värdepapper är upptagna till handel på en reglerad marknad ska styrelsen ha ett revisionsutskott (6 kap. 7 § FL).

Om den ekonomiska föreningen ska ha en verkställande direktör ankommer det på styrelsen att utse denna (6 kap. 3 § FL). En annan viktig uppgift för styrelsen är att företräda föreningen och teckna dess firma (6 kap. 11 § FL). Den verkställande direktören har alltid rätt att företräda föreningen och teckna dess firma beträffande sådana åtgärder som ankommer på honom (6 kap. 12 § FL).

Styrelsen i en ekonomisk förening ska ha minst tre ledamöter. Om det inte föreskrivs i stadgarna att en eller flera styrelseledamöter ska utses på visst sätt, så väljs ledamöterna av föreningsstämman (6 kap. 1 § FL). En av ledamöterna ska vara ordförande (6 kap. 8 § FL). Styrelseledamöterna ska vara medlemmar i föreningen, om inte stadgarna i särskilt angivna fall tillåter annat (6 kap. 4 § andra stycket FL). Den som enligt lag är ställföreträdare för en medlem eller, om en juridisk person är medlem, den som är ledamot av styrelsen för den juridiska personen eller delägare i denna får dock vara styrelseledamot utan att vara medlem i föreningen, även om stadgarna saknar föreskrift om det. Att arbetstagarledamöter kan utses följer av bestämmelserna i lagen (1987:1245) om styrelserepresentation för de privatanställda (6 kap. 1 § femte stycket FL, se även avsnitt 9.1.2).

Mandattiden för en styrelseledamot ska anges i stadgarna (2 kap. 2 § första stycket 6 FL). Uppdragstiden får inte omfatta mer än fyra räkenskapsår (6 kap. 1 § tredje stycket FL). Ett uppdrag som styrelseledamot upphör i förtid om ledamoten eller den som har utsett honom begär det (6 kap. 2 § första stycket FL). En styrelseledamot kan alltså när som helst skiljas från uppdraget genom beslut av den som har utsett honom (prop. 1986/87:7, s. 103). Den

som begär att en av honom tillsatt styrelseledamot ska avgå i förtid ska anmäla detta till styrelsen.

### *Revisorer*

En ekonomisk förening ska ha minst en revisor (8 kap. 1 § FL). Revisorerna väljs av föreningsstämman om det inte föreskrivs i stadgarna att en eller flera revisorer ska utses på annat sätt. För större föreningar gäller som huvudregel krav på att minst en revisor ska vara auktoriserad revisor eller godkänd revisor som har avlagt revisorsexamen (8 kap. 5 § FL).

Revisorsuppdraget gäller för den tid som anges i stadgarna. Uppdraget kan gälla för viss tid eller tills vidare. För en förening vars överlåtbara värdepapper är upptagna till handel på en reglerad marknad får dock uppdraget som revisor gälla högst sju år i följd (8 kap. 8 a § FL). Förtida upphörande av uppdraget kan ske bl.a. om den som har utsett revisorn anmäler till styrelsen att uppdraget ska upphöra och det finns saklig grund för entledigandet (8 kap. 8 § FL).

Revisorerna har till uppgift att i den omfattning som följer av god revisionssed granska föreningens årsredovisning jämte räkenskaper samt styrelsens och den verkställande direktörens förvaltning (8 kap. 10 § första stycket FL). Om föreningen är en moderförening ska revisorerna även granska koncernredovisningen och koncernföretagens inbördes förhållanden i övrigt. För varje räkenskapsår ska revisorerna avge en revisionsberättelse till föreningsstämman (8 kap. 13 § FL). Denna ska bl.a. innehålla ett uttalande i frågan om ansvarsfrihet för styrelseledamöterna och den verkställande direktören.

## **Styrning av ekonomiska föreningar och föreningsorgan**

### *Anvisningar till styrelsen och den verkställande direktören*

På motsvarande sätt som för aktiebolag enligt ABL gäller att föreningsorganen i en ekonomisk förening har viss exklusiv kompetens. Det innebär bl.a. att föreningsstämman, eller i förekommande fall fullmäktige, inte kan ta över beslutanderätten i sådana frågor som enligt FL ankommer på andra organ att besluta



om. Ett exempel är att det endast är styrelsen som kan utse och avsätta den verkställande direktören.

Liksom enligt aktiebolagsrätten gäller dock för ekonomiska föreningar att föreningsstämman eller fullmäktige kan meddela föreskrifter som de underordnade organen är skyldiga att följa. Denna anvisningsrätt följer indirekt av 6 kap. 13 § andra stycket FL, som motsvarar 8 kap. 41 § andra stycket ABL. I bestämmelsen anges att en ställföreträdare inte får följa sådana föreskrifter av föreningsstämman eller annat föreningsorgan som inte är gällande därför att de står i strid med FL eller stadgarna. Om en föreskrift däremot är förenlig med dessa regelverk är alltså styrelse och verkställande direktör i princip skyldiga att följa dem. Även om förvaltningen hör till företagsledningens kompetensområde kan alltså stämman ge föreningsledningen direktiv i förvaltningsfrågor (jfr prop. 1986/87:7, s. 117).

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 (Johansson, *Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag*, 9 uppl., 2007, s. 122 f., samt Mallmén, *Lagen om ekonomiska föreningar*, 3 uppl., 2002, s. 201, 226 och 240, jfr prop. 1986/87:7, s. 108). Stämman får inte ge föreskrifter i sådan utsträckning eller av sådant slag att styrelsen eller den verkställande direktören förlorar sin ställning.

Den närmare gränsdragningen för vilka föreskrifter föreningsstämman kan ge styrelsen utan att kompetensfördelningen mellan organen rubbas är inte helt klar. Avgränsningen torde dock motsvara vad som gäller enligt aktiebolagsrätten för bolagsstämmans möjlighet att ge anvisningar till bolagsstyrelsen (se avsnitt 9.1.3, jfr Johansson, samma arbete, s. 122 f., Mallmén, samma arbete, s. 226 och prop. 1986/87:7, s. 60 f. och 114).

Eftersom det av stadgarna framgår föreningens syfte, utgör dessa ett hinder för styrelsen och andra ställföreträdare att vidta åtgärder för ändamål som uppenbarligen är främmande för syftet med föreningens verksamhet (prop. 1986/87:7, s. 114). Någon särskild bestämmelse om detta har inte tagits in i FL.

*Anvisningar till revisorer*

På motsvarande sätt som för aktiebolag enligt ABL gäller att föreningsstämman kan ge anvisningar till föreningens revisor med skyldighet för denne att följa dem, om de inte strider mot lag, stadgarna eller god revisionssed (8 kap. 10 § FL, jfr avsnitt 9.1.3).

*Föreskrifter i stadgarna*

En möjlighet för föreningsmedlemmarna att styra föreningen på annat sätt än genom föreskrifter meddelade av stämman är att bestämmelser tas in i stadgarna (jfr avsnitt 9.1.3 om aktiebolag enligt ABL). Sådana regler kan t.ex. gälla att styrelsen inte får fatta beslut i vissa frågor utan stämmans godkännande. Även för detta slags föreskrifter gäller dock att de inte får beröva föreningsorganens ställning enligt den kompetensfördelning som följer av FL (Johansson, *Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag*, 9 uppl., 2007, s. 122 f.).

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).

## 9.2.2 Ideella föreningar

### En överblick

Någon generell lagstiftning om ideella föreningar finns inte. Vad som associationsrättsligt gäller för sådana föreningar följer i stället av bl.a. rättsfall, grundläggande principer, god föreningssed och paralleller från andra regelområden. De stadgar som antagits för en förening är också av central betydelse (Hemström, *Organisationernas rättsliga ställning*, 7 uppl., 2007, s. 34 ff.). Bestämmelser i FL kan i vissa fall utgöra grund för en analogisk tillämpning. Med hänsyn bl.a. till att ideella föreningar kan vara av mycket skiftande art har det emellertid i rättspraxis ansetts att stor försiktighet bör iakttas i fråga om att tillämpa de grundsatser som gäller för ekonomiska föreningar på ideella föreningar (bl.a. NJA 2008 s. 255).

För att en ideell förening ska anses som en juridisk person krävs enligt rättspraxis bl.a. att föreningen har antagit stadgar av viss fullständighet. Dessa ska innehålla föreningens namn och ändamål samt bestämmelser om hur beslut i föreningens angelägenheter åstadkoms (NJA 1987 s. 394). För att det ska vara fråga om en förening i juridisk mening krävs vidare att denna har ett visst antal medlemmar. Om det krävs minst två eller tre medlemmar är oklart (Hemström, samma arbete, s. 94, och Augustsson, *Enmannaföreningars rättsliga möjligheter i synnerhet, och ideella föreningars rättskapacitet i allmänhet*, FT 2009, s. 314).

Den vanligaste uppfattningen synes vara att en ideell förening ska ha någon form av ledningsorgan som kan företräda föreningen, t.ex. en styrelse, för att ses som juridisk person (bl.a. Johansson, *Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag*, 9 uppl., 2007, s. 37, Hemström, samma arbete, s. 23 och 63, prop. 1986/87:7, s. 78 och SOU 2009:29, s. 283, jfr Augustsson, samma arbete, s. 317 f.).

Till skillnad från en ekonomisk förening kan en ideell förening inte både bedriva ekonomisk verksamhet och med denna verksamhet främja sina medlemmars ekonomiska intressen. En förening som gör detta är att se som en oregistrerad ekonomisk förening och är därmed inte en juridisk person (RÅ 1999 ref. 7). En ideell förening kan i stället antingen bedriva ekonomisk verksamhet i ideellt syfte eller bedriva ideell verksamhet i syfte att främja medlemmarnas ekonomiska eller ideella intressen. En ideell förening kan också bedriva ideell verksamhet i ideellt syfte (Hemström, samma arbete, 7 uppl., 2007, s. 20 f.).

### Organen i en ideell förening

Som följd av att det i huvudsak saknas särskilda lagregler kan ideella föreningar organiseras på flera olika sätt. De flesta ideella föreningarna torde dock vara organiserade efter mönster av de ekonomiska föreningarna, dvs. med en stämma som beslutande organ och en styrelse som förvaltande organ (bl.a. Johansson, *Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag*, 9 uppl., 2007, s. 141). Vid sidan av stämman kan finnas ett representativt organ, t.ex. fullmäktige, som sköter uppgifter i stämmans ställe (Johansson, samma arbete, s. 141).

I den juridiska litteraturen har angetts att det hör till organisationsstrukturen för en demokratisk förening att förekommande

föreningsorgan inom samma beslutskedja står i ett hierarkiskt förhållande till varandra (Hemström, *Organisationernas rättsliga ställning*, 7 uppl., 2002, s. 22 f., s. 47 f. och s. 54). Detta skulle då innebära att förekommande föreningsorgan i princip ska följa instruktioner som lämnats av organ som befinner sig på en högre nivå i beslutskedjan. Det är dock inte nödvändigt att en ideell förening är demokratiskt organiserad (Hemström, samma arbete, s. 39, och Augustsson, *Enmannaföreningars rättsliga möjligheter i synnerhet, och ideella föreningars rättskapacitet i allmänhet*, FT 2009, s. 318).

I första hand är stadgarna avgörande för vilka uppgifter som tillkommer de olika föreningsorganen. Stadgarna kan såväl utvidga som inskränka den kompetens som annars normalt skulle tillkomma de olika organen (jfr Hemström, samma arbete, 7 uppl., 2002, s. 54).

Om inget annat anges i stadgarna torde gälla att stämman, som är medlemmarnas forum, beslutar om bl.a. ändring av stadgarna och val av styrelseledamöter (Hemström, samma arbete, s. 53 och 63 samt Johansson, samma arbete, s. 141). I den mån det åligger styrelsen att redovisa sin förvaltning torde även åligga stämman att ta ställning till om denna ska godkännas, besluta om vinstanvändning eller förlusttäckning samt att ta ställning till om ansvarsfrihet ska beviljas styrelseledamöterna (Hemström, samma arbete, s. 53 f.).

Ledamöterna i styrelsen kan närmast ses som ett slags syssломän som fått i uppdrag av medlemmarna att ta tillvara föreningens intressen (Hemström, samma arbete, s. 64, och Johansson, samma arbete, s. 142). Detta torde medföra en skyldighet för styrelsen att arbeta för att uppfylla föreningens ändamål inom ramen för vad stadgarna eventuellt anger om verksamhetsföremål samt – om föreningen är hierarkiskt organiserad – att följa instruktioner som beslutats av överordnade organ (Hemström, samma arbete, s. 64 f.). I övrigt torde styrelsen, om inte stadgarna anger annat, bl.a. ha till uppgift att företräda föreningen i relation till tredje man, kalla till stämma och att redovisa sin förvaltning (Hemström, samma arbete s. 53, 63 och 65, och Johansson, samma arbete, s. 254 f.). Beroende på föreningens verksamhet kan styrelsen också ha skyldighet enligt lag att vidta vissa åtgärder, t.ex. att upprätta skattedeklaration, anmäla uppgifter till handelsregistret, svara för bokföring och upprätta årsbokslut eller årsredovisning (Hemström, samma arbete, s. 65, och Johansson, samma arbete, 9 uppl., 2007, s. 141 f. och SOU 2009:29, s. 290).

Styrelsen torde kunna bestå av en enda person. Vidare bör kunna antas att den som utsett en styrelseledamot har rätt att entlediga ledamoten innan den tid för vilken denne valts gått till ända (Hemström, samma arbete, 7 uppl., 2002, s. 63).

En verkställande direktör eller en liknande funktionär med uppgift att sköta den löpande förvaltningen kan finnas som följd av bestämmelser i stadgarna eller beslut av stämman (Johansson, samma arbete, 9 uppl., 2007, s. 142).

En eller flera särskilt utsedda revisorer torde i regel finnas i ideella föreningar, (Hemström, samma arbete, s. 54 och 74, och Johansson, samma arbete, s. 141). Om inte stadgarna anger annat utses revisorn av stämman (Hemström, samma arbete, s. 54). Revisorns uppgifter torde bl.a. vara att granska räkenskaperna och att kontrollera hur förvaltningen skötts samt att redovisa resultatet av granskningen i en revisionsberättelse (Hemström, samma arbete, s. 75). För vissa större ideella föreningar, beroende på bl.a. antal anställda, balansomslutning och nettoomsättning, gäller krav på att revisor ska finnas och att minst en revisor ska vara auktoriserad revisor eller godkänd revisor som avlagt revisorsexamen (2 §, 3 § och 12 § tredje stycket revisionslagen [1999:1079] samt 6 kap. 1 § första stycket 6–7 bokföringslagen [1999:1078]).

### 9.2.3 Handelsbolag

#### En översikt

Handelsbolag regleras associationsrättsligt i lagen (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag, HBL. Ett handelsbolag föreligger om två eller flera har avtalat att gemensamt utöva näringsverksamhet i bolag och bolaget har förts in i handelsregistret (1 kap. 1 § första stycket HBL). Ett handelsbolag är en självständig juridisk person (1 kap. 4 § HBL). Till skillnad från vad som gäller för bl.a. aktieägarna i ett aktiebolag, svarar dock bolagsmännen solidariskt för bolagets förpliktelser (2 kap. 20 § HBL). En annan skillnad jämfört med aktiebolag, är att HBL anger att det, i den mån annat inte avtalats, krävs samtycke av samtliga bolagsmän för att en ny bolagsman ska få träda in i bolaget (2 kap. 2 § HBL).

Kännetecknande för handelsbolag är att det i relationen mellan bolagsmännen i hög utsträckning råder frihet att avtala om rättigheter och skyldigheter (2 kap. 1 § första stycket HBL). I den mån

annat inte avtalats innehåller dock bestämmelserna i 2 kap. HBL ett regelverk för bolagsmännens inbördes förhållanden (2 kap. 1 § andra stycket HBL). Ett undantag från avtalsfriheten gäller för 2 kap. 5 § HBL (jfr dock nedan). Enligt denna bestämmelse har även en bolagsman som är utesluten från förvaltningen rätt att granska bolagets räkenskaper och att få kännedom om bolagets angelägenheter.

Ett kommanditbolag är en variant av handelsbolaget. I ett sådant bolag har en eller flera bolagsmän förbehållit sig att inte svara för bolagets förbindelser med mera än han har satt in eller åtagit sig att sätta in i bolaget (1 kap. 2 § HBL). Sådana bolagsmän kallas kommanditdelägare och andra bolagsmän komplementärer. Samtliga bolagsmän får inte vara kommanditdelägare. Vidare får inte stiftelser eller ideella föreningar vara komplementärer (3 kap. 2 § HBL).

För ett kommanditbolag gäller samma regler som för andra handelsbolag i den mån annat inte särskilt föreskrivits (3 kap. 1 § HBL). Ett exempel på särreglering är att bolagsmännen får avtala att kommanditdelägare inte ska ha sådan kontrollrätt som avses i 2 kap. 5 § HBL.

### **Förvaltning och organisation m.m.**

HBL utgår från att varje bolagsman har rätt att vidta åtgärder i förvaltningen av bolagets angelägenheter, om inte dessa åtgärder förbjuds av någon annan bolagsman som inte är utesluten från förvaltningen (2 kap. 3 § första stycket HBL). För att en kommanditdelägare ska ha rätt att ta del i förvaltningen av bolagets angelägenheter, utom under likvidation, krävs dock att detta avtalats mellan bolagsmännen (3 kap. 4 § HBL). Huvudregeln enligt HBL är vidare att var och en av bolagsmännen företräder bolaget i förhållande till tredje man, om inte något annat har avtalats (2 kap. 17 § HBL). Kommanditdelägare är emellertid inte behöriga att företräda bolaget (3 kap. 7 § HBL).

Avtalsfriheten i fråga om handelsbolag gör det möjligt för bolagsmännen att t.ex. avtala om att förvaltningen eller en viss del av denna ska skötas av flera bolagsmän gemensamt (jfr 2 kap. 3 § tredje stycket HBL). Alternativt kan bolagsavtalet exempelvis ange att förvaltningen eller en viss del av denna ska skötas av endast en bolagsman, dvs. så att övriga bolagsmän i motsvarande mån inte har

befogenheter avseende förvaltningen (jfr 2 kap. 4 § HBL). Det finns vidare inget hinder för bolagsmännen att avtala om att förvaltningen ska skötas av särskilda organ, t.ex. en styrelse och en verkställande direktör. I den mån organisationen därigenom liknar ett aktiebolags, kan aktiebolagsrätten ge viss ledning, t.ex. beträffande omfattningen av den förvaltningsbefogenhet som tillkommer den verkställande direktören (se Johansson, *Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag*, 9 uppl., 2007, s. 113).

Åtgärder som är främmande för bolagets ändamål får som huvudregel endast vidtas om samtliga bolagsmän samtycker till dem, i den mån annat inte avtalats (2 kap. 3 § andra stycket HBL). Som undantag gäller att en tillgång som med hänsyn till bolagets ställning är av ringa betydelse får användas av en bolagsman som är förvaltningsberättigad till ett allmännyttigt eller därmed jämförligt ändamål. Med bolagets ändamål torde inbegripas såväl bolagets syfte som föremålet för bolagets verksamhet (se Nial och Hemström, *Om handelsbolag och enkla bolag*, 4 uppl., 2008, s. 109 ff., och Lindskog, *Lagen om handelsbolag och enkla bolag*, 2001, s. 276 ff.). Om annat inte avtalats får bolagets syfte anses vara att bereda vinst åt delägarna (se Nial och Hemström, samma arbete, s. 111).

För vissa handelsbolag gäller krav på att minst en revisor ska finnas. Det gäller bl.a. handelsbolag i vilka en eller flera juridiska personer är delägare, om bolaget också är av en viss storlek utifrån antalet anställda, balansomslutning och nettoomsättning (6 kap. 1 § bokföringslagen [1999:1078] samt 2 och 3 §§ revisionslagen [1999:1079]). I ett handelsbolag som en eller flera juridiska personer är delägare i, kan endast den som är auktoriserad eller godkänd revisor vara revisor (2 kap. 12 § andra stycket 1 revisionslagen).

#### 9.2.4 Stiftelser

##### En översikt

Utmärkande för en stiftelse i jämförelse med andra privaträttsliga organisationsformer är bl.a. att stiftelsen inte har några ägare eller medlemmar. Stiftelser faller därför utanför det civilrättsliga associationsbegreppet (Johansson, *Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag*, 9 uppl., 2007, s. 30). Sedan en stiftelse bildats är vidare dess

ändamål låst vid stiftelsens egendom, dvs. varken stiftare, eventuell styrelse eller annan har någon allmän rätt att ändra eller på annat sätt förfoga över ändamålet (Olsson, *Näringsdrivande stiftelser*, 1996, s. 415).

I huvudsak finns två typer av stiftelser (prop. 1993/94:9, s. 40 f.). Karaktäristiskt för den ena typen är att den tillgodoser sitt syfte genom att ur den löpande avkastningen på förmögenheten ge kontanta bidrag, ofta till enskilda (avkastningsstiftelse). Den andra typen av stiftelse tillgodoser som regel sitt syfte genom att utöva näringsverksamhet (verksamhetsstiftelse).

I stiftelselagen (1994:1220), SL, finns associationsrättsliga bestämmelser om stiftelser och regler om tillsyn över stiftelser. Lagen trädde i kraft den 1 januari 1996 och ersatte då den tidigare gällande lagen (1929:116) om tillsyn över stiftelser, som främst innehöll regler om tillsyn. I lagen (1994:1221) om införande av stiftelselagen (1994:1220) finns regler om hur SL ska tillämpas beträffande stiftelser som har tillkommit före ikraftträdandet.

I SL finns en allmän definition av begreppet stiftelse. Den innebär att en stiftelse bildas genom att egendom enligt förordnande av en eller flera stiftare avskiljs för att varaktigt förvaltas som en självständig förmögenhet för ett bestämt ändamål (1 kap. 2 § första stycket SL). Stiftelsen är en juridisk person, dvs. den kan förvärva rättigheter och ikläda sig skyldigheter samt föra talan vid domstol, och för dess förpliktelser svarar bara stiftelsens tillgångar (1 kap. 4 § SL).

SL reglerar också två former av stiftelser som inte faller in under den allmänna definitionen av stiftelsebegreppet, nämligen insamlingsstiftelser och kollektivavtalsstiftelser (1 kap. 1 § första stycket 2 och 3 samt andra stycket SL). Två ytterligare slag av stiftelser, pensions- och personalstiftelser, regleras däremot i lagen (1967:531) om tryggnad av pensionsutfästelse m.m. (jfr 1 kap. 1 § andra stycket SL).

## Förvaltning och organisation

I 2 kap. SL finns bestämmelser om två olika förvaltningsformer för stiftelser. Förvaltningen kan vara antingen egen eller anknuten. (2 kap. 2 § SL). Egen förvaltning innebär att en eller flera fysiska personer – styrelsen – förvaltar stiftelsen. Vid anknuten förvaltning är en juridisk person förvaltare för stiftelsen. Om staten har gjort



ett åtagande att förvalta stiftelsens egendom, är det den myndighet som har gjort åtagandet för statens räkning som är förvaltare.

Föreskrifterna i ett stiftelseförordnande ska följas vid förvaltningen av stiftelsens angelägenheter, om inte föreskrifterna strider mot tvingande bestämmelser i stiftelselagen (2 kap. 1 § SL). Det är styrelsen eller förvaltaren som svarar för att föreskrifterna i stiftelseförordnandet följs (2 kap. 3 § första stycket SL).

Styrelsens eller förvaltarens uppgifter innefattar bl.a. att svara för att stiftelsens förmögenhet är placerad på ett godtagbart sätt, i den mån det inte följer av stiftelseförordnandet hur stiftelsens förmögenhet ska vara placerad (2 kap. 4 § SL). Styrelsen eller förvaltaren svarar även för att stiftelsen fullgör sin bokföringskyldighet m.m. enligt bokföringslagen (1999:1078). Stiftelser som inte är bokföringskyldiga är i stället skyldiga att föra räkenskaper enligt 3 kap. 2 § SL. Även i dessa fall har styrelsen eller förvaltaren ansvar för att skyldigheten fullgörs (2 kap. 8 § SL).

Vid egen förvaltning ska styrelsen utse och entlediga ledamöter om inte annat följer av stiftelseförordnandet (2 kap. 9 § SL). Vidare ankommer det vid egen förvaltning på styrelsen att företräda stiftelsen och teckna dess namn och firma (2 kap. 16 § första stycket SL). Vid anknuten förvaltning är det i stället förvaltaren som företräder stiftelsen och är dess firmatecknare (2 kap. 23 § SL).

En stiftelse ska ha minst en revisor (4 kap. 1 § första stycket SL). I en stiftelse som har egen förvaltning utses revisorn av styrelsen om inte annat föreskrivs i stiftelseförordnandet (samma paragraf, andra stycket). Även för stiftelser som har anknuten förvaltning gäller i första hand att revisorn ska utses i enlighet med föreskrifter i stiftelseförordnandet (samma paragraf, tredje stycket). Om dessa inte anger annat ska revisorn utses av förvaltarens högsta organ. För en stiftelse vars förvaltare är en statlig myndighet gäller dock att revisorn utses av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer. Vidare gäller, för stiftelser vars förvaltare är ett handelsbolag, att revisorn utses av samtliga bolagsmän i förening.

Om stiftelsen är skyldig enligt bokföringslagen att upprätta årsredovisning, ska minst en revisor vara auktoriserad eller godkänd revisor (4 kap. 4 § första stycket SL). För vissa större stiftelser, utifrån antal anställda, nettoomsättning och balansomslutning, gäller dock som huvudregel krav på att minst en revisor ska vara

auktoriserad revisor eller godkänd revisor som avlagt revisors-examen (samma paragraf, andra–femte styckena).

### Ändring m.m. av föreskrifter i stiftelseförordnandet

I 6 kap. SL finns bestämmelser om under vilka förutsättningar ändringar får göras av föreskrifterna i ett stiftelseförordnande. Föreskrifter om bl.a. stiftelsens ändamål, huruvida dess förvaltning ska vara egen eller anknuten och av vem styrelseledamöter ska utses och entledigas får styrelsen eller förvaltaren inte ändra utan tillstånd av Kammarkollegiet (6 kap. 1 § första stycket SL). Detsamma gäller i fråga om att upphäva eller i ett särskilt fall åsidosätta sådana föreskrifter.

En förutsättning för ändring m.m. av föreskrifter är att de på grund av ändrade förhållanden inte längre kan följas eller har blivit uppenbart onyttiga eller uppenbart stridande mot stiftarens avsikter (samma paragraf, andra stycket). Vissa föreskrifter, bl.a. om förvaltningens form såsom egen eller anknuten och om av vem som utser och entledigar styrelseledamöter, får dessutom ändras m.m. om det finns särskilda skäl. Föreskrifter om stiftelsens ändamål får dock ändras m.m. endast om det finns synnerliga skäl. Vid ändring av föreskrifter om stiftelsens ändamål ska vad som kan antas ha varit stiftarens avsikt beaktas så långt möjligt (samma paragraf, tredje stycket).

En särskild bestämmelse om ändringar m.m. finns för stiftelser som har bildats av staten. För en sådan stiftelse får regeringen, utan Kammarkollegiets tillstånd och även utan styrelsens eller förvaltarens samtycke, ändra eller upphäva sådana föreskrifter i stiftelseförordnandet som annars skulle förutsätta Kammarkollegiets tillstånd, dock inte föreskrifter om stiftelsens ändamål (6 kap. 4 a § SL)

I fråga om ändring m.m. av andra föreskrifter än sådana för vilka tillstånd krävs av Kammarkollegiet, gäller i stället krav på tillstånd av tillsynsmyndigheten (6 kap. 3 § SL). Av 9 kap. 1 § och 4 a § stiftelseförordningen (1995:1280) följer att vissa länsstyrelser är tillsynsmyndigheter.

Tillstånd av myndighet krävs inte för styrelsens eller förvaltarens ändringar m.m. av föreskrifter om stiftaren uttryckligen har föreskrivit detta i stiftelseförordnandet (6 kap. 4 § SL). Ett

undantag från bestämmelsen gäller dock för ändringar m.m. av stiftelsens ändamål.

## Tillsyn

Enligt bestämmelserna i 9 kap. SL står stiftelser under tillsyn. Som angetts ovan är vissa länsstyrelser tillsynsmyndigheter. Tillsynsmyndigheternas uppgifter innefattar bl.a. att ingripa om det kan antas att en stiftelses förvaltning eller revisionen av stiftelsen inte utövas i enlighet med stiftelseförordnandet eller bestämmelserna i SL eller att en styrelseledamot eller förvaltaren annars missköter sitt uppdrag (9 kap. 3 § SL).

I viss utsträckning gäller undantag från bestämmelserna om tillsyn om det i stiftelseförordnandet för en stiftelse angetts att den ska vara undantagen från tillsyn (9 kap. 10 § SL). Ytterligare en förutsättning är att stiftelsen varken under innevarande eller de tre närmast föregående räkenskapsåren har utövat näringsverksamhet eller varit moderstiftelse.

Kammarkollegiet får besluta att en stiftelse i viss begränsad hänseende ska vara undantagen från tillsyn (9 kap. 10 a § SL). En förutsättning är att stiftelseförordnandet ger stöd för det och att det finns särskilda skäl.

### 9.2.5 Försäkringsföretag

#### En överblick

De svenska försäkringsföretagens verksamhet regleras sedan den 1 april 2011 i försäkringsrörelselagen (2010:2043), FRL. Tidigare fanns bestämmelser i försäkringsrörelselagen (1982:713) och lagen (1972:262) om understödsföreningar.

Liksom den äldre lagstiftningen innehåller FRL både näringsrättsliga regler och associationsrättsliga bestämmelser. Genom den nya lagen har dock associationsrätten för försäkringsföretag i högre grad anpassats till allmänna associationsrättsliga regelverk. En utgångspunkt har varit att särskilda regler ska förekomma endast om de motiveras av verksamhetens inriktning (försäkringsrörelse), skyddet för försäkringstagarna och andra ersättningsberättigade på grund av försäkringsavtal, företagsformens särart eller EU:s rättsregler (prop. 2009/10:246, Del 1, s. 221).

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 lagen (1987:667) om ekonomiska föreningar, FL. Bestämmelserna i FL är som huvudregel tillämpliga för *försäkringsföreningar*, men vissa särskilda föreskrifter finns i FRL.

Försäkringsrörelse enligt FRL får drivas endast efter tillstånd (2 kap. 1 § FRL). Som huvudregel prövas ansökningar av Finansinspektionen, men ärenden som är av principiell betydelse eller av särskild vikt prövas av regeringen (2 kap. 15 § FRL). Finansinspektionen eller i vissa fall regeringen kan besluta om undantag från bestämmelserna i FRL för enskilda försäkringsföretag (1 kap. 19–22 §§ FRL). Finansinspektionen har vidare tillsyn över försäkringsföretag (14 kap. 2 § FRL).

FRL gäller inte för försäkringsrörelse som drivs enligt andra författningar (1 kap. 1 § FRL). Detta inbegriper bl.a. försäkringsrörelse som utövas av statligt inrättade försäkringsanstalter, t.ex. Pensionsmyndigheten (prop. 2009/10:246, Del 1, s. 428).

I följande avsnitt behandlas regleringen för försäkringsföretagen, särskilt vad gäller intern organisation och styrningsmöjligheter.

### Särskilt om försäkringsaktiebolag

Ett försäkringsaktiebolag ägs av sina aktieägare. Bolaget kan drivas antingen som vinstutdelande bolag eller enligt ömsesidiga principer. Om försäkringsaktiebolaget drivs enligt ömsesidiga principer ska allt överskott i rörelsen tillfalla försäkringstagarna. Det innebär bl.a. att bolaget inte får dela ut vinst till aktieägarna.

Som utgångspunkt är den allmänna regleringen för aktiebolag, dvs. ABL, tillämplig också på försäkringsaktiebolag (11 kap. 1 § FRL). En viktig avvikelse från allmän aktiebolagsrätt är att aktier i ett försäkringsaktiebolag inte är helt fritt överlåtbara. Det krävs nämligen Finansinspektionens tillstånd för sådana större förvärv som skulle innebära att förvärvaren får ett s.k. kvalificerat innehav i

försäkringsaktiebolaget (15 kap. 1 § FRL). Även möjligheterna att låna upp medel är mer begränsade för ett försäkringsaktiebolag än för ett allmänt aktiebolag (4 kap. 5 § FRL). För försäkringsaktiebolagen gäller vidare särskilda bestämmelser om bl.a. minskning av aktiekapitalet, fusion och likvidation.

De mera betydande särregler som uppställts i FRL gäller livförsäkringsaktiebolagen. I ett sådant bolag får vinstutdelning ske bara om det följer av bolagsordningen (11 kap. 16 § FRL). Aktieägarna har därför endast begränsade ekonomiska rättigheter. Det finns också bestämmelser som syftar till att begränsa aktieägarnas inflytande i livförsäkringsaktiebolag. Bl.a. ska en majoritet av styrelseledamöterna i ett försäkringsaktiebolag som inte får dela ut vinst vara oberoende från aktieägarna (11 kap. 7 § FRL). Vidare får inte bolagsstämman fatta beslut som är ägnade att ge en otillbörlig fördel åt en aktieägare eller någon annan till nackdel för bl.a. försäkringstagarna (11 kap. 5 § FRL). Motsvarande gäller för styrelsens rättshandlingar och andra åtgärder (11 kap. 11 § första stycket FRL).

Försäkringstagarna i ett bolag som inte får dela ut vinst har endast ett begränsat inflytande över hur verksamheten drivs. Detta inflytande vilar på en bestämmelse i FRL om att minst en av styrelseledamöterna ska utses av försäkringstagarna eller av någon intressegrupp som har anknytning till dem (11 kap. 7 § andra stycket FRL).

### Särskilt om ömsesidiga försäkringsbolag

I ömsesidiga försäkringsbolag är försäkringstagarna både delägare och kunder. Ett sådant bolag ska följaktligen drivas helt i enlighet med försäkringstagarnas intressen. Grunden för den ömsesidiga företagsformen är ett gemensamt intresse av att verksamheten drivs på ett sätt som är fördelaktigt för dem som försäkringstagare. Att försäkringstagarna är delägare innebär att antalet delägare ökar när nya försäkringstagare tillkommer och minskar när försäkringar upphör. Genom bestämmelser i bolagsordningen kan i vissa fall även försäkrade bli delägare.

Utmärkande för ett ömsesidigt försäkringsbolag har tidigare varit att det drivs med delägarnas personliga ansvar som grund. Numera är dock utgångspunkten att delägarna inte är personligt ansvariga för bolagets förpliktelser (12 kap. 2 § första stycket

FRL). I skadeförsäkringsbolag kan dock andra delägare än konsumenter och dödsbon fortfarande göras ansvariga för försäkringsbolagets förbindelser om det framgår av bolagsordningen (12 kap. 2 § andra och tredje styckena FRL). Delägarnas personliga ansvar, i de fall det finns, motsvaras av en ”rätt att kräva” att bolaget uttaxerar för att täcka förluster. Det personliga ansvaret är subsidiärt och kan utkrävas endast om andra tillgångar inte räcker för att täcka förluster.

Ett ömsesidigt försäkringsbolag får inte bildas utan garantikapital, om det inte finns särskilda skäl (12 kap. 9 § FRL). Garantikapitalet fungerar som start- och rörelsekapital och ska betalas tillbaka när det inte längre behövs för att driva rörelsen och kapitalkraven inte hindrar det (12 kap. 10 § FRL). I övrigt bygger den ömsesidiga verksamheten på självfinansiering. Bolagets kapital byggs upp framför allt med inbetalade försäkringspremier och uppkomna överskott.

Stiftarna av ett ömsesidigt försäkringsbolag ska bestämma att ett visst antal försäkringar till minst ett visst sammanlagt belopp ska vara tecknade, innan bolaget får anses bildat (12 kap. 8 § FRL). På så sätt kan åstadkommas att ett tillräckligt stort antal försäkringstagare initialt kommer att finnas i bolaget.

Möjligheterna till ytterligare finansiering av verksamheten är begränsade. Visserligen kan garantikapitalet ökas under rörelsens gång, men även det kapitalet måste betalas tillbaka när det inte längre behövs. Annan upplåning får ske endast under samma förutsättningar som för försäkringsaktiebolag (4 kap. 5 § FRL).

Den ekonomiska nytta en delägare kan få av verksamheten kommer inte honom eller henne till del som vinstutdelning. I stället kan överskott som inte är nödvändigt att behålla för konsolidering delas ut till delägarna i form av återbäring eller sänkta premier. Även garantier, dvs. de personer som skjutit till garantikapital, kan få del av överskott, men i så fall ska det anges i bolagsordningen att vinst kan delas ut till dessa och i vilken ordning det ska ske (12 kap. 11 § första stycket 11 FRL).

Att försäkringstagarna också är delägare medför att de har möjlighet till inflytande över bolaget genom att de som ägare kan utöva rösträtt på stämman. I många fall kan dock denna delägarrätt utövas endast indirekt eftersom det är vanligt förekommande att rösträtten på bolagsstämman tillkommer representanter för delägarna, s.k. fullmäktige. Detta ska i så fall anges i bolagsordningen, liksom hur fullmäktige ska utses (12 kap. 11 § första stycket 8

FRL). Även garanter kan ha rösträtt enligt bestämmelser i bolagsordningen.

Som utgångspunkt är regleringen i lagen (1987:667) om ekonomiska föreningar, FL, tillämplig för stämman och styrelsen i ett ömsesidigt försäkringsbolag (12 kap. 24 och 32 §§ FRL). Det gäller dock vissa särbestämmelser.

Bolagsstämman utser i regel styrelsen men det kan finnas andra regler i bolagsordningen (jfr 6 kap. 1 § andra stycket FL). Stämman har inte fullt förfogande över vilka som ska utses till styrelseledamöter. Mer än hälften av ledamöterna ska vara personer som varken är anställda i bolaget eller anställda eller styrelseledamöter i företag som ingår i samma koncern som bolaget eller i en företagsgrupp av motsvarande slag (12 kap. 25 § andra stycket FRL).

### Särskilt om försäkringsföreningar

En försäkringsförening är en särskild form av förening som har till ändamål att främja medlemmarnas ekonomiska intressen genom att driva försäkringsrörelse. Medlemmarna deltar i försäkringsrörelsen genom att använda föreningens tjänster som försäkringstagare eller som försäkrade. Försäkringsföreningar delas in i antingen pensionskassor, sjukkassor, begravningskassor eller sjuk- och begravningskassor.

Den näringsrättsliga regleringen för försäkringsföreningar har i tidigare lagstiftning skiljt sig i stor omfattning från vad som gällt för försäkringsbolagen. En utgångspunkt för FRL har dock varit att anpassa regleringen till den som gäller för försäkringsbolagen. Som del i detta har bl.a. införts krav på att en försäkringsförening ska ha tillstånd att driva försäkringsrörelse (2 kap. 1 § FRL). Enligt den äldre lagen (1972:262) om understödsföreningar gällde i stället ett krav på registrering hos Finansinspektionen. Sådana föreningar som registrerats enligt den äldre lagen omfattas därför av en övergångsreglering (7 § lagen [2010:2044] om införande av försäkringsrörelselagen [2010:2043]). Före utgången av år 2014 måste dessa föreningar ansöka om tillstånd att driva försäkringsrörelse. I annat fall, eller om ansökningen avslås, ska föreningen träda i likvidation.

Som angetts ovan gäller bestämmelserna i FL för försäkringsföreningar om inte annat angetts i FRL (13 kap. 2 § första stycket FRL). Flera särregler finns, t.ex. gäller särskilda bestämmelser om föreningens ändamål (13 kap. 1 och 3 §§ FRL). En annan särregel

är att en försäkringsförening måste ha ett verksamhetskaptal för att få bildas (13 kap. 5 § FRL).

### Försäkringsföretagens organisation

Redan innan FRL:s ikraftträdande den 1 april 2011 fanns stora likheter mellan regelverket för försäkringsföretagens interna organisation och regleringen för aktiebolag respektive ekonomiska föreningar. Den anpassning som gjorts i FRL till den allmänna associationsrätten har ytterligare tydliggjort att försäkringsföretagen lyder under i huvudsak samma övergripande associationsrättsliga principer som aktiebolagen eller de ekonomiska föreningarna.

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.

#### *Bolagsstämman, föreningsstämman och fullmäktige*

Frånsett vissa särregler i FRL, är ABL:s bestämmelser om bolagsstämman tillämpliga på försäkringsaktiebolag (11 kap. 1 § första stycket FRL, jfr 11 kap. 4–6 §§ FRL). På likartat sätt är FL:s regler om föreningsstämman tillämpliga för bolagsstämman i ett ömsesidigt försäkringsbolag (12 kap. 32 § FRL, jfr 12 kap. 22–41 §§ FRL). Likaledes är FL:s bestämmelser om föreningsstämman och fullmäktige tillämpliga på försäkringsföreningar (13 kap. 2 § FRL, jfr 13 kap. 14–17 §§ FRL).

Uppgifterna för ett försäkringsföretags bolagsstämma eller föreningsstämma (fullmäktige) överensstämmer således väsentligen



med vad som gäller för stämman i ett aktiebolag respektive en ekonomisk förening. Det är stämman som t.ex. beslutar om ändring av bolagsordningen eller stadgarna. I just detta avseende tillkommer dock, i jämförelse med vad som gäller enligt ABL och FL, att ändringar av bolagsordningen eller stadgarna måste godkännas av Finansinspektionen innan de får registreras (2 kap. 9 § FRL). Prövningen tar sikte på att bolagsordningen eller stadgarna överensstämmer med FRL och andra författningar om sådana instrument samt i övrigt innehåller de särskilda bestämmelser som behövs med hänsyn till omfattningen och arten av företagets verksamhet.

I likhet med vad som gäller för aktiebolag och ekonomiska föreningar, kan stämman i ett försäkringsföretag inom vissa ramar utfärda föreskrifter till underordnade organ (se nedan).

#### *Styrelsen och den verkställande direktören*

Bestämmelserna om försäkringsföretagens ledning utgår från regleringen i ABL eller FL. För försäkringsaktiebolag gäller ABL:s bestämmelser om styrelsen, kompletterade med några regler i FRL om bl.a. styrelsens sammansättning (11 kap. 1 § första stycket och 7–8 §§ FRL). Styrelsen ska ha minst tre ledamöter. Om bolaget inte får dela ut vinst ska mer än hälften av ledamöterna vara personer som är oberoende genom att inte vara anställda i bl.a. bolaget eller i företag i samma koncern. I ett bolag som inte får dela ut vinst ska vidare minst en av styrelseledamöterna utses av försäkringstagarna eller av någon intressegrupp som har anknytning till dem. Krav på oberoende avseende bl.a. anställning uppställs även för sådana styrelseledamöter.

För ett försäkringsaktiebolag krävs att styrelsen utser en verkställande direktör (11 kap. 9 § FRL). I övrigt är ABL:s regler om den verkställande direktören huvudsakligen tillämpliga på försäkringsaktiebolag (11 kap. 1 § första stycket FRL).

För ömsesidiga försäkringsbolag är FL:s regler om företagets ledning tillämpliga (12 kap. 24 § FRL). Det gäller dock vissa särregler om bl.a. styrelsens sammansättning (12 kap. 25 § FRL). Oberoende av företagets storlek gäller vidare att styrelsen i ett ömsesidigt försäkringsbolag ska utse en verkställande direktör (12 kap. 27 § FRL).

En verkställande direktör ska också utses av styrelsen i en försäkringsförening (13 kap. 10 § FRL). I övrigt gäller i huvudsak FL:s bestämmelser om företagets ledning för försäkringsföreningar (13 kap. 2 § FRL).

#### *Revisorer och lekmannarevisorer*

För försäkringsaktiebolagen har inte uppställts några uttryckliga undantag från ABL:s regler om att små privata aktiebolag kan välja om de ska ha revisor eller inte (se avsnitt 9.1.2). Utformningen av de gränsvärden som begränsar denna valfrihet tillsammans med de krav som ställs i FRL på försäkringsföretag gör dock att det i praktiken är ABL:s huvudregel som gäller för försäkringsaktiebolagen. Dessa ska alltså ha minst en revisor (11 kap. 1 § första stycket FRL och prop. 2009/10:246, Del 1, s. 472). I jämförelse med regleringen i ABL innehåller FRL vissa skärpta kompetenskrav för en av revisorerna (11 kap. 12 § FRL).

ABL:s reglering om lekmannarevisorer är tillämplig på försäkringsaktiebolag (11 kap. 1 § första stycket FRL).

Bestämmelserna om revision och särskild granskning i 8 kap. FL är tillämpliga på ömsesidiga försäkringsbolag (12 kap. 42 § FRL), kompletterade med bestämmelser om bl.a. vissa kompetenskrav i FRL (12 kap. 43 § FRL). Lekmannarevisorer får utses även i ömsesidiga försäkringsbolag. Bestämmelserna härom överensstämmer till stora delar med vad som gäller enligt ABL (12 kap. 44–62 §§ FRL).

För försäkringsföreningar gäller FL:s regler om revisorer, kompletterade med bl.a. vissa kompetenskrav i FRL (13 kap. 2 § och 18 § FRL).

För alla slags försäkringsföretag gäller att Finansinspektionen får förordna en eller flera revisorer att delta i revisionen tillsammans med övriga revisorer (14 kap. 11 § FRL). En generellt tillämplig bestämmelse finns också om rapporteringsskyldighet för bl.a. revisorer. Om en revisor vid fullgörandet av sitt uppdrag får kännedom om vissa förhållanden, bl.a. sådana som kan utgöra en väsentlig överträdelse av de författningar som reglerar företagets verksamhet, ska revisorn genast rapportera detta till Finansinspektionen (14 kap. 12 § FRL).

## Styrning av försäkringsföretag

### *Anvisningar till styrelsen och den verkställande direktören*

På motsvarande sätt som för aktiebolag och ekonomiska föreningar gäller att bolags- eller föreningsorganen i ett försäkringsföretag har viss exklusiv kompetens. Det innebär bl.a. att t.ex. bolagsstämman i ett försäkringsaktiebolag inte kan ta över beslutanderätten i sådana frågor som enligt FRL ankommer på andra organ att besluta om. Ett exempel är att det endast är styrelsen som kan utse och avsätta den verkställande direktören.

På samma sätt som enligt den allmänna associationsrätten enligt ABL och FL gäller dock att bolagsstämman eller föreningsstämman (fullmäktige) i ett försäkringsföretag kan ge anvisningar till de underordnade organen.

För försäkringsaktiebolagen begränsas anvisningsrätten på samma sätt som för aktiebolag enligt ABL, nämligen enligt 8 kap. 41 § andra stycket ABL (jfr 11 kap. 1 § första stycket FRL). Enligt bestämmelsen får en ställföreträdare för bolaget inte följa en anvisning av bolagsstämman eller något annat bolagsorgan, om anvisningen inte gäller därför att den strider mot ABL, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen. Därtill gäller enligt FRL att en ställföreträdare för bolaget inte heller får följa en anvisning av bolagsstämman eller något annat bolagsorgan, om anvisningen inte gäller därför att den strider mot FRL (11 kap. 11 § andra stycket FRL). Motsvarande gäller för ömsesidiga försäkringsbolag och försäkringsföreningar (6 kap. 13 § andra stycket FL, jfr 12 kap. 3, 24 och 30 §§ samt 13 kap. 2 och 12 §§ FRL).

### *Anvisningar till revisorer och lekmannarevisorer*

Stämman i ett försäkringsföretag, liksom i ett aktiebolag enligt ABL eller en ekonomisk förening, kan besluta om anvisningar eller föreskrifter för revisorerna. Dessa är skyldiga att följa anvisningarna eller föreskrifterna om de inte strider mot lag, bolagsordningen eller stadgarna eller god revisionssed (9 kap. 4 § ABL, 8 kap. 10 § tredje stycket FL, jfr 11 kap. 1 § första stycket, 12 kap. 42 § och 13 kap. 2 § FRL).

För en revisor som har förordnats av Finansinspektionen ska inspektionen utfärda en instruktion. Revisorn är skyldig att följa

instruktionen oavsett stämmans anvisningar (14 kap. 11 § tredje stycket FRL).

Lekmannarevisorer i försäkringsaktiebolag och ömsesidiga försäkringsbolag är skyldiga att följa de anvisningar som meddelas av bolagsstämman, om de inte strider mot lag, bolagsordningen eller god sed (10 kap. 4 § ABL samt 11 kap. 1 § första stycket och 12 kap. 47 § FRL).

#### *Föreskrifter i bolagsordningen och stadgarna*

På samma sätt som för aktiebolag och ekonomiska föreningar kan styrning av ett försäkringsföretag ske genom bestämmelser i bolagsordningen eller stadgarna. Sådana regler kan t.ex. gälla att styrelsen inte får fatta beslut i vissa frågor utan stämmans godkännande. Begränsningar för vad som kan regleras gäller bl.a. utifrån att bolags- eller föreningsorganens ställning inte får rubbas (jfr avsnitt 9.1.3 och 9.2.1).

Bestämmelser om innehållet i ett försäkringsföretags bolagsordning eller stadgar finns i bl.a. 11 kap. 3 §, 12 kap. 11 § och 13 kap. 6 § FRL.

#### *Finansinspektionens roll*

Försäkringsföretagens verksamhet står under tillsyn av Finansinspektionen (14 kap. FRL). Vidare har inspektionen en roll i flera sådana frågor som i t.ex. aktiebolag enligt ABL normalt ankommer helt på bolagsorganen att besluta om. Ett viktigt exempel är att ändringar av bolagsordningen eller stadgarna i ett försäkringsföretag ska godkännas av Finansinspektionen (2 kap. 9 § FRL). Ett annat exempel är att Finansinspektionen får utse en eller flera revisorer (14 kap. 11 § FRL). Finansinspektionen har vidare bl.a. möjlighet att sammankalla försäkringsbolagets styrelse. Företrädare för inspektionen får då närvara vid sammanträdet med rätt att delta i överläggningarna (14 kap. 13 § FRL).

I övrigt kan Finansinspektionen bl.a. besluta om undantag för ett visst försäkringsföretag från vad som annars gäller enligt FRL (1 kap. 19–22 §§ FRL).

## 9.3 Statliga företag i privaträttslig form

### 9.3.1 Särskilda bestämmelser

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.). Möjligheten avser bl.a. aktiebolag där staten har ett bestämmande inflytande över verksamheten såsom ägare eller genom tillskott av statliga anslagsmedel eller genom avtal eller på något annat sätt. 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, bl.a. sådana som bildats av eller tillsammans med staten (4 kap. 15 § femte stycket stiftelselagen [1994:1220]).

I kommunallagen (1991:900), KL, finns vissa särskilda bestämmelser om kommunala företag (se avsnitt 9.4). Motsvarande regelverk saknas för statliga företag. Associationsrättsligt finns emellertid inget hinder för att staten, t.ex. som ägare i ett aktiebolag, vidtar åtgärder som motsvarar vad som åligger fullmäktige i kommuner och landsting enligt 3 kap. 17–18 §§ KL. Det är alltså möjligt att t.ex. skapa skyldighet för ett statligt ägt aktiebolag att inhämta ställningstagande från staten, t.ex. genom viss myndighet, innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell eller av större vikt fattas.

### 9.3.2 Utövande av statens ägarroll

Som beskrivits i avsnitt 6.1 gäller som huvudregel 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 inte (jfr prop. 1973:90, s. 346). Exempelvis har universitet och högskolor ansvar för att utse styrelser och att representera staten på bolagsstämman i vissa holdingbolag (prop. 2008/09:50, s. 125, se även avsnitt 10.2).

Vissa begränsningar i regeringens dispositionsrätt följer av vad riksdagen bestämt. 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 [2011:203], se avsnitt 6.1). Det förekommer också att riksdagen tar ställning till andra frågor om statliga företag, exempelvis har uppdraget för Vattenfall AB nyligen varit föremål för beslut av riksdagen (prop. 2009/10:179, bet. 2009/10:NU23, rskr. 2009/10:325).

### 9.3.3 Statens styrning

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

I statens ägarpolicy redogör regeringen för sin syn på principfrågor kring förvaltningen av statligt ägda aktiebolag, bl.a. vad gäller synen på bolagsstämman och styrelsen. Regeringen har därtill antagit riktlinjer för de statligt ägda företagen, dels för extern rapportering, dels för anställningsvillkor för ledande befattningshavare. Gällande ägarpolicy och riktlinjer återfinns i regeringens skrivelse 2009/10:140, *2010 års redogörelse för företag med statligt ägande*, s. 13 ff.

I statens ägarpolicy anges bl.a. att Svensk kod för bolagsstyrning (Koden) ska tillämpas i statligt majoritetsägda bolag. I övriga bolag verkar staten i dialog med övriga delägare för att Koden ska tillämpas. Vissa avvikelser från Koden framgår av ägarpolicyen.

Koden är ett regelverk som förvaltas av Kollegiet för svensk bolagsstyrning. Den innehåller regler för bolagsstyrning avsedda att bl.a. utgöra ett komplement till lagstiftning och andra regler. Koden ska bl.a. skapa goda förutsättningar för utövandet av en aktiv och ansvarstagande ägarroll samt en tydlig och väl avvägd roll- och ansvarsfördelning mellan ägare, styrelse och ledning.

Koden bygger på principen ”följ eller förklara”. Normen är alltså inte tvingande utan kan frångås på enskilda punkter förutsatt att bolaget för varje avvikelse redovisar hur man gjort i stället och motiverar varför avvikelse gjorts. Ursprungligen utarbetades Koden av den s.k. Kodgruppen, en gemensam arbetsgrupp för den statliga Förtroendekommissionen och ett antal organisationer i det privata näringslivet (SOU 2004:46 och SOU 2004:130). Den nu gällande Koden trädde i kraft den 1 februari 2010 och gäller för alla svenska bolag, vars aktier är upptagna till handel på en svensk reglerad marknad.

## 9.4 Kommunala företag i privaträttslig form

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), 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. Insynsbestämmelserna och deras tillämpning behandlas i avsnitt kapitel 26 och 27.

Bestämmelserna om de kommunala företagen i KL ger uttryck för ett kommunalt koncerntänkande där kommunens och landstingets överordnade roll i förhållande till de kommunala företagen markerats (prop. 1990/91:117, s. 123 och prop. 1998/99:66, s. 73 f.).

Specialregler för kommunala företag som bedriver viss verksamhet finns i bl.a. 7 kap. ellagen (1997:857) samt lagen (2010:879) om allmännyttiga kommunala bostadsföretag. Den senare lagen trädde i kraft den 1 januari 2011 och ersatte då lagen (2002:102) om allmännyttiga bostadsföretag. Vissa specialregler för kommunala företag beskrivs i avsnitt 23.2.

I följande avsnitt behandlas de särskilda reglerna i KL. Med *kommuner och landsting* avses i det följande även *kommunalförbund*, om annat inte anges (jfr 3 kap. 21 § KL).

#### 9.4.1 Förutsättningar för verksamhet i kommunala 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 (bl.a. bet. 1990/91:KU38, s. 43 f.). Detta följer av kommunallagens grundläggande bestämmelser men också av att det som överlämnas ska vara en kommunal angelägenhet. Om inte kommunen eller landstinget för egen del får bedriva den aktuella verksamheten, får inte heller ett kommunalt företag göra detta. De kommunalrättsliga principerna i förhållande till kommunala företag behandlas närmare i kapitel 23–25.

I 3 kap. 16 § KL tas upp ytterligare en förutsättning för överlämnande, nämligen att det i specialreglering inte föreskrivits någon särskild ordning för den aktuella angelägenheten, t.ex. att verksamheten ska drivas i kommunens egen regi. Särskilda regler finns i bl.a. socialtjänstlagen (2001:453) och hälso- och sjukvårdslagen (1982:763).

Bestämmelsen 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. Sådant lagstöd finns i bl.a. lagen (1987:24) om kommunal parkeringsövervakning och lagen (1993:802) om entreprenadförhållanden inom skolan.

#### 9.4.2 Fullmäktige ska säkerställa det kommunala inflytandet

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. 17–18 §§



KL att fullmäktige säkerställer inflytande i och kontroll över det särskilda rättssubjektet.

### Obligatoriska krav i vissa fall

Om en kommunal angelägenhet överlämnats till ett aktiebolag som kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier i gäller vissa obligatoriska krav på kommunala åtgärder. I dessa *helägda 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.

Kraven på åtgärder av fullmäktige gäller under hela den tid en kommunal angelägenhet handhas av ett helägt aktiebolag (prop. 1998/99:66, s. 92). Uppräkningen av obligatoriska åtgärder i 3 kap. 17 § KL utesluter vidare inte att det kan finnas behov av att ytterligare åtgärder vidtas, beroende på förhållandena i det enskilda fallet (prop. 1990/91:117, s. 54).

Motsvarande krav enligt 3 kap. 17 § KL i fråga om helägda aktiebolag gäller om en ensam kommun eller ett ensamt landsting bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet.

### *Det kommunala ändamålet*

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 kommunallagen, exempelvis likställighetsprincipen, ska gälla för bolagets verksamhet (samma prop., s. 162). I förarbetena har vidare angetts att kravet på precisering är särskilt starkt om verksamheten ligger nära gränsområdena för vad som ligger inom den kommunala kompetensen (samma prop., s. 162).

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 (se avsnitt 23.3.2). Om den i bolagsordningen angivna verksamheten inte begränsats till vad som typiskt sett kan godtas som kommunal verksamhet, kommer fullmäktiges beslut att upphävas om det överklagas (Bohlin, *Kommunalrättens grunder*, 5 uppl., 2007, s. 65, se även avsnitt 24.1.2).

Ett exempel på att föreskrift i bolagsordningen kan krävas gäller den kommunalrättsliga huvudregeln om förbud mot att driva näringsverksamhet med det huvudsakliga syftet att ge vinst (2 kap. 7 § KL). Om detta förbud ska upprätthållas och verksamheten i ett aktiebolag alltså helt eller delvis ska drivas i annat syfte än att ge vinst till aktieägarna, krävs enligt 3 kap. 3 § ABL att detta anges i bolagsordningen. Bolaget anses i annat fall ha rent vinstsyfte (Stattin, *Kommunal aktiebolagsrätt*, 2 uppl., 2007, s. 26, Sveriges Kommuner och Landsting, *Kommunallagen – Kommentarer och praxis*, 4 uppl., 2006, s. 162, jfr prop. 1990/91:117, s. 162).

Ett annat exempel gäller den kommunalrättsliga självkostnadsprincipen (huvudregel enligt 8 kap. 3 c § KL). Om kommunen eller landstinget utför en uppgift genom egna företag behöver tillämpningen av denna princip i det enskilda fallet regleras i avtal, bolagsordningar eller andra liknande rättsliga dokument (prop. 1993/94:188, s. 82, jfr NJA 2008 s. 120). Utan sådan reglering gäller inte självkostnadsprincipen för kommunala företag.

### *Styrelseledamöter*

För att fullmäktige ska kunna utse styrelseledamöter med bolagsrättslig verkan måste en föreskrift om att ledamöterna ska utses av fullmäktige tas in i bolagsordningen (prop. 1990/91:117, s. 162). Utan en sådan föreskrift gäller huvudregeln om att bolagsstämman utser styrelsen (8 kap. 8 § ABL).

Vid fullmäktiges val av styrelseledamöter är KL:s bestämmelser om proportionella val tillämpliga (5 kap. 46 § KL). Detta innebär att inställningen hos en minoritet i fullmäktige kan ha betydelse för valet av styrelseledamöter (Meyer, *Att hantera kommunala bolag – ägarroll & styrelsefunktion*, 1999, s. 22).

Valet av styrelseledamöter får förrättas utan föregående beredning (5 kap. 29 § KL). Ett ärende om entledigande av en styrelseledamot måste däremot beredas (5 kap. 26 § KL, Sveriges Kommuner och Landsting, *Kommunallagen – Kommentarer och praxis*, 4 uppl., 2006, s. 163 f.).

De förtroendevalda i en kommun eller ett landsting, bl.a. ledamöter och ersättare i fullmäktige och nämnder, ska vara folkbokförda i kommunen respektive landstinget (4 kap. 2–3 och 5 §§ KL). Något sådant krav gäller inte för styrelseledamöter i ett kommunalt aktiebolag (Sveriges Kommuner och Landsting, samma arbete, s. 163).

I lagen (1987:1245) om styrelserepresentation för de privatanställda finns en möjlighet till undantag från sådan styrelserepresentation om det annars skulle uppkomma väsentlig olägenhet för ett företag på grund av att styrelsens sammansättning beror på politiska styrkeförhållanden (se avsnitt 9.1.2). Med dispensmöjligheten som grund har på det kommunala området utvecklats en praxis som innebär att arbetstagarrepresentanter avtalsvis tillåts närvara vid styrelsesammanträden, med rätt att framställa yrkanden och att delta i överläggningar men inte i beslut (Meyer, samma arbete, s. 76 f., Svenska kommunförbundet, *Styrelseboken – en vägledning för ledamöter i kommunala bolagsstyrelser*, 2001, s. 23 och Sveriges Kommuner och Landsting, samma arbete, s. 164).

#### *Beslut av principiell eller annars av större vikt*

I KL angavs ursprungligen ett krav på att fullmäktige, i fråga om de helägda bolagen, skulle se till att fullmäktige fick *yttra sig* innan sådana beslut som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas. I förarbetena (prop. 1990/91:17, s. 54) motiverades kravet bl.a. med att de uppgifter som en kommun eller ett landsting tilldelar ett privaträttsligt organ inte får stå i konflikt med principen om att fullmäktige måste ta ställning i ärenden som är av principiell beskaffenhet för kommunen eller landstinget. Vidare anfördes att det var fullt tillräckligt att fullmäktige yttrar sig innan beslut fattas och att det inte behöver ställas upp ett krav på att fullmäktige ska godkänna besluten. Bedömningen gjordes att det saknas anledning att tro att kommunala företag skulle gå emot fullmäktiges uppfattning i en för företaget grundläggande fråga. Det anfördes också att en lagregel med ett krav på att fullmäktige ska godkänna beslut skulle kunna leda till problem i förhållande till de regler som gäller på associationsrättens område.

Den 1 juli 2002 ändrades kravet till den nuvarande utformningen, dvs. att fullmäktige ska se till att få *ta ställning* till beslut av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt. I propositionen

*Demokrati för det nya seklet* (prop. 2001/02:80) som låg till grund för ändringen anfördes bl.a. att det måste finnas en garanti för att fullmäktige har det avgörande inflytandet över frågor som är av stor vikt för kommunen eller landstinget (s. 75). Vidare angavs att det i detta avseende inte ska spela någon avgörande roll om kommunen eller landstinget väljer att bedriva verksamhet i förvaltningsform eller i bolagsform.

Propositionen föregicks av Kommundemokratikommitténs huvudbetänkande *Att vara med på riktigt – demokratiutveckling i kommuner och landsting* (SOU 2001:48). Kommittén hade föreslagit att fullmäktiges godkännande skulle krävas vad gäller beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt. Vidare hade kommittén föreslagit att en rättshandling som grundades på ett sådant beslut skulle bli ogiltig om fullmäktige inte godkänt det inom tre månader från det att beslutet underställts fullmäktige. I betänkandet anfördes att tio års tillämpning av bestämmelserna visade främst två saker (s. 387). För det första att det knappast förekommer att kommunala bolag går emot fullmäktiges uppfattning i viktiga frågor. För det andra att flera kommuner gått längre än vad kommunallagen kräver och i bolagsordningarna skrivit in att fullmäktige ska godkänna vissa beslut. Det fanns enligt kommittén inga belägg för att detta kommit i konflikt med associationsrättsliga bestämmelser.

I propositionen konstaterades dock att det finns en risk för att ett lagstadgat krav på fullmäktiges godkännande skulle komma i konflikt med grundläggande associationsrättsliga bestämmelser om bolagsstyrelsens och styrelseledamöternas ansvar (s. 75, jfr Stattin, *Bolagsordning i kommun- och landstingsägda bolag*, FT 2010, s. 319 f.). En så långtgående lösning som kommittén föreslagit valdes därför inte. I propositionen gjordes vidare bedömningen att det var tillräckligt att fullmäktige fick en skyldighet att se till att få ta ställning till aktuella beslut.

Avsikten med den nya lydelsen angavs vara att fästa kommunens eller landstingets uppmärksamhet på att ett yttrande från fullmäktige måste vara grundat på tillräckligt noggranna överväganden rörande de faktiska förhållandena i det enskilda fallet (samma prop., s. 76). Någon rättslig bundenhet för bolagsorganen att följa fullmäktiges ställningstagande skapades däremot inte genom ändringen av bestämmelsen i 3 kap. 17 § KL. I propositionen anfördes emellertid att även om ställningstagandet inte blir bindande för bolagsstyrelsen, är det inte särskilt sannolikt att denna skulle gå

emot fullmäktiges uppfattning i en principiellt viktig fråga (samma prop., s. 76). Vidare underströks att om bolagsstyrelsen skulle fatta ett beslut som strider mot fullmäktiges ställningstagande kan den rättsliga påföljden bli att fullmäktige låter entlediga styrelsen. Dock konstaterades att det beslut som bolaget har fattat ligger fast även om styrelsen entledigas.

De frågor som avses med kravet på fullmäktiges ställningstagande kan t.ex. gälla ändringar av bolagsordningen, ändringar av aktiekapitalet, fusion av företag, förvärv eller bildande av dotterföretag samt förvärv av aktierna eller del av aktierna i annat företag (prop. 1990/91:117, s. 162 och prop. 2001/02:80, s. 137, jfr Stattin, ovannämnda arbete, s. 317 ff.). Även förvärv och försäljning av fastighet över en viss beloppsgräns samt införande och ändring av avgiftstaxor bör normalt kräva fullmäktiges ställningstagande. Om det i något fall skulle råda osäkerhet om en fråga är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt är det naturligt att frågan förs upp till fullmäktige för ställningstagande. Frågor som rör den löpande driften omfattas inte av regleringen.

Det står fullmäktige fritt att välja lämplig metod för att tillförsäkra sig rätten att uttala sig i frågan innan bolaget fattar sitt beslut (prop. 2001/02:80, s. 137). Ett sätt kan vara att föra in bestämmelser om detta i bolagsordningen, ett annat att träffa avtal med bolaget.

Fullmäktiges ställningstagande till ett beslut i ett aktiebolag kan överklagas i enlighet med bestämmelserna om laglighetsprövning i 10 kap. KL.

### *Lekmannarevisor*

I ett helägt aktiebolag ska fullmäktige enligt 3 kap. 17 § KL utse minst en lekmannarevisor (jfr avsnitt 9.1.2). På motsvarande sätt som i fråga om styrelseledamöter krävs att bolagsordningen innehåller bestämmelser om att lekmannarevisor ska utses av fullmäktige (se Stattin, *Kommunal aktiebolagsrätt*, 2 uppl., 2007, s. 26, jfr dock prop. 1997/98:99, s. 299 f.). Vid val av lekmannarevisorer är KL:s bestämmelser om proportionella val tillämpliga (5 kap. 46 §).

Till lekmannarevisor ska enligt 3 kap. 17 § utses någon av de revisorer som valts för granskning av styrelsens och övriga nämnders verksamhet. Detta innebär att det ska finnas ett person-

samband mellan de förtroendevalda revisorerna i kommunen eller landstinget och lekmannarevisorerna i de kommunala företagen. Syftet med personsambandet är att främja ett samordnat revisionsarbete och en god överblick av den totala verksamheten i kommuner och landsting (prop. 1998/99:66, s. 75 f., jfr avsnitt 9.4.4).

Lekmannarevisorer som utsetts i kommunala företag enligt 3 kap. 17 eller 18 § KL har rätt att anlita sakkunnigt biträde (prop. 2005/06:55, s. 58). Enligt 9 kap. 8 § andra stycket KL ska lekmannarevisorer i sin granskning biträdas av sakkunniga som de själva väljer och anlitar i den omfattning som behövs för att fullgöra uppdraget enligt god sed vid detta slag av granskning. De sakkunniga ska ha den insikt och erfarenhet av kommunal verksamhet som krävs för att kunna fullgöra uppdraget.

### Krav i samarbetsituationer

De krav som ställs på fullmäktige när en kommun eller ett landsting innehar ett helägt aktiebolag enligt 3 kap. 17 § KL syftar till att säkerställa bl.a. det kommunala inflytandet. Ett intresse av kommunal styrning och kontroll finns även när en kommun eller ett landsting samarbetar med någon annan i ett särskilt rättssubjekt, t.ex. i ett gemensamt aktiebolag. Med hänsyn till samarbetsituationen har emellertid i förarbetena till KL gjorts bedömningen att det inte är möjligt att ställa samma krav i dessa fall (prop. 1990/91:117, s. 55, jfr bet. 1990/91:KU38, s. 45 f.).

Något absolut krav på att vissa åtgärder ska vidtas gäller alltså inte när vården av en kommunal angelägenhet lämnas över till ett bolag eller en förening där kommunen eller landstinget bestämmer tillsammans med någon annan. I stället anges i 3 kap. 18 § KL att fullmäktige i dessa situationer 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. Detsamma gäller om kommunen eller landstinget tillsammans med någon annan bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet.

En avgörande faktor för fullmäktiges ansvar är graden av inflytande i det privaträttsliga organet (prop. 1990/91:117, s. 55). Vilka åtgärder som ska vidtas beror ytterst på en samlad bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet (samma prop., s. 163).

Bestämmelsen i 3 kap. 18 § KL omfattar de fall när en kommun eller ett landsting samverkar med en annan kommunal enhet, staten eller en enskild genom ett privaträttsligt organ. I interkommunala företag, dvs. när kommuner och landsting samarbetar enbart med varandra, gäller bestämmelsen dessutom i alla deltagande kommuner och landsting. I förarbetena anges att man vid sådant samarbete måste utgå från att kommunerna eller landstingen blir ense om villkoren för samarbetet (samma prop., s. 163). Vidare anges i förarbetena bl.a. att huvudregeln i fråga om kraven på kontroll och insyn i sådana privaträttsliga organ där kommuner och landsting samarbetar enbart med varandra bör vara att kraven ställs lika högt som när en kommun eller ett landsting är ensambestämmande (bet. 1990/91:KU38).

I bl.a. interkommunala aktiebolag med många delägare kan en modell för utseende av styrelseledamöter vara en roterande representation (Sveriges Kommuner och Landsting, *Kommunala samverkansformer*, 2 uppl., 2009, s. 42). I sådana företag kan det vidare vara praktiskt nödvändigt att lekmannearevisorer inte utses av samtliga delägare (samma arbete, s. 42). Ju fler delägare ett interkommunalt bolag har, desto svårare kan det också av praktiska skäl vara om varje fullmäktige ska ta ställning till sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt (samma arbete, s. 42). Beslutsgången i bolaget kan bli långdragen om ett stort antal fullmäktige ska ta ställning till ett beslut. Vidare kan, om än fullmäktiges ställningstaganden inte är bindande för bolaget, ett särskilt problem vara att de olika fullmäktige inte har samma uppfattning.

### **Kommunala företag kan väcka ärenden i fullmäktige**

För att kommunala företag ska kunna inhämta sådana ställningstaganden från fullmäktige som avses i 3 kap. 17–18 §§ KL finns en kompletterande regel som möjliggör för företagen att väcka ärenden hos fullmäktige (5 kap. 23 § KL). Denna initiativrätt gäller om fullmäktige har beslutat det för särskilda fall. Därigenom är det möjligt att begränsa arten av de ärenden som får väckas till sådana som kräver ställningstagande (prop. 1990/91:117, s. 182).

### 9.4.3 Uppsiktsplikt för kommun- och landstingsstyrelser

Styrelsen i en kommun eller ett landsting är enligt 6 kap. 1 § andra stycket KL skyldig att ha uppsikt över såväl övriga nämnders verksamhet som kommunal verksamhet som bedrivs i sådana företag som avses i 3 kap. 17 och 18 §§ (se avsnitt 7.2.2).

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 genom exempelvis direktiv från bolagsstämman (Sveriges Kommuner och Landsting, *Kommunallagen – Kommentarer och praxis*, 4 uppl., 2006, s. 281 och Meyer, *Att hantera kommunala bolag – ägarroll & styrelsefunktion*, 1999, s. 25). Det är en uppgift för fullmäktige att se till att det vidtas åtgärder så att styrelsen kommer att få de upplysningar av de kommunala företagen som styrelsen behöver för att kunna fullgöra sina uppgifter (prop. 1990/91:117, s. 91).

Tillsynen kan exempelvis bestå i krav på kontinuerliga ekonomiska rapporter, riskbedömningar av borgensåtaganden eller stickprovvisa granskningar (Sveriges Kommuner och Landsting, samma arbete, s. 282). En utgångspunkt kan vara att ha samma informationsplikt för företagen som för nämnderna (Meyer, samma arbete, s. 25).

I förarbetena (prop. 1990/91:117, s. 195) till kommunallagen anfördes att styrelsens övergripande uppsiktsskyldighet över kommunala företag inte hindrar att en annan nämnd kan ha den mer direkta uppsikten över ett kommunalt företag inom sitt verksamhetsområde, t.ex. en teknisk nämnd över ett företag som sköter eldistributionen. Senare har även införts en uttrycklig bestämmelse om att nämnderna, inom respektive verksamhetsområde, har ansvar för sådan kommunal verksamhet som lämnats över till annan, t.ex. ett kommunalt företag (6 kap. 7 § tredje stycket KL, se prop. 1993/94:188, s. 39 ff.). Med ansvar avses inte ansvaret för den dagliga verksamheten utan det övergripande politiska ansvaret (samma prop., s. 41).



#### 9.4.4 Den kommunala revisionen omfattar kommunala företag

Kommuner och landsting har ett ansvar för all kommunal verksamhet oavsett om den bedrivs i företagsform eller i förvaltningsform. Det ligger därför i kommunernas och landstingens intresse att kunna kontrollera och utvärdera verksamheten oavsett driftform (prop. 1998/99:66, s. 74). Med denna utgångspunkt har skapats en reglering i syfte att samordna den kommunala revisionen och revisionen av kommunala företag.

Revisorerna i en kommun eller ett landsting ska granska all verksamhet som bedrivs inom nämndernas områden men 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. Som beskrivits ovan finns ett personsamband mellan de kommunala revisorerna och lekmannarevisorerna i kommunala företag.

Kommun- och landstingsrevisorer ska årligen lämna en revisionsberättelse till fullmäktige. Till denna ska fogas bl.a. revisionsberättelser för kommunala företag och granskningsrapporter från lekmannarevisorer i sådana företag (9 kap. 16 §). Vidare innehåller 8 kap. lagen (1997:614) om kommunal redovisning bestämmelser om att upplysningar ska lämnas i en s.k. sammanställd redovisning om sådan kommunal verksamhet som bedrivs genom andra juridiska personer i vilka kommuner eller landsting har ett betydande inflytande.

#### 9.4.5 Principer för styrning av kommun- och landstingsägda bolag

Sveriges Kommuner och Landsting har i publikationen *Principer för styrning av kommun- och landstingsägda bolag*, 2006, behandlat frågor om ägarstyrning av kommunala aktiebolag. I publikationen anges vissa principer för styrning, avsedda att utgöra ett stöd för kommuners och landstings arbete med bolagsstyrning. Principerna bygger i viss utsträckning på Svensk kod för bolagsstyrning (se avsnitt 9.3.3).

I publikationen anges bl.a. följande (s. 5 f.). När kommunen eller landstinget väljer att ha verksamhet i aktiebolag är det viktigt att kommunen eller landstinget är en aktiv ägare. Att vara aktiv

ägare innebär bl.a. att löpande utvärdera verksamheten och verksamhetsformen, bolagets strategier och mål, hur dessa passar i kommunens eller landstingets övriga verksamhet samt hur bolagsverksamheten sköts av bolagsstyrelse och företagsledning.

När kommunen eller landstinget bedriver verksamhet i aktiebolagsform måste fullmäktige enligt 3 kap. 17 § KL ”fastställa det kommunala ändamålet” med bolagets verksamhet. Det viktigaste styrinstrumentet för kommun- och landstingsägda bolag är därför bolagsordningen där det kommunala ändamålet med verksamheten återfinns. Bolagsordningens regler om syfte och verksamhetsföremål ger sällan uttömmande svar när det gäller att avgöra hur ändamålet ska förverkligas i bolagets verksamhet. Kommunen eller landstinget bör i ägardirektiv utveckla hur ändamålet med verksamheten ska uppnås. Sådana ägardirektiv kan omfatta både verksamhetsmål och ekonomiska mål.

Den formella styrningen i bolagsordning och ägardirektiv är inte tillräcklig för ett aktivt ägarskap. Det krävs också informell styrning i form av samråd och dialog mellan kommunen eller landstinget och bolagen. Dialog mellan ägare och bolag bör ske återkommande. Genom dialog kan ägarens förväntningar på bolaget tydliggöras och ägarens uppfattning om innebörden i bestämmelserna i bolagsordning och ägardirektiv utvecklas.

I dialogen mellan kommunen eller landstinget och bolagen bör bl.a. frågor om bolagets förhållande till kommunkoncernen i övrigt, förväntningar på verksamhet och resultat och strategiska frågor som berör ägaren och bolaget behandlas. Ägaren och bolaget bör i synnerhet samråda för att identifiera frågor som kan vara av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt på lång och kort sikt.

Sveriges Kommuner och Landsting har behandlat frågor om ägarstyrning av kommunala aktiebolag även i andra publikationer, t.ex. *Att äga tillsammans*, 2008. I denna publikation behandlas olika vägar att utveckla styrningen av delägda bolag, främst genom någon form av ägarsamråd. Bl.a. anges att samverkansavtal, som även kan benämnas aktieägaravtal eller konsortialavtal, är ett nödvändigt instrument vid deläggande av bolag. Det konstateras också att det kan behövas någon form av ägarsamråd. Den form för detta som visat sig fungera bäst anges vara när samråd sker mera formellt i ett s.k. ägarsamrådsorgan. I publikationen anges vidare bl.a. att fullmäktige eller det organ som har ägarrollen bör utse vilka som ska sitta i samrådsorganet och hur de ska agera samt att dessa personer med fördel även bör utses som ombud på bolagsstämman.

## 10 Statens företag

Det finns knappt 400 aktiva företag som har staten som huvudägare genom en statlig myndighet eller som ingår i en koncern vars aktier huvudsakligen ägs av staten.<sup>1</sup> Dessa företag kan i stora drag delas in i tre grupper. Den första utgörs av ett femtiotal företag och företagskoncerner vars moderbolag förvaltas av regeringen genom myndigheten Regeringskansliet och som till omsättning är den i särklass största av dessa grupper. I de koncerner där moderbolaget förvaltas av Regeringskansliet finns drygt 200 dotterbolag (utöver moderbolagen). Den andra gruppen företag utgörs av dem som förvaltas av universitet och högskolor och är cirka 100 till antalet. Den tredje gruppen utgörs av ett fåtal företag som förvaltas av staten genom andra myndigheter.

### 10.1 Företag under Regeringskansliets förvaltning

#### 10.1.1 Översikt

Under regeringens förvaltning finns ett femtiotal bolag och koncerner som förvaltas av Regeringskansliet. Av dessa är ett fyrtiotal helägda och tre är börsnoterade. Drygt hälften av företagen arbetar under marknadsmässiga villkor medan övriga är företag med delvis särskilda samhällsintressen.<sup>2</sup> Det övergripande målet för regeringen är att företagen ska skapa värde och i förekommande fall se till att de uttryckta samhällsintressena infrias. Företagen finns inom ett antal olika verksamhetsområden och det uppskattade sammanlagda värdet av de förvaltade statligt ägda företagen uppgick i slutet av 2009 till cirka 350 miljarder kronor (exklusive de börsnoterade bolagen).

---

<sup>1</sup> De tre företag (SAS, Telia, Nordea) som är börsnoterade och där staten är minoritetsägare är t.ex. ej inkluderade.

<sup>2</sup> Källa: Verksamhetsberättelse för företag med statligt ägande 2008 och 2009.

Företagen kan, som nämnts, delas in i två grupper. Den första gruppen avser företag som verkar under *marknadsmässiga villkor*. De verkar på marknader som är helt kommersiella och därmed präglas av fritt tillträde och konkurrens. Ägaren, dvs. staten, ställer marknadsmässiga resultatkrav som baseras på en värdering av företagen. För de flesta bolagen har ägaren särskilt uttrycka avkastningsmål.

Den andra gruppen är företag med delvis *särskilda samhällsintressen*. De verkar på marknader med särskilda förbehåll, varav vissa delvis eller helt saknar konkurrens, medan andra är fullt konkurrensutsatta. För dessa företag sätts särskilda mål, där kraven på avkastning i vissa fall avviker från vad som är normalt i konkurrensutsatta verksamheter.<sup>3</sup> Utvärderingen och uppföljningen baseras bl.a. på samhällspolitiska eller sektorspolitiska mål och krav. Graden av samhällsintresse och ägarens styrning skiljer sig mycket åt i denna grupp.

Nedan redovisas de aktiebolag som förvaltas av Regeringskansliet utifrån denna uppdelning. Företag med delvis privat ägande redovisas för sig. Bolag där staten har en ägarandel under 20 procent redovisas inte och inte heller företag som har sin huvudsakliga verksamhet utanför Sverige eller vars verksamhet är vilande.

Inledningsvis redovisas de bolag som arbetar under marknadsmässiga former och är helägda av staten (år 2009). Dessa har, tillsammans med dotterbolag, en samlad omsättning om ca 305 miljarder kronor. Nästan alla av dessa bolag har också dotterbolag, vilka till antalet är cirka 170, med mycket varierande storlek och intensitet på verksamheten. Ett mindre antal av dotterbolagen har även andra ägare än företaget i den egna koncernen, vilka kan vara offentliga eller privata. Gruppen domineras av Vattenfall AB och LKAB.

---

<sup>3</sup> Verksamhetsberättelse för företag med statligt ägande 2008, s. 41.

**Tabell 10.1 Statligt helägda företag som verkar under marknadsmässiga villkor<sup>4</sup>**

	Omsättning, miljoner kr, år 2009	Dotterbolag, antal
<b>Fastigheter</b>		
Akademiska Hus AB	4 927	9
Specialfastigheter Sverige AB	1 342	6
Vasallen AB	217	36
Jernhusen AB	868	15
<b>Transporter</b>		
Green Cargo AB	5 889	6
SJ AB	8 741	8
Swedavia AB	(nytt)	
<b>Gruvning, skogsbruk, energi</b>		
LKAB	11 558	11
Sveaskog AB	6 034	13
Vattenfall AB	205 407	46
<b>Bygg- och konsultverksamhet inom transport och infrastruktur</b>		
Svevia AB	7 941	-
Infranord AB	(nytt)	-
Vectura Consulting AB	1 083	-
<b>Verksamhet inom juridik, ekonomi, vetenskap och teknik</b>		
Lernia AB	1 591	6
Arbetslivsresurs AR AB	246	-
Swedesurvey AB	54	
Teracom AB	3 402	2
Svenska rymdaktiebolaget	994	3
Sveriges Bostadsfinansieringsaktiebolag, SBAB	1 519	2
ESS AB		
Fouriertransform AB	21	
<b>Handel</b>		
Apoteket AB	43 073	3

<sup>4</sup> Källa till tabeller i detta avsnitt är Verksamhetsberättelse för företag med statligt ägande 2009, PAR AB samt respektive företags webbsida.

	Omsättning, miljoner kr, år 2009	Dotterbolag, antal
Apotek Produktion & Laboratorier AB	(nytt)	
Apoteksgruppen i Sverige Holding AB	(nytt)	2
<b>Totalt</b>	<b>304 907</b>	<b>168</b>

En kort beskrivning av företagen i tabellen ovan följer.

Fastighetsbolagen förvaltar och förädlar i huvudsak fastigheter för nuvarande eller tidigare statliga ändamål. I vissa fall har uppdragen vidgats även mot privata kunder.

SJ AB driver persontrafik och Green Cargo AB driver gods- trafik och båda bildades år 2001 vid bolagiseringen av affärsverket Statens järnvägar. Swedavia AB är ett bolag som ansvarar för drift, utveckling och finansiering av de flygplatser som tidigare förval- tades av Luftfartverket. Bolaget bildades den 1 april 2010.

Konsultföretagen inom transporter, de under 2008 bildade bolagen Svevia AB, Vectura Consulting AB samt Infranord AB (bildat 2009), har samtliga sitt ursprung från de affärsenheter inom Banverket och Vägverket (numera Trafikverket) som varit verk- samma på konkurrensutsatta marknader. Sista året (2009) som Banverket produktion var en myndighet innan den delen bolagi- serades var större delen av försäljningen riktad till Banverket.<sup>5</sup> Trafikverket är fortfarande en mycket viktig beställare för de bolag (Svevia AB och Infranord AB) som tidigare i huvudsak utgjorde produktionsavdelningar i dåvarande Väg- och Banverken. Upp- handlingen sker dock i konkurrens.

Under år 2008 bildades även Fouriertransform AB. Bolaget har till syfte att inom fordonsklustret investera i eller finansiera bolag som bedriver forsknings-, utvecklings- och investeringsverksamhet som ska leda till kommersialiserbarhet.

Lernia AB (bildat av tidigare AMU-gruppen) erbjuder tjänster inom kompetensförsörjning, bemanning, utbildning m.m. till företag och organisationer. Arbetslivsresurs AR AB arbetar med arbetslivsinriktad rehabilitering med tjänster som ska leda till återgång till arbetslivet. Swedsurvey AB marknadsför och säljer svenskt kunnande inom lantmäteriområdet utomlands. Teracom AB var tidigare en del av Televerket och är i dag en fristående

<sup>5</sup> Banverket och Svevia AB:s Årsredovisningar för 2009.

nätoperatör som distribuerar tv-program och telekomtjänster till hushåll och företag i Sverige. Svenska rymdaktiebolaget bedriver rymdverksamhet med kommersiell inriktning och svarar för driften av Esrange Space Center. Sveriges Bostadsfinansieringsaktiebolag, SBAB, är ett bolåneföretag som bl.a. ska bidra till mångfald och konkurrens på marknaden för bolån och inlåning från allmänheten. European Spallation Source ESS AB är ett bolag som ska bygga och driva en avancerad forskningsanläggning i Lund.

Apoteket AB har sedan 1 juli 2009 inte längre ensamrätt på läkemedelsförsäljning i Sverige. Från 1 maj 2010 är Apoteket AB direktägt av staten. Ur den tidigare apoteksgruppen härrör, utöver Apoteket AB, ytterligare tre bolag som direktägs av staten.

Samtliga dessa företag (ovan) bedriver verksamheter som genererar egna inkomster och som har resultatkrav från ägaren. Deras marknader anses av regeringen också präglas av konkurrens med undantag för några av fastighetsbolagen (Jernhusen AB, Specialfastigheter AB och Akademiska hus AB) som delvis verkar på marknader med ensamställning. Även SOS Alarm Sverige AB har delvis en ensamställning på marknaden. Teracom AB har delvis en monopolställning och Systembolaget har ett lagstadgat monopol på försäljning av alkoholhaltiga drycker i detaljhandeln.

Företag med delvis privata ägare torde inte kunna uppfylla kontrollkriteriet och redovisas därför endast översiktligt (jfr avsnitt 4.6.3). Företag som arbetar under marknadsmässiga former och som också har privata ägare inkluderar bl.a. de börsnoterade företagen.

**Tabell 10.2 Statligt delägda företag som verkar under marknadsmässiga villkor**

	Statens ägarandel i %	Privat ägarandel i %
<b>Delägda företag</b>		
Posten Norden AB	60	40
AB Svensk Bilprovning <sup>6</sup>	52	48
<b>Börsnoterade företag</b>		
Nordea Bank AB	20	80
SAS AB	21	79
TeliaSonera AB	37	63

<sup>6</sup> AB Svensk Bilprovningens samhällsuppdrag upphörde den 1 juli 2010.

Av de företag som har att tillgodose särskilda samhällsintressen finns ett mindre antal som har både en statlig och en privat ägare (se tabell nedan). De har en sammanlagd omsättning på cirka 300 miljoner kronor. De har totalt ett tiotal dotterbolag, varav de flesta ägs av Innovationsbron AB.

**Tabell 10.3 Statligt delägda bolag vilka delvis har särskilda samhällsintressen**

	Statens ägarandel i %	Annan svensk offentlig ägare i %	Privat ägarandel i %
V.S. VisitSweden AB	50		50
AB Svenska Miljöstyrningsrådet	85	10	5
AB Bostadsgaranti	50		50
Norrland Center AB	33		66
Innovationsbron AB	84		16

För de bolag som delvis har särskilda samhällsintressen och som i sin helhet har offentliga ägare uppgår den samlade omsättningen till cirka 45 miljarder kronor. Två av bolagen har ett blandat statligt och kommunalt ägande (Botniabanan AB och SOS Alarm Sverige AB), övriga är helt statligt ägda.

**Tabell 10.4 Offentligt helägda företag vilka delvis har särskilda samhällsintressen**

	Omsättning, miljoner kr, år 2009	Dotterbolag, antal
<b>Infrastruktur</b>		
Arlandabanan Infrastructure AB	65	-
Botniabanan AB	1 556	-
AB Göta kanalbolag	38	-
Svensk-Danska Broförbindelsen		
SVEDAB AB		1
<b>Kultur</b>		
Kungliga Dramatiska Teatern AB	267	-
Kungliga Operan AB	487	-



	Omsättning, miljoner kr, år 2009	Dotterbolag, antal
<b>Handel och spel</b>		
Systembolaget AB	23 336	3
AB Svenska Spel	8 070	6
<b>Övriga</b>		
Samhall AB	6 686	-
SOS Alarm Sverige AB	808	2
Statens Bostadsomvandling AB Sbo	16	2
Swedfund International AB	87	-
Almi Företagspartner AB	868	19
RISE Research Institutes of Sweden Holding AB	628	4
AB Svensk Exportkredit	1 994	27
Apotekens service AB	(nytt)	
<b>Totalt</b>	<b>44 906</b>	

Arlandabanan Infrastructure AB har i uppdrag att för statens räkning genomföra ett mellan staten och näringslivet samfinansierat infrastrukturprojekt, Arlandabanan mellan Stockholm och Arlanda.

Botniabanan AB har regeringens uppdrag att bygga en järnväg mellan Kramfors och Umeå, Botniabanan. Staten äger 91 procent i bolaget och kommunerna Kramfors, Örnsköldsvik, Nordmaling och Umeå resterande 9 procent. Verksamheten finansieras till större delen genom lån i Riksgäldskontoret.

AB Göta kanalbolag svarar för skötsel och drift av Göta kanal. Av de totala intäkterna på 36 miljoner kronor bidrog staten med ca 15 miljoner kronor. Övriga intäkter kommer från den egna verksamheten samt olika former av stöd, bl.a. från kommuner, lands-ting och EU.

Svensk-Danska Broförbindelsen SVEDAB AB är ett statligt aktiebolag som äger Öresundsbrons svenska landanslutningar och 50 procent av Öresundsbrokonsortiet, vilket i sin tur svarar för drift och finansiering av Öresundsbron. Den andra hälften ägs av

ett danskt bolag, A/S Øresund. SVEDAB finansierar sin verksamhet genom lån i Riksgäldskontoret.

Kungliga Dramatiska Teatern AB och Kungliga Operan AB är Sveriges nationalscener inom teater och opera och finansieras till övervägande del (ca 80 procent) av statliga bidrag.

AB Svenska Spel bedriver spelverksamhet och finansierar helt sin egen verksamhet. Systembolaget AB har ensamrätt för att sälja alkoholhaltiga drycker i detaljhandeln och ägs av staten av alkoholpolitiska skäl. Verksamheten finansieras av den egna försäljningen och har utdelningskrav.

Samhall AB:s uppdrag är att utveckla personer med funktionsnedsättning genom arbete genom att företaget producerar efterfrågade varor och tjänster på en konkurrensutsatt marknad. Samhall AB har ägarkrav på att verksamheten ska bedrivas med lönsamhet. Samhall AB har två inkomstkällor, dels försäljning av varor och tjänster (ca 3 miljarder kronor), dels statens merkostnadsersättning för det arbetsmarknadspolitiska uppdraget (ca 4 miljarder kronor). En del av försäljningen vänder sig till kommunala eller statliga myndigheter.

SOS Alarm Sverige AB ägs av staten och ett helägt dotterbolag till Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) till lika stora delar. Bolaget driver 18 SOS-centraler över hela landet. SKL är i sin tur en ideell förening där Sveriges samtliga kommuner och landsting är medlemmar.

Företagets två huvudgrenar är dels samhällstjänster som i huvudsak utgörs av 112-numret med bl.a. utalarmering av räddningstjänst och ambulans, dels säkerhets- och jourtjänster som bl.a. omfattar olika larmtjänster och trygghetslarm, krisjour för organisationer och företag och händelseinformation till myndigheter och medier. Verksamheten avseende nödnumret 112 regleras i ett avtal med staten. Bolagets kunder är framför allt staten, landsting och kommuner.

SOS Alarm Sverige AB har två dotterbolag. Det ena är YouCall Sverige AB vars produktion och försäljning av telefontjänster erbjuds utöver SOS Alarms Sverige AB:s ordinarie verksamhet. YouCall Sverige AB ägs av SOS Alarm Sverige AB till 70 procent samt av Piteå Näringsfastigheter AB (helägt av Piteå kommun) till 30 procent. Det andra dotterbolaget är Rescue Electronic AB som levererar utrustning för larmmottagning till kommunal räddningstjänst och till ambulanssjukvården. Bolaget är helägt av SOS Alarm Sverige AB.

Statens Bostadsomvandling AB (SBO) har till uppdrag att stödja kommuner med övertalighet i bostadsbeståndet genom att förvärva, äga, förvalta, och utveckla eller avveckla fastigheter genom försäljning, rivning eller återanvändning som övertas från kommunala bostadsföretag eller kommuner. Intäkterna är hyresintäkter och finansiella intäkter.

Swedfund International AB erbjuder riskkapital och kompetens för investeringar i Afrika, Asien, Latinamerika samt Östeuropa, dock inte EU-länder. Intäkterna kommer i huvudsak från den egna verksamheten.

Almi Företagspartner AB har till uppdrag att främja utvecklingen av konkurrenskraftiga små och medelstora företag samt stimulera nyföretagandet i syfte att skapa tillväxt och förnyelse i svenskt näringsliv. Bolaget erbjuder framför allt två tjänster, finansiering och rådgivning. Bolaget ägs av staten och är moderbolag i en koncern med 19 dotterbolag. Dessa ägs till 51 procent av moderbolaget och till 49 procent av regionala ägare, bl.a. landsting och regionförbund. Dotterbolagens styrelser består av politiker och representanter från det regionala näringslivet. I de regionala bolagen bedrivs den operativa verksamheten. Moderbolagets uppgift är att svara för ledning, samordning, utveckling av verksamheten och nya tjänster samt service i koncerngemensamma funktioner.

### 10.1.2 Om Regeringskansliets förvaltning av företag

Regeringen förvaltar och förfogar över statens tillgångar, om de inte avser riksdagens myndigheter eller i lag har avsatts till särskild förvaltning (9 kap. 8 § första stycket RF). Riksdagen beslutar om grunder för förvaltningen av och förfogandet över statens tillgångar. Riksdagen kan också besluta att en åtgärd av ett visst slag inte får vidtas utan att riksdagen har medgett det (9 kap. 9 § RF). Detta är ramen för det förvaltningsmandat regeringen har för förvaltningen av företag med statligt ägande. Uppdraget innebär att regeringen under vissa förutsättningar behöver riksdagens godkännande vid väsentliga ändringar av företagets inriktning, bl.a. vid kapitaltillskott samt för försäljningar och köp av aktier eller andra förändringar av ägandet (se avsnitt 6.1).

Av 8 kap. 4 § budgetlagen (2011:203) framgår att regeringen inte utan riksdagens bemyndigande får minska statens ägarandel i

företag där staten har hälften eller mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar. Regeringen får däremot sälja statens andelar i företag där staten har mindre än hälften av rösterna, om inte riksdagen har bestämt annat för företaget. Riksdagsbeslut krävs inte för utdelningar, eftersom det ingår i den löpande förvaltningen. Det krävs inte heller riksdagsbeslut för förvärv, avyttringar eller nedläggningar som företag genomför inom den verksamhetsinriktning som riksdagen beslutat.

Beslut som rör företagen följer förvaltningsregler inom Regeringskansliet. Vid ärendehantering tillämpas bl.a. regelverket för offentlighet och sekretess. Bolagens verksamhet styrs främst genom de riksdagsbeslut och eventuellt ytterligare bestämmelser i lag vilka avspeglas bolagsordningen. Ett fåtal bolag har avtal slutna med ägaren angående verksamheten. Företag verksamma inom en viss sektor kan lyda under särskild sektorslagstiftning, till exempel postlagen (2010:1045) och lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation.

Likt andra ägare har staten olika verktyg för att påverka och styra företagen (se avsnitt 9.3.3).

### 10.1.3 Statliga företag och offentlig upphandling

Statliga företag som är offentligt styrda organ omfattas av regelverket om offentlig upphandling. Definitionen av begreppet offentligt styrda organ innefattar bl.a. att företaget ska stå under en viss offentlig kontroll eller finansiering samt att företaget tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär (se avsnitt 2.2.2).

Dåvarande Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utredde på regeringens uppdrag år 1999 vilka av ca 270 statliga bolag som var upphandlande enheter. Nämnden bedömde att ca 130 av bolagen var upphandlande enheter men 50 av dessa bolag delade inte den uppfattningen.

Riksrevisionen gjorde en uppföljning år 2006 och konstaterade att det i vissa fall är oklart vilka statliga bolag som ska tillämpa LOU.<sup>7</sup> Granskningen visade också att det är osäkert om de statliga bolag som uppger att de följer lagen verkligen gör det och att det inte finns några sanktioner som ger bolagen skäl att följa LOU. Riksrevisionen menade att det därmed finns en uppenbar risk att

---

<sup>7</sup> Riksrevisionen, *Statliga bolag och offentlig upphandling*, RiR 2006:15.

flera statliga bolag inte upphandlar i konkurrens enligt kraven i LOU.

I budgetpropositionen för 2007 anförde regeringen bl.a. att frågan huruvida statliga bolag är upphandlande enheter eller inte avgörs av domstolarna och i sista hand av EG-domstolen (numera EU-domstolen), oavsett vad bolagen själva anser i frågan.<sup>8</sup>

Det vore ett enkelt antagande att göra att de statligt ägda företag som av regeringen bedömts arbeta under marknadsmässiga former inte kan förväntas använda reglerna om offentlig upphandling med hänvisning till undantagen för kommersiella företag.

I december 2007 skrev Konkurrensverket till regeringen och påtalade att AB Svenska Spel av verket bedömdes vara en upphandlande myndighet och att bolaget måste följa de lagar och regler som gäller för alla upphandlande enheter och myndigheter. Svenska Spel svarade i en skrivelse att bolaget inte delar den bedömningen och inte anser sig behöva följa upphandlingsreglerna, bl.a. eftersom Svenska Spel är verksamt på en ”i högsta grad konkurrensutsatt marknad”. Konkurrensverket har i en skrivelse från februari 2008<sup>9</sup> anfört att verket står fast vid sin tidigare bedömning att Svenska Spel tillgodoser ett allmännyttigt behov och att bolaget inte kan anses ha som huvudsyfte att ge vinst. Därmed ska bolaget följa reglerna om offentlig upphandling. Kammarrätten i Stockholm har i en dom<sup>10</sup> i november 2009 bedömt att Svenska spel är ett offentligt styrt organ som vid tillämpning av LOU ska jämföras med upphandlande myndighet. Efter överklagande har Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen) inte meddelat prövnings-tillstånd.

Riksrevisionen har i en rapport om upphandling av statliga bolag<sup>11</sup> kritiserat Sveaskog AB, som ingår i kategorin bolag som arbetar under marknadsmässiga former, för att de inte tillämpar reglerna för offentlig upphandling. Sveaskog delade inte Riksrevisionens bedömning och menade att de var ett kommersiellt bolag som inte behöver tillämpa LOU. Även Akademiska hus AB har av Konkurrensverket bedömts vara en upphandlande myndighet, i strid med bolagets egen uppfattning (se avsnitt 10.2.4).

Sammanfattningsvis visar exemplen ovan att det inte är självklart att dessa bolag, som av regeringen anses arbeta under marknads-

<sup>8</sup> Prop. 2006/07:1, utgiftsområde 24, s. 57.

<sup>9</sup> Konkurrensverket, *AB Svenska Spels tillämpning av LOU*, dnr 71/2008.

<sup>10</sup> Dom den 9 november 2009 i mål nr 6937-09.

<sup>11</sup> Riksrevisionen, *Statliga bolag och offentlig upphandling*, RiR 2006:15.

mässiga former, generellt är undantagna från reglerna om offentlig upphandling med hänvisning till undantag för kommersiella företag. Det som styr bedömningen är det behov som bolagen uppfyller.

## 10.2 Företag som förvaltas av universitet och högskolor

### 10.2.1 Bakgrund

All högre utbildning i Sverige bedrivs vid statliga universitet och högskolor eller av enskilda utbildningsanordnare som har rätt att utfärda examen. Utbildning på forskarnivå bedrivs vid universitetet, som har generell rätt att utfärda examina på forskarnivå, och vid de högskolor som har rätt att utfärda examen på forskarnivå inom ett så kallat vetenskapsområde. Jämfört med många andra länder bedrivs en större del av den statligt finansierade forskningen i Sverige vid universitet och högskolor.

Ett universitet eller en högskola leds av en styrelse. Styrelsen består av 15 ledamöter, varav åtta utses av regeringen på förslag av respektive lärosäte. Styrelsen fattar beslut i viktigare frågor om universitetets eller högskolans organisation och ekonomi. Rektor leder och sköter den dagliga verksamheten. Regeringen beslutar om regleringsbrev för universitet och högskolorna på samma sätt som för statliga myndigheter i övrigt.

Det finns 14 universitet och 21 statliga högskolor i Sverige med en statlig huvudman. Efter förslag i regeringens proposition *Forskning för kunskap och framsteg* (1992/93:170) fick universitetet och högskolorna rätt att i bolagsform bedriva sådan forskning som inte med fördel kunde utföras inom respektive läroanstalt. Forskningsföretagen skulle arbeta i nära anslutning till moderorganisationen för att möjliggöra utbyte av personal och samutnyttjande av exempelvis avancerad vetenskaplig utrustning. Men forskningsbolagen skulle också kunna arbeta på normala, kommersiella villkor med forskande personal anställd på de villkor och förutsättningar som gäller i näringslivet.

Detta fick flera universitet och högskolor att bilda helägda holdingbolag som i flertalet fall fungerar som stöd, rådgivare och delvis finansiär för bolag och projekt där stöd för kommersialisering av forskningen vid universitetet är viktiga uppgifter. Dessa

aktiebolag organiserades som holdingbolag som ägs av staten och som från och med 1998 förvaltas av universitet och högskolor. Varje enskilt holdingbolag har i sin tur organiserat sina verksamheter i olika dotterbolagsstrukturer, t.ex. för kommersiell utbildning, akademisk avknoppning, inkubatorverksamhet etc. I dessa dotterbolag förekommer även externt ägarkapital.

### 10.2.2 Bolagens verksamhet

Det finns för närvarande 15 holdingbolag som arbetar med skilda strategier och lösningar för hur gränsdragningar mellan holdingbolagets och respektive lärosätets uppgifter ska göras. Enligt en kartläggning av holdingbolagen<sup>12</sup> är dessa i de flesta fall mycket nära integrerade i lärosätets arbete, bl.a. på så sätt att personal delas mellan bolag och myndighet.

Följande lärosäten har fått regeringens tillstånd att inrätta holdingbolag.

Tabell 10.5

Lärosäte	Holdingbolag	Bolagsstruktur
Göteborgs universitet	Holdingbolaget vid Göteborgs universitet AB	Tiotal hel- eller majoritetsägda bolag samt intressebolag i huvudsak för att kommersialisera forskningsresultat
Karlstads universitet	Karlstads universitet Holding AB	Ett helägt dotterbolag, uppdragsutbildning
Karolinska institutet	Karolinska Institutet Holding AB	Ca sex helägda bolag samt andelar i projekt och utvecklingsbolag i huvudsak för att kommersialisera forskningsresultat
Kungl. Tekniska högskolan (KTH), Stockholm	KTH Holding AB	Ca fem hel- eller majoritetsägda bolag samt andelar i projekt och utvecklingsbolag i huvudsak för att kommersialisera forskningsresultat
Linköpings universitet	Universitetsholding i Linköping AB	Tre helägda bolag. Intressen i ca 18 bolag i huvudsak för att kommersialisera forskningsresultat
Linnéuniversitetet (Växjö och Kalmar)	Växjö University Development AB	Senast startat, år 2007.

<sup>12</sup> Swedish institute for studies in education and reserch, *Kartläggning av holdingbolag kring universitet och högskolor*, 2006.

Lärosäte	Holdingbolag	Bolagsstruktur
Luleå tekniska universitet	Holding AB vid Luleå tekniska universitet	Fåtal intressebolag i huvudsak för att kommersialisera forskningsresultat
Lunds universitet	Lunds Universitets Utvecklingsaktiebolag	Delägare i ett 35-tal bolag i huvudsak för att kommersialisera forskningsresultat
Stockholms universitet	Stockholms universitet holding AB	Tre dotterbolag samt mindre andelar i andra bolag i huvudsak för att kommersialisera forskningsresultat samt uppdragsutbildning
Sveriges lantbruksuniversitet, Uppsala	SLU Holding AB	Äger mindre än 20% i sex andra bolag
Umeå universitet	Uminova Holding AB	Ett helägt dotterbolag samt intresseandelar i andra bolag
Uppsala universitet	Uppsala universitets utveckling AB	Ca fem hel- eller majoritetsägda bolag (varav två vilande) samt engagemang i ett fyrtiotal projekt- och utvecklingsbolag
Högskolan i Borås	Högskolan i Borås Holdning AB	Ett helägt dotterbolag, uppdragsutbildning
Högskolan i Halmstad	Högskolan i Halmstad utvecklingsbolag HHUAB	Ett dotterbolag i huvudsak för att kommersialisera forskningsresultat
Högskolan Kristianstad	Högskolan Kristianstad Holding AB	Ett helägt dotterbolag, uppdragsutbildning

Omfattningen på den verksamhet som bedrivs inom ramen för holdingbolagen eller de bolag som dessa har ägarintressen i varierar kraftigt. Totalt omsätter bolagsverksamheten mellan 300 och 400 miljoner kronor beroende på engagemanget i olika bolag. Utöver holdingbolagen finns ytterligare ett trettiotal bolag som är direkt eller indirekt helägda av holdingbolagen.

Det finns i huvudsak två grundläggande inriktningar av verksamhet som i dag bedrivs inom holdingbolagen. Den första, och vanligast förekommande, är att forskning och kompetens vid svenska lärosäten ska kommersialiseras genom nyföretagsstart eller, vilket är mindre vanligt förekommande, genom immaterialrättsskydd och efterföljande försäljning och licensiering av dessa rättigheter. För det andra bedriver flera av holdingbolagen andra typer av verksamheter såsom bl.a. professionell utbildningsverksamhet, konsultverksamhet respektive uppdragsforskning. Dessa



bolag varierar i ambition från att vara verktyg för en enskild forskargrups ambitioner till att vara affärsdrivande konsultbolag med bas i universitetets forskningskompetens.

Holdingbolagens syfte är att driva lönsam verksamhet. De styrs av ABL och bolagsordningar samt ägardirektiv. Även om statens ägande av holdingbolagen förvaltas av berörda universitet och högskolor finns vissa begränsningar. Exempelvis anges i bolagsordningarna att dessa inte får ändras utan regeringens medgivande. Universiteten och högskolorna får vidare inte själva tillskjuta medel till holdingbolagen genom att ta i anspråk resurser som anslagits för annat ändamål, t.ex. grundutbildning.

Regeringen tillsatte år 2006 en förhandlare med uppdrag att bl.a. pröva om holdingbolagen kunde samlas i färre men starkare enheter. I förhandlarens rapport<sup>13</sup> redovisades förslag avseende bl.a. holdingbolagens styrning, regelverk och användning av resurser. Förhandlaren konstaterade att i flera fall är bolagen mycket nära integrerade med lärosätets arbete, på så sätt att personal delas mellan bolag och myndighet. Organisationen av holdingbolagen så väl som organisationen av vissa av universitetens uppgifter kan därför i flera fall vara mer eller mindre synonym. Därigenom kan bolagen dessutom dra nytta av lärosätenas goodwill i såväl inre som yttre kontakter. I andra fall är holdingbolagens organisationer mer självständiga i sin verksamhet och dessa holdingbolag kan betydligt mera medvetet ha rekryterat kompetens från annat håll än universitetet självt. Holdingbolagen har successivt byggt allt starkare relationer till sitt omkringliggande regionala nätverk och till varandra. Vidare är en sammantagen bild av holdingbolagen att snart sagt samtliga i dag arbetar nära den centrala ledningen för lärosätena.

Universitetens och högskolornas samarbete med holdingbolag har därefter bl.a. behandlats i regeringens proposition *Ett lyft för forskning och innovation* (prop. 2008/09:50). Regeringen konstaterade att holdingbolagen har utvecklats olika beroende på bl.a. respektive lärosätets inriktning, storlek och det omgivande näringslivets struktur liksom tillgången till extern finansiering och att det förelåg visst behov av förtydligande av holdingbolagens verksamhet och inriktning. Ett holdingbolag bör ha till huvuduppgift att medverka till att innovativa företag med sin bas i forskningen vid det aktuella lärosätet kan starta och utvecklas kommersiellt. Bolagen ska genom att äga och förvalta andelar i andra bolag bistå i

---

<sup>13</sup> Åtgärder för en effektivare holdingbolagsstruktur, dnr U2006/8271/UH.

kommersialiseringsprocessen av forskningsresultat. Holdingbolagen ska verka på marknadsmässiga villkor. Regeringen gjorde vidare bedömningen att holdingbolagen vid behov bör fungera i förhållande till andra lärosäten än det egna, vilket regleras genom avtal mellan holdingbolagen och lärosätena.

Lärosätena har ansvaret för att utse styrelser och att representera staten på bolagsstämman. Regeringen bedömde i den senaste forskningspropositionen (prop. 2008/09:50) att holdingbolagen även fortsättningsvis bör förvaltas av respektive lärosäte. Regeringen lämnade i propositionen också förslag avseende förtydliganden om holdingbolagens användning av vinster och donationsmedel samt riktlinjer för avveckling av utvecklingsbolag. Regeringen har också i regleringsbrev gett lärosätena i uppdrag att årligen rapportera till regeringen om utvecklingen i holdingbolagen. Redovisningen ska omfatta holdingbolagens verksamhet, utveckling och uppfyllande av finansiella och andra mål som fastställts av bolagsstämman. Lärosätena förutsätts följa statens ägarpolicy för statligt ägda företag i sin förvaltning av holdingbolagen.

Utifrån de riktlinjer som beskrivits ovan har universiteten och högskolorna organiserat sin verksamhet på olika sätt. Verksamheterna vid lärosätena i Göteborg, Lund, Linköping, Uppsala och Karolinska Institutet är några av de mer omfattande. Nedan följer en kort beskrivning av några av bolagsverksamheterna. Dessa kan ses som typiska fall.

Uppsala universitet har samlat sina bolag under holdingbolaget Uppsala universitets Utveckling AB (UUAB).<sup>14</sup> Bolaget ägs av staten genom universitetet och dess styrelse tillsätts av lärosätet genom dess rektor. UUAB ska på affärsmässiga grunder främja att kunskap och idéer vid Uppsala universitet utvecklas kommersiellt. Verksamheten består i att förvärva, äga, förvalta och försälja andelar i bolag, ofta i samverkan med externa parter. Genom UUAB kan universitetet medverka till att licensiera ut ny teknik eller etablera nya forskningsbaserade företag. UUAB kan till exempel vara en part när en forskare vill starta ett bolag baserat på en idé och i samband med det bistå med affärsjuridik, patentstöd och även viss finansiering. Normalt kan UUAB finansiera med upp till ca en halv miljon kronor mot en mindre ägarandel, upp till cirka 15 procent. Hur stor ägarandelen ska vara avgörs från fall till fall i direkt förhandling med forskaren.

---

<sup>14</sup> Källor: UUAB:s årsredovisning 2009 samt hemsida.

Moment av rådgivning och allmänt stöd som tidigare fanns inom UUAB har numera överförts till universitetet. Verksamheten finansieras genom försäljning av portföljbolag, aktieutdelningar och en mindre försäljning av tjänster.

Holdingsbolaget har tre aktiva och två passiva dotterbolag. Bolaget har även ett intressebolag, Uppsala innovation Center AB, som ägs till 25 procent.

Via dotterbolaget Uppsala universitets Projekt AB kan universitetet och forskare licensiera ut rättigheterna till patent. Forskaren och Uppsala universitets Projekt AB sluter ett avtal och delar på de framtida intäkterna. Bolaget kan då finansiera patentansökningar och bistå med affärsmässig projektledning.

UUAB är också helägare i Institutet för personal- och företagsutveckling i Uppsala AB (IPF) som på vetenskaplig grund bedriver uppdragsverksamhet inom organisation, ledarskap och personalutveckling. Dessutom har UUAB engagemang i ett fyrtiotal företag som i huvudsak är verksamma inom bioteknik, life science, teknik och IT. I dessa är ägarandelen i de allra flesta fall mindre än tio procent.

Karolinska institutet (KI) förvaltar aktier i Karolinska Institutet Holding AB (KIHAB) som i sin tur äger, försäljer och förvaltar aktier i projekt och tjänstebolag. KIHAB:s verksamhet innefattar försäljning av tjänster inom bolagsadministration. Övrig verksamhet bedrivs i sex helägda dotterbolag.<sup>15</sup> Även här är bolagens roll att föra över kunskaper och upptäckter från KI till samhället och näringslivet så att forskningsresultaten kommer till tillämpning. KI har valt att lägga så mycket som möjligt av denna verksamhet i koncernen, till skillnad från till exempel Uppsala universitet som återtagit en del verksamhet som kan beröra kommersialiseringen av forskningen till universitetet.

KIHAB:s dotterbolag KI Education AB (KIEdu) bedrev tidigare uppdragsutbildning på uppdrag av KI. Efter avgörandet i SYSAV-målen (RÅ 2008 ref. 26) gjordes bedömningen att verksamheten inte kunde bedrivas utan att föregås av upphandling. Då valde KI att föra över verksamheten till institutet, dvs. i förvaltningsform. Ett skäl var bl.a. att man inte ville att en extern utförare skulle kunna använda KI:s varumärke för att utföra uppdragsutbildning. Detta påverkar hela koncernen då KIEdu bedrev en

---

<sup>15</sup> Årsredovisning 2009 KIHAB.

vinstgivande verksamhet som via koncernbidrag finansierade andra delar av koncernens verksamhet.

Stockholms universitet förvaltar på motsvarande sätt aktierna i Stockholms universitet Holding AB. Bolaget ska stimulera och underlätta kommersialisering av forskningsresultat vid Stockholms universitet. Det är framför allt deras dotterbolag SU Innovation AB (helägt) som ger stöd i kommersiella innovationsfrågor till forskare och studenter och fungerar som en inkubator. Dotterbolaget Academus AB (helägt) driver försäljning av tjänster och förlagsverksamhet åt Kungliga musikhögskolan. Stockholms universitet Holding AB innehar minoritetsandelar i ytterligare ett tiotal bolag som i de flesta fall ägnar sig åt kommersialisering av olika forskningsidéer.

Lunds universitet förvaltar aktierna i Lunds Universitets utvecklingsaktiebolag (LUAB) som beskriver sig som en katalysator för affärsidéer och uppfinningar och en plattform för forskare som vill kommersialisera sin forskning inom naturvetenskap, humaniora och samhällsvetenskap.

En av de mera omfattande verksamheterna finns vid Göteborgs-universitetet. Holdingbolaget vid Göteborgs universitet AB (GU Holding), som är helägt av Göteborgs universitetet, finansierar och utvecklar nya affärer och bolag baserade på forskningsresultat från universitetet. Bolaget har sedan 1996 finansierat över 55 nya affärsidéer, som i över 40 aktiebolag sysselsätter 240 personer.

Denna redovisning med exempel från universitetens bolagsverksamhet är inte fullständig men den ger alltså typiska exempel på hur verksamheten är utformad. Sammantaget ser en klar majoritet av lärosätena holdingbolagens verksamhet som ett sätt att kommersialisera forskningsresultat, underlätta företagsbildning och inkubatorverksamhet samt, i mån av tillgång, bidra med riskkapital. Några få av lärosätena ser som uppgift för holdingbolagen att äga och förvalta och bedriva uppdragsutbildning

### 10.2.3 Universitetens och högskolornas upphandling

Riksrevisionen uppdrog år 2008 åt en konsult (AffärsConcept) att granska några exempel på om LOU ska tillämpas då ett universitet eller en högskola köper tjänster från ett holdingbolag respektive uppdrar åt Akademiska hus AB att uppföra en byggnad som läro-

sätet sedan avser att hyra. Konsultens slutsats<sup>16</sup> var att LOU var tillämplig i samtliga de fyra fall som använts som exempel. Slutsatsen byggde på konsultens egen bedömning av rättsläget efter SYSAV-domarna (RÅ 2008 ref. 26) och innan införandet av det temporära in house-undantaget avseende upphandling från statliga och kommunala företag. Konkurrensverket har kommenterat rapporten och har inte någon erinran mot utredningens bedömningar av de enskilda kontrakten. Riksrevisionen har skickat rapporten till samtliga universitet och högskolor tillsammans med en rekommendation att de gör en bedömning av hur slutsatserna i rapporten påverkar den fortsatta upphandlingsverksamheten samt i förekommande fall samarbetet med holdingbolag och med Akademiska hus.

Riksrevisionen bedömer att det finns en risk att slutsatserna i rapporten begränsar möjligheterna för universiteten och högskolorna att fullt ut samverka med holdingbolagen i enlighet med regeringens intentioner. Riksrevisionen bedömer således att de resultat som redovisas i rapporten kan ha betydelse för regeringens fortsatta styrning av universitet och högskolor.

#### 10.2.4 Lärosätena och Akademiska Hus AB

Akademiska Hus AB (Akademiska Hus) är ett av staten helägt bolag som har till uppgift att erbjuda universitet och högskolor ändamålsenliga och sunda lokaler för undervisning och forskning. Bolaget har också ett ansvar att som förvaltare tillvarata de ekonomiska och kulturella värden som finns i fastigheterna. Bolaget är ett av Sveriges största fastighetsbolag och hyr i huvudsak ut fastigheter till universitet och högskolor på marknadsmässiga villkor. Lärosätena kan välja andra lokaler än de som Akademiska Hus erbjuder men hyr i huvudsak av bolaget.

Akademiska Hus startade sin verksamhet år 1993 då Byggnadsstyrelsen bolagiserades. I samband med ombildningen upphörde lokalförsörjningsmonopolet och myndigheter och verk var inte längre tvingade att hyra lokaler hos eller via Byggnadsstyrelsen. Utvecklingen har gått från centraliserad lokaltilldelning till en valfrihet där varje högskola och universitet själva svarar för sin lokalförsörjning.

---

<sup>16</sup> AffärsConcept i Stockholm AB, *Universitets och högskolors köp av tjänster och byggenrepreneurader från fristående juridiska personer*, 2009.

Konkurrensverket bedömde år 2008 i en granskning att Akademiska Hus är en upphandlande myndighet i enlighet med LOU. Akademiska Hus begärde omprövning av beslutet och menade att bolaget inte omfattas av bestämmelserna i LOU. Akademiska Hus menade bl.a. att en mindre del av bolagets sammanlagda lokaler är specialanpassade i den omfattningen att de inte utan en mer genomgripande omarbetning kan hyras ut till annan hyresgäst, att man även hyr ut till privata aktörer samt att samtliga delar av bolagets verksamhet drivs med vinstsyfte. Akademiska Hus anförde vidare att universitet och högskolor varken har rätt eller skyldighet att hyra av bolaget. Konkurrensverket ansåg för sin del bl.a. att de fastigheter som Akademiska Hus tillhandahåller och förvaltar till universitet och högskolor typiskt sett är att betrakta som ändamålsfastigheter vilket man ansåg sig ha stöd för i regeringens proposition 1997/98:37, där det bl.a. anförts att syftet med bolagets verksamhet, dvs. att tillhandahålla lokaler till universitet och högskolor, i vissa situationer kan begränsa bolagets möjlighet att agera på rent kommersiella grunder. Verket vidhöll därför sin bedömning att Akademiska hus omfattas av LOU.<sup>17</sup>

Sveriges universitets- och högskoleförbund (SUHF) har tillsammans med representanter för Akademiska Hus och några av de större universiteten tillsatt en arbetsgrupp för att diskutera sig fram till ett funktionellt förhållningssätt som också uppfyller LOU när det gäller att göra upphandlingar för ombyggnationer och nybyggnation.

### 10.3 Företag vars aktier förvaltas av andra myndigheter än Regeringskansliet

Bolag vars aktier förvaltas av myndigheter, andra än Regeringskansliet och universitet och högskolor, är numera mindre vanligt förekommande. Regeringen har under ett antal år haft en inriktning mot att välja andra förvaltningsformer. Följande bolag förvaltas dock fortfarande av myndigheter.

Trafikverket förvaltar samtliga aktier i Tunnelpersonalen i Malmö AB som för Citytunnelprojektets räkning hyr lokaler och

---

<sup>17</sup> Konkurrensverkets beslut den 11 mars 2009, dnr 247/2008.

tillhandahåller personal, utrustning och inventarier.<sup>18</sup> Trafikverket förvaltar även statens aktier i SweRoad AB.

Den 1 april 2010 bildades aktiebolaget Swedavia AB varigenom de flygplatser som drivits av affärsverket Luftfartsverket nu drivs i bolagsform. Den flygledande verksamheten fortsätter att drivas av Luftfartsverket. Bolagiseringen skedde efter riksdagens antagande av regeringens proposition 2009/10:16, *Ändrad verksamhetsform för flygplatsverksamheten vid Luftfartsverket*, om att överföra delar av Luftfartsverkets verksamhet till ett direkt eller indirekt helägt aktiebolag. Luftfartsverket har efter bolagiseringen en mindre bolagsgrupp där LFV Holding AB är moderbolag och bl.a. LFV Aviation Consulting AB (internationella konsulttjänster inom civil luftfart), Entry Point North (utbildar flygledningpersonal) samt NUAC (flygtrafiktjänster) ingår.

Affärsverket Svenska Kraftnät förvaltar tre aktiebolag. Dessa är SwePol Link AB, Svenska Kraftnät Gasturbiner AB och Svenska KraftKom AB. Det förstnämnda företaget ägs tillsammans med en polsk intressent, de två övriga är helägda. Svenska KraftKom AB är dock vilande.

Sveriges exportråd är ett nationellt serviceorgan för exportfrämjande som har registrerade dotterbolag. Exportrådet i sig förvaltas gemensamt av svenska staten, genom Utrikesdepartementet, och näringslivet, genom Sveriges Allmänna Utrikeshandelsförening. Exportrådets verksamhet regleras av ett avtal mellan svenska staten och Sveriges Allmänna Utrikeshandelsförening samt av särskilda stadgar.

De bolag som är helägda av staten och förvaltas av svenska myndigheter, utom Regeringskansliet och lärosätena, hade en sammanlagd omsättning år 2008 om cirka 240 miljoner kronor och ett sjuttioal anställda.

## 10.4 Programföretagen

Sedan år 1997 ägs Sveriges Radio AB, Sveriges Television AB och Sveriges Utbildningsradio AB (SR, SVT och UR), vilka i regel kallas programföretagen, av en stiftelse, Förvaltningsstiftelsen.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Banverkets årsredovisning 2008.

<sup>19</sup> Källor: Årsredovisningar för nämnda stiftelse och bolag. Stiftelsens fullständiga namn är Förvaltningsstiftelsen för Sveriges Radio AB, Sveriges Television AB och Sveriges Utbildningsradio AB.

Programföretagen äger i sin tur gemensamt bolagen Sveriges Radio Förvaltnings AB (SRF), som tillhandahåller gemensamma service- och stödfunktioner till programföretagen, och Radiotjänst i Kiruna AB (RIKAB), som ansvarar för uppbörden av radio- och tv-avgifter samt avgiftskontroll.

Stiftelsen har bildats i syfte att främja självständigheten hos de tre programföretagen.<sup>20</sup> Den ska tillgodose sitt syfte genom att äga och förvalta aktier i bolagen. Stiftelseformen valdes för att den bäst ansågs kunna tillgodose kravet på självständighet och integritet för programföretagen. Enligt stiftelsens stadgar har den en styrelse med tretton ledamöter. Efter förslag av de politiska partierna utses ledamöterna formellt av regeringen.

Programföretagen tillämpar LOU vid upphandlingar av varor och tjänster. Anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för radio- och tv-program samt upphandling av sändningstid, omfattas dock inte av LOU.

SRF tillhandahåller gemensamma service- och stödfunktioner till programföretagen såsom fastighetsförvaltning, ekonomi- och löneadministration, arkiv och bibliotek, distribution, företagshälsovård, service, telefoni, konstförvaltning och restaurangverksamhet. SRF ska enligt sin bolagsordning äga och förvalta fastigheter och lokaler för radio- och tv-verksamhet, aktier i bolag med anknytning till radio och tv-verksamhet samt tillhandahålla gemensamma service- och stödfunktioner för programbolagen och övriga bolag inom public servicegruppen. SRF finansieras i huvudsak genom medelsavstående av programföretagen. Dessa betalar utifrån hur mycket de använder SRF:s tjänster vilket bestäms med hjälp av olika nyckeltal. SRF finansieras också till en mindre del av inkomster från samarbetsavtal med Sveriges Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) och International Federation of Phonographic Industry (IFPI) samt från parkeringsintäkter, hyresinkomster, företagshälsovård och cafeteria. Företaget omsätter årligen knappt 300 miljoner kronor och har cirka 300 medarbetare. Fastigheter samt ekonomi- och löneadministration utgör den största kostnaden.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Källa: Prop. 1992/93:236, *Om ägande av den avgiftsfinansierade radio- och TV-verksamheten*, bet. 1992/93:KrU28, rskr. 1992/93:377.

<sup>21</sup> Källa: SOU 2008:64, *Kontinuitet och förändring*.



# 11 Landstingens företag

## 11.1 Landstingens verksamhet

Sverige har 20 landsting. Dessutom har Gotlands kommun landstingsansvar. Landstingens viktigaste uppgifter är att sköta hälso- och sjukvården samt kollektivtrafiken. Landstingen ansvarar för uppgifter som är gemensamma för stora geografiska områden och samordning av stora ekonomiska resurser.

Landstingens obligatoriska uppgifter är hälso- och sjukvård, tandvård för personer upp till 20 års ålder samt kollektivtrafik, vilken sköts tillsammans med kommunerna. Landstingens huvudsakliga uppgift är att tillhandahålla hälso- och sjukvård. Målet för denna är enligt hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) en god hälsa och vård på lika villkor för hela befolkningen. Exempel på frivilliga åtaganden finns inom kultur, utbildning, turism och regional utveckling.

Landstingen har, liksom kommunerna, ett långtgående självstyre. Landstingsskatten finansierar ungefär 70 procent av landstingens verksamhet. Andra viktiga inkomstkällor är avgifter från brukare samt bidrag från staten. Vissa statsbidrag är allmänna och vissa är riktade, dvs. de får endast användas för särskilda ändamål. Landstingen har ca en kvarts miljon anställda, varav 80 procent är kvinnor. Landstingens samlade nettokostnader uppgick år 2009 till ca 213 miljarder kronor.<sup>1</sup> Storleksmässigt dominerar de tre storstadsregionerna där mer än hälften av nettokostnaderna uppstår. I övrigt är landstingen ganska lika i storlek.

---

<sup>1</sup> Källa: SCB, Landstingens räkenskapsammandrag.

**Tabell 11.1 Landstingens nettokostnader, miljarder kronor, och antal anställda, tusental, år 2008**

Landsting	Verksamhetens nettokostnader	Antal anställda
Stockholm	51	44
Västra Götaland	36	46
Skåne	27	33
Östergötland	9	12
Uppsala	7	11
Jönköping	7	10
Södermanland	6	7
Halland	6	7
Värmland	6	9
Örebro	6	9
Västmanland	6	7
Dalarna	6	9
Gävleborg	6	8
Västernorrland	6	7
Västerbotten	6	10
Norrbottn	6	7
Kalmar	5	6
Kronoberg	4	5
Blekinge	4	5
Jämtland	3	4
<b>Totalt</b>	<b>213</b>	<b>256</b>

*Källa:* SCB.

Av landstingens nettokostnader avsåg ca 90 procent hälso- och sjukvård (inklusive tandvård), ca sex procent trafik och infrastruktur och ca fyra procent regional utveckling och politisk verksamhet.

Den verksamhet som landstingen bedriver i bolagsform är betydligt mindre omfattande än kommunernas. Dessa bolag har i huvudsak verksamhet inom transportsektorn och sjukvårdssektorn. Vidare bedrivs kultur-, turism- och näringslivsfrämjande verksamhet. Det finns ett 80-tal aktiva bolag. Av dessa verkar ett trettio totalt inom transportsektorn varav 19 bolag är kollektivtrafikhuvudmän och ägs, med två undantag, tillsammans med kommunerna i respek-

tive län. Ett femtontal företag bedriver sjukvård, folktandvård eller stödverksamhet till vården och här är Stockholms läns landsting helt dominerande. Det finns också ett 20-tal bolag som driver verksamhet inom områdena kultur, turism och regional utveckling. Efter sjukvård och transporter är dessa verksamheter av störst betydelse inom landstingens företag. Övriga företag hanterar bl.a. fastigheter samt finansiella och administrativa tjänster. Trafikbolagens omsättning uppgår till ca 20 miljarder kronor, vårdbolagens till nästan 10 miljarder kronor och övriga bolags till knappt en miljard kronor, totalt drygt 30 miljarder kronor.

## 11.2 Landstingsägda bolag i Stockholms län

Vid en genomgång av de landstingsägda bolagen framstår bolagen ägda av Stockholms läns landsting (SLL) som klart dominerande. År 2009 uppgick den sammanlagda omsättningen för verksamheten i landstingets bolag, exklusive kollektivtrafiken, till nästan 10 miljarder kronor. Till skillnad från samtliga övriga landsting har SLL valt att även organisera själva sjukvården i bolagsform i flera fall. Det gäller bl.a. två av Sveriges största sjukhus, Södersjukhuset och Danderyds sjukhus.

Även inom trafikområdet skiljer sig SLL från övriga landsting då man inte samäger kollektivtrafikbolagen med kommunerna utan är ensam ägare till dessa bolag, vilka omsätter drygt 14 miljarder kronor.

Samtliga helägda bolag, förutom AB Storstockholms Lokaltrafik, ägs via Landstingshuset i Stockholm AB. AB Storstockholms Lokaltrafik är moderbolag till flera dotterbolag och delägare i intressebolag.

I följande tabell redovisas de bolag som i huvudsak är helägda av SLL.

Tabell 11.2 Stockholms läns landsting, i huvudsak helägda bolag, år 2008

Bolag	Landstingets ägarandel samt ev. övrig ägare	Verksamhet	Omsättning, miljoner kr
Landstingshuset i Stockholm AB	Helägt	Moderbolag i koncernen	
Södersjukhuset AB	Helägt	Sjukvård, huvudsakligen akutsjukvård	3 280
Danderyds sjukhus AB	Helägt	Sjukvård, huvudsakligen akutsjukvård	2 655
Tiohundra AB	<sup>2</sup>	Hälso- och sjukvård och omsorg i Norrtälje kommun	690
Södertälje sjukhus AB	Helägt	Sjukvård, huvudsakligen akutsjukvård	600
S:t Eriks Ögon-sjukhus AB	Helägt	Ögonsjukvård	390
Ambulanssjukvården i Storstockholm AB (AISAB)	Helägt	Ambulanssjukvård och ambulanstransporter	130
Stockholm Care AB	Helägt	Bolag för export av vård och vårdtjänster	90
Folktandvården Stockholms län AB	Helägt	Folktandvård	1 370
MediCarrier AB	Helägt	Lagrar och distribuerar sjukvårdsartiklar	470
Locum AB	Helägt	Fastighetsförvaltning, i huvudsak åt sjukvården	240
AB SLL Internfinans	Helägt	Internbank	16
Waxholms Ångfartygs AB	Helägt	Kollektiv sjötrafik	340
AB Storstockholms lokaltrafik	Helägt	Kollektivtrafik	13 850
<b>Summa</b>			<b>23 900</b>

SLL har beslutat om en ägarpolicy<sup>3</sup>. I denna slås fast att ägarrollen i de landstingsägda bolagen utövas av landstingsfullmäktige, landstingsstyrelsen och vissa av dess utskott samt i förekommande fall moderbolagsstyrelsen. Ägarstyrningen inom SLL utövas främst genom

<sup>2</sup> Kommunalförbundet Tiohundra är ägare, medlemmar i förbundet är SLL och Norrtälje kommun.

<sup>3</sup> Stockholms läns landstings ägarpolicy, LS 0710-1046.

- utformning av respektive bolagsordning,
- utarbetande av generella och specifika ägardirektiv som fastställs på respektive bolagsstämma,
- val av styrelseledamöter och dess medverkan i styrelsearbetet, samt
- en löpande dialog mellan politiker/ägarrepresentanter, styrelsemedlemmar och företagsledningar.

Styrelsernas sammansättning varierar mellan bolagen och består av politiker eller externa representanter. I ägarpolicyn utvecklas de olika aktörernas roller. I de generella ägardirektiven anges vilka frågor ägaren har definierat som strategiska – det är mål, ekonomiska krav, uppföljning och rapportering, efterlevnad av lagar och policies, samverkan inom landstinget samt att beslut som är av principiell eller annars större vikt ska fattas av landstingsfullmäktige.

Beträffande akutsjukhusen, inklusive de sjukhus som drivs i bolagsform (Danderyd, Södersjukhuset, Södertälje), beslutade landstingsfullmäktige år 2007 om en ny strategi för styrning. Denna bygger på flerårsavtal, resultatansvar, avtal baserade på landstingets lägsta kostnad för respektive sjukhuskategori samt sanktionsregler. Våren 2009 fattade fullmäktige beslut om flerårsavtal med akutsjukhusen.<sup>4</sup> Dessa gäller för åren 2009–2011 och syftar till att öka tydligheten gällande uppdrag och ersättningsnivåer på flera års sikt, skapa förutsättningar för sjukhusen att effektivisera verksamheten samt minska tid och resursåtgång i förhandlingar. I avtalen preciseras sjukhusens uppdrag i form av bl.a. målvolymer, ersättning samt effektiviseringskrav för hela avtalsperioden på en hög strategisk nivå och på ett övergripande sätt. Sjukhusen själva ges en stor flexibilitet avseende produktionens sammansättning och genomförande på en mer detaljerad och operationell nivå.

---

<sup>4</sup> Avtal med akutsjukhusen för åren 2009-2011, Hsn 0812-1517.

### 11.3 Landstingsägda bolag i övriga län

I följande tabell redovisas de landstingsägda bolag i övriga län som till 50 procent eller mer ägs av ett landsting. Endast bolag som i sin helhet har offentliga ägare redovisas. Kollektivtrafikbolagen, som samägs av kommuner och landsting, redogörs för i efterföljande avsnitt.

**Tabell 11.3 Bolag som till hälften eller mer ägs av landsting, exklusive kollektivtrafik, år 2008**

Landsting/ Bolag	Landstingets ägarandel samt ev. övrig ägare	Verksamhet	Omsättning, miljoner kr
<b>Östergötlands läns landsting</b>			
HjälpmiddelsCentrum i Östergötland AB	Helägt	Tillhandahåller hjälpmedel till bl.a. funktionshindrade	92
Jöns Jacob Berzelius Clinical Research Center AB	Helägt	Utför kliniska prövningar av nya läkemedel och medicinteknisk utrustning	19
<b>Jönköpings läns landsting</b>			
Smålands Turism AB	50% landstinget, 50% länets kommuner	Främja turismen och företagets konkurrensförmåga och tillväxt	4
<b>Kronobergs läns landsting</b>			
AB Regionteatern Blekinge-Kronoberg	49 % landstinget, 29 % landstinget Blekinge, 22 % Växjö kn	Teaterverksamhet	32
Smaland Airport AB	55 % landstinget, 45 % Växjö och Alvesta kommuner	Flygplats	31
RyssbyGymnasiet AB	Helägt	Gymnasieskola	32
Kulturparken Småland AB	59 % landstinget, 41 % Växjö kn	Kultur- och museiverksamhet	13

Landsting/ Bolag	Landstingets ägarandel samt ev. övrig ägare	Verksamhet	Omsättning, miljoner kr
<b>Skåne läns landsting</b>			
Malmö Opera och Musikteater AB Skånes Dansteater AB	Båda bolagen: 90 % landstinget, 10 % Malmö kn	Utövar musikteater resp. dansverksamhet	250
Business Region Skåne AB	85 % landstinget, 15 % Kommunförbundet Skåne	Att främja investeringar, turism och evenemang i Skåne – är moderbolag med tre dotterbolag: Event in Skåne AB, Tourism in Skåne AB samt Invest in Skåne AB	45
Skåne Care AB	Helägt	Utveckla och bedriva vårdexportverksamhet	2
SkåNet AB	62,5 % landstinget, 37,5 % Kommunförbundet Skåne	Samordna bredbandsutbyggnaden i Skånes kommuner	5
Innovator Skåne AB	Helägt	Främja internt innovationsarbete	2
<b>Västra Götalands läns landsting</b>			
GöteborgsOperan AB Göteborgs Symfoniker AB Film i Väst AB Västsvenska Turistrådet AB	Helägda bolag	Kultur- och turismfrämjande verksamhet	385
Regionteater Väst AB	91 % landstinget, 9 % Uddevalla kn	Teaterverksamhet	16
Sahlgrenska International Care AB (SICAB)	Helägt	Tjänsteexport av planerad vård och utbildning av läkare och tandläkare	36

Landsting/ Bolag	Landstingets ägarandel samt ev. övrig ägare	Verksamhet	Omsättning, miljoner kr
<b>Örebro läns landsting</b>			
Örebro läns förvaltnings AB	Helägt	Moderbolag med två dotterbolag: Länsgården AB (helägt, förvaltar egna fastigheter) och Länsteatern AB (ägs till 91 %, övrigt Örebro Kn)	140
<b>Västmanlands läns landsting</b>			
Folktandvården Västmanland AB	Helägt	Tandvård	250
<b>Gävleborgs läns landsting</b>			
Folktandvården Gävleborg AB	Helägt	Tandvård	385
<b>Västernorrlands läns landsting</b>			
Scenkonst Västernorrland AB	60 % landstinget, 40 % Sundsvalls kn	Teater	43
<b>Jämtlands läns landsting</b>			
Landstingsbostäder i Jämtland AB	Helägt	Bostadsbolag som drivs för landstingets verksamhetsområde	23
<b>Västerbottens läns landsting</b>			
Norrlandsoperan AB	60 % landstinget, 40 % Umeå kn	Teaterverksamhet	100
Västerbottensteatern AB	60 % landstinget, 40 % Skellefteå kn	Teaterverksamhet	27
<b>Norrbottnens läns landsting</b>			
Garnisfastigheter AB	Helägt	Ska överta f.d. sjukhusfastigheter	
<b>Summa</b>			1 932

De landsting som inte har något bolag som är aktuellt för ovanstående lista är landstingen i Uppland, Södermanland, Kalmar, Blekinge, Halland, Värmland och Dalarna.

Av sammanställningen framgår att bolagens omsättning uppgår till knappt två miljarder kronor. Av det utgör 635 miljoner kronor folktandvård och knappt en miljard kronor kultur-, turism- och



näringslivsfrämjande verksamhet. Övrig verksamhet bedrivs bl.a. av fastighetsbolag samt bolag med koppling till hälso- och sjukvård, bl.a. tjänsteexport av sjukvård och hjälpmedel. Inget annat landsting har dock sjukvård eller sjukhus i bolagsform på samma sätt som Stockholms läns landsting.

## 11.4 Kollektivtrafiken

### 11.4.1 Kollektivtrafikens organisation och bolag

En obligatorisk uppgift för landstingen tillsammans med kommunerna är att tillhandahålla kollektivtrafik. Eftersom denna uppgift i huvudsak utförs gemensamt av kommuner och landsting redovisas den i ett eget avsnitt.

Genom den s.k. huvudmannareformen infördes lagen (1978:438) om huvudmannaskap för viss kollektiv persontrafik, den s.k. huvudmannalagen. Lagen innehöll bestämmelser om ansvaret och de organisatoriska grunderna för den lokala och regionala kollektivtrafiken. Syftet med reformen var att få en tillfredsställande trafikförsörjning i landets olika delar, vilket inte ansågs kunna åstadkommas utan en väl utbyggd kollektivtrafik.

Trafikhuvudmännen fick länen som geografiskt ansvarsområde och landstingen och kommunerna fick tillsammans utöva det gemensamma huvudmannaskapet. Man ansåg att möjligheter då skapades för att både de lokala och regionala trafikintressena i länet kunde bli tillgodosedda. Genom kommunernas medverkan blev de olika lokala trafikförhållandena beaktade. Landstingens roll var bl.a. att från en mer övergripande synpunkt tillgodose kravet på en god regional trafikförsörjning och att se till att hela regionen omfattades av ett enhetligt prissystem.

Undantag beträffande huvudmannaskapet gjordes för Stockholms och Gotlands län. I Stockholms län fick landstinget vara fortsatt ensam huvudman för trafikförsörjningen. I Gotlands län, som inte har något landsting, gjordes kommunen till huvudman.

I dag gäller, enligt lagen (1997:734) om ansvar för viss kollektiv persontrafik (trafikhuvudmannalagen), att det i varje län ska finnas länstrafikansvariga som ansvarar för den lokala och regionala linjetrafiken för persontransporter. Länstrafikansvariga är landstinget och kommunerna i länet gemensamt. I Stockholms län är landstinget länstrafikansvarig och i Gotlands län är kommunen läns-

trafikansvarig. De länstrafikansvarigas uppgifter ska handhas av ett gemensamt regionalt organ, kallat *trafikhuvudman*.

Trafikhuvudmännen kan anses ha två huvudsakliga roller. För det första handhar de det lagreglerade ansvaret för den lokala och regionala linjetrafiken. De beslutar i den rollen om trafikförsörjningsplanen och hur de ska agera med offentlig ersättning på marknaden för lokal och regional kollektivtrafik för att få till stånd en tillfredsställande kollektivtrafikförsörjning. De fattar alltså beslut om önskat utbud, kvalitet och pris. I den rollen agerar trafikhuvudmannen som en behörig myndighet.

För det andra finns övrig verksamhet som används som medel för att de ska leva upp till sitt ansvar. En stor uppgift för trafikhuvudmännen är att vara transportör, dvs. att ingå avtal om transporter med kunder som köper kollektivtrafiktjänster. De säljer och marknadsför resor under eget varumärke samt upphandlar underleverantörer som sköter driften av kollektivtrafik. Ett medel för trafikhuvudmännen är även, i varierande utsträckning, att äga regionala kollektivtrafikanläggningar såsom tunnelbana, spårvägar och bussterminaler.

I vissa län har trafikhuvudmannen beslutat att överlämna uppgiften att tillhandahålla linjetrafik till en eller flera av de länstrafikansvariga kommunerna för kollektivtrafik som berör dessa kommuners område. Den berörda kommunen ingår som regel i sin tur avtal med ett kollektivtrafikföretag som den själv äger, men det har även förekommit att kommunen ingår avtal efter att ett konkurrensutsatt anbudsförfarande genomförts.

Grundregeln enligt 5 § lagen (1997:734) om ansvar för viss kollektiv persontrafik är att trafikhuvudmannen ska vara ett kommunalförbund. Ett landsting som ensamt är länstrafikansvarig eller en kommun som är länstrafikansvarig, ska också vara trafikhuvudman. Om de länstrafikansvariga är överens om det, får dock trafikhuvudmannen, i stället för att vara ett kommunalförbund, vara ett aktiebolag som har bildats för ändamålet.

Trots huvudregeln i nuvarande lagstiftning är det för närvarande endast ett landsting som tillsammans med kommunerna i länet valt att organisera trafikhuvudmannen i kommunalförbund. Det är Kronobergs län där kommunalförbundet Regionförbundet Södra Småland har denna uppgift med det övergripande ansvaret för kollektivtrafiken i länet. I uppgiften ingår i huvudsak att upphandla, samordna, planera, utveckla och marknadsföra kollektiv-

trafik och anropsstyrd trafik i länet. All trafik utförs av privata entreprenörer och trafiken upphandlas i konkurrens.

I Skåne län har kommunerna och landstinget själva kommit överens om att landstinget ska vara länstrafikansvarig och därmed även trafikhuvudman. Ansvar har Skånetrafiken, som är en förvaltning inom Skåne läns landsting. Skånetrafiken bedriver inte själv driften av buss- eller tågtrafik, utan anlitar entreprenörer för detta.

I Stockholms och Gotlands län är landstinget respektive kommunen utpekade som länstrafikansvarig och trafikhuvudman. AB Storstockholms Lokaltrafik ägs helt av Stockholms läns landsting och har ansvar för kollektivtrafiken i Stockholms län. All trafik körs av företag som Storstockholms Lokaltrafik upphandlar i konkurrens. Bolaget bär även ansvaret för stora delar av infrastrukturen i kollektivtrafiken. Waxholms Ångfartygs AB ägs också helt av Stockholms läns landsting och är beställare av den kollektiva sjötrafiken i Stockholms skärgård och hamn.

I övriga 17 län har de länstrafikansvariga valt att organisera trafikhuvudmannen i aktiebolagsform. Dessa bolag är följande.

- *Blekingetrafiken AB* är ett aktiebolag som ägs gemensamt av Blekinge läns landsting och länets fem kommuner.
- *AB Dalatrafik* är moderbolag i en koncern där dotterbolagen Dalatrafik Service AB och Dalatrafik Bussgods AB ingår. Dalarnas läns landsting äger hälften av Dalatrafik AB och länets kommuner resten.
- *Hallandstrafiken AB* ägs till hälften av Hallands läns landsting och till andra hälften av länets kommuner i förhållande till folkmängd.
- *Jönköpings Länstrafik AB* ägs gemensamt av landstinget och de tretton kommunerna i Jönköpings län.
- *Kalmar Läns Trafik AB* ägs gemensamt av Kalmar läns landsting och länets tolv kommuner.
- *Länstrafiken i Jämtlands län AB* ägs av Jämtlands läns landsting och länets kommuner.
- *Länstrafiken i Norrbotten AB* ägs till hälften av Norrbottens läns landsting och till hälften av länets kommuner.
- *Länstrafiken Sörmland AB* ägs till hälften av Södermanlands läns landsting och till hälften av kommunerna i länet.

- *Länstrafiken Örebro AB* ägs till hälften av Örebro läns landsting och till hälften av kommunerna i länet.
- *Länstrafiken i Västerbotten AB* ägs till hälften av Västerbottens läns landsting och till hälften av kommunerna i länet.
- *Uppsala lokaltrafik AB* ägs gemensamt av Uppsala läns landsting och länets kommuner.
- *Värmlandstrafik AB* ägs av Värmlands läns landsting och kommunerna i länet.
- *Västernorrlands läns Trafik AB* ägs gemensamt av kommunerna i länet och Västernorrlands läns landsting.
- *Västmanlands Lokaltrafik AB* ägs till hälften av landstinget och till hälften av kommunerna i länet. Detta bolag äger i sin tur ett bolag som bedriver busstrafik.
- *Västtrafik AB* är Sveriges näst största kollektivtrafikföretag och ägs till hälften av Västra Götalands läns landsting och till hälften av alla 49 kommuner i Västra Götaland.
- *X-Trafik AB* ägs till hälften av Gävleborgs läns tio kommuner och till hälften av Gävleborgs läns landsting.
- *AB Östgötatrafik* ägs av Östergötlands läns landsting och länets kommuner.

Inget av dessa företag bedriver egen trafik, utan all trafik upphandlas. Kommunalt ägda bussbolag var tidigare vanliga men är nu färre än ett tiotal. Det finns en speciell utvidgning av den kommunala kompetensen för dessa bolag (se avsnitt 23.2).

År 2008 var kostnaderna för trafikhuvudmännens kollektivtrafik 29 miljarder kronor varav ca 15 miljarder kronor betalades av resenärerna eller bestod av andra affärsintäkter. Resten, närmare 14 miljarder kronor, täcktes med bidrag från kommuner och landsting.

Drygt hälften, 55 procent, av resorna med kollektivtrafik år 2008 gjordes i Stockholms län, 18 procent i Västra Götalands län och 11 procent i Skåne län. De tre storstadslänen svarade alltså för 84 procent av alla kollektivtrafikresor i Sverige. Mer än hälften av det totala antalet lokala och regionala resor i Sverige görs med buss och därefter, i storleksordning, tunnelbana, järnvägstrafik, spårväg och fartygstrafik.

## 11.4.2 Ny kollektivtrafiklag träder i kraft år 2012

### Regional kollektivtrafikmyndighet övertar myndighetsbeslut

Den 1 januari 2012 träder lagen (2010:1065) om kollektivtrafik i kraft, samtidigt som lagen (1997:734) om ansvar för viss kollektiv persontrafik upphör att gälla. Den nya lagen innebär förändringar i bl.a. kollektivtrafikens organisation. Strategiska beslut om kollektivtrafik, som i dag ofta fattas av länstrafikbolag, ska i stället fattas i förvaltningsform för ökad insyn och bättre samordning med annan samhällsplanering. Begreppen *trafikhusvudman* och *länstrafikansvariga* avskaffas och ersätts med *regional kollektivtrafikmyndighet*. I varje län ska det finnas en regional kollektivtrafikmyndighet.

I de län där kommunerna och landstinget gemensamt bär ansvaret för den regionala kollektivtrafiken ska den regionala kollektivtrafikmyndigheten organiseras som ett kommunalförbund. Detsamma gäller i de län där kommunerna ensamma bär ansvaret för den regionala kollektivtrafiken. I dessa fall kan de ansvariga även komma överens om att organisera den regionala kollektivtrafikmyndigheten som en gemensam nämnd i stället för ett kommunalförbund. I de län där landstinget ensamt bär ansvaret för den regionala kollektivtrafiken är i stället landstinget regional kollektivtrafikmyndighet. I Gotlands län är kommunen regional kollektivtrafikmyndighet.

Regeringen anförde i propositionen till grund för den nya lagen (prop. 2009/10:200, s. 72) att ansvaret för regional kollektivtrafik även fortsättningsvis ska vara gemensamt för landstinget och kommunerna i respektive län då denna ordning under de senaste decennierna har visat sig vara lyckad. Det är viktigt att varje kommuns behov och ambitioner avseende kollektivtrafik tas om hand. Kommunerna har andra viktiga verksamheter som har stark koppling till strategiska beslut om kollektivtrafik, främst beslut om bebyggelseplanering, skol- och näringslivsfrågor. Landstinget har ett regionalt perspektiv. Genom landstinget finns även en möjlighet att fördela nettokostnaden för kollektivtrafik på ett annat sätt än vad som är kopplat till den direkta nyttan för respektive kommun. Tillsammans har de kommunala myndigheterna en mängd olika verksamheter som påverkar kollektivtrafiken. Fortfarande ska man kunna överföra ansvaret till enbart landstinget eller kommunerna om alla är överens om detta.

Regeringen anförde i propositionen (s. 74) att den regionala kollektivtrafikmyndigheten kan hållas samman med andra myndighetsuppgifter i en gemensam organisation och att de samverkansorgan som bildats enligt lagen (2002:34) om samverkansorgan i länen, är en organisationsform som kan vara lämplig för uppgiften att vara regional kollektivtrafikmyndighet i de län där ett sådant kommunalförbund är bildat. Det bör dock vara frivilligt för kommuner och landsting att välja en sådan organisationsform. Med samverkansorgan avses en kommunal beslutande församling inom ett län med särskild uppgift att svara för regionala utvecklingsfrågor i länet. Ett samverkansorgan är antingen ett kommunalförbund som har samtliga kommuner i länet som medlemmar och där även landstinget kan ingå som medlem eller Gotlands kommun i Gotlands län.

Att de strategiska politiska besluten om regional kollektivtrafik fattas i förvaltningsform innebär att dagens möjlighet att låta ett aktiebolag handha de länstrafikansvarigas uppgifter avskaffas. Det ska i stället vara den regionala kollektivtrafikmyndigheten som ska besluta om länets trafikförsörjningsprogram och som uttrycker målen för kollektivtrafikförsörjningen och den regionala kollektivtrafiken.

Ett viktigt skäl till ändringen (samma prop., s. 76) är att det i dag i praktiken ofta är svårt att skilja trafikhuvudmännens två roller som behörig myndighet och kollektivtrafikföretag från varandra. Därför är det viktigt, enligt regeringens mening, att det införs en ordning som gör det möjligt att urskilja strategiska beslut från beslut om den övriga verksamheten som berör kollektivtrafik och därför behöver de först nämnda uppgifterna bedrivas i förvaltningsform.

### Vissa uppgifter kan dock överlämnas till aktiebolag

Den regionala kollektivtrafikmyndigheten ska dock kunna överlämna befogenheten att själv tillhandahålla kollektivtrafik och ingå avtal om allmän trafik till bl.a. en kommun eller ett aktiebolag. Därmed kan den regionala kollektivtrafikmyndigheten välja att låta den ekonomiska verksamheten finnas kvar i de existerande nuvarande aktiebolagen, med den viktiga skillnaden att de enbart får tillhandahålla kollektivtrafik på grundval av den s.k. allmänna trafikplikt som den regionala kollektivtrafikmyndigheten beslutat.

Dessutom kan den nuvarande ordningen att vissa trafik huvudmän har överlämnat befogenheten att tillhandahålla kollektivtrafik till kommuner inom sitt område finnas kvar. Myndigheten får även överlämna denna befogenhet till en kommun inom länet i fråga om kollektivtrafik som bedrivs inom denna kommuns område, inklusive trafik längs eventuella utgående linjer som sträcker sig in i angränsande kommuner. En regional kollektivtrafikmyndighet som överlämnar sin befogenhet att ingå avtal om allmän trafik till ett aktiebolag får även överlämna sin befogenhet att upphandla och samordna tjänster.

Ett beslut om att överlämna ovannämnda befogenheter fattas av den regionala kollektivtrafikmyndighetens beslutande församling. Är myndigheten organiserad som en gemensam nämnd ska i stället de i nämnden samverkande kommunerna (i förekommande fall även landstinget) genom sina fullmäktige fatta samstämmiga beslut om överlämnande.

Om inte annat överenskommes för regional kollektivtrafik i Stockholms län ska Stockholms läns landsting vara ansvarigt även framöver. Den särlösning som finns för Gotlands län behöver, enligt regeringens mening (samma prop., s. 77) finnas kvar eftersom det i detta län endast finns en kommun och inget landsting. Kommunalförbund kan därför aldrig komma i fråga i detta län.

Ytterligare en stor förändring i den nya kollektivtrafiklagen är att kollektivtrafikföretag fritt och inom alla geografiska marknadssegment får etablera kommersiell kollektivtrafik. Redan tidigare har riksdagen beslutat att öppna marknaden för persontrafik på järnväg från och med den 1 oktober 2010. Nu avskaffas även den begränsning som hindrat kommersiella bussföretag att bedriva lokal och regional kollektivtrafik.

### Effekter av den nya lagen

I propositionen till grund för den nya kollektivtrafiklagen bedömde regeringen att den nya institutionella ram som skapas kring kollektivtrafiken innebär en tydligare fördelning av ansvaret för myndighetsutövning och ekonomisk verksamhet där gränssnittet dem emellan synliggörs (prop. 2009/10:200, s. 102). Det gör att myndigheternas åtgärder på kollektivtrafikområdet och skälen för dessa kommer att framstå tydligare än i dag och det blir lättare att skilja myndighetsåtgärder från kommersiella åtgärder.

Regeringen bedömde vidare att effekterna för de offentligt ägda bolag som i dag är trafikhuvudmän är att dessa bolag, om deras ägare och uppdragsgivare väljer att till dem överlämna befogenheten att tillhandahålla kollektivtrafik och ingå avtal om allmän trafik, kan fortsätta med sin operativa verksamhet och med att upphandla operatörer och ingå avtal om trafikeringen. En ytterligare effekt är att de investeringar som under åren gjorts av de offentligt ägda trafikbolagen även fortsättningsvis tas tillvarata. Samtidigt förväntas en bättre konkurrens med ett större utbud av kollektivtrafik och ett ökat resande.



## 12 Kommunernas företag

### 12.1 Översikt

Sverige har 290 kommuner som varierar i storlek från några tusen invånare till drygt 810 000 invånare i Stockholms kommun. De verksamheter som alla kommuner är skyldiga att erbjuda avser social omsorg (äldre- och handikappsomsorg samt individ- och familjeomsorg), skola, plan- och byggfrågor, miljö- och hälso-skydd, renhållning och avfallshantering, vatten och avlopp, räddningstjänst, biblioteksverksamhet och bostadsförsörjning.

Det är frivilligt för kommuner att bedriva verksamhet inom bl.a. områdena fritid och kultur, teknisk service, energi och näringslivs-utveckling.

Finansieringen av verksamheten sker i huvudsak (ca 70 procent) genom skatter. Andra viktiga inkomstkällor är, liksom för landstingen, bidrag från staten och avgifter från brukarna. Kommunernas samlade nettokostnader uppgick år 2009 till 214 miljarder kronor.<sup>1</sup> Ungefär tre fjärdedelar av dessa kostnader avsåg verksamheter inom skola och omsorg.

Den verksamhet som kommunerna bedriver i bolagsform avser i huvudsak områdena transporter, fastigheter, energi, vatten och avlopp samt avfallshantering. Det är främst andra verksamheter än dessa som bedrivs i förvaltningsform. Därutöver finns också verksamheter organiserade i bolag inom t.ex. näringslivsutveckling och turism, kultur och fritid, försäkring och övriga tjänster. Nettoomsättningen i kommunalt ägda företag år 2008 uppgick till 160 miljarder kronor.<sup>2</sup>

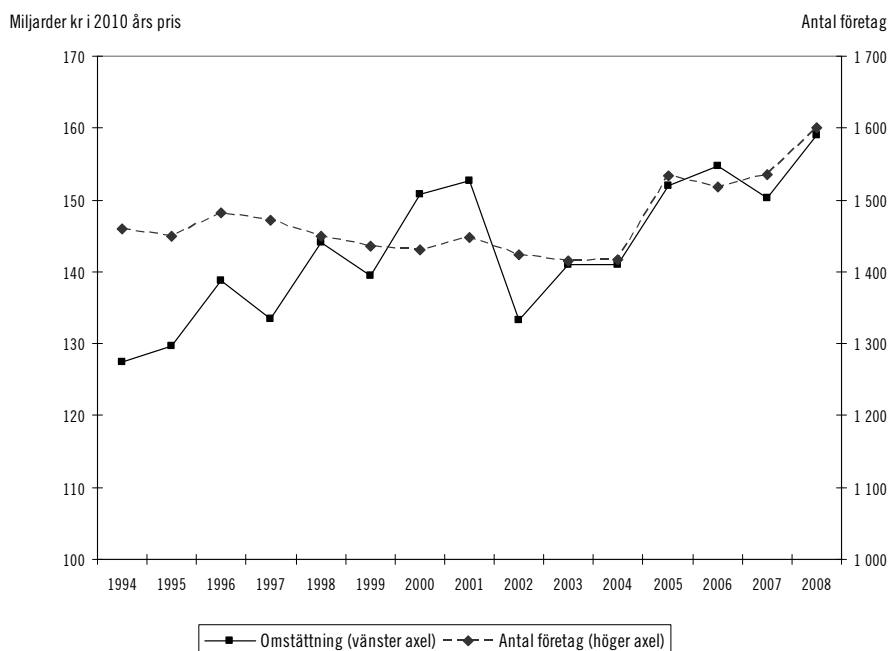
Antalet kommunala företag och deras samlade nettoomsättning har under de senaste femton åren ökat något.

---

<sup>1</sup> Källa: SCB, Kommunernas räkenskaper.

<sup>2</sup> Källa: SCB, Offentligt ägda företag.

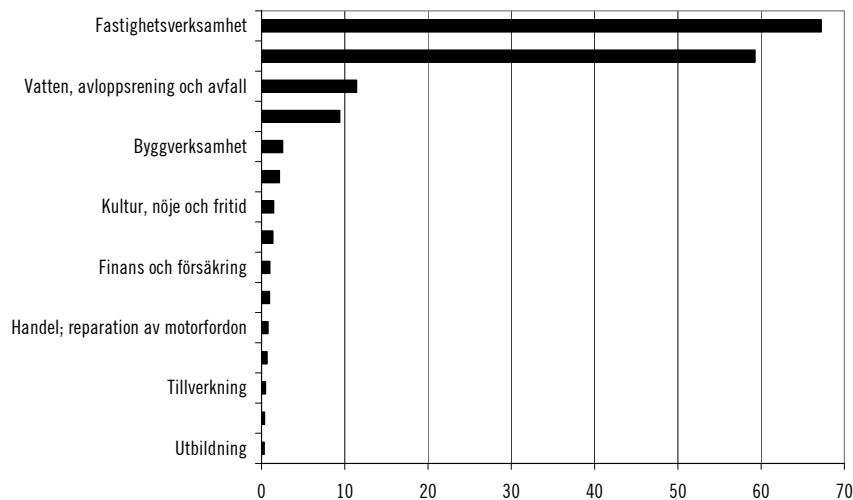
**Figur 12.1 Nettoomsättning i kommunala företag i 2010 års pris samt antal företag<sup>3</sup> (bruten skala)**



Bland de kommunägda företagen finns den största andelen av omsättningen hos de som tillhandahåller företags- och fastighetstjänster, inkluderat de kommunala bostadsbolagen och energibolagen. Några av de största kommunägda bolagen är Göteborg Energi AB, AB Svenska Bostäder, Skellefteå Kraft AB och Telgekraft AB. Även inom transportverksamheten samt vatten, avlopp och avfall är omsättningen betydande.

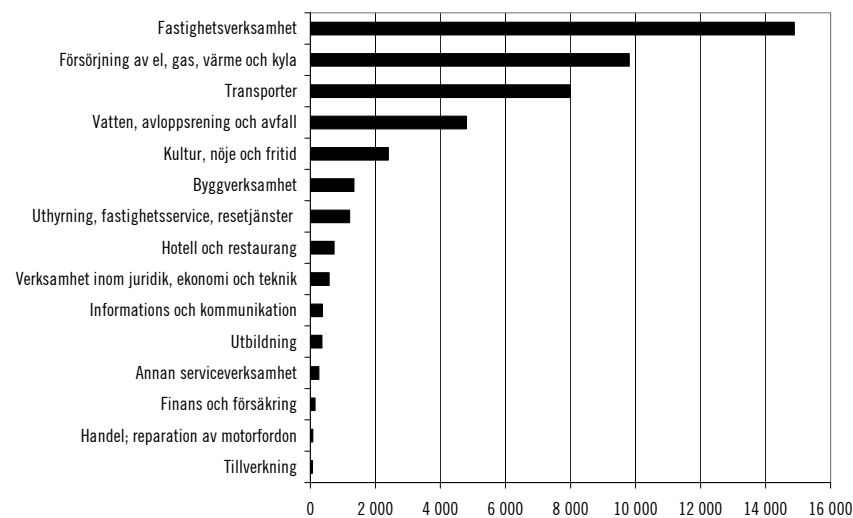
<sup>3</sup> Källa: SCB, Offentligt ägda företag.

**Figur 12.2 Nettoomsättning i kommunalt ägda företag fördelade efter bransch, miljarder kronor, år 2008**



Antalet anställda i kommunalt ägda företag är ca 45 000 vilket motsvarar en procent av det totala antalet sysselsatta i Sverige och ca fem procent av de sysselsatta i kommunal sektor.

**Figur 12.3 Antal anställda i kommunalt ägda företag fördelade efter bransch, år 2008**



Den vanligaste företagsformen bland kommunalt ägda företag är aktiebolag, kring 95 procent. Övriga är stiftelser, handels- och kommanditbolag samt ideella och ekonomiska föreningar.

Övriga företagsformer kan innehålla verksamheter av mycket skiftande karaktär. Ett exempel är Sveriges Kommuner och Lands-  
ting (SKL) som är en ideell förening där Sveriges samtliga kom-  
muner och landsting är medlemmar. SKL är i sin tur hel- eller del-  
ägare i tio bolag.<sup>4</sup>

De kommunalt ägda bolagen är omkring 1 600 till antalet. Av dessa har ett knappt hundratal också en privat ägare, i de flesta fall gäller detta energi- och fastighetsbolag.

En sammanfattande tabell över de kommunalt ägda företagen ger följande information.

**Tabell 12.1 Kommunalt ägda företag, år 2008<sup>5</sup>**

	Antal företag	Antal anställda	Nettoomsättning, miljoner kr
Fastighetsverksamhet	692	14 878	67 229
Försörjning av el, gas, värme	302	9 807	59 258
Vattenförsörjning och avfallshantering	88	4 797	11 420
Transport	94	7 988	9 411
Tjänster inom kommunikation, finans, försäkring, juridik, ekonomi, teknik	158	1 087	3 330
Byggverksamhet	41	1 334	2 539
Uthyrning, fastighetsservice, resetjänster	47	1 204	2 146
Kultur, nöje, fritid	52	2 400	1 470
Handel	9	73	783
Hotell- och restaurangverksamhet	27	727	672
Tillverkning	9	63	478
Annan serviceverksamhet	21	261	376
Utbildning	16	351	338
Övrigt	19	13	99
Summa	1 575	44 983	159 550

Det bör framhållas att indelningen i olika kategorier inte är själv-  
klar. Det finns ett stort antal företag som bedriver verksamhet  
inom flera olika områden. Det finns kommunala företag som be-

<sup>4</sup> Källa: SKL:s årsredovisning 2008.

<sup>5</sup> Källa: SCB, Offentligt ägda företag.

driver verksamhet inom t.ex. områdena energi, avfall, vatten och telekommunikation. Varje företag har dock i SCB:s redovisning – och därför i tabellen – hänförs till en enda verksamhetskategori. De kommunägda företagen har en jämn geografisk spridning över riket om man delar in dem per län och jämför med befolkningen. I viss mån avviker Stockholms län som har en förhållandevis låg andel bolag i förhållande till sin befolkningsandel. Västra Götaland har också ett förhållandevis stort antal sysselsatta i sina företag, det är framför allt företag i Göteborgs kommun som står för det höga antalet.

**Tabell 12.2 Antal kommunägda företag fördelade per län, år 2008**

År 2008	Andel av befolkning 1 nov 2008	Andel av kommunägda företag	Antal företag
Stockholms län	<b>21%</b>	<b>11%</b>	178
Uppsala län	4%	3%	42
Södermanlands län	3%	3%	40
Östergötlands län	5%	5%	78
Jönköpings län	4%	5%	85
Kronobergs län	2%	3%	41
Kalmar län	3%	4%	70
Gotlands län	1%	0%	4
Blekinge län	2%	2%	35
Skåne län	13%	11%	166
Hallands län	3%	2%	35
Västra Götalands län	<b>17%</b>	<b>17%</b>	266
Värmlands län	3%	4%	65
Örebro län	3%	4%	59
Västmanlands län	3%	3%	46
Dalarnas län	3%	5%	72
Gävleborgs län	3%	4%	65
Västernorrlands län	3%	4%	59
Jämtlands län	1%	2%	33
Västerbottens län	3%	5%	71
Norrbottens län	3%	4%	65
<b>Summa</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>1 575</b>

Tabellen ovan ger inte en helt rättvisande bild för enskilda kommuner. Benägenheten att bilda företag varierar starkt mellan olika kommuner.

I följande avsnitt görs en genomgång av de större områdena för kommunala bolag med fördjupning på vissa områden som i särskild stor utsträckning kan vara berörda av frågan huruvida ett in house-undantag bör införas eller ej. De områden som följer är renhållning och avfallshantering, energi, fastigheter samt kommunala tjänsteföretag – exemplet försäkringsverksamhet.

## 12.2 Renhållning och avfallshantering

### 12.2.1 Om avfallshantering

Ett av de områden som i hög utsträckning berörs av utredningens uppdrag är renhållning och avfallshantering. Avfallshanteringen i Sverige styrs i huvudsak av regler från EU-rätten om avfall, bl.a. det sk. avfallsdirektivet (2008/98/EG). I Sverige finns regler i huvudsak i miljöbalken (1998:808) och avfallsförordningen (2001:1063). I avfallsförordningen anges också att varje kommun ska besluta om en renhållningsordning som ska antas av fullmäktige med föreskrifter om vad som ska gälla för avfallshanteringen samt en avfallsplan för avfall inom kommunen.

Kortfattat innebär dessa regler att avfall ska hanteras på sådant sätt att största möjliga miljö- och samhällsnytta uppnås. I detta arbete ingår flera olika aktörer. Producenterna är skyldiga att se till att avfall som är hänförligt till deras verksamhet samlas in, transporteras bort, återvinns och återanvänds eller bortskaffas, det s.k. producentansvaret. Kommunerna ansvarar för att hushållsavfall inom kommunen, genom kommunens försorg eller av den som kommunen anlitar, transporteras till en behandlingsanläggning, återvinns eller bortskaffas. Ansvaret motsvaras av en odelad rätt till transport, återvinning och bortskaffande av hushållsavfall inklusive därmed jämförligt avfall från verksamheter. Verksamhetsutövare ansvarar själva för omhändertagandet av det avfall som inte är hushållsavfall. Hushållen och verksamhetsutövare (avseende hushållsavfall) har skyldighet att sortera ut returpapper, förpackningar, elavfall, batterier och grovsopor och lämna detta avfall till de insamlingssystem som finns. Hushållen har också skyldighet att följa reglerna för avfallshanteringen i kommunen.

Omkring hälften av landets kommuner hanterar hela eller delar av sitt ansvar för avfallshanteringen via bolag och omkring hälften av kommunerna via egen förvaltning eller kommunalförbund.<sup>6</sup>

Avfall ska enligt avfallsdirektivet hanteras utifrån sina egenskaper. Det avfall som uppkommer ska i första hand återanvändas om det är möjligt, i andra hand återvinnas. Återvinning kan ske genom att materialet eller energin återvinns eller att näringsämnen går in i ett kretslopp. Bland återvinningsmetoderna finns exempelvis olika biologiska behandlingsmetoder som kompostering eller rötning, materialåtervinning för olika sorterade avfall samt förbränning med energiutvinning i särskilt anpassade förbränningsanläggningar. I sista hand kan deponering vara den enda lämpliga behandlingsmetoden.

För kommunens kostnader för insamling, transport, återvinning och bortskaffande av avfall får kommunen ta ut en avgift som fastställs av kommunfullmäktige och som ytterst betalas av hushållen. Renhållningsavgiften täcker oftast kommunens hela kostnad för avfallshanteringen, men underskott får skattefinansieras. I miljöbalken (27 kap. 5 § andra stycket) anförs att avgiften ska bestämmas till högst det belopp som behövs för att täcka nödvändiga planerings-, kapital- och driftskostnader för renhållningen. Från dessa kostnader ska räknas av kostnaderna för användning av anläggningar eller utrustning för andra ändamål än renhållning. Avgiften får tas ut på ett sådant sätt att återanvändning, återvinning eller annan miljöanpassad avfallshandling främjas.

### 12.2.2 Om avfallsmarknaden och dess infrastruktur

Avfallsmarknaden består av en mängd delmarknader med olika förutsättningar. Detta följer av att avfallshanteringen består av flera olika hanteringssteg och att olika delmarknader är mer eller mindre reglerade. På dessa delmarknader har både privata företag och kommuner verkat sedan lång tid och agerat som köpare och säljare av avfallstjänster.

De företag som i SCB:s företagsregister har angett att verksamheten helt eller delvis består av insamling, behandling och bortskaffande av farligt och icke-farligt avfall uppgår till ca 450<sup>7</sup>, samtliga ägarformer inkluderade. Av dessa har ca 330 företag angett att

<sup>6</sup> Källa: Avfall Sverige.

<sup>7</sup> Avser SNI-koder som börjar med 381 och 382.

avfallshanteringen är företagets huvudbransch, i övriga fall har företagen angett avfallshandling som ett komplement till annan verksamhet (dessa övriga företag kan vara kommunala bolag som bedriver verksamhet inom områdena energi, vatten och avlopp men även t.ex. transportföretag). Av det totala antalet företag är ca 60 kommunalt ägda aktiebolag varav de flesta har avfallshandling som sin huvudverksamhet och en omsättning som överstiger 20 miljoner kronor.

Ca 80 procent av de totalt 450 företagen har en omsättning som är mindre än 50 miljoner kronor och av dessa ligger flertalet även under 10 miljoner kronor i omsättning och har ett fåtal anställda eller är enmansföretag. De kommunala företagens omsättning överstiger i de allra flesta fall 20 miljoner kronor.

Utöver ovanstående företag som hanterar insamling, bortskaffning och behandling av avfall finns också företag som helt eller delvis ägnar sig åt materialåtervinning<sup>8</sup>. Dessa är ca 340 till antalet varav endast fyra är kommunala (samt under gränsen för 100 miljoner kronor i omsättning). Här är andelen småföretag ännu mer utpräglad, mindre än en tiondel av företagen har fler än tjugo anställda. Ca 200 företag har högst fyra anställda. Här finns olika sorters företag avseende verksamhet och storlek. Verksamheten avser allt från förhållandevis avancerad miljö- och återvinningsteknik till exempelvis mera traditionella s.k. bilskrotar. Den senare kategorin dominerar till antalet.

Hela sektorn för avfall och återvinning omsätter cirka 32 miljarder kronor. Kommunernas ansvar för omhändertagandet av hushållsavfall omsätter i storleksordningen cirka 6 miljarder kronor.<sup>9</sup> Nästan två tredjedelar av insamlingen sköts av privata entreprenörer. Här dominerar Ragn-Sells AB och SITA AB men även mindre entreprenörer med lokal förankring är vanliga. När det gäller behandlingen (dvs. kompostering, rötning, förbränning eller deponering) av hushållsavfallet tas större delen om hand av kommunerna eller deras bolag, vilket bl.a. beror på att behandlingskapaciteten är en del av infrastrukturen som sedan länge varit en del av kommunernas samhällsbyggnad.<sup>10</sup>

För det avfall som kommer från verksamhetsutövare råder en likartad bild, de privata entreprenörerna har en större del av marknaden för insamling och transport medan kommunala avfallsbolag

---

<sup>8</sup> Källa SCB:s företagsregister. Dessa företag innehåller SNI-koder som börjar på 383.

<sup>9</sup> Källa: Avfall Sverige.

<sup>10</sup> Källa: Naturvårdsverkets rapport *Marknaden för avfallshandling*, 2004.



har ett betydande inflytande på behandlingsledet. Införandet av producentansvaret samt inskränkningar i kommunernas ansvar för farligt avfall och verksamhetsavfall förefaller ha medfört att privata företag ökat sin marknadsandel.<sup>11</sup>

I avfallsförbränningsanläggningar som producerar fjärrvärme hanteras nästan hälften av hushållsavfallet i Sverige<sup>12</sup>. Det finns ett trettiotal förbränningsanläggningar varav de allra flesta ägs av kommunala bolag. Ett fåtal anläggningar ägs av Vattenfall AB, EON AB eller Fortum AB. Dessa anläggningar kräver stora investeringar på i storleksordningen flera hundra miljoner kronor och uppåt. Under de senaste tio åren har investeringar gjorts för ca 27 miljarder kronor i förbränningsanläggningar, varav huvuddelen gjorts av kommunala bolag.<sup>13</sup>

Det finns ca 130 avfallsanläggningar där hanteringen sker genom deponering, dvs. en mera traditionell soptipp. Deponeringsanläggningen är sällan en renodlad deponi utan också plats för sorterings- och återvinningsanläggningar där endast en mindre del av avfallet faktiskt deponeras utan i stället återvinns. Kommunernas bemannade återvinningscentraler för mottagning av avfall, grovavfall, trädgårdsavfall, elavfall, farligt avfall m.m. som hushållen själva transporterar för avlämning (i mindre omfattning även företag) finns det drygt 600 av runt om i landet. Ca 30 procent av hushållsavfallet lämnas in på dessa anläggningar, framförallt i form av grovavfall, farligt avfall och elektronik.<sup>14</sup> Riksdagens långsiktiga mål är att deponianläggningarna helt ska försvinna och allt avfall återvinnas.

Återvinning genom biologisk återvinning sker vid anläggningar för kompostering och rötning. Det finns 24 komposteringsanläggningar och 17 anläggningar för biogashantering, i huvudsak kommunala. Investeringskostnaden i anläggningar för biologisk återvinning är i storleksordningen 60–100 miljoner kronor.

Behandling av avfall görs i hög utsträckning av kommunerna eller kommunala bolag vilka äger de flesta förbrännings- och behandlingsanläggningarna. Avfallet omvandlas, enkelt uttryckt, till energi som förs vidare till konsumenterna via el- och fjärrvärmenät. I genomförandet av sådana sammanbyggda systemlösningar är Sverige bland de mest framstående länderna i världen när det gäller

<sup>11</sup> Källa: Naturvårdsverkets rapport: *Marknaden för avfallshantering*, 2004.

<sup>12</sup> Källa om anläggningar: Avfall Sveriges skrift *Svensk avfallshantering 2009* samt hemsida.

<sup>13</sup> Källa: Avfall Sverige.

<sup>14</sup> Avfall Sverige, *Utveckling av en bättre avfallsterminologi på återvinningscentraler – kartläggning och empiriska försök*, rapport U2009:22.

effektiva lösningar inom fjärrvärme, vattenrening och avfallshandling. Till viss del har detta sin grund i en god kommunal planering där avfall, fjärrvärme och även vattenförsörjning hanterats samlat och ofta i kommunala bolag där omfattande värden avseende infrastrukturen inom dessa områden har byggts upp och samordnats i syfte att nå högt ställda miljömål.

### 12.3 Energiverksamhet

Enligt SCB finns det ca 300 kommunalt ägda företag som bedriver verksamhet inom försörjning av el, gas, värme och kyla, fortsättningsvis energiföretag. Antalet har varit ganska konstant sedan mitten på 1990-talet. Deras sammanlagda omsättning uppgick år 2008 till ca 59 miljarder kronor. Samtliga företag i Sverige i denna näringsgren uppgår till ett antal om ca 1 500.

Som redovisats tidigare är det inte ovanligt att verksamhet avseende energi, avfall och även vattenförsörjning finns i samma bolag.

Användarna av energi kan delas in i tre sektorer, nämligen bostäder och service, industri samt transporter. Sektorernas energi-användning inom landet var 395 TWh år 2008 och konsumtionen av el var detta år drygt 129 TWh el.

Produktionen av el domineras av Vattenfall, E.ON Sverige och Fortum som tillsammans svarar för ca 85 procent av elproduktionen, vilken baseras till tre fjärdedelar på vattenkraft och kärnkraft. El (råkraft) handlas därefter på den nordiska elbörsen, Nordpool. Elen distribueras via elnäten som ägs av ca 170 nätföretag. Det finns kommunala företag som äger lokala nät.

En viktig marknad för kommunala företag är fjärrvärmemarknaden. Fjärrvärme är den vanligaste uppvärmningsformen för flerbostadshus och lokaler och den dominerande uppvärmningsformen i 245 av Sveriges 290 kommuner. Fjärrvärme svarar för cirka hälften av det totala uppvärmningsbehovet i Sverige. Under år 2008 levererades drygt 48 TWh fjärrvärme. Av de totala leveranserna gick ungefär 60 procent till flerbostadshus och småhus, omkring 30 procent till uppvärmning av servicesektorns lokaler och 10 procent till industrin. Fram till i början av 1980-talet bedrevs de flesta fjärrvärmeverksamheter i kommunal förvaltningsform. Därefter har merparten av dessa fjärrvärmeverksamheter omvandlats till kommunala aktiebolag. Under 1996 skedde en omreglering av

el- och fjärrvärmemarknaden. Ändringar av marknadsstrukturen har fått till följd att det kommunala ägandet av fjärrvärmeverksamhet har minskat betydligt. Numera står kommunala fjärrvärmeföretag för drygt 60 procent av mängden distribuerad fjärrvärme i landet medan de privat ägda fjärrvärmeföretagen svarar för drygt 20 procent. Resterande del står de statligt ägda fjärrvärmeföretagen för. För närvarande finns omkring 220 fjärrvärmeföretag i landet.<sup>15</sup>

På fjärrvärmemarknaden finns, som redovisats i avsnitt 12.2, ofta en mycket nära koppling med kommunala bolag som hanterar avfall eftersom avfallet som levereras till de kommunala fjärrvärmeverket omvandlas till energi. Att en del av infrastrukturen på detta område i hög utsträckning varit kommunalt ägd har underlättat för kommunerna att bygga ihop avfallshantering och energiproduktion.

## 12.4 Fastighetsverksamhet

Det finns enligt SCB ca 700 kommunalt ägda företag som bedriver fastighetsverksamhet med en sammanlagd omsättning om ca 67 miljarder kronor.

Av dessa är ca 300 kommunala bostadsföretag som tillsammans äger och förvaltar drygt 800 000 bostäder. De har en sammanlagd nettoomsättning om ca 55 miljarder kronor.<sup>16 17</sup>

Det övergripande allmännyttiga syftet för ett kommunalt bostadsföretag är att främja bostadsförsörjningen i kommunen. I detta ingår exempelvis att tillgodose olika bostadsbehov, såsom för grupper med särskilda behov eller som av olika skäl har en svag ställning på bostadsmarknaden, samt att även tillhandahålla ett varierat bostadsutbud av god kvalitet som kan attrahera olika hyresgäster. Detta är också orsaken till att företagen en gång bildades. Sedan länge har kommunala bostadsföretag varit ett viktigt verktyg för kommunerna att främja en väl fungerande bostadsförsörjning. Det är dock inte det enda medel som kommunerna har till sitt förfogande och det har heller aldrig varit obligatoriskt för kommunerna att bilda ett kommunalt bostadsföretag.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Prop. 2007/08:60, *Fjärrvärmelag m.m.*

<sup>16</sup> Källa: SABO.

<sup>17</sup> Årsredovisning för Stockholms Stadshus AB.

<sup>18</sup> Ds 2009:60, *Allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag – övervägande och förslag.*

De allmännyttiga bostadsföretagen<sup>19</sup> står för närmare hälften av utbudet av hyreslägenheter i Sverige. De villkor som styr dessa företags agerande på marknaden får därför ett mycket stort genomslag på hela marknadens funktionssätt. Regelverket kring de allmännyttiga och kommunala bostadsföretagen har ändrats över åren. Uppbyggnaden av företagen skedde med förmånliga finansieringsvillkor. Sedan lång tid är dock alla sådana villkor desamma för alla bostadsföretag, liksom skattereglerna. Det som i dag återstår av särskilda regler är bl.a. en begränsning av utdelningar till ägarna och en normerande roll för kollektivt förhandlade hyror.

Beträffande kommunala bostadsbolag har regeringen i propositionen *Allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag och reformerade hyressättningsregler* (prop. 2009/10:185, s. 29 ff.) gjort bedömningen att i de fall en kommun väljer att inte utföra en bostadsförsörjningsåtgärd i egen regi ska uppdraget att utföra åtgärden lämnas med iakttagande av bestämmelserna i LOU. Någon särskild reglering om detta har inte bedömts behövas.

Utöver bostadsföretag äger kommunerna också bolag som hanterar andra former av fastighetsverksamhet. Det kan t.ex. vara bolag som äger eller förvaltar lokaler för den egna kommunala verksamheten såsom skollokaler eller lokaler för olika former av omsorg (t.ex. sjukhem, servicehus, behandlingshem och grupp-bostäder). Det finns också kommunala bolag som hyr ut lokaler för kontor, butik, lager, industri samt evenemang och idrott. Ytterligare andra kommunala fastighetsbolag har till uppgift att förvalta kulturbyggnader eller att exploatera och utveckla olika projekt som är knuten till en viss fastighet.

## 12.5 Kommunala tjänsteföretag – exemplet försäkringsverksamhet

Utöver ovanstående traditionellt betydande områden beträffande kommunala företag är också kommunalt ägda företag inom tjänstesektorn vanliga. Inom områdena information och kommunikation, finans och försäkring, juridik, ekonomi, vetenskap, teknik, uthyrning, fastighetsservice, resetjänster och andra stödtjänster finns ett par hundra företag enligt SCB. Det är företag med mycket skiftande inriktning och storlek. Oftast är det verksamheter som ger

---

<sup>19</sup> I lagen (2010:879) om allmännyttiga kommunala bostadsföretag finns bestämmelser om sådana företag.

stöd och service till de mer typiska kommunala kärnverksamheterna. I det följande behandlas ett sådant område som berör många kommuner, nämligen försäkringar.

I Sverige kan försäkringsverksamhet drivas i försäkringsaktiebolag, ömsesidiga försäkringsbolag och understödsföreningar, även kallade försäkringsföreningar. Den svenska försäkringsmarknaden består av ca 140 försäkringsaktiebolag, drygt 200 ömsesidiga försäkringsbolag och ett 70-tal understödsföreningar.

En del av försäkringsverksamheten består av s.k. återförsäkring. Återförsäkring innebär att försäkringsbolaget försäkrar sina egna åtaganden hos andra försäkringsbolag, s.k. återförsäkringsbolag. Genom att riskerna sprids till flera olika bolag blir det enklare att t.ex. hantera en stor skada för ett försäkringsbolag som säljer direkt mot försäkringskunder. Återförsäkring ger direktförsäkringsföretagen en möjlighet att öka sin teckningskapacitet och även tillfälle att minska kapitalkostnaderna. Dessutom spelar försäkringsformen en avgörande roll för att säkra den finansiella stabiliteten i företagen. Återförsäkring underlättar således en större riskspridning på internationell nivå och fyller därmed en viktig funktion för direktförsäkringsföretagen.<sup>20</sup>

Kommuner försäkrar i vissa fall sin verksamhet i försäkringsbolag som de själva äger. Ett viktigt skäl för svenska kommuner att äga försäkringsbolag är att kunna köpa återförsäkring på ett kostnadseffektivt sätt. Det finns i dag ett begränsat antal internationella företag som kan teckna återförsäkring i en omfattning som krävs för kommunernas verksamhet. Endast andra försäkringsbolag får köpa återförsäkringar i dessa företag. Därigenom, i kombination med skadeförebyggande insatser, kan kostnaderna för skador och försäkringar hållas nere. Även flertalet större industrikoncerner har en sådan verksamhet, så kallade captivebolag, vars enda uppgift är att försäkra eller återförsäkra valda delar av moderbolagets och övriga koncernbolags risker.

Drygt 100 kommuner är ägare till eller delägare i kommunala försäkringsbolag (därmed inte sagt att dessa kommuner har all verksamhet försäkrad i sina bolag). Dessa är:

- Svenska Kommun Försäkrings AB (SKFAB) som ägs av kommuner från i huvudsak mellersta och norra Sverige,

---

<sup>20</sup> Prop. 2007/08:40 Återförsäkring, s. 51.

- S:t Erik Försäkrings AB och S:t Erik Liv Försäkrings AB som ägs av Stockholms kommun,
- Försäkrings AB Göta Lejon som ägs av Göteborgs kommun,
- KommunassuransSyd Försäkrings AB (KSFAB) som ägs av kommuner i södra Sverige,
- Förenade Småkommuners Försäkrings AB som ägs av mindre kommuner, samt
- Stockholmsregionens Försäkrings AB som ägs av kranskommuner kring Stockholm.

De större kommunerna har således helt egna försäkringsbolag. Stockholms kommun äger S:t Erik Försäkring AB som bildades 1986 och ingår i kommunens bolagskoncern (Stockholms Stadshus AB är moderbolag). S:t Erik Försäkring försäkrar anläggningar som ägs av Stockholms kommun eller dess bolag.<sup>21</sup> Drygt hälften av verksamheten avser försäkringar för andra bolag i koncernen, övriga delar avser försäkringar för stadens förvaltningar. S:t Erik Försäkring administrerar även inköp av försäkringar åt kommunens förvaltningar och bolag för sådana syften där man inte själv erbjuder försäkringar. Det gäller till exempel olycksfallsförsäkringar för stadens skolelever. Bolaget har sex anställda. Syftet med verksamheten är att antalet skador ska minska och att konsekvenserna av dessa begränsas för att minimera försäkringspremierna och därigenom bidra till att sänka den totala riskkostnaden inom Stockholms kommuns koncern, bl.a. genom att nå en så bred marknad som möjligt beträffande köp av återförsäkring.

Stockholms kommun äger även S:t Erik Livförsäkring AB som tar över och försäkrar skulder från dotterbolag i koncernen avseende deras tjänstepensioner.<sup>22</sup> Genom bildandet av dessa bolag har kommunen kunnat effektivisera sin försäkringsverksamhet och därmed också minska risker och kostnader. Tidigare var dessa verksamheter i huvudsak oförsäkrade och eventuella skador betalades när de uppstod.

Även Göteborgs kommun har ett eget försäkringsbolag, Försäkrings AB Göta Lejon. Det är ett helägt dotterbolag till Göteborgs Kommunala Förvaltnings AB som i sin tur ägs av Göteborgs

---

<sup>21</sup> Årsredovisning 2009, S:t Erik Försäkring AB samt hemsida.

<sup>22</sup> Årsredovisning 2008, Stockholms Stadshus AB.

kommun. Bolagets huvudsakliga tjänster är försäkring, säkerhet och rådgivning till kommunens förvaltningar och bolag.<sup>23</sup>

Många kommuner har gått samman i gemensamt ägda försäkringsbolag. Kommunassurans Syd Försäkrings AB (KSFAB) startades år 2005 av kommuner i södra Sverige som ville få bättre offerter för sitt försäkringsskydd samt skärpa konkurrensen på marknaden och stimulera delägarna i deras skadeförebyggande arbete. Bolaget erbjuder sina ägare sak- och ansvarsförsäkringar. Offert lämnas endast till delägare och till delägarnas hel- eller delägda bolag. Bolaget har 46 delägare vilka är kommuner och kommunägda företag från Skåne, Småland, Blekinge, Halland och delar av Västra Götaland. Kommunerna anger att de handlar upp sitt försäkringsbehov i konkurrens enligt LOU varför KSFAB är fullt konkurrensutsatt.<sup>24</sup>

Ett annat interkommunalt bolag är Svenska Kommun Försäkrings AB (SKFAB) som erbjuder försäkringar och försäkringskunnande till sina ägarkommuner och deras bolag. Bolaget ägs av kommunerna i Gävle, Sundsvall, Kiruna, Piteå, Uppsala, Trollhättan, Helsingborg, Örnsköldsvik och Umeå. Dessutom är Trondheims kommun delägare i bolaget. Att bli aktieägare i SKFAB är endast öppet för kommuner, SKFAB är enligt sin bolagsordning förhindrad att verka på en marknad utanför aktieägarkretsen. Bolaget har bildats för att aktieägarna, och de associationer som aktieägarna helt eller delvis äger, i kommunal samverkan långsiktigt och till så förmånliga villkor som möjligt ska få ett välanpassat försäkringsskydd. Dessutom koordinerar och leder bolaget det risk- och skadeförebyggande arbetet för delägarkommunerna, främst för att förhindra anlagda bränder. SKFAB är en stor köpare av återförsäkring med ett samlat försäkringsvärde på 157 miljarder kronor.<sup>25</sup>

Förenade Småkommuners Försäkrings Aktiebolag (FSF AB) bildades år 2008 av kommuner i Askersund, Bengtsfors, Berg, Bräcke, Eda, Essunga, Grästorp, Jokkmokk, Lekeberg, Ockelbo, Ovanåker, Skinnskatteberg, Smedjebacken, Vadstena, Valdemarsvik, Vansbro, Vingåker, Älvdalen, Älvkarleby, Älvsbyn och Ödes hög. Motivet var att de mindre kommunerna under en längre tid mött växande problem på en försäkringsmarknad med allt högre premier och sämre övriga villkor. Genom en låg skadefrekvens och

---

<sup>23</sup> Årsredovisning 2009.

<sup>24</sup> Årsredovisning 2009 samt hemsida.

<sup>25</sup> Årsredovisning 2009 SKFAB.

ett aktivt skadeförebyggande arbete är målsättningen att på återförsäkringsmarknaden uppnå långsiktigt fördelaktiga försäkringslösningar för deltagande kommuner. Bolaget är öppet för nya småkommuner med högst 20 000 invånare att ansluta sig.

Stockholmsregionens Försäkring AB är ett aktiebolag (bildat år 2008) vars ägare är 20 av 26 kommuner inom Stockholms län (dock ej Stockholms kommun).<sup>26</sup>

Sammanfattningsvis har dessa företag bildats i syfte att effektivisera försäkringsverksamheten och i många fall också bredda marknaden och därigenom kunna erhålla bättre anbud vid köp av försäkringar. Även om det finns förhållandevis många privata försäkringsbolag är hela försäkringsmarknaden starkt koncentrerad till några större bolag där de fyra största försäkringsbolagens sammanlagda marknadsandel uppgår till 83 procent på skadeförsäkringsmarknaden.<sup>27</sup> Försäkringsmarknaden för kommuner domineras av Trygg-Hansa och Länsförsäkringar, vilka tillsammans har ca tre fjärdedelar av hela marknaden för kommunförsäkringar.<sup>28</sup> De kommunala försäkringsbolagen har tillsammans ca en tiondel av marknaden och bildandet av dessa bolag har därmed bidragit till fler aktörer på marknaden med en breddad konkurrens.

---

<sup>26</sup> Årsredovisning 2009 samt bolagets hemsida.

<sup>27</sup> Konkurrensverket, *Åtgärder för bättre konkurrens – konkurrensen i Sverige*, 2009, s. 206.

<sup>28</sup> Marsh: Försäkringsmarknaden 2010.



## 13 Verksamhet i kommunalförbund och gemensamma nämnder

Samverkan mellan kommuner och landsting kan ske i flera former t.ex. genom avtal, kommunalförbund, gemensamma nämnder och kommunala företag. I följande avsnitt beskrivs omfattning, inriktning och finansiering för verksamhet i kommunalförbund samt i viss mån för verksamhet i gemensamma nämnder.

Kommunalförbundet är en offentligrättslig juridisk person som har egen rättskapacitet och är fristående i förhållande till sina medlemskommuner. Kommuner och landsting får bilda kommunalförbund och lämna över vården av kommunala angelägenheter till sådana förbund enligt bestämmelser i kommunallagen (1991:900). En beskrivning av regelverket för kommunalförbund återfinns i avsnitt 8.1, där också frågor om upphandlingsskyldighet behandlas.

Även gemensamma nämnder regleras i kommunallagen. Sådana är inte egna juridiska personer utan ingår formellt i en av de samverkande kommunernas eller landstingens organisation. Regelverket beskrivs i avsnitt 8.2. Där behandlas också frågor om upphandlingsskyldighet beträffande gemensamma nämnder.

### 13.1 Kommunalförbund

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 som ingick i något kommunalförbund. Av dessa 246 ingick 108 kommuner i ett kommunalförbund och resterande 136 i två eller flera förbund. Andelen kommuner som ingick i kom-

municipalförbund har ökat över tiden. År 2002 var andelen 79 procent och år 1999 var andelen 63 procent av kommunerna.<sup>1</sup>

Kommunalförbunden finns registrerade hos SCB. År 2008 fanns 104 förbund registrerade som redovisat resultat- och balansräkning. Kommunalförbunden är verksamma inom följande områden.

- Kommunalförbunden med störst omfattning finns inom *utbildningsverksamheten* och de utgör i huvudsak samarbeten inom gymnasie- och vuxenutbildningen. En stor andel av den köpta verksamheten inom gymnasiesamarbetena anskaffas från andra kommuner (15 förbund).
- Därefter kommer *räddningstjänsten* som verksamhetsområde (34 förbund).
- Det finns ett flertal förbund som hanterar flera olika verksamhetsområden av skiftande karaktär (ofta, men inte alltid regionala samverkansorgan) med huvudsaklig inriktning inom näringslivsfrämjande åtgärder, fysisk planering, trafik, miljö- och hälsoskydd, inköp, IT och regional samordning (30 förbund).
- *Vattenförsörjning, avloppshantering och avfallshantering* finns som verksamhetsområde för kommunalförbund, även om ett vanligare samverkansalternativ inom dessa områden är kommunala bolag eller entreprenader (11 förbund).
- *Vård och omsorg samt individ- och familjeomsorg (IFO)* avser framför allt insatser enligt lagstiftning inom hälso- och sjukvård, stöd till funktionshindrade och socialtjänsten. Även en del köp av platser för missbruksvård och barn- och ungdomsvård ingår (10 förbund).
- *Kultur och fritid* avser gemensamt driven teater och musikverksamheter i olika former (4 förbund).

*Finansiell samordning av rehabiliteringsinsatser* är ett system för samverkan inom rehabiliteringsområdet (Finsam). Syftet är att samordna och prioritera rehabiliteringsinsatser så att den enskilde individen uppnår eller förbättrar sin förmåga att utföra förvärvsarbete. I den ekonomiska statistiken hos SCB redovisas dessa sk. samordningsförbund med övriga kommunalförbund då deras verksamhetsformer har vissa likheter. Men eftersom deras verksamhet

---

<sup>1</sup> Källa: SCB:s demokratidatabas.

skiljer sig åt från det traditionella kommunalförbundet och är reglerad i en särskild lagstiftning ingår de inte i utredningens redovisning (jfr det inledande avsnittet i kapitel 8).

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. Ekonomiskt stora områden inom kommunal verksamhet som förskola och grundskola omfattas inte alls av kommunalförbundens verksamhet.

### Kommunalförbundens intäkter

För att ge en uppfattning om hur kommunalförbundet finansierar sin verksamhet och om intäkterna kommer från uppdragsgivarna eller genom försäljning till externa kunder kan en redovisning av förbundens intäkter vara av intresse.

En fördelning av kommunalförbundens intäkter ger följande bild.

**Tabell 13.1 Kommunalförbundens intäkter, miljoner kronor, år 2008<sup>2</sup>**

	Intäkter	varav från medlemmar	andel intäkter från medlem	varav från övriga
Utbildning	3 283	2 541	77 %	743
Räddningstjänst	2 935	2 610	89 %	325
VA Avfall	1 716	396	23 %	1 299
Fys.plan, infrastr. m.m.	1 369	785	57 %	584
Inköp, gem. verksamh.	562	408	73 %	155
Trafik	520	176	34 %	344
Vård och omsorg, IFO	433	371	86 %	60
Kultur och fritid	223	123	55 %	101
Färdtjänst	170	160	94 %	12
<b>Summa</b>	<b>11 211</b>	<b>7 570</b>	<b>68 %</b>	<b>3 622</b>

<sup>2</sup> Källa: SCB.

Kommunalförbunden hade år 2008 intäkter om 11,2 miljarder kronor. Av dessa avsåg nästan 7,6 miljarder kronor intäkter från medlemmarna. Frågan kan ställas om dessa intäkter avsåg medlemsbidrag som ersättning för verksamhet som annars skulle vara ”intern” i de kommuner eller landsting som är medlemmar.

En översiktlig genomgång av kommunalförbundens årsredovisningar visar att den delen av intäkterna som kommer från medlemmarna i huvudsak redovisas som just medlemsavgifter för verksamhetens genomförande, inte som köp- och säljverksamhet.

Den övriga delen av intäkterna (se den högra kolumnen i tabell 13.1), som inte kommer från medlemmarna, ger en kompletterande bild. Intäkter från övriga än medlemmarna uppgick som nämnts till drygt 3,6 miljarder kronor. De fördelar sig enligt följande (se tabell 13.2).

**Tabell 13.2** Intäkter från andra än förbundens medlemmar, miljoner kronor, år 2008

	Kommun och landsting <sup>3</sup>	Statsbidrag	Taxor och avgifter	Övrigt	Summa
Utbildning	400	159	28	154	743
Räddningstjänst	41	18	108	158	325
VA Avfall	8	0	1 077	214	1 299
Fys.plan, infrastr. m.m.	19	120	62	383	584
Inköp, gem. verksamh.	32	34	0	89	155
Trafik	0	0	344	0	344
Vård och omsorg, IFO	20	8	8	24	60
Kultur och fritid	4	61	2	33	101
Färdtjänst	5	0	1	6	12
<b>Summa</b>	<b>531</b>	<b>401</b>	<b>1 630</b>	<b>1 061</b>	<b>3 622</b>

Intäkter från andra än medlemmarna kommer bl.a. från *kommuner och landsting som ej är medlemmar*. En stor del av dessa intäkter avser i huvudsak köp av platser och samarbeten inom gymnasieskolan (knappt 400 miljoner kronor). Detta har sin grund i gymnasieskolans särskilda förutsättningar. En kommun har ansvar för att erbjuda behöriga elever i kommunen en gymnasieutbildning

<sup>3</sup> Landstingen står för en mindre del, totalt 52 miljoner kronor.

i en kommunal skola i den egna kommunen eller i en annan kommun eller i en fristående skola. En fristående skola och en kommunal skola som tar emot elever från en annan kommun får bidrag från elevens hemkommun. Cirka 37 procent av gymnasieeleverna går i andra skolor än i kommunala skolor i hemkommunen, dvs. privat drivna eller som drivs av andra kommuner.<sup>4</sup> Denna ordning är en följd av att man flyttat över kommunens gymnasieverksamhet till kommunalförbund för att bl.a. skapa stordriftsfördelar och ett större utbud för eleverna. Det torde således vara att betrakta som en överföring av kommunens verksamhet till kommunalförbundet.

Ca 400 miljoner kronor erhåller förbunden i *statsbidrag*. Detta är intäkter som kommunerna annars skulle ha fått. Statsbidragen fördelar sig på ett flertal områden, mest får utbildningsområdet med 159 miljoner kronor. Beloppet avser sådana riktade statsbidrag som riksdagen beslutat om i syfte att prioritera en viss verksamhet, t.ex. öka antalet lärare per elev i skolan.

Därefter redovisas i tabellen *taxor och avgifter* från andra än kommuner och landsting. Här avses taxor och avgifter för exempelvis barnomsorg, hemtjänst, kollektivtrafik, vatten, el, värme, renhållning från andra än kommuner och landsting, dvs. intäkter från brukare och konsumenter. En genomgång av kommunalförbundens årsredovisningar bekräftar att så är fallet. Dessa avgifter finns, som framgår av tabellen, huvudsakligen i verksamheterna vatten och avlopp och avfallshantering samt trafik. När det gäller den avgiftsfinansierade verksamheten finns det en tydlig svårighet med att generellt bedöma hur stark kopplingen är mellan kommunalförbundet och dess medlemmar. En bedömning behöver sannolikt göras i varje enskilt fall med både förbundens styrdokument, den ekonomiska redovisningen och en beskrivning av verksamheten som grund.

Under *Övrigt* redovisas de intäkter som inte hör hemma i någon av de andra intäktsposterna och som inte kommer från medlemmar. Exempel på intäkter som redovisas här är EU-bidrag samt projektbidrag, anslag m.m. som är bidrag från andra kommuner, landsting och länsstyrelser m.fl. Sådana intäkter utgör huvuddelen av intäkterna inom denna kategori med undantag för vatten och avlopp samt avfallshantering. Under *Övriga intäkter* finns också en viss försäljning till externa intressenter, t.ex. av olika utbildningar, konsulttjänster osv., men i en liten omfattning. Denna försäljning

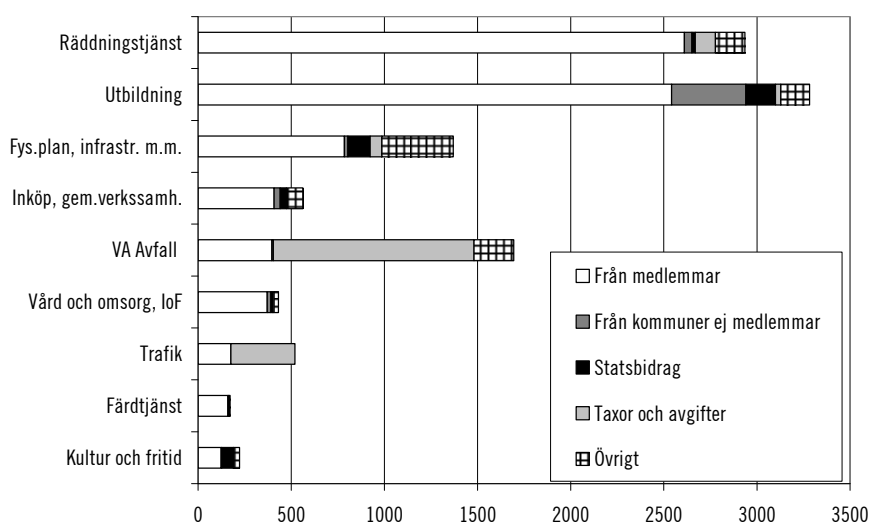
---

<sup>4</sup> Källa: SKL, Öppna jämförelser.

motsvarar några få procent av de totala intäkterna inom områdena utbildning, räddningstjänst, vård och omsorg, kultur och färdtjänst. En del av dessa intäkter kan dessutom också komma från kommuner och landsting, det är inte alltid möjligt att utskilja från årsredovisningarna. Inom VA Avfall är andelen Övriga intäkter som kommer från någon form av försäljning högre även om det exakta talet är svårt att fastställa utifrån årsredovisningarna. Huvuddelen av Övriga intäkter inom VA Avfall kan dock härledas till olika former av försäljning.

Det sammantagna intrycket är att kommunalförbundens intäkter huvudsakligen utgörs av medlemsavgifter eller är brukar- eller konsumtionsavgifter eller olika former av bidrag/stöd från EU, staten eller regionala myndigheter. Den lägsta andelen intäkter från medlemmarna finns inom VA Avfall samt trafik som i stället i huvudsak finansieras av brukaravgifter. Inom VA Avfall finns också den största andelen intäkter från försäljning. Ovanstående tabeller och beskrivning sammanfattas också i nedanstående diagram.

**Figur 13.1 Kommunalförbundens intäkter per verksamhet, miljoner kronor, år 2008**



I diagrammet framgår med kanske ännu större tydlighet att kommunalförbundens intäkter domineras av medlemsavgifter samt, för några verksamhetsgrenar, av taxor och avgifter. I hög utsträckning

förfaller 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.

## 13.2 Gemensamma nämnder

År 2008 uppgav 45 procent av kommunerna att de samverkade i en gemensam nämnd med annan kommun eller landsting. Motsvarande andel uppgick till 25 procent 2003.<sup>5</sup> Enligt Sveriges Kommuner och Landsting uppgick antalet gemensamma nämnder år 2008 till ca 65 stycken, vilket är en ökning sedan 2004 då de var ca 50 till antalet.

Samverkan i gemensamma nämnder kan omfatta alla kommunala verksamheter utom åtgärder inför och vid extraordinära händelser i fredstid och höjd beredskap. Gemensamma nämnder bedriver i huvudsak verksamhet inom följande områden.

<i>Verksamhetsområde</i>	<i>Antal</i>
Miljö/bygg/hälsoskydd m.m.	13
Löner och inköp	10
Utbildning	8
Hjälpmedel	8
Sjukvård och socialtjänst	6
Hemtjänst	5
Räddningstjänst	5
VA avfall	3
Trafik	3
Övrigt	4

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 kommuner.

---

<sup>5</sup> Källa: SCB:s demokratidatabas.

## 14 Handel mellan det offentliga och dess företag

### 14.1 Inledning

I tidigare avsnitt har redogjorts för omfattningen av offentligt ägda företag avseende bl.a. antal och total nettoomsättning. Hur stor andel av dessa offentligt ägda företags handel som avser försäljning till dess ägare (staten, kommuner och landsting) finns det inte lika mycket samlad statistik kring. Viss statistik finns hos SCB men den är inte i alla delar tillräcklig för utredningens behov. OFUKI-utredningen har därför valt att komplettera befintlig statistik med en enkätundersökning.

OFUKI-utredningen sände således under mars och april år 2010 en enkät till offentligt ägda företag för att kartlägga deras handel med sina ägare och också med bolag i samma koncern. Utredningen biträdades av ett undersökningsföretag. Enkäten gick till företag i både kommunal och statlig sektor. Enkäten sändes via e-post och besvarades via en webbfunktion. Den ställdes till företagens ekonomichef eller verkställande direktör och föregicks av en kontakt med företagen för säkerställa rätt e-postadress. Vart fjärde företag svarade. De företag som svarade var relativt väl fördelade på olika storlek på företagen samt på olika verksamhetsgrenar, räknat till både antal och nettoomsättning. Något underrepresenterade var landstingsägda företag. Just i denna del är dock SCB:s statistik som mest fullödlig.

Av resultaten för de företag som besvarat enkäten framgår att av deras sammanlagda nettoomsättning om 115 miljarder kronor avser 27,2 miljarder kronor (24 procent) försäljning till deras ägare (staten, kommuner eller landsting) eller till bolag i samma koncern, varav flertalet verksamhetsområden är berörda. För kommunalt ägda företag är motsvarande andel högre och uppgår till ca 31 procent.



Den försäljning som baseras på upphandlingskontrakt enligt LOU och LUF efterfrågades särskilt i enkäten. Sådan försäljning indikerar nämligen att behov av ett in house-undantag saknas. Omvänt ger den försäljning som inte baseras på upphandlingskontrakt en antydning om att det kan finnas ett behov av in house-undantag. Försäljning som inte baseras på upphandlingskontrakt kan dock omfatta såväl försäljning som skulle kunna omfattas av ett in house-undantag som försäljning som av annan anledning redan är undantagen tillämpningsområdet för LOU och LUF, t.ex. hyra av fast egendom. I den mån försäljningen redan är undantagen krav på upphandling saknas behov av in house-undantag.

I tabellen nedan sammanfattas resultaten.

**Tabell 14.1 Resultat för företag i enkäten, miljarder kronor, år 2008**

Företag som ägs av	Netto-omsättning	Varav försäljning till ägare eller bolag i samma koncern	Varav upphandlingskontrakt enl. LOU eller LUF	Övrig försäljning till ägare eller bolag i samma koncern
Staten	57	3,3	1,3	2,0
Landsting	13	6,2	0	6,2
Kommun	35	11,1	3,3	7,8
Företag med delvis privat ägande	10	6,6	1,3	5,3
<i>Summa</i>	<i>115</i>	<i>27,2</i>	<i>5,9</i>	<i>21,3</i>

Företag med ett delvis privat ägande kan som huvudregel inte omfattas av ett in house-undantag eftersom de endast under vissa villkor kan uppfylla kontrollkriteriets krav (se avsnitt 4.6.3).

Några kommentarer kan göras om redovisningen. Bolag som uppgett att de ägs av kommunalförbund redovisas som kommunalt ägda, eftersom de är för få för att redovisas för sig. De företag som ägs av t.ex. både en kommun och ett landsting har förts till den kategori som har det största ägandet. Enkäten ställdes endast till aktiebolag eftersom de utgör den absoluta merparten av de offentligt ägda företagen.

Sammantaget är det till största delen inom kommuner och landsting som försäljning från offentligt ägda bolag till ägare eller bolag i samma koncern sker. I följande avsnitt redovisas bl.a.

resultaten från enkäten mera utförligt, fördelat på statlig och kommunal sektor.

## 14.2 Statliga företags försäljning till sin ägare

De statligt ägda företagen har totalt en omsättning på ca 200 miljarder kronor och är ca 400 till antalet.<sup>1</sup> De statliga företag som *besvarat enkäten* och som i sin helhet är statligt ägda har en samlad nettoomsättning om 57 miljarder kronor. En liten andel därav, totalt sex procent eller 3,2 miljarder kronor, uppges avse försäljning till den myndighet som förvaltar bolaget ("ägaren") eller till andra statliga bolag i samma koncern.

**Tabell 14.2 Resultat för statliga företag i enkäten, miljarder kronor, år 2008**

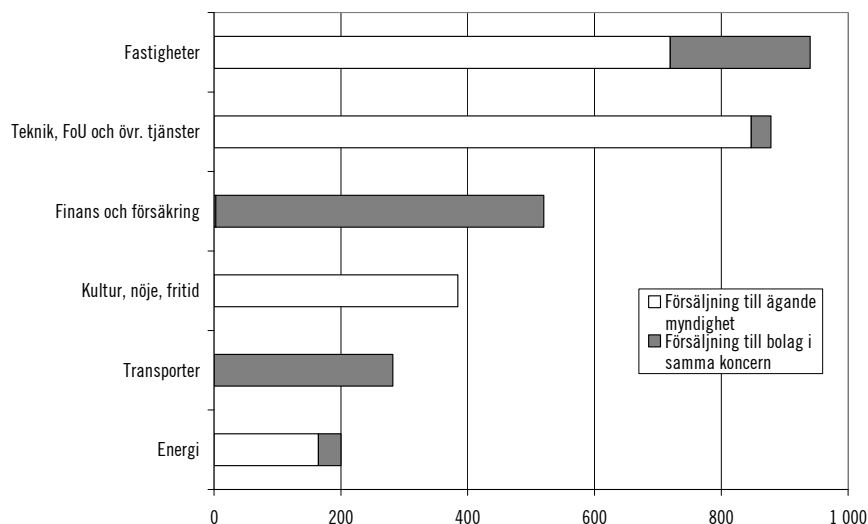
	Netto- omsättning	Andel av total nettoomsättning
Försäljning till ägare	2,1	4 %
Försäljning till andra bolag i samma koncern	1,1	2 %
Övrig försäljning	53,6	94 %
<i>Total nettoomsättning</i>	<i>56,7</i>	<i>100 %</i>

Den låga andelen försäljning till ägare eller till bolag i koncernen i enkäten är inte förvånande. Statligt ägda företag är mest förekommande inom transport-, handel-, tjänste-, energi- och fastighetsverksamheter. De största statliga företagen sett till omsättning är TeliaSonera, Apoteket, Vattenfall, Posten, Svenska spel, Systembolaget och LKAB. Dessa bolag köper och säljer i huvudsak inte verksamhet till sina ägare utan till en extern marknad mot privata kunder. Ett undantag är bl.a. SOS Alarm Sverige AB vars verksamhet närmare redovisats i avsnitt 10.1 (se även avsnitt 15.1). De statliga företagen har under de senaste decennierna varit föremål för omfattande översyner, konkurrensutsättningar och utförsäljningar vilket gjort den statliga bolagssektorn mindre och effektivare med en tydligare styrning och samtidigt i ökad utsträckning utsatt för konkurrens.

<sup>1</sup> Källa: Par AB. I SCB:s statistik om offentligt ägda företag är antalet företag högre, ca 600 st. Det lägre antalet här beror på att ett stort antal vilande företag som inte bedriver verksamhet inte har räknats med.

Den försäljning som skett från de statliga bolag som besvarat utredningens enkät till bolag i samma koncern eller till den myndighet som förvaltar bolaget ("ägande myndighet") uppgår som nämnts till ca 3,2 miljarder kronor. De fördelar sig på olika verksamheter enligt följande.<sup>2</sup>

**Figur 14.1 Resultat för statliga företag i enkäten – försäljning till ägare samt till bolag i samma koncern, miljoner kronor, år 2008**



Försäljning inom *Fastigheter* avser bl.a. verksamhet inom Akademiska hus. Kategorin *Teknik, FoU och övriga tjänster* avser forsknings-, provnings och konsultverksamhet i bolag vilka förvaltas av Regeringskansliet (tex. ALMI och SOS Alarm Sverige AB) men även av lärosäten även om de senare bolagen till volym är små. Kategorin *Kultur, nöje, fritid* avser teater och spelverksamhet. Försäljning mellan bolag avser bl.a. bolag med anknytning till försäkringar och forskning (bl.a. inom Vattenfallkoncernen).

Den del av ovanstående försäljning som av de svarande uppges ha baserats på upphandlingskontrakt enligt LOU avser i huvudsak

<sup>2</sup> Kategorier av verksamheter motsvarar följande i SCB:s SNI-koder: Tillv/bygg/mineral (16, 26, 30, 41, 42), Information och kommunikation (58, 61–63), Energi (35), VA Avfall (36–38), Transporter (49, 52), Hotel, restaurang och handel (55, 56), Finans och försäkring (64–66) Teknik, FoU och övr. tjänster (70 exklusive 70100, 71–84), Huvudkontor (70100), Fastigheter (68), Utbildning (85), Kultur, nöje, fritid (90-94).

verksamhet inom fastigheter och i viss omfattning konsultverksamhet inom teknik, FoU och övriga tjänster. Inget av företagen uppgav sig ha upphandlingskontrakt enligt LUF. Ungefär en femtedel av de som angett att de har försäljning till ägare eller koncernbolag är osäkra på om denna försäljning skett med upphandlingskontrakt enligt LOU som grund (frågan har besvarats med *Vet ej* i enkäten). Svaret *Vet ej* bör naturligtvis tolkas med försiktighet men indikerar en viss osäkerhet om i vilken mån försäljningen baseras på upphandlingskontrakt.

**Tabell 14.3 Resultat för statliga företag i enkäten, försäljning enligt LOU, miljarder kronor, år 2008**

	Försäljning	varav	varav	varav
		upphandlingskontrakt enligt LOU	vet ej om det finns upphandlingskontrakt enligt LOU	övrig försäljning
<b>Försäljning till ägare</b>	2,1	1,3	0,4	0,4
	100 %	62 %	19 %	19 %
<b>Försäljning till andra bolag i samma koncern</b>	1,1	0	0,3	0,8
	100 %		27 %	73 %

Andelen försäljning baserad på upphandlingskontrakt enligt LOU av den försäljning som faktiskt sker till ägaren är förhållandevis hög jämfört med motsvarande andel för landsting och kommuner, se följande avsnitt.

### 14.3 Landstingsägda företags försäljning till sina ägare

De företag som ägs av landsting har tidigare redovisats i kapitel 11. Företagen utgörs i huvudsak av vårdföretag som bedriver hälso- och sjukvård eller olika former av stödverksamhet till vård samt av de kollektivtrafikbolag som i huvudsak ägs av landstingen och kommunerna gemensamt, de s.k. trafikhuvudmännen. För den senare kategorin görs bedömningen med den nya kollektivtrafiklag

som träder i kraft år 2012 att det inte sker några avgörande förändringar jämfört med dagens läge beträffande var ett köp- och säljförfarande faktiskt äger rum, dvs. mellan det offentligt ägda trafikbolaget och privata aktörer. Mellan myndigheten och de offentligt ägda bolagen (trafikhuvudmännen) finns däremot generellt sett inget uttalat sälj- och köpförhållande.

Landstingsägda företag inom sjukvården, vilka nästan uteslutande finns i Stockholms läns landsting (SLL), har i liten omfattning svarat på utredningens enkät om köp- och säljverksamhet med sina ägare, men här finns andra statistikkällor. SCB har statistik som sammanställs från landstingens räkenskapssammandrag och som innehåller god information om landstingens köp av verksamhet.

**Tabell 14.4 Landstingens köp av verksamhet från företag i egen koncern, miljoner kronor, år 2008**

Hälso- och sjukvård	5 127
Tandvård	651
Trafik och infrastruktur	32
Övrig verksamhet	18
<i>Totalt</i>	<i>5 828</i>

*Källa:* SCB.

Av tabellen framgår att de landstingsägda företagens försäljning till sina ägare, landstingen, uppgick till 5,8 miljarder kronor 2008. Därav avser 5,1 miljarder kronor hälso- och sjukvård i SLL och ca 0,6 miljarder kronor tandvård m.m. i SLL. Det är således i princip uteslutande SLL som anskaffar varor eller tjänster m.m. från egna företag. Det finns ett omfattande köp- och säljförhållande mellan SLL och dess bolag.

De större sjukhus samt folktandvården som år 2008 var organiserade i bolag av SLL hade följande försäljning inom landstinget.

**Tabell 14.5 Intäkter och försäljning från de större bolagen till ägare inom hälso- och sjukvård i SLL, miljoner kronor, år 2008**

Bolag	Verksamhetens intäkter	Försäljning av hälso- och sjukvård till SLL
Södersjukhuset AB	3 140	2 686
Danderyds sjukhus AB	2 484	2 181
S:t Eriks Ögonsjukhus AB	363	277
Folktandvården i Stockholms län AB	1 288	538

*Källor:* Årsredovisning för SLL samt respektive bolag för år 2008.

Huvuddelen av försäljningen sker således till det egna landstinget, för sjukvården är det ca 90 procent av verksamheten. Efter år 2008 har även Södertälje sjukhus ombildats till aktiebolag. Totalt har de bolagiserade sjukhusen för närvarande en omsättning som uppgår till ca 7 miljarder kronor.

Av det som nu redovisats framgår att det främst är för SLL och dess hälso- och sjukvård som frågan om in house-undantag är av betydelse beträffande landstingssektorn. Där är den å andra sidan av mycket stor betydelse.

#### 14.4 Kommunalt ägda företags försäljning till sina ägare

Sveriges 290 kommuner bedrev år 2008 verksamhet för ca 454 miljarder kronor. Nästan hälften var verksamhet i skola och barnomsorg och ungefär en tredjedel utgjordes av omsorg om äldre och funktionshindrade.<sup>3</sup>

Härav köpte kommunerna enligt SCB:s statistik över kommunernas räkenskapsammandrag verksamhet för ca 87 miljarder kronor, eller en femtedel av de totala kostnaderna, från en annan utförare än den egna kommunen, varav de offentliga leverantörernas andel uppgick till ca 25 miljarder kronor. Även den köpta verksamheten avsåg i huvudsak pedagogiska verksamheter samt vård och omsorg. Kommunernas köp från de offentliga leverantörerna fördelade sig enligt följande.

<sup>3</sup> Källa: SCB, Kommunernas räkenskapsammandrag.

**Tabell 14.6 Kommuners köp av verksamhet av offentliga leverantörer, miljarder kronor, år 2008**

Kommunala företag	5,8
Kommun	10,8
Kommunalförbund	4,2
Landsting	1,8
Stat	2,3
<i>Summa</i>	<i>24,9</i>

För frågan om det finns behov av ett in house-undantag är kommunernas köp från kommunala företag, som enligt ovanstående tabell totalt uppgår till 5,8 miljarder kronor, av särskilt intresse. Köpen har följande fördelning över de vanligaste kommunala verksamhetsområdena enligt SCB:s statistik avseende kommunernas räkenskapssammandrag.

**Tabell 14.7 Kommuners köp av verksamhet från kommunala företag, miljoner kronor, år 2008**

Affärsverksamhet	1 933	33 %
Vård och omsorg	960	17 %
Politisk och gemensam verksamhet inkl lokaler	799	14 %
Infrastruktur, gator, skydd m.m.	701	12 %
Pedagogiska verksamheter	669	12 %
Hälso- och sjukvård	567	10 %
Kultur och fritid	146	3 %
Flyktingmottagning och arbetsmarknadsåtgärder	30	1 %
<i>Totalsumma</i>	<i>5 806</i>	<i>100 %</i>

Begreppet *Köp av verksamhet* omfattar enligt SCB:s definition entreprenader och köp av huvud- och stödverksamhet där avtal finns med en extern producent och där verksamheten annars skulle ha utförts i egen regi. Hit räknas även avtal grundat på peng- eller checksystem. Inköp av varor, material eller hyreskostnader ingår inte.

Affärsverksamhet avser kostnader för verksamhet som huvudsakligen finansieras med taxor och avgifter inom näringsliv och

bostäder, kommunikationer, energi, vatten, avlopp och avfalls-  
hantering. Inom detta område står Göteborgs kommun för en stor  
del (drygt en miljard kronor) av köpt verksamhet från egna företag.  
Ett större exempel inom vård och omsorg samt hälso- och sjukvård  
är TioHundra – en gemensam organisation för all landstings- och  
kommunfinansierad vård och omsorg för invånarna i Norrtälje.  
Den gemensamma nämnden TioHundra och dess förvaltning be-  
ställer all vård och omsorg av TioHundra AB och andra privata  
vårdgivare. TioHundra AB ägs till lika delar av Stockholms läns  
landsting och Norrtälje kommun via ett kommunalförbund. Inom  
TioHundra AB:s verksamhetsområden samordnas bl.a. akutsjuk-  
vård, vårdcentraler, äldreomsorg, psykiatri och habilitering.

I övrigt förekommer köp av verksamhet från egna bolag i nästan  
samtliga kommuner samt inom flertalet av ovanstående områden  
även om andelen verksamhet som köps varierar stort mellan olika  
kommuner.

Den köpta verksamheten om 5,8 miljarder kronor som redo-  
visats ovan kan sättas i relation till nettoomsättningen i kommunala  
bolag som år 2008 uppgick till 160 miljarder kronor, fördelad på  
följande verksamheter.

**Tabell 14.8 Nettoomsättning i kommunala företag, miljarder kronor, år 2008**

Fastighetsverksamhet	67
Energi	59
Transporter	9
Vatten, avlopp och avfall	11
Övrigt	14
<i>Summa</i>	<i>160</i>

*Källa:* SCB, Offentligt ägda företag.

Enligt SCB:s statistik och utifrån deras definition är det samman-  
taget 3,6 procent av de kommunala bolagens nettoomsättning som  
är verksamhet köpt av kommunerna. Ungefär hälften är tekniska  
verksamheter och den andra hälften är ”mjuka” områden såsom  
utbildning, vård, omsorg, fritid m.m. Det är således enligt SCB:s  
statistik en liten del av de kommunägda företagens verksamhet som  
köps av kommunerna.



OFUKI-utredningen har utifrån uppgifter från Stockholms kommun en indikation på att de uppgifter som ingår i SCB:s statistik kan vara en underskattning av köp- och säljförhållanden mellan kommunen och dess bolag. Av Stockholms kommuns redovisning för år 2008 framgår följande. Av kommunens köp av varor och tjänster för ca 600 miljoner kronor från kommunens helägda bolag är det endast omkring *en tiondel* som bokförts på de konton som ligger till grund för SCB:s statistik.<sup>4</sup> Denna markanta skillnad kan ha många förklaringar och är delvis sannolikt berättigad. Den stora skillnaden indikerar ändå att SCB:s statistik underskattar det verkliga förhållandet i köp av varor och tjänster mellan kommuner och dess företag utifrån de frågeställningar som OFUKI-utredningen har att besvara. Uppdelningen av SCB:s statistik på olika verksamhetsområden överensstämmer heller inte helt med de frågeställningar som utredningen har att besvara.

Av den 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.

**Tabell 14. 9 Resultat för kommunala företag i enkäten, miljarder kronor, år 2008**

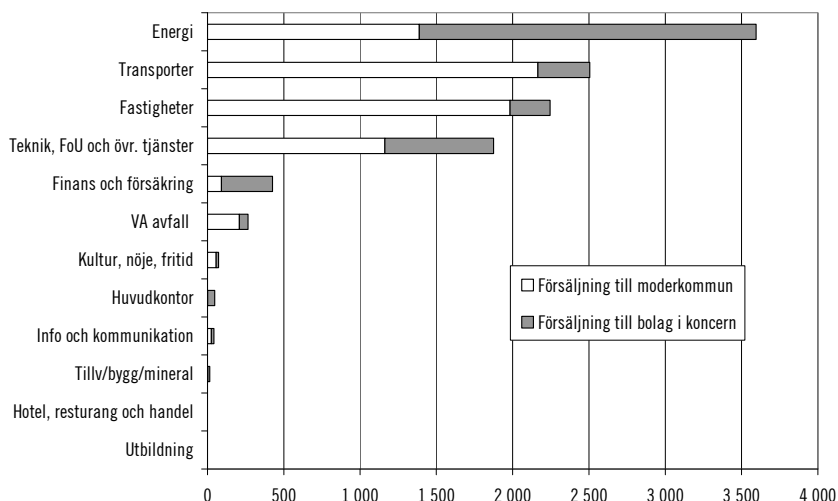
	Försäljning	Andel av total nettoomsättning
Försäljning till ägarkommuner	7,1	20 %
Försäljning till koncernföretag	4,0	11 %
Övrig försäljning	23,9	69 %
<i>Total nettoomsättning</i>	<i>35</i>	<i>100 %</i>

De kommunala företag som besvarat enkäten har en nettoomsättning på 35 miljarder kronor och en försäljning till sina ägarkommuner på ca 7,1 miljarder kronor och till bolag i samma koncern på ca 4 miljarder kronor. En tredjedel av nettoomsättningen avser således försäljning till den egna koncernen inklusive ägarkommunen.

<sup>4</sup> Avser konton: 4632 Köp av huvudverksamhet från kommunägda företag, 4642 Köp av stödverksamhet från kommunägda företag.

Det sammanlagda beloppet 11,1 miljarder kronor som avser försäljning till ägare och andra bolag i den kommunala koncernen fördelar sig på olika verksamheter enligt följande diagram.

**Figur 14.2 Resultat från enkäten:**  
**Försäljning till kommun som är ägare samt till andra bolag i koncernen, miljoner kronor, år 2008**



De största verksamhetsområdena är fastigheter, energi och transporter. Inom energi- och fastighetsverksamhet sker en stor del av försäljningen till verksamheter i kommunen, det kan vara företag som förvaltar lokaler för skolor, social verksamhet eller kommunens energibolag som tillhandahåller sina tjänster. Området transporter avser i huvudsak kommunala kollektivtrafikföretag.

Även inom VA, finans och försäkring samt teknik, FoU och övriga tjänster sker försäljning till den egna kommunen eller inom koncernen. Här finns en stor variation på olika typer av företag. Här finns även holdingbolag som många kommuner har i sin koncern (i diagrammet klassificerat som Huvudkontor).

I enkäten till de offentligt ägda företagen ställdes även frågan om hur stor del av försäljningen till ägarna eller bolag i koncernen som baserades på upphandlingskontrakt enligt LUF eller LOU. Svaren för de kommunala företagen framgår av tabellen.

**Tabell 14.10 Resultat för kommunala företag i enkäten, miljarder kronor, år 2008**

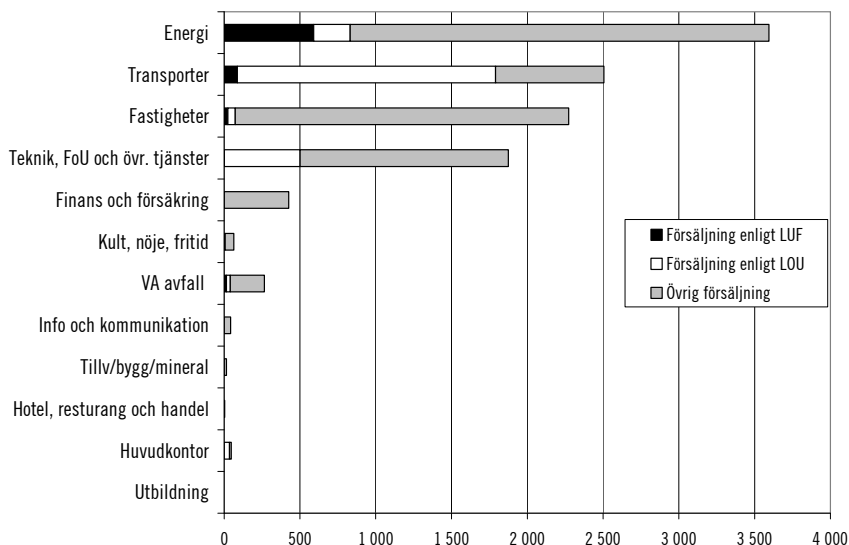
	Försäljning	varav	varav	varav	varav
		upphandlingskontrakt enligt LOU	upphandlingskontrakt enligt LUF	vet ej om det finns upphandlingskontrakt	övrig
<i>Försäljning till ägar-kommuner</i>	7,1	2,5	0,5	1,5	2,6
	100 %	35 %	7 %	21 %	37 %
<i>Försäljning till koncern-företag</i>	4,0	0,2	0,1	0,8	2,9
	100 %	5 %	2 %	20 %	73 %

Av de kommunala företagens försäljning till ägare om 7,1 miljarder kronor baseras 2,5 miljarder kronor på upphandlingskontrakt enligt LOU och 0,5 miljarder kronor på upphandlingskontrakt enligt LUF. Motsvarande belopp avseende försäljning till bolag i den egna koncernen är 0,2 respektive 0,1 miljarder kronor.

En förhållandevis stor andel av de företag som uppgett att de haft försäljning till sina ägare eller koncernbolag har också svarat att de inte vet om den baserats på upphandlingskontrakt enligt LOU eller LUF (se även föregående tabell). I flertalet fall har i så fall alternativet *Vej ej* angetts för både LOU och LUF. Svaret *Vet ej* bör naturligtvis tolkas med försiktighet men indikerar en viss osäkerhet avseende i vilken mån försäljningen baseras på upphandlingskontrakt.

Sammantaget baseras 42 procent av de svarande företagens försäljning i enkäten till den ägande kommunen på upphandlingskontrakt enligt LOU eller LUF. Motsvarande andel för försäljningen till koncernföretag är 7 procent (i genomsnitt 30 procent avseende både ägare och koncernföretag). Totalt är det 70 procent av försäljningen till ägare och koncernföretag som inte baserats på upphandlingskontrakt enligt LOU eller LUF. Men dessa resultat måste också kompletteras med vilka verksamheter som avses, vilket framgår av följande diagram.

**Figur 14.3 Resultat från enkäten:**  
**Kommunala företags försäljning till den kommun som är ägare**  
**samt till bolag i samma koncern, varav försäljning**  
**enligt LOU och LUF, miljoner kronor, år 2008**



Försäljning baserad på upphandlingskontrakt enligt LUF finns i huvudsak hos energiföretag. Försäljning baserad på upphandlingskontrakt enligt LOU sker i huvudsak inom området transporter och finns då i huvudsak hos kollektivtrafikföretag. För dessa delar av försäljningen finns skäl att anta att ett in house-undantag är av mindre betydelse eftersom upphandling redan sker.

För bolag som ägs av kommuner och landsting finns i samtliga verksamheter, utöver i området transporter, en övervägande andel försäljning till ägare eller till koncernbolag som inte baseras på upphandlingskontrakt enligt LOU eller LUF. Orsakerna till detta kan vara flera, bl.a. finns undantag för vad som behöver upphandlas inom olika områden (se avsnitt 2.2.1). De företag som uppgett att de har upphandlingskontrakt med sina ägare eller bolag i samma koncern är relativt få men de enskilda köpen är i huvudsak ganska stora.

I enkäten ställdes också en fråga om hur stor andel av försäljningen baserad på upphandlingskontrakt enligt LOU eller LUF som avsåg s.k. B-tjänster. Av samtliga svarande var det endast några

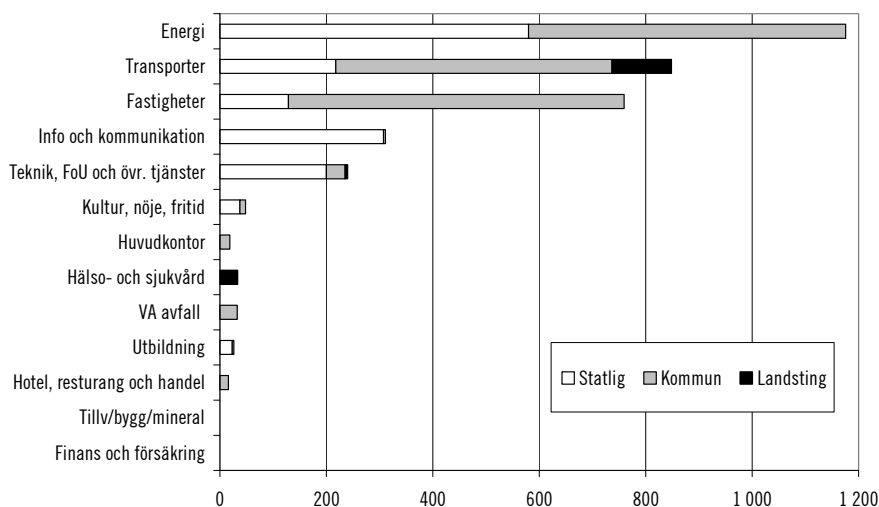
få som redovisade sådan försäljning och inte till några större belopp.

Sammanfattningsvis ger detta följande bild av de kommunala företag som besvarat enkäten. Ca en tredjedel av företagens försäljning görs till ägaren eller till bolag i koncernen. I störst utsträckning sker det inom de verksamhetsområden som avser fastigheter, energi och transporter men även inom VA och avfall, finans och försäkring samt teknik, FoU och övriga tjänster. Men i mindre utsträckning förekommer det inom det flesta verksamhetsområden. Även om det beloppsmässigt inte är stora köp kan det vara betydelsefulla sådana för verksamheten, det gäller t.ex. samordning av olika stödtjänster såsom samordning av administration och finansiella tjänster. Det finns ingen speciell typ av företag som handlar med ägaren eller koncernbolag, det varierar starkt mellan olika företag avseende inriktning, storlek osv. Försäljning baserad på upphandlingskontrakt enligt LOU och LUF finns i huvudsak för försäljning till ägaren och inom flera områden men i störst utsträckning inom transporter. Upphandlingskontrakt enligt LOU finns i större utsträckning än enligt LUF.

#### **14.5 Offentligägda företags köp från sina ägare**

I OFUKI-utredningens enkät ställdes en fråga om i vilken utsträckning som bolagen köper varor och tjänster från sin direkta eller indirekta offentliga ägare, dvs. staten, en kommun, eller ett landsting. Totalt uppgår de statliga myndigheternas, kommunernas och landstingens försäljning till de företag som besvarat enkäten till ca 3,5 miljarder kronor varav kommunernas och landstingens försäljning avser ca 1,5 miljarder kronor och statliga myndigheters försäljning ca 1,9 miljarder kronor.

**Figur 14.4 Resultat från enkäten:  
Statliga myndigheters, landstings och kommuners försäljning till  
offentliga företag, miljoner kronor, år 2008**



För kommunernas del är det framför allt företag inom energi- fastighets- och transportverksamheter som köper varor och tjänster från sin ägarkommun. Noterbart är att det inom nästan alla verksamhetsområden förekommer försäljning från ägare till de offentligt ägda företagen.

Sammanfattningsvis konstaterar OFUKI-utredningen att företag som ägs av kommuner och landsting bedriver handel i form av försäljning till sina ägare. För de kommunägda företag som besvarat utredningens enkät avser ca 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 domineras av Stockholms läns landstings bolag inom vårdsektorn vilka säljer nästan all verksamhet till landstinget. De statligt ägda bolagen är de som generellt sett i minst utsträckning har försäljning till sina ägare. Här är dock vissa företag ändå i hög grad berörda av in house-frågorna.

Handel mellan offentligt ägda bolag och deras ägare finns i ”alla riktningar”, dvs. såväl t.ex. att en kommun eller ett landsting köper från ett helägt aktiebolag som att aktiebolaget köper från kom-

munen/landstinget eller från ett annat bolag i samma koncern. Det förekommer även inom de flesta verksamhetsområden.

Resultatet av enkäten avseende LOU och LUF visar att den verksamhet som kommunala företag säljer till sina ägare eller bolag i samma koncern (området transporter undantaget) i mindre omfattning bygger på upphandlingskontrakt enligt LOU eller LUF.

## 15 Uppgifter från vissa berörda aktörer

OFUKI-utredningen har träffat företrädare för kommuner, lands-ting, bolag och intresseorganisationer inom olika verksamhetsområden för att inhämta underlag och för att ge dessa tillfälle att ge sin syn på de frågeställningar som utredningen ska ta ställning till. OFUKI-utredningen har även tagit del av skrivelser och rapporter från dessa. Sammanfattande resultat av detta arbete redovisas i detta avsnitt.

Alla verksamhetsområden har inte behandlats i detta sammanhang och redovisningen av de konsekvenser som kan uppstå inom olika områden, beroende på om ett in house-undantag införs permanent eller ej, är inte uttömmande. Redovisningen ger dock exempel. Branscher och företag har närmare beskrivits i tidigare avsnitt. De uppfattningar avseende konsekvenser m.m. som redovisas i det följande härrör från de olika aktörerna. OFUKI-utredningens bedömningar redovisas i bl.a. avsnitt 18.7.

### 15.1 Statens företag

#### 15.1.1 Bolag förvaltade av universitet och högskolor

OFUKI-utredningen har träffat representanter för bolag som förvaltas av universiteten. De anser sammantaget att ett långtgående in house-undantag är önskvärt. Bolagen bedriver sin verksamhet i nära samarbete med delar av forsknings- och utvecklingsverksamheten på universiteten och högskolorna. Om ett permanent undantag från upphandlingsreglerna inte skulle införas skulle det kunna medföra negativa konsekvenser för både bolagen och lärosätena, bl.a. eftersom lärosätena inte alltid är beredda att kommersialisera forskning genom konkurrensutsättning. I vilken utsträckning som



forskningen kommer till skada om ett undantag inte införs råder dock en osäkerhet om enligt bolagens företrädare. Det finns beräkningar om att en inkubatorverksamhet liknande den som dessa företag bedriver ger tillbaka mellan 5 och 50 gånger i förhållande till vad som investerats. Samtidigt kan man inte se att ett uteblivet undantag gör särskilt mycket för att stimulera konkurrensen på dessa företags områden, såsom kommersialisering av högspecialiserad forskning och utvecklingsverksamhet. De tjänster som köps och säljs mellan bolagen och lärosätena avser forskning, utbildning samt stöd- och serviceverksamhet. Ett annat problem är att universiteten har riksdagens uppdrag att via sina bolag kommersialisera forskningen och att denna verksamhet ska bedrivas i bolagsform. Alltför långtgående krav på upphandling kan komma i konflikt med detta uppdrag enligt bolagens företrädare.

Ett annat område för dessa bolag som kan komma att påverkas kraftigt negativt om ett in house-undantag inte införs permanent är uppdragsutbildningen och annan uppdragsverksamhet. Som angetts i avsnitt 10.2.2, är ett exempel att Karolinska institutet avvecklat ett bolag som bedrev sådan verksamhet och återfört denna till myndigheten. Koncernen som bolaget ingick i har därigenom gått miste om ett vinstgivande företag till nackdel för övriga bolag.

### 15.1.2 SOS Alarm Sverige AB

OFUKI-utredningen har träffat företrädare för SOS Alarm Sverige AB (SOS Alarm) samt erhållit en skrivelse från bolaget. SOS Alarm bildades 1972 i syfte att samordna samhällets alarmeringsfunktioner och möjliggöra snabba och effektiva hjälpinsatser. Bolaget ägs av staten (50 procent) och av SKL Företag AB (50 procent), som i sin tur ägs av Sveriges Kommuner och Landsting (SKL).

SOS Alarm ska enligt ett avtal med staten ta emot och vidarekoppla nödsamtal från allmänheten, driva SOS-centraler som upprätthåller SOS-tjänsten för nödnumret 112 i hela landet samt erbjuda samtliga kommuner, landsting och statliga räddningsorgan att träffa avtal för att ansluta sig till denna tjänst.

SOS Alarm har också avtal med nästan alla kommuner och landsting om anslutning till 112-numret. Dessa måste inte ansluta sig till SOS Alarm, men ska alltså ha möjlighet att göra det. Utformningen av de avtal bolaget har med olika kommuner och landsting kan variera. Vissa landsting vill t.ex. att SOS Alarm ska ha

sjuksköterska tillgänglig som gör en bedömning vid utalarmering av ambulans.

Av SOS Alarms omsättning år 2008 var enligt dess företrädare ca 66 procent hänförlig till samhällstjänster åt stat, kommuner och landsting samt cirka 25 procent till säkerhetstjänster åt offentlig sektor. Andelen uppdrag åt privata uppdragsgivare motsvarade ca 5 procent av SOS Alarms omsättning.

I den skrivelse som bolaget gett in till OFUKI-utredningen anges bl.a. följande.<sup>1</sup> SOS Alarm investerar sedan en följd av år stora belopp i ny utveckling och ny teknik vilket helt bygger på förutsättningarna enligt avtalet med staten om 112-verksamheten. SOS Alarm erbjuder, också enligt avtalet med staten, även samtliga kommuner och landsting avtal om fullständig larmbehandling när det gäller räddningstjänst och ambulansdirigering. Om ett undantag inte skulle införas skulle teknikutveckling och investeringar hämmas på ett sätt som uppenbart skulle äventyra bolagets verksamhet, utveckling och framtid. Med hänsyn till att SOS Alarms verksamhet utgör en av samhällets viktigaste samhällsfunktioner torde det i så fall bli nödvändigt, för att öka förutsebarheten för SOS Alarm och dess ägare, att från år 2013 införa en särskild lagstiftning för SOS Alarm om ensamrätt såvitt avser 112-tjänster och övriga samhällstjänster.

Det är således, enligt företrädarna för bolaget, viktigt att vara uppmärksam på att om ett undantag enligt in house-reglerna inte skulle införas, så krävs det särskilda överväganden avseende SOS Alarms verksamhet. Det bör erinras att bolaget ägs av ett bolag som i sin tur ägs av SKL, och att undantaget i så fall måste omfatta även denna form av koncernförhållanden.

### 15.1.3 Programföretagen

I avsnitt 10.4 redovisades styrning och organisation inom public service, dvs. de tre programföretagen (SR, SVT och UR) samt deras två gemensamt ägda bolag Sveriges Radios Förvaltnings AB (SRF) och Radiotjänst i Kiruna AB (RIKAB). Utredningen har också träffat företrädare för programföretagen som framfört följande.

SRF tillhandahåller mot ersättning gemensamma stöd- och servicefunktioner till programföretagen. SRF har en årlig omsättning om ca 300 miljoner kronor och drygt 200 anställda. SRF:s

---

<sup>1</sup> SOS Alarm – underlag till utredning om kommunala företag enligt dir 2009:81.

verksamhet riktar sig enbart mot ägarna. Sannolikt bör en betydande del (minst hälften) av programföretagens köp från SRF vara föremål för upphandling enligt programföretagens egen bedömning. Om ett undantag från upphandling inte kommer till stånd som omfattar programföretagen och SRF är det programföretagens bedömning att den huvudsakliga delen av verksamheten i SRF, i den del som bedöms vara upphandlingspliktig, kommer att tas tillbaka in i programföretagen igen. Det kommer att medföra kostnader i form av nyinvesteringar och ett ineffektivt användande av resurser, bl.a. eftersom man i vissa fall behöver bygga upp parallella verksamheter i programföretagen. Programföretagens företrädare framhåller att avsikten med att samla t.ex. administrativ verksamhet i ett eget bolag har varit att effektivisera denna verksamhet, vilket man också gjort. Totalt uppgår besparingarna i SRF till ca 30 miljoner kronor eller motsvarande 72 tjänster årligen från år 2010. Dessutom har investeringar om cirka 80–100 miljoner kronor gjorts i SRF avseende gemensamma system för administration och arkivverksamhet. Ett uteblivet undantag äventyrar genomförandet av dessa besparingar och investeringar och kan i stället medföra ökade kostnader för programföretagen enligt dess företrädare.

Programföretagen vill ha möjligheten att själva fatta kunna beslut kring hur man använder administrativa funktioner och nyttjar gemensamma resurser och infrastruktur i syfte att använda dessa så effektivt som möjligt. SRF:s uppdrag är endast att ge stöd och service till programföretagen. Ett upphandlingskrav anser man således stå i konflikt med det uppdrag SRF har i dag, och minskar kraftigt möjligheten att i framtiden vidareutveckla samordningen till nya områden och samtidigt behålla kontroll och inflytande över dessa verksamhetsområden. I en skrivelse till utredningen<sup>2</sup> hänvisar SR till regeringens propositioner<sup>3</sup> avseende sändningstillstånd och anför att det där uttryckligen anges att samarbetet mellan företagen ska fortsätta och öka. Till utredningen om public service, *Kontinuitet och förändring* (SOU 2008:64) redovisade programföretagen ett antal planerade eller genomförda förändringar och effektiviseringar, bl.a. avsevärt minskade utgifter för ledning och administration. Regeringen gjorde i propositionen *Utveckling för*

<sup>2</sup> Till den särskilde utredaren med uppdrag att utreda frågor rörande undantag i vissa fall från kravet på offentlig upphandling, Sveriges Radio 2010-10-20.

<sup>3</sup> *Utveckling för oberoende och kvalitet, Radio och TV i allmänhetens tjänst 2010–2013* (prop. 2008/09:195, s. 80), *Viktigare än någonsin! Radio och TV i allmänhetens tjänst 2007–2012* (prop. 2005/06:112 s. 62).

*oberoende och kvalitet – Radio och TV i allmänhetens tjänst 2010–2013* (2008/09:195) bedömningen att programföretagen även fortsättningsvis kontinuerligt bör vidta åtgärder som syftar till ökad effektivitet och produktivitet. När det gäller SRF bör SR, SVT och UR i egenskap av ägare till SRF besluta om eventuella förändringar som kan öka effektiviteten.

Bolagens företrädare framhåller att syftet med koncernkonstruktionen har varit att säkra ett oberoende mellan programbolagen, samtidigt som man önskat möjliggöra ett ökat samarbete för att effektivisera administrativa och stödjande funktioner och resurser.

Ett annat skäl till att det finns svårigheter med att upphandla SRF:s verksamhet är att det i vissa fall finns kopplingar mellan den verksamhet som eventuellt borde upphandlas och själva programverksamheten som är undantagen från LOU. Ett exempel är programföretagens telefonväxel som finns inom SRF. Den är nattetid placerad på nyhetsredaktionen för att växeln och nyhetsredaktionen ska kunna bistå varandra. Växeln behöver då samarbeta nära nyhetsredaktionen och de som då bemannar växeln behöver en särskild kompetens om programverksamheten. Ett annat exempel där det är svårt att dra en tydlig gräns mellan programverksamhet och annan verksamhet är handhavande av arkiv. Det gäller bl.a. äldre arkiv som är en verksamhet som inte kan delas eller upphandlas. Arkiven används även för research och där är det inte heller enkelt att dra en tydlig gräns mellan programverksamhet och annan verksamhet. Arkivverksamheten finns i dag inom ramen för SRF och kommer, om ett undantag inte kommer till stånd, sannolikt att tas tillbaka in i något av programföretagen. Den måste dock samtidigt vara tillgänglig för de övriga programföretagen.

Verksamheter mellan programföretagen kan också i någon mån komma att beröras av ett uteblivet undantag, såsom t.ex. möjligheten för UR att samutnyttja SVT:s produktionsresurser och system för programproduktion och utsändning, i samband med att UR samlokaliseras med SVT.

#### **15.1.4 Luftfartsverket**

Luftfartsverket (LFV) har omkring 1 400 medarbetare och omsätter drygt två miljarder kronor. LFV:s huvuduppgift är att tillhandahålla flygtrafiktjänst för civil och militär luftfart.

LFV:s verksamhet har präglats av flera större förändringar det senaste året. Den 1 april 2010 delades LFV i två delar. Flygplatsverksamheten fördes in i bolaget Swedavia AB, vars aktier förvaltas av Regeringskansliet. Den kvarvarande delen som i huvudsak avser flygledningstjänster finns kvar i affärsverket. Det finns även ett 25-tal kommunalt ägda flygplatser.

Den 1 september 2010 trädde en ny luftfartslag (2010:500) i kraft som innebär att LFV inte längre har ensamrätt på flygledningstjänster. Tidigare skötte LFV all flygtrafikledning, även på de kommunala flygplatserna. Efter den 1 september kan ägaren av en flygplats köpa trafikledningstjänster från vem man vill inom ramen för gällande luftfartslagstiftning.

LFV äger tre bolag som är samlade under ett holdingbolag, *LFV Holding AB*. Dessa bolag är följande.

- *LFV Aviation Consulting AB* säljer konsulttjänster inom civil luftfart på en internationell marknad.
- *Entry Point North (EPN)* utbildar flygledningpersonal och drivs och ägs gemensamt av LFV i Sverige, Naviair i Danmark och Avinor i Norge.
- *NUAC* är ett handelsbolag och ägs gemensamt av LFV och danska Naviair. NUAC ska fr.o.m. år 2012 gemensamt driva de tre kontrollcentralerna i Köpenhamn, Malmö och Stockholm. Syftet är att skapa gemensamma luftrum. Centralerna kommer även fortsättningsvis att ägas av sina moderbolag och personalen i huvudsak lånas ut från moderbolagen till NUAC.

LFV utesluter inte att verket kan komma att överväga bildandet av ytterligare bolag under LFV Holding AB.

LFV:s företrädare anser att ett in house-undantag bör införas och det bör vara generellt och inte sektoriellt. LFV anser vidare att begreppet ”marginell karaktär” i det temporära lagförslaget är diffust och bör utmönstras eller förtydligas. LFV anser också att ett undantag även bör omfatta den omvända upphandlingssituationen, dvs. när offentligt ägda bolag köper tjänster av sina ägare. För LFV:s del är det viktigt att det finns förutsättningar att organisera verksamheten på ett optimalt sätt och att resurserna kan användas så effektivt som möjligt. Det är också i denna del som LFV i störst utsträckning berörs av frågan om ett in house-undantag. LFV:s dotterbolag köper och förväntas komma att köpa olika

typer av stöd- och serviceverksamhet av LFV. Det gäller t.ex. personal- och ekonomiadministration och IT-tjänster. Ett krav på upphandling av sådana funktioner innebär att man inte längre uppnår ett av syftena med tillskapandet av koncernen, dvs. att samordna olika verksamheter på ett effektivt sätt.

Sammanfattningsvis menar LFV att ett uteblivet undantag, och även ett sådant som endast motsvarar det nuvarande temporära undantaget, kraftigt skulle påverka LFV:s organisation. Det skulle leda till högre administrativa kostnader för antingen ett mer omfattande upphandlingsförfarande, som man inte kan se några effektivitetsvinster med, eller ökade kostnader för en omorganisation av stöd- och serviceverksamheter som behöver byggas upp i varje bolag. Vissa av dessa verksamheter är dessutom svåra att upphandla eftersom den egna administrativa personalen har en specifik kunskap om kärnverksamheten som inte enkelt kan överföras till en extern utförare.

LFV framhåller att man vill kunna utnyttja de fördelar som en koncernstruktur innebär och ha samma förutsättningar som en privatägd konkurrent. En privatägd koncern kan använda sig av koncerninterna transaktioner på ett sätt som en offentligt ägd koncern inte kan göra om undantaget inte utökas jämfört med den temporära lagstiftningen.

## **15.2 Landstingens företag**

### **15.2.1 Stockholms läns landsting**

Stockholms läns landsting (SLL) har vid flera tillfällen framhållit svårigheterna med att bedriva verksamheten vid framför allt akutsjukhusen om ett in house-undantag inte införs. Detta har framhållits också då OFUKI-utredningen träffat företrädare för landstinget.

SLL redovisade i juni 2008 i en promemoria till Finansdepartementet konsekvenser för landstinget av SYSAV-domarna (RÅ 2008 ref. 26) och vad ett uteblivet undantag från upphandlingsreglerna kan innebära. I denna promemoria konstaterades att SLL aldrig upphandlat ett uppdrag att bedriva akutsjukvård och att det inte finns någon rimlig jämförelse beträffande kostnaderna för en sådan upphandling. SLL anförde vidare att sådan upphandling kräver att verksamheten kan beskrivas på ett mycket tydligt och

detaljerat sätt och att det i dag inte finns något underlag för en sådan beskrivning i akutsjukvården. Den främsta svårigheten består i att gränsen mellan högspecialiserad vård och övrig specialiserad vård inte är skarp och inte kan utläsas ifrån dagens system. Därmed blir det svårt att beskriva uppdraget vid en upphandling. Samma problem finns i gränssnittet mot forsknings- och utvecklingsverksamheten. Även mellan sjukhusen sker en ständig anpassning av verksamhet och utbyte av lediga vårdplatser vilket skulle försvåras av en upphandling och kunna ge upphov till gränsdragningsproblem och dyrare vård. Om en upphandling trots det skulle göras måste flexibilitet ges för bl.a. den snabba medicinska utvecklingen, en risk som sannolikt medför ett högre pris. Vidare kvarstår landstingets kostnader för den personal som inte vill lämna landstinget. Om fem procent av personalen väljer att ha kvar landstinget som arbetsgivare skulle kostnaden för dessa uppgå till ca 200 miljoner kronor per år.

SLL har genomfört upphandlingar av betydligt mindre omfattande verksamheter än akutsjukhusen, t.ex. avseende vårdcentraler. Tiden för att genomföra dessa upphandlingar angavs av landstinget uppgå till ca 1,5 år. Landstinget har också genomfört en upphandling i form av ett offentligt-privat partnerskap för byggandet av Nya Karolinska Sjukhuset (NKS). I detta fall är det dock uppförandet av själva byggnaden som upphandlats, inte verksamheten. Denna process har tagit ca två år. Det förefaller därmed inte sannolikt att en eventuell upphandling av ett akutsjukhus kan vara klar vid utgången av år 2012.

Om ett undantag i upphandlingsreglerna inte skulle införas permanent skulle, enligt ovannämnda promemoria, ett troligare alternativ än upphandling vara att akutsjukhusen återgår i förvaltningsform. Om så skulle bli fallet uppstår kostnader av mera administrativ karaktär. Ett stort antal avtal skulle behöva omförhandlas (ca 700 avseende sjukhusen). Den ekonomiska redovisningen skulle behöva förnyas och omkonsolideras för att få jämförbarhet. Även ökade kostnader för dubbla verksamheter skulle kunna uppstå. Skattefrågor avseende uttagsbeskattning, inkomstskatt och mervärdesskatt skulle också behöva utredas. Det skulle i sin tur kräva en värdering av verksamhetens tillgångar för att kunna fastslå hur stort skatteuttaget skulle bli vilket också medför omfattande konsultkostnader.

Representanter för SLL har vid kontakter med OFUKI-utredningen åter framhållit de problem som man redovisade år

2008 med att ett undantag i upphandlingsreglerna inte införs. Man anser att det i princip inte är möjligt att på ett kostnadseffektivt sätt upphandla sjukvård i stor skala, i synnerhet inte akutsjukvård. Ett försök har gjorts med Södertälje sjukhus som fick avbrytas. De avtal som SLL i dag har med sjukhusen utgör inte ett tillräckligt underlag för upphandling. Om det inte införs ett permanent undantag kommer SLL därför sannolikt låta sjukhusvården återgå i förvaltningsform, dvs. genomföra en avbolagisering. Detta skulle, som angetts ovan, leda till betydande kostnader för landstinget, vilket sannolikt skulle leda till att SLL kräver ersättning från staten. Att avbolagisera verksamheten i ett större bolag och återföra den till förvaltningsform är också tidskrävande. SLL bedömer att det tar omkring 2–3 år per bolag. Även för de verksamheter som bedrivs av MediCarrier AB och Stockholm Care AB skulle verksamheternas utformning och form behöva övervägas om ett in house-undantag inte införs permanent. MediCarrier AB transporterar och lagerhåller läkemedel och det är oklart i vilken omfattning som lagstiftningen tillåter en privat aktör att göra detta. För Stockholm Care AB skulle hela verksamheten behöva tas under övervägande enligt SLL.

Vidare har SLL i en skrivelse till Finansutskottet i maj 2010, utöver ovanstående, anfört följande.<sup>4</sup> För att sjukvården ska kunna arbeta effektivt och för att de olika sjukhusens specialiteter ska kunna utnyttjas på ett rationellt sätt köper de bolagsdrivna sjukvårdsutförarna, liksom de som drivs i förvaltningsform, tjänster av varandra. Ett exempel är bolagens köp av laboratorietjänster från Karolinska universitetssjukhuset. Om bolagen måste upphandla tjänsterna blir de medicinska underlagen färre och därmed försämras forsknings- och utbildningsförutsättningarna. De bolagsdrivna sjukhusen köper även andra tjänster m.m. av varandra såsom medicin, tekniska tjänster, anestesi-, steril- och röntgentjänster. Om ett undantag inte införs måste landstinget allvarligt överväga att avbolagisera sina bolagsdrivna sjukhus. Då måste konsekvenser av en uttagsbeskattning och förändrad mervärdesskatteredovisning beaktas. Dessutom måste göras en översyn av de avtal som bolagen ansvarar för liksom av deras pensionsredovisning. Bedömningen i dag är att krav på upphandling inte kommer att innebära en ökad konkurrensutsättning av tjänster på marknaden men däremot ökade kostnader. Vidare anförs i skrivelsen att Locum AB, Medi-

<sup>4</sup> Skrivelse till Finansutskottet den 17 maj angående proposition 2009/10:134, *Upphandling från statliga och kommunala företag*.



carrier AB samt Internfinans AB kommer att behöva avbolagiseras. Att dessa bolags tjänster upphandlas av de andra bolagen i landstinget är inte ett rationellt alternativ eftersom de enbart tillgodoser koncerngemensamma behov.

Vid ett möte med OFUKI-utredningen den 16 mars 2011 framhöll företrädare för SLL, tillsammans med företrädare för Stockholms kommun samt Sveriges Kommuner och Landsting, bl.a. att den svenska upphandlingslagstiftningen helt bör följa och motsvara EU-rätten. De pekade på att den lagtext som gäller enligt den temporära bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU inte omfattar bl.a. anskaffning mellan koncernföretag och därför kan innebära begränsningar i förhållande till EU-domstolens praxis. En preciserad svensk regel på detta sätt är enligt deras mening olämplig. Även om domstolens praxis är oklar i vissa avseenden, t.ex. vad gäller in house-undantagets tillämplighet inom koncerner, anser de att det är av vikt att en svensk reglering inte förbjuder situationer som EU-domstolen ännu inte har tagit ställning till. Enligt deras uppfattning måste avbolagiseringar ske om in house-undantaget inte kan tillämpas på bl.a. koncernintern anskaffning. Utifrån dagens fungerande verksamhet anser de att avbolagisering vore ett orimligt alternativ, som också skulle medföra höga kostnader och ta lång tid att genomföra. Ett flertal olika frågor skulle enligt deras mening aktualiseras vid en avbolagisering, t.ex. om skatter och pensionsåtaganden samt hanteringen av varumärken, fastigheter och tillstånd. Vidare skulle enligt deras uppfattning behövas en genomgång av bl.a. samtliga avtal.

## 15.3 Kommunernas företag

### 15.3.1 Avfallssektorn

Ett område där olika aktörer i särskilt stor utsträckning kontaktat OFUKI-utredningen är avfallssektorn. Utredningen har träffat representanter för kommuner, kommunala bolag och intresseorganisationer. Vid dessa kontakter har bl.a. följande framkommit.

Utbyggnaden av fjärrvärme och kraftvärmeverk för att få värme och el har i Sverige skapat en allt mera miljövänlig avfallshantering vilken har bidragit till att uppfylla riksdagens miljömål. I huvudsak drivs verksamheten i kommunal regi. Den planering, förankring, utredning, granskning och de beslut som är nödvändiga för etable-

ringen av tung infrastruktur i form av anläggningar kräver en lång tidshorisont samt tar stora kostnader i anspråk. Det är en orsak till att dessa anläggningar i huvudsak har initierats av kommuner och deras bolag. En anledning till att bolagsformen har valts för nästan alla större anläggningar för avfallsförbränning är att den bedömts som mest lämplig för denna form av verksamhet av industriell karaktär.

Enligt representanter för flera kommunala avfallsbolag finns en risk att investeringar inte görs i tillräcklig omfattning för att hantera avfallet om ett in house-undantag inte införs permanent. Upphandlingskrav kan medföra att en viss mängd avfall inte kan garanteras till en anläggning på samma sätt som vid direktköp och kommunerna kan därför komma att anse att investeringar i större behandlingsanläggningar blir mera osäkra. Anläggningarna kan drivas i egen regi inom kommunen men det är inte säkert att avfallet från den egna kommunen anses tillräckligt. Dessutom är det långt ifrån möjligt för alla kommuner, t.ex. för mindre kommuner, att ha anläggningar för alla typer av avfall. Avfallsbolagen framhåller därför att möjligheter till samverkan måste finnas. Det finns också en stor ovana att driva denna form av industriverksamhet i förvaltningsform, styrd av en politiskt tillsatt nämnd. Bolagsformen, med bl.a. möjlighet att utse externa styrelseledamöter med erfarenhet från denna typ av verksamhet, har av nästan alla kommuner med denna typ av anläggningar ansetts mera lämplig.

Ökade krav på upphandling kan också ge ökade transporter. Ett exempel gäller Sundsvalls kommun vars helägda bolag Sundsvalls Energi AB äger en anläggning för avfallsförbränning, vilken i dag hanterar kommunens avfall och distribuerar fjärrvärme. Om kommunen gör en upphandling för behandling av avfall och Sundsvalls Energi AB förlorar denna så behöver allt kommunens avfall transporteras till en annan förbränningsanläggning (de närmaste anläggningarna finns i Umeå och Uppsala). Enligt bolaget kan Sundsvalls Energi AB då komma att lägga ett anbud på andra kommuners upphandlingar för att fylla kapaciteten i sin egen anläggning. Det medför ökade transporter, men kommunens kostnader för avfallshantering kan å andra sidan också ha minskat. Det gäller dock under förutsättning att Sundsvalls Energi AB fortsatt kan driva sin behandlingsanläggning för fullt genom att köpa avfall från andra kommuner. Annars uppkommer situationen att Sundsvalls kommun har ett bolag med sannolikt sämre lönsamhet än tidigare.

Avfall Sverige är en intresseorganisation inom avfall och återvinning vars medlemmar är kommuner och kommunala bolag. Ett antal privata företag ingår som associerade medlemmar. Avfall Sveriges ståndpunkt är att kommunerna måste kunna välja hur man organiserar avfallshanteringen, varvid bolagsformen är en av flera möjliga lösningar. Avfall Sverige menar att kommunernas bolag har varit och är viktiga instrument för att skapa system och infrastruktur som omvandlar högt ställda miljöambitioner i verkliga åtgärder.

Avfall Sverige har i ett underlag till Finansdepartementet<sup>5</sup> framfört argument för att de kommunalt ägda avfallsbolagens mer kapitalintensiva infrastruktur kräver ett långsiktigt engagemang och att de är nödvändiga för många mindre kommuners avfallshandling och även för en stor del av näringslivets avfall. Avfall Sverige anser vidare att SYSÄV-domarna (RÅ 2008 ref. 26) har gjort det svårare med inom- och mellankommunal samverkan inom avfallshandling, att det finns en osäkerhet för att göra nya investeringar och för nyttjandet av redan gjorda investeringar. Detta hindrar teknikutvecklingen och kompetensförsörjningen vilket i sin tur kan inverka negativt på miljömålen. Om ett permanent in house-undantag inte införs menar Avfall Sverige att många kommuner kommer att behöva återföra sina avfallsbolag i förvaltningsform med avsevärda praktiska, organisatoriska och ekonomiska svårigheter. En utredning<sup>6</sup> som Avfall Sverige låtit ett konsultbolag göra visar översiktligt på konsekvenserna av att de kommunala avfallsbolagen återgår i förvaltningsform. Enligt denna utredning drabbas kommunerna av kostnader som avser bl.a. avtal och tillståndsfrågor, redovisning, personal- och IT-kostnader men framför allt skattekostnader vilka beräknas uppgå till drygt fyra miljarder kronor.

Återvinningsindustrierna (ÅI) är en branschorganisation för återvinningsföretag, främst med fokus på materialåtervinning, vars medlemmar är privatägda företag. ÅI anger som en av sina viktigaste frågor att arbeta för att marknadsmässiga lösningar och konkurrensneutralitet införs på avfalls- och återvinningsområdet. ÅI anför i en rapport<sup>7</sup> att de kommunala avfallsbolagen i hög

---

<sup>5</sup> Om konsekvenser av Regeringsrättens dom i Sysav-målet, maj 2008 (dnr Fi2008/3328).

<sup>6</sup> Öhrlings PricewaterhouseCoopers, *Avbolagisering av avfallsverksamheter*, maj 2008 (dnr Fi2008/3328).

<sup>7</sup> Återvinningsindustrins service AB, *Avfallsbolagens affärsverksamhet*, Stefan Person 2009.

utsträckning subventionerar konkurrensutsatt verksamhet med skattefinansierad verksamhet.

Vid ett möte mellan representanter för utredningen och ÅI framkom att ÅI anser att SYSAV-domarna (RÅ 2008 ref. 26) har medfört att omfattningen otillåtna direktupphandlingar av kommuner som inte äger egna bolag påtagligt minskat inom avfallsområdet och att domarna därmed redan har haft positiva effekter avseende upphandling och konkurrens inom avfallsområdet. Ett kvarstående och dessutom större problem enligt ÅI är dock att upphandlingar inte görs av de kommuner som helt eller delvis är ägare i avfallsbolag. ÅI är nu positiva till att ett in house-undantag i enlighet med den nuvarande svenska Teckal-lagstiftningen införs permanent. Det viktiga är att upphandlingsreglerna följs och att det finns lämpliga kontroll- och uppföljningsåtgärder för detta.

### 15.3.2 Stockholms kommun

Stockholms kommun har i lagstiftningsarbetet för den temporära bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU framhållit betydelsen av att in house-undantaget enligt EU-domstolens praxis kan tillämpas (se nedan beträffande försäkrings- och annan stödverksamhet). Vid ett möte med OFUKI-utredningen den 16 mars 2011 underströk företrädare för kommunen, tillsammans med företrädare för Stockholms läns landsting samt Sveriges Kommuner och Landsting, också betydelsen av att det införs ett svenskt undantag helt enligt EU-rätten (se avsnitt 15.2.1). Om ett undantag inte möjliggör koncernintern anskaffning får detta enligt kommunen betydelse för bl.a. den samlade finansförvaltningen och andra stödfunktioner. Vid mötet pekade kommunen bl.a. på att ett särskilt kommunägt bolag har ansvar för koncernens datakommunikationsnät och samlade nätförvaltning. Ett annat bolag (försäkringsbolag) försäkrar bl.a. kommunens och övriga bolags fasta och lösa egendom. Vidare äger kommunen ett särskilt livförsäkringsbolag som försäkrar bolagens pensionsskulder. Enligt kommunen måste avbolagiseringar ske om det inte finns möjlighet att köpa tjänster inom kommunkoncernen.

## Försäkringsverksamhet i Stockholms kommun

Stockholms kommun har i en skrivelse till Finansutskottet<sup>8</sup> anfört att det temporära lagförslaget enligt prop. 2009/10:134, numera infört i 2 kap. 10 a § LOU, innebär att de av kommunen ägda försäkringsbolagens verksamhet måste förändras radikalt. Konsekvenserna av en sådan förändring är enligt skrivelsen att kommunen drabbas av ökade kostnader för sin försäkringsverksamhet och eventuellt ett mindre effektivt försäkringsskydd.

Enligt kommunen finns risk för en högre självrisk och en högre riskpremie än vad som nu är fallet för det fall varje bolag i Stockholms kommun samt kommunens förvaltningar själva skulle handla upp sina egna försäkringslösningar. Anledningen är att det inte är möjligt att erhålla samma stordriftsfördelar som vid en samlad upphandling för Stockholms kommun och koncern. Det viktigaste skälet till detta är att man inte skulle kunna upphandla återförsäkring på ett lika effektivt sätt. Återförsäkring kan endast köpas på en internationell marknad av försäkringsbolag.

Kommunen och dess bolag skulle också kunna förlora i effektivitet. I dag hanteras kommunens samlade försäkringsverksamhet av sex anställda i S:t Erik Försäkring AB. Om försäkringsverksamheten skulle delas upp skulle varje bolag samt kommunen behöva en viss egen kompetens i dessa frågor. Omfattningen av effektivitetsförlusten är svår att bedöma. Enligt representanter för S:t Erik Försäkring AB halverades kostnaderna för försäkringspremier när bolaget bildades år 1986.

Ett alternativ vore att Stockholms kommun och hela dess koncern gör en samordnad upphandling. Kommunens egen bedömning är att det skulle vara en mycket stor upphandling, sannolikt av en omfattning som sällan genomförts, och att det är osäkert i vilken utsträckning man skulle få relevanta offerter. Skälet till att kommuner startat egna kommunala försäkringsbolag har bl.a. varit att man inte erhållit tillräckligt bra bud vid sina upphandlingar.

---

<sup>8</sup> Skrivelse från Stockholms kommun och Stockholms läns landsting angående regeringens proposition 2009/10:134, *Upphandling från statliga och kommunala företag*, den 17 maj 2010.

## Andra stöd- och serviceverksamheter i Stockholms kommun

I sin skrivelse till Finansutskottet<sup>9</sup> framhöll Stockholms kommun, förutom försäkringsverksamheten, även flera andra verksamheter som kunde drabbas negativt om ett undantag från krav på upphandling inte infördes även för köp mellan bolag och för köp från bolag av kommunen. Det gäller flera verksamheter som är stöd till den grundläggande kommunala kärnverksamheten och som samordnas för att skapa effektiva rutiner och stordriftsfördelar.

Mycket av det som i dag hanteras av specialister i dessa verksamheter måste kommunens bolag bygga upp egna verksamheter för enligt skrivelsen, vilket innebär att hanteringen fördyras och kompetensen urholkas. Stockholms kommun framhåller i skrivelsen att de förändringar som tvingas fram inte leder till ökad upphandling på marknaden jämfört med i dag, utan endast ökade kostnader för skattebetalarna. Ett exempel avser delar av stadens IT-verksamheter. S:t Erik Kommunikation AB är ett helägt dotterbolag till Stokab AB (som är helägt dotterbolag till moderbolaget Stockholms stadshus AB). Stokab AB tillhandahåller ett nät i Stockholm för elektronisk kommunikation. S:t Erik Kommunikation AB sköter kommunens interna data- och kommunikationsnät. Det innebär att bolaget på uppdrag från Stockholms kommun ansvarar för att administrera och utveckla kommunens interna samlade kommunikationsnät, samt nätet för styrning av kommunens gatubelysning. Nätet är exklusivt för kommunens förvaltningar och helägda bolag och avsett för såväl administration som mer publik verksamhet som skola, barnomsorg, fritid och kultur. Syftet är att säkerställa att kommunens kommunikationsnät är effektivt och sammanhållet.<sup>10</sup> S:t Erik Kommunikation AB säljer verksamhet till kommunen samt till andra av kommunens bolag men inte till andra bolag.

För kommunens del påverkas också samordningen av finansadministrationen. Stockholms kommuns centrala förvaltning (stadsledningskontoret) samordnar i dag all finansadministration i form av t.ex. lån och placeringar åt samtliga bolag i koncernen. Syftet med denna samordning för Stockholms kommunkoncern är dels att uppnå stordriftsfördelar i själva hanteringen, dels att få avsevärt bättre villkor för lån och placering som en större aktör.

---

<sup>9</sup> Skrivelse från Stockholms stad och Stockholms läns landsting angående regeringens proposition 2009/10:134, *Upphandling från statliga och kommunala företag*, den 17 maj 2010.

<sup>10</sup> Årsredovisning 2009, Stokab.

Tidigare fanns inte denna samordning och kommunens, inklusive bolagens, samlade kostnader för hanteringen av den finansiella verksamheten var då högre. Genom en samordning av finansiella lån och placeringar kan kommunkoncernen minska sina upplåningskostnader och uppnå kostnadsbesparingar som kan vara svåra att nå i motsvarande grad med krav på upphandling just i detta fall. En central finansfunktion kan innebära fördelar för kommunkoncernen såsom att t.ex. upplåning kan ske via egna marknadsprogram vilket kan ge lägre finansieringskostnader än om varje bolag lånar var för sig i bank. Systemstöd för riskhantering och handel behöver enbart installeras på en plats och ett koncernkontosystem kan användas vilket effektiviserar likviditetshanteringen. Dessutom behövs färre personer totalt för den samlade hanteringen av den finansiella verksamheten i kommunen.

Om Stockholms kommun och dess bolag inte kan samordna finansverksamheten kan det innebära högre administrativa och finansiella kostnader. Det senare eftersom flera bolag kan behöva låna upp pengar samtidigt som andra inom en kommunkoncern har placeringsbehov. Om varje enskilt bolag ska ta upp sina egna lån kommer varje bolag att behöva genomgå en separat kreditvärdering inför upptagande av lån, vilket innebär en ökad administration, större finansiell risk, högre kostnader och ökade krav på säkerheter. En decentraliserad struktur utan styrning av riskhanteringen kan också leda till större risker eftersom finansiell hantering då sker på ett flertal platser samtidigt som specialiseringen och kompetensen minskar.

## 15.4 Referensgruppen

OFUKI-utredningen har under arbetet inhämtat synpunkter från vissa organisationer i samband med två referensgruppsmöten. De organisationer som deltagit med representanter är följande: Almega, Avfall Sverige, Företagarna, Kommunala Företagens Samorganisation (KFS), Sveriges advokatsamfund, Sveriges Allmännyttiga Bostadsföretag (SABO), Sveriges Försäkringsförbund, Sveriges universitets- och högskoleförbund (SUHF) samt Återvinningsindustrierna. Fastighetsägarna Sverige har gett in skriftliga synpunkter.

Vid det första mötet, som hölls den 10 november 2009 i inledningen av utredningens arbete, lämnade deltagarna allmänna

synpunkter utifrån utredningens direktiv på vilka frågor de ansåg att utredningen borde beakta.

Vid det andra mötet, den 15 september 2010, diskuterades frågeställningar kring ett eventuellt in house-undantag och de kommunalrättsliga principerna i förhållande till kommunala bolag. Deltagarnas synpunkter i frågan om ett eventuellt in house-undantag redovisas i det följande (se i övrigt avsnitt 25.1.2).

Organisationernas representanter redovisade sina synpunkter på vad de anser motiverar *antingen* att ett undantag från krav på upphandling enligt EU-domstolens praxis om de s.k. Teckal-kriterierna införs permanent, eller att ett sådant undantag inte införs permanent. En kompletterande fråga var också hur ett eventuellt permanent undantag bör utformas och vad det bör omfatta om det införs.

Samtliga organisationer, utom Sveriges Försäkringsförbund, ansåg att det finns skäl att införa ett permanent in house-undantag och att detta inte bör begränsas till vissa sektorer utan gälla generellt. Därutöver fanns följande synpunkter från de olika organisationerna.

Sveriges advokatsamfund ansåg att det utifrån EU-domstolens praxis finns skäl att införa ett permanent in house-undantag i svensk lagstiftning. Samfundet framhöll att en prövning av om undantaget är uppfyllt måste ske i varje enskilt fall. Samfundet ansåg vidare att den nuvarande temporära lagstiftningen har en bra utformning. Samfundet skulle dock gärna se att ett permanent undantag även omfattar sådana upphandlande myndigheter som är offentligt styrda organ. Samfundets bedömning är att en sådan utvidgning är förenlig med EU-domstolens praxis. Däremot ansåg samfundet att ett permanent undantag inte bör omfatta andra transaktioner än sådana som sker i rakt nedåtstigande led. Samfundet framhöll vidare att utredningen borde behandla frågan om övergångsbestämmelser samt möjligheterna för leverantörer att rättsligt pröva om undantaget tillämpats på rätt sätt.

Företagarna anförde att nuvarande temporära lagstiftning ger uttryck för en rimlig nivå beträffande in house-undantagets omfattning. Företagarna framhöll vidare att det är viktigt att det finns en fullgod kontroll och tillsyn av hur reglerna efterlevs.

SABO framhöll vikten av att den kompetens som finns inom det kommunala ägandet kan tillvaratas. SABO var också positiva till den temporära lagstiftningens utformning men ansåg att inbörden av kontroll- och verksamhetskriterierna borde klargöras tydligare.



Även Återvinningsindustrierna var positiva till den nuvarande temporära lagstiftningens utformning. Återvinningsindustrierna framhöll vikten av kontroll och tillsyn av befintliga regler inom konkurrensområdet.

SUHF ansåg att den formulering som finns i den temporära lagstiftningen är bra.

Avfall Sverige ansåg att EU-domstolens praxis om Teckalkriterierna bör gälla i Sverige. I stället för dagens temporära lagstiftning skulle Avfall Sverige vilja se en mera generell utformning av ett undantag med innebörden att EU-domstolens praxis ska gälla. Ett viktigt skäl till det är att det kommunala självbestämmandet bör väga tungt i utformningen av ett in house-undantag. Avfall Sverige framhöll vidare att man önskade en större tydlighet beträffande verksamhetskriteriet.

KFS framhöll kommunernas rätt att själva bestämma hur de ska organisera sig. Ett in house-undantag bör enligt KFS omfatta offentligt styrda organ.

Almega framhöll att även om det finns skäl för att införa ett permanent in house-undantag måste en prövning ske i varje enskilt fall. Även Almega efterfrågade en större tydlighet beträffande kontroll- och verksamhetskriterierna. Almega framhöll vidare att en permanent lagstiftning bör utformas så att ett svenskt in house-undantag tar hänsyn till vad EU-domstolen kan komma att besluta i kommande avgöranden, men det är samtidigt viktigt att undantag inte görs för något som ännu inte prövats.

Till skillnad från övriga anförde, som tidigare nämnts, Sveriges Försäkringsförbund att man motsätter sig införandet av ett permanent in house-undantag. Om ett in house-undantag ändå införs anser förbundet att försäkringsbranschen inte bör omfattas. Förbundet framhöll bl.a. vikten av en väl fungerande konkurrens inom försäkringsområdet som ett skäl till detta.

Fastighetsägarna Sverige har skriftligen meddelat OFUKI-utredningen att organisationen anser att det inte får göras undantag från krav på upphandling om detta snedvrider konkurrensen med privata företag.

## 16 Internationell utblick

### 16.1 En undersökning av rättsläget i andra EU-medlemsstater

I promemorian Ds 2009:36, *Upphandling från statliga och kommunala företag*, konstaterades att vissa länder har infört kontroll- och verksamhetskriterierna i sin nationella lagstiftning (s. 61). Så angavs vara fallet i t.ex. Finland, Frankrike, Italien, Spanien och Österrike. I andra länder, exempelvis Belgien, Danmark, Nederländerna och Norge, angavs däremot bedömningen ha gjorts att någon särskild lagstiftning inte behövs för att kriterierna ska kunna tillämpas. I promemorian redovisades också innehållet i de finska bestämmelserna och lagförarbetena närmare.

Vad gäller den finska lagstiftningen har Teckal-kriterierna kommit till uttryck i 10 § i den finska lagen om offentlig upphandling (2007/348). Av paragrafen framgår att lagen inte tillämpas på upphandling som den upphandlande enheten företar hos enheter som är formellt fristående från den och självständiga med tanke på beslutsfattandet, om den upphandlande enheten ensam eller tillsammans med andra upphandlande enheter övervakar enheten på samma sätt som den övervakar egna verksamhetsställen och om enheten bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med de upphandlande enheter som utövar ett bestämmande inflytande över den.

I den proposition som föregick den finska lagstiftningen (RP 50/2006) redogörs för EU-domstolens rättspraxis om in house-undantaget samt i viss mån för dess tillämpning på finska förhållanden (s. 16, 28 och 62 ff., se även Ds 2009:36, s. 61 ff.). Det anges bl.a. att kommunernas bolag är formellt fristående från sina ägare och att prövningen av deras ställning som anknutna enheter ska göras från fall till fall på basis av de villkor som gäller kontrollbehörigheten och verksamhetens inriktning.

OFUKI-utredningen har i viss utsträckning sökt bredda bilden av rättsläget om in house-undantaget enligt EU-domstolens praxis i andra av EU:s medlemsstater. Särskilt har utredningen ställt frågor till de andra medlemsstaterna om huruvida EU-domstolens praxis är tillämplig i deras nationella rättsordningar, antingen direkt eller som följd av särskild lagstiftning. Frågorna har även tagit sikte på om medlemsstaterna i övrigt antagit särskilda lagregler, t.ex. av associationsrättsligt slag, för att möjliggöra eller underlätta tillämpningen av domstolens praxis. Utredningens frågor har förmedlats genom samarbetsorganet Public Procurement Network (PPN), i vilket bl.a. EU:s medlemsstater ingår. De svar som inkommit till utredningen, från 11 medlemsstater, refereras nedan.

Sammanfattningsvis kan konstateras att svaren ger ungefärligen samma bild som redovisats i ovannämnda promemoria. In house-undantaget enligt EU-domstolens praxis är direkt tillämpligt i flera av de medlemsstater som svarat. Bland de medlemsstater som svarat finns dock flera som har infört särskilda bestämmelser som i olika varianter ger uttryck för Teckal-kriterierna, i några fall med viss konkretisering eller inskränkning. I Litauen har sådana bestämmelser införts som följd av nationell domstolspraxis med synbarligen likartad innebörd som SYSAV-domarna (RÅ 2008 ref. 26.)

### **Belgien**

EU-domstolens praxis om in house-undantaget är direkt tillämplig. Några lagregler för att kodifiera denna praxis har inte införts i den nationella rätten. Det har inte heller införts några lagregler t.ex. av associationsrättsligt slag för att säkerställa att EU-domstolens praxis kan tillämpas eller för att underlätta detta.

De belgiska regionerna har publicerat fyra cirkulär som behandlar frågor om kontrakt mellan upphandlande myndigheter.

### **Danmark**

Liksom i Belgien saknas i Danmark lagregler som kodifierar EU-domstolens praxis om in house-undantaget. Denna praxis är likväl tillämplig. I Danmark har inte införts några lagregler t.ex. av associationsrättsligt slag för att säkerställa att EU-domstolens praxis kan tillämpas eller för att underlätta detta.

Den danska konkurrensmyndigheten har i februari 2010 publicerat en vägledning om tillämpning av in house-undantagets på s.k. selvejende institutioner (se avsnitt 16.2 för en närmare beskrivning). Arbete pågår hos myndigheten med att ta fram ytterligare vägledningar om in house-undantaget.

## Frankrike

Fransk rättstillämpning i fråga om principer och regler för vad som utgör ett kontrakt överensstämmer med EU-domstolens praxis om in house-undantaget. I nationell rätt har dock tagits in bestämmelser som anknyter till EU-domstolens praxis. Av dessa framgår att upphandlingslagstiftningen inte gäller för ramavtal och offentliga kontrakt som sluts av en upphandlande myndighet och en leverantör för vilken kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda. En förutsättning för detta är att leverantören tillämpar upphandlingsreglerna vid egen anskaffning, även om den inte är en upphandlande myndighet. Såvitt OFUKI-utredningen upplysts innebär de franska lagreglerna inga begränsningar i förhållande till EU-domstolens praxis. I Frankrike har inte införts några lagregler av t.ex. associationsrättsligt slag för att säkerställa att EU-domstolens praxis kan tillämpas eller för att underlätta detta.

## Italien

I italiensk rättspraxis har EU-domstolens praxis om in house-undantaget tillämpats. Den italienska lagstiftning som genomför upphandlingsdirektiven (2004/18/EG och 2004/17/EG) innehåller dock inga särskilda bestämmelser om in house-situationer. Där emot finns sådana regler i ett nyligen infört regelverk för lokala offentliga tjänstekoncessioner (tjänster avseende gas, el och järnvägstransporter omfattas inte av reglerna). Enligt dessa bestämmelser är direkttilldelning i undantagsfall tillåten till en in house-enhet. Teckal-kriterierna återges uttryckligen i regelverket. Förutom att dessa måste vara uppfyllda krävs att den lokala myndigheten genomför en marknadsundersökning för att motivera varför ett konkurrensutsatt förfarande inte är möjligt samt att den italienska antitrustmyndigheten konsulteras.

## Litauen

I den litauiska upphandlingslagstiftningen har införts bestämmelser för att möjliggöra tillämpning av EU-domstolens praxis om in house-undantaget. Bestämmelserna infördes efter att det i litauisk rättspraxis hade klargjorts att den tidigare nationella upphandlingslagstiftningen saknade undantagsbestämmelser för in house-situationer och därför skulle tillämpas i sådana fall. Bestämmelserna ger uttryck för Teckal-kriterierna, dock med viss åtstramning och konkretisering för att bl.a. säkerställa konkurrensen och den offentliga upphandlingens effektivitet.

Undantag från upphandlingsskyldighet gäller för kontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en fristående juridisk person om två villkor är uppfyllda. Det första villkoret är att den juridiska personen ska kontrolleras av myndigheten såsom dess egna avdelningar eller strukturella enheter. Villkoret synes innefatta krav på att den upphandlande myndigheten ska vara ensam ägare av den juridiska personen. Det är dock oklart utifrån de uppgifter som OFUKI-utredningen erhållit om detta krav i stället anger att endast upphandlande myndigheter, dvs. en eller flera, får vara ägare av den juridiska personen. Det andra villkoret är att minst 90 procent av den juridiska personens omsättning måste härröra från verksamhet som är tillägnad den upphandlande myndighetens behov eller funktioner.

I Litauen har inte införts några lagregler av t.ex. associationsrättsligt slag för att säkerställa att EU-domstolens praxis kan tillämpas eller för att underlätta detta.

## Malta

Maltas upphandlingslagstiftning saknar bestämmelser som ger uttryck för EU-domstolens praxis om in house-undantaget. Den information som OFUKI-utredningen erhållit klargör inte om EU-domstolens praxis är tillämplig oberoende av detta.

## Polen

Den polska upphandlingslagstiftningen innehåller inget generellt in house-undantag motsvarande EU-domstolens praxis. Detta hindrar dock inte att denna praxis kan tillämpas.

I ett visst avseende har bestämmelser införts i den polska lagen som knyter an till in house-undantaget enligt EU-domstolens avgöranden, nämligen för kontrakt som tilldelas en budgetär enhet av en offentlig myndighet som uppträder som enhetens grundare. En budgetär enhet är en enhet inom den offentliga sektorn som har bildats för att utföra offentliga uppgifter och vars kostnader täcks av intäkterna i dess verksamhet. Nämnade kontrakt undantas från upphandlingslagstiftningen om tre villkor är uppfyllda. För det första ska den huvudsakliga delen av den budgetära enhetens verksamhet bestå i att utföra offentliga uppgifter för den offentliga myndighetens räkning. För det andra ska den offentliga myndigheten utöva en kontroll över enheten som motsvarar den kontroll som myndigheten utövar över egna enheter som inte är juridiska personer, särskilt i fråga om påverkan på strategiska och individuella beslut om enhetens förvaltning. För det tredje ska kontraktets syfte vara förenligt med den budgetära enhetens grundläggande verksamhet, såsom denna bestämts enligt särskild lagstiftning därom.

## Slovenien

I Slovenien har införts bestämmelser om in house-situationer i upphandlingslagstiftningen, såväl för det klassiska området som för försörjningssektorerna. Enligt dessa bestämmelser är lagstiftningen inte tillämplig på kontrakt som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer vars verksamhet står under uppsikt av dessa myndigheter på motsvarande sätt som de utövar uppsikt över interna enheter. Ett villkor är att leverantören eller leverantörerna tilldelar kontrakt i enlighet med upphandlingslagstiftningen. Detta gäller även om de inte är upphandlande myndigheter och om kontraktets värde är lika med eller lägre än marknadsvärdet.

Några ytterligare villkor för att in house-undantaget ska vara tillämpligt anges inte i den slovenska lagstiftningen. Upphandlande myndigheter är dock skyldiga att följa sådana villkor som följer av EU-domstolens praxis.

Planer finns på att komplettera lagstiftningen så att verksamhetskriteriet enligt EU-domstolens praxis kommer till uttryck och så att bestämmelserna också kan tillämpas i s.k. horisontella situationer (jfr avsnitt 4.9).

## Spanien

Vid tillämpningen av direkt gällande EU-bestämmelser eller av nationella bestämmelser som genomför EU-direktiv beaktar spanska upphandlande myndigheter och domstolar alltid EU-domstolens rättspraxis. Utöver detta har EU-domstolens praxis om in house-situationer införlivats i den spanska upphandlingslagstiftningen genom vissa bestämmelser. Enligt dessa gäller inte lagstiftningen för kontrakt inom ramen för in house-situationer, utifrån villkor i enlighet med Teckal-kriterierna. Kontrakt som härstammar från sådana in house-kontrakt omfattas dock av lagstiftningen.

En förutsättning för att in house-undantaget ska vara tillämpligt är att den fristående enheten uttryckligen utpekats som in house i en viss handling ("the foundation act"). Mot bakgrund av EU-domstolens avgörande i mål C-295/05, Asemfo, har i upphandlingslagstiftningen införts särskilda bestämmelser som pekar ut Tragsa som en in house-enhet och som klargör dess rättsliga ställning i fråga om kontrakt (jfr avsnitt 4.6.4).

Ett nationellt rådgivande organ för offentliga kontrakt har publicerat flera rapporter med anledning av frågor om in house-kontrakt.

## Tyskland

Några särskilda bestämmelser om in house-situationer finns inte i den tyska lagstiftningen. I samband med en ändring 2009 av den tyska lagstiftningen om konkurrensbegränsningar behandlades visserligen frågan om huruvida sådana bestämmelser skulle införas, men detta gjordes inte. Om en in house-situation föreligger är dock den tyska lagstiftningen inte tillämplig. Några lagregler av t.ex. associationsrättsligt slag för att säkerställa att EU-domstolens praxis om in house-undantaget kan tillämpas eller för att underlätta detta har inte införts.

## Ungern

I den ungerska upphandlingslagstiftningen finns bestämmelser som baseras på EU-domstolens praxis om in house-undantaget. Enligt dessa anses ett avtal inte utgöra ett kontrakt om det sluts mellan en

upphandlande myndighet och en leverantör som uteslutande ägs av denna myndighet eller gemensamt av flera upphandlande myndigheter. Som villkor gäller att den upphandlande myndigheten har omfattande rättigheter att utöva ledning och kontroll i fråga om strategiska och ledande uppgifter, med hänsyn till det rättsliga ansvar som gäller för att genomföra ett offentligt uppdrag eller en offentlig tjänst eller för att organisera genomförandet härav. Om flera upphandlande myndigheter är ägare till leverantören ska rättigheterna utövas genom en gemensam representant. Om staten är ägare till leverantören gäller villkoret om rättigheter med avseende på det organ som utövar ägar rättigheterna över leverantören.

Som ytterligare villkor gäller att minst 90 procent av leverantörens årliga nettoomsättning ska vara hänförlig till kontrakt som slutits med den upphandlande myndigheten. Värdet av offentliga tjänster som tillhandhålls tredje man på grundval av dessa kontrakt ska därvid anses som hänförliga till kontrakten, oavsett om tjänsterna betalas av den offentliga myndigheten eller av dem som utnyttjar tjänsterna.

Kontrakt som ingås med stöd av bestämmelserna ska, i den mån annat inte anges i annan lagstiftning, ingås för en begränsad tid om högst tre år. Förlängning är dock möjlig, förutsatt att ovan angivna villkor fortsatt är uppfyllda.

Bestämmelserna anger vidare ett krav på att den upphandlande myndigheten minst en gång vart tredje år gör en konsekvensanalys med anlitande av en oberoende expert. I analysen ska granskas erfarenheterna av hur kontraktet har verkställts, kvaliteten och effektiviteten (direkta och indirekta kostnader) av den bedrivna verksamheten och huruvida det bör genomföras ett frivilligt upphandlingsförfarande.

Några lagregler av t.ex. associationsrättsligt slag för att säkerställa att EU-domstolens praxis om in-house-undantaget kan tillämpas eller för att underlätta detta har inte införts.

## 16.2 Särskilt om danska selvejende institutioner

Den danska konkurrensmyndigheten (Konkurrencestyrelsen, numera Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen) har i februari 2010 publicerat vägledningen ”In-house begrebets betydning for kommunal aftaleindgåelse med selvejende institutioner”. I vägledningen



behandlas frågor om tillämpning av Teckal-kriterierna, särskilt kontrollkriteriet, i relationen mellan kommuner och s.k. selvejende institutioner.

Av vägledningen framgår att danska kommuner utför ett antal uppgifter inom bl.a. det sociala området, t.ex. omsorg om barn och äldre. Sådana uppgifter kan utföras i egen regi men utförs också av t.ex. selvejende institutioner. Relationen mellan en kommun och en selvejende institution regleras då oftast i ett avtal som anger ekonomiska och andra ramar för institutionens drift (driftsavtal). Driftsavtal omfattas av den danska upphandlingslagstiftningen. I vägledningen gör dock den danska konkurrensmyndigheten bedömningen att driftsavtal kan vara undantagna från upphandlingskyldighet enligt EU-domstolens praxis om in house-undantaget, beroende på omständigheterna i de enskilda fallen.

En dansk selvejende institution är en juridisk person som i vissa avseenden synes jämförbar med en svensk stiftelse (jfr avsnitt 9.2.4). I vägledningen beskrivs att selvejende institutioner inte entydigt har definierats i dansk rätt men att de karaktäriseras av att de äger sig själva, dvs. deras tillgångar är oåterkalleligt skilda från stiftarna eller dem som tillskjutit kapital. En selvejende institution kännetecknas vidare av att den har ett eller flera särskilda ändamål, oftast av allmänintresse, som angetts i dess stadgar. En selvejende institution drivs endast i undantagsfall i vinstsyfte. Ändamålet för en institution kan vara knutet till en viss kommun, t.ex. på så sätt att ändamålet att utföra viss omsorg är begränsat till att avse kommunens medlemmar eller till personer som anvisas av kommunen.

En selvejende institution har en styrelse som högsta organ. I relationen till en kommun är institutionen organisatoriskt självständig men det är inte ovanligt att kommunen utser en eller flera av styrelseledamöterna och därigenom har inflytande på institutionens beslut.

Som angetts ovan bedömer den danska konkurrensmyndigheten att Teckal-kriterierna kan vara uppfyllda i relationen mellan en kommun och en selvejende institution. Vissa omständigheter som kan vara av betydelse för kontrollkriteriet behandlas närmare i vägledningen. Det gäller det principiella förhållandet att selvejende institutioner äger sig själva, karaktären på institutionernas verksamhet samt vissa förhållanden i relationen mellan en kommun och en institution. I det senare avseendet behandlas bl.a. betydelsen av kontroll genom budget och betydelsen av kommunal skyldighet att utöva tillsyn.

I fråga om de selvejende institutionernas karaktär som självägande anger konkurrensmyndigheten som sin bedömning att det följer av EU-domstolens praxis att kontrollkriteriet inte förutsätter att den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger den fristående juridiska personen. Av domstolens praxis följer, enligt konkurrensmyndigheten, att ägande är en viktig omständighet men inte en förutsättning för att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt.

Såvitt gäller budgeten för selvejende institutioner framgår av vägledningen att det kan förekomma en ordning där budgeten bestäms av en kommun eller godkänns av en kommun. Den danska konkurrensmyndigheten bedömer i vägledningen att kommunen i dessa fall har väsentliga möjligheter att utöva ett bestämmande inflytande över institutionens strategiska mål och beslut.

I vägledningen anges att kommuner har skyldighet enligt lag att utöva tillsyn över utförandet av kommunala uppgifter, även om dessa uppgifter utförs av selvejende institutioner. Kommunens tillsynsskyldighet är densamma för selvejende institutioner som för kommunens egna interna enheter. Den danska konkurrensmyndigheten bedömer att det därför inte är uteslutet att tillsynsskyldigheten kan vara en omständighet som talar för kontroll.

### **16.3 Särskilt om ett norskt fall där in house-undantaget aktualiserats**

#### **Bakgrund**

Som följd av EES-avtalet har Norge en motsvarande skyldighet som EU-länderna att genomföra EU:s upphandlingsdirektiv i sin nationella lagstiftning. Övervakningen av att EES-länderna efterlever sina skyldigheter görs av EFTA-organet EFTA Surveillance Authority (ESA). När det är påkallat till följd av fördragsbrott kan ESA väcka talan mot ett EES-land inför EFTA-domstolen.

Med anledning av klagomål mot Norge om överträdelse mot EES-avtalet, har vissa frågor om in house-undantaget enligt EU-domstolens praxis aktualiserats i ett ärende hos ESA (Case No 64872). Ärendet, som hittills inte har avslutats, gäller närmare preciserat en sådan koncernintern anskaffning för vilken OFUKI-utredningen anser att det är oklart om in house-undantaget kan tillämpas (se avsnitt 5.3). Klagomålet tar sikte på att offentliga

sjukhusföretag anskaffar bl.a. läkemedel och andra apoteksvaror från offentliga apoteksföretag utan upphandling.

Med anledning av att ESA begärt viss information i ärendet har det norska Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet i svarsskrivelser till ESA beskrivit bl.a. organisationen av sjukhus- och apoteksföretagen och redovisat den norska inställningen till frågan om upphandlingsskyldighet. Av dessa handlingar framgår att Norge är indelat i fyra hälsoregioner och att det i varje region finns ett regionalt hälsoföretag ("helseforetak"). Dessa är i respektive region ansvariga för att genomföra den överordnade statliga hälso-politiken. Den faktiska verksamheten, dvs. vård av patienter, forskning, undervisning m.m., får organiseras som hälsoföretag under de olika regionala hälsoföretagen.

I en norsk lag om hälsoföretag regleras bl.a. förhållandena mellan ägare och företag, mellan olika hälsoföretag och mellan de interna organen i ett företag. Associationsformen är avsedd för att organisera och styra offentlig verksamhet. Till skillnad från vad som gäller för aktiebolag, har ägaren till ett hälsoföretag ansvar för dess skulder och ett hälsoföretag kan inte gå i konkurs. Vidare är befogenheterna för styrelsen i ett hälsoföretag begränsade av att en rad viktiga beslut ska fattas av ägaren eller av departementet.

Den norska staten är ensam ägare till de regionala hälsoföretagen. Dessa äger i sin tur hälsoföretag som bedriver olika slags verksamhet. Viss verksamhet, bl.a. sjukhus, ska organiseras som hälsoföretag.

Förutom att de regionala hälsoföretagen äger hälsoföretag som driver sjukhus, äger de vardera ett hälsoföretag som driver sjukhusapotek. I varje region finns alltså ett offentligt apoteksföretag som organisatoriskt är syskonföretag till de offentliga sjukhusföretagen i regionen. Ändamålet med verksamheten för apoteksföretagen är generellt sett (vissa variationer finns) bl.a. att bidra till säkerställandet av en god läkemedelsförsörjning till de andra hälsoföretagen i regionen. Apoteksföretagens huvuduppgifter innefattar bl.a. att leverera de läkemedel och andra apoteksvaror som beställs av hälsoföretag i regionen och att bedriva detaljhandel av läkemedel till sjukhusens besökare och anställda. De tillhandahåller också vissa tjänster avseende läkemedel.

All anskaffning av läkemedel till offentliga sjukhus konkurrensutsätts som följd av ett samarbetsavtal mellan de fyra regionala hälsoföretagen och apoteksföretaget i en av hälsoregionerna. Genom avtalet har inrättats en organisation, administrativt tillhörig

apoteksföretaget, som samordnar inköp och leverans av läkemedel och andra apoteksvaror på uppdrag av de olika hälsoföretagen. Samarbetsorganisationen genomför bl.a. upphandling av grossist-avtal om leverans av läkemedel m.m. till apoteksföretagen och sjukhusföretagen. Dessa avtal ingås av apoteksföretagen. Mellan enskilda sjukhusföretag och apoteksföretag finns avtal som bl.a. reglerar apoteksföretagens leverans av läkemedel m.m.

En stor del av sjukhusföretagens läkemedelsinköp görs från apoteksföretagen. Omvänt avsåg 60 procent av den sammantagna omsättningen för apoteksföretagen år 2007 försäljning till sjukhusföretagen (sjukhusens avdelningar). Ytterligare drygt 26 procent av omsättningen avsåg försäljning enligt recept utfärdade av sjukhusens läkare.

### Norges argument för att in house-undantaget är tillämpligt

I klagomålet till ESA har argumenterats för att de norska offentliga sjukhusföretagens anskaffning av läkemedel m.m. från de norska offentliga apoteksföretagen strider mot upphandlingsdirektiven eftersom den inte föregås av upphandling. In house-undantaget enligt EU-domstolens praxis är, enligt klagomålet, inte tillämpligt eftersom Teckal-kriterierna inte är uppfyllda.

Som angetts ovan är ESA:s ärende inte avslutat och ESA:s inställning till klagomålet har inte heller redovisats. Norge har emellertid genom Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet framfört vissa argument till ESA till stöd för att in house-undantaget är tillämpligt. Såvitt gäller kontrollkriteriet tar dessa sikte på att varje regionalt hälsoföretag tillsammans med dess sjukhusföretag och apoteksföretag ska ses som en enda organisatorisk enhet.

Norge anger bl.a. att de underliggande hälsoföretagen ägs i sin helhet av något av de regionala hälsoföretagen och att sistnämnda företag kan ge instruktioner till såväl sjukhusföretagen som till apoteksföretagen. Enligt Norge utövar ett regionalt hälsoföretag därmed lika stor kontroll över ett sjukhusföretag som över ett apoteksföretag. Den norska lagstiftningen innebär att ett sjukhus organiserat som ett hälsoföretag inte kan äga apotek. Att sjukhusföretagen saknar kontroll över apoteksföretagen följer därmed direkt av lagstiftningen. Enligt Norge har sjukhusföretagen dock en indirekt kontrollmöjlighet över apoteksföretagen genom de

regionala hälsoföretagen. Norge anger att ett sjukhusföretag som önskar ändringar i driften av ett apoteksföretag kan uppnå detta genom att vända sig till det regionala hälsoföretaget, som därefter har att bedöma om apoteksföretaget bör ges instruktioner i enlighet med begäran.

I praktiken har ett regionalt hälsoföretag, enligt Norge, full kontroll över all verksamhet som utförs av de offentliga sjukhusen och apoteken i regionen, även om verksamheten uppdelats på flera självständiga rättssubjekt. Som följd av det nära sambandet mellan de regionala hälsoföretagen och dess underliggande sjukhus- och apoteksföretag bör, enligt Norge, leveranserna mellan dessa underliggande företag ses som verksamhet i egen regi.

Till stöd för argumenten pekar Norge på att EU-domstolen i domarna i mål C-340/04, Carbotermo, och C-295/05, Asemfo, har godtagit att den upphandlande myndigheten kan ses tillsammans med andra ägare i bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt. Enligt Norge visar domarna att EU-domstolen öppnat för att självständiga rättssubjekt kan betraktas gemensamt i denna bedömning.

Norge anger vidare att som följd av att sjukhusföretagen och apoteksföretagen i en region är ägda och kontrollerade av ett regionalt hälsoföretag, kan det regionala företaget utan upphandling anskaffa varor och tjänster från såväl sjukhusföretagen som apoteksföretagen, förutsatt att de kontrollerade företagens verksamhet också uppfyller verksamhetskriteriet. Norge anser att också det omvända bör gälla, dvs. så att ett sjukhusföretag kan anskaffa varor och tjänster från det regionala hälsoföretag som äger det. Norge konstaterar att detta inte direkt följer av kontrollkriteriet enligt formuleringen i domen i mål C-107/98, Teckal, eftersom ett sjukhusföretag inte har kontroll över det regionala hälsoföretaget. Enligt Norges uppfattning är emellertid kontrollkriteriet ett test på hur nära anknytning det finns mellan enheterna. Norge anger att det därför, när ett regionalt hälsoföretag har en sådan kontroll över verksamheten i ett sjukhusföretag att de två enheterna reellt sett är att se som en enda enhet, inte bör ha någon betydelse vilken av enheterna som tillhandahåller nyttigheterna och vilken av dem som utger vederlaget.

En följd av resonemanget är, enligt Norge, att ett regionalt hälsoföretag som äger och kontrollerar dels ett apoteksföretag, dels ett sjukhusföretag, kan anskaffa i egenregi från apoteksföretaget samtidigt som sjukhusföretaget kan anskaffa i egenregi från det

regionala hälsoföretaget. När ett sådant arrangemang är rättsenligt måste man också, anser Norge, kunna genomföra köp och försäljning direkt mellan sjukhusapoteket och sjukhusföretaget.

Utöver nu återgivna principiella argument, innehåller den norska motiveringen till varför kontrollkriteriet ska anses uppfyllt också ytterligare beskrivningar av att det råder ett nära samband mellan ett regionalt hälsoföretag och dess underliggande hälsoföretag.

I fråga om verksamhetskriteriet pekar Norge bl.a. på att den del av apoteksföretagens omsättning som avser försäljning till sjukhusen, inklusive försäljning enligt recept utfärdade av sjukhusens läkare, är så betydande att kriteriet redan av denna anledning är uppfyllt. Norge anger därutöver bl.a. att det är relevant att se till de uppgifter som apoteksföretagen utför vilka endast eller i huvudsak är riktade mot sjukhusföretagen. I detta avseende beskriver Norge bl.a. att apoteksföretagen är nära integrerade i sjukhusens verksamhet och tjänsteproduktion.

## 17 Rättsliga förutsättningar för ett in house-undantag i svensk rätt

De rättsliga förutsättningarna enligt svensk rätt och unionsrätten är av grundläggande betydelse för frågan om ett in house-undantag bör införas i Sverige. Såvitt gäller svensk rätt finns frågor om bl.a. räckvidden av den bedömning som Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen) gjorde i SYSAV-målen, RÅ 2008 ref. 26. Exempelvis kan ställas frågan om rättsfallet är av betydelse för tillämpningen av LOU och LUF trots att det gällde den tidigare upphandlingslagen.

Såvitt gäller unionsrätten finns frågor om bl.a. vilka möjligheter eller skyldigheter denna innebär för svenskt vidkommande. En frågeställning är om upphandlingsdirektiven kan anses ha genomförts fullt ut i svensk rätt även om in house-undantaget enligt EU-domstolens praxis inte gäller i Sverige.

### 17.1 RÅ 2008 ref. 26

#### 17.1.1 Rättsfallet

I SYSAV-målen (RÅ 2008 ref. 26) ställdes Regeringsrätten inför frågan om den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, ÅLOU, gav utrymme för undantag från upphandlingsskyldighet när kommuner köper tjänster från kommunala bolag.

Bakgrunden var att Simrishamns kommun levererade avfall till Sydvästra Skånes Avfallsaktiebolag (SYSAV) mot ersättning utan att något upphandlingsförfarande genomförts. SYSAV ägdes av ett antal kommuner i Skåne län, däribland Simrishamns kommun. Mellan delägarkommunerna gällde ett konsortialavtal enligt vilket kommunerna förbundit sig att samverka inom avfallsområdet genom SYSAV. Bolaget skulle bl.a. svara för den regionala återvin-

ningen och avfallshanteringen för delägarkommunerna och driva regionala behandlingsanläggningar. Verksamheten skulle drivas utifrån affärsmässiga principer och till grund för debiteringen skulle ligga en viss taxa. Varje delägarkommun förband sig att till bolagets anläggningar avlämna allt avfall som kunde tas emot i anläggningarna och som kommunen hade ansvar för enligt lagstiftningen. Bestämmelser fanns också om hembud av aktier. SYSAV var inte part i konsortialavtalet och något skriftligt avtal mellan kommunerna och SYSAV rörande avfallshanteringen fanns inte. Innebörden av konsortialavtalet var enligt Regeringsrätten att Simrishamns kommun skulle köpa tjänster av SYSAV.

Regeringsrätten konstaterade att ÄLOU:s 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 ÄLOU inte medgav att kommuner och landsting köper varor och tjänster från sina egna bolag utan formell upphandling.

Simrishamns kommun gjorde gällande att det enligt unionsrätten inte var fråga om en upphandling i en situation som den aktuella utan om verksamhet i egen regi. Vidare hänvisade kommunen till EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna. I detta avseende anförde Regeringsrätten följande.

EG-domstolen har i ett antal domar, se t.ex. EG-domstolens dom i mål C-295/05 Tragsa, 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 innehåller några sådana undantag från upphandlingsskyldigheten aktualiseras 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.

Samma dag som domen i RÅ 2008 ref. 26 meddelades avgjorde Regeringsrätten ett antal mål avseende Tomelilla kommun där förutsättningarna var likartade och utgången blev densamma (dom den 17 mars 2008 i mål nr 176–179-06).



### 17.1.2 Rättsfallets räckvidd

Regeringsrättens avgörande i RÅ 2008 ref. 26 gällde tillämpning av den äldre upphandlingslagen (ÅLOU) men i olika sammanhang har bedömts att rättsfallet har betydelse också för tillämpningen av LOU och LUF (se prop. 2009/10:134, s. 10 och 31, och Pedersen, *Upphandlingskrönika*, ERT 2008, s. 546 f.). Det är också bl.a. denna bedömning som har föranlett den temporära bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU.

Utredningen har inhämtat ett rättsutlåtande från jur. doktorn Jörgen Hettne angående vilka valmöjligheter Sverige har i förhållande till unionsrätten i frågan om ett in house-undantag bör införas permanent i svensk rätt (se avsnitt 17.2.1 och bilaga 4). I utlåtandet berör han även räckvidden av Regeringsrättens avgörande. Han anför att rättsfallet formellt bara rör ÅLOU men att det är troligt att Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen) skulle komma till samma slutsats vid en prövning med utgångspunkt i LOU eller LUF. Vidare kan enligt Hettne detsamma bli fallet för lagen (2008:962) om valfrihetssystem eftersom inte heller denna lag ger uttryck för Teckal-kriterierna. Hettne anser emellertid att någon form av svensk reglering om upphandlingsskyldighet är en förutsättning för att Regeringsrättens resonemang ska gälla. Anledningen till det är att resonemanget grundas på förekomsten av i Sverige föreskrivna krav på upphandling utan uttryckliga undantag för in house-situationer. Enligt Hettne är det däremot svårt att se att RÅ 2008 ref. 26 skulle ha betydelse i sådana situationer som ligger utanför den svenska regleringen i LOU, LUF och LOV. Hettne påtalar att EU-domstolens rättspraxis omfattar ett vidare område än vad som är reglerat i Sverige, närmare bestämt hela EUF-fördragets tillämpningsområde för framför allt tjänster och etablering (se avsnitt 4.4). Utanför den svenska regleringen, där likväl fördragsförpliktelse gällande, anser Hettne att Teckal-kriterierna därför rimligen bör gälla.

### Rättsfallets betydelse för offentlig upphandling enligt LOU och upphandling enligt LUF

OFUKI-utredningen konstaterar att ÅLOU var tillämplig på upphandling som gjordes av upphandlande enheter, inbegripet bl.a. statliga, kommunala och andra myndigheter samt vissa privat-

rättsliga organ (1 kap. 2 och 5–6 §§, jfr 4 kap. 1 § andra stycket). Begreppet upphandling definierades som köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster (1 kap. 5 §). I lagen fanns vidare en definition av upphandlingskontrakt liknande definitionerna i LOU och LUF (1 kap. 5 § ÄLOU). Däremot saknades en omedelbar koppling mellan lagens tillämplighet och begreppet upphandlingskontrakt på det sätt som nu finns i LOU och LUF där definitionerna av offentlig upphandling och upphandling i sig innefattar kontraktsbegreppet (se avsnitt 2.2.2). Det kan noteras att Regeringsrätten i domskälen i RÅ 2008 ref. 26 återgav definitionen av upphandling men inte definitionen av upphandlingskontrakt.

Oavsett denna formella skillnad i regleringen av lagarnas tillämpningsområde, är lagarna lika i det avseendet att lagtexten inte innehåller några bestämmelser motsvarande in house-undantaget. OFUKI-utredningen anser därför, i likhet med Hettne (se ovan), att Regeringsrättens uttalande om att EU-domstolens praxis inte aktualiserades vid tillämpningen av ÄLOU måste bedömas vara lika relevant för tillämpningen av LOU och LUF. Något undantag för in house-situationer kan alltså inte anses ha gällt enligt LOU innan införandet av den temporära bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU och kan inte heller anses gälla enligt LUF. OFUKI-utredningen bedömer vidare att avgörandet har relevans också för andra företagsformer än aktieföretag enligt ABL, såväl statliga som kommunala, liksom för offentligrättsliga kommunala samverkansformer som kommunalförbund och gemensamma nämnder. Denna bedömning görs även i förarbetena till grund för den temporära lagstiftningen (prop. 2009/10:134, s. 10).

### **Särskilt om rättsfallets betydelse för tjänstekoncessioner och byggkoncessioner**

Genom LOV har införts en reglering om tjänstekoncessioner i form av valfrihetssystem. Andra tjänstekoncessioner är däremot endast i begränsad utsträckning reglerade i svensk lagstiftning.

Som angetts i avsnitt 2.2.2 finns likalydande definitioner av begreppet tjänstekoncession i 2 kap. 17 § LOU och 2 kap. 18 § LUF. Med begreppet avses ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten.

Av RÅ 2008 ref. 26 följer att begreppet kontrakt enligt 2 kap. 10 § LOU respektive LUF, i avsaknad av ett undantag i svensk lagstiftning, inte kan tolkas i enlighet med EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna. Därmed torde enligt OFUKI-utredningens mening detsamma gälla för definitionen av tjänstekoncession, som alltså baseras på kontraktsbegreppet. Frågan är då om rättsfallet, trots detta, har någon egentlig betydelse för tillämpligheten av EU-domstolens praxis i fråga om tjänstekoncessioner.

#### *Slutsatser om tjänstekoncessioner*

OFUKI-utredningen anser att RÅ 2008 ref. 26 inte torde ha någon betydelse alls i sådana fall då en tjänstekoncession enligt LOU tilldelas en *upphandlande myndighet*. Några svenska regler som är tillämpliga på förfarandet finns nämligen inte i ett sådant fall, vilket är en förutsättning för att rättsfallet ska kunna få betydelse. Där- emot kan EUF-fördragets bestämmelser och principer vara tillämp- liga, såvida inte Teckal-kriterierna enligt EU-domstolens praxis är uppfyllda. Om kriterierna är uppfyllda är tilldelningen undantagen från de skyldigheter som annars skulle ha gällt enligt fördraget. Inte heller i detta avseende har RÅ 2008 ref. 26 någon betydelse.

I fall då en tjänstekoncession enligt LOU i stället tilldelas någon som *inte* är en upphandlande myndighet torde RÅ 2008 ref. 26 ha viss betydelse, men endast för tillämpligheten av 1 kap. 12 § LOU. I praktiken torde betydelsen dessutom vara ytterligare begränsad i de fall då Teckal-kriterierna de facto är uppfyllda. Sådana fristående enheter för vilka kriterierna är uppfyllda torde nämligen i regel vara upphandlande myndigheter eller därmed jämställda organ (för betydelsen härav, se ovan).

Vidare saknar rättsfallet, enligt OFUKI-utredningens mening, helt betydelse för tjänstekoncessioner enligt LUF eftersom lagen inte gäller tilldelning av tjänstekoncessioner och de därmed inte är reglerade i svensk rätt.

Nu angivna slutsatser om betydelsen av RÅ 2008 ref. 26 för tjänstekoncessioner baseras på följande förhållanden.

*Reglering av tjänstekoncessioner i LOU*

I LOU finns inga regler om att tilldelningen av en tjänstekoncession ska föregås av konkurrensutsättning eller något annat visst förfarande. I stället framgår av 1 kap. 2 § femte stycket LOU att endast 1 kap. 12 § LOU gäller i fråga om tjänstekoncessioner. Sistnämnda bestämmelse tar enligt ordalydelsen sikte på situationer då en upphandlande myndighet beviljar särskilda rättigheter eller ensamrätt att bedriva verksamhet i det allmännas intresse. Om den som beviljas en sådan rätt *inte* är en upphandlande myndighet gäller ett visst krav på den handling varigenom rättigheten beviljas. Kravet är att handlingen ska innehålla en bestämmelse som innebär att innehavaren av rättigheten eller ensamrätten ska iaktta principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet när den tilldelar tredje man varukontrakt. Bestämmelsen innebär dock inte att tilldelningen av koncessionen ska föregås av något visst förfarande.

Om den som beviljas rättigheten i stället är en *upphandlande myndighet* gäller däremot inga krav enligt 1 kap. 12 § LOU. En sådan situation omfattas således inte alls av bestämmelsen. I stället är en rättighetshavare som är en upphandlande myndighet skyldig – i likhet med alla andra upphandlande myndigheter – att tillämpa regelverket i LOU när bl.a. varor anskaffas. Men för själva tilldelningen av en tjänstekoncession till en upphandlande myndighet saknar LOU alltså helt bestämmelser. Det innebär också att RÅ 2008 ref. 26, som ger uttryck för hur svensk lagstiftning ska tolkas, saknar betydelse i dessa fall.

I de fall 1 kap. 12 § LOU är tillämplig, dvs. då en tjänstekoncession tilldelas någon som *inte* är en upphandlande myndighet, torde RÅ 2008 ref. 26 däremot ha en viss betydelse. Tillämpningsområdet för bestämmelsen kan ytterst sägas vara avgränsat av definitionen av begreppet kontrakt, eftersom detta ingår i definitionen av begreppet tjänstekoncession (se ovan). Därmed bör RÅ 2008 ref. 26 ha samma betydelse för skyldigheten enligt 1 kap. 12 § LOU vid tilldelning av en tjänstekoncession som för upphandlingsskyldigheten vid tilldelning av ett kontrakt avseende t.ex. varor eller tjänster (se ovan) – i båda fallen finns en svensk reglering, om än begränsad för tjänstekoncessioner. Även om tilldelning görs till en fristående enhet för vilken Teckal-kriterierna är uppfyllda, följer alltså av RÅ 2008 ref. 26 att 1 kap. 12 § LOU gäller, såvida det inte finns ett uttryckligt undantag i svensk lagstiftning. På så sätt kan RÅ 2008 ref. 26 sägas ha betydelse för tjänstekoncessioner i den

mån de regleras i LOU. Dock innebär den temporära bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU att ett undantag införts i svensk rätt för situationer då Teckal-kriterierna är uppfyllda. När förutsättningarna enligt 2 kap. 10 a § LOU är uppfyllda kan alltså tjänstekoncessioner tilldelas utan att 1 kap. 12 § LOU behöver tillämpas (se prop. 2009/10:134, s. 41 och 46).

Trots det nu anförda om 1 kap. 12 § LOU i förhållande till EU-domstolens praxis och RÅ 2008 ref. 26, konstaterar OFUKI-utredningen att bestämmelsen regelmässigt torde sakna betydelse i sådana fall då Teckal-kriterierna de facto är uppfyllda. Som anförts ovan följer direkt av bestämmelsen i 1 kap. 12 § LOU att den inte är tillämplig när en tjänstekoncession tilldelas en upphandlande myndighet. Denna begränsning av tillämpningsområdet har i sig betydelse i sammanhanget. Sådana fristående enheter för vilka Teckal-kriterierna är uppfyllda torde nämligen i regel vara upphandlande myndigheter eller därmed jämställda organ. Anledningen är att EU-domstolens praxis om kriterierna i viss mån sammanfaller med definitionen av offentligt styrda organ i 2 kap. 12 § LOU (enligt 2 kap. 19 § andra stycket 2 LOU jämföras offentligt styrda organ med upphandlande myndigheter vid tillämpningen av LOU). Exempelvis är ett aktiebolag ett offentligt styrt organ om dess verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet eller om mer än halva antalet ledamöter i dess styrelse är utsedda av en sådan offentlig aktör, om också bolaget tillgodoser behov i det allmänna intresse och behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Att kontrollförhållanden, vem som utser styrelseledamöter och vad som är verksamhetens syfte har betydelse för kontrollkriteriet har behandlats i avsnitt 4.6.

Mot denna bakgrund konstaterar OFUKI-utredningen att 1 kap. 12 § LOU över huvud taget inte är tillämplig i åtminstone de flesta fall då tilldelning av en tjänstekoncession sker till en fristående enhet och Teckal-kriterierna är uppfyllda. Som anförts ovan finns det inte heller i övrigt några regler i LOU som är tillämpliga på en sådan transaktion, fränsett definitionen av begreppet tjänstekoncession.

*EUF-fördragets bestämmelser och principer i förhållande till tjänstekoncessioner*

Det bör i sammanhanget framhållas att den begränsade regleringen om tjänstekoncessioner i LOU inte innebär att det i övrigt gäller fullständig frihet för en upphandlande myndighet som tilldelar en sådan koncession. EUF-fördragets grundläggande bestämmelser och principer som följd av bestämmelserna kan nämligen ge upphov till vissa skyldigheter (se avsnitt 2.1.2). Så är fallet även i fråga om tilldelning av tjänstekoncessioner enligt LUF. I den lagen finns ingen motsvarighet till bestämmelserna i 1 kap. 2 § femte stycket och 1 kap. 12 § LOU. I stället anges i 1 kap. 11 § LUF att lagen inte gäller vid tilldelning av tjänstekoncessioner. Detta innebär att endast EUF-fördragets bestämmelser och principer kan aktualiseras i fråga om tjänstekoncessioner enligt LUF.

Kan då RÅ 2008 ref. 26 ha någon betydelse för tillämpligheten av EUF-fördragets bestämmelser och principer vid tilldelning av tjänstekoncessioner enligt LOU eller LUF?

Av EU-domstolens praxis framgår klart att fördragets bestämmelser och principer inte är tillämpliga när en tjänstekoncession tilldelas en fristående enhet för vilken Teckal-kriterierna är uppfyllda (se avsnitt 4.4). Enligt OFUKI-utredningens mening kan RÅ 2008 ref. 26 inte påverka detta förhållande. I likhet med det som Hettne anfört i sitt rättsutlåtande (se ovan), konstaterar OFUKI-utredningen att tillämpligheten av fördragets bestämmelser och principer inte är beroende av någon svensk reglering vars innebörd skulle kunna bli föremål för tolkning av svensk domstol. I stället gäller fördraget direkt i Sverige. Enligt OFUKI-utredningens mening medför detta att också EU-domstolens tolkning av fördragets tillämpningsområde i avgörandena om Teckal-kriterierna måste anses ha ett direkt genomslag i Sverige.

Resonemanget leder till att OFUKI-utredningen drar följande slutsats om rättsläget i fråga om EUF-fördragets bestämmelser och principer. Om en upphandlande myndighet tilldelar en tjänstekoncession till en fristående enhet och Teckal-kriterierna är uppfyllda, så är inte dessa bestämmelser och principer tillämpliga. Annorlunda uttryckt är i dessa fall EU-domstolens praxis om in house-undantaget en del av gällande rätt i Sverige oberoende av RÅ 2008 ref. 26.

### *Sammanfattning om tjänstekoncessioner*

Sammanfattningsvis innebär det anförda att RÅ 2008 ref. 26 inte torde ha någon betydelse alls för tjänstekoncessioner i den mån de inte är reglerade i svensk rätt. Rättsfallet har en viss begränsad betydelse för rättsläget om tjänstekoncessioner enligt LOU, men endast i sådana fall då en koncession tilldelas någon som *inte* är en upphandlande myndighet. I sådana fall då en tjänstekoncession enligt LOU tilldelas en *upphandlande myndighet* – vilket i regel bör vara fallet om Teckal-kriterierna de facto är uppfyllda – torde rättsfallet däremot inte ha någon betydelse alls. För tjänstekoncessioner enligt LUF torde RÅ 2008 ref. 26 helt sakna betydelse.

### *Byggkoncessioner*

Resonemanget ovan om betydelsen av RÅ 2008 ref. 26 för tillämpligheten av EUF-fördragets grundläggande bestämmelser och de principer som följer av bestämmelserna har i viss mån motsvarande relevans också för tilldelning av byggkoncessioner. I LOU regleras visserligen offentlig upphandling av sådana koncessioner, vilket innebär att rättsfallet har samma konsekvenser som för offentlig upphandling enligt LOU i övrigt (se ovan). I LUF anges däremot att lagen inte gäller för tilldelning av byggkoncessioner (1 kap. 11 § LUF), vilket inte hindrar att EUF-fördraget kan vara av betydelse och medföra vissa skyldigheter för den upphandlande enhet som tilldelar en sådan koncession. I den mån EU-domstolens praxis om in house-undantaget innebär att fördragsförpliktelse ändå inte gäller i en sådan situation, påverkas detta inte av RÅ 2008 ref. 26.

## **17.2 Skapar unionsrätten möjlighet eller skyldighet för Sverige att införa in house-undantaget?**

### **17.2.1 Frågeställningar**

Innan den temporära lagstiftningen infördes i 2 kap. 10 a § LOU gällde inte något undantag från upphandlingsskyldighet enligt LOU motsvarande EU-domstolens praxis om in house-undantaget. Svensk rätt medger inte heller efter denna lagändring undantag i samma utsträckning som unionsrätten. Exempelvis finns i dagsläget inte något in house-undantag för upphandling som

omfattas av LUF, trots att EU-domstolen bedömt att dess praxis om undantaget är relevant för försörjningsdirektivet.

Av grundläggande betydelse för frågan om ett in house-undantag bör införas permanent i svensk rätt är vilka valmöjligheter Sverige har i förhållande till unionsrätten. Detsamma gäller för frågan om ett sådant undantag bör begränsas i något avseende i förhållande till EU-domstolens praxis. Står det alltså Sverige fritt att välja om ett undantag motsvarande EU-domstolens praxis ska gälla i landet? Eller har Sverige skyldighet att åstadkomma en fullständig överensstämmelse för att upphandlingsdirektiven ska vara fullt ut genomförda?

Som del i bedömningen av bl.a. dessa frågor har utredningen, som nämnts ovan, inhämtat ett rättsutlåtande från jur. doktorn Jörgen Hettne (se bilaga 4). Följande avsnitt, dvs. 17.2.2–17.2.8, baseras på hans utlåtande.

### 17.2.2 Direktivformen

EU-rättsliga direktiv är till skillnad från förordningar inte direkt tillämpliga. De anger ett visst resultat som ska uppnås inom en bestämd tid, men de överlåter åt medlemsstaterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet. Tanken med direktivformen är att skyldigheter som följer av ett direktiv ska kunna genomföras i det befintliga nationella rättssystemet på det sätt som bäst passar den nationella strukturen, under förutsättning att det resultat som direktivet syftar till uppfylls (jfr EU-domstolens dom i mål C-233/00, kommissionen mot Frankrike, punkt 75 ff.).

Skyldigheten att införliva direktiv följer av direktivet som sådant men också av artikel 288 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) och artikel 4.3 i fördraget om Europeiska unionen (EU-fördraget). Medlemsstaterna ska både säkerställa att det inte finns motstridiga bestämmelser i nationell rätt och anta bestämmelser eller vidta åtgärder som är nödvändiga för att förverkliga det resultat som direktivet syftar till.

Vid genomförande av direktiv är rättssäkerhet och i synnerhet förutsebarhet viktigt. Enskilda individer måste få full kännedom om sina rättigheter och vid behov kunna göra dessa gällande vid domstolar och andra myndigheter. EU-domstolen har uttalat att bestämmelser i ett direktiv måste ges en bindande verkan samt



genomföras på ett så tydligt, precist och klart sätt att kravet på rättssäkerhet uppfylls (bl.a. domen i mål C-225/97, kommissionen mot Frankrike, punkt 37). Direktiv kan därför inte genomföras genom administrativ praxis som fritt kan ändras av myndigheten och knappast heller med stöd av domstolspraxis som överensstämmer med direktiv innehåll (bl.a. domarna i mål C-315/98, kommissionen mot Italien, punkt 10, och mål C-144/99, kommissionen mot Nederländerna, punkt 21). Däremot ska såväl administrativ praxis som domstolspraxis vägas in vid bedömningen av om ett direktiv har införlivats på ett riktigt sätt (bl.a. domen i mål C-382/92, kommissionen mot Förenade kungariket, punkt 36).

Medlemsstaterna väljer medel för att genomföra direktiven men det ställs samtidigt krav på att de medel som används tillgodoser direktivets avsedda syfte. I domen i mål 48/75, Royer, uttalade EU-domstolen att även om medlemsstaterna är fria att välja form och tillvägagångssätt för genomförandet av direktiv, påverkar inte detta deras förpliktelse att välja de former och tillvägagångssätt som är bäst lämpade för att säkerställa direktivens ändamålsenliga verkan.

Genomförandet av direktiv är ett allmänt europeiskt ansvar baserat på den EU-rättsliga lojalitetsprincipen. Det resultat som direktivet åsyftar kan förfelas om inte direktivet får samma genomslag i alla länder. Mot denna bakgrund är bristande införlivning ett allvarligt problem som EU-kommissionen i sin övervakande roll ägnar betydande resurser.

Det är i detta perspektiv viktigt att medlemsstaterna respekterar de koncept och principer som direktiven innehåller när direktivtexten omvandlas till nationell rätt. Medlemsstaterna måste se till att länken mellan direktivtexten och den nationella rätten inte suddas ut. Nationella regler som införlivar direktiv är fortfarande europeiska i den meningen att deras innebörd är beroende av hur direktivet tolkas av EU-domstolen i dess framtida rättspraxis. Det är därför av väsentligt intresse att koncept och termer i direktiv inte sammanblandas med koncept och termer som har en bestämd nationell innebörd, eftersom utgångspunkten är att ett direktiv ska tolkas och tillämpas lika i alla medlemsstater (jfr domen i de förenade målen C-206/88 och 207/88, Vessoso och Zanetti, samt prop. 2007/08:25, s. 152).

En sammanhängande fråga är i vad mån det är möjligt att införa undantag eller avvikelser i nationell rätt som ett EU-direktiv inte ger stöd för. Huvudregeln är helt klart att ett ofullständigt genomförande inte är tillåtet, men det är mycket viktigt att beakta syftet

med det aktuella direktivet (domen i mål C-150/88, Kommanditgesellschaft in Firma Eau de Cologne & Parfümerie-Fabrik och domen i mål C-214/98, kommissionen mot Grekland). Den nationella genomförandeåtgärden får vidare inte begränsa sig till att respektera direktivets bestämmelser i snäv mening utan måste vara förenlig med EU-rätten i dess helhet. Av särskild vikt är att säkerställa direktivets effektiva genomslag, vilket åvilar hela den nationella förvaltningen inbegripet landets domstolar och kommuner (när det gäller kommunala myndigheter, bl.a. domen i mål 380/87, Enichem Base m.fl. mot Comune di Cinisello Balsamo, punkt 17).

EU-domstolen har således uttalat att skyldigheten för medlemsstaterna att uppnå det resultat som föreskrivs i ett direktiv åligger alla myndigheter i medlemsstaterna, även domstolarna inom ramen för deras behörighet. Enligt EU-domstolen följer härav att den nationella domstolen, vid tillämpningen av nationell rätt och i synnerhet de bestämmelser i en nationell lag som har införts särskilt för genomförandet av ett direktiv, är skyldig att tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så att det resultat som avses i nuvarande artikel 288 tredje stycket EUF-fördraget uppnås (domen i mål 14/83, Von Colson, punkt 26).

### 17.2.3 Direktivkonform tolkning

Om EU-rätten ska fylla sitt syfte och få ett likartat genomslag i alla medlemsstater räcker det inte att själva införlivandet i formell mening är likartat. Minst lika viktigt är att tolkningen och tillämpningen av de nationella bestämmelser som härrör från direktiven sker på likartat sätt i alla länder. Mot denna bakgrund har EU-domstolen uttalat att medlemsstaternas domstolar är skyldiga att tolka nationell rätt mot bakgrund av EU-rätten. Denna princip gäller även icke i tid införda direktivbestämmelser eller direktivbestämmelser som har genomförts felaktigt. Det betyder att befintlig nationell rätt som tillkommit utan direkt samband med ett direktiv kan behöva omtolkas mot bakgrund av direktivets innehåll (bl.a. domarna i mål 14/83, von Colson, och mål C-106/89 Marleasing). Den nationella rätten ska inte bara tolkas mot bakgrund av direktivet som sådant utan också mot bakgrund av EU-rätten i övrigt och därmed även mot bakgrund av EU-domstolens rättspraxis och EU:s allmänna rättsprinciper (jfr domen i mål C-62/00,

Marks & Spencer, se även Hettne, *Rättsprinciper som styrmedel – Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol*, 2008, s. 204 ff.).

I domen i mål C-397/01–C-403/01, Pfeiffer m.fl. framhöll EU-domstolen att även om principen om direktivkonform tolkning i första hand rör bestämmelser i nationell rätt som antagits för att införliva direktivet i fråga, är denna princip inte begränsad till tolkningen av dessa bestämmelser, utan det krävs att den nationella domstolen beaktar hela den nationella rätten för att bedöma i vilken mån den kan tillämpas utan att det leder till ett resultat som strider mot det som eftersträvas genom direktivet. Domstolen betonade att medlemsstaternas domstolar ska utnyttja alla de tolkningsprinciper som är tillämpliga enligt nationell rätt för att åstadkomma ett direktivkonformt resultat.

Direktivkonform tolkning är dock inte utan problem vid tillämpningen i nationella domstolar. Man kan t.ex. mycket väl tänka sig att det saknas nationella bestämmelser som har ett tydligt samband med direktivbestämmelsen i fråga. Det finns då kanske ingen nationell bestämmelse som går att tolka till ett direktivkonformt resultat. Det är vidare möjligt att en nationell bestämmelse, med hänsyn till sin ordalydelse, är så klar och tydlig att det blir omöjligt för den nationella domstolen att omtolka bestämmelsen till ett EU-konformt resultat. Hänsyn måste också tas till den enskildes berättigade intresse att kunna förutse vilka de rättsliga följderna kan tänkas bli i ett enskilt fall. Alltför vidsträckta tolkningar eller tolkningar i strid med ordalydelsen kan strida mot kravet på rättssäkerhet.

EU-domstolen har därför i sin rättspraxis dragit en gräns för hur långtgående verkningar den direktivkonforma tolkningen får ha. Den har fastställt att denna tolkningsmetod inte får medföra att den nationella domstolen ålägger en enskild en skyldighet som föreskrivs i ett icke införlivat direktiv. Den får inte heller, på grundval av direktivet och i avsaknad av en lag för dess genomförande, fastställa eller skärpa ett straffrättsligt ansvar för personer som handlar i strid med dess bestämmelser (domarna i mål C-168/95, *Arcaro*, punkt 42, och 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, punkt 13–14).

#### 17.2.4 Direktiven skiljer sig åt

Den rättsenhet som eftersträvas med EU-rättsliga direktiv varierar kraftigt. Det är inte heller i första hand rättslikheten som sådan utan snarare de nationella reglernas bristande anpassning till det internationella ekonomiska utbytet behov som lägger hinder i vägen för den inre marknadens funktion och som därför måste avhjälpas genom harmonisering (SOU 2009:71, *EU, Sverige och den inre marknaden*, s. 157).

Direktivformen har använts på vitt skilda områden. Vissa direktiv, s.k. ramdirektiv, lägger fast principer som ger medlemsstaterna ett stort utrymme för såväl genomförandet av direktivbestämmelserna som att på samma område ha ”rena” nationella bestämmelser. Andra är så detaljerade att de knappast lämnar medlemsstaterna någon valfrihet beträffande reglernas innehåll. De innehåller såklara och entydiga materiella bestämmelser att de i själva verket medför en unifiering av medlemsstaternas nationella rätt. Därutöver finns direktiv som innehåller en blandning av principiella och mer detaljerade bestämmelser.

Det eventuella utrymmet för nationella bestämmelser, dvs. nationell regleringskompetens, måste därför bestämmas med hänsyn till direktivets innehåll och syfte.

#### 17.2.5 Överskjutande implementering (gold-plating)

Under den senaste tioårsperioden har klagomål rests på många håll i Europa om att den ökande och alltmer komplexa lagstiftningen leder till administrativa bördor för företag. EU-lagstiftningen har här särskilt uppmärksammats, vilket är en förklaring till att flera försök till regelförenkling har lagts fram på EU-nivå (se bl.a. meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén – *Åtgärdsprogram för minskning av administrativa bördor i Europeiska unionen*, KOM[2007] 23 slutlig).

EU-direktiven är i detta sammanhang i fokus. Det har hävdats att en stor del av den administrativa bördan orsakas av att medlemsstaterna gör mer än vad de är skyldiga till enligt EU-direktiven. Kommissionen har uppskattat att 32 procent av de administrativa bördor som har sitt ursprung på EU-nivå är resultatet av att vissa medlemsstater har beslutat sig för att gå längre än vad som krävs

enligt EU-lagstiftningen och på deras ineffektiva administrativa rutiner (meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet – *Åtgärdsprogram för minskade administrativa bördor i Europeiska unionen, Områdesspecifika planer för minskade bördor och åtgärder under 2009*, KOM[2009] 544 slutlig).

Att det nationella genomförandet av unionsrätten går utöver kraven enligt tillämplig rättsakt, utan att för den skull överskrida gränsen för vad som är rättsligt godtagbart, har kallats gold-plating (bl.a. SOU 2009:71, s. 167). Svenska termer som använts är överskjutande implementering eller överskjutande införlivande av direktiv (jfr Bjerke, *Överskjutande införlivande av direktiv*, ERT 2006, s. 644 ff.).

Det kan finnas goda skäl att nationellt genomföra en rättsakt på sådant sätt att genomförandet kan bedömas innebära gold-plating. Kommissionen anser dock inte att det är god genomförandesed, om än rättsenligt, eftersom det kan föranleda kostnader som annars hade kunnat undvikas (SOU 2009:71, s. 168).

### 17.2.6 Gränsen mellan EU-rätt och nationell rätt

Då överskjutande implementering skett finns frågan om hur den överskjutande delen av nationell rätt ska betraktas. Är det nationell rätt eller EU-rätt? Det principiellt korrekta svaret måste bli att det är fråga om nationell rätt, åtminstone i förhållande till det EU-direktiv som genomförs (jfr nedan). Det en medlemsstat gör som går utöver de skyldigheter den har kan inte betraktas som EU-rätt eftersom den fastslagna kompetensfördelningen mellan EU och medlemsstaterna annars skulle rubbas. EU-domstolen har slagit fast att förhållanden som är helt interna – och som unionsrätten bara är tillämplig på i kraft av den nationella lagstiftningen – faller under nationell rätt och därigenom under de nationella domstolarnas exklusiva behörighet (domen i de förenade målen C-297/88 och C-197/89, Dzodzi, punkt 42).

Detta har dock inte hindrat att EU-domstolen i en rad fall har svarat på nationella domstolars tolkningsfrågor rörande tolkningen av nationell rätt som inte varit en direkt följd av EU-rättsliga förpliktelser. De nationella domstolarna har i vissa fall velat undersöka vad en direktivkonform tolkning skulle innebära. EU-domstolen har valt att svara på dessa frågor utan att närmare diskutera

nämnda kompetensproblematik (bl.a. Bjerke, *Överskjutande införlivande av direktiv*, ERT 2006, s. 647).

I fallet Dzodzi hade tolkningsfrågor angående unionsrätten uppkommit i en belgisk domstol då en togolesisk medborgare och änka till en belgisk medborgare hade gjort gällande rätt till uppehåll i Belgien. Den belgiska lagen hade EU-rätten som förebild och tillämpningen av bestämmelserna angående rätten till fri rörlighet för arbetstagare och deras anhöriga hade, för att undvika s.k. omvänd diskriminering, utvidgats till att gälla även belgiska medborgares utländska makar. EU-domstolen fann att unionsrätten inte var direkt tillämplig på förhållanden som var helt interna för en medlemsstat men att den i det aktuella fallet var indirekt tillämplig (Dzodzi-domen, punkt 36–38).

Den principiella frågan om EU-rättens tillämpning i nationella sammanhang ställdes på sin spets i målen C-28/95, Leur-Bloem, och C-130/95, Giloy, i vilka dom meddelades samma dag. Målet Leur-Bloem rörde bestämmelserna i fusionsbeskattningsdirektivet som reglerar vissa frågor vid fusioner m.m. mellan bolag från olika medlemsstater. Fusionen som Leur-Bloem var involverad i berörde endast nationella (holländska) bolag, men den nationella domstolen ansåg att det var den nederländska lagstiftarens avsikt att bestämmelserna rörande interna aktiefusioner respektive fusioner inom EU skulle tolkas och tillämpas på samma sätt. Målet Giloy rörde tolkningen av en bestämmelse om importavgifter i EU:s tullkodex som i tysk rätt hade gjorts tillämplig också på omsättningskatt.

EU-domstolen ansåg att den var behörig att besvara frågorna från de nationella domstolarna. Den menade att när en nationell lagstiftning avseende ett internt problem hade anpassats till den lösning som har valts i EU-rätten, förelåg det ett intresse av att de bestämmelser eller begrepp som har hämtats från EU-rätten blir tolkade på ett enhetligt sätt, oberoende av under vilka omständigheter de ska tillämpas, för att i framtiden undvika att det förekommer tolkningar som skiljer sig åt.

Domstolen fattade således ett principbeslut om att inte avvisa en begäran om förhandsavgörande, även om denna från strikt juridisk utgångspunkt föll utanför EU-rättens tillämpningsområde, då det fanns en klar önskan från den nationella domstolen att tillämpa en EU-rättslig lösning på ett internt problem. EU-domstolen vidhåller numera enligt fast praxis att det i princip uteslutande ankommer på de nationella domstolarna att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall bedöma såväl om ett förhands-

avgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen. En begäran från en nationell domstol kan bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen (bl.a. domarna i mål C-281/98, Anonese, punkt 18, C-170/03, Feron, punkt 11, och C-3/04, Poseidon Chartering, punkt 15).

EU-domstolens förhandsavgöranden i dessa mål blir dock inte bindande på samma självklara sätt som i andra mål. Förhandsavgörandenas bindande verkan är begränsad till EU-rättens tillämpningsområde. Om den nationella domstolen bedömer att EU-domstolens tolkningsanvisningar i det enskilda fallet ligger utanför EU-rättens tillämpningsområde är avgörandet således inte bindande utan fakultativt (jfr Bjerke, samma arbete, s. 654 ff.). EU-rättens tillämpningsområde kan dock i vissa fall vara svårt att avgränsa, vilket kan förklara EU-domstolens beredvillighet att lämna svar på nationella domstolars frågor som ligger i gränslandet.

Det hittills anförda har utgått från att EU-rättens tillämpningsområde överensstämmer med det enskilda direktivets tillämpningsområde. Detta är dock långt ifrån alltid fallet. Det har blivit allt vanligare att direktivets bestämmelser är uttryck för och samtidigt konkretiserar förpliktelser som följer direkt av EU-fördragen, i synnerhet EUF-fördraget. I dessa fall har fördragsbestämmelserna normalt ett vidare tillämpningsområde än direktivet. Så är fallet med det s.k. tjänstedirektivet (2006/123/EG) och det s.k. utstationeringsdirektivet (96/71/EG). Även upphandlingsdirektiven uttrycker i grunden, trots sin detaljriktighet, vad som i princip följer av fördragsbestämmelserna om varor, tjänster och etablering (jfr Drijber och Stergiou, *Public Procurement Law and Internal Market Law*, CML Rev. 2009, s. 805).

EU-rätten kan alltså tillämpas i rent nationella situationer om det nationellt finns ett intresse av eller en önskan om detta. För svensk del aktualiseras här både konkurrens- och upphandlingsområdet (Bjerke, samma arbete, s. 644).

När det gäller konkurrensrätten finns principer i EU:s lagstiftning om att den nationella rätten måste tolkas EU-konformt. På upphandlingsområdet har Sverige valt att tillämpa delar av EU-rätten även under de s.k. tröskelvärdena. På detta område finns inte motsvarande anvisningar som på konkurrensområdet. Det kan ändå konstateras att en grundförutsättning måste vara att tolkningen

inte får innebära att den EU-rättsliga upphandlingsrätten förvanskas eller får ett sämre genomslag. Detta följer av EU-rättens företrädesrätt och den EU-rättsliga lojalitetsprincipen.

Trots detta har ingen svensk domstol begärt förhandsavgörande i situationer som innefattat överskjutande implementering. Frågan har varit uppe en gång i Regeringsrätten (RÅ 2000 ref. 23) och två gånger i Högsta domstolen (NJA 2003 s. 82 och NJA 2004 s. 804).

### 17.2.7 Unionsrätten ger valfrihet för Sverige att införa ett in house-undantag

**Utredningens bedömning:** EU-rätten hindrar inte att upphandlingsskyldighet gäller enligt svensk lagstiftning i de fall då någon sådan skyldighet inte finns enligt EU-domstolens praxis om in house-undantaget.

Av EU-domstolens dom i mål C-107/98, Teckal, och efterföljande praxis om in house-undantaget framgår att de resonemang som EU-domstolen för är allmängiltiga. De har betydelse såväl vid upphandling enligt direktiven som vid upphandling under direktivens tröskelvärden eller vid tilldelning av tjänstekoncessioner (se avsnitt 4.4). EU-domstolen har alltså preciserat EU:s upphandlingsrätt generellt, dvs. oavsett om det finns enskilda direktiv eller om skyldigheten följer direkt av bestämmelserna i EUF-fördraget.

Teckal-kriteriernas allmängiltighet väcker frågan om EU:s upphandlingsrätt förbjuder att svensk lagstiftning kräver att ett formaliserat upphandlingsförfarande genomförs trots att dessa kriterier är uppfyllda. Kan man med andra ord hävda att upphandlingsdirektiven är genomförda på ett ofullständigt sätt i Sverige om Teckal-kriterierna inte respekteras?

Ett ofullständigt genomförande av direktiv är normalt inte tillåtet men i bedömningen av vad som krävs måste syftet med det aktuella direktivet beaktas. Den nationella genomförandeåtgärden får inte begränsa sig till att respektera direktivets bestämmelser i snäv mening utan måste vara förenlig med EU-rätten i dess helhet. Av särskild vikt är att säkerställa direktivets effektiva genomslag och detta ansvar åligger hela den nationella förvaltningen, inbegripet landets domstolar och kommuner.



Upphandlingsdirektivens syfte sammanfaller med syftet med den inre marknaden och med de grundläggande principerna enligt EUF-fördraget. I skälen till direktiv 2004/18/EG, punkt 2, anges följande.

Tilldelning av kontrakt som ingås i medlemsstaterna för statens räkning, för enheter på regional eller lokal nivå samt andra offentlig-rättsliga organ omfattas av kravet på respekt för principerna i fördraget, särskilt principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen. För offentliga kontrakt över ett visst värde är det dock tillrådligt att upprätta bestämmelser om samordning inom gemenskapen av nationella förfaranden för tilldelning av sådana kontrakt på grundval av dessa principer för att sörja för att de får effekt och för att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. Bestämmelserna om samordning bör därför tolkas i överensstämmelse med såväl de ovan nämnda reglerna och principerna som andra bestämmelser i fördraget.

Den fråga som måste ställas är om frånvaron av Teckal-kriterierna i svensk rätt påverkar den europeiska upphandlingsrättens genomslag i Sverige. Den viktigaste aspekten är här kravet på rättssäkerhet och i synnerhet förutsebarhet. Får alla enskilda individer som berörs av EU:s upphandlingsrätt full kännedom om sina rättigheter och kan de vid behov göra gällande dessa vid domstolar och andra myndigheter?

Bedömningen måste bli att dessa krav är uppfyllda. Att Teckal-kriterierna inte tillämpas innebär att EU:s upphandlingsrätt tillämpas även utanför sitt egentliga tillämpningsområde. Situationen påminner om den då upphandlingsreglerna tillämpas även under de angivna tröskelvärdena. Den kan alltså liknas vid s.k. överskjutande implementering med den skillnaden att den svenska lagstiftaren ännu inte gjort ett tydligt val i denna riktning, förutom genom den temporära bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU. Detta innebär att EU:s upphandlingsrätt snarast blir överimplementerad, vilket varken innebär att några rättigheter bortfaller eller att dess syfte förfelas.

Det är dock viktigt att den nationella rätten som bygger på EU-rätten inte tillämpas på annat sätt än vad som sker enligt EU-rätten. I förlängningen skulle en differentierad tillämpning kunna inverka negativt på den rent EU-rättsliga tillämpningen om det i praktiken blir svårt att hålla isär de olika reglerna.

Från rättslig synpunkt måste alltså bedömas att upphandlingsdirektiven och unionsrätten i övrigt tillåter att svensk lagstiftning kräver att upphandlingsförfarande genomförs i de fall då sådant förfarande inte är obligatoriskt enligt EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna. Detta gäller även om undantag införs för vissa sektorer men inte för andra.

### 17.2.8 Unionsrättens krav vid nationell kodifiering av in house-undantaget

Nationell lagstiftning som helt utesluter rättsförhållanden mellan myndigheter och andra offentliga enheter från krav på upphandling, oavsett rättsförhållandenas art, står enligt EU-domstolen i strid med unionsrätten (domen i mål C-84/03, kommissionen mot Spanien, punkt 40). Av domstolens praxis framgår att lagstiftning som innebär att undantag från upphandlingskyldighet villkoras enligt Teckal-kriterierna däremot kan vara godtagbar.

I mål C-410/04, ANAV, ställdes EU-domstolen inför situationen att italiensk lagstiftning möjliggjorde tilldelning av tjänster utan upphandlingsförfarande till bolag som helt ägdes av det allmänna. Enligt de italienska reglerna förutsatte sådan tilldelning att den eller de offentliga myndigheter som ägde aktiekapitalet utövade en kontroll över bolaget motsvarande den som myndigheten eller myndigheterna utövade över sin egen förvaltning samtidigt som bolaget bedrev huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehade det.

EU-domstolen konstaterade att den italienska regleringen upprepade Teckal-kriterierna ordagrant och anförde att en sådan nationell lagstiftning i princip överensstämmer med unionsrätten. Som förutsättning angav domstolen att tolkningen av denna lagstiftning också överensstämmer med unionsrättens krav (punkt 25). Ett likartat uttalande mot bakgrund av samma italienska lagstiftning finns i domen i mål C-573/07, Sea (punkt 68).

EU-domstolen har inte närmare utvecklat vilka krav enligt unionsrätten som tolkningen av en nationell lagstiftning som kodifierar Teckal-kriterierna måste uppfylla för att lagstiftningen ska vara förenlig med unionsrätten. Det ligger emellertid enligt OFUKI-utredningens mening nära till hands att det som EU-domstolen syftar på är att en sådan nationell lagstiftning måste tolkas i enlighet med domstolens befintliga och kommande praxis

om Teckal-kriterierna. Från EU-rättslig synpunkt är det viktigt att dessa kriterier inte tillämpas olika i medlemsstaterna. Nationella regler som återger EU-rätt är fortfarande europeiska i den meningen att deras innebörd är beroende av hur de tolkas av EU-domstolen i dess framtida rättspraxis.

Enligt Hettne bör man vid nationell kodifiering i görligaste mån undvika att det kan bli nödvändigt att justera den nationella lagstiftningen när praxis utvecklas (*bilaga 4*). Han anger att den nationella lagstiftningen bör vara en länk till EU-domstolens rättspraxis och inte en omskrivning av densamma.