

18 Införande av ett in house-undantag i svensk rätt

I bedömningen av om det finns ett behov av att ett in house-undantag enligt EU-domstolens praxis införs permanent i svensk rätt, generellt eller sektoriellt, finns anledning att ta hänsyn till en mängd olika förhållanden.

För såväl staten som för kommuner och landsting finns ett intresse av att verksamheten kan organiseras på ett lämpligt sätt utan att valet av organisation ska påverka upphandlingsreglernas tillämpning. Den kommunala självstyrelsen ställer också särskilda krav på att kommuner och landsting ges valfrihet i utformningen av sin organisation. Mot detta kan emellertid ställas att det finns ett samhälleligt intresse av att det allmännas anskaffning konkurrensutsätts genom upphandling. En ökad upphandling kan generellt sett leda till bättre förutsättningar för det privata näringslivet och också till effektivitetsvinster för det allmänna.

Av betydelse är även i vilken utsträckning det i dag förekommer – eller i framtiden skulle kunna finnas behov av – köp och försäljning mellan det offentliga och dess företag. Hänsyn måste tas till eventuella risker för att redan gjorda infrastrukturella investeringar i offentliga företag äventyras om upphandling måste ske. Detsamma gäller eventuella risker för att upphandlingskrav leder till att framtida sådana satsningar, t.ex. som del i en kommunal samverkan, försvåras. Vidare kan inte bortses från att ett krav på upphandling vid handel mellan det offentliga och dess företag skulle kunna bli verkningslöst om verksamhet som i dag bedrivs i t.ex. aktiebolag överförs till förvaltningsform. I den mån detta kan antas bli följderna av att ett in house-undantag inte införs uppkommer inga vinster i form av ökad upphandling utan endast eventuella kostnader för avbolagiseringen.

Dessa och andra aspekter av betydelse för behovet av ett in house-undantag behandlas av OFUKI-utredningen i detta kapitel.

Någon bedömning av om rättsregler motsvarande vad som kan följa av EU-domstolens dom i mål C-480/06, kommissionen mot Tyskland (Hamburg), gäller eller bör införas i svensk rätt är inte aktuell att göra inom ramen för OFUKI-utredningens uppdrag. Denna dom ger uttryck för att det kan gälla undantag från upphandlingsskyldighet i vissa situationer då upphandlande myndigheter samverkar, trots att Teckal-kriterierna inte är uppfyllda och in house-undantaget därför inte är tillämpligt (se avsnitt 4.9). OFUKI-utredningens uppdrag är emellertid begränsat till att avse undantag från upphandlingsskyldighet i enlighet med EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna.

18.1 Intresset av att det offentligas anskaffning konkurrensutsätts genom upphandling

Konkurrens är positivt för välfärden och för den ekonomiska tillväxten. Varje företag som verkar på en konkurrensutsatt marknad måste hushålla med sina resurser för att kunna erbjuda bra produkter till låga priser. Det leder till en effektiv resursanvändning och främjar den ekonomiska tillväxten. Rättvis konkurrens på marknaden gynnar därmed konsumenterna då konkurrensen leder till lägre pris, ökad kvalitet samt ett bredare utbud av varor och tjänster. Konkurrens stimulerar också till en bättre användning av samhällets resurser och gör det möjligt för nya företag att komma in på marknaden till förmån för mindre effektiva företag som får lämna marknaden. Detta samband mellan ekonomisk effektivitet och en fungerande konkurrens är väl belagt. Ändamålet med den svenska konkurrenslagen (2008:579) är att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens i fråga om produktion av och handel med varor, tjänster och andra nyttigheter (1 kap. 1 §). EU:s konkurrensregler har, förutom detta ändamål, till syfte att främja integrationen mellan medlemsstaterna (prop. 2007/08:135, s. 67).

Konkurrensen på marknaden påverkas av många faktorer, t.ex. olika former av regleringar och möjligheter till in- och utträde på marknaden. Generellt tenderar dock konkurrensen att öka med fler aktörer och lägre etableringskostnader. Ett sätt att öka antalet aktörer är genom upphandling. EU:s upphandlingsregler är en del av förverkligandet av den gemensamma marknaden och integrationen mellan de europeiska länderna. Den offentliga upphandlingen bidrar till detta när företag inom den gemensamma mark-

naden kan konkurrera på lika villkor om de offentliga kontrakten. Upphandlingsmomentet skapar en konkurrenssituation mellan de företag som är med och lämnar anbud, vilket leder till högre kvalitet på de varor och tjänster som efterfrågas samt till att priserna hålls nere. Upphandlingar inom den offentliga sektorn erbjuder därmed en struktur där konkurrens som medel driver på effektivitet i verksamheten. Ett modernt upphandlingsregelverk är en nödvändig förutsättning för att kunna uppnå detta mål. Huvudsyftet med EU-rättens bestämmelser om offentlig upphandling är att åstadkomma fri rörlighet och att området öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater (bl.a. domen i mål C-26/03, Stadt Halle, punkt 44, jfr punkt 2 i skälen till direktiv 2004/18/EG). EU-rätten innebär dock inget hinder för att verksamhet utförs i egen regi i stället för att upphandlas (se avsnitt 3.1.2). I betänkandet har tidigare redogjorts för den svenska lagstiftningen avseende offentlig upphandling (kapitel 2).

Värdet av den offentliga upphandlingen i Sverige är omfattande. En ökande andel av den offentligt finansierade verksamheten har successivt blivit föremål för konkurrens. I början handlade det främst om tjänster avseende t.ex. renhållning eller snöröjning, men efter hand har mångfalden av producenter ökat också inom t.ex. områdena vård, omsorg och skola. Inom EU-området uppskattades år 2008 volymen av offentliga inköp i form av förvärv från offentliga myndigheter av byggtreprenader, varor och tjänster på marknaden till ca 2 155 miljarder euro (motsvarande 17–18 procent av BNP).¹ Upphandlingar enligt reglerna i EU-direktiven gjordes för cirka 389 miljarder euro.

I en motsvarande uppskattning för Sverige bedömdes att den upphandlingspliktiga volymen – inklusive tillåten och otillåten direktupphandling – uppgick till 450–535 miljarder kronor år 2006² (motsvarande ca 16–19 procent av BNP). Den summan stämmer också relativt väl med tidigare bedömningar som gjorts av bl.a. Upphandlingskommittén.³ Av totalsumman avsåg ca två tredjedelar offentlig upphandling som gjordes av myndigheter och en tredjedel upphandling som gjordes av offentligt ägda företag.

Värdet på de upphandlingar som ingår i Sveriges rapporteringskyldighet till Europeiska kommissionen uppgick år 2008 till sam-

¹ *A new strategy for the single market at the service of Europe's economy and society*. Report to the President of the European Commission by Mario Monti, maj 2010.

² Bergman på uppdrag av Konkurrensverket: *Offentlig upphandling och offentliga inköp* (2008).

³ *Effektivare offentlig upphandling*, SOU 1999:139.

manlagt knappt 145 miljarder kronor.⁴ Upphandlingar *över* tröskelvärdena som genomförts enligt LOU och LUF uppgick år 2008 till 112 miljarder kronor. Värdet på upphandlingar *under* tröskelvärdena, som genomförts av statliga myndigheter enligt LOU och av upphandlande enheter enligt LUF, uppgick till 33 miljarder kronor. Det är dock inte värdet av all offentlig upphandling i Sverige som redovisas till kommissionen. Uppgifter om upphandlingar *under* tröskelvärdena redovisas endast av statliga myndigheter och enheter inom försörjningssektorerna.

Dessa omfattande volymer innebär att även små förbättringar av effektiviteten i upphandlingen, där konkurrensen utnyttjas bättre, kan leda till betydande besparingar för det offentliga. Det finns undersökningar som indikerar att bättre upphandling och konkurrensutsättning kan reducera kostnaderna med 10–20 procent.⁵ En viktig del i strävan att uppnå en väl fungerande upphandlingsmarknad är att öka konkurrensen. För att stimulera mångfald måste fler små och medelstora företag ges förutsättningar att delta i offentliga upphandlingar. Genom att stärka tillsynen, förbättra kompetensen och effektivisera upphandlingsförfaranden kan konkurrensen bland anbudsgivarna öka.

Att det finns stora vinster med offentlig upphandling får också stöd av en rapport som Statskontoret har presenterat om granskning av den statliga inköpssamordningen.⁶ De undersökningar som Statskontoret gjort indikerar att den statliga inköpssamordningen uppskattningsvis reducerar statförvaltningens kostnader för sina inköp av vissa varor och tjänster med knappt 1,5 miljarder kronor per år. Därav svarar prisbesparingar för ca en miljard kronor. Övriga besparingar uppstår i själva upphandlingsprocessen. Statskontoret framhåller att beloppen är uppskattningar som ska behandlas med försiktighet. Att besparingarna uppgår till betydande belopp anser Statskontoret dock vara sannolikt. Denna rapport behandlas också i regeringens proposition *Offentlig förvaltning för demokrati, delaktighet och tillväxt* (prop. 2009/10:175, s. 92 ff.), där regeringen gör bedömningen att det finns ett fortsatt behov av en centraliserad inköpssamordning och att den statliga inköpssamordningen kan effektiviseras.

I olika sammanhang har det ibland framförts kritik mot den relativt reglerade offentliga upphandlingen. Regeringen har därför

⁴ Konkurrensverkets promemoria, *Statistik för offentlig upphandling år 2008*, januari 2010.

⁵ *Konkurrens ett viktigt medel för ökat välstånd*, Skrift från Näringsdepartementet, april 2010.

⁶ *En effektivare statlig inköpssamordning – analys och förslag*, 2009:12, Statskontoret.

den 9 september 2010 gett en särskild utredare i uppdrag att utvärdera upphandlingsregelverket ur ett ekonomiskt och samhällspolitiskt perspektiv (dir. 2010:86, *Utvärdering av upphandlingsregelverket och översyn av upphandlingsstatistiken*). Syftet är att utreda om upphandlingsreglerna i tillräcklig utsträckning möjliggör för upphandlande myndigheter och enheter att göra goda ekonomiska affärer genom att tillvarata konkurrensen på marknaden och samtidigt använda sin köpkraft till att förbättra miljön, ta sociala och etiska hänsyn samt verka för ökade affärsmöjligheter för små och medelstora företag. Utredaren ska ta fram underlag för eventuella författningsändringar och föreslå andra nödvändiga åtgärder inom det aktuella området. Vidare ska utredaren se över systemet för insamling av upphandlingsstatistik och vilka uppgifter som ska samlas in. Syftet med statistikuppdraget är framför allt att förbättra möjligheterna till att prognostisera effekterna av reformer samt förbättra möjligheterna att följa upp och utvärdera den upphandlingspolitik som förs i EU och Sverige.

18.2 Möjligheterna för det offentliga att välja olika organisationsformer

Gällande regelverk ger i stor utsträckning frihet för de offentliga aktörerna att ta ställning till i vilken form verksamhet ska bedrivas. Såväl staten som kommuner och landsting har i princip möjlighet att bedriva verksamhet antingen i förvaltningsform eller i t.ex. bolagsform.

I propositionen (prop. 1990/91:117, s. 51) till grund för 1991 års kommunallag anförde den dåvarande regeringen att det inte var lämpligt att reglera frågan om under vilka förutsättningar kommuner och landsting kan använda privaträttsliga organ för sin verksamhet. Som skäl angavs att det är vanskligt att åstadkomma en helt preciserad avgränsning av när det ska vara tillåtet att lämna över vården av kommunala angelägenheter till sådana organ. Visserligen kan man, enligt propositionen, identifiera vissa slag av kommunal verksamhet som lämpar sig bättre för handhavande i privaträttsliga organ än andra. Någon definitiv gräns bedömdes dock svår att dra.

Med anledning av uttalandena i propositionen anförde Konstitutionsutskottet bl.a. att utskottet inte fann skäl till införande av några regler som allmänt förbjuder eller begränsar förekomsten av kommunala hel- eller delägda företag (bet. 1990/91:KU38, s. 44).

Utskottet underströk dock att det råder bred enighet om att den kommunala verksamheten i största möjliga utsträckning bör ske i nämndform.

I dag finns offentligt ägda företag, särskilt i aktiebolagsform, i stor omfattning både på statlig och kommunal nivå och inom de flesta verksamhetsområden, vilket redovisats i tidigare avsnitt. På kommunal nivå är det vanligt att aktiebolag är helägda av t.ex. en kommun men det förekommer också att aktiebolag ägs gemensamt av t.ex. flera kommuner. Det förekommer också att aktiebolag ägs gemensamt av offentliga och privata aktörer. På kommunal nivå finns även offentlig samverkan i form av kommunalförbund eller gemensamma nämnder.

18.2.1 Att verksamhet bedrivs i företagsform i stället för i förvaltningsform kan ge upphov till vissa fördelar

För viss kommunal verksamhet gäller olika regler beroende på om verksamheten drivs i förvaltningsform eller i företagsform (se avsnitt 23.2). I övrigt kan det finnas många olika förklaringar till varför t.ex. aktiebolagsformen valts för att bedriva offentlig verksamhet (se prop. 1986/87:151, s. 148).

Någon närmare undersökning av i vad mån aktiebolagsformen har fördelar i jämförelse med offentlig förvaltningsform torde inte ha gjorts. En jämförelse med kommunal förvaltningsform har emellertid diskuterats i några sammanhang (nedan redogörs för bl.a. vissa argument som redovisats av Stattin i publikationen *Kommunal aktiebolagsrätt*, 2 uppl., 2007, s. 22 ff. och av Meyer i publikationen *Att hantera kommunala bolag*, 1999, s. 12 ff.).

En vanlig uppfattning, som även framförts till OFUKI-utredningen av vissa företrädare för kommuner och kommunala bolag, synes vara att aktiebolagsformen är en generellt bättre organisationsform för bedrivande av näringsverksamhet eftersom den, till skillnad från den kommunala förvaltningsformen, är utformad för affärsmässigt agerande. Denna uppfattning har också legat till grund för viss särreglering (se nedan). En mer specifik fördel med aktiebolagsformen kan vara att redovisningsreglerna för aktiebolag gör det jämförelsevis enkelt att dra slutsatser om verksamheten och dess ekonomiska resultat samt att verksamheten blir tydligt avgränsad. En annan fördel kan vara att organisationen har en tydlig form med relativt klara regler om ägarstyrning och om de olika

organens roller. Uppfattningen finns att dessa förhållanden, liksom att beslutssystemet är mindre formbundet, kan leda till en högre effektivitet. I jämförelse med äldre kommunalrätt, dvs. före införandet av 1991 års kommunallag, fanns mindre möjligheter att skapa handlingsutrymme för kommunala organ än vad som gäller för en bolagsstyrelse eller en verkställande direktör. Ökade delegationsmöjligheter enligt 1991 års kommunallag kan dock ha minskat eller undanröjt dessa skillnader. En kvarstående fördel kan däremot vara att aktiebolagsformen och kompetensfördelningen mellan bolagsorganen är mer känd inom det privata näringslivet och att kontakter med näringslivet därför kan underlättas. En förklarande omständighet kan även vara att bolagsorganens beslut inte kan överklagas enligt 10 kap. KL, om än bl.a. fullmäktiges ställningstaganden i frågor som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt är överklagbara.

Ytterligare en omständighet som kan vara en fördel med att bedriva kommunal verksamhet i aktiebolagsform är att styrelseledamöterna i bolaget inte behöver vara hemmahörande i den ägande kommunen eller landstinget. För förtroendevalda i en kommun eller ett landsting, t.ex. nämndledamöter, gäller däremot ett folkbokföringskrav enligt bestämmelserna i 4 kap. KL.

Aktiebolagsformen innebär goda möjligheter till samverkan med andra aktörer, oavsett om dessa är offentliga eller privata. Vid en jämförelse med de kommunala samverkansformerna, dvs. kommunalförbund och gemensam nämnd, kan pekas på likartade förhållanden som vid jämförelsen mellan aktiebolag och kommunal förvaltningsform för ett enskilt landsting eller en enskild kommun.

Som nämnts gäller olika regler för viss kommunal verksamhet beroende på om den bedrivs i kommunal förvaltning eller i ett kommunalt företag. Lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter innehåller bestämmelser som i vissa avseenden ökar befogenheterna i förhållande till vad som gäller enligt KL. Flertalet av bestämmelserna gäller för verksamhet som bedrivs av kommuner eller landsting men i 3 kap. 3–5 §§ finns bestämmelser som endast gäller kommunala aktiebolag. Enligt 3 kap. 3 § första stycket får sådana bolag ingå avtal med trafikhuvudmän om att utföra lokal och regional linjetrafik med buss samt motsvarande trafik med tåg, tunnelbana eller spårvagn. Vissa villkor för verksamheten anges i 3 kap. 4–5 §§. Av 1 kap. 3 § framgår vidare att verksamhet enligt 3 kap. 3 § ska bedrivas på affärsmässiga grunder, trots bestämmelserna i 2 kap. 7 § och 8 kap. 3 c § KL. Undantag gäller alltså från

såväl förbudet mot spekulativ verksamhet som självkostnadsprincipen (prop. 2008/09:21, s. 93). Enligt 1 kap. 2 § lagen om vissa kommunala befogenheter gäller också undantag från det krav på anknytning till kommunens område eller dess medlemmar som avses i 2 kap. 1 § KL, dvs. från lokaliseringsprincipen (samma prop., s. 92). I förarbetena till bestämmelserna angavs att flera skäl talar för att den kommunala trafikverksamhet som ska konkurrera på marknaden endast ska få göra det om verksamheten drivs i bolagsform. Bland dessa nämndes att den ekonomiska redovisningen blir automatiskt avskild från övrig kommunal verksamhet, vilket ökar möjligheterna att kontrollera om, hur och när företaget får ekonomiskt stöd från ägarna eller andra (prop. 1995/96:167, s. 30, se även prop. 2008/09:21, s. 98, och prop. 2004/05:159, s. 19). Genom lagen (2010:1070) om ändring av lagen om vissa kommunala befogenheter, som träder i kraft den 1 januari 2012, ändras lydelsen av 3 kap. 3 § som följd av att en ny lag (2010:1065) om kollektivtrafik då också träder i kraft. Ändringen påverkar dock inte att bestämmelsen ger viss befogenhet endast i fråga om verksamhet som bedrivs i aktiebolagsform.

Undantag från bl.a. lokaliseringsprincipen gäller också för t.ex. elhandel som idkas av ett kommunalt företag (7 kap. 1 § ellagen [1997:857]). I förarbetena angavs bl.a. att reglerna syftar till att kommunen ska kunna konkurrera på lika villkor med andra aktörer på elmarknaden och att det då bör krävas att kommunen uppträder under samma associationsform som de andra aktörerna, vanligtvis aktiebolagsform (prop. 1993/94:162, s. 126 ff., se även prop. 1996/97:136, s. 167 f.). Vidare angavs att den associationsformen, till skillnad från förvaltningsformen, är avsedd för den kommersiella verksamhet det är fråga om. Det framhölls även vikten av att den konkurrensutsatta verksamheten hålls klart åtskild från annan kommunal verksamhet, så att konkurrensnedvridande effekter undviks.

18.2.2 Den kommunala självstyrelsen

Att det finns ett kommunalt självstyre kommer till uttryck redan i regeringsformens, RF:s, portalparagraf. Enligt 1 kap. 1 § andra stycket RF förverkligas den svenska folkstyrelsen genom ett representativt och parlamentariskt statsskick och genom kommunal självstyrelse. Sedan den 1 januari 2011 innehåller RF också

ytterligare bestämmelser om den kommunala självstyrelsen. Av 14 kap. 2 § RF framgår att kommunerna sköter lokala och regionala angelägenheter av allmänt intresse på den kommunala självstyrelsens grund. Enligt paragrafen finns närmare bestämmelser om detta i lag. Vidare anges i paragrafen att kommunerna på samma grund även sköter de övriga angelägenheter som bestäms i lag. Begreppet kommun i RF omfattar kommuner på lokal nivå och på regional nivå (1 kap. 7 § RF, se även prop. 2009/10:180, s. 208 ff. och 247). Landsting omfattas därmed av begreppet.

Enligt 14 kap. 3 § RF, som också trätt i kraft den 1 januari 2011, gäller därutöver att en inskränkning i den kommunala självstyrelsen inte bör gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som har föranlett den.

Vad är kommunal självstyrelse?

I propositionen 2009/10:80 *En reformerad grundlag* som låg till grund för de nyligen införda bestämmelserna i 14 kap. 2 och 3 §§ RF, ges bl.a. följande beskrivning av den kommunala självstyrelsen (s. 210).

Enligt 1 kap. 1 § andra stycket RF förverkligas den svenska folkstyrelsen genom ett representativt och parlamentariskt statsskick och genom kommunal självstyrelse. Vid tillkomsten av den nuvarande regeringsformen underströk konstitutionsutskottet att den kommunala självstyrelsen utgör en av grunderna för den svenska demokratin (KU 1973:26 s. 39). Någon allmänt accepterad definition av vad som avses med kommunal självstyrelse finns dock inte. I förarbetena till regeringsformen uttalas bl.a. att det varken är lämpligt eller möjligt att en gång för alla dra orubbliga och preciserade gränser i grundlag kring en kommunal självstyrelsessektor och att arbets- och befogenhetsfördelningen mellan stat och kommun i ganska vid omfattning i stället måste kunna ändras i takt med samhällsutvecklingen. I förarbetena uttalas vidare att det är av grundläggande betydelse för kommunernas kompetens att de utöver sina särskilda åligganden har en fri sektor inom vilken de kan ombesörja egna angelägenheter och att det inom detta område finns utrymme för en kommunal initiativrätt. Det anförs även att denna initiativrätt kan sägas bilda en kärna i den kommunala självbestämmanderätten som bör komma till klart uttryck i regeringsformen (prop. 1973:90 s. 190). Det står dock också klart att utrymmet för självstyrelse inte är obegränsat.

I propositionen 2009/10:134 *Upphandling från statliga och kommunala företag* anförs att rätten att fritt organisera sina verksam-

heter är ett grundläggande element i den kommunala självstyrelsen och var en del av reformerna i 1991 års kommunallag (s. 24). Vidare anfördes följande (s. 32).

Kommunallagen ger kommuner och landsting frihet att organisera sin verksamhet. De kan välja om verksamheten ska bedrivas i nämndform eller i företagsform. Denna organisationsfrihet är en mycket viktig del i den kommunala självstyrelsen. Avgörandet i SYSAV-målen innebär att den kommunala organisationsfriheten begränsas.

I propositionen anfördes också bl.a. följande angående konsekvenser för den kommunala självstyrelsen av propositionens förslag (s. 56).

Kommuner och landsting har en rätt att fritt organisera sin verksamhet och har bedrivit verksamhet i bolagsform sedan decennier. Om en reglering motsvarande kontroll- och verksamhetskriterierna inte införs innebär det att kommuner och landsting måste upphandla sådan verksamhet som de enligt KL har frihet att bedriva i bolagsform. Detta kan ses som ett ingrepp i den kommunala organisationsfriheten och den kommunala självstyrelsen. Ett införande av kontroll- och verksamhetskriterierna påverkar därför den kommunala självstyrelsen positivt.

Proportionalitetsprincip vid inskränkningar i den kommunala självstyrelsen

Som angetts ovan gäller enligt 14 kap. 3 § RF att en inskränkning i den kommunala självstyrelsen inte bör gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som har föranlett den. Bestämelsen ger uttryck för att en proportionalitetsprincip ska tillämpas i lagstiftningsprocessen när den kommunala självstyrelsen berörs.

En proportionalitetsbestämmelse med den lydelse som nu antagits förslags av Grundlagsutredningen i dess betänkande SOU 2008:125, *En reformerad grundlag* (Del 1, s. 538 f.). Prövningen borde, som Grundlagsutredningen såg det, innefatta en skyldighet att undersöka om det syfte som den tänkta regleringen tar sikte på kan uppnås på ett för det kommunala självbestämmandet mindre ingripande sätt än det som föreslås. Vidare anförde utredningen att om olika möjligheter finns att nå samma mål bör riksdagen av hänsyn till principen om den kommunala självstyrelsen välja det som lägger minst band på kommunernas självbestämmanderätt.

I den ovannämnda propositionen 2009/10:80 instämde regeringen i Grundlagsutredningens bedömning (s. 212 f). Regeringen

framhöll att proportionalitetsprincipens huvudsakliga syfte är att åstadkomma en ordning som innebär att intresset av kommunal självstyrelse regelmässigt under beredningen av lagförslag ställs mot de intressen som ligger bakom lagförslaget. Regeringen ansåg att det är av avgörande betydelse att den slutliga bedömningen av om proportionalitetskravet är tillgodosett görs av riksdagen i samband med att den tar ställning till förslaget. Vidare anförde regeringen att det genom bestämmelsens fakultativa utformning framgår att riksdagens bedömning när det gäller konsekvenserna för den kommunala självstyrelsen inte kan bli föremål för lagprövning i efterhand.

Konstitutionsutskottet delade regeringens bedömning att den särskilda ställning som kommunerna och landstingen har liksom den kommunala självstyrelsen bör komma till tydligare uttryck i RF, bl.a. genom att det införs en bestämmelse om en proportionalitetsprincip (bet. 2009/10:KU19, s. 52 och bet. 2010/11:KU4, s. 8).

Internationella åtaganden m.m.

I augusti 1989 ratificerade Sverige den europeiska konventionen om kommunal självstyrelse (prop. 1988/89:119, bet. 1988/89:KU32). I artikel 6.1 i konventionen anges att kommuner själva, utan hinder av mer allmänna lagregler, ska kunna bestämma om sina inre administrativa strukturer för att anpassa dem till de lokala behoven och för att säkerställa en effektiv förvaltning. I en förklarande rapport till konventionen anges att bestämmelsen inte behandlar den allmänna sammansättningen av kommunerna och deras fullmäktige utan snarare det sätt på vilket förvaltningsgrenarna är organiserade. Vidare anges att under det att vissa allmänna principer för organisationen kan fastläggas av centrala eller regionala lagar, måste kommunerna kunna fatta beslut om sin egen administrativa struktur så att hänsyn kan tas till lokala förhållanden och administrationens effektivitet. Begränsade specifika krav i centrala eller regionala lagar som rör t.ex. inrättandet av vissa nämnder eller skapandet av vissa administrativa befattningar kan enligt den förklarande rapporten accepteras, men de får inte vara så omfattande att en stel organisation påtvingas kommunerna. I prop. 1988/89:119, s. 4, kommenterades bestämmelsen bl.a. med att det här fastslås att kommunerna ska kunna bestämma om sin inre

organisation för att anpassa den till de lokala behoven och säkerställa en effektiv förvaltning.

Genom Lissabonfördraget har rätten till regionalt och lokalt självstyre erkänts i EU:s primärrätt. Av artikel 4.2 i fördraget om Europeiska unionen framgår bl.a. att unionen ska respektera medlemsstaternas likhet inför fördragen samt deras nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer, inbegripet det lokala och regionala självstyret.

18.3 Om behovet av ett generellt eller sektoriellt undantag utifrån statistik, enkät och företagskontakter

I kapitel 14 har redogjorts för omfattningen av handeln mellan det offentliga och dess företag. Till grund för redovisningen låg dels statistik från SCB, dels utredningens egen undersökning riktad till offentligt ägda företag. OFUKI-utredningen konstaterar att företag som ägs av kommuner och landsting i stor utsträckning bedriver handel i form av försäljning till sina ägare. För de kommunägda företagen 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, förutom transportföretagen, domineras av Stockholms läns landstings bolag inom vårdsektorn vilka säljer nästan all verksamhet till landstinget. Beträffande de offentligt ägda transportföretagen, oftast de s.k. trafikhuvudmännen, finns oftast inget uttalat sälj- och köpförhållande i relation till landstinget eller kommunen.

De statligt ägda bolagen är de som generellt sett i minst utsträckning har försäljning till sina ägare. Här är dock vissa företag ändå i hög grad berörda av in house-frågorna. Flera av de exempel som redovisats i avsnitt 15.1 visar enligt deras företrädare tydliga och stora konsekvenser av ett uteblivet in house-undantag.

Inom nästan alla verksamhetsområden förekommer även försäljning till de offentligt ägda företagen från deras ägare. De statliga myndigheternas, kommunernas och landstingens försäljning till de företag som besvarat enkäten uppgår 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.

Ett antal aktörer har också redovisat sina synpunkter med anledning av utredningens uppdrag (se kapitel 15).

OFUKI-utredningen anser att det kan finnas en konflikt mellan universitetens och högskolornas uppdrag att kommersialisera forskningen via sina bolag kontra ett ökat krav på upphandling om ett in house-undantag inte införs permanent. Om ett in house-undantag inte införs, torde finnas behov av en översyn av dessa bolags uppdrag.

SOS Alarm Sverige AB har ett samhällsuppdrag som inte kan äventyras. I den mån ett offentligt ägt företag har ett samhällsuppdrag som är av särskilt stor betydelse och av t.ex. säkerhetsskäl inte får äventyras kan anledning finnas till särskilda överväganden, inte endast med avseende på om ett in house-undantag ska införas. Sådana överväganden skulle också kunna innefatta huruvida företaget kan anses tillhandahålla s.k. tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Enligt artikel 106.2 i EUF-fördraget ska företag som anförtrots att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol vara underkastade reglerna i fördragen, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. En förutsättning är att utvecklingen av handeln inte påverkas i en omfattning som strider mot unionens intresse. I princip är det medlemsstaternas sak att, efter eget bestämmande, anförtro vissa företag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Kommissionen har dock ansvar för att säkerställa att bestämmelserna tillämpas korrekt (artikel 106.3, jfr prop. 2004/05:140, s. 18). Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse behandlas närmare i avsnitt 22.1.2. I detta sammanhang kan framhållas att OFUKI-utredningen där redovisar bedömningen att EU-rättens regler om sådana tjänster inte medför att det saknas behov av ett in house-undantag.

Det finns ett antal exempel på bolagsgrupper och koncerner där uppgifter av stöd- och servicekaraktär lagts i särskilda bolag i syfte att nå en så effektiv samordning som möjligt. Ett exempel är de s.k. programföretagens gemensamma dotterbolag Sveriges Radio Förvaltnings AB (SRF) som tillhandahåller bl.a. personal- och ekonomiadministration till Sveriges Radio AB, Sveriges Television AB och Sveriges Utbildningsradio AB. Krav på upphandling kan medföra att vissa uppgifter återtas till programföretagen med en

minskad effektivitet och suboptimering av resurser som följd. Likartade situationer i statlig sektor finns inom de bolagskoncerner som förvaltas av bl.a. lärosätena och LFV.

Samma situation finns också för en del kommunala koncerner där man valt att samordna verksamheter som i huvudsak är ett stöd till de s.k. kärnverksamheterna såsom t.ex. administration, IT-stöd, försäkringsverksamhet och finansiell verksamhet. Det huvudsakliga syftet med denna samordning har i många fall varit att utnyttja resurserna så effektivt som möjligt, dvs. ett syfte som också upphandlingslagstiftningen har. Ett uteblivet in house-undantag kan medföra att denna samordning i vissa fall äventyras vilket leder till en minskad effektivitet och ökade kostnader utan att konkurrensen på dessa marknader behöver påverkas eftersom detta avser verksamheter som utförs som ett stöd åt den egna verksamheten. När man tar ställning till ett in house-undantag menar OFUKI-utredningen att detta bör tas i beaktande. För t.ex. försäkringsområdet har bildandet av de kommunala försäkringsbolagen dessutom lett till att marknaden för kommunala försäkringar breddats. I glesbygd kan det exempelvis vara av stor betydelse att även små satsningar kan göras i samverkansform för att över huvud taget kunna komma till stånd.

I flera sammanhang har också frågan om offentligt finansierade investeringar tagits upp. Det gäller t.ex. inom energi- och avfallsbranscherna där många större förbränningsanläggningar finns i kommunala bolag. OFUKI-utredningen menar att det är viktigt att vara uppmärksam på att en eventuell minskad kommunal investeringsvilja i behandlingskapacitet, om den inte uppvägs av privata investeringar, kan medföra negativa effekter för avfallshandlingen och större svårigheter att nå miljömålen och målen om ett hållbart samhälle. Sverige är framstående när det gäller effektivitet och goda systemlösningar inom fjärrvärme, vattenrening och avfallshantering. Till viss del har detta sin grund i en god kommunal planering där avfall, fjärrvärme och även vattenförsörjning hanterats samlat i kommunala bolag. I dessa bolag har också omfattande värden avseende infrastrukturen inom dessa områden byggts. Svagare offentliga aktörer behöver inte heller nödvändigtvis leda till en förbättrad konkurrens. OFUKI-utredningen anser att det generellt är av vikt att offentligt finansierad infrastruktur även fortsättningsvis kan användas på ett effektivt och ändamålsenligt sätt.

Stora konsekvenser av ett uteblivet undantag skulle uppstå för Stockholms läns landsting och dess bolag. Enligt landstingen skulle det sannolikt inte heller vara möjligt för landstinget och bolagen att förhålla sig till dessa konsekvenser, t.ex. genom att förbereda upphandling eller genom att återta verksamhet i förvaltningsform, innan den nu införda temporära lagstiftningen upphör att gälla den 1 januari 2013.

OFUKI-utredningen konstaterar sammanfattningsvis att ett uteblivet in house-undantag i många fall skulle medföra stora förändringar i förutsättningarna för offentlig sektor inom både statlig och kommunal sektor och inom flertalet näringsgrenar. Ett ökat krav på upphandling kan i många fall leda till förändringar som medför en ökad effektivitet i offentlig sektor. Samtidigt är det viktigt att kravet på upphandling inte drivs så långt att det i stället medför ökade kostnader för offentligt finansierad verksamhet, t.ex. genom att möjligheter till stordriftsfördelar äventyras.

Företrädare för bl.a. kommuner och landsting och statliga och kommunala bolag har till OFUKI-utredningen framfört att om ett upphandlingsundantag inte införs kan de tvingas att överväga en avbolagisering av verksamheten, dvs. att återföra berörd verksamhet till förvaltningsform. Det gäller t.ex. bolagiserad stödverksamhet men också Stockholms läns landstings bolagiserade sjukhus. En avbolagisering främjar knappast konkurrensen men skulle kunna medföra momentana kostnader.

Man bör även beakta att SYSÄV-domarna (RÅ 2008 ref. 26) i sig har skapat ett behov av en större genomlysning av verksamheter i kommunala och statliga bolag, vilket också i många fall redan har skett, eftersom ett in house-undantag och den temporära lagstiftningen inte innebär ett automatiskt undantag från upphandlingskyldigheten. En prövning av om kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda måste alltid göras i varje enskilt fall. I den mån staten, kommunerna och landstingen avser att åberopa bestämmelserna måste de därför se över bl.a. ägarstyrningen av sina bolag och bolagens verksamhet. I många fall kommer dessa villkor sannolikt inte att vara uppfyllda. Även om ett in house-undantag införs permanent kan kommuner och landsting i många fall komma att stå inför valet att upphandla eller att återta verksamheten i förvaltningsform. Ett permanent in house-undantag kommer sannolikt att medföra att kommuner och landsting, samt i viss utsträckning även staten, i större omfattning än vad som allmänt bedömdes gälla före SYSÄV-domarna (jfr prop. 2009/10:134,

s. 56), kommer att stå inför krav på upphandling. Inom t.ex. avfallsbranschen har konkurrensen enligt dess företrädare i viss mån förbättrats sedan SYSAV-domarna och införandet av regler mot konkurrensbegränsande kommunal säljverksamhet.

Sådan handel mellan det offentliga och dess företag som skulle kunna omfattas av in house-undantaget enligt EU-domstolens praxis finns både på statlig och kommunal nivå och inom flertalet branscher, om än i olika omfattning. Om ett in house-undantag införs, finns det därför enligt OFUKI-utredningens mening inte skäl att hantera vissa branscher eller sektorer på skilda sätt. Det finns inget stöd för detta i befintlig statistik, enkät eller intervjuer. De regler som införs bör gälla generellt för samtliga sektorer och branscher. De exempel som uppmärksammats i betänkandet utgör inte heller en fullständig redovisning. Det är inte heller rimligt att skapa en lagstiftning som skapar skilda förutsättningar för olika sektorer eller branscher.

I tidigare avsnitt har också konstaterats att handel mellan offentligt ägda bolag och dess 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 kommunen eller 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 övervägande delen av den verksamhet som kommunala företag säljer till sina ägare eller bolag i samma koncern (området transporter undantaget) inte bygger på upphandlingskontrakt enligt LOU eller LUF. Det finns dock stora svårigheter med att bedöma i vilken utsträckning behov av ett in house-undantag finns för sådan upphandling som omfattas av LOU och LUF. Ett införande av ett in house-undantag hindrar inte heller att upphandling görs i enlighet med LOU och LUF, om den upphandlande myndigheten tycker att det är önskvärt av politiska eller ekonomiska skäl.

18.4 Ett undantags betydelse för små och medelstora företag

Förekomst av små och medelstora företag på marknader med kommunala företag

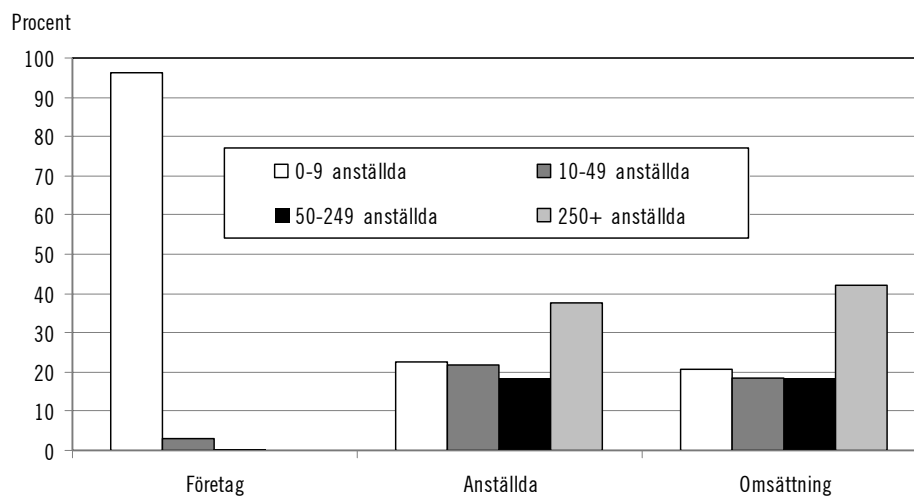
Kommissionens rekommendation 2003/361/EG av den 6 maj 2003 om definitionen av mikroföretag samt små och medelstora företag (EUT L 124, 20.5.2003) preciserar bl.a. dessa begrepp. Enligt rekommendationen omfattar hela kategorin sådana företag som sysselsätter färre än 250 personer och vars årsomsättning inte överstiger 50 miljoner euro eller vars balansomslutning inte överstiger 43 miljoner euro per år. Små företag är företag som sysselsätter färre än 50 personer och vars omsättning eller balansomslutning inte överstiger tio miljoner euro per år. Mikroföretag är företag som sysselsätter färre än tio personer och vars omsättning eller balansomslutning inte överstiger två miljoner euro per år.

I statistiska sammanhang förekommer att företag indelas endast efter det antal anställda som anges i kommissionens rekommendation. Det förekommer också att företag indelas i storleksklasserna 0–19 anställda, 20–49 anställda, 50–99 anställda osv.

I utredningens direktiv efterfrågas vilka effekter ett undantag från upphandlingsreglerna medför för konkurrensen och för små och medelstora företag. Det finns ingen statistik som tydligt visar dessa effekter, men vissa slutsatser kan dras utifrån befintlig statistik.

Nästan alla svenska företag är små eller medelstora, det gäller samtliga näringsgrenar. Huvuddelen av antalet företag finns dessutom i de allra minsta storleksklasserna. Betydelsen av små och medelstora företag varierar mellan olika branscher. I allmänhet är deras betydelse klart större inom tjänstesektorn än inom industrin.

Figur 18.1 Antal företag, anställda och omsättning per storleksklass (efter antalet anställda) för näringslivet totalt, år 2008 (SNI: A-S exklusive K och O)



Källa: SCB, Företagens ekonomi.

En förhållandevis liten andel av antalet företag är offentligt ägda, för de flesta näringsgrenar är andelen offentligt ägda företag mindre än en procent, se tabellen nedan. Inom de näringsgrenar som hanterar energi, vatten, avlopp och avfall är andelen offentligt ägda företag något högre.

Tabell 18.1 Antal företag för valda näringsgrenar, totalt samt offentligt ägda, år 2008

	Totalt antal företag	varav småföretag (max 19 anställda)	Offentligt ägda företag
Vatten avlopp och avfall	1 095	992	89
Försörjning av energi	1 524	1 355	347
Utbildning	17 629	17 187	39
Hotell och restaurang	26 958	26 244	32
Vård och omsorg	27 016	26 393	16
Transporter	29 118	27 958	154
Uthyrning, fastighetservice m.m.	29 317	28 320	58
Kultur, nöje och fritid	39 946	39 790	65
Annan serviceverksamhet	44 091	43 792	32
Fastighetsverksamhet	46 387	45 992	845

	Totalt antal företag	varav småföretag (max 19 anställda)	Offentligt ägda företag
Info och kommunikation	47 054	46 033	71
Tillverkning	54 229	50 305	41
Byggverksamhet	78 234	76 438	44
Handel	124 332	121 182	41
Juridik, ekonomi och teknik	141 751	140 503	256

Både till andelen och till antalet företag avviker områdena vatten, avlopp (VA) och avfall samt energi. Inom dessa områden finns färre små företag och också en lägre andel små företag än genomsnittligt.

Om en jämförelse görs beträffande nettoomsättningen ges en bild enligt tabellen nedan. I de näringsgrenar som hanterar energi, fastigheter samt vatten, avlopp och avfall (typiska områden för kommunala bolag) genereras mellan hälften och en tredjedel av samtliga företags nettoomsättning i offentligt ägda bolag. Dessa bolag (dvs. de offentligt ägda) är också sällan småföretag. De kommunalt ägda företagen i nedanstående branscher har i genomsnitt ca ett trettiotal anställda om än med stora variationer.

Tabell 18.2 Total nettoomsättning i företag för valda näringsgrenar, totalt samt offentligt ägda, miljoner kronor, år 2008

	Samtliga företag (A)	Offentligt ägda företag (B)	Andel (B/A)
Försörjning av el, gas och värme	236 305	121 935	52 %
Fastighetsverksamhet	262 839	84 302	32 %
Vatten avlopp och avfall	42 936	11 420	27 %
Transporter	420 147	71 785	17 %
Vård och omsorg	85 568	9 027	11 %
Utbildning	36 993	2 373	6 %
Kultur, nöje och fritid	65 812	1 808	3 %
Juridik, ekonomi och teknik	339 292	10 378	3 %
Uthyrning, fastighetsservice	200 189	6 793	3 %
Handel	2 153 972	66 896	3 %
Annan serviceverksamhet	34 254	624	2 %
Hotell och restaurang	95 204	827	1 %
Tillverkning	1 813 007	15 205	1 %

	Samtliga företag	Offentligt ägda företag	Andel
	(A)	(B)	(B/A)
Byggverksamhet	451 303	2 539	1 %
Info och kommunikation	352 902	1 375	0 %

Andelen småföretag är betydande i samtliga näringsgrenar. Därför kan antas att små och medelstora företag i de branscher där offentligt ägda företag finns och i högre utsträckning konkurrerar om de offentliga inköpen, kan komma att påverkas i högre utsträckning av hur regelverket avseende handel för offentligt ägda företag utformas.

Utifrån resultaten av enkäten och statistiken ovan bör man kunna sluta sig till att det är inom områdena energi, fastigheter samt vatten, avlopp och avfall som små och medelstora företag i störst utsträckning kan komma att påverkas av ett eventuellt in house-undantag. Dock är andelen småföretag samtidigt något lägre avseende energi och VA och avfall.

Som redovisats i kapitel 14 sker en stor del av offentliga företags köp (enligt de företag som besvarat enkäten) från sina ägare inom näringsgrenarna energi, fastigheter, transporter, VA, avfall samt olika former av tjänster.

Om ett permanent undantag från upphandlingsreglerna skulle införas som innebär ett mera omfattande undantag än vad som gäller för närvarande, kan det innebära en något försämrad situation beträffande konkurrensläget på olika marknader jämfört med dagens läge. Undantag från krav på upphandling torde inte vara till fördel för en ökad konkurrens, även om en sammanvägd bedömning av många olika aspekter ändå skulle innebära att ett in house-undantag totalt sett vore att föredra.

Men införandet av ett permanent in house-undantag behöver för den skull inte generellt sett innebära en försämrad konkurrensituation på många marknader jämfört med läget före SYSAV-domarna (RÅ 2008 ref. 26). Tvärtom förefaller konkurrensen på flertalet marknader snarast ha skärpts eftersom efterlevnaden av upphandlingsreglerna upplevs vara större nu än tidigare. Den temporära lagstiftning som riksdagen beslutat om avseende upphandling från statliga och kommunala företag har av många snarast uppfattats som en skärpt konkurrenslagstiftning och därmed varit ett led mot en förbättrad konkurrenssituation även för många små

och medelstora företag jämfört med det läge som rådde före SYSAV-domarna. Av betydelse är även de nyligen införda bestämmelserna för genomförande av ändringar i EU:s rättsmedelsdirektiv. Bestämmelserna innebär bl.a. att en upphandlingsskadeavgift kan dömas ut i vissa fall då upphandlingslagstiftningen inte följts av en upphandlande myndighet eller enhet (se avsnitt 2.1.2 och 18.6).

Av betydelse för att främja en god konkurrens på marknader där offentligt ägda företag kan agera är sannolikt också reglerna om konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet som gäller från och med den 1 januari år 2010.⁷ Stockholms tingsrätt får på talan av Konkurrensverket i vissa fall förbjuda staten, en kommun eller ett landsting att i en verksamhet av kommersiell eller ekonomisk natur tillämpa ett visst förfarande om det snedvrider eller hämmar en effektiv konkurrens eller utvecklingen av en sådan (se avsnitt 24.2).

Små och medelstora företag i offentlig upphandling

Det som i huvudsak skrivits i olika sammanhang om små och medelstora företag och upphandling avser i huvudsak företagens möjligheter att konkurrera vid offentliga upphandlingar och om de gynnas eller missgynnas av nuvarande regler för offentlig upphandling. Om ett in house-undantag införs innebär det förvisso i vissa fall att en upphandling inte ens kommer till stånd. Men småföretagens möjligheter att hävda sig och konkurrera inom olika branscher ges ändå en belysning i dessa rapporter.

I Statskontorets rapport om statlig inköpssamordning (se avsnitt 15.1) har också behandlats de små och stora företagens situation i detta sammanhang. Statskontorets slutsats är att den upphandling som bedrivs inom ramen för den statliga inköpssamordningen inte generellt sett utestänger små och medelstora företag från att delta. Tvärtom är de mindre företagen relativt väl representerade även om det skiljer sig åt mellan vissa produktområden.

På Konkurrensverkets uppdrag genomförde SCB år 2009 en telefonenkät för att undersöka relativt nystartade företags syn på konkurrenshinder.⁸ Ungefär 500 relativt nystartade tillväxtföretag ingick i undersökningen. Huvuddelen var små eller medelstora

⁷ Regeringens proposition 2008/09:231 *Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden m.m.*

⁸ Konkurrensverket, *Åtgärder för bättre konkurrens – Konkurrensen i Sverige*, s. 32–35.

företag, ca 90 procent hade färre än fem anställda. Enkäten gav bl.a. följande resultat.

- Drygt tio procent av samtliga nystartade företag hade upplevt problem med konkurrens från offentligt ägda företag under senare år, varav ungefär vart tredje företag ansåg att problemen var stora eller ganska stora.
- Knappt tio procent av de nystartade företagen ansåg att de hindrats i sin verksamhet på grund av att konkurrerande företag (privata eller offentliga) hade fått ekonomiskt eller annat stöd från stat, kommun eller landsting som de själva inte fått, varav 4 av 10 betecknade dessa problem som stora eller ganska stora.
- Knappt tio procent av de nystartade företagen ansåg också att det fanns brister i regelverk eller tillsyn vad gäller generell konsument-, konkurrens- eller upphandlingslagstiftning, varav 6 av 10 ansåg att dessa brister var stora eller ganska stora.

Företagen kunde också uppge om de upplevt andra typer av konkurrenshinder (t.ex. skatter, prisrabatter, handelshinder). Sammantaget hade drygt 40 procent av företagen upplevt någon form av konkurrenshinder i sin verksamhet. Av dessa var konkurrens från offentliga företag eller konkurrens från företag med statligt eller kommunalt stöd några av de oftast angivna konkurrenshindren.

Resultaten indikerar förhållandevis låga andelar, för varje enskild fråga tydligt under tio procent, av antalet nystartade småföretag som uppger att de har åtminstone ganska stora problem med olika former av konkurrenshinder från offentligt ägda eller stödda företag eller brister i lagstiftning och tillsyn.

Sammantaget ger dessa undersökningar en förhållandevis positiv bild av de mindre företagens möjligheter att delta i offentlig upphandlingar och att de således inte är missgynnade av nuvarande regelverk. Men i debatten och i de aktuella undersökningar och rapporter som finns är bilden den motsatta, dvs. uppfattningen att små och medelstora företag är missgynnade i den offentliga upphandlingen är mera vanligt förekommande. Konkurrensverket har också i ett samrådsyttrande till Statskontorets rapport ovan ifrågasatt Statskontorets bild av småföretagens situation.

Flera enkätstudier som gjorts av företag som har deltagit i offentliga upphandlingar, med tonvikt på mindre företag, ger för-

visso också en samstämmig bild av att företagen anser den offentliga upphandlingen som komplicerad.

Det företagen framför allt upplever som krångligt är hur de upphandlande myndigheterna tillämpar och tolkar lagstiftningen och utformningen av förfrågningsunderlaget, inte lagstiftningens utformning i sig.⁹ De formella kraven vid offentliga upphandlingar är strikta och omfattande. De uppfattas vara svåra, omständliga och arbetskrävande att uppfylla av små företag och arbetsinsatsen vid en offentlig upphandling uppfattas vara för stor i relation till chansen att få uppdraget.¹⁰

Enligt en undersökning som Företagarna har gjort¹¹ är småföretagen klart underrepresenterade i förhållande till sin andel i ekonomin vid offentliga upphandlingar.

En kartläggning av deltagandet av små och medelstora företag i offentlig upphandling i EU-området visar att även där är de små och medelstora företagens andel av offentlig upphandling lägre än deras andel av ekonomin som helhet.¹² Detta förklaras enligt rapporten till stor del av att små företag (upp till 50 anställda) har svårt att göra sig gällande och därför är underrepresenterade. Vidare förefaller små och medelstora företag, enligt denna kartläggning, generellt ha lättare att göra sig gällande i statliga myndigheters upphandlingar än i upphandlingar som genomförs inom den övriga offentliga sektorn.

I en uppföljande studie¹³ från år 2010 konstateras att små och medelstora företag är fortsatt underrepresenterade i offentliga upphandlingar i ungefär samma utsträckning som tidigare. Ett skäl till detta anses vara att det är svårare för små och medelstora företag att finna och tillgodogöra sig information om offentliga upphandlingar än det är för stora företag. Upphandlande myndigheter uppmannas därför att i större utsträckning använda sig av bl.a. elektroniska upphandlingssystem, dvs. upphandling som görs via webb, e-post eller på annat sätt med elektronisk information. En dialog mellan leverantörer och den upphandlande myndigheten

⁹ Nutek: *Offentlig upphandling – vad tycker företagen är krångligt?* 2008:6 Företagarna, *Små företag och offentlig upphandling*, mars 2008. Svenskt Näringsliv: *Kommunal säljverksamhet – Sälj bolag, inte varor och tjänster*, juni 2010.

¹⁰ ARS Research AB på uppdrag av Konkurrensverket: *Behovet av stöd och hjälp till små och medelstora företag vid offentlig upphandling*.

¹¹ Företagarna, *Små företag och offentlig upphandling*, mars 2008.

¹² *Evaluation on SME:s access to public procurement markets in the EU*, European Commission, Enterprise and industry, November 2007.

¹³ *Evaluation SME:s access to public procurement markets in the EU*, European Commission, Enterprise and industry, September 2010.

uppfattas också som ett sätt att underlätta för mindre företag liksom att i så stor utsträckning som möjligt bryta ned större upphandlingar i mindre delar.

Sammanfattningsvis deltar små och medelstora företag i den statliga inköpssamordningen i god omfattning enligt de kartläggningar som gjorts. Enligt en undersökning från år 2009 upplever inte heller nystartade företag konkurrensen från offentligt ägda företag som särskilt stor. Men i undersökningar där företagen tillfrågas om deltagandet i offentlig upphandling upplevs det som komplicerat och krångligt, inte minst beroende på reglernas tillämpning och användning. De små och medelstora företagens andel av offentlig upphandling är betydligt lägre än deras andel av ekonomin som helhet.

Avslutande bedömning

Sammantaget är det svårt att få en klar bild av i vilken utsträckning ett in house-undantag har betydelse för små och medelstora företag. Ett undantag från upphandlingsreglerna är sannolikt negativt för konkurrensen och med stor sannolikhet påverkas de näringsgrenar mest av ett eventuellt in house-undantag som har den största omfattningen av handel mellan offentligt ägda företag och deras ägare. Samtidigt har också konkurrenssituationen på många marknader skärpts i samband med SYSAV-domarna (RÅ 2008 ref. 26) och införandet av ny lagstiftning, däribland reglerna om konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet samt reglerna för genomförande av EU:s rättsmedelsdirektiv. Den temporära lagstiftningen om upphandling från statliga och kommunala företag har medfört att fler myndigheter än tidigare nu anser sig omfattas av krav på offentlig upphandling. Detta bör vara till fördel för små och medelstora företag då de i större utsträckning ges möjlighet att delta i offentliga upphandlingar.

18.5 Värdet av en enhetlig reglering

EU-rätten ger formell valfrihet för Sverige att antingen införa eller att inte alls eller endast delvis införa ett in house-undantag enligt EU-domstolens praxis i de svenska upphandlingslagarna (se avsnitt 17.2.7).

I det inhämtade utlåtandet av Jörgen Hettne påtalar han vissa lämplighetsaspekter utöver slutsatsen om vad som är möjligt för Sverige utifrån formellt rättslig synpunkt. Han anför att det är svårt att veta hur långt Regeringsrättens (numera Högsta förvaltningsdomstolens) rättspraxis sträcker sig och att lämpligheten av en oklar situation i Sverige kan ifrågasättas. Enligt Hettne ligger oklarheten visserligen utanför EU-rättens tillämpningsområde och kan därför inte utgöra ett skäl till att det svenska genomförandet skulle betraktas som ofullständigt eller felaktigt. Han anser emellertid att det bör stå i fokus för OFUKI-utredningens bedömning att kommissionen har som utgångspunkt att överskjutande implementering ska undvikas på grund av att detta ofta leder till onödiga kostnader. Utifrån lämplighetsaspekter förefaller det vidare, enligt Hettnes mening, tveksamt att inrätta en ordning med sektoriella skillnader, om än valfrihet finns från rättslig utgångspunkt. Hettne anför att man normalt vill undvika att denna typ av skillnader uppstår eftersom den rättsliga situationen tenderar att bli förvirrad och onödiga kostnader då kan uppstå. Det är enligt Hettne tänkbart att kommissionen skulle finna en sådan lösning olämplig om det saknas objektiva skäl för en särbehandling av vissa sektorer.

OFUKI-utredningen bedömer att det generellt sett är angeläget att det nationella regelverket följer EU-rätten även då detta inte är formellt nödvändigt, bl.a. eftersom sådan enhetlighet leder till förutsebarhet i rättstillämpningen. Lämpligheten av att Sverige skulle välja att inte möjliggöra tillämpning av in house-undantaget helt enligt domstolens praxis kan därför ifrågasättas enligt OFUKI-utredningens mening. Särskilt bör i det sammanhanget beaktas att även om frågan i vid mening kan sägas gälla huruvida svensk rätt ska ställa hårdare krav på upphandling än EU-rätten, så handlar det i snävare mening snarast om att begreppet "kontrakt" skulle ges en mera omfattande innebörd i de svenska upphandlingslagarna än vad EU-rätten utgår från. OFUKI-utredningen anser att det i allmänhet är olämpligt att begrepp som har en viss betydelse enligt EU-rätten ges en annan definition i svensk rätt. En sådan skillnad riskerar att komplicera rättssystemet.

OFUKI-utredningen konstaterar att det också ur ett mera nationellt perspektiv finns en fråga om enhetlighet i rättssystemet som bör beaktas. För tilldelning av tjänstekoncessioner, som frånsett LOV endast i begränsad utsträckning är reglerade i svensk rätt (1 kap. 2 § femte stycket och 1 kap. 12 § LOU), gäller EU:s primärrätt direkt i Sverige. Därmed är också in house-undantaget,

dvs. innebörden av det EU-rättsliga kontraktsbegreppet, direkt tillämpligt i Sverige på sådana tjänstekoncessioner som inte omfattas av LOV. I dessa fall påverkas inte in house-undantagets tillämplighet annat än i begränsad utsträckning av att det inte införlivats genom någon svensk bestämmelse, vilket låg till grund för Regeringsrättens bedömning i SYSAV-domarna (RÅ 2008 ref. 26), se även avsnitt 17.1.2). Något avgörande motsvarande detta rättsfall kan alltså inte förväntas. För det fall ett in house-undantag inte införs i LOU, skulle därmed t.ex. en kommun kunna tilldela ett eget aktiebolag en tjänstekoncession utan föregående annonsering men däremot inte ett tjänstekontrakt. OFUKI-utredningen anser att det saknas sakliga skäl som kan motivera en sådan skillnad i regelverket.

Det nu anförda har relevans i fråga om både LOU och LUF. I båda lagarna baseras upphandlingskravet på uppkomsten av ett kontrakt. Enligt OFUKI-utredningens mening kan det vara av visst värde att lagstiftningen inte kompliceras av att detta begrepp ges olika innehåll i de olika lagarna, t.ex. som följd av att in house-undantaget endast införs i LOU. LUF innehåller emellertid, till skillnad från LOU, bestämmelser som undantar kontrakt som tilldelas ett anknutet företag, ett samriskföretag eller en upphandlande enhet som ingår i ett samriskföretag (1 kap. 15–17 §§ LUF). I linje med det som angetts i avsnitt 4.8 gäller därför redan ett undantag från LUF för i vart fall vissa sådana situationer som skulle kunna vara undantagna enligt EU-domstolens praxis om in house-undantaget. Att ett in house-undantag t.ex. införs i både LOU och LUF, i stället för endast i LOU, skulle därför inte med nödvändighet behöva leda till att regleringens praktiska betydelse blir mera enhetlig än om ett undantag endast införs i LOU.

Att förutsättningarna inom olika sektorer av den offentliga verksamheten skiljer sig åt skulle kunna anföras till grund för att ett in house-undantag bör införas för viss, men inte för all verksamhet. En sådan avgränsning är emellertid i sig vanskelig att göra, bl.a. med hänsyn till att förutsättningarna varierar inom landet och till att dessa kan ändras över tid. För att möjliggöra tillräcklig förutsebarhet skulle gränsdragningen dessutom behöva vara väl preciserad. Förutom de svårigheter som finns att åstadkomma detta finns då risk att lagstiftningen både blir stelbent och snabbt föråldrad. Dessutom kan i sig ifrågasättas lämpligheten av att kontraktsbegreppet ges olika innebörd beroende på verksamhetens art.

18.6 Särskilt om säkerställandet av att ett undantag efterlevs

Även om EU-domstolens praxis i hög grad har klargjort under vilka förutsättningar in house-undantaget är tillämpligt, så finns det fortfarande flera oklarheter. Dessa gäller t.ex. verksamhetskriteriets närmare innebörd, men också huruvida undantaget över huvud taget kan åberopas i vissa situationer (jfr kapitel 5). I ett enskilt fall kan det därför vara svårt att bedöma om förutsättningarna för undantag är uppfyllda, särskilt som det också är omständigheterna i det enskilda fallet som är avgörande. Om ett in house-undantag införs i svensk rätt kan det därför finnas en viss risk för att kontrakt kommer att tilldelas utan upphandling, trots att undantaget faktiskt inte är tillämpligt. Frågan kan ställas om det genom dagens regelverk i tillräcklig grad kan säkerställas en riktig tillämpning av ett svenskt in house-undantag.

Om ett avtal ingås i strid med förutsättningarna för in house-undantaget innebär detta en otillåten direktupphandling. Av de nyligen ändrade bestämmelserna i 16 kap. LOU respektive LUF följer att ett sådant avtal kan angripas dels av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada (ansökan om överprövning av avtalets giltighet), dels av Konkurrensverket (ansökan om att upphandlingsskadeavgift ska utdömas). En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska som huvudregel ha kommit in till rätten inom sex månader från det att avtalet slöts (16 kap. 18 § första stycket LOU respektive LUF).

Upphandlingsskadeavgift kan bl.a. utdömas i fall då en upphandlande myndighet har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering på sätt som krävs enligt lagen (17 kap. 2 § andra stycket LOU respektive LUF). Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor, dock högst tio procent av kontraktsvärdet (16 kap. 4 § LOU respektive LUF). Ansökan om att upphandlingsskadeavgift ska dömas ut får göras av Konkurrensverket (16 kap. 2 § andra stycket LOU respektive LUF, jfr 3 § 2 förordningen [2007:1117] med instruktion för Konkurrensverket).

En sådan ansökan får göras inom viss tid (17 kap. 7 § LOU respektive LUF). Om en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet ska Konkurrensverkets ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har

vunnit laga kraft. Om ingen leverantör ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom rätt tid ska ansökan ha kommit in inom ett år från det att avtalet slöts.

En kommuns eller ett landstings beslut att ingå avtal med stöd av in house-undantaget, när detta är tillämpligt, kan även angripas av medlemmarna i kommunen eller landstinget genom överklagande enligt reglerna om laglighetsprövning i 10 kap. KL (se avsnitt 24.1.3).

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

18.7.1 Införande av ett in house-undantag i LOU

Utredningens bedömning: I LOU bör införas ett permanent undantag från kravet på upphandling i enlighet med EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna. Undantaget bör inte ha någon sektoriell begränsning.

Som framgår av föregående avsnitt finns en mängd argument som med olika styrka kan anföras till stöd för att ett undantag från kravet på upphandling enligt EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna bör införas permanent i LOU.

OFUKI-utredningen har undersökt dagens faktiska förhållanden i fråga om organisationen av den offentliga verksamheten och förekomsten av upphandlande myndigheters anskaffning från fristående enheter. OFUKI-utredningen konstaterar att företag som ägs av kommuner och landsting i stor utsträckning bedriver handel i form av försäljning till sina ägare. För de kommunägda företagen som besvarat utredningens enkät avser cirka en tredjedel av nettoomsättningen försäljning till den kommun som äger företaget eller till bolag i samma koncern. Transaktioner som förutsätter ett in house-undantag förekommer vidare inom flertalet verksamhetsområden på det statliga och kommunala området, om än i olika omfattning. I flera fall torde också betydande konsekvenser uppkomma för verksamheten om ett in house-undantag inte skulle införas. Generellt sett konstaterar OFUKI-utredningen att ett utblivet in house-undantag i många fall skulle medföra stora föränd-

ringar i förutsättningarna för offentlig sektor inom både det kommunala och statliga området och inom flertalet näringsgrenar.

Som argument för att införa ett in house-undantag i LOU kan också pekas på att regelverket i övrigt ger det offentliga möjlighet att välja olika organisationsformer för sin verksamhet. Enligt OFUKI-utredningens mening är det av intresse att sådana val kan göras utifrån överväganden om hur verksamheten kan bedrivas på lämpligaste och effektivaste sätt. Om ett in house-undantag inte införs kan det emellertid leda till att valet av organisationsform påverkas av huruvida upphandlingsskyldighet aktualiseras, med risk för att den för verksamheten effektivaste organisationen väljs bort. Särskilt måste i det sammanhanget också beaktas att den kommunala självstyrelsen i fråga om val av organisationsformer inte bör begränsas utan tungt vägande skäl (jfr 14 kap. 3 § RF).

OFUKI-utredningen anser att ett annat argument som starkt talar för att ett in house-undantag bör införas i LOU är att lagen därigenom kommer i överensstämmelse med EU-rätten. Det bör också framhållas att in house-undantaget enligt EU-domstolens praxis redan i dag är tillämpligt i fråga om tilldelning av kontrakt om tjänstekoncessioner.

I föregående avsnitt framgår även argument mot att ett in house-undantag införs i LOU. Utan ett sådant undantag kan i vart fall i viss utsträckning uppkomma ökade möjligheter för den privata sektorn att konkurrera med offentliga företags säljverksamhet till sina ägare. Tillämpning av in house-undantaget enligt EU-domstolens praxis förutsätter emellertid att kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda. Den upphandlande myndigheten måste alltså kontrollera den fristående enheten samtidigt som denna enhets verksamhet måste vara i mycket hög grad anknuten till den upphandlande myndigheten. Teckal-kriterierna har enligt EU-domstolen särskilt till syfte att undvika att konkurrensen snedvrids (domen i mål C-340/04, Carbotermo, punkt 59). Redan genom EU-domstolens formulering av de strikta kriterier som måste vara uppfyllda för att in house-undantaget ska vara tillämpligt, har alltså hänsyn tagits till vikten av goda konkurrensförhållanden.

Vid en sammanvägning av de förhållanden som är av betydelse för frågan om ett in house-undantag i LOU anser OFUKI-utredningen att argumenten mot ett undantag inte framstår som tillräckliga för att tillmätas en avgörande betydelse. I stället anser

OFUKI-utredningen att övervägande skäl talar för att ett in house-undantag bör införas permanent i LOU.

Någon begränsning av undantaget till endast vissa sektorer eller viss nivå, t.ex. kommunal upphandling, bedömer OFUKI-utredningen inte lämplig. Anskaffningar som skulle kunna omfattas av undantaget förekommer i dagsläget inte endast i en eller ett fåtal sektorer. Det är vidare inte möjligt att peka ut någon sektor där det inte alls eller endast i ringa utsträckning förekommer sådana anskaffningar. Behovet av ett undantag inom olika sektorer kan dessutom komma att ändras som följd av bl.a. eventuella omorganiseringar av offentlig verksamhet eller ändrat behov av samverkan mellan kommuner och landsting. En sektorsavgränsning skulle i praktiken också vara vanskelig att göra, bl.a. med hänsyn till att förutsättningarna skiljer sig åt inom landet och till att gränsdragningen skulle behöva göras med en hög grad av precision.

Frånsett det nu anförda om att in house-undantaget bör gälla generellt och inte sektoriellt är bedömningen av vad ett in house-undantag i LOU bör omfatta nära förknippad med frågan om hur undantaget rättsligt bör utformas. Det finns bl.a. frågeställningar om vilka slags upphandlande myndigheter som ska kunna tillämpa undantaget liksom gentemot vilka slags fristående enheter det ska kunna tillämpas. Vad gäller den sistnämnda frågeställningen är det av särskilt intresse huruvida kontrollkriteriet alls kan vara uppfyllt i förhållande till de olika privaträttsliga och offentligrättsliga organisationsformer som regleras i svensk rätt. Detta behandlas av OFUKI-utredningen i kapitel 19 och 20. Motsvarande fråga vad gäller verksamhetskriteriet, dvs. huruvida detta alls kan vara uppfyllt i förhållande till de olika organisationsformer som regleras i svensk rätt, framstår enligt OFUKI-utredningens mening som problematisk. Detta kriterium är nämligen inriktat på den verksamhet som bedrivs av den fristående enheten. Möjligheten att uppfylla det torde därför över huvud taget inte vara beroende av enhetens rättsliga form. Avgörande är i stället i vad mån enhetens verksamhet bedrivs tillsammans med den eller de upphandlande myndigheter som innehar den (se avsnitt 4.7). En sådan prövning måste visserligen göras i varje enskilt fall. Enligt OFUKI-utredningens mening finns emellertid generellt sett inget hinder för att verksamhetskriteriet skulle kunna uppfyllas i fråga om svenska associationsformer.

I kapitel 21 behandlas frågan om hur in house-undantaget bör utformas i LOU.

18.7.2 Införande av ett in house-undantag i LUF

Utredningens bedömning: Något undantag från kravet på upphandling i enlighet med EU-domstolens praxis om Teckalkriterierna bör inte införas i LUF.

I bedömningen av om ett in house-undantag bör införas i LUF kan likartade hänsynstaganden göras som när det gäller frågan om ett sådant undantag bör införas i LOU. Det finns dock vissa särförhållanden beträffande LUF.

Som närmare angetts i avsnitt 4.8 finns oklarheter beträffande in house-undantagets närmare betydelse på försörjningsdirektivets område. Särskilt måste emellertid framhållas de särskilda regler som redan finns i LUF om undantag för bl.a. anknutna företag. Med hänsyn till detta regelverk framstår behovet av ett undantag i den lagen, såväl praktiskt som utifrån aspekter av enhetlighet, som väsentligt mindre än behovet av ett undantag i LOU. OFUKI-utredningen anser därför att övervägande skäl talar mot att ett in house-undantag införas i LUF.

18.7.3 Införande av ett in house-undantag i LOV

Utredningens bedömning: Något undantag från kravet på upphandling i enlighet med EU-domstolens praxis om Teckalkriterierna bör inte införas i LOV.

Bakgrund

Valfrihetssystem enligt LOV kan i vissa fall vara ett alternativ till upphandling enligt LOU vad gäller tjänster inom hälsovård och socialtjänster. För viss verksamhet gäller också skyldighet att tillämpa LOV (se avsnitt 2.1.1), t.ex. är landstingen sedan januari 2010 skyldiga enligt 5 § hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) att organisera primärvården med tillämpning av LOV.

Med valfrihetssystem avses ett förfarande där den enskilde har rätt att välja den leverantör som ska utföra tjänsten och som en upphandlande myndighet har godkänt och tecknat kontrakt med (1 kap. 1 § andra stycket LOV). Med kontrakt avses ett skriftligt

avtal med ekonomiska villkor som dels sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, dels avser tillhandahållandet av tjänster, dels undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur (2 kap. 2 § första stycket LOV). Kontraktet kan även innehålla andra villkor än ekonomiska (samma paragraf, andra stycket). I förarbetena till lagen (prop. 2008/29, s. 52) har gjorts bedömningen att kontrakt inom ett valfrihetssystem avser tjänstekoncessioner.

I propositionen till grund för det temporära in house-undantaget i LOU (prop. 2009/10:134, s. 48) konstaterade regeringen att frågan uppkommit om det finns något behov av en motsvarande reglering i LOV. Regeringen ansåg att det inte kan finnas något behov av en sådan reglering i de avseenden LOV är frivillig för upphandlande myndigheter. Regeringen pekade dock på att det införts en skyldighet för landstingen att, med tillämpning av LOV, organisera primärvården så att invånarna i landstinget fritt kan välja utförare av hälso- och sjukvårdstjänster. Av denna anledning ansåg regeringen att det finns behov av att undersöka vilka konsekvenser förändringen av LOU får på tillämpningen av LOV. Regeringen ansåg sig dock inte kunna ta ställning på grund av att frågan inte hade behandlats i promemorian *Upphandling från statliga och kommunala företag* (Ds 2009:36), som föregick propositionen. Däremot anförde regeringen att frågan torde komma att behandlas av OFUKI-utredningen.

I propositionen till grund för det temporära undantaget omnämndes även i nämnda sammanhang att regeringen föreslagit införande av en ny lag, lagen om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare (prop. 2009/10:60). I denna lag, som trädde i kraft den 1 december 2010, finns regler som innebär att Arbetsförmedlingen i vissa fall är skyldig att tillämpa LOV.

Skäl för bedömningen

Som framgått ovan definieras begreppet kontrakt i LOV på likartat sätt som i 2 kap. 10 § LOU respektive LUF (jfr avsnitt 2.2.2). På motsvarande sätt som i LOU och LUF, fränsett den temporära bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU, finns inte något undantag i lagtexten som ger uttryck för EU-domstolens praxis om Teckalkriterierna. Liksom för LOU och LUF, anser OFUKI-utredningen att SYSAV-domarna (RÅ 2008 ref. 26) därmed får anses ha den

betydelsen att in house-undantaget enligt EU-domstolens praxis inte kan påverka LOV:s tillämplighet (se avsnitt 17.1.2). Frågan om det finns anledning att införa ett in house-undantag i LOV kan därmed ställas.

I likhet med det som regeringen anförde i propositionen till grund för den temporära bestämmelsen i LOU, konstaterar OFUKI-utredningen att något behov av ett sådant undantag i LOV över huvud taget inte kan anses finnas i sådana fall då tillämpningen av lagen är frivillig. Enligt OFUKI-utredningens mening kan ett sådant behov inte heller anses finnas i de fall skyldighet finns att tillämpa LOV.

Om in house-undantaget enligt EU-domstolens praxis i ett visst fall är tillämpligt innebär detta att den upphandlande myndigheten kan ingå avtal om t.ex. tjänster eller om en tjänstekoncession med en fristående enhet utan att dessförinnan ha genomfört ett upphandlingsförfarande eller andra åtgärder enligt EUF-fördragets bestämmelser och principer. En kommun kan exempelvis, när Teckalkriterierna är uppfyllda, direkttilldela en tjänstekoncession till ett helägt aktiebolag. Bolaget får därigenom ensam, utan konkurrensutsättning, de rättigheter och skyldigheter att bedriva verksamhet som följer av avtalet.

Syftet med valfrihetssystem enligt LOV är emellertid inte, till skillnad från syftet vid kontraktstilldelning enligt LOU och LUF, att endast en viss leverantör eller vissa leverantörer ska ges rättigheter och skyldigheter att bedriva viss verksamhet. Tvärtom innebär regelverket i LOV att kontrakt kan tecknas med ett stort antal leverantörer och att så också *ska* ske om dessa godkänns av den upphandlande myndigheten. I ett valfrihetssystem enligt LOV finns inte någon konkurrenssituation mellan leverantörerna om att få teckna kontrakt med den upphandlande myndigheten (prop. 2008/09:28, s. 87 och 144). Frånsett vissa möjligheter att utesluta sökande leverantörer, t.ex. sådana som är i konkurs (7 kap. 1 § LOV), gäller att den upphandlande myndigheten ska godkänna *samtliga* sökande som uppfyller de krav som angetts i annonsen och förfrågningsunderlaget för valfrihetssystemet (8 kap. 1 § LOV). De leverantörer med vilka kontrakt tecknats är inte därigenom garanterade att få tillhandahålla tjänster i någon viss omfattning (samma prop., s. 108 och 134). Det är i stället de enskilda brukarnas eller patienternas val av leverantörer, bland de godkända, som avgör i vad mån tjänster kommer att få tillhandahållas. Konkurrenssituationen mellan leverantörerna uppkommer därmed *efter* att kontrakt

tecknats med den upphandlande myndigheten (samma prop., s. 87).

En följd av det anförda är att syftet med valfrihetssystem enligt LOV inte är förenligt med att det införs ett in house-undantag i enlighet med EU-domstolens praxis i lagen. En annan sak är att sådana fristående enheter för vilka Teckal-kriterierna i och för sig är uppfyllda naturligtvis kan godkännas som leverantörer i ett valfrihetssystem på samma förutsättningar som andra leverantörer.

OFUKI-utredningen anser alltså att det saknas skäl för att införa ett in house-undantag i LOV.

19 Kontroll över svenska privaträttsliga associationer

En delfråga i en analys av hur ett svenskt in house-undantag i LOU rättsligt bör utformas är om kontrollkriteriet kan vara uppfyllt när anskaffning görs av staten, kommuner eller landsting från fristående enheter i form av svenska associationer – och i så fall under vilka förutsättningar (se avsnitt 18.7.1) Ger lagstiftningen t.ex. en kommun generellt sett möjlighet att utöva tillräcklig kontroll över ett helägt aktiebolag? Krävs det särskilda åtgärder för att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt?

En närmare analys av vilken kontrollnivå som krävs enligt EU-domstolens avgöranden utgör en första förutsättning för att dessa och liknande frågor ska kunna besvaras. I övrigt är svaren beroende av en helhetsbedömning som bl.a. inbegriper om det finns möjligheter till kontroll som direkt följer av svensk lagstiftning eller om kontroll kan åstadkommas genom åtgärder som är förenliga med lagstiftningen, t.ex. i form av föreskrifter i bolagsordningar eller i form av bolagsstämmanvisningar. Bedömningen innefattar också en jämförelse mellan dessa kontrollmöjligheter och vilka möjligheter till kontroll staten respektive kommuner och landsting har över den egna förvaltningen.

I promemorian *Upphandling från statliga och kommunala företag* (Ds 2009:36) gjordes bedömningen att den svenska aktiebolagsrätten inte bör utesluta att ett villkor motsvarande kontrollkriteriet kan uppfyllas och att kriteriet därför bör kunna uppfyllas i fråga om svenska aktiebolag. Motsvarande bedömning gjordes beträffande ekonomiska och ideella föreningar. Flera av de remissinstanser som yttrade sig över promemorian i denna del ifrågasatte däremot att kontrollkriteriet kan uppfyllas (prop. 2009/10:134, s. 34 ff.). I den efterföljande propositionen (samma proposition) gjorde emellertid regeringen samma bedömning som promemorian.

I detta kapitel redovisas OFUKI-utredningens analys och bedömning av kontrollkriteriets tillämpning på svenska privaträttsliga associationer som ägs av staten, ett landsting eller en kommun eller som dessa organ är medlemmar i. Bedömningen är särskilt inriktad på aktiebolag enligt aktiebolagslagen (2005:551), ABL. En analys av kontrollkriteriets tillämpning på svenska kommunalförbund och gemensamma nämnder redovisas i kapitel 20.

Som angetts i avsnitt 9.2.4 har stiftelser inte några ägare eller medlemmar och är därför inte att se som associationer. Av samma skäl faller stiftelser såsom fristående enheter också utanför den analys som OFUKI-utredningen har i uppgift att göra i frågan om det behövs ett in house-undantag. Enligt utredningens direktiv ska analysen avse anskaffning från företag som upphandlande myndigheter helt eller delvis innehar eller är medlemmar i. Av denna anledning behandlas inte frågor om huruvida stiftelser kan stå under kontroll enligt kontrollkriteriet närmare i de följande avsnitten. OFUKI-utredningen konstaterar dock att sådan kontroll svårligen torde kunna utövas över stiftelser (en liknande bedömning har gjorts av regeringen i prop. 2009/10:134, s. 20). Visserligen synes EU-domstolens praxis inte utesluta att erforderlig kontroll kan utövas av en upphandlande myndighet över en fristående enhet även om enheten inte äger eller på annat sätt innehar den (se avsnitt 4.3.2, jfr även avsnitt 16.2). Generellt sett framstår emellertid möjligheterna för t.ex. staten eller en kommun att utöva ett bestämmande inflytande över en stiftelses strategiska mål och viktiga beslut som små.

Som del i den analys som redovisas i följande avsnitt har utredningen inhämtat två rättsutlåtanden angående kontrollkriteriet, dels ett utlåtande från jur. docenten Daniel Stattin, dels ett utlåtande från professorn Tom Madell som i sin tur anlitat doktoranden och advokaten Andrea Sundstrand som medförfattare. Utlåtandena återges i sin helhet i bilaga 3 och 5. Utredningen har också tagit del av två rättsutlåtanden som åberopades av Återvinningsindustrierna i dess remissyttrande över Ds 2009:36 (Finansdepartementets dnr Fi2009/5036), dels ett utlåtande av professorn Lars Pehrson, dels ett utlåtande av Andrea Sundstrand.

Stattin respektive Madell och Sundstrand redovisar motsatta slutsatser i frågan huruvida tillräcklig kontroll enligt kontrollkriteriet kan utövas över ett svenskt aktiebolag, bl.a. mot bakgrund av olika uppfattningar om självständigheten för ett svenskt aktiebolag (se särskilt avsnitt 19.6.2).

19.1 Vissa allmänna utgångspunkter enligt EU-domstolens praxis

19.1.1 Jämförelse med kontrollen över den egna förvaltningen

Enligt EU-domstolens praxis innebär kontrollkriteriet att den upphandlande myndigheten ska ha en kontroll över den fristående enheten som motsvarar myndighetens kontroll över den egna förvaltningen. I bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt för t.ex. en kommun som äger ett svenskt aktiebolag måste alltså kommunens möjligheter att utöva kontroll över bolaget jämföras med kommunens möjligheter att utöva kontroll över den egna förvaltningen (jfr dock avsnitt 19.1.3).

Vid jämförelsen behöver kontrollmöjligheterna inte vara identiska i alla aspekter (domen i mål C-324/07, Coditel, punkt 46). Enligt EU-domstolen är det emellertid viktigt att kontrollen över den fristående enheten är effektiv, om än kontrollen kan utövas gemensamt av t.ex. flera ägare till ett aktiebolag (samma dom, punkt 46 och 50, samt domen i mål C-573/07, Sea, punkt 55 och 59).

19.1.2 Helhetsbedömning

Av EU-domstolens praxis följer att en helhetsbedömning är avgörande för frågan om kontrollkriteriet är uppfyllt. Samtliga relevanta lagbestämmelser och omständigheter ska beaktas (bl.a. domen i mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 65). Bedömningen i ett enskilt fall innefattar därmed både individuella omständigheter och de generella förutsättningar för kontroll som gäller enligt lagstiftningen för den aktuella fristående personen.

19.1.3 Möjlighet till avgörande påverkan på strategiska mål och viktiga beslut

För att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt måste helhetsbedömningen resultera i att den fristående enheten kan anses underställd en kontroll som gör det möjligt för den offentliga myndigheten att påverka de beslut som fattas av enheten. Det ska vara fråga om en möjlighet till avgörande påverkan på såväl strategiska mål som

viktiga beslut (bl.a. domen i mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 65).

Av EU-domstolens praxis framgår inte något annat än att detta krav på möjlighet till avgörande påverkan gäller oavsett den jämförelse som ska göras med den upphandlande myndighetens kontrollmöjligheter över den egna förvaltningen. OFUKI-utredningen uppfattar därför rättsläget på så sätt att en svag kontroll över den fristående enheten inte kan uppvägas av att även kontrollen över den egna förvaltningen är svag. OFUKI-utredningen bedömer i stället att en viss lägsta kontrollnivå måste finnas för att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt.

19.2 Konkreta förhållanden som beaktats av EU-domstolen

Om den fristående enheten är ett aktiebolag och den upphandlande myndigheten ensam eller tillsammans med andra offentliga myndigheter äger hela dess aktiekapital, tyder detta enligt EU-domstolen som regel på att kontrollkriteriet är uppfyllt, dock utan att ha någon avgörande betydelse för bedömningen (domen i mål C-340/04, Carbotermo, punkt 37). Om ett privat företag är delägare i den fristående enheten är det däremot i princip uteslutet att kontrollkriteriet är uppfyllt (domen i mål C-26/03, Stadt Halle, punkt 49, se avsnitt 4.6.3).

En närmare konkretisering av vilka faktorer som har betydelse för kravet på att den upphandlande myndigheten ska ha möjlighet till avgörande påverkan på den fristående enhetens strategiska mål och viktiga beslut finns i huvudsak genom domarna i följande mål.

- C-458/03, Parking Brixen
- C-340/04, Carbotermo
- C-371/05, Kommissionen mot Italien (Mantova)
- C-324/07, Coditel
- C-573/07, Sea

I Parking Brixen- och Carbotermo-domarna, som båda gällde italienska aktiebolag, bedömde EU-domstolen att det inte förelåg tillräcklig kontroll för att kontrollkriteriet skulle vara uppfyllt. Kriteriet bedömdes däremot uppfyllt i Mantova- och Sea-domarna, som även de gällde italienska aktiebolag. I Coditel-domen ansåg

EU-domstolen också att kontrollkriteriet var uppfyllt. Denna dom gällde visserligen en belgisk mellankommunal sammanslutning och denna form för den fristående enheten beaktades i sig av EU-domstolen. I domen tog domstolen emellertid också hänsyn till flera omständigheter av sådan allmängiltig karaktär att de skulle kunna förekomma oavsett den fristående enhetens form. Coditel-domen är därför enligt OFUKI-utredningens mening av intresse också i fråga om aktiebolag och andra privaträttsliga associationer (se även avsnitt 19.6.1).

Av nämnda domar följer att en rad konkreta omständigheter, som direkt följd av nationell rätt eller individuellt förekommande, kan ha större eller mindre betydelse som grund för att det finns kontroll enligt kontrollkriteriet. I domarna har bl.a. följande omständigheter tillmätts betydelse.

- Den upphandlande myndigheten utser ledamöter i den fristående enhetens styrande eller företagsledande organ (Parking Brixen-domen, punkt 69, Mantova-domen, punkt 26 och Sea-domen, punkt 86).
- Det finns en personell koppling mellan dessa personer och den upphandlande myndigheten (Coditel-domen, punkt 34, och Sea-domen, punkt 86).
- Den fristående enhetens styrande organ har begränsade befogenheter (Parking Brixen-domen, punkt 68, Carbotermo-domen, punkt 38, och Sea-domen, punkt 81–86).
- En tjänsteman hos den upphandlande myndigheten har utsetts för verksamhetsstyrning och övervakning av den fristående enheten (Mantova-domen, punkt 26).
- Den fristående enheten kan inte besluta om sitt verksamhetsföremål utan den upphandlande myndighetens inblandning (Coditel-domen, punkt 37).
- Den fristående enhetens verksamhetsföremål är att utföra en uppgift i kommunalt intresse (Coditel-domen, punkt 38).
- Den fristående enheten har inte något särskilt eget intresse i förhållande till de offentliga myndigheter som är anslutna till den (Coditel-domen, punkt 38).

- Den fristående enheten har ett begränsat geografiskt verksamhetsområde (Parking Brixen-domen, punkt 67, och Sea-domen, punkt 73–76).
- Den fristående enhetens verksamhet är inriktad på att tillhandahålla tjänster till den upphandlande myndigheten och enhetens möjligheter att skapa relationer till företag inom den privata sektorn, när sådana möjligheter finns, utgör endast ett komplement till enhetens huvudverksamhet (Sea-domen, punkt 73–79).

I viss mån ger också avgörandena i mål C-349/97, Spanien mot kommissionen, och C-295/05, Asemfo, som båda gäller det spanska bolaget Tragsa, en bild av vad som kan utgöra grund för tillräcklig kontroll. Omständigheterna i dessa mål – bl.a. att Tragsa hade en exklusiv ställning grundad på lag – är dock tämligen speciella och svåriligen överförbara till svenska förhållanden (jfr avsnitt 4.6.4). Några svenska aktiebolag som ägs av staten har i och för sig en särställning i svensk rätt. Detaljhandel med spritdrycker, vin och starköl får endast bedrivas av ett för ändamålet särskilt bildat aktiebolag som ägs av staten, nämligen Systembolaget AB (se 5 kap. 1 § alkohollagen [1994:1738] och avtal mellan bolaget och staten, tillkännagivet genom SFS 2008:39). Verksamheten som bedrivs av AB Svenska Spel samt AB Trav och Galopp baseras vidare på särskilt tillstånd av regeringen enligt 45 § lotterilagen (1994:1000).

I det följande görs en närmare analys av de olika förhållanden som EU-domstolen lagt till grund för kontrollkriteriet liksom vilka omständigheter som kan vara aktuella att ta hänsyn till för svenska aktiebolag och andra privaträttsliga associationer. En närmare sammanvägning av omständigheternas betydelse görs i avsnitt 19.9.

19.3 Särdrag i nationell rätt

Domen i mål C-340/04, Carbotermo, gällde en fristående enhet i form av ett aktiebolag som ägdes av en kommun genom ett holdingbolag. I domen anförde EU-domstolen att ägarkommunens kontroll över de båda aktiebolagen i princip motsvarade den kontroll som aktiebolagsrätten gav majoriteten av aktieägarna och att detta i betydande mån begränsade kommunens möjlighet att påverka bolagens beslut (punkt 38). Även i domen i mål C-458/03,

Parking Brixen, finns en sådan beskrivning av omständigheterna, men i detta fall närmast som en återgivning av en bedömning som gjorts av den nationella domstol som hade begärt förhandsavgörande av EU-domstolen (punkt 69).

I Carbotermo-domen gjordes uttalandet om kommunens kontroll i förhållande till aktiebolagsrätten efter – och i direkt anslutning till – att domstolen pekat på två faktiska förhållanden. Dessa var dels att stadgarna för de aktuella bolagen gav styrelserna för bolagen långtgående befogenheter avseende den löpande och den icke-löpande förvaltningen, dels att kommunen enligt stadgarna inte förbehölls någon särskild kontrollbefogenhet eller rösträtt för att begränsa styrelsernas handlingsfrihet (punkt 38). Även i Parking Brixen-domen beaktade EU-domstolen, som en omständighet bland flera, att väsentliga befogenheter hade tilldelats styrelsen utan att kommunen i princip utövade någon förvaltningskontroll (punkt 67).

Varken av Parking Brixen-domen eller Carbotermo-domen framgår i vad mån EU-domstolen närmare undersökt och beaktat vilka kontrollmöjligheter den italienska bolagsrätten normalt gav majoriteten av aktieägarna till ett bolag.

En fråga som kan ställas mot bakgrund av domarna är om en jämförelse mellan den kontroll som utövas av en upphandlande myndighet över t.ex. ett aktiebolag och den kontroll som aktiebolagsrätten ger majoriteten av aktieägarna har en självständig betydelse i bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt. Måste den upphandlande myndighetens kontroll över t.ex. dess aktiebolag alltid vara större än vad den nationella aktiebolagsrätten normalt innebär, oavsett vad denna innebär? Eller är jämförelsen av underordnad betydelse i förhållande till det konkreta innehållet i den nationella associationsrätten och de konkreta åtgärder som kan ha vidtagits i syfte att skapa kontroll och i enlighet med associationsrätten?

Stattin anför i sitt rättsutlåtande att EU-domstolen har beaktat den aktuella associationens legala kontext, t.ex. hur lagstiftningen är utformad, när kontrollkriteriet diskuterats. Såvitt gäller det italienska aktiebolag (Società per Azioni) som var aktuellt i Carbotermo-målet anger han att det som anfördes i domen om att kommunen inte förbehölls någon särskild kontrollrätt torde få läsas i ljuset av rättsreglerna i italiensk rätt om styrning och kontroll i Società per Azioni. Vidare anser han att EU-domstolen även i Parking Brixen-domen, som också gällde ett italienskt

Società per Azioni, har beaktat den aktuella bolagsformens specifika karaktärsdrag genom användning av lokutionen ”karaktären av denna bolagstyp” (punkt 67).

Pehrson anför i sitt rättsutlåtande att de associationsrättsliga reglerna är påtagligt nationellt präglade, vilket även gäller de olika EU-länderna emellan. Skillnader finns enligt honom bl.a. genom att det i en del länder finns möjlighet att sätta de aktiebolagsrättsliga beslutsreglerna ur spel genom att införa andra regler i bolagsordningen. Han bedömer att det förhållande att en typ av bolag från ett EU-land har ansetts uppfylla de krav som EU-domstolen har ställt upp som villkor för att en myndighet inte ska behöva upphandla inte behöver vara uppfyllda för en liknande eller motsvarande typ av bolag som kommer från ett annat land.

Madell och Sundstrand anför i sitt rättsutlåtande att den nationella associationsrättsliga lagstiftningen är av avgörande betydelse för om en upphandlande myndighet kan utöva bestämmande inflytande över ett fristående aktiebolag. De anger att de befogenheter och den självständighet som en bolagsstyrelse har i förhållande till bolagets ägare med stor sannolikhet torde variera mellan olika rättsordningar. Enligt Madell och Sundstrand kan det därför inte uteslutas att det saknas tillräcklig kontroll enligt kontrollkriteriet i länder där styrelsen har getts mycket långtgående befogenheter avseende förvaltningen av bolaget, t.ex. då bolagsstyrelsen har rätt att företa alla handlingar som den anser nödvändiga för att företagens ändamål ska uppnås. De konstaterar att EU-domstolen endast har ansett att kontrollkriteriet har varit uppfyllt i de fall där den nationella lagstiftningen har medgett undantag från den självständighet som aktiebolag normalt har enligt nationell aktiebolagsrätt. Enligt dem är det inte per automatik så att kontrollkriteriet är uppfyllt för ett aktiebolag som ägs av en eller flera upphandlande myndigheter, utan snarare tvärtom. Om kontrollen huvudsakligen är begränsad till den som majoriteten av aktieägarna har enligt den nationella bolagsrätten torde det, enligt Madell och Sundstrand, tyda på – utan att vara avgörande – att någon tillräcklig kontroll inte föreligger, eftersom det i betydande mån begränsar den upphandlande myndighetens möjlighet att påverka de fristående enheternas beslut.

Madell och Sundstrand anför att EU-domstolen i flertalet mål har konstaterat att om aktieägarna till ett bolag endast kan utöva den kontroll över bolaget som framgår av respektive lands aktiebolagsrätt, skulle denna kontroll inte vara tillräcklig för att

kontrollkriteriet ska vara uppfyllt (Parking Brixen-domen, punkt 69, Carbotermo-domen, punkt 38, och domen i mål C-324-07, Coditel, punkt 37). I stället krävs enligt dem att den nationella lagstiftningen innehåller bestämmelser som möjliggör att särskilda bestämmelser införs i aktiebolagen vilka ger aktieägarna större inflytande än vad som är det normala enligt respektive lands aktiebolagslagstiftning. De anför att EU-domstolen har konstaterat att i de fall aktieägarna har avtalat om extra kommittéer och andra kontrollorgan som strider mot bestämmelserna i den nationella lagstiftningen om aktiebolag kan dessa överenskommelser sakna giltig verkan och därmed skulle inte heller kontrollkriteriet kunna vara uppfyllt (domen i mål C-537/07, Sea, punkt 87).

Madell och Sundstrand konstaterar att det som har varit fallet i en övervägande del av de mål som prövats i EU-domstolen är situationer där de upphandlande myndigheterna i den nationella lagstiftningen har getts möjlighet att införa striktare bestämmelser för hel- eller delägda aktiebolag än de som varit tillämpliga på övriga nationella aktiebolag eller då det varit fråga om en särskild offentlig bolagsform. De anför att EU-domstolen i hela nio av domarna har bedömt huruvida de begränsningar som de olika medlemsstaterna infört för vissa typer av aktiebolag uppfyller kontrollkriteriet och att detta tyder på att det inte är möjligt att i strid mot nationell lagstiftning avseende aktiebolags självständighet genom interna överenskommelser begränsa denna självständighet. Enligt deras bedömning innebär det att då en medlemsstat har strikta bestämmelser avseende ett aktiebolags självständighet, krävs det en lagändring för att de nationella aktiebolagen ska kunna uppfylla kontrollkriteriet, oavsett om det görs genom särskilda kommittéer eller andra extra kontrollorgan. Madell och Sundstrand anför även att i ju större omfattning en upphandlande myndighet genom styrelser eller andra organ kan styra ett fristående bolags beslut, desto större är möjligheten att kontrollkriteriet är uppfyllt.

OFUKI-utredningen anser att det klart framgår av EU-domstolens praxis att den nationella rättens särdrag ska beaktas vid en bedömning utifrån kontrollkriteriet. Enligt domstolen ska hänsyn tas till samtliga relevanta lagbestämmelser och omständigheter (bl.a. Parking Brixen-domen, punkt 65). I domarna i mål C-349/97, Spanien mot kommissionen, och mål C-295/05, Asemfo, lade domstolen stor vikt vid särskilda lagregler, om än inte bolagsrättsliga, som gällde specifikt för det aktuella bolaget. I vad mån nationell rätt i sig ger små eller stora möjligheter till kontroll är alltså enligt

OFUKI-utredningens mening av betydelse för om kontrollkriteriet är uppfyllt. En sådan jämförelse som angetts i frågeställningen ovan, dvs. mellan den kontroll som utövas av en upphandlande myndighet över ett aktiebolag och den kontroll som aktiebolagsrätten ger majoriteten av aktieägarna, kan därför i sig inte ha någon avgörande betydelse. Ju större självständighet styrelsen för ett aktiebolag normalt har enligt nationell bolagsrätt, desto mer torde dock krävas i form av åtgärder som i det enskilda fallet leder till ägarkontroll utöver det normala (jfr avsnitt 19.5.1). De kontrollmöjligheter som för ett enskilt bolag skapats genom exempelvis föreskrifter i bolagsordningen kan därför ha väsentlig betydelse (bl.a. Sea- domen, punkt 81–86). För att sådana föreskrifter eller andra åtgärder ska kunna läggas till grund för tillämpning av kontrollkriteriet krävs givetvis att de inte strider mot den nationella aktiebolagsrätten och därför saknar rättslig verkan (jfr Sea- domen, punkt 87–88). Motsvarande bedömningar kan göras för andra privaträttsliga associationer än aktiebolag.

19.4 Avsaknad av särskilda regler för associationer som har offentliga ägare eller medlemmar

Möjligheterna till ägarkontroll över ett aktiebolag enligt aktiebolagslagen (2005:551), ABL, är oberoende av vem som är aktieägare. I lagen finns i och för sig bestämmelser om bl.a. upplysningsplikt för revisorer och lekmannarevisorer i vissa kommunala bolag gentemot kommunala revisorer samt om möjlighet för Riksrevisionen att utse revisorer i vissa statliga bolag (9 kap. 46 § tredje stycket, 10 kap. 18 § tredje stycket respektive 9 kap. 8 § tredje stycket). Dessa regler ger dock inte möjlighet till ökad ägarstyrning. De aktiebolagsrättsliga kontrollmöjligheterna för en kommun eller ett landsting som ägare till ett bolag påverkas inte heller av bestämmelserna om kommunala företag i kommunallagen (1991:900). När staten, en kommun eller ett landsting äger aktierna i ett aktiebolag är deras möjligheter att styra bolaget alltså desamma som möjligheterna för någon annan ägare att styra över ett bolag. Motsvarande gäller i fråga om andra svenska privaträttsliga associationer.

Är då avsaknaden av särskilda regler för offentliga ägare i ABL och annan associationsrätt en omständighet som talar mot att

kontrollkriteriet är uppfyllt när t.ex. staten eller en kommun är ägare till ett bolag eller medlem i en förening?

I ett sammanfattande avsnitt i Madells och Sundstrands rättsutlåtande anför de att det framgår av EU-domstolens rättspraxis att de fall där upphandlande myndigheter har haft en kontroll över ett aktiebolag motsvarande den kontroll som den upphandlande myndigheten har över sin egen förvaltning, har varit sådana där det finns en nationell lagstiftning om att sådan kontroll över aktiebolag är tillåten. Detta synes enligt deras mening innebära att en medlemsstat som har en aktiebolagsrättslig lagstiftning som inte medger en ägarkontroll utöver den som gäller för privata aktiebolag, har svårt att hävda att dess aktiebolag uppfyller kontrollkriteriet.

Som angetts i föregående avsnitt anser OFUKI-utredningen mot bakgrund av EU-domstolens praxis dels att det står klart att den nationella rättens särdrag ska beaktas vid en bedömning av om kontrollkriteriet är uppfyllt, dels att det i denna bedömning är av betydelse i vilken utsträckning den nationella rätten ger möjlighet till kontroll.

Enligt OFUKI-utredningens mening framgår det däremot inte av EU-domstolens avgöranden att kontrollkriteriet förutsätter att den nationella rätten möjliggör en större kontroll över t.ex. aktiebolag som endast ägs av upphandlande myndigheter än över bolag som endast ägs av privata intressenter. Det är också svårt att se vilket syfte ett sådant krav skulle ha. Kontrollkriteriet har av EU-domstolen formulerats som att den upphandlande myndighetens kontroll över den fristående enheten ska motsvara myndighetens kontroll över den egna förvaltningen. En sådan jämförelse påverkas inte av om den nationella associationsrätten även möjliggör för privata ägare eller medlemmar att utöva en likartad kontroll över en enhet som är fristående i förhållande till dem. OFUKI-utredningen anser därför att likabehandlingen av t.ex. aktieägare i ABL, bl.a. i fråga om vad bolagsstämman kan besluta om, i sig inte kan bedömas ha någon betydelse för frågan om kontrollkriteriet kan vara uppfyllt för offentligt ägda svenska aktiebolag.

19.5 Ledamöter i styrelse och andra företagsledande organ

19.5.1 EU-domstolens praxis

Rätt att utse ledamöter

I domen i mål C-371/05, kommissionen mot Italien (Mantova), beaktade EU-domstolen bl.a. att Mantova kommun hade rätt att utse ledamöterna i det aktuella bolagets företagsledande organ som en omständighet till grund för att kontrollkriteriet var uppfyllt (punkt 26). Mot bakgrund av domen i mål C-458/03, Parking Brixen, får dock bedömas att rätten att utse ledamöter i den fristående enhetens styrelse eller andra styrande organ i sig knappast är tillräcklig för att erforderlig kontroll ska finnas. I domen konstaterade EU-domstolen visserligen att Brixens kommun hade rätt att utse majoriteten av ledamöterna i styrelsen för det aktuella aktiebolaget (punkt 69). I direkt anslutning till detta återgav emellertid EU-domstolen att den nationella domstol som hade begärt förhandsavgörande understrukit att den kontroll som kommunen utövade över bolaget begränsade sig till den som majoriteten av aktieägarna gavs enligt bolagsrätten. Med hänsyn till detta och till flera omständigheter som talade för att bolaget hade fått en marknadsmässig inriktning fann EU-domstolen att kontrollkriteriet inte kunde vara uppfyllt (punkt 70, jfr avsnitt 19.6.1).

Som återgetts i avsnitt 19.3 bedömer Madell och Sundstrand i sitt rättsutlåtande bl.a. konsekvensen av att den upphandlande myndighetens kontroll huvudsakligen är begränsad till den som majoriteten av aktieägarna har enligt den nationella bolagsrätten. Enligt dem torde en sådan situation tyda på, utan att vara avgörande, att någon tillräcklig kontroll inte föreligger eftersom den upphandlande myndighetens möjlighet att påverka den fristående enhetens beslut då i betydande mån är begränsad. Vidare drar Stattin i sitt rättsutlåtande slutsatsen att det inte tycks vara tillräckligt för att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt att den upphandlande myndigheten har rätt att utse styrelseledamöter, om styrelsen sedan har en självständig rätt att utöva kontroll över bolaget.

OFUKI-utredningen gör samma bedömning. Om situationen kan beskrivas så att ägaren inte vidtagit några åtgärder för att få större kontroll än vad aktiebolagsrätten normalt ger majoriteten av aktieägarna, så torde det vara svårt att hävda att kontrollkriteriet är

uppfyllt (Parking Brixen-domen, punkt 69, och domen i mål C-340/04, Carbotermo, punkt 38). I linje med detta torde kontrollkriteriet generellt sett inte vara uppfyllt om ägaren till en fristående enhet visserligen utser styrelseledamöterna – direkt eller genom bolagsstämman eller motsvarande organ – men det i övrigt saknas särskilda omständigheter till grund för kontroll (jfr Steinicke och Groesmeier, *EU's udbudsdirektiver*, 2 uppl., 2008, s. 173, not 53).

Personell koppling mellan ledamöter och upphandlande myndighet

Den begränsade kontroll som kan finnas genom att ledamöter i den fristående enhetens styrande organ utses av den upphandlande myndigheten synes enligt EU-domstolens praxis kunna förstärkas av att ledamöterna också är representanter från eller företrädare för den upphandlande myndigheten, t.ex. på så sätt att dessa personer även har funktioner hos myndigheten.

I domen i mål C-573/07, *Sea*, lade EU-domstolen vikt vid att de särskilda kommittéer som inrättats för det aktuella aktiebolaget var sammansatta av företrädare för ägarkommunerna (punkt 86). I bolagsordningen angavs exempelvis att den s.k. gemensamma kommittén bl.a. skulle bestå av en representant från varje upphandlande delägare, som skulle utses bland myndighetens juridiska ombud och det utsedda verkställande kommunalrådet eller en fullmäktigeledamot som tillfälligt fått träda in i dennes ställe (punkt 16).

Även de beslutande organ som fanns i den mellankommunala sammanslutning som var aktuell i domen i mål C-324/07, *Coditel*, bestod av representanter från de anslutna myndigheterna. Detta tydde enligt EU-domstolen på att dessa myndigheter styrde de beslutande organen och på så sätt utövade ett bestämmande inflytande såväl avseende sammanslutningens strategiska mål som avseende dess viktiga beslut (punkt 34, jfr punkt 29).

I både *Sea*-målet och *Coditel*-målet fann EU-domstolen att kontrollkriteriet var uppfyllt. Målen innefattade emellertid även ett flertal andra relevanta omständigheter. Sett isolerat är därför värdet av att det finns en personell koppling mellan den upphandlande myndigheten och ledamöter i den fristående enhetens styrande organ svårbedömt. OFUKI-utredningen drar dock slutsatsen att kontrollkriteriet knappast är uppfyllt om det inte också finns andra omständigheter som medför kontroll.

19.5.2 Aktiebolag enligt ABL

I ett svenskt aktiebolag enligt ABL bestämmer normalt aktieägarna genom bolagsstämman över vem som ska ingå i styrelsen. I bolagsordningen kan även föreskrivas att en eller flera styrelseledamöter ska utses på annat sätt, t.ex. direkt av en aktieägare (8 kap. 8 § ABL, jfr dock 8 kap. 47 § ABL angående publika bolag). Ur ett kommunalrättsligt perspektiv är detta i högsta grad aktuellt för kommunala bolag. I ett direkt eller indirekt helägt kommunalt aktiebolag ska nämligen fullmäktige utse samliga styrelseledamöter och motsvarande gäller i en rimlig omfattning för delägda kommunala bolag (3 kap. 17–18 §§ KL, jfr avsnitt 9.4.2).

I svensk rätt finns hinder mot att utse juridiska personer som styrelseledamöter och det går inte heller att utse personer som är underåriga, är i konkurs, har förvaltare eller har näringsförbud (8 kap. 10–11 §§ ABL). Utan godtagbara skäl får vidare inte utses någon som inte avser att ta del i sådan verksamhet som enligt ABL ankommer på styrelsen (8 kap. 12 § ABL). I övrigt kan den som ska utse en styrelseledamot fritt välja person utan begränsningar enligt ABL (Svensk kod för bolagsstyrning innehåller vissa ytterligare krav på styrelsens sammansättning, jfr avsnitt 9.3.3). Det är således fullt möjligt enligt ABL att tillsätta ledamöter som på något sätt har en koppling till exempelvis en ägare till bolaget.

I praktiken är det vanligt att en eller flera av styrelseledamöterna i ett kommunalt bolag är folkvalda politiker och att det finns en koppling till den politiska fördelningen i fullmäktige. En personell koppling är också vanlig i statliga aktiebolag. Det måste emellertid framhållas att en sådan koppling som nu angetts inte innebär att personen i fråga kan sägas representera eller företräda ägaren i någon formell mening. Uppdraget som styrelseledamot innefattar en lojalitetsplikt gentemot bolaget och inte gentemot t.ex. den ägare som kan ha utsett ledamoten (Sandström, *Svensk aktiebolagsrätt*, 2 uppl., 2009, s. 249 f.).

Pehrson anför i sitt rättsutlåtande att lojalitetsplikten baserar sig på att ledamöterna intar en ställning i bolaget som liknar en syssломans. Oberoende av vem som har föreslagit eller utsett en styrelseledamot ska denne, enligt Pehrson, vid utförande av sitt uppdrag se till bolagets bästa, dvs. till alla ägares gemensamma bästa. Pehrson anger att det således är ett brott mot lojalitetsplikten om en styrelseledamot enbart agerar på instruktioner från den som har föreslagit eller utsett honom eller henne. I rättsutlåtandet pekar

Pehrson också på att ett bolag, till skillnad från aktieägarna, har förpliktelser gentemot bolagets borgenärer och att bolaget inte kan disponera över de bestämmelser i ABL som är uppställda i borgenärernas intressen, även om alla aktieägare är överens.

Även Madell och Sundstrand anger i sitt rättsutlåtande att styrelseledamöterna i ett aktiebolag vid utförandet av sitt uppdrag ska ha bolagets bästa för ögonen, dvs. den lojalitet som följer av uppdraget riktar sig mot bolaget oavsett vem som utsett honom eller henne.

Varken av domen i mål C-573/07, Sea, eller domen i mål C-324/07, Coditel, framgår tydligt vad EU-domstolen har lagt för betydelse i formuleringarna att de utsedda ledamöterna var företrädare för eller representanter från de upphandlande myndigheterna. Med hänsyn till det ovan anförda om att styrelseledamöterna i ett svenskt aktiebolag inte formellt kan sägas representera t.ex. den ägande kommun som utsett dem, anser emellertid OFUKI-utredningen att en sådan eventuell personell koppling som kan finnas mellan en styrelseledamot och bolagets offentliga ägare måste betraktas med försiktighet ur kontrollsynpunkt. Utredningen bedömer därför att det är oklart i vilken utsträckning ägar kontrollen över ett offentligt ägt svenskt aktiebolag förstärks i kontrollkriteriets mening av att styrelseledamöterna har en personell koppling till ägaren eller ägarna.

Den som utsett styrelseledamöter i ett svenskt aktiebolag har när som helst möjlighet att ersätta dessa med nya ledamöter och utan att något skäl behöver anges. Om styrelsen t.ex. utsetts av bolagsstämman kan alltså stämman också avsätta styrelsen. Härigenom finns en yttersta möjlighet för ägarna till ett svenskt aktiebolag att komma till rätta med en styrelse som exempelvis agerar i strid med bolagsstämmodirektiv eller som annars inte är lyhörd för ägarnas önskemål. Av EU-domstolens hittillsvarande praxis framgår dock inte i vad mån det har ytterligare betydelse för kontrollkriteriet att ägaren eller ägarna till ett aktiebolag kan råda inte bara över tillsättningen av styrelseledamöter utan också över om deras uppdrag ska bestå. Det framstår därför enligt OFUKI-utredningens mening som oklart i vilken utsträckning möjligheterna att avsätta svenska styrelseledamöter påverkar ägarens eller ägarnas grad av kontroll.

I bolagsordningen för det italienska aktiebolag som var aktuellt i Sea-målet angavs att det kunde utgöra grund för entledigande av styrelseledamot om åtgärder som kräver godkännande i förhand

genomförs utan att medgivande har begärts och beviljats av stämman eller tillstyrkts av gemensamma kommittén i de fall som föreskrivs i bolagsordningen eller om sådana åtgärder inte genomförs i enlighet med godkännandebeslutet (punkt 18 i domen). Bestämelsen kommenterades emellertid inte av EU-domstolen i bedömningen av om kontrollkriteriet var uppfyllt.

19.5.3 Andra svenska privaträttsliga associationer

Det som gäller om styrelseledamöter i ekonomiska föreningar enligt FL överensstämmer till stora delar med bestämmelserna i ABL och vad som anförts i föregående avsnitt. Detsamma gäller för styrelseledamöter i försäkringsföretag enligt FRL (för försäkringsaktiebolag är ABL:s bestämmelser som huvudregel direkt tillämpliga). Exempelvis är lojalitetsplikten för en ledamot riktad gentemot föreningen respektive bolaget och detta oavsett om denne utsetts på annat sätt än av stämman. Detsamma torde normalt gälla för styrelseledamöter i en ideell förening.

I en ekonomisk förening är det föreningsstämman som utser ledamöterna, om inte stadgarna anger annat (6 kap. 1 § FL). Motsvarande torde gälla för ideella föreningar.

Även i försäkringsföretag är det stämman som utser styrelsen, om inte bolagsordningen eller stadgarna anger annat (11 kap. 1 § första stycket, 12 kap. 25 § och 13 kap. 2 § FRL). I ett försäkringsaktiebolag som inte får dela ut vinst ska dock minst en av styrelseledamöterna utses av försäkringstagarna eller av någon intressegrupp som har anknytning till dem (11 kap. 7 § andra stycket FRL). En sådan styrelseledamot får inte vara aktieägare i bolaget, anställd i bolaget eller aktieägare, anställd eller styrelseledamot i företag som ingår i samma koncern som bolaget eller i en företagsgrupp av motsvarande slag. I ömsesidiga försäkringsbolag och i försäkringsaktiebolag som inte får dela ut vinst ska dessutom mer än hälften av styrelseledamöterna 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 (11 kap. 7 § första stycket och 12 kap. 25 § andra stycket FRL).

Såväl för ekonomiska föreningar som för försäkringsföretag gäller att en styrelseledamot när som helst kan skiljas från upp-

draget i förtid av den som har utsett honom eller henne. Detta torde även gälla för ideella föreningar.

I HBL finns inga bestämmelser om att bolagsmännen i ett handelsbolag ska tillsätta en styrelse eller något liknande organ. Lagen utgår i stället från att varje bolagsman har rätt att vidta åtgärder i förvaltningen av bolagets angelägenheter, om än annat kan avtalas (2 kap. 3 § första stycket HBL). I ett handelsbolag där alla delägare deltar i förvaltningen har varje delägare en direkt ledande och styrande ställning. Genom bolagsavtalet kan dock inrättas en annan ordning, t.ex. genom att det skapas organ liknande styrelsen i ett aktiebolag. I ett sådant fall torde aktiebolagsrätten kunna ge viss ledning i fråga om vad som gäller för styrelseledamöter, i den mån avtalet saknar reglering (se avsnitt 9.2.3).

19.6 Styrelsens befogenheter m.m.

19.6.1 EU-domstolens praxis

Parking Brixen- och Carbotermo-domarna

Domen i mål C-458/03, Parking Brixen, var det första avgörandet där EU-domstolen uttalade sig närmare om betydelsen av befogenheterna för ett aktiebolags styrelse. Målet gällde aktiebolaget Stadtwerke Brixen AG som ägdes av Brixens kommun. I artikel 18 i stadgarna för bolaget angavs bl.a. följande (domen, punkt 18).

1) Styrelsen har full behörighet att i vidsträckt mening sköta bolagets löpande förvaltning, med befogenhet att företa alla handlingar som den finner lämpliga eller nödvändiga för att bolaget ska kunna uppnå sitt ändamål.

2) Om bolagsstämman inte har givit sitt tillstånd till detta får styrelsen inte ställa säkerhet avseende mer än 5 (fem) miljoner euro samt inte heller underteckna eller acceptera växlar avseende ett högre belopp.

3) I den löpande förvaltningen ingår 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 5 (fem) miljoner euro per affärstillfälle.

4) Styrelsen är ensam behörig att fatta sådana beslut som avser fastställelse och/eller förändring av ersättning såsom särskilda utgifter i den mening som avses i artikel 2389.2 i den italienska civillags-samlingen.

Enligt EU-domstolen hade bolaget fått en marknadsmässig inriktning som gjorde det osäkert om Brixens kommun kunde utöva kontroll, bl.a. på grund av att väsentliga befogenheter hade tilldelats styrelsen utan att kommunen i princip utövade någon förvaltningskontroll (punkt 67). Vad gäller styrelsens befogenheter anförde domstolen även följande (punkt 68).

Vad konkret beträffar de befogenheter som nämnda styrelse tilldelats framgår det av beslutet om hänskjutande att den enligt stadgarna för Stadtwerke Brixen AG, särskilt artikel 18 häri, ges mycket långtgående befogenheter avseende förvaltningen av detta bolag, eftersom den har rätt att företa alla handlingar som den anser nödvändiga för att företagets ändamål ska kunna uppnås. Den i artikel 18 föreskrivna befogenheten att ställa säkerhet på upp till fem miljoner euro eller att genomföra andra transaktioner utan att dessförinnan få ett godkännande av bolagsstämman visar att bolaget är mycket självständigt i förhållande till sina aktieägare.

Därtill pekade EU-domstolen på att den nationella domstolen understrukit, som nämnts ovan, att den kontroll som kommunen utövade över bolaget huvudsakligen begränsade sig till den som majoriteten av aktieägarna gavs enligt bolagsrätten. Detta minskade väsentligt det beroendeförhållande som funnits mellan kommunen och det särskilda företaget, särskilt med hänsyn till de vidsträckta befogenheter som styrelsen för bolaget hade (punkt 69).

EU-domstolens helhetsbedömning, som ledde fram till att kontrollkriteriet inte ansågs uppfyllt, omfattade också flera andra omständigheter som talade för att bolaget hade fått en marknadsmässig inriktning som gjorde det osäkert om kommunen kunde utöva kontroll (punkt 67), nämligen

- omvandlingen av ett kommunalt särskilt företag till det aktuella aktiebolaget och karaktären av denna bolagstyp,
- att verksamhetsområdet för bolaget var utvidgat i förhållande till verksamhetsområdet för det särskilda företaget,
- att det inom kort skulle bli möjligt för utomstående att köpa aktier i bolaget (enligt nationell lag gavs kommunerna rätt att omvandla sina särskilda företag till aktiebolag och till att vara ensamma aktieägare under en period om högst två år från omvandlingen), och

- att bolagets verksamhetsområde hade utvidgats till hela Italien och till utlandet (verksamhetsområdet för det särskilda företaget var begränsat till kommunen).

Även i mål C-340/04, Carbotermo, förelåg bl.a. vidsträckta befogenheter för de aktuella bolagsstyrelserna. Målet gällde ett aktiebolag (AGESP) som ägdes av flera kommuner via ett holdingbolag. Styrelserna för aktiebolagen synes båda ha haft mer långtgående befogenheter än vad som var aktuellt för bolaget i Parking Brixen-målet. I stadgarna för AGESP angavs att styrelsen hade vidsträckta och obegränsade befogenheter vad avser den löpande och den icke-löpande förvaltningen (domen, punkt 20). Detsamma angavs i holdingbolagets stadgar, med tillägget att styrelsen hade möjlighet att vidta alla handlingar som den ansåg nödvändiga för att genomföra och förverkliga verksamhetsföremålet, med undantag endast av handlingar som enligt lag eller stadgarna var förbehållna bolagsstämman (domen, punkt 15).

EU-domstolen konstaterade att stadgarna för holdingbolaget och för AGESP gav styrelsen för vart och ett av bolagen långtgående befogenheter avseende den löpande och den icke-löpande förvaltningen. Vidare angav domstolen att den aktuella kommunen enligt dessa stadgar inte förbehölls någon särskild kontrollbefogenhet eller rösträtt för att begränsa den handlingsfrihet som styrelserna getts. Den kontroll som kommunen utövade över bolagen motsvarade enligt EU-domstolen i princip den som majoriteten av aktieägarna hade enligt bolagsrätten, vilket i betydande mån begränsade kommunens möjlighet att påverka bolagens beslut (punkt 38).

Utöver de långtgående befogenheterna för styrelserna beaktade EU-domstolen även att det inflytande som kommunen eventuellt hade över AGESP utövades genom ett holdingbolag, vilket enligt domstolen kunde innebära en försvagad kontroll (punkt 39, se även avsnitt 4.6.3). Sammantaget fann domstolen att kontrollkriteriet inte var uppfyllt (punkt 40).

En fråga som kan ställas mot bakgrund av Parking Brixen- och Carbotermo-domarna är om självständighet för en bolagsstyrelse att handha bolagets förvaltning har en absolut verkan på så sätt att självständighet i detta avseende alltid medför hinder för kontroll enligt kontrollkriteriet.

Madell och Sundstrand anger i sitt rättsutlåtande att kontrollkriteriet inte anses vara uppfyllt när sammansättningen av de be-

slutande organen i den fristående enheten och de befogenheter som sammanslutningens styrelse har innebär att dessa har en betydande självständighet i förhållande till den upphandlande myndigheten. Madell och Sundstrand anger också att kontrollkriteriet inte torde vara uppfyllt då bolagsstyrelsen har långtgående befogenheter avseende den löpande och den icke-löpande förvaltningen och enhetens bolagsordning inte förbehåller den upphandlande myndigheten någon särskild kontrollbefogenhet eller rösträtt för att begränsa den handlingsfrihet som styrelsen getts. Vidare anger de att i ju större omfattning en upphandlande myndighet genom styrelser eller andra organ kan styra ett fristående bolags beslut, desto större är möjligheten att kontrollkriteriet är uppfyllt.

Stattin ger i sitt rättsutlåtande uttryck för uppfattningen att kontrollkriteriet förutsätter att den upphandlande myndigheten eller de upphandlande myndigheterna åtminstone ska kunna utöva kontroll över aktiebolaget och anger att med kontroll torde avses möjlighet att ge direktiv i förvaltningsfrågor. Stattin anger också att kontroll torde kunna utövas på flera sätt.

Enligt OFUKI-utredningens mening följer av Parking Brixen- och Carbotermo-domarna att långtgående befogenheter för den fristående enhetens styrelse talar starkt emot att kontrollkriteriet är uppfyllt. Det bör dock framhållas att det i båda målen även fanns andra omständigheter som indikerade otillräcklig kontroll och som beaktades av EU-domstolen. Domarna kan därför inte anses ge stöd för en generell slutsats om att långtgående befogenheter för en bolagsstyrelse alltid utesluter tillräcklig kontroll (jfr generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande i Coditel-målet, punkt 59–63). OFUKI-utredningen bedömer i stället att sådana befogenheter inte behöver vara utslagsgivande om det samtidigt finns andra omständigheter som leder till kontroll. Domen i mål C-371/05, kommissionen mot Italien (Mantova) och särskilt domen i mål C-324/07, Coditel, talar för detta (se nedan).

Som angetts ovan beaktade EU-domstolen i Parking Brixen-domen att väsentliga befogenheter hade tilldelats styrelsen för det aktuella aktiebolaget utan att Brixens kommun i princip utövade någon förvaltningskontroll. Av uttalandet följer enligt OFUKI-utredningens mening att ägarens eller ägarnas möjligheter att påverka förvaltningen av ett aktiebolag är relevant för kontrollkriteriet. Detta ligger också i linje med att kriteriet förutsätter en möjlighet till avgörande påverkan på den fristående enhetens strategiska mål och viktiga beslut. Varken av Parking Brixen-domen eller

av EU-domstolens övriga avgöranden framgår däremot att påverkan måste ske på ett visst sätt för att kunna beaktas. Det framgår inte heller att påverkan måste vara av en viss kvalificerad art för att ha betydelse. OFUKI-utredningen bedömer därför att såväl t.ex. icke-bindande instruktioner från offentliga ägare som t.ex. att bolagsstämman förbehållits all beslutskompetens i vissa frågor kan vara relevanta omständigheter, om än av olika tyngd.

Mantova-, Coditel- och Sea-domarna

Liksom mål C-458/03, Parking Brixen, och C-340/04, Carbotermo, gällde mål C-371/05, kommissionen mot Italien (Mantova), ett aktiebolag enligt italiensk rätt. I målet hade Italien obemött anfört (punkt 25)

- att Mantova kommun i egenskap av majoritetsägare hade rätt att utse ledamöterna i bolagets företagsledande organ och att styra bolagets verksamhet,
- att kommunstyrelsen bestämde bolagets driftkostnader, enligt avtal mellan kommunen och bolaget, och
- att kommunen, enligt avtalet, hade förbehållit sig möjligheten att göra vissa granskningar genom att utse en kommunal tjänsteman för att delta i bolagets verksamhet samt stimulera och granska verksamheten och genom att granska bolagets räkenskaper för att säkerställa redovisningsreglernas tillämpning och för att säkerställa det som avtalats.

EU-domstolen, som ansåg att kontrollkriteriet var uppfyllt, lyfte däremot i sin motivering tydligt fram endast två av dessa omständigheter, nämligen att ledamöter i bolagets företagsledande organ utsågs av kommunen och att en kommunal tjänsteman utsågs med styrande och övervakande funktioner gentemot bolaget (punkt 26). Att kommunstyrelsen bestämde bolagets driftkostnader – och bolagets möjlighet att fatta självständiga beslut därmed var inskränkt – nämndes alltså inte särskilt av EU-domstolen som grund för att tillräcklig kontroll förelåg. I domen tydliggörs inte i vad mån den kommunala tjänstemannen kunde agera på ett för bolaget bindande sätt eller huruvida denne närmast hade en vägledande och övervakande funktion.

Bakgrunden i mål C-324/07, Coditel, var att Uccle kommun, genom att ansluta sig till den mellankommunala sammanslutningen Brutélé, hade gett sammanslutningen i uppgift att driva kommunens nät för kabel-tv. Brutélé hade bildats i enlighet med en lag om mellankommunala sammanslutningar. I denna föreskrevs bl.a. att en sammanslutning var en offentligrättslig juridisk person som kunde bildas av flera kommuner och ha vissa angivna ändamål i kommunalt intresse. En sammanslutning skulle enligt lagen inte anses vara näringsidkare. Varje sammanslutning skulle ha en stämma, en styrelse och revisorer. Vidare gällde att kommunernas företrädare till stämman skulle utses av kommunfullmäktige i varje kommun ur en krets bestående av ledamöter i fullmäktige, borgmästare och andra ledamöter i kommunstyrelsen.

Brutélés stämma utsåg styrelsen, som även den bestod av företrädare för de anslutna kommunerna. De anslutna kommunerna var indelade i två geografiska områden, varav det ena kunde indelas i underområden. Varje område hade en områdesstyrelse, vars ledamöter utsågs av stämman på förslag av kommunerna (såvitt framgår av domen av de berörda kommunerna). Uccle kommun utgjorde ett eget underområde.

Övriga organ i Brutélé var en generaldirektör, ett rådgivande organ och ett revisorsutskott. Det rådgivande organet bestod av sakkunniga kommunala tjänstemän och biträdde styrelsen.

Av domen framgår inte närmare vad för slags beslut, förutom att utse styrelseledamöter, som ankom på Brutélés stämma. Styrelsen för Brutélé hade däremot enligt EU-domstolen mycket vidsträckt befogenheter (punkt 16 och 35). I domen finns inte någon tydlig beskrivning av vad befogenheterna innefattade, utöver att fastställa taxorna (punkt 35). Det framgår dock att styrelsen kunde delegera sina befogenheter till områdesstyrelserna i vissa frågor, varigenom indirekt framgår vissa befogenheter för styrelsen. Delegation kunde ske dels i frågor som endast berörde underområdena, särskilt taxetillämpning, planer för utbyggnad och investeringar, finansiering av dessa och reklamkampanjer, dels i frågor som var gemensamma för flera underområden inom ett verksamhetsområde (punkt 17).

Som angetts i avsnitt 19.5.1 tog EU-domstolen fasta på att Brutélés beslutande organ bestod av representanter för myndigheter som var anslutna till sammanslutningen. I domen ställde sig EU-domstolen vidare frågan om de vidsträckta befogenheterna för styrelsen innebar att Brutélé hade fått en marknadsmässig inrikt-

ning och ett utrymme för självbestämmande som gjorde det svårt för de anslutna offentliga myndigheterna att utöva kontroll (punkt 36). Domstolen fann emellertid att Brutélé inte hade ett utrymme för självbestämmande som gjorde det omöjligt för de anslutna kommunerna att utöva en kontroll i enlighet med kontrollkriteriet (punkt 39). Till grund för bedömningen lade EU-domstolen (punkt 37–38)

- att Brutélé inte var ett aktiebolag som kunde besluta om sitt verksamhetsföremål utan aktieägarnas inblandning utan en kooperativ mellankommunal sammanslutning som reglerades enligt en lag om sådana sammanslutningar,
- att en sammanslutning enligt denna lag inte skulle anses vara näringsidkare, och
- att det föreföll framgå av denna lag, kompletterad av Brutélés stadgar, att Brutélés verksamhetsföremål 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.

Brutéle var alltså inte ett aktiebolag utan en mellankommunal sammanslutning, vilket särskilt påtalades av EU-domstolen. Innebär då domstolens uttalanden om detta och om att sammanslutningen inte skulle anses vara en näringsidkare att domen saknar relevans för aktiebolag och andra privaträttsliga associationer?

OFUKI-utredningen anser att frågan bör besvaras nekande. Av domen framgår inte de nationella konsekvenserna av att Brutélé inte var att se som näringsidkare, varför betydelsen av denna omständighet är svårbedömd (i andra språkversioner förekommer uttryck som snarare har innebörden att sammanslutningen inte hade en förvärvsmässig eller kommersiell karaktär, se avsnitt 19.7.1). EU-domstolens uttalanden i övrigt synes emellertid närmast ta sikte på att Brutélés syfte och verksamhetsföremål inte kunde ändras självständigt av Brutélé utan endast genom de anslutna kommunernas inblandning samt på att syftet och verksamhetsföremålet dessutom hade en kommunal inriktning som avvek från vad som är det normala ifråga om aktiebolag (se även avsnitt 19.7.1). Enligt OFUKI-utredningens uppfattning bör domen förstås på så sätt att det var dessa och övriga av domstolen beaktade

materiella omständigheter – i minst lika hög grad som Brutélés form i sig – som medförde att kontrollkriteriet var uppfyllt, trots de långtgående befogenheterna för styrelsen.

En fristående enhets form eller karaktär torde i och för sig inte sakna betydelse. I Parking Brixen-domen anförde EU-domstolen att omvandlingen av det kommunala särskilda företaget till ett aktiebolag och karaktären av denna bolagstyp var en av flera omständigheter som talade för att bolaget hade fått en marknads- mässig inriktning (punkt 67). EU-domstolen har emellertid också i den senare meddelade domen i mål C-573/07, Sea, anført att det förhållandet att den fristående enheten har formen av ett bolag på intet sätt utesluter att in house-undantaget kan tillämpas (punkt 41). Detta uttalande skulle enligt OFUKI-utredningens uppfattning framstå som motsägelsefullt för det fall kontrollkriteriet skulle ha olika innebörd, t.ex. i fråga om vilka omständigheter som kan vara relevanta, endast beroende på den fristående enhetens form.

I Sea-domen var det fråga om ett italienskt aktiebolag (Setco) vars bolagsordning innehöll bestämmelser i syfte att ge bolagsstämman och styrelsen överbyggande beslutsstrukturer i form av särskilda kommittéer som var sammansatta av företrädare för ägarkommunerna. Kommittéerna beskrevs av EU-domstolen ha omfattande kontroll- och beslutsbefogenheter (punkt 83). I gengäld var bolagsstämmans utrymme för självständigt beslutfattande begränsat genom att den måste beakta de riktlinjer och instruktioner som kommittéerna lämnade och genom att den endast fick låta styrelsen vidta vissa åtgärder om detta först tillstyrkts av den s.k. gemensamma kommittén (punkt 84). Även styrelsens utrymme för självständigt beslutfattande var begränsat genom att den måste iaktta de befogenheter som förbehölls kommittéerna och endast fatta beslut med iakttagande av deras riktlinjer (punkt 85). EU-domstolen ansåg att kontrollkriteriet var uppfyllt med hänsyn till dels omfattningen av kommittéernas kontroll- och beslutsbefogenheter, dels att kommittéerna var sammansatta av företrädare för ägarkommunerna (punkt 86).

Föreskrifterna i bolagsordningen för Setco innebar alltså att väsentliga befogenheter överförts från bolagsstämman och styrelsen till kommittéerna. OFUKI-utredningen bedömer dock att det av domen inte kan utläsas att sådana långtgående åtgärder för att åstadkomma kontroll skulle motsvara en lägsta nivå för att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt.

Sammanfattande slutsats

Sammanfattningsvis uppfattar OFUKI-utredningen EU-domstolens praxis på så vis att långtgående befogenheter för en fristående enhets styrelse visserligen med styrka talar mot att kontrollkriteriet är uppfyllt men att detta kan uppvägas av att enhetens självständighet begränsats på annat sätt (se vidare avsnitt 19.9.1).

19.6.2 Självständighet för styrelsen i ett aktiebolag enligt ABL

Inledning

Som närmare beskrivits i avsnitt 9.1.2 råder en hierarkisk struktur för bolagsorganen i ett svenskt aktiebolag, med bolagsstämman som högsta organ. Stämman har bl.a. viss exklusiv kompetens och i princip rätt att besluta i alla andra frågor som inte faller under ett annat organs exklusiva kompetens. Bolagsstämman har dessutom en anvisningsrätt enligt 8 kap. 41 § andra stycket ABL, med motsvarande lydnessplikt för underordnade organ. En bolagsstyrelse som inte följer bolagsstämmans direktiv kan ytterst komma att avsättas av stämman och riskerar också skadeståndsskyldighet.

Bolagsstämmans anvisningsrätt är dock inte obegränsad. En anvisning som strider mot ABL, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen får inte följas. Detta innebär bl.a. att de tvingande reglerna om bolagsorganens funktionsfördelning inte får sättas åt sidan. Ingripanden från högre organ är tillåtna endast så länge kärnan av det underordnade organets kompetens bibehålls. Samma begränsning gäller för eventuella föreskrifter i bolagsordningen som exempelvis förbehåller bestämmanderätt för bolagsstämman. Anvisningar från bolagsstämman eller föreskrifter i bolagsordningen får alltså inte användas i sådan utsträckning eller på sådant sätt att styrelsen, som är ansvarig för bl.a. bolagets förvaltning, förlorar sin ställning.

Ytterligare en aspekt av kompetensfördelningen mellan bolagsorganen är att bolagsstämman saknar kompetens att företräda bolaget i externa relationer. I stället ankommer det enligt 8 kap. 35 § ABL på styrelsen att företräda bolaget och teckna dess firma. Viss firmateckningsrätt finns också för den verkställande direktören om en sådan utsetts (8 kap. 37 § ABL). Styrelsen kan också utse särskilda firmatecknare (8 kap. 38 § ABL). I 8 kap. 42 § ABL

finns bestämmelser som bl.a. innebär att bolaget i vissa fall kan bli bundet av rättshandlingar som företas av styrelsen, verkställande direktör eller särskild firmatecknare även om rättshandlingarna innebär ett behörighets- eller befogenhetsöverskridande.

Som angetts ovan anför Madell och Sundstrand i sitt rättsutlåtande att i ju större omfattning en upphandlande myndighet genom styrelser eller andra organ kan styra ett fristående bolags beslut, desto större är möjligheten att kontrollkriteriet är uppfyllt. I anslutning till detta anför de att frågan är om den svenska aktiebolagslagen medger en utomstående enhet att gå in och styra ett aktiebolag på det sätt som behövs för att uppfylla kontrollkriteriet. De anför att frågan alltså är om det i svensk lagstiftning finns möjlighet att begränsa den självständighet som ett svenskt aktiebolag har, så att det de facto är t.ex. en kommun eller staten som fattar besluten i bolaget, och inte bolaget självt.

OFUKI-utredningen anser att det är relevant att ställa frågan om ställningen för styrelsen i ett svenskt aktiebolag medför en så långtgående självständighet för bolaget att kontrollkriteriet aldrig kan vara uppfyllt oavsett den ägarstyrning som kan förekomma. Har alltså styrelsen alltid en sådan position att denna i sig hindrar en offentlig ägare att utöva ett bestämmande inflytande över bolagets strategiska mål och viktiga beslut?

Rättsutlåtanden

Stattins utlåtande

Stattin anger i sitt rättsutlåtande att de fall där EU-domstolen ansett att kontrollkriteriet inte varit uppfyllt har rört sig om associationer vars styrnings- och kontrollfunktioner avviker från motsvarande funktioner i svenska aktiebolag såtillvida att det inte föreligger någon direktiv rätt. Som återgetts i avsnitt 19.3 anser han att EU-domstolens uttalande i domen i mål C-340/04, Carbotermo, om att kommunen inte förbehölls någon särskild kontrollrätt torde få läsas i ljuset av rättsreglerna i italiensk rätt om styrning och kontroll i italienska aktiebolag (Società per Azioni) samt att domstolen även i domen i mål C-458/03, Parking Brixen, beaktat de specifika karaktärsdragen för Società per Azioni.

Stattin anför att den italienska bolagslagstiftningen i dess nuvarande lydelse enligt artikel 2364 i den italienska civilkoden

innebär att bolagsstämman kompetens inskränker sig till att (a) besluta om kapitalfrågor, (b) utse styrelseledamöter, (c) besluta om ersättning och (d) besluta i frågor som förbehållits eller hänskjutits till stämman. Någon motsvarighet till den svenska direktivrätten enligt 8 kap. 41 § andra stycket ABL förekommer enligt Stattin inte i italiensk rätt.

Enligt Stattin torde kontroll över ett aktiebolag kunna utövas på flera sätt. Vidare anför han följande.

I den svenska aktiebolagslagen finns en direktiv rätt för överordnade bolagsorgan, med korresponderande lydnadsplikt för underordnade bolagsorgan, i 8 kap. 41 § andra stycket aktiebolagslagen. Genom att fatta beslut om så kallade aktieägardirektiv på stämman kan alltså aktieägarna styra ett aktiebolag genom rättsligt bindande styrmedel.

Direktivrätten innebär att styrelsen och verkställande direktören ska rätta sig efter ett direktiv som beslutas av stämman om direktivet är förenligt med aktiebolagslagen, tillämplig lag om årsredovisning, bolagsordningen, reglerna om funktionsfördelning mellan bolagsorganen i deras huvuddrag och bolagets intresse. Direktivrätten i den svenska aktiebolagslagen är i internationell jämförelse relativt långtgående och kan jämföras med rättsläget beträffande Societ  per Azioni, där utgångspunkten är den motsatta.

Om styrelsen eller verkställande direktören inte rättar sig efter lagenliga direktiv som beslutats av stämman kan de bli skadestånds-skyldiga gentemot bolaget, eventuellt också gentemot aktieägarna. Stämman kan givetvis också besluta att välja en ny styrelse eller utse en ny verkställande direktör (beträffande det senare jfr NJA 1960 s. 698). Direktivrätten  r således försedd med sanktionsmöjligheter.

Redan av den svenska aktiebolagslagen torde alltså följa att aktieägarna har en god möjlighet att styra ett aktiebolag.

I många offentligt ägda aktiebolag beslutar stämman om stående aktieägardirektiv till styrelsen och verkställande direktören. Ett sådant stående aktieägardirektiv omfattar regelmässigt styrnings- eller kontrollfrågor och kan därigenom sägas förstärka den legala styrningen av aktiebolaget.

Utöver det sagda gäller att det kan finnas behov f r styrelsen i ett offentligt ägt aktiebolag att underställa stämman beslut i bolaget som  r ingripande eller förändrar förutsättningarna för det offentliga ägandet i bolaget enligt doktrinen om oreglerad exklusiv bolagsst mmokompetens.

Madells och Sundstrands utlåtande

Madell och Sundstrand pekar i sitt rättsutlåtande på att de olika bolagsorganen i ett svenskt aktiebolag har en självständig ställning i förhållande till ägaren. De anger att redan definitionen av ett aktiebolag som en fristående juridisk person innebär en självständighet i förhållande till ägarna och att dessa med vissa undantag inte har något ansvar för bolagets förpliktelser (2 kap. 25 § och 1 kap. 3 § ABL). Vidare beskriver de rollfördelningen mellan bolagsorganen enligt bestämmelserna i ABL. De anger att bolagsstämman kan ge instruktioner till styrelsen men att den formellt sett saknar möjlighet att kräva att styrelsen agerar på visst sätt, såtillvida det inte framgår av ett bolagsstämmobeslut.

Ett exempel på aktiebolagets möjlighet att fatta självständiga beslut följer enligt dem av de särskilda bestämmelser som reglerar tredje mans goda eller onda tro i förhållande till bolagsföreträdarnas beslutsrätt. I detta sammanhang beskriver de bl.a. att bolagsstämman saknar företrädarbehörighet men att den kan ge styrelsen i uppdrag att verkställa beslut. De anger att andra än styrelsen, den verkställande direktören och särskilda firmatecknare saknar behörighet att företräda aktiebolaget. Vidare anför de att styrelsen, enligt behörighetsreglerna i ABL och i egenskap av högsta verkställande organ, svarar för bolagets organisation och förvaltningen av bolagets angelägenheter, dvs. den exekutiva makten. Enligt Madell och Sundstrand är behörigheten i princip obegränsad vad gäller rättshandlingar inom ramen för bolagets verksamhet och syfte (8 kap. 35 § ABL).

I utlåtandet beskriver Madell och Sundstrand även regleringen om aktiebolags bundenhet i förhållande till tredje man i fall då behörighets- eller befogenhetsöverskridande beslut fattats av bolagsföreträdare. Madell och Sundstrand behandlar också bl.a. vad som är ett aktiebolags intresse (se närmare avsnitt 19.7.2).

I utlåtandet återger Madell och Sundstrand att det i prop. 2009/10:134, s. 36 f., anförts att det förhållandet att bolagsorganen enligt ABL står i ett hierarkiskt förhållande till varandra medför att det finns bättre möjligheter för ägaren att kontrollera ett bolags verksamhet än vad t.ex. italiensk rätt medger. Vidare återger de att det i propositionen framhålls att vare sig det faktum att vissa beslutsregler eller regler som har till syfte att skydda borgenärsintressen uttryckligen är fastslagna i ABL eller aktiebolagsrättsliga minoritetsregler bör utesluta att kontrollkriteriet är uppfyllt.

Madell och Sundstrand redovisar därefter sin bedömning att en strikt tolkning av ABL tyder på att kontrollkriteriet inte är uppfyllt då en upphandlande myndighet äger ett svenskt aktiebolag, oavsett om det rör sig om ett statligt, kommunalt eller landstingsägt bolag. Bedömningen utvecklas enligt följande.

Skälet är de olika bolagsorganens självständiga ställning i förhållande till ägaren. Teoretiskt sett är bolagsstämmans möjlighet att påverka bolagsstyrelsen till att fatta ett visst beslut begränsad till att byta ut styrelsen till en styrelse som är mera "lydig" i förhållande till ägaren. I det läget kan emellertid bolaget, genom den sittande styrelsen, redan ha fattat ett för bolaget bindande beslut. Det torde vara uppenbart att kontrollkriteriet i en sådan situation inte är uppfyllt. I realiteten kan det emellertid vara så att en bolagsstyrelse i ett statligt eller ett kommunalt bolag är lyhörd för ägarens önskemål och att det därför inte uppstår några problem. Trots den hierarki som finns mellan de olika bolagsorganen finns det dock enligt ABL inte några formella hinder mot att bolagsstyrelsen agerar självständigt i förhållande till ägaren; ABL förutsätter dessutom i vissa fall också att så sker. Mot bakgrund av nuvarande utformning av ABL är vår bestämda uppfattning att kontrollkriteriet för svenskt vidkommande inte per automatik är uppfyllt när staten eller kommunerna äger aktiebolag.

I utlåtandet anför Madell och Sundstrand vidare bl.a. att det enligt deras uppfattning inte är möjligt att genom ägaranvisningar, aktieägaravtal eller bestämmelser i ett aktiebolags bolagsordning utöka ägarnas kontroll- och maktbefogenheter utöver de som anges i ABL.

Pehrsons utlåtande

Pehrson beskriver i sitt utlåtande organisationen för ett svenskt aktiebolag och anför bl.a. att denna till stora delar är tvingande. Han anger att det enligt svensk rätt saknas möjlighet att genom aktieägaravtal eller någon annan ordning sätta bolagsstämmans och styrelsens kompetens åt sidan på det sätt som skett för bolaget i mål C-573/07, Sea. Enligt honom är det helt enkelt inte möjligt att ersätta stämmans och styrelsens funktioner genom något annat organ, i vart fall inte annat än mycket marginellt.

Betydelsen av att styrelsen kan binda bolaget genom kompetensstridiga åtgärder

Madell och Sundstrand lägger i sitt rättsutlåtande vikt vid den svenska regleringen om företrädare för aktiebolag och om bundenhet för bolag i vissa fall då behörighets- eller befogenhetsöverskridande beslut fattats av bolagsföreträdare.

OFUKI-utredningen konstaterar att det i EU-domstolens hitillsvarande avgöranden inte har prövats vilken betydelse det kan ha för kontrollkriteriet om en firmatecknare för ett aktiebolag kan åstadkomma bundenhet för bolaget i förhållande till tredje man, trots att firmatecknarens agerande står i strid mot t.ex. bolagsordning eller beslut som fattats av bolagsstämman. Motsvarande frågeställning har inte heller belysts för andra fristående enheter än bolag.

I 8 kap. 42 § ABL finns bestämmelser om konsekvenser av att firmatecknare i ett svenskt aktiebolag överskrider sin kompetens. Reglerna innebär att bolaget i vissa fall kan bli bundet av rättshandlingar som företas av styrelsen, verkställande direktör eller särskild firmatecknare även om rättshandlingarna innebär ett behörighets- eller befogenhetsöverskridande.

Reglerna har anpassats till föreskrifter i artikel 9 i rådets första direktiv 68/151/EEG av den 9 mars 1968 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 68 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen (prop. 2004/05:85, s. 311, och prop. 1993/94:196, s. 120 ff. och 168 ff.). Direktivet har upphört att gälla genom ikraftträdandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/101/EG av den 16 september 2009 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 48 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen. Artikel 10 i det nya direktivet motsvarar dock artikel 9 i det äldre direktivet.

Samordningsåtgärderna som föreskrivs i direktivet ska vidtas med sikte på bolagsformer som pekas ut för varje medlemsstat, bl.a. svenska aktiebolag, italienska Società per Azioni, och tyska Aktiengesellschaft. Bl.a. finns skyldighet för medlemsstaterna att åstadkomma bundenhet för dessa bolag i vissa situationer då

bolagsorganen agerat utanför sin kompetens (artikel 10 i det nya direktivet).

EU-domstolen har uttryckligen anfört, trots att nämnda direktivbestämmelser finns, att tillämpning av in house-undantaget på intet sätt utesluts av att den fristående enheten har form av ett aktiebolag (domen i mål C-573/07, Sea, punkt 41). Med hänsyn till detta måste enligt OFUKI-utredningens mening antas att den svenska regleringen om aktiebolags bundenhet vid firmatecknares kompetensöverskridande rättshandlingar saknar nämnvärd betydelse för kontrollkriteriet.

Betydelsen av att styrelsen inte får fräntas sin funktion

För frågan huruvida styrelsens ställning i ett svenskt aktiebolag hindrar att en offentlig ägare utövar ett bestämmande inflytande över bolagets strategiska mål och viktiga beslut är det av intresse att göra en jämförelse mellan möjligheterna till ägarstyrning enligt svensk aktiebolagsrätt och vad som krävs enligt EU-domstolen för att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt.

För ett svenskt aktiebolag kan skapas en ordning där ägarstyrningen i princip är begränsad till att verksamhetsföremålet angetts i bolagsordningen och till att styrelsen utses av bolagsstämman, fränsett att stämman också har exklusiv kompetens i vissa andra avseenden. Styrelsens kompetens att svara för förvaltningen av bolagets angelägenheter enligt 8 kap. 3 § första stycket ABL är då huvudsakligen begränsad endast av verksamhetsföremålet, som dessutom kan ha en vidsträckt utformning. OFUKI-utredningen anser att för en sådan styrelse måste befogenheterna beskrivas som långtgående. Utredningen bedömer att kontrollkriteriet inte kan vara uppfyllt i relationen mellan en upphandlande myndighet och ett sådant svenskt aktiebolag.

Den svenska aktiebolagsrätten tillåter emellertid enligt OFUKI-utredningens mening väsentligt mera omfattande ägarstyrning än i den nu skisserade situationen.

En form av tillåten styrning är att det i bolagsordningen anges ett annat syfte med bolagets verksamhet än vinst eller att verksamhetsföremålet ges t.ex. geografiska avgränsningar (se avsnitt 19.7.2). Så länge styrelsens funktion inte rubbas finns vidare inte hinder mot bolagsstämmanvisningar eller föreskrifter i bolagsordningen som t.ex. innebär att beslut i vissa frågor är förbehållna

stämman eller att styrelsen måste inhämta godkännande av stämman innan beslut fattas. En förutsättning är att anvisningarna eller föreskrifterna också i övrigt är förenliga med aktiebolagsrätten och annan lagstiftning (se närmare avsnitt 9.1.3).

Tillåtna bolagsstämmoanvisningar och bolagsordningsföreskrifter är bindande för styrelsen och underlåtelse att följa sådana instrument kan utlösa skadeståndsansvar för ledamöterna enligt 29 kap. 1 § ABL. Otillåtna anvisningar får styrelsen däremot inte följa enligt 8 kap. 41 § andra stycket ABL. Skulle skada uppstå på grund av att styrelsen följer en felaktig anvisning har varje i beslutet deltagande ledamot även i dessa fall ett skadeståndsansvar enligt 29 kap. 1 § ABL.

Om en styrelse t.ex. ingår avtal i strid mot giltiga anvisningar kan bindande verkan uppkomma för bolaget gentemot avtalsparten. I enlighet med vad OFUKI-utredningen angett ovan får detta bedömas sakna nämnvärd betydelse för kontrollkriteriet.

En konsekvens av att tillåtna anvisningar meddelas av bolagsstämman är att styrelsens handlingsutrymme och självständighet begränsas. Beslutade anvisningar är därför relevanta i helhetsbedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt. I vad mån även anvisningsmöjligheten i sig bör tillmätas betydelse är inte lika klart enligt OFUKI-utredningens mening.

Gränserna för i vilken utsträckning bolagsstämmoanvisningar får användas utan att styrelsens funktion rubbas är inte helt tydliga och detsamma gäller för i vad mån det i bolagsordningen kan föreskrivas t.ex. att åtgärder förutsätter godkännande av bolagsstämman (se avsnitt 9.1.3). Å ena sidan torde stå klart, som angetts av Pehrson, att bolagsstämmans eller styrelsens kompetens inte får sättas åt sidan till förmån för andra särskilt inrättade organ. En sådan kontroll som förelåg i mål C-573/07, *Sea*, kan därför inte åstadkommas för ett svenskt aktiebolag. Utredningen bedömer dock inte heller att en sådan kontrollnivå är nödvändig för att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt (se avsnitt 19.6.1).

Å andra sidan torde stå klart att funktionsfördelningen mellan bolagsorganen generellt sett inte hindrar anvisningar om enstaka större åtgärder eller om åtgärder av viss typ som inte tillhör den normala förvaltningsverksamheten för det aktuella bolaget (Nial, *Till frågan om kompetensfördelningen mellan stämma och styrelse i aktiebolag*, *Festskrift till Knut Rodbe: studier i krediträtt och associationsrätt*, 1976, s. 338). Detta innebär enligt OFUKI-utredningens mening att ägaren eller ägarna till ett aktiebolag genom bolags-

stämmanvisningar kan utöva ett bestämmande inflytande över i vart fall vissa av bolagets viktiga beslut, utan att styrelsens ställning åsidosätts.

Av EU-domstolens praxis går inte att utläsa tydliga gränser för vilken lägsta kontrollnivå som måste uppnås för att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt. Huruvida tillräcklig kontroll skulle kunna åstadkommas genom användning endast av bolagsstämmanvisningar är därför vanskligt att bedöma, särskilt som också gränserna för anvisningsrätten är otydliga (jfr avsnitt 19.9.2).

Bedömningen av om kontrollkriteriet kan vara uppfyllt i fråga om ett svenskt aktiebolag är dock inte enbart beroende av vilka möjligheter som finns att begränsa styrelsens kompetens genom bolagsstämmanvisningar eller likartade föreskrifter i bolagsordningen. Frågan huruvida en upphandlande myndighet som äger ett aktiebolag har möjlighet till avgörande påverkan på bolagets strategiska mål och viktiga beslut ska i stället avgöras utifrån en helhetsbedömning. Av betydelse är därmed inte endast funktionsfördelningen mellan bolagsstämman och styrelsen utan också andra omständigheter i det enskilda fallet. Som redovisats ovan uppfattar OFUKI-utredningen EU-domstolens praxis på så sätt att även långtgående befogenheter för ett aktiebolags styrelse kan uppvägas av andra omständigheter som begränsar bolagets självständighet. I ljuset härav bedömer utredningen sammantaget att styrelsen i ett svenskt aktiebolag inte torde ha en sådan oinskränkbar självständighet att, även om andra relevanta omständigheter enligt kontrollkriteriet beaktas, erforderlig kontroll enligt kriteriet är utesluten.

19.6.3 Självständighet för styrelser i andra svenska privaträttsliga associationer

Den rättsliga organisationsstrukturen i ekonomiska föreningar och försäkringsföretag är hierarkisk på motsvarande sätt som i aktiebolag enligt ABL. Kompetensfördelningen mellan stämman och styrelse i ekonomiska föreningar och försäkringsföretag motsvarar också det som gäller för aktiebolag enligt ABL. Ett exempel på detta är de likalydande formuleringarna om att styrelsen svarar för bolagets eller föreningens organisation och förvaltningen av bolagets eller föreningens angelägenheter (8 kap. 4 § första stycket ABL och 6 kap. 6 § första stycket FL, jfr 11 kap. 1 § första stycket, 12 kap. 24 § och 13 kap. 2 § FRL) och 8 kap. 7 § första stycket

FRL). En anvisningsrätt överensstämmande med den som gäller för bolagsstämman i aktiebolag enligt ABL finns också för föreningsstämman i ekonomiska föreningar och för stämman i försäkringsföretag (indirekt angiven i 8 kap. 41 § andra stycket ABL och 6 kap. 13 § andra stycket FL).

OFUKI-utredningen bedömer mot bakgrund av detta och vad utredningen angett i föregående avsnitt att styrelsen i en ekonomisk förening eller i ett försäkringsföretag inte torde ha en sådan oinskränkbar självständighet att erforderlig kontroll enligt kontrollkriteriet inte skulle kunna åstadkommas.

För ideella föreningar torde finnas stora möjligheter att genom bestämmelser i stadgarna eller stämmobeslut åstadkomma en begränsad självständighet för styrelsen. Detta torde exempelvis kunna ske genom att vissa befogenheter tilldelas andra särskilt inrättade organ eller genom att skyldighet skapas för styrelsen att inhämta godkännande från stämman i olika frågor. Inte heller styrelsen i en ideell förening torde därför ha en sådan oinskränkbar självständighet att tillräcklig kontroll enligt kontrollkriteriet skulle vara utesluten.

I ett handelsbolag där alla delägare deltar i förvaltningen har, som angetts i avsnitt 19.5.3, varje delägare en direkt ledande och styrande ställning. I den mån bolagsmännen enligt bolagsavtalet tillsatt en styrelse eller ett liknande organ för att ombesörja bolagets förvaltning, finns stora möjligheter att genom avtalet begränsa styrelsens självständighet (jfr avsnitt 9.2.3).

19.6.4 Fullmäktiges ställningstagande i svenska kommunala företag

Om en kommun eller ett landsting lämnar över vårderna av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag som direkt eller indirekt är helägt av kommunen eller landstinget, ska fullmäktige se till att få ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell eller annars av större vikt fattas (3 kap. 17 § KL). Detsamma ska säkerställas i rimlig omfattning även för ett bolag eller en förening där kommunen eller landstinget bestämmer tillsammans med någon annan (3 kap. 18 § KL). Bestämmelserna, som närmare beskrivits i avsnitt 9.4.2, gäller även då kommunalförbund äger bolag eller är medlemmar i företag (jfr 3 kap. 21 § KL).

Madell och Sundstrand pekar i sitt rättsutlåtande på att de beslut som en kommun meddelar med stöd av 3 kap. 16–18 §§ KL inte har någon aktiebolagsrättslig verkan och att sådan verkan förutsätter att samma beslut tas internt inom bolaget. Vidare anför de följande.

Aktiebolagsrättsligt är det därmed viktigt att slå fast att de beslut som kommunen har tagit också måste fattas internt inom bolaget. Skulle t.ex. bolagsstyrelsen fatta ett annat beslut än kommunens, eller helt underlåta att fatta beslut i enlighet med kommunens beslut är det ur ett aktiebolagsrättsligt perspektiv styrelsens beslut som gäller. Det enda kommunen (aktieägaren) i en sådan situation kan göra för att driva igenom den kommunala viljan är att låta bolagsstämman byta ut styrelseledamöterna och därefter se till att de nya fattar ett beslut som ligger i linje med kommunens önskemål. Så länge en ny styrelse inte fattar ett nytt beslut som ersätter det gamla gäller alltså detta, oavsett kommunen så önskar eller inte. Det är alltså värt att ha i åtanke att styrelseledamöterna i ett aktiebolag vid utförandet av sitt uppdrag ska ha bolagets bästa för ögonen, dvs. den lojalitet som följer av uppdraget riktar sig mot bolaget oavsett vem som utsett honom eller henne.

OFUKI-utredningen har ingen annan uppfattning i fråga om verkan av fullmäktiges ställningstaganden, dvs. att dessa inte är formellt bindande för bolags- eller föreningsorganen i kommunala företag. Enligt utredningens mening måste dock antas att en styrelse inte skulle gå emot fullmäktiges inställning annat än om mycket starka skäl föreligger.

Frågan är då vilken betydelse det har för tillämpningen av kontrollkriteriet att skyldighet skapats för t.ex. en bolagsstyrelse i ett kommunalt aktiebolag att inhämta fullmäktiges ställningstagande, t.ex. genom föreskrifter i bolagsordningen.

OFUKI-utredningen konstaterar att skyldigheten leder till en *direkt möjlighet* för kommunen eller landstinget att påverka bolagets principiella och viktigare beslut. Någon motsvarande situation har inte varit aktuell i de mål som EU-domstolen hittills prövat. I domarna i mål C-371/05, kommissionen mot Italien (Mantova), C-324/07, Coditel, och C-573/07, Sea, beaktade däremot EU-domstolen bl.a. *indirekta möjligheter* till påverkan som del i bedömningarna av att tillräcklig kontroll förelåg. I Mantovadomen tog domstolen hänsyn till bl.a. att en kommunal tjänsteman med styrande och övervakande funktioner gentemot bolaget kunde utses och till att ledamöter i bolagets företagsledande organ utsågs av Mantova kommun (punkt 26). I Coditel-målet beaktade domstolen att den mellankommunala sammanslutningens beslutande

organ bestod av representanter från de anslutna myndigheterna (punkt 34). Till grund för bedömningen i Sea-målet lade domstolen att omfattande kontroll- och beslutsbefogenheter hade getts till de särskilt inrättade kommittéerna och att dessa bestod av företrädare för ägarkommunerna. Enligt domstolen utövade ägarkommunerna, genom kommittéerna, ett bestämmande inflytande över bolagets strategiska mål och viktiga beslut (punkt 86).

OFUKI-utredningen bedömer mot bakgrund härav att skyldigheten för kommunala företag att inhämta fullmäktiges ställningstagande är en omständighet av relevans för kontrollkriteriet (jfr avsnitt 19.6.1). Visserligen har inte fullmäktiges ställningstagande någon formellt bindande verkan för bolags- eller föreningsorganen. Av nämnda domar framgår emellertid varken att de utsedda personerna hade någon formell skyldighet att undersöka de upphandlande myndigheternas önskemål inför olika beslut eller att personerna var formellt förhindrade att fatta beslut i strid med vad som kan ha varit de upphandlande myndigheternas önskemål. Det bör i och för sig framhållas, som anförts av Madell och Sundstrand, att lojalitetsplikten för styrelseledamöterna i ett svenskt aktiebolag eller en svensk förening är riktad gentemot bolaget eller föreningen medan motsvarande inte behöver ha varit fallet för de utsedda personerna i EU-domstolens mål. Samtidigt bör framhållas att svenska styrelseledamöter kan avsättas med i princip omedelbar verkan och att detta kan bli följden för ledamöter som agerar i strid med fullmäktiges ställningstagande. På vilka grunder de utsedda personerna i nämnda mål kunnat avsättas framgår inte av domarna.

OFUKI-utredningen anser alltså att det generellt sett är relevant utifrån kontrollkriteriet att det skapats en skyldighet för kommunala företag att inhämta fullmäktiges ställningstagande i frågor av principiell eller av större vikt. En förutsättning för att skyldigheten ska ha betydelse i ett enskilt fall är dock att denna också efterlevs.

19.7 Syfte och verksamhetsföremål m.m.

19.7.1 EU-domstolens praxis

Av EU-domstolens avgöranden följer att de yttre ramarna för den fristående enhetens verksamhet i form av bl.a. enhetens syfte, verksamhetsföremål och geografiska verksamhetsområde kan vara

relevanta omständigheter för helhetsbedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt.

I domen i mål C-324/07, Coditel, som delvis beskrivits i avsnitt 19.6.1 (se även avsnitt 4.6.4), konstaterade EU-domstolen bl.a. att styrelsen för den mellankommunala sammanslutningen, Brutélé, hade mycket vidsträckta befogenheter. Trots detta bedömde domstolen att Brutélé inte hade ett utrymme för självbestämmande som gjorde det omöjligt för de anslutna kommunerna att utöva en kontroll i enlighet med kontrollkriteriet (punkt 39). Till grund för denna bedömning anförde EU-domstolen följande (punkt 37–38).

I detta avseende ska det framhållas att Brutélé inte är ett aktiebolag som kan besluta om sitt verksamhetsföremål utan aktieägarnas inblandning, utan är en kooperativ mellankommunal sammanslutning som regleras enligt lagen om mellankommunala sammanslutningar. Enligt artikel 3 i denna lag ska en mellankommunal sammanslutning vidare inte anses vara näringsidkare.

Det förefaller framgå av nämnda lag, kompletterad av Brutélés stadgar, att sammanslutningens stadgeenliga verksamhetsföremål är att utföra den uppgift i kommunalt intresse för vilken sammanslutningen bildades och att sammanslutningen inte har något särskilt eget intresse i förhållande till de offentliga myndigheter som är anslutna till den.

I jämförelse med andra språkversioner av domen framstår det enligt OFUKI-utredningens mening som att EU-domstolen närmast inriktade sig på syftet med Brutélés verksamhet och vem som kunde bestämma över detta syfte när den angav att sammanslutningen inte hade något särskilt eget intresse. I den franska språkversionen anges följande.

À cet égard il convient de relever que Brutélé est constituée non pas sous la forme d'une société par actions ou d'une société anonyme susceptible de poursuivre des objectifs indépendamment de ses actionnaires, mais sous la forme d'une société coopérative intercommunale régie par la loi relative aux intercommunales. En outre, en vertu de l'article 3 de cette loi, les intercommunales sont dépourvues de caractère commercial.

Il semble ressortir de ladite loi, complétée par les statuts de Brutélé, que l'objectif statutaire de celle-ci est la réalisation de la mission d'intérêt communal en vue de l'accomplissement de laquelle elle a été créée et qu'elle ne poursuit aucun intérêt distinct de celui des autorités publiques qui lui sont affiliées.

I den engelska språkversionen anges följande.

In this regard, it should be pointed out that Brutélé does not take the form of a société par actions, or a société anonyme, either of which is capable of pursuing objectives independently of its shareholders, but of an inter-municipal cooperative society governed by the Law on inter-municipal cooperatives. Moreover, in accordance with Article 3 of that Law, inter-municipal cooperatives are not to have a commercial character.

It seems to be apparent from that Law, which is supplemented by Brutélé's statutes, that Brutélé's object under its statutes is the pursuit of the municipal interest – that being the raison d'être for its creation – and that it does not pursue any interest which is distinct from that of the public authorities affiliated to it.

I den danska språkversionen anges följande.

Det bemærkes i denne forbindelse, at Brutélé ikke er stiftet som et andelsselskab eller aktieselskab, der kan forfølge formål uafhængigt af dets aktionærer, men som et interkommunalt andelsselskab, der er reguleret ved lov om interkommunale sammenslutninger. De interkommunale sammenslutninger er derudover i henhold til denne lovs artikel 3 ikke af erhvervs- eller forretningsmæssig karakter.

Det synes at kunne udledes af denne lov – som suppleret ved Brutélés vedtægter – at selskabets vedtægtsmæssige formål er udførelsen af en opgave af kommunal interesse, med henblik på hvis gennemførelse det blev stiftet, og at det ikke forfølger en interesse, der er forskellig fra opgaven for de offentlige myndigheder, som er tilsluttet det.

I domen i mål C-458/03, Parking Brixen, beaktade EU-domstolen det aktuella aktiebolagets verksamhetsförmål och verksamhetsområde (se bl.a. avsnitt 19.6.1). I jämförelse med vad som varit fallet för det särskilda företaget som aktiebolaget hade omvandlats från hade verksamhetsföremålet utvidgats genom att verksamhet inletts på nya viktiga områden. Även det geografiska verksamhetsområdet hade utvidgats – från kommunen ifråga till hela Italien och utlandet. Bl.a. dessa omständigheter talade enligt EU-domstolen för att bolaget hade fått en marknadsmässig inriktning som gjorde det osäkert om kommunen kunde utöva kontroll.

Att den fristående enhetens verksamhet och syfte har betydelse i helhetsbedömningen av kontrollkriteriet framgår även av domen i mål C-573/07, Sea. En fråga som behandlades i domen var huruvida det berörda aktiebolaget, Setco, hade en marknadsmässig inriktning som hotade ägarnas kontroll över bolaget. Beträffande denna fråga skulle enligt EU-domstolen prövas omfattningen av bolagets verksamhet, geografiskt och avseende inriktning, samt vilka möjligheter

bolaget hade att skapa relationer till företag inom den privata sektorn (punkt 73–80).

I bolagsordningen för Setco angavs under rubriken ”Bolagets syfte” att bolaget skulle tillhandahålla lokala offentliga tjänster som uteslutande rörde de lokala offentliga myndigheter som tilldelade kontrakt för dessa tjänster. Vidare angavs i bolagsordningen att tjänsterna tillhandahölls enbart till förmån för bolagets upphandlande delägare och inom deras respektive geografiska område. EU-domstolen bedömde 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. Därefter konstaterade EU-domstolen att det i bolagsordningen föreskrevs 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 (i den svenska översättningen av domen talas om ”de sociala målen” i punkt 77 medan det i andra språkversioner används ordval motsvarande ”bolagets syfte”, t.ex. uttrycket ”objectifs sociaux” i den franska versionen, ”the company’s object” i den engelska, ”Gesellschaftszwecken” i den tyska och ”selskabets formål” i den danska).

Vid förhandlingen i EU-domstolen hade Setco anfört att dess befogenhet att interagera med företag i den privata sektorn var en nödvändig sidoeffekt av bolagets uppgifter inom offentlig sektor. Som exempel hade Setco, som bl.a. var verksamt på avfallsområdet, nämnt sorteringen av avfall, som kunde göra det nödvändigt att sälja vidare vissa typer av insamlat material till specialiserade enheter för återvinning. Dessa verksamheter kompletterade enligt bolaget insamlingen av avfall och var inte frikopplade från huvudverksamheten.

EU-domstolen gjorde bedömningen att om de befogenheter som gavs Setco att tillhandahålla tjänster till privata ekonomiska aktörer bara var ett komplement till företagets huvudverksamhet, vilket ankom på den nationella domstolen att pröva, så hindrade inte förekomsten av dessa befogenheter att bolagets huvudsyfte fortfarande var att tillhandahålla offentliga tjänster. Sådana befogenheter var således inte tillräckliga enligt EU-domstolen för att bolaget skulle kunna konstateras ha en marknadsmässig inriktning som hotade ägarnas kontroll över bolaget.

Mot bakgrund av EU-domstolens uttalanden och bedömningar i Coditel- och Sea-domarna drar OFUKI-utredningen slutsatsen att om syftet för den fristående enheten och dess verksamhet är att tillgodose ett allmänt intresse, t.ex. av att tillhandahålla offentliga tjänster, så kan detta tala för kontroll. Om syftet i stället – helt eller delvis – är att ge vinst till ägare eller medlemmar finns däremot en indikation på en marknadsmässig inriktning som talar mot kontroll. Även andra syften som inte sammanfaller med syftena för den upphandlande myndighetens eller de upphandlande myndigheternas verksamhet torde tala mot kontroll.

En näraliggande omständighet som enligt den svenska språkversionen av Coditel-domen synes kunna tala mot kontroll är om den fristående enheten har ett särskilt eget intresse i förhållande till den upphandlande myndighet eller de upphandlande myndigheter som t.ex. innehar andelar i enheten (punkt 38). Domstolens uttalande om att Brutélé inte hade något särskilt sådant intresse framstår dock enligt OFUKI-utredningens mening som mera inriktat på vad som var syftet med Brutélés verksamhet än vad som var sammanslutningens intresse (jfr återgivningarna av bl.a. de franska och engelska språkversionerna ovan).

Av Parking Brixen-domen följer att ett vidsträckt verksamhetsföremål för den fristående enheten enligt bolagsordning eller motsvarande stadgar talar mot att tillräcklig kontroll kan finnas. Även möjlighet för den fristående enheten att verka i ett stort geografiskt område synes enligt denna dom vara en omständighet som kan indikera en marknadsmässig inriktning. EU-domstolens uttalande i Sea-domen om att Setcos verksamhet inte föreföll sträcka sig utanför de kommuner som ägde bolaget antyder emellertid enligt OFUKI-utredningens mening att det närmast bör göras en jämförelse med det geografiska verksamhetsområdet för den upphandlande myndighet eller de upphandlande myndigheter som innehar den fristående enheten. Visst stöd för denna slutsats följer enligt utredningens mening även av domarna i mål C-349/97, Spanien mot kommissionen och C-295/05, Asemfo. Såvitt framgår av dessa avgöranden hade det aktuella bolaget hela Spanien som sitt verksamhetsområde, vilket inte hindrade att kontrollkriteriet var uppfyllt i relation till de statliga myndigheter som innehade aktierna.

OFUKI-utredningen bedömer vidare, mot bakgrund av Coditel-domen, att det i helhetsbedömningen av om det finns tillräcklig kontroll kan vara relevant huruvida – eller i vilken utsträckning – den fristående enheten själv kan bestämma över syftet

med verksamheten. Om detta syfte eller verksamhetsföremålet inte kan ändras självständigt av den fristående enheten, dvs. utan inblandning från den upphandlande myndigheten, synes detta vara en kontrollskapande omständighet.

Det bör i sammanhanget framhållas att samtliga relevanta lagbestämmelser och omständigheter är av betydelse för kontrollkriteriet, dvs. förutom lagbestämmelser och t.ex. bestämmelser i bolagsordning eller liknande för den fristående enheten ska också andra faktiska förhållanden beaktas. En följd av detta är enligt OFUKI-utredningens uppfattning att t.ex. bestämmelser i en bolagsordning för ett aktiebolag om syftet med verksamheten eller geografiska begränsningar av verksamhetsområdet endast kan tala för att tillräcklig kontroll finns om den faktiskt bedrivna verksamheten överensstämmer med dem.

19.7.2 Svenska privaträttsliga associationer

Syfte och verksamhetsföremål för aktiebolag enligt ABL

Den svenska aktiebolagsrätten ger stora möjligheter för ägaren eller ägarna till ett aktiebolag att genom föreskrifter i bolagsordningen ange såväl syftet med bolagets verksamhet som föremålet för verksamheten. Huvudregeln enligt ABL är att ett aktiebolags verksamhet syftar till att ge vinst till fördelning mellan aktieägarna. ABL hindrar emellertid inte att aktiebolag i stället helt eller delvis kan ha andra syften, vilket i så fall ska framgå av bolagsordningen (3 kap. 3 § ABL). I så fall ska det också anges hur bolagets vinst och behållna tillgångar vid bolagets likvidation ska användas. Av bolagsordningen ska även framgå föremålet för bolagets verksamhet, angivet till sin art (3 kap. 1 § ABL). Genom en sådan bestämmelse kan bl.a. regleras inom vilket geografiskt område bolaget ska bedriva verksamhet.

Syftet och verksamhetsföremålet för ett aktiebolag utgör en yttre ram för verksamheten. Verksamhet som inte är förenlig med syftet eller verksamhetsföremålet får inte bedrivas. Däremot måste inte bolaget bedriva all sådan verksamhet som följer av verksamhetsföremålet enligt bolagsordningen.

Bestämmelsen i bolagsordningen om aktiebolagets verksamhetsföremål och eventuell bestämmelse om bolagets syfte kan inte ändras utan aktieägarnas inblandning. Enligt 3 kap. 4 § ABL be-

slutas ändringar i bolagsordningen av bolagsstämman. I praktiken är det också mycket vanligt att bolagsordningar för kommunala bolag innehåller en föreskrift om att bolagsordningen inte får ändras utan godkännande av fullmäktige i ägarkommunen eller ägarkommunerna. För statliga bolag förekommer också att bolagsordningarna innehåller föreskrifter om att de inte får ändras utan regeringens medgivande.

Syfte och verksamhetsföremål för andra svenska privaträttsliga associationer

Som angetts i avsnitt 9.2.1 har en ekonomisk förening inget eget vinstsyfte utan till ändamål att främja medlemmarnas ekonomiska intressen genom ekonomisk verksamhet i vilken medlemmarna deltar (1 kap. 1 § FL). I stadgarna ska anges ändamålet med föreningens verksamhet och verksamhetens art (2 kap. 2 § första stycket 3 FL).

För skadeförsäkringsaktiebolag är huvudregeln att bolagets verksamhet syftar till att ge vinst till aktieägarna. Att ett skadeförsäkringsbolag drivs i aktiebolagsform behöver dock inte förutsätta ett enskilt vinstintresse hos aktieägarna. Syftet kan i stället vara ideellt (prop. 1981/82:180, s. 261). Om verksamheten i ett skadeförsäkringsaktiebolag helt eller delvis ska ha ett annat syfte än att ge vinst åt aktieägarna, ska detta anges i bolagsordningen (3 kap. 3 § ABL, jfr 11 kap. 1 § första stycket FRL). I ett livförsäkringsaktiebolag gäller att det i bolagsordningen ska anges hur bolagsstämman får förfoga över bolagets vinst eller på annat sätt täcka bolagets förlust (11 kap. 3 § andra stycket FRL). Vinstutdelning i ett livförsäkringsaktiebolag får ske bara om det följer av bolagsordningen (11 kap. 16 § första stycket FRL).

Som angetts i avsnitt 9.2.5 kommer inte den ekonomiska nytta som delägare i ömsesidiga försäkringsbolag kan få av verksamheten delägarna till del som vinstutdelning. Ett ömsesidigt försäkringsbolag har i stället, på likartat sätt som ekonomiska föreningar, till ändamål att främja delägarnas ekonomiska intressen genom verksamheten, dvs. genom försäkringsrörelsen (prop. 2009/10:246, Del 1, s. 281 och 429).

Bolagsordningen respektive stadgarna för samtliga slags försäkringsföretag ska bl.a. ange föremålet för verksamheten, varvid det särskilt ska anges om verksamheten ska avse såväl direkt försäkring

som mottagen återförsäkring (11 kap. 3 § första stycket 1, 12 kap. 11 § första stycket 3 och 13 kap. 6 § första stycket 1 FRL).

På motsvarande sätt som för aktiebolag enligt ABL utgör ändamålet och verksamhetsföremålet för en ekonomisk förening eller ett försäkringsföretag en yttre ram för verksamheten. Stadgarna för en ekonomisk förening kan inte ändras utan medlemmarnas inblandning genom stämman (7 kap. 14 § FL). Beslut om ändring av bolagsordningen eller stadgarna för ett försäkringsföretag fattas också av stämman. Ändringar av bolagsordningen eller stadgarna för försäkringsföretag ska dock godkännas av Finansinspektionen eller i vissa fall av regeringen (2 kap. 9 § FRL).

Som angetts i avsnitt 9.2.2 kan en ideell förening antingen bedriva ekonomisk verksamhet i ideellt syfte, ideell verksamhet i ideellt syfte eller ideell verksamhet i syfte att främja medlemmarnas ekonomiska eller ideella intressen. Föreningens ändamål ska anges i stadgarna. Om inget annat anges i stadgarna torde ankomma på stämman att besluta om ändring av dessa.

Även för ett handelsbolag utgör bolagets syfte och verksamhetsföremål en gräns för den verksamhet som får bedrivas. Som utgångspunkt torde gälla att ett handelsbolag syftar till att bereda delägarna vinst men annat kan överenskommas i bolagsavtalet (se avsnitt 9.2.3).

Särskilt om syfte och verksamhetsföremål för kommunala företag

Av 3 kap. 16 § KL följer att den verksamhet som överlämnas från en kommun eller ett landsting till ett bolag eller en förening måste falla inom ramen för den kommunala kompetensen. Risken för kompetensöverskridanden vid verksamhetens utövande måste också vara ringa (se avsnitt 9.4.1 och 24.1.2). Bestämmelserna i 3 kap. 17–18 §§ KL ställer också krav på fullmäktige i en kommun eller ett landsting som är ägare till ett bolag eller medlem i en förening att fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten innan vården av en kommunal angelägenhet överlämnas (se avsnitt 9.4.2). För sådana aktiebolag som är helägda av kommunen eller landstinget, direkt eller indirekt, gäller en skyldighet för fullmäktige att fastställa detta ändamål (3 kap. 17 § KL). För ett bolag eller en förening där kommunen eller landstinget bestämmer tillsammans med någon annan ska fullmäktige se till att bolaget eller

föreningen i en rimlig omfattning blir bundet av samma villkor som för helägda aktiebolag (3 kap. 18 § KL). När en kommun eller ett landsting äger ett bolag tillsammans med en eller flera andra kommuner eller landsting, vilket är det vanligaste i fråga om kommunalt delägda bolag, gäller detta för samtliga delägare. Motsvarande gäller då samtliga medlemmar i en förening är kommuner eller landsting.

En följd av att verksamheten i ett kommunalt företag måste rymmas inom den kommunala kompetensen och av att det kommunala ändamålet med företagets verksamhet ska fastställas är bl.a. att de kommunalrättsliga principerna måste göras bindande för företaget i den mån verksamheten inte omfattas av undantag från dessa. Som huvudregel ska därför bl.a. förbudet mot spekulativa företag och lokaliseringsprincipen säkerställas (jfr avsnitt 23.2).

Bestämmelsen i 3 kap. 3 § ABL innebär att det kommunalrättsliga förbudet mot spekulativa företag endast kan göras bindande för ett aktiebolag genom att en föreskrift om bolagets kommunala syfte tas in i bolagsordningen. Även lokaliseringsprincipen kan göras bindande genom föreskrifter i bolagets bolagsordning eller föreningens stadgar. Bundenhet i fråga om denna princip torde dock kunna åstadkommas också genom andra tvingande instrument, exempelvis genom avtal (se avsnitt 23.3).

Regleringen innebär alltså att helägda kommunala aktiebolag eller interkommunala bolag och föreningar som huvudregel ska ha annat syfte än att ge vinst till ägare eller medlemmar samt vara bundna av lokaliseringsprincipen. OFUKI-utredningen bedömer att dessa förhållanden, när de föreligger i det enskilda fallet, är av betydelse för tillämpningen av kontrollkriteriet.

Intresset för aktiebolag enligt ABL

Pehrson anför i sitt rättsutlåtande att de associationsrättsliga reglerna är påtagligt nationellt präglade, även de olika EU-länderna emellan. Ett svenskt aktiebolag och ett tyskt (ett Aktiengesellschaft eller ett Gesellschaft mit beschränkter Haftung) har enligt honom inte samma intressen. Han anger att ett tyskt aktiebolag anses ha ett eget bolagsintresse som kan vara skiljt från aktieägarnas intressen medan ett svenskt aktiebolag inte har något särskilt bolagsintresse som är skiljt från aktieägarnas. Enligt Pehrson är i stället det svenska bolagets intresse vad som utgör aktieägarnas gemensamma intresse. Han anger att när ett bolag bara har en

aktieägare, t.ex. en kommun, är således bolagets intresse detsamma som kommunens. Oaktat detta, anför Pehrson, måste ett aktiebolag som endast har en ägare följa många av aktiebolagslagens regler, t.ex. i fråga om hur beslut fattas i ett aktiebolag och om rätten att företräda ett bolag.

Pehrson anför att ett aktiebolags uppgift är att bereda aktieägarna vinst (3 kap. 3 § ABL) men att det är möjligt att i bolagsordningen skriva in något annat. Han anger att detta är nödvändigt ifråga om bolag som ägs av en eller flera kommuner eftersom kommunallagen inte tillåter vinstdrivande aktiebolag.

Vidare beskriver Pehrson att en stor mängd av aktiebolagslagens regler är uppställda antingen i aktieägarnas eller borgenärernas intresse. Generellt gäller enligt Pehrson att regler som är uppställda i aktieägarnas intresse inte behöver iaktas om alla aktieägarna har lämnat sitt samtycke. Bestämmelser som är uppställda i borgenärernas intresse kan ett bolag däremot inte disponera över enligt Pehrson, även om alla aktieägarna är överens. Pehrson anför att detta betyder att det inte står ett aktiebolag helt fritt att bestämma sin prissättning. Vidare anför han att försäljning av en vara eller utförande av en tjänst till underpris kan utgöra en värdeöverföring enligt 17 kap. 1 § första stycket 4 ABL. Pehrson anger att om värdeöverföringen överstiger vad som är utdelningsbart enligt 17 kap. 3 § ABL, strider den mot borgenärsskyddet och är således olovlig. Detta aktualiserar enligt Pehrson reglerna om återbäringskyldighet och bristtäckningsansvar i 17 kap. 6–7 §§ ABL och kan leda till att de personer som är ledamöter i något bolagsorgan kan riskera skadeståndsansvar.

Även Madell och Sundstrand anger i sitt rättsutlåtande att intresset för ett svenskt aktiebolag anses vara detsamma som aktieägarnas samlade intressen. I likhet med Pehrson anger de också att intresset således är relativt enkelt att fastställa för ett bolag som bara har en aktieägare liksom att, oavsett antalet aktieägare, ABL:s regler måste följas, t.ex. avseende beslutskompetens och rätten att företräda aktiebolaget. Enligt Madell och Sundstrand är det avsevärt svårare att fastställa aktieägarnas samlade intressen i bolag med två eller flera aktieägare, eftersom det är svårt att väga olika aktieägares intressen mot varandra. De anför att samtliga intressenter till företag som drivs med helt eller delvis andra syften än vinstgenerering dock har ett intresse av att känna till vilka riskerna är, i första hand för att använda kunskapen vid beslut om att engagera sig i sådan verksamhet och i andra hand för att undvika att riskerna

utlöses. I kommunal bolagsverksamhet kan enligt Madell och Sundstrand ägarna ytterst likställas med kommuninvånarna vilka har intresse av att förstå syftet med verksamheten för ställningstagande om verksamheten är förenlig med KL respektive de uttalade politiska målen. Madell och Sundstrand anför att en annan intressentgrupp som är påtagligt exponerad är funktionärer och ställföreträdare för bolaget. Enligt Madell och Sundstrand gäller för dessa personer, utöver kravet på att känna till de rättsliga inskränkningarna avseende exempelvis avvikelse från vinstsyfte, att de måste se till att de har uppfattat ägarnas instruktioner korrekt och dessutom måste säkerställa att instruktionerna är förankrade hos samtliga ägare.

OFUKI-utredningen konstaterar att aktiebolagslagens regler syftar till att säkerställa intressen av olika slag och för olika aktörer. Som angetts ovan (avsnitt 19.5.2) innefattar uppdraget som styrelseledamot en lojalitetsplikt gentemot bolaget och inte gentemot t.ex. den ägare som kan ha utsett ledamoten. Styrelsen och dess ledamöter ska alltså i utförandet av uppdraget se till vad som är bolagets bästa, dvs. vad som ligger i bolagets intresse ("bolagets intresse" förekommer som begrepp i 8 kap. 23 § första stycket 2 ABL, som reglerar jäv för styrelseledamöter vid avtal mellan bolaget och en tredje man). Detta intresse torde många gånger kunna sammanfalla med vad som skulle kunna uttryckas som aktieägarnas gemensamma intresse. I formell mening får dock enligt OFUKI-utredningens uppfattning bolagets intresse anses självständigt från aktieägarna. Även om aktieägarna är överens i en viss fråga kan det nämligen ligga i bolagets intresse – eller till och med finnas skyldighet för bolaget – att agera i strid med överenskommelsen, t.ex. som följd av de tvingande reglerna om skydd för borgenärer. Att styrelsen inte får följa bolagsstämmanvisningar som strider mot dessa regler eller annars mot ABL, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen framgår av 8 kap. 41 § andra stycket ABL. Detsamma kan gälla också för anvisningar som i övrigt uppenbart strider mot bolagets intresse, om än rättsläget i detta avseende är oklart (se avsnitt 9.1.3).

En konkret ledning för vad som ligger i bolagets intresse följer av vad som är syftet med bolagets verksamhet, dvs. antingen vinstsyfte i enlighet med huvudregeln eller något annat syfte enligt vad som kan ha angetts i bolagsordningen (Åhman, *Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten*, 1997, s. 810).

Frågan är då hur ett svenskt aktiebolags intresse ska uppfattas vid tillämpning av kontrollkriteriet.

Som OFUKI-utredningen angett ovan synes EU-domstolens uttalande i detta sammanhang snarast vara inriktat på vad som är syftet med den fristående enhetens verksamhet i förhållande till de offentliga intressen som den offentliga myndigheten eller de offentliga myndigheterna har att tillgodose (domen i mål C-324/07, Coditel, punkt 38). Bedömningen av om ett svenskt aktiebolag har ett eget intresse som kan tala mot kontroll bör därför enligt utredningens mening närmast ta sikte på huruvida syftet med bolagets verksamhet helt eller delvis omfattar något annat än de offentliga intressen som ägaren eller ägarna ska eller får tillgodose. Har syftet med bolagets verksamhet en sådan inriktning eller omfattning torde detta tala mot kontroll. En konsekvens av det anförda är att även om bolagets verksamhet syftar till att tillgodose ett offentligt intresse, så bör också undersökas om detta är något som ägaren eller ägarna ska eller får sörja för.

Att svenska aktiebolag i formell mening kan ha ett eget intresse bör alltså enligt OFUKI-utredningens bedömning inte i sig uppfattas som en omständighet som talar emot kontroll. I stället måste göras en individuell bedömning av vad som är syftet med verksamheten i jämförelse med de offentliga intressen som ägaren eller ägarna ska eller får tillgodose.

Intresset för andra svenska privaträttsliga associationer

En ekonomisk förening har till ändamål att främja medlemmarnas ekonomiska intressen genom ekonomisk verksamhet i vilken medlemmarna deltar (1 kap. 1 § FL). Vad som ligger i föreningens intresse torde därför många gånger kunna sammanfalla med vad som skulle kunna uttryckas som medlemmarnas gemensamma intresse. Trots detta kan intresset för en ekonomisk förening skilja sig från medlemmarnas på motsvarande sätt som intresset för aktiebolag enligt ABL i förhållande till aktieägarna, såsom angetts i föregående avsnitt. Även om medlemmarna är överens i en viss fråga kan det nämligen ligga i föreningens intresse – eller till och med finnas skyldighet för föreningen – att agera i strid med överenskommelsen, t.ex. som följd av tvingande regler om skydd för borgenärer.

Motsvarande kan anföras beträffande försäkringsföretag och inte heller för ideella föreningar torde föreningens intresse alltid sammanfalla med medlemmarnas gemensamma intresse. Så torde inte heller behöva vara fallet för ett handelsbolag, om än delägarnas solidariska ansvar för bolagets förpliktelser enligt 2 kap. 20 § HBL påverkar självständigheten av vad som kan anses vara bolagets intresse.

Det förhållandet att nu behandlade juridiska personer kan ha ett eget intresse bör enligt OFUKI-utredningens mening bedömas på motsvarande sätt som i fråga om aktiebolag enligt ABL (se föregående avsnitt). Det egna intresset bör alltså inte i sig uppfattas som en omständighet som talar emot kontroll. I stället måste göras en individuell bedömning av vad som är syftet med den juridiska personens verksamhet i jämförelse med de offentliga intressen som ägare eller medlemmar ska eller får tillgodose.

19.8 Verksamhetsstyrning och granskning

19.8.1 EU-domstolens praxis

Kontrollkriteriet, som innefattar att den upphandlande myndigheten ska ha en kontroll som ger möjlighet till bestämmande inflytande över den fristående enhetens strategiska mål och viktiga beslut, tar snarare sikte på inflytande än på tillsyn (jfr Steinicke och Groesmeyer, *EU's udbudsdirektiver*, 2 uppl. 2008, s. 172). OFUKI-utredningen bedömer dock, särskilt med hänsyn till domen i mål C-371/05, kommissionen mot Italien (Mantova), att möjligheterna till tillsyn också bör ha viss betydelse som del i den helhetsbedömning som ska göras.

I Mantova-domen bedömde EU-domstolen att kontrollkriteriet var uppfyllt. En av omständigheterna som lades till grund för detta var att Mantova kommun kunde utse en kommunal tjänsteman med styrande och övervakande funktioner gentemot det aktuella aktiebolaget (punkt 26). Som angetts i avsnitt 19.6.1 tydliggörs inte i domen i vad mån den kommunala tjänstemannen kunde agera på ett för bolaget bindande sätt eller huruvida denne närmast hade en vägledande och övervakande funktion.

19.8.2 Lekmannarevisorer i svenska bolag

För svenska aktiebolag enligt ABL och för försäkringsaktiebolag och ömsesidiga försäkringsbolag enligt FRL kan lekmannarevisorer utses om inte annat anges i bolagsordningen (10 kap. 1 § ABL samt 11 kap. 1 § första stycket och 12 kap. 44 § FRL). För helägda kommunala aktiebolag gäller dessutom ett krav på att minst en lekmannarevisor ska utses enligt 3 kap. 17 § KL (jfr 3 kap. 18 § KL för delägda bolag, se även avsnitt 9.4.2).

Åtminstone i viss mån har en lekmannarevisor sådana övervakande uppgifter som synes ha ålegat tjänstemannen i mål C-371/05, kommissionen mot Italien (Mantova). En lekmannarevisor ska granska om bolagets verksamhet sköts på ett ändamålsenligt och från ekonomisk synpunkt tillfredsställande sätt och om bolagets interna kontroll är tillräcklig (10 kap. 3 § ABL och 11 kap. 4 § FRL). Detta innebär bl.a. att en kontroll ska göras av att verksamheten håller sig inom de ramar som bolagsordningen anger och att den står i överensstämmelse med de syften för verksamheten som kan ha angetts i bolagsordningen, t.ex. ett kommunalt ändamål. Lekmannarevisorn är vidare skyldig att följa bolagsstämmans anvisningar om de inte strider mot lag, bolagsordningen eller god sed (10 kap. 4 § ABL och 11 kap. 5 § FRL). För lekmannarevisorer i kommunala bolag kan anvisningar t.ex. ges om att granskningen ska omfatta en kontroll av om verksamheten håller sig inom ramen för den kommunala kompetensen.

Lekmannarevisorerna i kommunala bolag har vidare en nära koppling till den kommunala revisionen, bl.a. till följd av person samband mellan lekmannarevisorer och de kommunala revisorerna.

Lekmannarevisorerens arbete ska utmynna i en granskningsrapport som ska läggas fram på årsstämman. För kommunala bolag ska granskningsrapporten också ingå i de kommunala revisorerens revisionsberättelse till fullmäktige (se avsnitt 9.4.4).

OFUKI-utredningen anser att det är relevant för bedömningen av kontrollkriteriet om lekmannarevisorer utsetts i svenska statliga eller kommunala bolag. Att lekmannarevisorns granskning bl.a. tar sikte på att verksamheten håller sig inom bolagsordningens ramar och – när anvisningar om detta beslutats för kommunala bolag – på att verksamheten inte överskrider den kommunala kompetensen, måste enligt OFUKI-utredningens mening anses ha betydelse i den helhetsbedömning som ska göras, även om någon verksamhetsstyrning såsom i Mantova-fallet inte kan förekomma genom lekman-

revisionen. Även den personella kopplingen mellan lekmannarevisionen i kommunala bolag och den kommunala revisionen samt anknytningen till den kommunala revisionen i övrigt framstår som relevant.

Som anges i avsnitt 25.3.2 föreslår OFUKI-utredningen ändringar i 3 kap. 17 § första stycket KL. Ändringarna innebär att det i bolagsordningen för sådana helägda kommunala aktiebolag som avses i paragrafen ska anges bl.a. det fastställda kommunala ändamålet med verksamheten liksom de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten i fråga. Detta medför, eftersom lekmannarevisorns granskning bl.a. omfattar att bolagsordningen inte överskrids, att granskningen kommer att ta sikte även på dessa förhållanden. En följd är då, enligt OFUKI-utredningens mening, att förslaget också leder till att lekmannarevisorns betydelse för kontrollkriteriet stärks.

19.8.3 Uppsiktsplikt över svenska kommunala företag

Kommun- och landstingsstyrelser är enligt 6 kap. 1 § andra stycket KL skyldiga att hålla uppsikt över kommunal verksamhet som bedrivs i kommunala företag (se avsnitt 9.4.3). Uppsiktsplikten är inte förenad med några egentliga maktmedel och innebär därför inte i sig att det uppkommer något kommunalt inflytande. En yttersta följd av uppsiktsplikten är i stället att ett ingripande av fullmäktige kan påkallas, dock inom de ramar och på det sätt som associationsrätten tillåter (jfr avsnitt 7.2.2).

Som angetts ovan bedömer OFUKI-utredningen att möjligheterna till tillsyn bör ha en viss betydelse som del i helhetsbedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt i ett enskilt fall. OFUKI-utredningen anser därför, även om kommun- eller landstingsstyrelsens uppsiktsplikt alltså i sig inte ger möjlighet att påverka det kommunala företagets beslut, att regleringen om uppsiktsplikt i viss utsträckning talar för att det finns kontroll. Utredningen bedömer vidare att betydelsen av uppsiktsplikten i ett enskilt fall kan vara större eller mindre beroende på omständigheterna, t.ex. i vilken omfattning uppsikt faktiskt utövas eller i vilken grad uppsikten formaliserats genom föreskrifter i bolagsordningen eller på annat sätt.

Även andra kommunala nämnders ansvar för kommunal verksamhet som lämnats över till någon annan kan ha viss betydelse på motsvarande sätt (6 kap. 7 § tredje stycket KL, se avsnitt 9.4.3).

Som anges i avsnitt 25.3.3 föreslår OFUKI-utredningen att uppsiktsplikten för styrelsen i kommuner och landsting över kommunala företag ska kompletteras med ett krav på styrelsen att i årliga beslut för varje sådant bolag som avses i 3 kap. 17 eller 18 § KL ta ställning till om den verksamhet som bedrivits av bolaget under föregående kalenderår 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. Förslaget innefattar att styrelsens beslut ska överlämnas till fullmäktige samtidigt med årsredovisningen för samma kalenderår. Vidare föreslås att styrelsen, om det saknas sådan förenlighet som nu angetts i någon del, ska lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder. Enligt förslaget ska styrelsen även lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder om det framkommit att det kommunala ändamål med verksamheten som fastställts av fullmäktige inte är förenligt med de kommunala befogenheterna. Vidare föreslås att styrelsen vid behov ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de krav som anges i 3 kap. 17–18 §§ KL är uppfyllda i fråga om sådana bolag som avses i dessa bestämmelser.

Enligt OFUKI-utredningens mening får förslagen bedömas leda till att uppsiktspliktens betydelse för kontrollkriteriet i viss mån stärks.

19.9 Sammanvägning av relevanta förhållanden

19.9.1 Vad krävs för tillräcklig kontroll enligt EU-domstolens praxis?

Förhållanden av betydelse

I de föregående avsnitten har behandlats sådana förhållanden som i EU-domstolens avgöranden har tillmätts betydelse i bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt, antingen på grund av att de talar för kontroll eller på grund av att de talar mot kontroll.

Madell och Sundstrand anför i sitt rättsutlåtande att EU-domstolen bedömt att kontrollkriteriet anses vara uppfyllt om den upphandlande myndigheten enligt den nationella rätten har rätt att utse

ledamöter i den fristående enhetens styrelse, har rätt att styra över företagets verksamhet, kan besluta över den fristående enhetens ekonomiska ersättning, om den genom avtal har rätt att godkänna verksamhetens mål samt kan utse en tjänsteman eller liknande att övervaka verksamheten. De anger att kontrollkriteriet däremot inte anses vara uppfyllt när sammansättningen av de beslutande organen i den fristående enheten och de befogenheter som sammanslutningens styrelse har innebär att dessa har en betydande självständighet i förhållande till den upphandlande myndigheten.

Som återgetts i avsnitt 19.6.1 anger Stattin i sitt rättsutlåtande att kontrollkriteriet förutsätter, i fråga om aktiebolag, att den upphandlande myndigheten eller de upphandlande myndigheterna åtminstone ska kunna utöva kontroll över bolaget samt att med kontroll torde avses möjlighet att ge direktiv i förvaltningsfrågor. Vidare anger han att kontroll torde kunna utövas på flera sätt.

OFUKI-utredningen konstaterar att det tydligt framgår av EU-domstolens praxis att förekomsten av privata ägarintressen i den fristående enheten i princip utesluter att kontrollkriteriet är uppfyllt. I övrigt kan det enligt utredningens mening inte utläsas av EU-domstolens avgöranden att något eller några av de förhållanden som domstolen beaktat måste förekomma – eller inte får förekomma – för att tillräcklig kontroll ska finnas. I domarna finns inte heller någon uttömmande beskrivning av konkreta förhållanden som kan vara relevanta att ta hänsyn till. OFUKI-utredningen bedömer mot denna bakgrund att sådana förhållanden som angetts av Madell och Sundstrand respektive av Stattin torde vara relevanta för kontrollkriteriet men att det också kan finnas andra omständigheter som antingen skapar eller hindrar kontroll och som därför bör beaktas i helhetsbedömningen av om tillräcklig kontroll finns.

Värdering av betydelsefulla förhållanden

Utifrån EU-domstolens avgöranden är det vanskligt att var för sig värdera de förhållanden som varit relevanta i målen. För några av dessa omständigheter är dock betydelsen tydligare än för andra.

Att den upphandlande myndigheten har rätt att utse ledamöter i den fristående enhetens styrande eller företagsledande organ är en omständighet som talar för att kontroll finns. Detsamma gäller om det finns en personell koppling mellan ledamöter och den upphandlande myndigheten. Som angetts i avsnitt 19.5.1 bedömer

OFUKI-utredningen att sådana förhållanden i sig inte torde skapa en tillräcklig kontrollmöjlighet. Detta gäller även om det finns både en rätt att utse ledamöter och en personell koppling till de ledamöter som utsetts.

I avsnitt 19.6.1 har OFUKI-utredningen gjort bedömningen att långtgående befogenheter för den fristående enhetens styrelse talar starkt emot att kontrollkriteriet är uppfyllt men att detta kan uppvägas av att enhetens självständighet begränsats på annat sätt. En fråga är då vilka sådana begränsningar som måste finnas för att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt när styrelsen har långtgående befogenheter.

EU-domstolens praxis ger inget tydligt svar på frågan. I stället får vägledning sökas i främst domarna i mål C-371/05, kommissionen mot Italien (Mantova), och C-324/07, Coditel, där domstolen bedömde att kontrollkriteriet var uppfyllt (se bl.a. avsnitt 19.6.1). Med hänsyn till dessa domar och mot bakgrund av utredningens analys i de föregående avsnitten bedömer OFUKI-utredningen att en upphandlande myndighet som ensam eller tillsammans med andra upphandlande myndigheter äger en fristående enhet, vars styrelse har långtgående befogenheter, generellt sett kan antas utöva tillräcklig kontroll över enheten om också följande omständigheter föreligger (motsvarande gäller om den upphandlande myndigheten är medlem i den fristående enheten tillsammans med andra upphandlande myndigheter).

- Den upphandlande myndigheten eller de upphandlande myndigheterna utser ledamöter i den fristående enhetens styrande eller företagsledande organ.
- Det finns en personell koppling mellan dessa personer och den upphandlande myndighet eller de upphandlande myndigheter som utsett dem.
- Syftet med den fristående enhetens verksamhet är att tillgodose ett offentligt intresse och syftet omfattar inte något annat än de offentliga intressen som den upphandlande myndigheten eller de upphandlande myndigheterna ska tillgodose.
- Den fristående enheten kan inte självständigt bestämma över syftet med verksamheten eller över verksamhetsföremålet.

- Den fristående enhetens geografiska verksamhetsområde är inte större än det geografiska verksamhetsområdet för den upphandlande myndigheten eller de upphandlande myndigheterna.
- En eller flera tjänstemän hos den upphandlande myndigheten eller de upphandlande myndigheterna har utsetts för verksamhetsstyrning och övervakning av den fristående enheten.

Enligt OFUKI-utredningens uppfattning torde det inte vara nödvändigt att samtliga dessa förhållanden föreligger för att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt trots långtgående befogenheter hos styrelsen. I Coditel-målet, som gällde en mellankommunal sammanslutning, förelåg tillräcklig kontroll utan att någon kommunal tjänsteman utsetts för verksamhetsstyrning och övervakning. Det fanns dock ett rådgivande organ som bestod av ett antal sakkunniga kommunala tjänstemän och som var utsedda, beroende på omständigheterna, av sammanslutningens styrelse eller stämma.

Även i Mantova-målet förelåg tillräcklig kontroll utan att samtliga ovan angivna omständigheter synes ha förelegat. OFUKI-utredningen konstaterar bl.a. att det av Mantova- domen inte framgår att syftet med verksamheten för det aktuella aktiebolaget var att tillgodose ett allmänt intresse och inte heller att bolagets verksamhetsområde var geografiskt begränsat. I stället bedömde EU-domstolen att kriteriet var uppfyllt med hänvisning till att ledamöter i bolagets företagsledande organ utsågs av Mantova kommun och till att en kommunal tjänsteman utsetts med styrande och granskande funktioner.

Oaktat det nu gjorda generella antagandet måste särskilt framhållas att bedömningen av om en upphandlande myndighet har möjlighet till avgörande påverkan på en fristående enhets strategiska mål och viktiga beslut ska ta sikte på förhållandena i det enskilda fallet.

19.9.2 Kan tillräcklig kontroll uppnås över ett svenskt aktiebolag enligt ABL?

Utredningens bedömning: 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.

Generellt om aktiebolag

En central fråga är huruvida det över huvud taget kan vara möjligt för en upphandlande myndighet att utöva ett bestämmande inflytande över de strategiska målen och viktiga besluten för ett aktiebolag enligt ABL. En följdfråga är vilka åtgärder som kan krävas för att skapa en sådan möjlighet.

Stattin gör i sitt rättsutlåtande bedömningen att en upphandlande myndighet som äger ett svenskt aktiebolag torde kunna anses utöva kontroll över bolaget i enlighet med kontrollkriteriet. I huvudsak lägger Stattin vikt vid möjligheterna för aktieägare att styra ett aktiebolag genom bolagsstämman (se avsnitt 19.6.2). Bedömningen innefattar en jämförelse med möjligheterna att styra över verksamhet i förvaltningsform (se den inledande texten i avsnitt 19.10).

Madell och Sundstrand gör i sitt rättsutlåtande motsatt bedömning med hänvisning särskilt till att bolagsorganen har en självständig ställning i förhållande till ägaren (se avsnitt 19.6.2).

OFUKI-utredningen har i de föregående avsnitten behandlat de förhållanden som tagits upp av Stattin respektive Madell och Sundstrand liksom andra förhållanden som torde vara av betydelse för om en upphandlande myndighet kan ha möjlighet till avgörande påverkan på ett svenskt aktiebolags strategiska mål och viktiga beslut. Utredningen utesluter inte att det i enskilda fall också kan finnas andra omständigheter som skapar eller hindrar kontroll och som därför kan vara relevanta.

Enligt OFUKI-utredningens mening står det klart att kontrollkriteriet inte är uppfyllt om en upphandlande myndighet som äger ett svenskt aktiebolag endast utser styrelseledamöterna, direkt eller genom bolagsstämman, och det i övrigt inte förekommer annan ägarstyrning än vad som följer av att verksamhetsföremålet angetts

i bolagsordningen (se avsnitt 19.6.2). Att detta verksamhetsföremål eller bolagets syfte inte kan ändras av styrelsen torde visserligen kunna vara en relevant omständighet men kan enligt OFUKI-utredningens mening inte anses ha någon avgörande betydelse. Inte heller den omständigheten att bolagsstämman har möjlighet att besluta om bindande anvisningar torde i sig räcka till för att en annan bedömning ska kunna göras. Om det förekommer faktiskt beslutade anvisningar – förenliga med aktiebolagsrätten – kan däremot en högre grad av kontroll uppnås, beroende på den styrning som anvisningarna innebär. Sådana anvisningar torde kunna användas för att uppnå ett bestämmande inflytande över i vart fall vissa av bolagets viktiga beslut. Det är emellertid enligt OFUKI-utredningens mening tveksamt om – om än inte uteslutet att – anvisningar som enda tillkommande styrningsinstrument till de nu angivna omständigheterna skulle kunna ge upphov till tillräcklig kontroll (jfr avsnitt 19.6.2).

Däremot bedömer OFUKI-utredningen att ett bestämmande inflytande över ett svenskt aktiebolags strategiska mål och viktiga beslut väl kan uppnås om det även är så att syftet med bolagets verksamhet är att tillgodose ett allmänt intresse som också den upphandlande myndigheten ska eller får tillgodose och om bolagets geografiska verksamhetsområde sammanfaller med eller är mindre än motsvarande område för den upphandlande myndigheten. I vilken utsträckning bolagsstämmans anvisningsrätt måste ha utnyttjats när det finns sådana begränsningar i den yttre ramen för bolagets verksamhet är svårbedömt. OFUKI-utredningen bedömer dock att om de övriga kontrollskapande åtgärder som nu nämnts kompletteras av en aktiv – om än inte maximal – styrning genom anvisningar, inom de ramar som aktiebolagsrätten tillåter, så torde möjlighet finnas till avgörande påverkan på såväl strategiska mål som viktiga beslut. Om bolagsstämman inte alls eller endast obetydligt utnyttjar anvisningsrätten är det mera tveksamt om tillräcklig kontroll kan uppnås (jfr avsnitt 19.6.2).

I bolagsordningen kan tas in föreskrifter med exempelvis innebörden att vissa extraordinära beslut inte får fattas utan godkännande av bolagsstämman. OFUKI-utredningen bedömer att ägarstyrning genom sådana föreskrifter kan ha samma betydelse för kontrollkriteriet som likartade bolagsstämmoanvisningar.

En i viss mån kontrollskapande åtgärd får enligt OFUKI-utredningens mening också bedömas vara att ägaren, direkt eller genom bolagsstämman, utser en eller flera lekmannarevisorer. Lekmanna-

revisorernas betydelse får dock antas vara begränsad i jämförelse med betydelsen av t.ex. en aktiv användning av bolagsstämмоanvisningar eller att bolagets verksamhet syftar till att tillgodose ett allmänt intresse.

Sammantaget gör OFUKI-utredningen bedömningen att en upphandlande myndighet som ägare till ett svenskt aktiebolag kan skapa möjlighet till avgörande påverkan på bolagets strategiska mål och viktiga beslut genom åtgärder som är förenliga med den svenska aktiebolagsrätten. Förhållandena i det enskilda fallet är avgörande för om det finns tillräcklig kontroll.

Särskilt om statligt ägda aktiebolag

För ett aktiebolag som ägs av staten gäller samma aktiebolagsrättsliga möjligheter till ägarstyrning som för vilket annat aktiebolag som helst (se avsnitt 19.4). Några bestämmelser motsvarande 3 kap. 17–18 §§ KL för kommunala företag finns vidare inte för statliga bolag (jfr dock avsnitt 9.3.1). Bedömningen av om staten som ägare till ett aktiebolag har möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande över bolagets strategiska mål och viktiga beslut får därför göras i enlighet med vad som angetts generellt om aktiebolag i föregående avsnitt. Särskilt relevanta omständigheter får enligt OFUKI-utredningens mening bedömas vara vad som är syftet med bolagets verksamhet och i vilken utsträckning ägarstyrning i övrigt förekommer genom bolagsstämмоanvisningar eller föreskrifter i bolagsordningen (jfr vad som anförs nedan om kommunala aktiebolag).

Särskilt om kommunalt ägda aktiebolag

Liksom för statligt ägda aktiebolag gäller samma aktiebolagsrättsliga möjligheter till ägarstyrning för ett kommun- eller landstingsägt bolag som för vilket annat aktiebolag som helst. Detta påverkas inte av att vissa åtgärder måste vidtas i enlighet med bestämmelserna i 3 kap. 17–18 §§ KL. Att sådana åtgärder vidtagits påverkar alltså inte styrningsmöjligheterna enligt svensk aktiebolagsrätt. Som närmare behandlats i de föregående avsnitten anser emellertid OFUKI-utredningen att sådana åtgärder ändå kan beaktas i bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt.

En konsekvens av att åtgärder vidtagits i enlighet med den kommunalrättsliga regleringen för ett helägt kommunalt aktiebolag är att följande omständigheter föreligger.

- Samtliga styrelseledamöter har utsetts av fullmäktige.
- Det kommunala ändamålet med verksamheten har fastställts.
- Bolagets verksamhetsföremål enligt bolagsordningen är begränsat till sådana uppgifter som är kommunala angelägenheter.
- Fullmäktige har sett till att få ta ställning innan beslut i bolagets verksamhet som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas.
- Minst en lekmannarevisor har utsetts.
- Kommunstyrelsen utövar uppsikt över verksamheten.

Vidare ska de kommunalrättsliga principerna ha gjorts bindande för bolaget, utom i de fall bolaget bedriver verksamhet som är undantagen från någon eller några av principerna. Som huvudregel ska därför verksamheten för ett helägt kommunalt bolag syfta till att tillgodose ett kommunalt ändamål som är något annat än att ge vinst till ägaren, i enlighet med förbudet mot spekulativa företag, och detta syfte ska ha angetts i bolagsordningen. Som huvudregel ska också verksamheten vara geografiskt begränsad i enlighet med vad som följer av lokaliseringsprincipen.

Det nu sagda om helägda aktiebolag är i huvudsak aktuellt även för interkommunala aktiebolag, dvs. bolag som ägs av flera kommuner eller landsting. Enligt 3 kap. 18 § KL gäller dock i dessa fall inte samma obligatoriska krav för sådana åtgärder som enligt 3 kap. 17 § KL ska vidtas för helägda bolag. Vad gäller gemensamt utövad kontroll, se avsnitt 19.11.1.

OFUKI-utredningen anser att ett kommunalt bolag, för vilket förhållandena överensstämmer med det som nu beskrivits, i hög grad står under ägarens kontroll. Det kan enligt OFUKI-utredningens mening inte uteslutas att redan dessa förhållanden kan ge möjlighet för ägaren att utöva ett bestämmande inflytande över bolagets strategiska mål och viktiga beslut. Fullmäktiges ställningstagande är emellertid inte formellt bindande för bolaget och har inte samma rättsliga verkningar som ägarstyrning i form av bolagsstämмоanvisningar. OFUKI-utredningen bedömer därför att även sådana anvisningar kan vara nödvändiga för att tillräckligt in-

flytande ska uppnås. I enlighet med vad som ovan anförts generellt om aktiebolag, kan ett obefintligt eller obetydligt utnyttjande av anvisningsrätten tala mot att ägaren har tillräckligt inflytande. Som också anförts ovan kan styrande föreskrifter i bolagsordningen ha samma betydelse för kontrollkriteriet som likartade bolagsstämmoanvisningar.

För vissa kommunala verksamheter gäller undantag från förbudet mot spekulativ verksamhet, självkostnadsprincipen eller lokaliseringsprincipen (se avsnitt 23.2). OFUKI-utredningen konstaterar att en affärsmässig inriktning på ett aktiebolags verksamhet eller avsaknad av geografiska begränsningar av denna är omständigheter som talar mot att ägaren har möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande över bolagets strategiska mål och viktiga beslut. Samtidigt är det utredningens uppfattning, mot bakgrund av EU-domstolens praxis, att sådana omständigheter inte med nödvändighet måste innebära att tillräcklig kontroll inte kan uppnås (jfr avsnitt 19.9.1). Allmänt kan emellertid antas att det i dessa fall torde behövas ägarstyrning genom bolagsstämmodirektiv eller föreskrifter i bolagsordningen i än högre grad än om samtliga kommunalrättsliga principer gjorts bindande. Någon generell bedömning är i övrigt inte möjlig att göra. Avgörande är vilka omständigheter som finns i det enskilda fallet.

19.9.3 Kan tillräcklig kontroll uppnås över andra svenska privaträttsliga associationer?

Utredningens bedömning: En upphandlande myndighet kan skapa möjlighet till avgörande påverkan på de strategiska målen och viktiga besluten för en ekonomisk förening, en ideell förening, ett försäkringsföretag eller ett handelsbolag genom åtgärder som är förenliga med den svenska associationsrätten.

Stattin har i sitt rättsutlåtande tagit ställning till huruvida kontrollkriteriet skulle kunna vara uppfyllt med avseende på en ekonomisk förening. Enligt hans bedömning torde en upphandlande myndighet kunna anses utöva kontroll över en ekonomisk förening som den upphandlande myndigheten är medlem i tillsammans med andra upphandlande myndigheter. Han anför bl.a. att rättsläget för ekonomiska föreningar är likartat rättsläget för aktiebolag, fränsett

att en ekonomisk förening måste ha flera medlemmar. Vidare anför han att det i 6 kap. 13 § andra stycket FL finns en direktivrätt som motsvarar direktivrätten i 8 kap. 41 § andra stycket ABL och att det alltså finns möjlighet att lämna bindande direktiv till styrelse och verkställande direktör som dessa måste följa vid äventyr av skadeståndsskyldighet.

OFUKI-utredningen konstaterar att FL saknar bestämmelser om lekmannarevisorer. I övrigt motsvarar emellertid det associationsrättsliga regelverket för ekonomiska föreningar i fråga om styrningsmöjligheter väsentligen det som gäller för aktiebolag enligt ABL. OFUKI-utredningen anser därför att möjligheterna för offentliga medlemmar i en ekonomisk förening att åstadkomma avgörande påverkan på föreningens strategiska mål och viktiga beslut bör bedömas på samma sätt som för offentliga ägare till aktiebolag enligt ABL. OFUKI-utredningens bedömningar i avsnitt 19.9.2 är alltså av relevans även för ekonomiska föreningar.

I jämförelse med vad som är möjligt för aktieägare i ett aktiebolag enligt ABL, torde medlemmarna i ideella föreningar ha större möjligheter att genom bestämmelser i stadgarna eller stämmobeslut åstadkomma avgörande påverkan på föreningens strategiska mål och viktiga beslut. Detsamma gäller i fråga om handelsbolag, till följd av de stora möjligheterna att avtala om bl.a. formerna för bolagets förvaltning. I ett handelsbolag där alla delägare deltar i förvaltningen har, som angetts i avsnitt 19.5.3, varje delägare en direkt ledande och styrande ställning. OFUKI-utredningen bedömer därför att det är möjligt för upphandlande myndigheter som är medlemmar i en ideell förening eller som är delägare i ett handelsbolag att skapa tillräcklig kontroll enligt kontrollkriteriet. Vad som angetts i avsnitt 19.9.2 kan tjäna till ledning för den närmare bedömningen av vilka åtgärder som kan krävas.

Möjligheterna till styrning av försäkringsföretag enligt FRL motsvarar i hög grad vad som gäller för aktiebolag enligt ABL respektive ekonomiska föreningar enligt FL, om än vissa skillnader finns, t.ex. genom att bolagsordningen eller stadgarna för ett försäkringsföretag och ändringar av dessa instrument ska godkännas av Finansinspektionen eller i vissa fall av regeringen (2 kap. 8–9 §§ FRL). Prövningen i samband med detta är inriktad på att bolagsordningen eller stadgarna överensstämmer med bl.a. FRL och att den i övrigt innehåller de särskilda bestämmelser som behövs med hänsyn till omfattningen och arten av verksamheten (2 kap. 4 § första stycket 1 och 9 § första stycket FRL). I fråga om styrelse-

ledamöter och verkställande direktör görs också en bedömning av deras kvalifikationer för uppdraget (2 kap. 4 § första stycket 4 FRL). Prövningen hindrar däremot inte i sig att det i bolagsordningen eller stadgarna tas in t.ex. bestämmelser om att vissa extraordinära beslut inte får fattas utan godkännande av stämman. Sammantaget anser OFUKI-utredningen att kontrollmöjligheterna för offentliga aktieägare eller delägare i ett försäkringsaktiebolag eller ömsesidigt försäkringsbolag bör bedömas på samma sätt som för offentliga ägare till aktiebolag enligt ABL. Motsvarande gäller i fråga om försäkringsföreningar. OFUKI-utredningens bedömningar i avsnitt 19.9.2 har därför relevans även för försäkringsföretag.

Det måste framhållas att det är förhållandena i det enskilda fallet som är avgörande för om det finns tillräcklig kontroll över den aktuella juridiska personen.

19.10 Jämförelse med kontrollmöjligheter över den egna förvaltningen

Kontrollkriteriet har av EU-domstolen formulerats som att den upphandlande myndigheten ska utöva en kontroll över den fristående enheten motsvarande myndighetens kontroll över den egna förvaltningen. Vidare har domstolen förklarat att kontrollmöjligheterna inte behöver vara identiska. I övrigt har EU-domstolen inte närmare undersökt eller analyserat vilka kontrollmöjligheter som funnits internt inom de upphandlande myndigheter som varit aktuella i de olika målen. Avgörandena har i stället huvudsakligen varit inriktade på om den upphandlande myndigheten haft möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande över den fristående enhetens strategiska mål och viktiga beslut.

I fråga om svenska förhållanden anger Stattin i sitt rättsutlåtande att vid en jämförelse med verksamhet som bedrivs i förvaltningsform framstår styrningsmöjligheterna som större om verksamheten drivs i aktiebolagsform.

19.10.1 Statligt ägda aktiebolag enligt ABL

Utredningens bedömning: Svenska rättsförhållanden hindrar inte att staten som ägare till ett aktiebolag enligt ABL kan utöva en kontroll över bolaget motsvarande den kontroll som staten utövar över den egna förvaltningen.

I propositionen (prop. 2009/10:134, s. 40) till grund för det temporära in house-undantaget anfördes att vid en jämförelse av statens formella möjligheter till styrning över den egna förvaltningen och de möjligheter till styrning över bolag som finns i bl.a. ABL, blir bedömningen att statliga företag, i vissa fall, bör kunna organiseras och styras på ett sådant sätt att kontrollkriteriet uppfylls.

Som angetts i avsnitt 6.1 har de statliga förvaltningsmyndigheterna under regeringen en lydnadsplikt gentemot regeringen (se även prop. 2009/10:134, s. 27 f. och 40). Regeringen har möjlighet till formell styrning genom reglering i förordningar, t.ex. instruktioner för myndigheten, och förhållningsregler i andra beslut, t.ex. regleringsbrevet för myndigheten. Regeringen beslutar även om utnämning av myndighetschefer och ledamöter i styrelser. Informellt kan styrning också ske genom t.ex. dialog med myndighetschefer.

Regeringens rätt att ge direktiv till förvaltningsmyndigheterna är dock inte obegränsad (se avsnitt 6.1). Regeringen får inte utfärda förordningar som strider mot överordnade författningar eller fatta andra beslut som strider mot gällande rätt. Regeringen får inte heller bestämma hur en förvaltningsmyndighet i enskilda fall ska besluta i ärenden som rör myndighetsutövning mot enskilda eller mot kommun eller som rör tillämpningen av lag.

OFUKI-utredningen konstaterar att de formella möjligheterna för staten att styra över ett statligt ägt aktiebolag inte är identiska med möjligheterna till styrning över den egna förvaltningen. Styrningen av de statliga myndigheternas verksamhet genom bl.a. regleringsbrev och andra regeringsbeslut får också bedömas kunna ge upphov till större kontroll än vad som kan åstadkommas av staten genom bolagsstämman i ett statligt ägt aktiebolag. Det kan även konstateras att de statliga förvaltningsmyndigheterna formellt sett inte intar en lika självständig ställning i förhållande till regeringen som de kommunala nämnderna gör i förhållande till fullmäktige (prop. 2009/10:134, s. 40).

Vid en jämförelse mellan statens möjligheter till kontroll över ett aktiebolag och den statliga förvaltningen framträder emellertid också likheter. Regeringens möjligheter att styra över underlydande förvaltningsmyndigheter innebär att dessa har en hierarkiskt underordnad ställning till regeringen (och riksdagen). Även möjligheterna för staten att som ägare till ett aktiebolag enligt ABL utöva styrning över styrelsen, genom bolagsstämman, baseras på en hierarkisk relation mellan bolagsorganen vilken, som huvudregel, innefattar en lydadsplikt för underordnade organ. Bolagsstämman i ett aktiebolag kan med bindande verkan för styrelsen ge anvisningar i förvaltningsfrågor, dock med bl.a. den begränsningen att anvisningarna inte får ha sådan omfattning eller art att styrelsens funktion åsidosätts.

Sammantaget bedömer därför OFUKI-utredningen att en jämförelse mellan statens möjligheter att kontrollera den egna förvaltningen och att kontrollera ett statligt ägt aktiebolag har motsvarigheter. EU-domstolens praxis ger inte närmare ledning för frågan om i vilken grad dessa kontrollmöjligheter måste motsvara varandra. Som angetts ovan har dock avgörandena huvudsakligen varit inriktade på om den upphandlande myndigheten haft möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande över den fristående enhetens strategiska mål och viktiga beslut. OFUKI-utredningen anser mot den bakgrunden att det saknas anledning till annan bedömning än att den svenska staten kan utöva kontroll över ett statligt ägt aktiebolag motsvarande den kontroll som staten utövar över den egna förvaltningen, under förutsättning att åtgärder vidtagits som ger möjlighet för staten att utöva ett bestämmande inflytande över de strategiska målen och viktiga besluten för bolaget.

19.10.2 Kommunalt ägda aktiebolag enligt ABL

Utredningens bedömning: Svenska rättsförhållanden hindrar inte att en kommun eller ett landsting som ägare till ett aktiebolag enligt ABL kan utöva en kontroll över bolaget motsvarande den kontroll som kommunen eller landstinget utövar över den egna förvaltningen.

I prop. 2009/10:134, *Upphandling från statliga och kommunala företag*, gjordes bedömningen att en jämförelse mellan kommuners och landstings styrning och kontroll över den egna förvaltningen respektive över egna bolag visar att möjligheten att styra ett kommunalt aktiebolag inte bör vara sämre än möjligheten att styra en kommunal förvaltning (s. 39).

OFUKI-utredningen konstaterar att svenska kommunala nämnder formellt har en mera självständig roll i förhållande till kommun- eller landstingsfullmäktige än vad en bolagsstyrelse har i förhållande till bolagsstämman. Fullmäktige har exklusiv kompetens att besluta i sådana ärenden i kommunen eller landstinget som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt. Nämnderna har dock ansvar för förvaltningen och för verkställigheten av fullmäktiges beslut inom sina respektive verksamhetsområden, med följd att fullmäktige inte får besluta i sådana frågor. En bolagsstämma kan däremot ge bindande anvisningar till bolagsstyrelsen i förvaltningsfrågor, dock med bl.a. den begränsningen att anvisningarna inte får ha sådan omfattning eller art att styrelsens funktion träds för när.

En klar skillnad finns när det gäller möjligheterna att avsätta nämndledamöter respektive styrelseledamöter. En bolagsstämma, eller den som annars tillsatt styrelseledamöter, kan avsätta ledamöterna med i princip omedelbar verkan och utan att några skäl behöver anges. Möjligheterna för fullmäktige att avsätta en nämndledamot är däremot begränsade och förutsätter antingen vägrad ansvarsfrihet eller att ledamoten dömts för ett grövre brott.

En skillnad finns också i fråga om fullmäktiges respektive bolagsstämmans relation till externa parter. Fullmäktiges beslut kan ha direkt verkan gentemot andra rättssubjekt än den egna juridiska personen och fullmäktige kan också själv t.ex. föra talan i domstol. Bolagsstämman i ett aktiebolag har däremot i princip ingen firmateckningsrätt. Denna ligger i stället hos styrelsen, den verkställande direktören eller särskilda firmatecknare.

Sammantaget konstaterar OFUKI-utredningen att de formella möjligheterna för en kommun eller ett landsting att styra och utöva kontroll över ett kommunalt bolag inte är identiska med möjligheterna att styra över den egna förvaltningen. De formella möjligheterna till inflytande över verksamheten kan dock inte anses mindre om denna bedrivs i ett kommunalt bolag än om den bedrivs i den egna förvaltningen. OFUKI-utredningen gör därför ingen annan bedömning av möjligheten att styra ett kommunalt aktie-

bolag i jämförelse med möjligheten att styra en kommunal förvaltning än vad som gjorts i prop. 2009/10:134 och som återgetts ovan.

OFUKI-utredningen bedömer därmed, mot bakgrund också av bedömningen i avsnitt 19.9.2, att svenska rättsförhållanden inte hindrar att en kommun eller ett landsting som ägare till ett aktiebolag kan utöva en kontroll över bolaget motsvarande den kontroll som kommunen eller landstinget utövar över den egna förvaltningen.

19.10.3 Andra svenska privaträttsliga associationer

Utredningens bedömning: Svenska rättsförhållanden hindrar inte att staten, en kommun eller ett landsting som medlem i en ekonomisk eller ideell förening eller som andelsinnehavare i ett försäkringsföretag eller ett handelsbolag kan utöva en kontroll över föreningen eller bolaget motsvarande den kontroll som staten, kommunen eller landstinget utövar över den egna förvaltningen.

I förarbetena (prop. 2009/10:134, s. 39 f.) till det temporära in house-undantaget gjordes bedömningen att kontrollkriteriet i princip bör kunna uppfyllas i fråga om ekonomiska och ideella föreningar. Försäkringsföretag behandlades inte i förarbetena. Inte heller handelsbolag behandlades med anledning av att staten, kommuner och landsting i regel inte bedriver företag i form av handelsbolag (samma prop., s. 20).

OFUKI-utredningen har i avsnitt 19.9.3 gjort bedömningen att en upphandlande myndighet kan skapa möjlighet till avgörande påverkan på de strategiska målen och viktiga besluten för en ekonomisk förening, en ideell förening, ett försäkringsföretag eller ett handelsbolag genom åtgärder som är förenliga med den svenska associationsrätten. Denna förutsättning för kontrollkriteriet kan alltså uppfyllas då staten, en kommun eller ett landsting är medlem i en ekonomisk eller ideell förening eller är andelsinnehavare i ett försäkringsföretag eller ett handelsbolag.

I frågan huruvida möjligheterna att kontrollera en sådan juridisk person motsvarar möjligheterna att kontrollera den egna förvaltningen finns enligt OFUKI-utredningens mening inte anledning till annan bedömning än vad som redovisats i avsnitt 19.10.1 och

19.10.2 om aktiebolag enligt ABL. OFUKI-utredningen anser alltså att kontrollkriteriet kan vara uppfyllt i relationen mellan staten, en kommun eller ett landsting och en ekonomisk förening, en ideell förening, ett försäkringsföretag eller ett handelsbolag.

19.11 Särskilt om gemensam kontroll och kontroll över associationer som innehas indirekt

Ett flertal svenska aktiebolag ägs gemensamt av flera offentliga aktörer. Framför allt förekommer detta inom den kommunala sektorn på så sätt att flera kommuner samverkar i ett gemensamt ägt bolag. Särskilt inom den kommunala sektorn är det också vanligt att aktiebolag ägs indirekt via t.ex. holdingbolag. Schematiskt är kommunernas företagsstruktur ofta organiserad på så sätt att kommunen är ensam och direkt ägare till ett aktiebolag (moderbolag), som i sin tur är ensam och direkt ägare till ett antal andra aktiebolag (dotterbolag).

Inom det offentliga finns också andra ägarstrukturer som kan vara mer komplexa genom kombinationer av gemensamt och indirekt ägande. Som exempel kan nämnas ägarförhållandena i SOS Alarm Sverige AB. Bolaget ägs till lika stora delar av staten och ett helägt dotterbolag till Sveriges Kommuner och Landsting (SKL). SKL är en ideell förening i vilken Sveriges samtliga kommuner och landsting är medlemmar.

Mot denna bakgrund kan bl.a. ställas frågan huruvida en kommun som äger ett aktiebolag tillsammans med andra kommuner kan utöva kontroll över bolaget i enlighet med kontrollkriteriet. En annan fråga är om t.ex. en kommun kan utöva sådan kontroll över ett aktiebolag som kommunen indirekt äger via ett holdingbolag.

19.11.1 Gemensamt utövad kontroll

Möjligheterna att utöva kontroll över ett gemensamt ägt aktiebolag har behandlats av EU-domstolen i några avgöranden, bl.a. domen i mål C-573/07, Sea (denna praxis har närmare belysts i avsnitt 4.6.3). Enligt OFUKI-utredningens mening framstår rättsläget som förhållandevis klart.

Om flera offentliga myndigheter äger ett bolag som de ger i uppdrag att tillhandahålla en offentlig tjänst, kan myndigheterna

gemensamt utöva kontroll över bolaget (Sea-domen, punkt 59). Vad gäller ett kollegialt organ saknar det betydelse vilket beslutsförfarande, t.ex. majoritetsbeslut, som används (Sea-domen, punkt 60). Detta får enligt OFUKI-utredningens mening uppfattas som att kontroll enligt kontrollkriteriet kan vara uppfyllt i förhållande till samtliga delägare till ett aktiebolag även om det förekommer t.ex. att majoritetens uppfattning är avgörande för beslut i bolagsstämman.

Stattin har i sitt rättsutlåtande angett i fråga om aktiebolag som ägs av flera upphandlande myndigheter att det inte finns täckning i EU-domstolens domar för någon slutsats om huruvida ägandet kan vara hur litet som helst men ändå ge en upphandlande myndighet rätt att tillämpa Teckal-undantaget. Vidare har han som sin mening angett att det kan vara rimligt att förutsätta att ägarna kommer överens om hur kontrollen ska utövas, till exempel i ett aktieägaravtal, om ägandet är uppdelat mellan ett stort antal upphandlande myndigheter. Samtidigt anger han att ett sådant krav inte har något uttryckligt stöd i EU-domstolens domar.

OFUKI-utredningen konstaterar att det inte helt tydligt har klargjorts i EU-domstolens praxis huruvida någon minsta ägarandel kan krävas för gemensamt utövad kontroll. I Sea-domen anförde domstolen dock, med hänvisning till domen i mål C-295/05, Asemfo, 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 (Sea-domen, punkt 62). Med bl.a. detta som grund anförde domstolen 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 (Sea-domen, punkt 63). Enligt OFUKI-utredningens mening torde ett ringa andelsinnehav i ett aktiebolag därmed i sig inte utesluta att kontrollkriteriet kan vara uppfyllt i relation till andelsinnehavaren, om denne utövar kontroll över bolaget tillsammans med övriga ägare. I vad mån det kan behövas någon särskild överenskommelse mellan aktieägarna om hur kontrollen ska utövas är, som angetts av Stattin, inget som klart framgår av EU-domstolens avgöranden. OFUKI-utredningen anser dock att förekomsten av ett sådant avtal, beroende på dess innehåll, torde kunna vara av relevans i bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt.

Med hänsyn till det nu anförda konstaterar OFUKI-utredningen att den omständigheten att t.ex. flera kommuner tillsammans äger ett aktiebolag eller är medlemmar i en ekonomisk eller ideell förening, inte i sig hindrar att kommunerna kan utöva kontroll enligt kontrollkriteriet över den juridiska personen. Den avgörande frågan är i stället om kommunerna gemensamt utövar ett bestämmande inflytande över den juridiska personens strategiska mål och viktiga beslut.

19.11.2 Kontroll över associationer som innehas indirekt

Vad gäller svenska förhållanden har Stattin i sitt rättsutlåtande dragit slutsatsen att det inte torde ha någon betydelse för kontrollkriteriet om den upphandlande myndighetens kontroll över ett aktiebolag eller en ekonomisk förening kan utövas direkt eller genom en annan sådan juridisk person över vilken den upphandlande myndigheten kan utöva kontroll. Han anför i utlåtandet att EU-domstolen inte har prövat frågan om kontrollkriteriet kan anses vara uppfyllt i koncernförhållanden men att detta, enligt hans uppfattning, borde vara fallet. Enligt Stattin torde inte kontrollen vara sämre så länge bolagen i en koncern är indirekt helägda, genom andra koncernbolag, av en upphandlande myndighet. En koncernbildning kan tvärtom, enligt Stattin, ge upphov till bättre praktisk kontroll över en diversifierad verksamhet.

OFUKI-utredningen konstaterar att EU-domstolen i några avgöranden har berört frågan om kontroll över ett aktiebolag som ägs av en offentlig myndighet via en annan juridisk person (särskilt i domen i mål C-340/04, Carbotermo). Betydelsen av ett sådant indirekt ägande står dock inte helt klar.

In house-undantaget synes inte förutsätta ägande eller annat innehav av den aktuella fristående enheten (se avsnitt 4.3.2). OFUKI-utredningen anser att redan denna omständighet talar för att kontrollkriteriet skulle kunna vara uppfyllt om den upphandlande myndigheten de facto innehar enheten, men indirekt via t.ex. ett holdingbolag. Som närmare belysts i avsnitt 4.6.3 följer också av EU-domstolens praxis att kontroll enligt kontrollkriteriet mycket väl synes kunna uppnås över ett aktiebolag som innehas indirekt (domarna i mål C-295/05, Asemfo, och C-371/05, kommissionen mot Italien [Mantova]). Direkta uttalanden om betydelsen av ett sådant innehav finns dock endast i Carbotermo-domen där dom-

stolen pekade på att förekomsten av ett holdingbolag som mellanled kan försvaga den offentliga myndighetens kontroll över den fristående enheten (punkt 39). Vilka omständigheter som kan innebära en sådan försvagning har däremot inte närmare klargjorts av domstolen. Även om det därför är vanskligt att närmare precisera vad som kan försvaga en indirekt utövad kontroll, finns enligt OFUKI-utredningens mening anledning att peka på två förhållanden som skulle kunna vara av betydelse. Samtidigt måste framhållas att dessa inte har behandlats av EU-domstolen i dess praxis och att det därför inte finns några avgöranden till stöd för slutsatserna.

Det första förhållandet som skulle kunna beaktas tar sikte på förekomsten av kontroll över mellanledet. Om exempelvis en kommun äger ett aktiebolag (verksamhetsbolag) via ett annat bolag (moderbolag), är det möjligt att kommunen endast kan utöva tillräcklig kontroll över verksamhetsbolaget om kontrollkriteriet även är uppfyllt i relationen mellan kommunen och moderbolaget. Alternativt är det möjligt att kommunen måste kunna utöva ett bestämmande inflytande över strategiska mål och viktiga beslut för moderbolaget i vart fall såvitt gäller dess ägarroll gentemot verksamhetsbolaget. Det framstår nämligen enligt OFUKI-utredningens mening som troligt att kommunens kontroll över verksamhetsbolaget måste anses försvagad i motsvarande mån som moderbolaget kan agera självständigt i sin ägarroll.

Det andra förhållandet som skulle kunna vara av betydelse tar sikte på antalet mellanled. I exemplet ovan skulle ägarstrukturen kunna utökas t.ex. genom att ytterligare ett eller flera aktiebolag placeras mellan moderbolaget och verksamhetsbolaget. Det skulle alltså då tillkomma ännu ett eller flera mellanled mellan kommunen och verksamhetsbolaget. Enligt OFUKI-utredningens mening är det möjligt att förekomsten av flera mellanled är en omständighet som i sig leder till en försvagning av den kontroll som kommunen utövar över verksamhetsbolaget.

Trots nu anförda oklarheter vad gäller EU-domstolens praxis, konstaterar OFUKI-utredningen sammanfattningsvis att domstolens domar utvisar att, beroende på omständigheterna, kontroll enligt kontrollkriteriet kan utövas över ett aktiebolag som innehas indirekt, t.ex. via ett holdingbolag. Sådan kontroll torde också kunna utövas över andra slags fristående enheter som innehas indirekt. Som angetts i avsnitt 4.6.2 har den omständigheten att den fristående enheten varit av ett visst slag inte i något fall i sig medfört att EU-domstolen ansett att den upphandlande myndig-

heten haft otillräcklig kontroll. Vidare saknas enligt OFUKI-utredningens mening skäl för annan bedömning än att det är möjligt för t.ex. svenska staten eller svenska kommuner att utöva kontroll över fristående enheter, t.ex. aktiebolag enligt ABL, som innehas indirekt.

19.12 Införande av en särskild offentlig företagsform för att säkerställa kontroll enligt kontrollkriteriet

Utredningens bedömning: En särskild offentlig företagsform behöver inte införas för att säkerställa att kontrollkriteriet kan tillämpas.

OFUKI-utredningen bedömer att såväl staten som kommuner och landsting kan åstadkomma erforderlig kontroll enligt kontrollkriteriet över bl.a. svenska aktiebolag (se föregående avsnitt). Svensk aktiebolagsrätt hindrar alltså inte i sig att in house-undantaget kan tillämpas. Den svenska aktiebolagsrätten och annan lagstiftning kan däremot inte läggas till grund för att kontrollkriteriet generellt skulle vara uppfyllt då staten, kommuner eller landsting äger aktiebolag. I stället måste särskilda kontrollskapande åtgärder vidtas i varje enskilt fall.

Prövningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt ska göras utifrån en helhetsbedömning av de individuella förhållandena för den upphandlande myndigheten och den fristående enheten. Detta medför att det kan vara svårt för t.ex. en kommun som äger ett aktiebolag att förutse om kommunen har tillräcklig kontroll över bolaget.

Frågan kan därför ställas om det borde införas en särskild offentlig företagsform omgärdad av ett regelverk som generellt innebär att kontrollkriteriet är uppfyllt. Ett sådant regelverk skulle inte ändra på det förhållandet att in house-undantagets tillämplighet ska bedömas individuellt men skulle kunna undanröja eller minska behovet av att vidta särskilda kontrollskapande åtgärder.

I lagstiftningsärendet angående det temporära in house-undantaget pekade några remissinstanser på att en fördjupad analys borde göras av behovet av en särskild bolagsform för verksamhet i offentlig regi (prop. 2009/10:134, s. 36). Regeringen ansåg emellertid, mot bakgrund av bedömningen att kontroll- och verksamhetskriterierna borde kunna uppfyllas i fråga om svenska aktiebolag

samt ekonomiska och ideella föreningar, att det saknades skäl att behandla frågan inom ramen för en temporär lösning.

Madell och Sundstrand har i sitt rättsutlåtande framfört uppfattningen att svenska aktiebolag i sin nuvarande form inte kan uppfylla kontrollkriteriet (se avsnitt 19.6.2 och 19.9.2). De menar dock att det kan finnas ett behov för staten, kommuner och landsting att i vissa situationer organisera sin verksamhet i bolagsform och anser att det därför finns behov av att införa en ny offentligrättslig associationsform. En sådan associationsform skulle enligt dem kunna uppfylla kontrollkriteriet utan att stå i strid mot bestämmelserna i ABL. De anger att kontrollkriteriet skulle kunna säkerställas genom att ägarna till bolaget ges ett direkt inflytande som innebär att de kan gå förbi bolagsstämman och bolagets styrelse och direkt fatta beslut utan att dessa organ har möjlighet att motsätta sig besluten, men en skyldighet att genomföra dem. Vidare anför de att en sådan ny associationsform även skulle kunna säkerställa att de offentligrättsliga principerna om öppenhet och lika-behandling och de kommunalrättsliga principerna om lokalisering, självkostnad och möjligheten till överprövning av olika beslut är tillämpliga på all offentlig verksamhet, oavsett organisationsform. Enligt Madell och Sundstrand borde den norska lagstiftningen om kommunala och fylkeskommunala företag kunna vara en god inspirationskälla.

Frågan om införande av en särskild offentlig företagsform är inte ny, särskilt inte för kommunal verksamhet. I betänkandet *Kommunala bolag* (SOU 1965:40) föreslog Kommunalrättskommittén att en ny företagsform avsedd för kommunal affärsverksamhet skulle införas. Efter en omfattande remissbehandling kom frågan att vidarebehandlades av Kommunalföretagskommittén, som i betänkandet *Kommunalföretaget* (SOU 1982:13) stannade för att inte föreslå någon ny särskild företagsform. I sitt arbete fann kommittén att det i kommunerna knappast fanns något intresse för en ny företagsform av blandad offentligrättslig och privaträttslig natur som skulle vara förbehållen kommunerna (s. 100). Kommittén anförde bl.a. att syftet med inrättandet av ett nytt särskilt rättssubjekt anpassat för kommunal verksamhet skulle vara att i detta kunna förena de demokratiska kraven på insyn, inflytande och kontroll från kommunens och allmänhetens sida med den effektivitet som anses präglade de privaträttsliga juridiska personerna. Enligt kommittén skulle dock arbetet med framtagandet av en juridisk person i vilken dessa till viss del motstridiga intressen

skulle avvägas och beaktas i lämplig omfattning aktualisera flera svårbemästrade problem, framför allt på den associationsrättsliga sidan. Enligt kommittén måste från rättssäkerhetssynpunkt råda klarhet om företagens kompetens så att presumtiva avtalsparter enkelt och precist kan avgöra förutsättningarna för ingåendet av bindande avtal. Vidare ansåg kommittén att introducerandet av en ny juridisk person i rättssystemet allmänt är ett från principiell synpunkt så betydelsefullt steg att det knappast bör tas utan att tungt vägande skäl talar härför. Till detta kunde enligt kommittén också läggas att införandet av en ny typ av juridisk person medför avsevärda kostnader för det allmänna inom olika områden.

OFUKI-utredningen konstaterar att det kan finnas fördelar med att införa en särskild associationsform för offentlig näringsverksamhet, bl.a. genom att associationsformen skulle kunna utformas så att kontroll enligt kontrollkriteriet säkerställs generellt. Som angetts av Madell och Sundstrand skulle genom en sådan associationsform också kunna åstadkommas en direkt bundenhet av de kommunalrättsliga principerna, när dessa är tillämpliga. Även i övrigt skulle kunna säkerställas att det råder samma förutsättningar för verksamheten som för offentlig verksamhet i förvaltningsform, t.ex. i fråga om allmänhetens insyn.

I likhet med Kommunalföretagskommittén bedömer emellertid OFUKI-utredningen att frågan om en ny juridisk person bör införas är förenad med flera svårbemästrade problem. Det är inte heller givet att fördelarna med en särskild associationsform överväger de nackdelar som kan finnas, t.ex. i form av kostnader för ombildning av dagens offentliga aktiebolag. OFUKI-utredningen konstaterar sammantaget att frågan om införandet av en särskild associationsform skulle kräva omfattande överväganden.

Som redovisats ovan gör OFUKI-utredningen bedömningen att kontroll enligt kontrollkriteriet kan åstadkommas över aktiebolag och flera andra av dagens privaträttsliga associationsformer. Vidare lämnar OFUKI-utredningen förslag till vissa åtgärder med anledning av att de kommunalrättsliga principerna inte är direkt bindande för de kommunala företagen (se avsnitt 25.3.2). OFUKI-utredningen anser mot denna bakgrund att det inom ramen för utredningens uppdrag saknas anledning att närmare ta ställning till huruvida en särskild offentlig företagsform bör införas. Sammantaget gör dock OFUKI-utredningen den bedömningen att det inte finns behov av att införa en sådan företagsform för att säkerställa att kontrollkriteriet kan tillämpas.

20 Kontroll över svenska kommunalförbund och gemensamma nämnder

Som angetts inledningsvis även i kapitel 19 inbegriper analysen av hur ett svenskt in house-undantag rättsligt bör utformas frågan om kontrollkriteriet alls kan vara uppfyllt när anskaffning görs av staten, kommuner eller landsting från fristående enheter i form av svenska associationer – och i så fall under vilka förutsättningar. I detta kapitel undersöks denna fråga med avseende på relationen mellan kommuner eller landsting och kommunalförbund eller gemensamma nämnder.

I avsnitt 8.1.2 har OFUKI-utredningen angett att det inte kan uteslutas att relationen mellan medlemmarna i ett kommunalförbund och förbundet i vissa fall kan ge upphov till upphandlingsrättsliga kontrakt. I avsnitt 8.2.3 har motsvarande bedömning redovisats i fråga om relationen mellan de kommunala parter som samverkar i en gemensam nämnd och denna nämnd. Mot den bakgrunden måste framhållas att tillämpning av in house-undantaget och därmed kontrollkriteriet aktualiseras först om relationen mellan t.ex. en kommun och ett kommunalförbund som kommunen är medlem i ger upphov till ett upphandlingsrättsligt kontrakt. Om något kontrakt inte föreligger omfattas relationen mellan kommunen och kommunalförbundet redan av den anledningen inte av upphandlingsregleringen.

20.1 EU-domstolens praxis

De slutsatser utifrån EU-domstolens praxis som OFUKI-utredningen redovisat i kapitel 19 är relevanta också när det gäller frågan om kontrollkriteriets tillämpning för kommunalförbund och

gemensamma nämnder. Bl.a. sådana omständigheter som att den upphandlande myndigheten utser ledamöter i den fristående enhetens styrande organ, att det styrande organet har begränsade befogenheter samt att den fristående enhetens syfte är att utföra en uppgift i kommunalt intresse kan alltså tala för att kontrollkriteriet är uppfyllt.

Av särskilt intresse för frågan om kontrollkriteriet kan vara uppfyllt för ett kommunalförbund eller en gemensam nämnd är EU-domstolens dom i mål C-324/07, Coditel, eftersom den fristående enheten i detta mål (Brutélé) var just en mellankommunal sammanslutning, om än belgisk. Domen har behandlats närmare i bl.a. avsnitt 4.6.4, 19.6.1 och 19.7.1.

Som angetts i tidigare avsnitt fäste EU-domstolen bl.a. vikt vid att Brutélés beslutande organ bestod av representanter från myndigheter som var anslutna till sammanslutningen. Denna omständighet tydde enligt EU-domstolen på att myndigheterna styrde Brutélés beslutande organ och på så sätt utövade ett bestämmande inflytande såväl avseende sammanslutningens strategiska mål som avseende dess viktiga beslut (punkt 34). EU-domstolen konstaterade att Brutélés styrelse hade mycket vidsträckta befogenheter (punkt 35). Trots detta ansåg EU-domstolen att Brutélé inte hade ett utrymme för självbestämmande som gjorde det omöjligt för kommunerna som var anslutna till sammanslutningen att utöva en kontroll över denna motsvarande den kontroll som dessa myndigheter utövade över sin egen förvaltning (punkt 39).

Till grund för bedömningen framhöll EU-domstolen att Brutélé inte var ett aktiebolag som kunde besluta om sitt verksamhetsföremål utan aktieägarnas inblandning, utan en kooperativ mellankommunal sammanslutning, som enligt den nationella lagstiftningen inte skulle anses vara näringsidkare (punkt 37). Vidare framhöll domstolen att Brutélés verksamhetsföremål syntes vara att utföra den uppgift i kommunalt intresse för vilken sammanslutningen bildades och att sammanslutningen inte hade något särskilt eget intresse i förhållande till de offentliga myndigheter som var anslutna till den (punkt 38). EU-domstolen torde i dessa avseenden närmast ha inriktat sig på syftet med Brutélés verksamhet och vem som kunde bestämma över detta syfte (se avsnitt 19.6.1 och 19.7.1).

Av Coditel-domen följer i övrigt att kontroll enligt kontrollkriteriet kan utövas gemensamt, i förekommande fall genom majoritetsbeslut, av flera myndigheter som är anslutna till en sådan

mellankommunal sammanslutning som Brutélé (punkt 43–54, jfr domen i mål C-573/07, Sea, punkt 54–63, se även avsnitt 4.6.3).

20.2 Kontroll över kommunalförbund

Utredningens bedömning: Kommuner eller landsting som är medlemmar i ett kommunalförbund kan, genom åtgärder som är förenliga med kommunallagen, skapa möjlighet till avgörande påverkan på kommunalförbundets strategiska mål och viktiga beslut samt utöva en kontroll över förbundet motsvarande den kontroll som de utövar över den egna förvaltningen.

I bedömningen av om en kommun eller ett landsting som är medlem i ett kommunalförbund kan utöva tillräcklig kontroll enligt kontrollkriteriet över förbundet måste göras en individuell bedömning i det enskilda fallet. Generellt sett finns emellertid enligt OFUKI-utredningens uppfattning ett flertal omständigheter som sammantagna bör tala för att ett kommunalförbund kan stå under tillräcklig kontroll av medlemmarna.

Redan det förhållandet att kommunalförbundet är en juridisk person av offentligrättslig natur som endast kommuner och landsting kan vara medlemmar i torde i viss mån tala för att medlemmarna utövar kontroll över förbundet (domarna i mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 67, och C-324/07, Coditel, punkt 37, jfr avsnitt 19.6.1).

En annan omständighet som enligt bl.a. Coditel-domen (punkt 33–34) kan tala för kontroll är att ledamöterna i kommunalförbundets beslutande församling, dvs. fullmäktige eller förbundsdirektion, tillsätts av förbundsmedlemmarnas fullmäktige och att varje medlem ska vara representerad med minst en ledamot och en ersättare (3 kap. 23 § KL). Om kommunalförbundet är organiserat med förbundsdirektion är denna också förbundsstyrelse vilket alltså innebär att ledamöterna i förbundets styrande organ tillsätts av medlemmarna (3 kap. 25 § KL).

Om förbundet däremot är organiserat med fullmäktige är det detta organ som tillsätter styrelsen, dvs. inte medlemmarna. Detta skulle möjligen kunna tala mot att medlemmarna utövar kontroll. Anledningen är att EU-domstolen motsatsvis beaktat det förhållandet att ledamöterna i den fristående enhetens styrande organ ut-

ses av den upphandlande myndigheten som en i viss mån kontrollskapande åtgärd (bl.a. domen i mål C-371/05, kommissionen mot Italien [Mantova], punkt 26, och mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 69, jfr avsnitt 19.5.1). EU-domstolens praxis ger dock enligt OFUKI-utredningens mening inte stöd för att det i sig skulle ha någon avgörande betydelse för kontrollkriteriet huruvida ledamöterna i ett kommunalförbunds styrelse tillsätts av medlemmarna eller av fullmäktige.

Samverkan i kommunalförbund får endast avse kommunala angelägenheter och kommunalförbundet saknar kompetens att utföra uppgifter som inte överlämnats från medlemmarna (se avsnitt 8.1). Vidare är de kommunalrättsliga principerna direkt tillämpliga på kommunalförbundets verksamhet. Därmed gäller bl.a. lokaliseringsprincipen och förbudet mot vinstsyfte i den mån verksamheten inte omfattas av undantag från dessa principer (se kapitel 23). Utifrån EU-domstolens praxis bedömer OFUKI-utredningen att dessa förhållanden starkt torde kunna tala för kontroll (se bl.a. domarna i mål C-458/03, Parking Brixen, C-324/07, Coditel, och C-573/07, Sea, se även avsnitt 19.7.1).

Medlemmarna i ett kommunalförbund har stor frihet att bestämma över förbundets organisation, bl.a. genom möjlighet att i förbundsordningen ange vilka organ som ska tillsättas utöver styrelsen. Som närmare beskrivits i avsnitt 8.1.2 har medlemmarna också stora möjligheter att genom bestämmelser i förbundsordningen begränsa eller styra förbundets möjligheter att agera. Sådana föreskrifter kan t.ex. behandla i vad mån förbundet får ta upp lån eller förvärva fastigheter eller innebära att förbundet åläggs att inhämta ställningstagande eller godkännande från medlemmarna i viktigare frågor. Begränsningar av detta slag av förbundets självständighet talar enligt EU-domstolens praxis för att medlemmarna utövar kontroll enligt kontrollkriteriet (jfr avsnitt 19.6.1).

I övrigt kan även bl.a. kommun- eller landstingsstyrelsens uppsiktsplikt i viss mån tala för att medlemmarna utövar kontroll (6 kap. 1 § KL, jfr avsnitt 19.8.3).

Sammantaget bedömer OFUKI-utredningen att det torde finnas goda förutsättningar för medlemmarna i ett kommunalförbund att i enlighet med kommunalrätten åstadkomma möjlighet till bestämmande inflytande över förbundets strategiska mål och viktiga beslut. Därtill framstår enligt OFUKI-utredningens mening möjligheterna till gemensamt utövad kontroll över ett kommunalförbund inte som mindre än kommuners och landstings möjlig-

heter att utöva kontroll över den egna förvaltningen. I det sammanhanget kan särskilt framhållas att regelverket om kommunalförbund, bl.a. i fråga om organisation och intern kompetensfördelning, i stor utsträckning överensstämmer med det som gäller för kommuner och landsting.

Oaktat denna generella bedömning måste framhållas, som angetts ovan, att det är omständigheterna i det enskilda fallet som är avgörande för frågan om kontrollkriteriet är uppfyllt.

20.3 Kontroll över gemensamma nämnder

Utredningens bedömning: Kommuner eller landsting som tillsatt en gemensam nämnd kan, genom åtgärder som är förenliga med kommunallagen, skapa möjlighet till avgörande påverkan på nämndens strategiska mål och viktiga beslut samt utöva en kontroll över nämnden motsvarande den kontroll som de utövar över den egna förvaltningen.

Generellt sett finns enligt OFUKI-utredningens mening ett flertal omständigheter som sammantagna bör tala för att en gemensam nämnd kan stå under tillräcklig kontroll av de kommuner eller landsting som tillsatt den.

På motsvarande sätt som för kommunalförbund torde redan det förhållandet att en gemensam nämnd är ett organ av offentlig-rättslig natur som endast kommuner och landsting kan bilda i viss mån tala för att de kommuner eller landsting som bildat den utövar kontroll över nämnden (se avsnitt 19.6.1). För kontroll talar också att ledamöter och ersättare i den gemensamma nämnden väljs av fullmäktige i de samverkande kommunerna eller landstingen och att var och en av dessa kommunala organ ska vara representerade i nämnden med minst en ledamot och en ersättare (6 kap. 9 § tredje stycket KL, bl.a. domen i mål C-324/07, Coditel, punkt 33–34).

En gemensam nämnds behörighet och befogenhet ska preciseras i en överenskommelse mellan de berörda kommunerna eller landstingen. Fullmäktige i var och en av dessa kommuner eller landsting ska också anta ett reglemente för nämnden. Härigenom regleras bl.a. nämndens syfte och finansiering (se avsnitt 8.2.2). Liksom kommunalförbund får en gemensam nämnd endast utföra kommunala angelägenheter. Likaledes styrs en gemensam nämnd också

direkt av de kommunalrättsliga principerna, bl.a. lokaliseringsprincipen och förbudet mot vinstsyfte, om undantag från dessa inte gäller för den aktuella verksamheten. Dessa omständigheter torde enligt OFUKI-utredningens mening starkt tala för att kontroll föreligger (jfr avsnitt 19.7.1). Detsamma gäller för den kompetensfördelning som följer av 3 kap. 9 § första stycket KL, dvs. att det endast ankommer på fullmäktige att besluta i ärenden av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt.

I övrigt kan även bl.a. kommun- eller landstingsstyrelsens uppsiktsplikt i viss mån tala för att den gemensamma nämnden står under kontroll av de kommuner eller landsting som bildat den (6 kap. 1 § KL, jfr avsnitt 19.8.3).

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

Oaktat denna generella bedömning måste framhållas att det är omständigheterna i det enskilda fallet som är avgörande för frågan om kontrollkriteriet är uppfyllt.

21 Utformningen av ett in house-undantag i LOU

I avsnitt 18.7.1 har OFUKI-utredningen gjort bedömningen att ett in house-undantag enligt EU-domstolens praxis om Teckalkriterierna bör införas i LOU utan sektoriella begränsningar. I detta kapitel behandlas den närmare utformningen av undantaget.

21.1 Ett preciserat undantag bör införas

Utredningens bedömning: Ett in house-undantag i LOU bör utformas så att det dels formulerar kontroll- och verksamhetskriterierna, dels preciserar vilka slags upphandlande myndigheter som kan tillämpa undantaget gentemot vilka slags leverantörer.

En absolut gräns vid införandet av ett in house-undantag i LOU är att detta inte får vara mera vidsträckt än vad som gäller enligt EU-rätten eftersom Sverige då skulle agera i strid med skyldigheterna enligt EUF-fördraget och det klassiska direktivet. OFUKI-utredningen bedömer däremot att det saknas hinder för att undantaget i LOU ges ett snävare tillämpningsområde än det EU-rättsliga undantaget (se avsnitt 17.2.7). Enligt OFUKI-utredningens mening är det dock eftersträvansvärt att en svensk regel i så hög grad som möjligt är i överensstämmelse med in house-undantaget enligt EU-domstolens praxis och inte begränsar möjligheterna att tillämpa denna praxis i Sverige. Som angetts i avsnitt 18.5 anser OFUKI-utredningen att lämpligheten av att Sverige skulle välja att inte möjliggöra tillämpning av in house-undantaget helt enligt domstolens praxis kan ifrågasättas utifrån aspekter av enhetlighet. I detta sammanhang bör också framhållas OFUKI-utredningens

bedömning i avsnitt 18.7.1 att argumenten mot att ett in house-undantag införs i Sverige inte framstår som tillräckliga för att tillmätas en avgörande betydelse. Denna uppfattning gör sig gällande också i den närmare bedömningen av vad ett in house-undantag i LOU bör omfatta.

Med dessa utgångspunkter 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 2 kap. 10 § 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 innebörden av motsvarande begrepp i det klassiska direktivet 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.

Det första slaget av utformning skulle kunna innebära att ett tillägg görs till definitionen av kontrakt i 2 kap. 10 § LOU i form av ett andra stycke i paragrafen. I detta stycke klargörs att vissa avtal mellan en upphandlande myndighet och en leverantör faller utanför begreppet kontrakt, nämligen sådana avtal som inte utgör offentliga kontrakt enligt direktiv 2004/18/EG till följd av att relationen mellan avtalsparterna, såvitt avser kontroll och verksamhet, är sådan att dessa kan anses utgöra delar av samma organisation. Härigenom skulle åstadkommas en fullständig överensstämmelse mellan det svenska begreppet kontrakt och det klassiska direktivets motsvarande begrepp såvitt avser in house-situationer. Den svenska lagtexten skulle inbegripa dels situationer på vilka Teckal-kriterierna kan tillämpas enligt EU-domstolens hittillsvarande praxis, dels eventuella situationer på vilka kriterierna kan tillämpas enligt framtida avgöranden av domstolen.

En utformning enligt denna första modell skulle särskilt ha betydelse för situationer som inte prövats av EU-domstolen. I fråga om vissa sådana situationer anser OFUKI-utredningen att övervägande skäl talar för att in house-undantaget enligt EU-rätten kan tillämpas (se avsnitt 5.1 och 5.2). För exempelvis fall då anskaffning av t.ex. tjänster görs av ett bolag som ägs och kontrolleras av en upphandlande myndighet från ett annat bolag som ägs och kontrolleras av samma myndighet bedömer emellertid OFUKI-utredningen att det är oklart om undantaget enligt EU-rätten kan tillämpas (se avsnitt 5.3). En utformning av in house-

undantaget enligt nu skisserade modell skulle innebära att lagstiftaren varken tar – eller behöver ta – ställning till om dessa fall kan ge upphov till kontrakt och därför bör inbegripas eller uteslutas från tillämpningsområdet för en svensk regel. Som angetts ovan skulle nämligen lagregeln medföra dels att EU-domstolens hittillsvarande praxis på området är tillämplig, dels – utan att behöva ändras – att eventuell framtida praxis från EU-domstolen skulle kunna vara tillämplig. Lagregeln skulle alltså medföra att det svenska in house-undantaget kommer helt i överensstämmelse med EU-rätten, oavsett hur denna utvecklas. Även om detta i och för sig får anses önskvärt, skulle en sådan lagregel också 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. I praktiken lämnar lagstiftaren också över i första hand åt svenska upphandlande myndigheter att bedöma huruvida sådana situationer som ännu inte prövats av EU-domstolen kan omfattas av in house-undantaget, trots att lagstiftaren – åtminstone ur ett generellt perspektiv – torde ha bättre förutsättningar att ta ställning till detta (jfr Mattsson, *Implementering av Europarätten i Sverige*, ERT, 2009, s. 422).

Mot 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 med en utformning av in house-undantaget på nu angivet sätt, i jämförelse med den ovan behandlade utformningen, är att försiktighet måste iakttas i bedömningen av om sådana situationer som ännu inte prövats av EU-domstolen bör omfattas av lagregeln. I den mån lagregeln därför ges begränsningar kan framtida avgöranden av EU-domstolen – om dessa klargör att den svenska avgränsningen är snävare än det som gäller enligt EU-rätten – ge anledning till överväganden om att lagregeln bör ändras (jfr avsnitt 17.2.8). Trots detta är enligt OFUKI-utredningens mening en tydlig svensk lagregel att föredra. Utredningens närmare bedömning av hur denna bör utformas redovisas i följande avsnitt.

21.2 Vilka slags upphandlande myndigheter ska kunna tillämpa undantaget?

Utredningens bedömning: Ett in house-undantag i LOU bör gälla för upphandlande myndigheter av alla slag.

EU-domstolen har hittills inte prövat något fall angående Teckal-kriterierna där den upphandlande myndigheten varit av annat slag än en offentlig myndighet. Trots detta har OFUKI-utredningen i avsnitt 5.1 gjort bedömningen 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. Av denna anledning anser OFUKI-utredningen att ett permanent in house-undantag i LOU bör utformas så att det kan tillämpas av alla sådana organ som omfattas av begreppet upphandlande myndighet enligt 2 kap. 19 § LOU vid anskaffning från fristående enheter, förutsatt att kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda. I förhållande till den temporära bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU, som endast kan tillämpas av andra upphandlande myndigheter än sådana som är offentligt styrda organ, bör alltså tillämpningsområdet utvidgas till att också avse dessa organ.

21.3 Gentemot vilka slags fristående enheter ska undantaget kunna tillämpas?

Utredningens bedömning: 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.

I EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna har förekommit olika slags juridiska personer såsom fristående enheter (se avsnitt 4.6.2). Vidare har domstolen inte gett uttryck för att den fristående enhetens privat- eller offentligrättsliga form i sig hindrar tillämpning av undantaget, under förutsättning att enheten står under tillräcklig kontroll enligt kontrollkriteriet och även bedriver verksamhet i enlighet med verksamhetskriteriet. En annan sak är att den

fristående enhetens rättsliga form skulle kunna vara omgärdad av ett sådant regelverk att kontrollkriteriet aldrig kan vara uppfyllt. Mot denna bakgrund anser OFUKI-utredningen att en utgångspunkt för ett in house-undantag i LOU bör vara att det ska omfatta anskaffning från fristående enheter av alla privaträttsliga och offentligrättsliga slag, utom sådana för vilka kontrollkriteriet aldrig skulle kunna vara uppfyllt.

I den temporära bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU anges att de leverantörer som kan komma ifråga för tillämpning av kontroll- och verksamhetskriterierna är dels juridiska personer som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i, dels gemensamma nämnder enligt KL. Stiftelser kan enligt bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU inte vara leverantörer.

Som angetts i kapitel 19 bedömer utredningen att svenska rättsförhållanden inte hindrar att kontroll enligt kontrollkriteriet kan utövas över såväl aktiebolag enligt ABL, försäkringsbolag enligt FRL, ekonomiska och ideella föreningar samt handelsbolag. I kapitel 20 har även gjorts bedömningen att kontroll enligt kontrollkriteriet kan utövas över kommunalförbund och gemensamma nämnder. Stiftelser har inte behandlats närmare av utredningen. Som angetts inledningsvis i kapitel 19 konstaterar dock OFUKI-utredningen att kontroll enligt kontrollkriteriet svårligen torde kunna utövas över stiftelser. OFUKI-utredningen anser därför att avgränsningen av vilka slags fristående enheter som ska komma ifråga för tillämpning av Teckal-kriterierna bör göras på samma sätt i ett permanent in house-undantag som i den temporära bestämmelsen. Stiftelser bör alltså inte komma ifråga såsom fristående enheter. Denna slutsats ligger också i linje med att det i OFUKI-utredningens direktiv anges att den analys som utredningen ska göra i frågan om det behövs ett in house-undantag ska avse anskaffning från företag som upphandlande myndigheter helt eller delvis innehar eller är medlemmar i. En stiftelse kan inte innehas av någon och har inte heller några medlemmar.

I sammanhanget kan framhållas att OFUKI-utredningen inte har fått några indikationer från berörda aktörer om att det finns behov av att ett permanent in house-undantag i LOU ska omfatta upphandlande myndigheters anskaffning från fristående enheter i form av stiftelser. Utredningen har inte heller i övrigt erfarit att det finns något sådant behov. En annan sak är att OFUKI-utredningen, i enlighet med det som angetts i föregående avsnitt, anser att stiftelser som är upphandlande myndigheter bör kunna tillämpa

ett permanent in house-undantag vid sin anskaffning från t.ex. helägda aktiebolag när kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda. I det avseendet behandlas alltså stiftelser inte på annat sätt än andra organ.

I likhet med det som gäller enligt den temporära bestämmelsen anser OFUKI-utredningen att ett permanent in house-undantag inte bör omfatta relationer mellan statliga myndigheter, dvs. situationer då en statlig myndighet anskaffar t.ex. varor eller tjänster från en annan statlig myndighet. Utifrån utredningens direktiv kan på motsvarande sätt som i fråga om stiftelser konstateras att exempelvis en statlig myndighet varken kan inneha eller vara medlem i en annan statlig myndighet. I övrigt har i förarbetena (prop. 2009/10:134, s. 45) till bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU gjorts bedömningen att rättspraxis, om än rättsläget är oklart, inte ger stöd för att upphandlingsrättsliga avtal normalt sett uppkommer mellan enheter inom en och samma juridiska person. Med hänsyn till detta bedömdes i förarbetena att det inte finns något uppenbart behov av att regeln är tillämplig i sådana fall. OFUKI-utredningen har ingen annan uppfattning (jfr avsnitt 3.2.1).

21.4 Bör undantaget gälla omvända situationer?

Utredningens bedömning: Ett in house-undantag i LOU bör omfatta såväl 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, som anskaffning som i stället – omvänt – görs av den fristående enheten från den upphandlande myndigheten.

Om Teckal-kriterierna är uppfyllda står det utifrån EU-domstolens praxis klart att en upphandlande myndighets anskaffning från en fristående enhet kan göras utan upphandling. 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 (se avsnitt 5.2). OFUKI-utredningen anser därför också att ett permanent in house-undantag i LOU bör utformas så att det omfattar dessa omvända situationer.

En grundförutsättning för att undantag från upphandlingskyldighet ska gälla i en omvänd situation är att den upphandlande myndighet som är leverantör utövar kontroll enligt kontrollkriteriet över den fristående enheten. Ytterligare en grundförutsättning är att denna enhet bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de upphandlande myndigheter som kontrollerar den, dvs. i enlighet med verksamhetskriteriet. I den omvända situationen är det alltså endast partsställningen i fråga om vem som är köpare och vem som är säljare som är omvänd – inte tillämpningen av kontroll- och verksamhetskriterierna. När den fristående enheten är köpare är det, på samma sätt som när den fristående enheten är säljare, denna enhet som ska stå under kontroll av den upphandlande myndighet med vilket avtalet ingåtts. Det är också denna enhet som ska utföra huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den upphandlande myndighet under vars kontroll den står.

Det bör framhållas att kontrollkriteriet kan vara uppfyllt då en upphandlande myndighets kontroll över t.ex. ett aktiebolag (dotterbolag) utövas indirekt genom ett holdingbolag (moderbolag), se avsnitt 4.6.3 och 19.11.2. Om det finns sådan kontroll – och också verksamhetskriteriet är uppfyllt – medför OFUKI-utredningens bedömning att anskaffning utan upphandling kan göras såväl av den upphandlande myndigheten från dotterbolaget som av dotterbolaget från den upphandlande myndigheten.

Det bör även framhållas att frågan om undantag från upphandlingsskyldighet i en omvänd situation endast aktualiseras om den fristående enheten är en upphandlande myndighet. Om den fristående enheten inte är det, har den redan av den anledningen inte någon skyldighet att genomföra upphandlingar enligt LOU då t.ex. varor eller tjänster anskaffas. Som angetts i avsnitt 17.1.2 torde emellertid fristående enheter, för vilka Teckal-kriterierna är uppfyllda, i praktiken regelmässigt vara upphandlande myndigheter eller därmed jämställda organ.

21.5 Bör undantaget gälla koncernsituationer?

Utredningens bedömning: Ett in house-undantag i LOU bör inte 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.

OFUKI-utredningen har i avsnitt 5.3 gjort bedömningen att det utifrån EU-domstolens praxis är 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. Oklarheten medför enligt utredningens mening att ett permanent in house-undantag i LOU inte bör omfatta dessa situationer. Som angetts i avsnitt 21.1 får ett in house-undantag i LOU inte vara mera vidsträckt än vad som gäller enligt EU-rätten.

Den nu gjorda bedömningen påverkas inte av i vad mån det utifrån faktiska organisatoriska förhållanden i offentlig sektor kan finnas behov av ett undantag från upphandlingsskyldighet i koncernsituationer. OFUKI-utredningen konstaterar att det är mycket vanligt förekommande att framför allt kommuner har organiserat verksamhet i koncernstrukturer. Omkring två tredjedelar av alla kommuner äger minst två aktiebolag som är organiserade på annat sätt än i rakt nedåtstigande led. Detta innebär visserligen inte i sig att det förekommer transaktioner mellan systerbolag avseende t.ex. varor och tjänster. Resultaten från utredningens enkät samt uppgifter som berörda aktörer lämnat till utredningen indikerar dock att sådan handel inte är ovanlig. Inte minst förekommer att tjänster av administrativ karaktär – av effektivitetsskäl eller av andra anledningar – tillhandahålls av ett visst koncernbolag till andra bolag i koncernen. Sådan handel kan vara av förhållandevis liten omfattning men kan ändå ha stor betydelse för de berörda företagen. Trots att det därför kan finnas behovsmässiga skäl för att ett in house-undantag i LOU bör omfatta anskaffningar inom ramen för koncerner eller koncernliknande organisationer, bedömer alltså OFUKI-utredningen att sådana transaktioner inte bör undantas. En första grundförutsättning för att anskaffning ska kunna undantas är nämligen att EU-rätten tillåter det.

Frånsett att det kan finnas behovsmässiga skäl, står det också klart *utifrån de faktiska organisatoriska förhållandena i kommunal sektor* att bedömningen av huruvida ett in house-undantag i LOU bör omfatta koncernförhållanden kan inskränka möjligheterna för kommuner och landsting att fritt organisera sin verksamhet. Visserligen finns inga generella rättsliga hinder att bedriva verksamhet i t.ex. en koncern bestående av flera bolag. Däremot kan möjligheterna för bolagen att anskaffa varor och tjänster m.m. från varandra utan upphandling påverkas. På detta sätt kan den kommunala självstyrelsen anses bli begränsad som följd av bedömningen att koncernförhållanden inte bör omfattas av ett in house-undantag i LOU. *I jämförelse med dagens reglering*, som inte innehåller ett undantag för koncernförhållanden, uppkommer dock ingen begränsning av den kommunala självstyrelsen.

OFUKI-utredningen har i avsnitt 18.7.1 konstaterat att det i bedömningen av om ett in house-undantag alls ska införas i svensk lagstiftning måste beaktas att den kommunala självstyrelsen i fråga om val av organisationsformer inte bör begränsas utan tungt vägande skäl. Så är naturligtvis fallet också beträffande den närmare utformningen av undantaget. I 14 kap. 3 § regeringsformen anges att en inskränkning i den kommunala självstyrelsen inte bör gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som har föranlett den.

Grunden för OFUKI-utredningens ställningstagande i frågan om ett in house-undantag i LOU bör omfatta koncernförhållanden är att EU-rätten är oklar beträffande in house-undantagets räckvidd. Den är däremot tydlig beträffande huvudregeln för anskaffning av varor och tjänster m.m. inom ramen för det klassiska direktivets tillämpningsområde. Utgångspunkten är att upphandlingskyldighet gäller för en upphandlande myndighet som anskaffar sådana nyttigheter från en enhet som är fristående från myndigheten. Mot den bakgrunden anser OFUKI-utredningen att den inskränkning av den kommunala självstyrelsen som kan anses finnas som följd av utredningens bedömning avseende in house-undantagets omfattning och utredningens bedömning beträffande valet av lagstiftningsteknik (se avsnitt 21.1), är nödvändig med hänsyn till de ändamål som föranlett inskränkningen.

OFUKI-utredningens bedömning hindrar inte att det kan finnas skäl att överväga en utvidgning av tillämpningsområdet för den svenska bestämmelsen för det fall EU-domstolen i framtida avgöranden skulle finna att Teckal-kriterierna kan innebära att det

inte gäller något krav på upphandling vid anskaffning i koncernsituationer.

Det bör vidare framhållas att det i många fall torde vara möjligt, med stöd av det permanenta in house-undantag som föreslås av OFUKI-utredningen (se nästa avsnitt), att genom omorganisation åstadkomma en ordning där t.ex. administrativa tjänster fortsatt kan tillhandahållas från ett koncernbolag till övriga bolag i koncernen, utan krav på upphandling.

21.6 Utredningens förslag

Utredningens förslag: Permanenta bestämmelser införs i LOU som innebär att ett kontrakt i lagens mening inte föreligger om en upphandlande myndighet anskaffar varor eller tjänster m.m. från en leverantör som är en juridisk person som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i, eller en gemensam nämnd enligt KL. Detta gäller endast under förutsättning att två villkor är uppfyllda. Villkoren har sin direkta motsvarighet i kontroll- och verksamhetskriterierna (Teckal-kriterierna). Den upphandlande myndigheten ska således utöva en kontroll över leverantören som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning. Vidare får, i fall då leverantören även utför verksamhet tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten, denna verksamhet endast vara av marginell karaktär.

Om relationen mellan en upphandlande myndighet och en sådan juridisk person eller gemensam nämnd som nu nämnts innebär att kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda, föreligger inte heller ett kontrakt om partsförhållandena är omvända, dvs. så att den juridiska personen eller den gemensamma nämnden är anskaffande upphandlande myndighet i stället för leverantör.

I enlighet med de bedömningar OFUKI-utredningen redovisat i avsnitt 18.7.1 och 21.1–21.5 föreslår utredningen att ett permanent in house-undantag införs i LOU utan sektoriella begränsningar. Utredningen föreslår att undantaget formuleras på likartat sätt som den temporära bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU. Förslaget innebär därmed en avgränsning av begreppet kontrakt i lagens mening

med uttryck för kontroll- och verksamhetskriterierna och med en precisering av vilka slags upphandlande myndigheter som kan tillämpa undantaget gentemot vilka slags leverantörer.

Enligt utredningens förslag kan undantaget tillämpas av samtliga organ som är upphandlande myndigheter vid anskaffning från fristående enheter. I det avseendet innebär förslaget en utvidgning i förhållande till den temporära bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU, som inte är tillämplig för upphandlande myndigheter som är offentligt styrda organ.

Den fristående enheten ska enligt OFUKI-utredningens förslag vara en juridisk person som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i, eller en gemensam nämnd enligt KL. Förslaget i denna del överensstämmer med den temporära bestämmelsen.

Enligt OFUKI-utredningens förslag kan undantaget från upphandlingsskyldighet tillämpas oavsett vilken av parterna, dvs. den upphandlande myndigheten eller den fristående enheten, som är köpare eller säljare i det aktuella avtalet. Undantaget förutsätter dock att relationen mellan parterna är sådan att kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda. Förslaget innebär en utvidgning i jämförelse med den temporära bestämmelsen, som inte är tillämplig i sådana omvända fall då anskaffningen görs av den fristående enheten.

De villkor som enligt OFUKI-utredningens förslag ger uttryck för kontroll- och verksamhetskriterierna överensstämmer med motsvarande villkor i den temporära bestämmelsen. Den upphandlande myndigheten ska alltså 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. Dessa villkor måste enligt förslaget vara uppfyllda också i en omvänd situation, dvs. då den juridiska personen eller den gemensamma nämnden anskaffar t.ex. varor eller tjänster från den upphandlande myndigheten. Även i dessa fall ska alltså den juridiska personen eller den gemensamma nämnden stå under kontroll av den upphandlande myndighet från vilken anskaffningen görs, dvs. leverantören i den omvända situationen, och bedriva sin verksamhet tillsammans med denna myndighet.

Villkoren är avsedda att helt motsvara den innebörd kontroll- och verksamhetskriterierna har enligt EU-domstolens praxis. Det innebär bl.a. att kontrollkriteriet i princip inte kan vara uppfyllt då t.ex. ett aktiebolag delvis är privatägt (se avsnitt 4.6.3). Vidare innebär det att kontroll kan utövas gemensamt av flera upphandlande myndigheter över t.ex. ett samägt aktiebolag (se avsnitt 4.6.3 och 19.11.1). I bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt i ett sådant fall ska hänsyn tas till den verksamhet som aktiebolaget bedriver tillsammans med samtliga upphandlande myndigheter (se avsnitt 4.7). Eventuell övrig verksamhet får endast vara av marginell karaktär.

Den närmare innebörden av EU-domstolens praxis – och därmed villkoren i den föreslagna bestämmelsen – har behandlats i kapitel 4, 19 och 20. Det måste betonas att bedömningen av om villkoren är uppfyllda i ett enskilt fall är beroende av omständigheterna i den aktuella situationen.

Att ett kontrakt inte föreligger i de fall som omfattas av den föreslagna bestämmelsen har betydelse för definitionen av kontrakt i 2 kap. 10 § LOU och för de definitioner som baseras på detta begrepp på samma sätt som den temporära bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU (jfr prop. 2009/10:134, s. 46 och s. 57). Bestämmelsen påverkar därmed definitionerna av byggentreprenadkontrakt, tjänstekontrakt och varukontrakt i 2 kap. 3, 18, och 21 §§ LOU liksom definitionerna av byggkoncession och tjänstekoncession i 2 kap. 4 och 17 §§ LOU. Vad gäller tjänstekoncessioner är dock den praktiska betydelsen av den föreslagna regeln begränsad på det sätt som närmare utvecklats i avsnitt 17.1.2 i fråga om betydelsen av SYSAV-domarna (RÅ 2008 ref. 26) och den temporära bestämmelsen.

22 Alternativa åtgärder samt frågor om statligt stöd

Som anges i avsnitt 18.7.1 och 21.6 anser OFUKI-utredningen att det bör införas ett permanent in house-undantag i LOU. Förslaget medför bl.a. att upphandlande myndigheter under vissa förutsättningar kan anskaffa t.ex. tjänster från fristående enheter utan upphandling.

Som följd av att OFUKI-utredningen lämnar förslag om införande av ett permanent in house-undantag ska även, enligt utredningens direktiv, 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. Enligt utredningens direktiv ska i detta sammanhang även statsstödsreglernas inverkan på ersättningen för ekonomisk verksamhet som inte upphandlats och bedrivs i enlighet med föreslaget undantag eller inom ramen för den egna förvaltningen belysas.

22.1 Alternativ till införande av ett in house-undantag i LOU

Det finns enligt OFUKI-utredningens mening två huvudsakliga utgångspunkter att förhålla sig till i en bedömning av om det finns åtgärder som skulle kunna föreslås som alternativ till införande av ett permanent in house-undantag. Den ena är att syftet måste vara att åstadkomma ett likartat resultat vad gäller möjligheterna för det offentliga att förhålla sig till sina företag. Den andra är det som anges i OFUKI-utredningens direktiv om att sådana åtgärder ska 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 ska beaktas.

Inte minst hänsynstagandet till dessa EU-rättsliga principer och EU-rätten i övrigt ger anledning att särskilt framhålla de rättsliga förutsättningarna för åtgärder på området. Den reglering som utredningen föreslår innebär ett avsteg i vissa fall från den upphandlingsskyldighet som annars skulle gälla enligt bestämmelserna i LOU. I det avseendet måste även framhållas att EU-rätten som utgör grund för de svenska lagreglerna, bl.a. det klassiska direktivet, väsentligt inskränker Sveriges frihet att införa undantag från upphandlingsskyldighet. Det finns inga möjligheter för Sverige att införa sådana undantag i den mån EU-rätten inte tillåter det. In house-undantaget enligt OFUKI-utredningens förslag ligger emellertid i linje med EU-rätten som denna tolkats av EU-domstolen i dess praxis om Teckal-kriterierna.

Mot nu angiven bakgrund konstaterar OFUKI-utredningen att det på upphandlingsområdet torde saknas rättsliga förutsättningar för förslag om alternativa åtgärder till ett in house-undantag. Utifrån de möjligheter till analys som står till buds inom ramen för OFUKI-utredningens uppdrag, kan det inte heller bedömas vara möjligt att i överensstämmelse med EU-rättens krav vidta sådana åtgärder inom andra rättsområden.

En annan sak är att OFUKI-utredningen även lämnar förslag till ändringar i kommunallagen (1991:900), KL, och att dessa i vissa avseenden har samband med förslaget till in house-undantag. Utredningen föreslår bl.a. att skyldigheten för styrelser i kommuner och landsting att utöva uppsikt över kommunala företag enligt 6 kap. 1 § KL ska kompletteras med ett krav på att fatta årliga beslut om den verksamhet som bedrivits i kommunala aktiebolag (se avsnitt 25.3.3). I besluten ska styrelsen ta ställning till om verksamheten under föregående kalenderår bedrivits i enlighet med de kommunala befogenheterna och, i förekommande fall, i enlighet med det ändamål med verksamheten som fastställts av fullmäktige. Härigenom stärks den interna kommunala uppsikten över att den verksamhet som bedrivs i bolagsform inte går utöver den kommunala kompetensen samtidigt som besluten också kan överklagas i den ordning som gäller för laglighetsprövning enligt 10 kap. KL. Att verksamhet som bedrivs av kommunala aktiebolag inte överstiger vad som är tillåtet enligt de kommunalrättsliga principerna och att detta kan bli föremål för rättslig prövning, är enligt OFUKI-utredningens mening av betydelse för intresset av att samhällets resurser används på ett effektivt sätt. Detta gäller inte minst i sådana fall då det föreslagna in house-undantaget tillämpas i för-

hållande till kommunala aktiebolag. En starkt uppsikt över kommunala bolag kan också vara av betydelse i sig för möjligheterna att över huvud taget tillämpa in house-undantaget (se avsnitt 19.8.3).

En annan frågeställning av betydelse i sammanhanget är huruvida EU-rätten och svensk rätt redan i dag erbjuder andra möjligheter för det offentliga att förhålla sig till sina företag med helt eller delvis motsvarande följder som resultatet av utredningens förslag till in house-undantag. Av intresse är vilka möjligheter det finns för det offentliga att utan upphandling bevilja företag särskilda eller exklusiva rättigheter eller att anförtro företag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Dessa frågor behandlas i följande avsnitt.

22.1.1 Beviljande av särskilda eller exklusiva rättigheter

Utredningens bedömning: Det befintliga undantaget från upphandlingsskyldighet i 1 kap. 7 § LOU, dvs. för tjänstekontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten, medför inte att det saknas behov av ett in house-undantag enligt utredningens förslag.

I 1 kap. 7 § LOU anges att lagen inte gäller för tjänstekontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten. Frågan kan ställas i vad mån denna bestämmelse kan läggas till grund för direkttilldelning utan upphandling och därmed göra införandet av ett in house-undantag i LOU obehövligt. OFUKI-utredningens slutsatser redovisas nedan efter en genomgång av EU-rätten och svensk upphandlingsrätt.

EU-rätten

Bestämmelserna i EUF-fördraget omfattar situationer då medlemsstaterna beviljar företag särskilda eller exklusiva rättigheter. Av artikel 106.1 i EUF-fördraget framgår att medlemsstaterna, beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter, inte ska vidta och inte heller behålla någon åtgärd som strider mot reglerna i fördragen, i synnerhet reglerna i

artikel 18, som uppställer ett förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, och artiklarna 101–109, som innehåller konkurrensregler (bl.a. bestämmelser om statligt stöd).

Artikel 3 i direktiv 2004/18/EG, det klassiska direktivet, knyter delvis an till fördragsbestämmelsen. I artikeln anges att om en upphandlande myndighet beviljar någon annan enhet än en sådan upphandlande myndighet särskilda eller exklusiva rättigheter att utöva en offentlig tjänsteverksamhet, ska den handling varigenom denna rätt beviljas innehålla en bestämmelse om att den aktuella enheten i fråga om varukontrakt som den tilldelar tredje man ska iaktta principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet.

I kommissionens direktiv 2006/11/EG av den 16 november 2006 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag samt i vissa företags ekonomiska verksamhet finns definitioner av vad som är särskilda och exklusiva rättigheter. Om än dessa definitioner endast är hänförliga till direktivets bestämmelser ger de en viss ledning för tolkningen av artikel 106.1 (Drijber och Stergiou, *Public Procurement Law and Internal Market Law*, CML Rev. 2009, s. 822 f.). Av direktivets definitioner framgår att *exklusiva rättigheter* avser rättigheter för ett företag att med ensamrätt tillhandahålla en tjänst eller bedriva en verksamhet inom ett bestämt geografiskt område och att *särskilda rättigheter* avser motsvarande rättigheter för ett begränsat antal företag (artikel 2 f och 2 g).

Beviljande av exklusiva eller särskilda rättigheter torde ofta ske i form av att tillstånd ges att utöva en viss verksamhet, vilket är en åtgärd som i sig inte omfattas av det klassiska direktivet fränsett artikel 3 i detta (se Drijber och Stergiou, samma arbete, s. 823 ff.). Av EU-domstolens avgörande i mål C-203/08, *Sporting Exchange*, punkt 46–59, följer emellertid att fördragets grundläggande bestämmelser och principer kan vara tillämpliga vid tilldelning av exklusiva rättigheter, vilket då innebär att det bl.a. gäller krav på likabehandling och möjlighet till insyn.

Tilldelning av ett offentligt tjänstekontrakt till en leverantör som har ensamrätt eller särskilda rättigheter att tillhandahålla tjänsten omfattas av tillämpningsområdet för det klassiska direktivet på samma sätt som då ett kontrakt tilldelas leverantörer som inte har sådana rättigheter. Enligt artikel 18 är direktivet dock inte tillämpligt på offentliga tjänstekontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en annan upphandlande myndighet eller en sammanslutning av upphandlande myndigheter på grundval av en

ensamrätt som dessa innehar enligt offentliggjorda lagar eller andra författningar som är förenliga med fördraget. En motsvarande bestämmelse fanns i artikel 6 i det äldre tjänstedirektivet (92/50/EEG), som ersatts av det klassiska direktivet.

Svensk upphandlingsrätt

Artikel 3 i det klassiska direktivet har genomförts i 1 kap. 12 § LOU. I paragrafen anges att om en upphandlande myndighet beviljar någon annan än en upphandlande myndighet särskilda rättigheter eller ensamrätt att bedriva verksamhet i det allmännas intresse, ska den handling varigenom denna rätt beviljas 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.

Även avgränsningen av direktivets tillämpningsområde enligt artikel 18 har genomförts i LOU. I 1 kap. 7 § anges att lagen inte gäller för tjänstekontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten. I förarbetena (prop. 2006/07:128, s. 292) konstaterades att det i artikel 18 anges som en förutsättning att de materiella bestämmelser som ensamrätten grundar sig på ska vara förenliga med EG-fördraget men att detta inte behövde anges särskilt i den svenska paragrafen.

I 5 kap. 2 § i den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, ÅLOU, fanns en motsvarande bestämmelse som genomförde artikel 6 i det äldre tjänstedirektivet (92/50/EEG). I förarbetena (prop. 1992/93:88, s. 96) till bestämmelsen anfördes att den ensamrätt som avses är en författningsbestämd ensamrätt, dvs. i praktiken ett monopol, och att den situation som möjligen kan tänkas för svensk del skulle vara att upphandling skulle behöva göras av bilprovningstjänster eller vissa anläggningsprovningstjänster. Efter ändringar i fordonslagen (2002:574) den 1 juli 2010 är dock verksamhet avseende kontroll-, registrerings-, moped- och lämplighetsbesiktning konkurrensutsatt (se prop. 2009/10:32).

I RÅ 2000 ref. 60 prövade Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen) om undantaget på grund av ensamrätt enligt 5 kap. 2 § ÅLOU var tillämpligt. Ett bolag som ägdes gemensamt av ett landsting och kommunerna i det aktuella länet hade av dessa anförtrotts att vara trafik huvudman med stöd av 5 § lagen

(1997:734) om ansvar för viss kollektiv persontrafik. Med stöd av 7 § samma lag, som öppnar möjlighet för trafikhuvudman att under vissa förutsättningar upphandla bl.a. samordningstjänster, hade landstinget för avsikt att ge bolaget i uppdrag att driva beställningscentral avseende landstingets sjukresor. Enligt de förslag till avtal mellan landstinget och bolaget som var under prövning skulle landstinget bl.a. överlåta sin beställningscentral för sjukresor till bolaget och mot ersättning anlita denna central. Regeringsrätten fann att det inte kunde anses finnas någon i lag eller annan författning föreskriven ensamrätt för det bolag som tilldelats kontraktet att utföra samordningstjänster beträffande sjukresor. Avsaknaden av rättslig monopolställning som utesluter andra tjänsteleverantörer framgick enligt Regeringsrätten redan av 7 § nämnda lag. Domstolen anförde därutöver att det följde av lagen (1991:419) om resekostnadsersättning vid sjukresor, enligt vilken landstinget under vissa förutsättningar ska lämna sådan ersättning, att inte heller landstinget hade ensamrätt att bedriva eller samordna sjukresor. Undantagsregeln i 5 kap. 2 § LOU var därför inte tillämplig.

Inom ramen för en undersökning som Konkurrensverket gjort av avfallsbranschen (Rapport 2008:4, *Upphandling av avfallstjänster*, s. 128 ff.) har verket behandlat frågeställningen huruvida det är möjligt enligt svensk rätt att meddela ensamrätt genom beslut i kommunfullmäktige eller genom avfallsplaner enligt 15 kap. 11 § miljöbalken, dvs. huruvida sådana beslut och planer kan anses utgöra lag eller annan författning i den mening som avses i 1 kap. 7 § LOU. I rapporten återges ett av Konkurrensverket inhämtat rättsutlåtande av docenten, numera professorn, Ulrik von Essen. I utlåtandet gör han bedömningen att det måste anses stå helt klart att med uttrycket författning i LOU, liksom i den svenska versionen av direktiv 2004/18/EG, inte kan avses något annat än sådana rättsregler som i 8 kap. regeringsformen, RF, betecknas som föreskrifter. OFUKI-utredningen noterar att lydelsen av 8 kap. RF har ändrats genom lagen (2010:1408) om ändring i regeringsformen, som trädde i kraft den 1 januari 2011. Någon ändring av vilka rättsregler som betecknas som föreskrifter i 8 kap. RF har dock inte skett.

I utlåtandet gör Ulrik von Essen bedömningen att en kommun inte genom föreskrifter, en författning, kan tilldela ett visst subjekt ensamrätt att handha avfallshanteringen. Ett sådant beslut utgör i stället, enligt von Essen, ett kommunalt "förvaltningsbeslut", vare sig det tas in i avfallsplanen eller inte. Enligt hans mening råder det

ingen som helst tvekan om att de kommunala avfallsplanerna inte utgör föreskrifter i RF:s mening och därmed inte heller författningar i den mening uttrycket får anses ha i den svenska rättsordningen. I rapporten anslöt sig Konkurrensverket till slutsatserna i rättsutlåtandet. Vidare anförde verket som sin mening bl.a. att det ankommer på den enskilda medlemsstaten att, inom de ramar som unionsrätten tillåter, i sin nationella rättsordning fastställa förutsättningarna för tillämpningen av ensamrättsundantaget och att det i dag inte finns något regelverk i Sverige genom vilket lagstiftaren har möjliggjort för kommuner och landsting att meddela ensamrätter.

Tillämpligheten av undantaget enligt 1 kap. 7 § LOU på avfallsområdet har även behandlats av Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) i publikationen *Kommunala samverkansformer*, 2 uppl., 2009, s. 60 ff. Författarna anför att en fråga är om en avfallsplan och renhållningsordning enligt svensk lag kan anses innefatta en "ensamrätt på grund av lag eller annan författning" enligt 1 kap. 7 § LOU och upphandlingsdirektiven. De konstaterar därvid att kommunernas beslut om renhållningsordning, avfallsplaner och taxor utgör s.k. normbeslut som har sin grund i 8 kap. RF och att detta kapitel har rubriken "lagar och andra föreskrifter" (rubriken har denna lydelse även efter ovannämnda ändring i RF). Vidare anger de att ett närmare studium av upphandlingsdirektiven visar att de olika språkversionerna skiljer sig åt. I artikel 18 i den engelska språkversionen av det klassiska direktivet återfinns ordvalet "exclusive right which they enjoy pursuant to a published law, regulation or administrative provision which is compatible with the Treaty". Författarna till SKL:s publikation anger att EU-direktiv visserligen inte ska tolkas utifrån nationella utgångspunkter, men att det ligger nära till hands att anta att de olika ländernas versioner influerats av respektive lands konstitutionella system. De anför att EU-rätten i grunden inte lägger sig i på vilket sätt medlemsstaterna internt fördelar sina lagstiftningsbefogenheter. Vidare anför de att ordet "författning" används i Sverige som samlingsbegrepp för lagstiftning av alla slag och att någon motsvarighet till "administrative provisions" inte finns och därmed inte heller behövs. Enligt författarna skulle detta kunna tala för att en renhållningsordning och renhållningsföreskrifter skulle kunna utgöra sådan författning som omnämns i 1 kap. 7 § LOU. De anför att man således möjligen skulle kunna tänka sig att tillskapa en ensamrätt och kunna samverka runt en avfallsanläggning utan upphandling genom att i av-

fallsplan och renhållningsordning föreskriva att visst avfall ska omhändertas på viss anläggning. Författarna konstaterar emellertid att motsatt uppfattning redovisas av Konkurrensverket i ovannämnda rapport och att frågan inte är prövad i Sverige.

OFUKI-utredningens slutsatser

Bestämmelsen i 1 kap. 7 § LOU ger möjlighet för en upphandlande myndighet att utan upphandling tilldela tjänstekontrakt till en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten. Utifrån det ovan anförda konstaterar OFUKI-utredningen att det inte står klart att kommuner och landsting kan bevilja sådana ensamrätter som avses i 1 kap. 7 § LOU, även om det finns olika uppfattningar om vad som avses med begreppet ”på grund av lag eller annan författning”. En närmare analys i detta avseende eller eventuella överväganden om en justering av den svenska regleringen är inte aktuella att göra inom ramen för OFUKI-utredningens uppdrag. I övrigt konstaterar emellertid utredningen att en sådan ensamrätt som avses i 1 kap. 7 § LOU torde behöva tillskapas för varje enskilt fall, dvs. så att den upphandlande myndighet som ska ha ensamrätten särskilt pekas ut. Baserat på 1 kap. 7 § LOU torde det alltså endast vara möjligt att för enskilda fall – inte generellt – skapa förutsättningar för kontraktstilldelning till offentliga företag utan upphandling. Härigenom finns en väsentlig skillnad i jämförelse med utredningens förslag om införande av ett permanent in house-undantag eftersom detta har ett generellt tillämpningsområde, om än avgränsat genom kontroll- och verksamhetskriterierna. Vid en jämförelse mellan det som gäller enligt 1 kap. 7 § LOU och utredningens förslag måste också beaktas att fördragets grundläggande bestämmelser och principer kan vara tillämpliga vid förfarandet då en ensamrätt beviljas (se ovan) medan de inte är det då avtal ingås i enlighet med EU-domstolens praxis om in house-undantaget.

Sammantaget anser OFUKI-utredningen att det befintliga undantaget från upphandlingsskyldighet i 1 kap. 7 § LOU inte medför att det saknas behov av ett in house-undantag enligt utredningens förslag.

22.1.2 Anförtroende att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

Utredningens bedömning: EU-rättens regler om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse medför inte att det saknas behov av ett in house-undantag enligt utredningens förslag.

I EUF-fördraget ges s.k. tjänster av allmänt ekonomiskt intresse en särskild ställning. Regleringen ger upphov till frågan huruvida ett företag kan anförtros att tillhandahålla sådana tjänster med verkan på så sätt att dessa inte behöver upphandlas och det därför skulle vara obehövt att införa ett in house-undantag i LOU.

I det följande behandlas tjänster av allmänt ekonomiskt intresse närmare. Regelverket har nära samband med EU-rättens regler om statligt stöd som därför också behandlas innan OFUKI-utredningens slutsatser redovisas.

Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

Artikel 14 i EUF-fördraget hänvisar till den plats som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har för unionens gemensamma värderingar och för att främja social och territoriell sammanhållning. Enligt artikel 106.2 i EUF-fördraget (tidigare artikel 86.2 i EG-fördraget) omfattas företag som utför tjänster av allmänt ekonomiskt intresse av EUF-fördragets bestämmelser, särskilt konkurrensreglerna. Tillämpningen av konkurrensreglerna, som inbegriper regler om statligt stöd, och fördragets övriga bestämmelser får dock inte rättsligt eller i praktiken hindra utförandet av de allmännyttiga tjänsterna. Artikel 106.2 utgör därmed ett begränsat undantag från EUF-fördragets inre marknadsregler. En förutsättning som anges i artikel 106.2 är att utvecklingen av handeln inte får påverkas i en omfattning som strider mot unionens intresse.

Enligt artikel 106.3 i fördraget ska kommissionen säkerställa att bestämmelserna i artikeln tillämpas och, när det är nödvändigt, utfärda lämpliga direktiv eller beslut vad avser medlemsstaterna (artikel 106.3 tar sikte också på bestämmelserna i artikel 106.1, som berörts i avsnitt 22.1.1).

Frågor om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har förekommit i ett stort antal avgöranden av EU-domstolen och tribunalen, särskilt i samband med tillämpning av statsstödsreglerna. Artikel

106.2 aktualiseras eftersom den drar en gräns mellan medlemsstaternas kompetens att nationellt bestämma vad som är ett allmänt intresse i medlemsstaten samtidigt som bestämmelsen klargör att inskränkningar av den inre marknaden måste vara nödvändiga och proportionerliga i förhållande till det allmännyttiga ändamålet.

Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har också behandlats av kommissionen i flera sammanhang, bl.a. i det s.k. Monti-paketet som antogs 2005. Detta innefattar bl.a. kommissionens beslut 2005/842/EG av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 i EG-fördraget på statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och Gemenskapens rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster (2005/C 297/04). Rambestämmelserna beskriver villkoren för att kommissionen ska godta statligt stöd i form av ersättning som inte uppfyller villkoren i undantaget från det s.k. genomförandeförbudet (se nedan).

Någon definition av vad som är tjänster av allmänt ekonomiskt intresse finns inte i EUF-fördraget eller i gemenskapslagstiftningen i övrigt. Principiellt ankommer det på medlemsstaten att avgöra om något är av allmänt intresse medan frågan om tjänsten utförs av företag i EUF-fördragets mening (någon som utför ekonomisk verksamhet) är ett unionsrättsligt begrepp som tolkats av EU-domstolen. Kommissionen har definierat begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som tjänster som utförs på affärsmässiga grunder men som bedöms ligga i allmänhetens intresse enligt särskilda kriterier, och som därför omfattas av särskilda förpliktelser från medlemsstaternas sida. Detta omfattar i synnerhet en rad tjänster som rör transporter, energi och kommunikation (se bl.a. Kommissionens meddelande 2001/C 17/04 *Tjänster i allmänhetens intresse i Europa*, bilaga II [EGT C 17, 19.1.2001 s. 4–23]).

Av EU-domstolens praxis framgår att en mängd olika verksamheter kan ses som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, bl.a. lotsning, postverksamhet, akuttransporter av sjuka och skadade samt avfallshantering (se domarna i mål C-266/96, Corsica Ferries, punkt 45, C-320/91, Corbeau, punkt 15, C-475/99, Ambulanz Glöckner, punkt 55, och C-209/98, Sydhavnens Sten & Grus, punkt 76). För svenskt vidkommande har kommissionen bedömt att grundläggande betalningstjänster och kassaservice som tillhandahölls av Svensk Kassaservice var tjänster av allmänt ekono-

miskt intresse (bl.a. Kommissionens beslut K[2006] 5481 i ärendet N 642/2005).

Många tjänster som utförs av staten, kommuner och landsting eller deras bolag torde, såvitt OFUKI-utredningen kan bedöma, vara av sådan art att de sannolikt skulle kunna utformas som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

Ersättning för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som är statligt stöd

EUF-fördraget bygger på ett förbud mot statliga stöd som kan påverka konkurrens och handel inom EU (artikel 107.1 i EUF-fördraget, tidigare artikel 87.1 i EG-fördraget). Med begreppet statligt stöd avses alla offentliga medel, dvs. även kommunala stöd, till aktörer som bedriver ekonomisk verksamhet. Vid sidan av uppenbara stödåtgärder som direkta bidrag, lån på förmånliga villkor etc., omfattas även fall där det offentliga i olika sammanhang gör avkall från marknadsmässiga avkastningskrav. Exempel på situationer där marknadsmässigheten kan behöva bedömas enligt EU:s statsstödsregler är när det allmänna ställer ut garantier eller borgensförbindelser, bestämmer avkastningskrav för offentlig näringsverksamhet eller avyttrar offentlig egendom m.m. Förmåner för enskilda företag eller branscher inom ramen för skattepolitiken eller på miljöområdet är andra exempel på stödåtgärder som kan falla under statsstödsreglerna.

Enligt artikel 108.3 i EUF-fördraget får medlemsstaterna endast ge statligt stöd om det på förhand godkänts av kommissionen (det s.k. genomförandeförbudet). Ett statligt stöd som omfattas av förbudet i artikel 107.1 i EUF-fördraget kan godkännas av kommissionen om någon av förutsättningarna i artikel 107.2–3 eller någon annan bestämmelse i EUF-fördraget, såsom artikel 106.2 (se nedan), är uppfyllda.

Genomförandeförbudet har direkt effekt vilket innebär att det ger rättigheter och skyldigheter för enskilda som även kan åberopas i nationell domstol. Tillämpningen av genomförandeförbudet regleras i rådets och kommissionens tillämpningsförfordningar, bl.a. rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget (den s.k. procedurförordningen).

Kommissionen har beslutat om vissa undantag från genomförandeförbudet, se kommissionens förordning (EG) nr 1998/2006 av den 15 december 2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget på stöd av mindre betydelse), kommissionens förordning (EG) nr 800/2008 av den 6 augusti 2008 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den gemensamma marknaden enligt artiklarna 87 och 88 i fördraget (allmän gruppundantagsförordning) samt kommissionens ovannämnda beslut 2005/842/EG.

Av EU-domstolens rättspraxis följer att en statlig åtgärd inte omfattas av artikel 107.1 i EUF-fördraget i den mån som åtgärden ska anses utgöra ersättning som motsvarar ett vederlag för tjänster som det mottagande företaget har tillhandahållit för att fullgöra skyldigheter avseende allmännyttiga tjänster. Detta förutsätter att åtgärden i själva verket inte innebär att dessa företag gynnas ekonomiskt och således inte har som verkan att dessa företag får en mer fördelaktig konkurrensställning än konkurrerande företag. Förutsättningarna för att ersättning för en allmännyttig offentlig tjänst inte ska ses som statsstöd har konkretiserats närmare av EU-domstolen i domen i mål C-280/00, Altmark, punkt 88–93. Följande villkor måste vara uppfyllda.

1. Det mottagande företaget ska faktiskt ha ålagts skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, och dessa skyldigheter ska vara klart definierade.
2. De kriterier på grundval av vilka ersättningen beräknas ska vara fastställda i förväg på ett objektiva och öppet sätt.
3. Ersättningen får inte överstiga vad som krävs för att täcka hela eller delar av de kostnader som har uppkommit i samband med skyldigheterna, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid har erhållits och till en rimlig vinst på grund av fullgörandet av dessa skyldigheter.
4. När det företag som ges ansvaret för att tillhandahålla de allmännyttiga tjänsterna inte har valts ut efter ett offentligt upphandlingsförfarande, ska den nödvändiga ersättningen fastställas enligt följande. Ersättningen ska bestämmas på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och väl-skött företag som är lämpligt att fullgöra tjänsten i fråga skulle ha åsamkats vid fullgörandet av tjänsten. Hänsyn ska tas till de

intäkter som därvid skulle ha erhållits och till en rimlig vinst på grund av utövandet av tjänsten.

I sådana fall då ersättning för en allmännyttig tjänst är att se som statsstöd enligt artikel 107.1, på grund av att ett eller flera villkor enligt Altmark-domen inte är uppfyllda och inte något av de särskilda undantagen från genomförandeförbudet i statsstödsreglerna gäller måste ersättningen anmälas till kommissionen för godkännande innan den kan utbetalas.

Av kommissionens ovannämnda beslut 2005/842/EG följer att det är tillåtet enligt artikel 106.2 i EUF-fördraget att göra undantag från genomförandeförbudet avseende statligt stöd enligt 108.3 i EUF-fördraget under förutsättning att villkoren i beslutet är uppfyllda. Enligt artikel 4 i beslutet ska ansvaret för att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse anförtros det berörda företaget genom en eller flera officiella handlingar med visst innehåll. Vidare ska enligt artikel 5 ersättningen inte vara större än vad som är nödvändigt för att täcka de kostnader som orsakats av fullgörandet av skyldigheterna i samband med tillhandahållandet av offentliga tjänster. Hänsyn ska därvid tas till intäkterna i samband med detta och till en rimlig avkastning på eget kapital som krävs för att fullgöra dessa skyldigheter (i artikel 5 anges också närmare vad som ska beaktas vid beräkningen av ersättningen). Av artikel 6 framgår bl.a. att medlemsstaterna regelbundet ska kontrollera eller låta kontrollera att företagen inte får ersättning som överstiger det belopp som fastställts i enlighet med artikel 5. Som huvudregel ska eventuell överkompensation återbetalas.

Förfarande då företag anförtros att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

I princip innehåller EU-rätten inget krav på att åtgärden i sig att anförtro ett företag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse enligt artikel 106.2 ska föregås av ett upphandlingsförfarande (Drijber och Stergiou, *Public Procurement Law and Internal Market Law*, CML Rev. 2009, s. 829). I domen i mål T-17/02, Olsen, som gällde huruvida otillåtet statsstöd utgetts, anförde tribunalen att det inte framgår av vare sig ordalydelsen av artikel 86.2 i EG-fördraget (numera artikel 106.2 i EUF-fördraget) eller av rättspraxis rörande denna bestämmelse att ett uppdrag av

allmänt intresse endast kan anförtros åt en aktör efter ett anbuds-förfarande (punkt 239). Tribunalen anförde också i domen i mål T-442/03, SIC, som även den gällde huruvida otillåtet statsstöd utgetts, att det bland villkoren för tillämpning av artikel 86.2 i EG-fördraget inte finns ett krav på att medlemsstaterna ska ha genomfört ett anbuds-förfarande för att tilldela en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse (punkt 145). Som framgår av ovanstående redogörelse för statsstödsreglerna innebär dock ett öppet och icke-diskriminerande anbuds-förfarande normalt att avtalet inte gynnar säljaren vilket i de flesta fall innebär att statsstödsreglernas genomförandeförbud och skyldigheten att anmäla stödet för godkännande till kommissionen inte blir tillämpligt.

Relationen mellan den myndighet som anförtror ett företag att tillhandahålla en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse och detta företag kan emellertid vara sådant att det föreligger ett upphandlingsrättsligt kontrakt om tjänster eller ett kontrakt om tjänstekoncession. I sådana fall torde EU-rättens regler om förfaranden gälla, antingen enligt det klassiska direktivet eller som följd av EUF-fördragets allmänna bestämmelser och principer (se Drijber och Stergiou, samma arbete, s. 830 f.). Att så är fallet beskrivs i ett arbetsdokument som kommissionen publicerade i november 2007 om rättsläget vad gäller offentlig upphandling av sociala tjänster av allmänt intresse (Commission staff working document, *Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest*, SEC[2007] 1514). Sociala tjänster av allmänt intresse kan vara av antingen ekonomisk eller icke-ekonomisk natur. Kommissionens arbetsdokument, som inte finns på svenska, har kortfattat behandlats av Statskontoret i rapporten *Kartläggning av EU-arbete med påverkan på rättsområdet offentlig upphandling* (2009:23), varvid följande angetts.

Enligt arbetsdokumentet måste ett offentlighetsrättsligt organ följa bestämmelserna i direktiv 2004/18 när det upphandlar sociala tjänster av allmänt intresse genom ett avtal om fast kompensation till tjänsteleverantören. Dock kan det noteras att hälsovård och socialtjänster är s.k. B-tjänster för vilka inte alla bestämmelser i direktivet tillämpas (se bilaga II B till direktivet).

Om i stället förhållandet mellan det offentlighetsrättsliga organet och tjänsteleverantören utformas som en tjänstekoncession täcks situationen inte av direktivets bestämmelser. Däremot måste det offentlighetsrättsliga organet följa EUF-fördragets bestämmelser och allmänna unionsrättsliga principer.

I den svenska upphandlingslagstiftningen finns inga bestämmelser som särskilt tar sikte på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. I den mån anförtroendet av sådana tjänster innebär att en upphandlande myndighet tilldelar en leverantör ett kontrakt om tillhandahållande av tjänster är därför bestämmelserna i LOU eller LUF tillämpliga.

OFUKI-utredningens slutsatser

Det offentliga har enligt artikel 106.2 i EUF-fördraget ett stort utrymme att anförtro bl.a. offentliga företag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Ersättning för sådana tjänster som utgör statligt stöd kan under vissa förutsättningar godkännas av kommissionen eller omfattas av undantag från genomförandeförbudet i artikel 108.3 i EUF-fördraget. Även om så är fallet kan dock anförtroendet innefatta eller ge upphov till ett upphandlingsrättsligt kontrakt, såväl enligt EU-rätten som enligt LOU. Att ett offentligt företag tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse behöver därför inte innebära att det inte gäller något krav på upphandling. Sammantaget anser OFUKI-utredningen att EU-rättens regler om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse därför inte medför att det saknas behov av ett in house-undantag enligt utredningens förslag.

22.2 Särskilt om statsstödsreglernas inverkan på ersättning för ekonomisk verksamhet som inte upphandlats

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 anbuds-förfarande – såsom 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.

Frågan kan även uppkomma i samband med att verksamhet bedrivs i förvaltningsform, dvs. utan anlitan­de av en extern aktör. Varje aktör som bedriver ekonomisk verksamhet och som i någon form får del av offentliga medel kan nämligen vara att se som mottagare av statligt stöd (se föregående avsnitt). Begreppet företag i EU:s konkurrensrätt omfattar alltså varje enhet som bedriver ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och oavsett hur den finansieras (bl.a. EU-domstolens dom i mål C-41/90, Höfner och Elser, punkt 21). Mottagaren kan därmed vara ett företag i form av en fristående juridisk person som är privatägd eller offentligägd men också ett företag inom ramen för den statliga eller kommunala förvaltningen. Stöd till exempelvis ett statligt affärsverk eller en kommunal affärsverksamhet, t.ex. en i egen regi bedrivna hotellverksamhet, kan alltså omfattas av statsstödsreglerna (jfr prop. 2004/05:140, s. 38 ff.).

I det följande behandlas särskilt frågan om ersättning för varor och tjänster m.m. vid anskaffning som görs enligt OFUKI-utredningens förslag till in house-undantag.

22.2.1 Betydelsen av in house-undantaget enligt EU-domstolens praxis för statsstödsreglerna

Utredningens bedömning: Det förhållandet att kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda utesluter inte att ersättning från en upphandlande myndighet till en fristående enhet för varor eller tjänster m.m. kan innefatta otillåtet statsstöd.

Som angetts i avsnitt 4.4 har EU-domstolen i sin praxis om in house-undantaget angett att vissa av EUF-fördragets bestämmelser och principer inte gäller om Teckal-kriterierna är uppfyllda. I bl.a. domen i mål C-573/07, Sea, punkt 37, har domstolen anfört 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. Artikel 18 i EUF-fördraget ger uttryck för förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet, artikel 49 för rätten till etableringsfrihet och artikel 56 för friheten att tillhandahålla tjänster.

Även artikel 106 i EUF-fördraget (tidigare artikel 86 i EG-fördraget, se föregående avsnitt) har behandlats i EU-domstolens

praxis i samband med bl.a. artiklarna 18, 49 och 56 i EUF-fördraget. I domen i mål C-410/04, ANAV, punkt 24, konstaterade EU-domstolen att artiklarna 43, 49 och 86 i EG-fördraget, liksom principerna om likabehandling, om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet och om insyn, inte utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken det är tillåtet för en myndighet att direkt tilldela ett kontrakt avseende offentliga nyttigheter till ett bolag som ägs helt av denna myndighet, under förutsättning att kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda (se även avsnitt 17.2.8).

EU-domstolen har däremot inte behandlat Teckal-kriteriernas eventuella betydelse för tillämpningen av förbudet mot statligt stöd i artikel 107.1 i EUF-fördraget. Frågan kan ställas om in house-undantaget, när detta är tillämpligt, skulle kunna medföra att det inte behövs något övervägande om huruvida ersättningen för det som anskaffats utgör ett anmälningspliktigt statligt stöd. Något som möjligen skulle kunna tala för att in house-undantaget har en sådan betydelse är att Teckal-kriterierna särskilt syftar till att undvika att konkurrensen snedvrids (domen i mål C-340/04, Carbotermo, punkt 59), och att reglerna i EUF-fördraget om statligt stöd är en del av EU:s konkurrensrätt.

I promemorian *Upphandling från statliga och kommunala företag* (Ds 2009:36, s. 78 f.), som föregick propositionen till grund för det temporära in house-undantaget i 2 kap. 10 a § LOU, behandlades frågan om in house-undantaget i förhållande till reglerna som statsstöd. Slutsatsen drogs att det förhållandet att kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda inte utesluter att det kan vara fråga om otillåtet statsstöd. Statsstödsreglerna måste därför, enligt promemorians bedömning, beaktas även om kriterierna är uppfyllda. Följande anfördes till stöd för detta.

När stat, kommuner och landsting ingår avtal med ett "företag", dvs. ett organ som bedriver någon form av ekonomisk aktivitet, ska statsstödsreglerna beaktas. Om avtalet har ingåtts utan en föregående offentlig upphandling bör en sådan bedömning alltid göras. Som redovisats ovan finns det möjligheter till ett antal undantag från statsstödsreglerna. Om exempelvis en ersättning till en leverantör uppfyller villkoren i Altmark-domen är ersättningen förenlig med EG-rätten. Stödet behöver i dessa fall inte notifieras till EU-kommissionen.

En grundförutsättning för att verksamheten inte ska behöva upphandlas enligt LOU är att verksamhetskriteriet är uppfyllt, dvs. "företaget" ska huvudsakligen ägna sig åt att producera varor och tjänster till sin ägare och inte till den öppna konkurrensutsatta marknaden.

Verksamhetskriteriet hindrar dock inte att en mindre del av produktionen säljs på en marknad. När det särskilt gäller ett sådant fall kan ett otillåtet stöd föreligga om den upphandlande myndigheten på något sätt överkompenserar den fristående enheten, t.ex. att den får mer betalt än vad ett företag på den öppna marknaden skulle ha begärt (den privata investerarprincipen) eller får ett kapitaltillskott utan beaktande av statsstödsreglerna. En upphandlande myndighet får således inte överkompensera företaget (den fristående enheten) för de varor eller tjänster som produceras tillsammans med ägaren eftersom detta skulle kunna medföra att företaget kan sälja sina varor och tjänster på den konkurrensutsatta marknaden till ett lägre pris än sina konkurrenter. Ett sådant stöd medför att företaget skulle få tillgång till offentliga medel på ett selektivt sätt som skulle skada konkurrensförhållandet på marknaden och sannolikt påverka samhandeln negativt.

Enligt OFUKI-utredningens mening kan i sammanhanget göras en jämförelse med situationen då verksamhet bedrivs i förvaltningsform, dvs. i egen regi utan anlitan av en extern aktör, och då frågan om anmälningspliktigt statligt stöd kan uppkomma. Den praktiska betydelsen av att in house-undantaget är tillämpligt är nämligen just att avtalsrelationen mellan en upphandlande myndighet och en fristående enhet behandlas på samma sätt som om den upphandlande myndigheten anskaffat varor eller tjänster etc. från en enhet inom den egna juridiska personen (jfr vad utredningen angett i avsnitt 5.2 om undantagets funktionella innebörd). Mot den bakgrunden konstaterar OFUKI-utredningen, i likhet med bedömningen i den nämnda promemorian, att det förhållandet att kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda inte utesluter att ersättning från en upphandlande myndighet till en fristående enhet för varor eller tjänster m.m. kan innefatta otillåtet statsstöd.

22.2.2 Altmark-kriterierna i förhållande till avtal som ingåtts i enlighet med in house-undantaget

Statligt stöd enligt artikel 107.1 i fördraget föreligger om fyra villkor är uppfyllda (se även beskrivningen av regleringen i avsnitt 22.1.2 ovan). För det första måste det röra sig om en statlig åtgärd eller en åtgärd som vidtas med hjälp av statliga medel. För det andra måste denna åtgärd kunna påverka handeln mellan medlemsstaterna. För det tredje ska mottagaren av stödet gynnas. För det fjärde ska åtgärden snedvrída eller hota att snedvrída konkurrensen.

I de fall som in house-undantaget kan vara aktuellt att tillämpa är det fråga om situationer då staten, en kommun eller ett landsting eller ett offentligt styrt organ ingår avtal med en fristående enhet. Enligt OFUKI-utredningens mening torde därför ett sådant avtal regelmässigt innebära statliga åtgärder eller åtgärder som vidtas med hjälp av statliga medel i den mening som avses i artikel 107.1 fördraget. Även påverkan på handeln mellan medlemsstaterna, torde i många fall kunna föreligga. Enligt EU-domstolens rättspraxis finns inte någon gräns eller procentsats under vilken man kan anse att handeln mellan medlemsstaterna inte påverkas. Där emot har EU-domstolen klargjort att ett relativt litet stöd eller en relativt liten storlek på det stödmottagande företaget inte innebär att det omedelbart kan uteslutas att handeln mellan medlemsstaterna påverkas (bl.a. domen i mål C-280/00, Altmark, punkt 81).

I Altmark-domen, som också behandlats i avsnitt 22.1.2, belyste EU-domstolen de närmare förutsättningarna för att ersättning för en allmännyttig offentlig tjänst inte ska ses som statsstöd. Bakgrunden i målet var i korthet att ett tyskt offentligt organ hade beviljat ett företag tillstånd till linjetrafik med buss inom ett visst område och offentligt stöd för att bedriva denna trafik.

Med hänvisning till tidigare avgöranden anförde domstolen att åtgärder som, oavsett deras form, direkt eller indirekt gynnar företag anses utgöra stöd, liksom åtgärder som kan anses ge det mottagande företaget ekonomiska fördelar som det inte skulle ha erhållit enligt normala marknadsmässiga villkor (punkt 84). Vidare anförde domstolen att det av dess rättspraxis följer att en statlig åtgärd inte omfattas av artikel 107.1 i fördraget i den mån som åtgärden ska anses utgöra ersättning som motsvarar ett vederlag för tjänster som det mottagande företaget har tillhandahållit för att fullgöra skyldigheter avseende allmännyttiga tjänster, när åtgärden i själva verket inte innebär att dessa företag gynnas ekonomiskt och således inte har som verkan att dessa företag får en mer fördelaktig konkurrensställning än konkurrerande företag. Domstolen angav också att ett visst antal villkor måste vara uppfyllda för att det i ett konkret fall ska kunna anses att en sådan ersättning inte utgör statligt stöd. Dessa villkor, som återgetts i avsnitt 22.1.2, tar sikte på dels att det mottagande företag ska ha ålagts en klart definierad skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, dels att ersättningen ska ha fastställts på visst sätt (Altmark-domen, punkt 89–93).

I ett fall då fråga är om tillämpning av in house-undantaget får villkoret om att det mottagande företagens skyldighet ska ha definierats uppfattas som ett krav på tydlighet i avtalet mellan den upphandlande myndigheten och den fristående enheten. Det måste enligt OFUKI-utredningens mening klart framgå av detta avtal vad den fristående enheten ska utföra.

Även villkoren i Altmark-domen avseende ersättningen till det mottagande företaget ställer särskilda krav. Av domen framgår att de kriterier på vilka ersättningen beräknas ska vara fastställda i förväg på ett objektivet och öppet sätt, så att det kan undvikas att ersättningen medför att företaget gynnas ekonomiskt i förhållande till konkurrerande företag (punkt 90). Ersättningen får inte överstiga vad som krävs för att täcka hela eller delar av de kostnader som har uppkommit i samband med skyldigheterna, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid har erhållits och till en rimlig vinst på grund av fullgörandet av dessa skyldigheter (punkt 92).

Eftersom det i ett fall då in house-undantaget tillämpas inte genomförts något upphandlingsförfarande gäller också ytterligare ett krav på beräkningen av ersättningen. Denna ska nämligen då fastställas på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag som är lämpligt att fullgöra tjänsten i fråga skulle ha åsamkats vid fullgörandet av tjänsten. Hänsyn ska därvid tas till de intäkter som företaget skulle ha erhållit och till en rimlig vinst på grund av utövandet av tjänsten (Altmark-domen, punkt 93).

Det står alltså utifrån Altmark-domen klart att beräkningen av ersättningen för tjänster som anskaffas med stöd av in house-undantaget förutsätter en god kännedom hos den offentliga myndigheten om bl.a. vad kostnaden är för såväl den fristående enheten att tillhandahålla tjänsterna som för andra aktörer att göra detta.

Om samtliga villkor i Altmark-domen är uppfyllda i ett fall då in house-undantaget tillämpas, är ersättningen till den fristående enheten förenlig med EU-rätten och behöver inte notifieras till kommissionen eftersom det då inte är fråga om ett statligt stöd. Annars måste ersättningen anmälas till kommissionen för godkännande innan den kan utbetalas (om inte heller något av de särskilda undantagen från genomförandeförbudet i statsstödsreglerna är tillämpligt, se avsnitt 22.1.2).

22.2.3 Särskild redovisning i vissa fall

Lagen (2005:590) om insyn i vissa finansiella förbindelser m.m. innehåller bestämmelser som syftar till att ge kommissionen insyn i de finansiella förbindelserna mellan det allmänna och offentliga företag samt i vissa företags ekonomiska verksamhet. Genom lagen genomförs kommissionens direktiv 80/723/EEG av den 25 juni 1980, ändrat bl.a. genom direktiv 2000/52EG (det s.k. transparensdirektivet, se prop. 2004/05:140). Lagen ställer krav på särskild redovisning för bl.a. vissa offentliga företag som också skulle kunna komma i fråga som fristående enheter eller upphandlande myndigheter vid tillämpning av det in house-undantag som föreslås av OFUKI-utredningen.

Med offentligt företag avses enligt 2 § första stycket 1 ett företag som det allmänna direkt eller indirekt har ett dominerande inflytande över på grund av ägarskap, finansiell medverkan eller de regler som gäller för företaget. Företagsbegreppet omfattar alla enheter som bedriver ekonomisk eller kommersiell verksamhet. Företagets associationsform saknar betydelse – även verksamheter inom t.ex. statens eller en kommuns egna regi kan ses som företag då ekonomisk verksamhet bedrivs (se prop. 2004/05:140, s. 38 ff.). En offentlig enhet kan ofta agera som ekonomisk aktör avseende en verksamhet medan den i övrigt har funktioner av icke-ekonomisk karaktär.

Av 3 § framgår att ett offentligt företag ska redovisa sina finansiella förbindelser med det allmänna så att det tydligt framgår vilka offentliga medel som företaget fått direkt eller indirekt, via andra offentliga företag eller finansiella institut, och hur medlen har använts (öppen redovisning). Av den öppna redovisningen ska särskilt framgå finansiella förbindelser som avser kapitaltillskott, förlustbidrag, amorteringsfria eller på annat sätt förmånliga lån, gynnande genom avstående från vinst, fordran eller normal avkastning på offentliga medel samt ersättningar för ekonomiska ålägganden från det allmänna.

Vissa företag omfattas dock inte av kravet på öppen redovisning, bl.a. gäller detta företag som tillhandahåller tjänster som inte i nämnvärd omfattning kan påverka handeln med andra medlemsstater och företag med en viss högsta nettoomsättning eller balansomslutning. I fråga om den sistnämnda kategorin företag gäller att nettoomsättningen för vart och ett av de två senaste räkenskapsåren ska ha understigit 40 miljoner euro (för kreditinstitut gäller

i stället att balansomslutningen under samma tid ska ha understigit 800 miljoner euro).

För företag som har beviljats exklusiva eller särskilda rättigheter gäller enligt 4 § första stycket krav på att en särskild ekonomisk redovisning (separat redovisning) ska upprättas för varje räkenskapsår. Detsamma gäller för företag som har anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse enligt artikel 106.2 i EUF-fördraget och som har fått ersättning i någon form för detta. Kravet på separat redovisning gäller endast om företaget även bedriver annan ekonomisk verksamhet.

Begreppen exklusiva rättigheter och särskilda rättigheter definieras i 2 §. Med exklusiva rättigheter avses rättigheter som det allmänna genom lag eller annan författning eller något administrativt instrument beviljar ett företag och som ger företaget ensamrätt att bedriva viss verksamhet inom ett geografiskt område. Med särskilda rättigheter avses rättigheter som det allmänna på samma sätt beviljar ett begränsat antal företag och som inom ett geografiskt område antingen begränsar antalet företag som har rätt att bedriva viss verksamhet till två eller flera, beviljar flera konkurrerande företag tillstånd att bedriva viss verksamhet, eller ger ett eller flera företag författningsmässiga fördelar som i betydande mån påverkar andra företags möjligheter att bedriva samma verksamhet på i allt väsentligt likvärdiga villkor. Sådana rättigheter som beviljats enligt objektiva, proportionerliga och icke-diskriminerande kriterier omfattas inte av begreppet särskilda rättigheter.

I en separat redovisning ska enligt 5 § beskrivas organisationen och finansieringen av olika verksamheter. Vidare ska intäkter och kostnader i företagets verksamheter avseende exklusiva eller särskilda rättigheter eller avseende tjänster av allmänt ekonomiskt intresse redovisas skilt från intäkter och kostnader i annan verksamhet. Detta ska göras på ett korrekt och konsekvent sätt enligt sakligt motiverade redovisningsprinciper. Händelser av ekonomisk art ska redovisas uppdelat på de olika verksamheter som ska redovisas åtskilda. I den separata redovisningen ska även principerna och metoderna för beräkningen och fördelningen av intäkter och kostnader för olika verksamheter anges på ett tydligt och fullständigt sätt.

Skyldigheten att upprätta en separat redovisning gäller enligt 4 § andra stycket inte för vissa företag och verksamheter. Sådana företag som tillhandahåller tjänster som inte i nämnvärd omfattning kan påverka handeln med andra EES-länder omfattas således inte av

skyldigheten. Detsamma gäller för sådana företag vars nettoomsättning för vart och ett av de två senaste räkenskapsåren har understigit 40 miljoner euro (för företag som är kreditinstitut gäller i stället att balansomslutningen under samma tid ska ha understigit 800 miljoner euro). För företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse gäller inte heller krav på separat redovisning om ersättningen erhållits för en skälig tidsperiod genom ett öppet, genomblickbart och icke diskriminerande förfarande. För vissa slags verksamheter gäller särskilda bestämmelser om separat redovisning av motsvarande slag med EUrättslig grund (se prop. 2004/05:140, s. 30 ff.), t.ex. för nätverksamhet som bedrivs med nätkoncession enligt ellagen (1997:857). Sådana verksamheter omfattas inte heller av kravet på separat redovisning enligt lagen om insyn i vissa finansiella förbindelser m.m.

Av 7 § i sistnämnda lag anges skyldigheter för företagets revisor. Denne ska för varje räkenskapsår granska om en öppen och en separat redovisning för ett företag har fullgjorts i enlighet med bestämmelserna i lagen och i föreskrifter som meddelats med stöd av lagen. Revisorn ska också utfärda ett särskilt intyg över granskningen. Intyget ska lämnas till företagets lednings- och förvaltningsorgan, t.ex. stämman och styrelsen, på samma sätt och inom samma tid som föreskrivs för revisionsberättelsen enligt tillämplig revisionsförfattning för företaget.

Som angetts ovan gäller de krav på öppen respektive separat redovisning som uppställs i lagen om insyn i vissa finansiella förbindelser m.m. endast företag vars ekonomiska verksamhet är av en viss omfattning. Många offentliga företag torde på grund av denna begränsning i lagens tillämpningsområde inte omfattas av krav på särskild redovisning. OFUKI-utredningen konstaterar emellertid att det torde vara av värde att även dessa företag redovisar sin verksamhet i linje med lagens bestämmelser. Inte minst gäller det för företag som kan beröras av det föreslagna in house-undantaget. Ett synliggörande av de transaktioner som kan innebära olagligt statligt stöd ökar nämligen förutsättningarna för att företagets ledning ska kunna vidta åtgärder så att stödet kan undvikas. Det kan i detta sammanhang också framhållas att offentlig verksamhet blir föremål för avgränsad redovisning redan genom att bedrivs i en särskild juridisk person, t.ex. ett aktiebolag. Särskild redovisning av offentlig ekonomisk verksamhet underlättas alltså som regel av att verksamheten bedrivs i bolagsform i stället för i förvaltningsform (jfr avsnitt 18.2.1).

Del B

Kommunalrättsliga
principer och de
kommunala företagen

23 Kommunalrättsliga principer och undantag från principerna

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

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

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. Det finns dels kompetensbegränsande principer, dels principer som aktualiseras när en kommun eller ett landsting agerar inom ramen för sin kompetens. På flera områden finns undantag från principerna men i övrigt är de generellt tillämpliga för all verksamhet som bedrivs av kommuner, landsting och kommunalförbund.

Gränserna för den kommunala kompetensen styr inte bara verksamheten inom ramen för den egna juridiska personen utan även i vilken utsträckning vården av kommunala angelägenheter kan överlämnas till kommunala företag. En grundläggande princip är att den verksamhet som överlämnas från kommuner och landsting till privaträttsliga organ ska falla inom den kommunala kompetensen

och att risken för kompetensöverskridanden vid verksamhetens utövande ska vara ringa (bl.a. RÅ84 2:25). För att de kommunalrättsliga principerna ska gälla för kommunala företag krävs att detta reglerats i bolagsordningar, avtal, etc. (se avsnitt 23.3).

Det saknas enligt kommunalrätten i princip hinder för en kommun eller ett landsting, i fråga om kompetensenlig verksamhet som lämnats över till ett kommunalt företag, att stödja denna i samma omfattning och på samma sätt som om den bedrivits i direktägd form (RÅ 1997 ref. 47). EU-rättens statsstödsregler kan dock innebära annat (jfr avsnitt 23.1.3).

23.1 De kommunalrättsliga principerna

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

Principerna har tillkommit för att definiera avgränsningen för den kommunala kompetensen, men också för att kommuner och landsting ska dimensionera sina resurser till de egna medlemmarnas behov. Utmärkande för de kommunalrättsliga grundprinciperna är att de på grund av hur de är utformade, och de mycket skiftande förhållanden för vilka de är avsedda att gälla, inte kan medge någon exakthet i tillämpningen. I rättspraxis har principerna därför behandlats som allmänna målsättningsprinciper.

En allmän kompetensregel finns i 2 kap. 1 § KL, som också uttrycker flera av de kommunalrättsliga principerna. I bestämmelsen anges att kommuner och landsting själva får ha hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar och som inte ska handhas enbart av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller någon annan. Allmänintresset bedöms ytterst utifrån om det är lämpligt, ändamålsenligt och skäligt att kommunen eller landstinget befattar sig med angelägenheten.

23.1.1 Lokaliseringsprincipen

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

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

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

På vissa områden finns undantag från lokaliseringsprincipen (se avsnitt 23.2).

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

Kommuner och landsting får inte handha angelägenheter som enbart ska handhas av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller någon annan (2 kap. 1 § KL). Detta förbud innebär att en kommun t.ex. inte får starta och driva en verksamhet som är förbehållen staten. Förbudet är dock inte absolut på så sätt att en kommun aldrig kan engagera sig i sådan verksamhet. I rättspraxis har t.ex. godtagits att en kommun lämnade ett begränsat bidrag till ett universitet med staten som huvudman (RÅ 1999 ref. 67, jfr

RÅ 2006 ref. 81). Möjligheten för kommuner och landsting att bidra till högskoleverksamhet har numera lagfästs i 2 kap. 2 § lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter.

Vad som avses med begreppet ”någon annan” framgår inte av förarbetena, men den vanligaste tolkningen är att uttrycket är relaterat till övrig offentlig sektor och inte till det privata näringslivet.

På vissa områden har genom speciallagstiftningen skapats en viss kompetensöverlappning. Exempelvis har landstingen ansvar för att det finns en ändamålsenlig organisation för ambulanstransporter, men de får genom avtal överlåta åt någon annan att praktiskt utföra uppgiften (3 och 6 §§ hälso- och sjukvårdslagen [1982:763]). Genom 3 kap. 2 § lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter har kommunerna fått kompetens att ingå sådana avtal och även avtal om att utföra hälso- och sjukvård i väntan på sådana transporter (jfr RÅ 2003 ref. 98).

23.1.3 Förbuden mot att understödja enskilda personer och företag

Kommunallagens regler

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

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

I förarbetena till KL har angetts exempel på vad som kan vara tillåtet och otillåtet stöd till näringslivet (prop. 1990/91:152). En allmänt näringsfrämjande åtgärd kan vara att tillhandahålla mark, lokaler eller teknisk service till företagen. En förutsättning är att verksamheten inriktas på företagarkollektivet i stort. Individuellt anpassad lokalhållning åt enstaka industriföretag faller utanför den allmänna kompetensen. Genom bestämmelser i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter har i vissa avseenden preciserats och

utökats kommunernas möjligheter att tillgodose företags behov av lokaler (3 kap. 6 §, jfr 1 kap. 3 §).

I förarbetena till KL har vidare angetts att det kan uppkomma ett rättsligt utrymme för kommunala åtgärder, som annars skulle vara otillåtna, när det enskilda initiativet viker eller faller bort på ett visst serviceområde som normalt hävdas av den privata företagsamheten (samma prop., s. 153). Denna kompetensgrund anges ha särskild betydelse i glesbygdsområden där det blivit allt längre mellan livsmedelsaffärerna och bensinstationerna. När servicenivån sjunker klart under det acceptabla kan kommunen ha rätt att ekonomiskt understödja enskilda näringsidkare för att garantera en viss minimistandard av kommersiell service till hushållen.

Förbudet mot stöd till företag i jämförelse med EU-rättens regler om statsstöd

Bestämmelsen i 2 kap. 8 § KL och EU:s statsstödsregler, som även behandlats i avsnitt 22.1.2 och 22.2, har vissa likheter såvitt gäller grundinställningen till stöd till företag. De svenska förarbetena präglas, liksom EU-rätten, av en restriktiv hållning till stödåtgärder, samtidigt som både nationell rätt och EU-rätten medger stöd för att överbrygga marknadsmisslyckanden. Skillnaderna mellan regelverken är dock betydande.

Själva stödbegreppet har tolkats extensivt inom EU-rätten och omfattar olika former av gynnande som enligt 2 kap. 8 § KL inte betraktats som stöd. Som exempel kan nämnas försäljning av mark enligt en generell lågprispolitik. Vidare omfattar det principiella förbudet mot statsstöd till företag enligt artikel 107 i EUF-fördraget även stöd till bolag som ägs av kommun och landsting medan 2 kap. 8 § KL endast reglerar stöd till näringslivet i traditionell mening. Det EU-rättsliga företagsbegreppet omfattar varje form av verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur och kan därmed inbegripa såväl privatägda företag som företag som ägs av en kommun eller ett landsting, liksom t.ex. statliga eller kommunala organ. Stödgivning som kanaliseras genom offentligägda bolag, stiftelser eller liknande kan enligt fast praxis från EU-domstolen anses ske med statliga medel. EU-domstolen har framhållit att förmåner som ges direkt eller indirekt med hjälp av statliga medel betraktas som stöd, och då inbegrips inte endast stöd som ges direkt av staten utan också stöd som ges av offentliga eller

privata organ som utsetts eller inrättats av staten, kommuner eller landsting. Å andra sidan anses stöd under vissa beloppsgränser inte påverka samhandeln eller snedvrída konkurrensen och omfattas därför av kommissionens undantag för försumbart stöd, medan 2 kap. 8 § KL inte innefattar några motsvarande tröskelvärden. Undantagsmöjligheterna är sammantaget påtagligt mer generösa inom EU-rätten än enligt 2 kap. 8 § KL och dess rekvisit ”synnerliga skäl”.

Kommuner och landsting kan enligt kommunallagen genomföra stödåtgärder direkt efter det att beslut har fattats i laga ordning, dock kan sådana beslut ogiltigförklaras efter laglighetsprövning i förvaltningsdomstol. EU-rätten bygger däremot på en princip om förhandskontroll. Åtgärder som klassificeras som stöd måste anmälas till kommissionen och godkännas innan de sätts i verket, såvida de inte omfattas av något gruppundantag. Då är åtgärderna automatiskt undantagna, utan föregående anmälan. För illegala stöd enligt EU-rätten gäller en preskriptionstid på 10 år.

23.1.4 Förbudet mot att driva spekulativa företag

Den kommunala verksamheten bärs upp av ett allmänt, samhälleligt intresse, till skillnad från det privata näringslivet som har ett klart uttalat vinstsyfte. Från rättsliga utgångspunkter finns emellertid ingen tydlig gräns mellan vad som brukar kallas den kommunala sektorn och det som i dagligt tal betecknas som näringslivet (prop. 1990/91:117, s. 33 f. och s. 151 f.).

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

Samtidigt finns en stor sektor av näringslivet som traditionellt är förbehållen den enskilda företagsamheten (det egentliga näringslivet). Inom den sektorn får kommunerna och landstingen inte driva verksamhet eller göra andra ingripanden annat än under mycket speciella förhållanden. I praxis har godtagits verksamhet som haft ett nära eller naturligt samband med befintlig eller erkänd

kommunal verksamhet (anknytningskompetens). Cafeterior på sjukhus är exempel på sådan kommunal näringsverksamhet som accepterats. I praxis har också godtagits att tillfällig överproduktion av interna tjänster och produkter säljs på den öppna marknaden.

Gränsdragningen för vad som är kompetensenlig näringsverksamhet för kommuner och landsting uttrycks i 2 kap. 7 § KL. För att kommunal näringsverksamhet ska få bedrivas krävs dels att den drivs utan vinstsyfte, dels att den går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget.

Att verksamheten ska gå ut på att betjäna de egna medlemmarna för att den ska vara tillåten, hindrar inte att anläggningarna eller tjänsterna i praktiken också utnyttjas av andra än kommunmedlemmar. Vidare är det inget som hindrar att kommunerna eller landstingen bildar egna internföretag som enbart betjänar kommunen eller landstinget, t.ex. ett internt städbolag (prop. 1990/91:117, s. 151).

Förbudet mot att driva verksamhet i vinstsyfte tar sikte på sådana fall då huvudsyftet med den kommunala verksamheten är att ge vinst. Något absolut vinstförbud gäller däremot inte. Bedömningen av i vad mån en kommunal verksamhet får generera överskott och hur detta får användas ligger inom ramen för tillämpningen av självkostnadsprincipen (prop. 1990/91:117, s. 33 f., se nästa avsnitt). I avsnitt 23.2 beskrivs vissa undantag från bl.a. förbudet mot spekulativa företag och självkostnadsprincipen.

Av 3 kap. 1 § lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter framgår att kommuner under vissa förutsättningar får bedriva näringsverksamhet i syfte att ge personer med funktionshinder anställning.

23.1.5 Självkostnadsprincipen

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

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

I samband med att självkostnadsprincipen skrevs in i kommunallagen uttalades i förarbetena att principen som huvudregel också omfattar konkurrensutsatt verksamhet, om inte annat är särskilt föreskrivet eller accepterat enligt rättspraxis (prop. 1993/94:188, s. 84). På flera sådana områden har det ansetts motiverat med undantag (se avsnitt 23.2).

23.1.6 Likställighetsprincipen

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

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

23.1.7 Förbudet mot retroaktiva beslut

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

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

23.2 Vissa undantag från de kommunalrättsliga principerna

En omständighet som på några områden har motiverat undantag från de kommunalrättsliga principerna är att den aktuella verksamheten konkurrerar med eller annars har beröringspunkter med det privata näringslivet. Särskilt gäller detta vissa undantag från lokaliseringsprincipen, förbudet mot att driva spekulativa företag och självkostnadsprincipen. Flera av undantagen från bl.a. dessa principer är också hänförliga till verksamhet som ofta bedrivs i kommunala företag – i några fall gäller undantagen dessutom utslutande för sådana företag.

Utredningen om vissa frågor om statligt stöd m.m. (N 2010:02) har ett uppdrag som bl.a. tar sikte på självkostnadsprincipen. I utredningsdirektivet anförs att kravet på att tillämpa denna princip kan leda till konkurrensproblem när kommuner och landsting bedriver frivillig näringsverksamhet inom ramen för sin kompetens. En analys ska göras av om det för dessa fall är möjligt att utforma ett undantag. Även behovet av en eventuell konsekvensändring i förbudet mot att bedriva verksamhet i vinstsyfte ska analyseras. Uppdraget ska redovisas senast den 30 juni 2011.

I det följande beskrivs vissa av de undantag från de kommunalrättsliga principerna som gäller i dag och som är av särskilt intresse när det gäller kommunala företag.

23.2.1 Energiförsörjning och allmänna vattentjänster

Enligt 7 kap. 1 § ellagen (1997:857) får kommunala företag bedriva produktion av och handel med el samt därmed sammanhängande verksamhet utan hinder av bestämmelsen i 2 kap. 1 § KL om anknytning till kommunens område eller dess medlemmar. Som villkor för verksamheten gäller att den ska bedrivas på affärsmässig grund och redovisas särskilt (7 kap. 2 § ellagen). Genom bestämmelserna har undantag gjorts från lokaliserings-, självkostnads- och likställighetsprinciperna. Att verksamheten ska bedrivas på affärsmässig grund innebär enligt förarbetena (prop. 1996/97:136, s. 168, och prop. 1993/94:162, s. 167) främst att företaget ska tillämpa ett affärsmässigt beteende och en korrekt prissättning. I förarbetena anges också att en viss vinstmarginal ska inräknas i priset, om inte annat undantagsvis är särskilt motiverat, samt att de villkor som

gäller för det privata näringslivets affärsdrivande verksamhet alltså ska vara vägledande.

Nätverksamhet och distribution av el omfattas endast av undantag från lokaliseringsprincipen. För detta undantag uppställs krav på geografisk närhet och samband med nätverksamheten i den egna kommunen.

I 38–39 §§ fjärrvärmelagen (2008:263) finns särskilda bestämmelser för kommunala företag som bedriver fjärrvärmeverksamhet. Även i dessa fall ska verksamheten bedrivas på affärsmässig grund. Vidare gäller ett undantag från lokaliseringsprincipen, dock med viss begränsning. Verksamheten utanför kommunen ska ha geografisk närhet till fjärrvärmeverksamheten inom kommunen och syfta till en ändamålsenlig fjärrvärmeverksamhet.

Kommunala företag som bedriver handel med eller distribution av naturgas omfattas av bestämmelser i 5 kap. 1–2 §§ naturgaslagen (2005:403). Bestämmelserna innebär undantag från lokaliseringsprincipen i två fall, dels vid handel med naturgas och därmed sammanhängande verksamhet, dels vid överföring av naturgas. Det sistnämnda undantaget gäller endast i geografisk närhet till kommunens rörledningsnät. Liksom för produktion av och handel med el gäller att verksamhet i form av handel med naturgas ska redovisas särskilt och drivas på affärsmässig grund. Om företaget även bedriver produktion av och handel med el får de berörda verksamheterna dock redovisas tillsammans.

De beskrivna undantagen enligt ellagen, fjärrvärmelagen och naturgaslagen gäller inte om verksamheten bedrivs i förvaltningsform utan endast om verksamheten bedrivs inom ramen för ett kommunalt företag. I förarbetena till bestämmelserna om kommunala elföretag angavs bl.a. att reglerna syftar till att kommunen ska kunna konkurrera på lika villkor med andra aktörer på elmarknaden och att det då bör krävas att kommunen uppträder under samma associationsform som de andra aktörerna, vanligtvis aktieföretagsform (prop. 1993/94:162, s. 126 och 128). Vidare angavs att den associationsformen, till skillnad från förvaltningsformen, är avsedd för den kommersiella verksamhet det är fråga om. Det framhölls även vikten av att den konkurrensutsatta verksamheten hålls klart åtskild från annan kommunal verksamhet, så att konkurrensnedrivande effekter undviks (jfr prop. 1999/2000:72, s. 63).

Enligt 57 § lagen (2006:412) om allmänna vattentjänster får en kommun sköta driften av va-anläggningar i andra kommuner, dvs. undantag har gjorts från lokaliseringsprincipen. Undantag gäller

även från självkostnadsprincipen genom ett krav på att verksamheten ska bedrivas på affärsmässiga grunder. Verksamheten ska vidare redovisas skilt från annan verksamhet.

Undantagen för drift av va-anläggningar är tillämpliga såväl då verksamheten bedrivs i förvaltningsform som då den bedrivs av ett kommunalt företag (prop. 2005/06:78, s. 153).

23.2.2 Kollektivtrafik och sjuktransporter

Av 3 kap. 3–5 §§ lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter följer att kommunala aktiebolag får ingå avtal med trafikhuvudmän om att utföra lokal och regional linjetrafik eller motsvarande med buss, tåg, tunnelbana och spårvagn (se även avsnitt 18.2.1). För sådana avtal gäller undantag från lokaliseringsprincipen (1 kap. 2 §). Verksamheten ska bedrivas på affärsmässiga grunder samt särredovisas. Detta innebär undantag från självkostnadsprincipen och även från förbudet mot spekulativa företag (1 kap. 3 §).

Lagen om vissa kommunala befogenheter ger även kommunerna möjlighet att ingå avtal med landsting om att utföra sjuktransporter samt hälso- och sjukvård i väntan på sådana transporter (3 kap. 2 §). Som nämnts ovan innebär detta en kompetensutvidgning i förhållande till förbudet mot att ta sig an uppgifter som enbart ankommer på någon annan. För denna verksamhet gäller dessutom undantag från lokaliseringsprincipen. Verksamheten ska även bedrivas på affärsmässiga grunder, dvs. med undantag från självkostnadsprincipen och från förbudet mot spekulativa företag (1 kap. 2 och 3 §§).

23.3 Bundenhet för kommunala företag

23.3.1 Särskilda åtgärder krävs

Utifrån kommunallagens perspektiv gäller de kommunalrättsliga principerna – när de är tillämpliga – för all kommunal verksamhet. Kommunallagen gäller emellertid endast för landsting, kommuner och kommunalförbund och inte för sådana privaträttsliga juridiska personer till vilka vården av kommunala angelägenheter kan ha överlämnats. Ett kommunalt företag är alltså inte bundet av kommunallagens bestämmelser om t.ex. de kommunalrättsliga principerna. Detta medför att de kommunalrättsliga principerna måste

göras bindande för kommunala företag genom särskilda åtgärder i varje enskilt fall (jfr avsnitt 9.4.1 och 24.1.2). Vilken form dessa åtgärder måste ha beror på vilka associationsrättsliga regler som gäller för det aktuella företaget.

23.3.2 Särskilt om bundenhet för aktiebolag

Av 3 kap. 3 § ABL framgår att det ska anges i bolagsordningen om ett aktiebolag helt eller delvis ska ha annat syfte än att ge vinst till aktieägarna. I så fall ska det också anges hur bolagets vinst och behållna tillgångar vid bolagets likvidation ska användas. Om det inte tas in en föreskrift om särskilt syfte innebär aktiebolagsrätten att bolaget anses ha rent vinstsyfte. Detta medför att förbudet mot spekulativa företag endast kan upprätthållas för ett kommunalt aktiebolag genom att det kommunala ändamålet anges i bolagsordningen. Om den specifika verksamheten är undantagen från förbudet mot spekulativa företag, t.ex. då verksamheten avser produktion av eller handel med el, saknas behov av föreskrift i bolagsordningen.

Enligt 3 kap. 1 § ABL ska också föremålet för bolagets verksamhet, angivet till sin art, framgå av bolagsordningen. Allmänt sett är det vanligt att aktiebolag ges en relativt vid formulering av verksamhetsföremålet för att möjliggöra viss flexibilitet för bolaget. För kommunala aktiebolag torde däremot gälla ett kommunalrättsligt krav på att verksamhetsföremålet anges tämligen preciserat så att risk för kompetensöverskridanden undviks (se RÅ83 2:56, RÅ84 2:25, RÅ 1989 ref. 117 och avsnitt 24.1.2, se även Stattin, *Bolagsordning i kommun- och landstingsägda bolag*, FT 2010, s. 314 f.). Med anledning av kravet enligt 3 kap. 17 § första stycket 1 KL på att fullmäktige ska fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten har i förarbetena också anförts att det inte är godtagbart med en allmänt hållen formulering som den i rent privata sammanhang vanliga avslutande meningen att ett bolag ska ”idka annan i samband därmed stående rörelse” (prop. 1990/91:117, s. 162). I det sammanhanget har också angetts bl.a. att det kommunala ändamålet t.ex. kan preciseras så att det blir klart att de olika grundsatser som gäller för kommunal verksamhet enligt kommunallagen, exempelvis likställighetsprincipen, ska gälla för bolagets verksamhet.

Av praxis följer att den i bolagsordningen angivna verksamheten i princip måste begränsas så att den inte kommer att omfatta annat än vad som utgör en kommunal angelägenhet (RÅ83 2:56). Praxis ger dock inte uttryck för att det gäller ett absolut krav på att en sådan begränsning anges i bolagsordningen i stället för att t.ex. tas in i ett avtal. Avgörande synes vara att vidtagna åtgärder – i bolagsordningen eller annars – ger tillräckliga garantier för att bolaget inte vid verksamhetens utövande överskrider gränserna för den kommunala kompetensen (RÅ 1989 ref. 117).

När det gäller självkostnadsprincipen enligt 8 kap. 3 c § KL har i förarbetena till bestämmelsen angetts att tillämpningen av principen i det enskilda fallet, i de fall kommunen eller landstinget utför en uppgift genom egna företag, behöver regleras i avtal, bolagsordningar eller andra liknande rättsliga dokument (prop. 1993/94:188, s. 82).

24 Rättslig prövning av de kommunalrättsliga principernas efterlevnad

Att det finns begränsningar för kommunernas och landstingens kompetens innebär att kommunala åtgärder antingen kan vara tillåtna eller otillåtna. Eftersom de kommunalrättsliga principerna inte har ett helt klart innehåll kan det dock i vissa fall vara svårt att bedöma om en åtgärd är kompetensenlig. Motsvarande gäller för åtgärder som vidtas av kommunala företag.

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

Med hänsyn till de negativa konsekvenserna av ett kompetensöverskridande måste de kommunala kompetensreglerna vara förenade med kontrollmekanismer. Sådana finns också i lagstiftningen i form av bl.a. revision, laglighetsprövning och ett nyligen infört system för konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden. Utomstående granskning av kommuners och landstings verksamhet har också andra former, exempelvis omfattas kommunala myndigheter av Justitieombudsmannens tillsyn. De kommunala företagen står däremot inte under tillsyn av Justitie-

ombudsmannen annat än i fråga om utlämnande av allmänna och offentliga handlingar. Även medias granskning av offentlig verksamhet är en viktig form av kontroll av den kommunala verksamheten.

24.1 Laglighetsprövning

24.1.1 En översikt

För kommunala beslut enligt speciallagstiftningen gäller ofta särskilda regler om överklagande. I dessa fall kan domstolsprövningen ta sikte på både frågor om laglighet och lämplighet. Om det däremot saknas särskilda bestämmelser om överklagande kan besluten överklagas med stöd av reglerna om s.k. laglighetsprövning i 10 kap. KL (jfr 10 kap. 3 § KL). Domstolsprövningen kan då endast avse beslutens laglighet och har också i övrigt flera särdrag, bl.a. i fråga om vem som har talerätt.

Överklaganden enligt bestämmelserna om laglighetsprövning kan sägas utgöra en form av medborgartalan. Ändamålet med regleringen är att se till att den kommunala självstyrelsen utövas på ett rättsenligt sätt (prop. 1990/91:117, s. 132).

Enligt 10 kap. 1 § KL har varje medlem av en kommun eller ett landsting rätt att få lagligheten av kommunens eller landstingets beslut prövad genom att överklaga dem hos förvaltningsrätten. Något krav på att den som överklagar ska vara berörd av beslutet, utöver i sin egenskap av medlem, ställs inte. Omvänt gäller emellertid att en person som inte är medlem saknar rätt att överklaga, oavsett i vad mån han eller hon annars berörs av det aktuella beslutet.

Beslut som fattats av en gemensam nämnd får överklagas av varje medlem i de samverkande kommunerna eller landstingen. På likartat sätt får ett kommunalförbunds beslut överklagas av varje medlem i de kommuner eller landsting som ingår i kommunalförbundet. Sådana beslut får dessutom överklagas av förbundsmedlemmarna.

I 10 kap. 2 § finns en uttömmande uppräkningslista av sådana beslut som kan överklagas. För kommuner och landsting omfattar denna alla beslut av fullmäktige samt sådana beslut av bl.a. nämnderna som inte är av rent förberedande eller rent verkställande art. För kommunalförbund omfattar uppräkningslistan alla beslut av den be-

slutande församlingen samt sådana beslut av bl.a. förbundsstyrelsen eller andra nämnder som inte är av rent förberedande eller rent verkställande art. Beslut som revisorer fattar om sin förvaltning och om jäv kan också överklagas.

Talan om laglighetsprövning väcks hos förvaltningsrätten, vars beslut kan överklagas till kammarrätten. Mot kammarrättens beslut kan talan föras hos Högsta förvaltningsdomstolen (tidigare benämnd Regeringsrätten). Vid överklagande till kammarrätten och Högsta förvaltningsdomstolen krävs prövningstillstånd.

Enligt 10 kap. 6 § KL ska ett överklagande ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då det tillkännagavs på kommunens, landstingets eller kommunalförbundets anslagstavla att protokollet över beslutet justerats. Tidsfristen för överklagande av en gemensam nämnds beslut räknas från det att tillkännagivandet, att protokoll över beslutet justerats, har anslagits på anslagstavlor i samtliga samverkande kommuner och landsting.

Anslaget om protokollsjusteringen måste vara uppsatt på anslagstavlan under hela klagotiden för att tiden ska löpa ut. Har ingen överklagat inom denna tid vinner beslutet laga kraft. Beslutet står då fast oavsett om det är kompetensenligt eller inte.

Vid en laglighetsprövning kan besluten endast angripas med utgångspunkt i vissa grunder. Dessa är att beslutet inte har tillkommit i laga ordning, att beslutet hänför sig till något som inte är en angelägenhet för kommunen eller landstinget, att det organ som fattat beslutet har överskridit sina befogenheter eller att beslutet strider mot lag eller annan författning (10 kap. 8 § första stycket KL). De sistnämnda två grunderna är inte tillämpliga i fråga om vissa beslut om budgetens innehåll.

Den som överklagar behöver inte uttryckligen åberopa någon av grunderna utan det väsentliga är att de fel som påtalas kan hänföras till någon av dessa. Domstolen är annars bunden av klagandens utformning av talan och klaganden måste innan klagotiden löpt ut ha hänvisat till samtliga de omständigheter som gör beslutet olagligt (10 kap. 10 § KL). Felaktigheter som åberopas efter klagotidens utgång beaktas alltså inte. Däremot har klaganden möjlighet att under pågående process utveckla sin talan.

Prövningen omfattar endast lagligheten av ett beslut och inte dess lämplighet eller skälighet. Bifalls överklagandet kan domstolen endast upphäva – kassera – beslutet. Något annat beslut får inte sättas i det överklagade beslutets ställe (10 kap. 8 § tredje stycket

KL). Domstolen kan alltså inte ändra beslutets innehåll eller ålägga kommunen eller landstinget att fullgöra en viss prestation.

Ett beslut som kan överklagas enligt bestämmelserna om laglighetsprövning får verkställas innan det har vunnit laga kraft om inte särskilda skäl talar mot det (10 kap. 14 a § KL). Om ett beslut upphävs av domstol och det avgörandet vinner laga kraft ska emellertid rättsläget återställas i den utsträckning det är möjligt. Beslut om rättelse av verkställigheten ska meddelas utan oskäligt dröjsmål (10 kap. 15 § KL).

24.1.2 Laglighetsprövning av beslut angående kommunala företag

Bestämmelserna om laglighetsprövning ger möjlighet att överklaga beslut som fattats av interna kommunala organ (10 kap. 2 § KL). Beslut av kommunala företag kan däremot inte överklagas. En prövning av ett kommunalt företags verksamhet kan ändå åstadkommas på ett indirekt sätt genom överklagande av kommunens eller landstingets beslut rörande företaget. Det gäller inte bara beslut om företagsbildning utan också andra senare beslut som rör kommunala företag, däribland sådana ställningstaganden av fullmäktige som ska föregå viktigare beslut i företagen enligt 3 kap. 17–18 §§ KL (jfr avsnitt 9.4.2). I rättspraxis finns flera exempel på laglighetsprövning av kommunala beslut angående kommunala företag.

Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen) fann i RÅ 1974 ref. 41 att ett beslut som fattats av kommunfullmäktige i Falköpings kommun och som avsåg beviljande av ett bidrag om visst belopp till ett av kommunen helägt aktiebolag var befogenhetsöverskridande. Enligt Regeringsrätten var den i bolagsordningen angivna verksamheten – att äga och förvalta fast egendom – inte begränsad till sådana uppgifter som kunde anses vara kommunala angelägenheter och gick alltså över gränserna för den kommunala kompetensen. Även den verksamhet som bolaget faktiskt utövade gick till en inte oväsentlig del utöver vad som var kommunala angelägenheter. Vidare konstaterade Regeringsrätten att anslaget till bolaget inte var förenat med villkor som säkerställde att medlen uteslutande skulle komma att användas för behov som kommunen fick tillgodose.

I RÅ83 2:56 var frågan om Stockholms läns landsting hade överskridit sin kompetens genom ett principbeslut om att bl.a. bilda ett aktiebolag för viss verksamhet. Enligt förslaget till bolagsordning skulle bolaget ha till föremål för sin verksamhet att bedriva penningrörelse och även äga och förvalta fast och lös egendom samt driva annan i samband därmed stående rörelse. Verksamhetens syfte var att stimulera tillkomst och utveckling av affärs- och industriell verksamhet i länet. Regeringsrätten konstaterade att det ligger inom den kommunala kompetensen att allmänt främja näringslivets utveckling i kommunen. Om en kommun avser att i detta syfte verka genom ett särskilt rättssubjekt krävs dock, enligt Regeringsrätten, att den i stadgar eller bolagsordning angivna verksamheten begränsas så att den inte kommer att omfatta annat än vad som sålunda utgör en kommunal angelägenhet. Det aktuella bolagets verksamhet, som den angavs i bolagsordningen, var enligt Regeringsrätten inte begränsad till handhavande av sådana uppgifter som utgör kommunala angelägenheter på näringslivets område. Landstingets beslut var därför inte kompetensenligt.

RÅ84 2:25 gällde ett beslut av kommunfullmäktige i Piteå kommun. Beslutet innefattade bl.a. att ett aktiebolag, som helt ägdes av kommunen, gavs i uppdrag att handlägga allmänt näringslivsfrämjande åtgärder inom ramen för kommunens kompetens och av kommunfullmäktige beviljade anslag. Kammarrätten i Sundsvall, vars dom Regeringsrätten inte ändrade, anförde bl.a. följande.

I det uppdrag fullmäktige lämnat bolaget har inte närmare angivits vad som avses med allmänt näringslivsfrämjande åtgärder. Uppdragets omfattning har därigenom blivit obestämt. En viss precisering av uppdraget får anses ligga i att åtgärderna ska falla inom ramen för den kommunala kompetensen. En sådan precisering framstår dock som otillräcklig med hänsyn till att uppkommande kompetensfrågor kan antas i många fall bli svårbedömbara. Eftersom det är bolaget som i första hand har att ta ställning i dessa frågor är risken för kompetensöverskridanden vid verksamhetens utövande påtaglig. Genom beslutet har fullmäktige därför överskridit sin befogenhet.

Laglighetsprövningen i RÅ 1989 ref. 117 avsåg ett beslut av Örebro läns landsting om att bl.a. teckna aktier i ett aktiebolag och att godkänna ett förslag till bolagsordning för bolaget. Enligt bolagsordningen skulle bolaget "dels lämna administrativ och finansiell service till kommuner, kommunala bolag och kommunala stiftelser i Örebro län, dels i samma syfte äga och förvalta värdepapper, dock ej aktier". Föreskriften om att bolaget skulle äga och förvalta värde-

papper gav enligt Regeringsrätten utrymme för att bolagets verksamhet kunde komma att omfatta renodlad handel med värdepapper (dock inte aktier), vilket inte var en kommunal angelägenhet. Vidare var verksamheten inte heller på annat sätt omgärdad med villkor som säkerställde att anslagna medel uteslutande skulle komma att användas för behov som landstinget hade befogenhet att tillgodose. Genom beslutet bedömdes landstinget därför ha överskridit sin kompetens (jfr RÅ 1994 ref. 65).

I RÅ 1992 ref. 52 hade ett beslut av kommunfullmäktige i Umeå kommun överklagats. Beslutet innebar att kommunens rätt till andelskraft från en kraftstation uppläts till ett kommunägt aktiebolag mot ett årligt arrende. En fråga var om arrendets storlek kunde innebära att självkostnadsprincipen kringgicks. Regeringsrätten bedömde att detta kunde bli fallet och anförde bl.a. att när en kommun bedriver en verksamhet genom ett bolag får detta inte medföra att viktiga kommunalrättsliga grundsatser, bl.a. självkostnadsprincipen, sätts åt sidan i förhållande till de slutliga förbrukarna. Ett sådant åsidosättande kunde enligt Regeringsrätten föreligga om kommunen styr bolagets verksamhet så att det tvingas ta ut en högre avgift än vad kommun själv hade tillåtit göra om verksamheten bedrivits i egen regi. I det aktuella fallet ansågs dock inte visat att den avtalade ersättningen översteg kommunens egna kostnader med mer än vad som var godtagbart.

24.1.3 Laglighetsprövning i de fall det temporära in house-undantaget är tillämpligt

Före införandet av den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, ÄLOU, kunde kommunala upphandlingsbeslut överklagas genom laglighetsprövning enligt 10 kap. KL. Genom ÄLOU avskaffades den möjligheten samtidigt som det i stället infördes en möjlighet för leverantörer att ansöka om överprövning hos allmän förvaltningsdomstol samt att väcka talan om skadestånd vid allmän domstol (6 kap. ÄLOU, jfr prop. 1992/93:88, s. 48). Av 6 kap. 5 § ÄLOU i ursprunglig lydelse framgick att ett beslut på vilket lagen var tillämplig inte fick överklagas med stöd av 10 kap. KL (jfr 10 kap. 3 § KL). En motsvarande bestämmelse finns numera i 16 kap. 3 § LOU och 16 kap. 3 § LUF.

Dagens regelverk innebär att rättslig prövning av kommunala beslut enligt LOU kan ske med stöd av bestämmelserna i 16 kap.

LOU. Dessa regler möjliggör för leverantörer som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada att ansöka om överprövning hos allmän förvaltningsdomstol (16 kap. 1 § LOU). En leverantör kan också väcka talan om skadestånd vid allmän domstol (16 kap. 21 § LOU). Motsvarande regler finns i 16 kap. LUF.

Den temporära bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU medför bl.a. att kommuners och landstings anskaffning från kommunala företag, kommunalförbund och gemensamma nämnder inte omfattas av LOU om kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda. När förutsättningarna i bestämmelsen är uppfyllda, t.ex. då avtal slutits mellan en kommun och ett kommunalt företag, uppkommer nämligen inte ett kontrakt i lagens mening. Eftersom de åtgärder som vidtagits av kommunen därmed inte är att se som offentlig upphandling, enligt definitionen av detta begrepp (2 kap. 13 § LOU), gäller inte LOU för kommunens förfarande (1 kap. 2 § första stycket LOU, se även avsnitt 2.2.2). Detta innebär att ett kommunalt beslut om anskaffning med stöd av bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU inte kan angripas enligt 16 kap. LOU, om förutsättningarna i bestämmelsen är uppfyllda. OFUKI-utredningen konstaterar att ett sådant beslut däremot kan överklagas enligt 10 kap. KL. En grund för upphävande av beslutet såsom olagligt torde kunna vara t.ex. att bolagsordningen etc. inte innehåller föreskrifter som begränsar företagets kompetens i enlighet med de kommunalrättsliga principerna eller att företagets verksamhet de facto inte är kompetensenlig (jfr avsnitt 9.4.2).

Det bör framhållas att möjligheten till laglighetsprövning av ett kommunalt anskaffningsbeslut endast finns då samtliga förutsättningar enligt 2 kap. 10 a § LOU är uppfyllda. Om t.ex. erforderlig kontroll enligt kontrollkriteriet inte finns eller om verksamhetskriteriet inte är uppfyllt, så är LOU tillämplig. I sådana fall kan förfarandet endast komma under domstolsprövning enligt regleringen i 16 kap. LOU.

24.2 Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden

Den 1 januari 2010 infördes ett helt nytt system för konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden genom vissa nya regler i 3 kap. 27–32 §§ konkurrenslagen (2008:579). Konkurrens-

problem mellan offentlig och privat sektor utgör bakgrund till lagstiftningen.

Det nya regelverket tar sikte på säljverksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur, dock inte till den del den består i myndighetsutövning. Regelverket innebär enligt 3 kap. 27 § att staten, en kommun eller ett landsting får förbjudas att i en sådan säljverksamhet *tillämpa ett visst förfarande* om det snedvrider, eller är ägnat att snedvrida, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden eller om det hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Förbud får inte meddelas när det gäller förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt.

Vidare får enligt 3 kap. 27 § en kommun eller ett landsting även förbjudas att *bedriva en viss säljverksamhet* om denna är konkurrenssnedvridande, dock inte om verksamheten är förenlig med lag.

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

Förbud får meddelas av Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket. Om Konkurrensverket för ett visst fall beslutar att inte väcka talan, får talan i stället väckas av ett företag som berörs av förfarandet eller verksamheten (3 kap. 32 §).

I förarbetena till de nya reglerna beskrivs bl.a. att ingripanden mot kommunal *verksamhet* av visst slag är begränsade till vad som är kompetensöverskridande enligt kommunallagen samt konkurrenssnedvridande. Vidare beskrivs att det i fråga om ett *förfarande* i en verksamhet som är kompetensenlig krävs såväl konkurrenssnedvridning som att försvarbarhet saknas. Försvarbarhet kan finnas bl.a. mot bakgrund av bestämmelser i kommunallagen (prop. 2008/09:231, s. 55 och s. 58 f.).

Konfliktlösningssystemet innebär en ny möjlighet att komma till rätta med viss kompetensstridig verksamhet i såväl kommuner och landsting som kommunala företag. Systemet ger bl.a. förutsättningar för en direkt prövning av kompetensenligheten av kommunala företags verksamhet.

25 Behov av åtgärder

I OFUKI-utredningens direktiv beskrivs att det finns behov av 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.

I detta kapitel redovisas OFUKI-utredningens bedömning av vilka problem som kan finnas med anledning av att de kommunala företagen inte binds direkt av de kommunalrättsliga principerna. En näraliggande fråga, som OFUKI-utredningen också funnit anledning att behandla i detta sammanhang, är vilka problem som kan finnas avseende möjligheterna att åstadkomma rättslig prövning av om den verksamhet som bedrivs av kommunala företag är förenlig med de kommunalrättsliga principerna, i jämförelse med vad som gäller för annan kommunal verksamhet.

OFUKI-utredningen har funnit att vissa åtgärder bör föreslås. Även dessa förslag återfinns i detta kapitel.

25.1 De kommunalrättsliga principerna är inte direkt bindande

Som angetts i avsnitt 23.3 krävs en särskild åtgärd för att de kommunalrättsliga principerna ska gälla för de kommunala företagen. Detta innebär en skillnad jämfört med vad som gäller för kommunal verksamhet i egen regi. I praktiken kan skillnaden undanröjas genom att skyldigheten för kommuner och landsting att göra principerna bindande för de kommunala företagen efterlevs. Att det krävs en särskild åtgärd innebär emellertid att t.ex. en kommun som driver verksamhet genom ett aktiebolag av förbiseende eller annan anledning kan försumma att göra någon eller alla av principerna bindande för bolaget.

25.1.1 Kommunalrättsliga principer i bolagsordningarna för kommunala aktiebolag

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. Undersökningen omfattar 99 bolagsordningar som inhämtats från Bolagsverket och som avser såväl bolag som ägs antingen av en ensam kommun, ett ensamt landsting eller ett ensamt kommunalförbund som bolag som ägs gemensamt av flera kommuner eller landsting. Den omfattar däremot inga bolag med inslag av privat ägande. Bolagen fördelar sig över hela landet och på flera branscher, bl.a. avfallshantering, fastighetsverksamhet, hotell-, restaurang- och kulturverksamhet, näringslivsutveckling samt sjukvård.

För resultatet av undersökningen har hänsyn tagits till att det för vissa verksamheter kan gälla undantag från förbudet mot spekulativa företag eller de övriga undersökta principerna. Vad gäller ändamålsbestämmelser har vidare endast undersökts huruvida sådana över huvud taget förekommer, dvs. inte bedömts i vad mån de genom sitt innehåll tydliggör att bolaget helt eller delvis har ett annat syfte än att ge vinst. Någon bedömning av om angivet ändamål eller verksamhetsföremål är sådant att ett allmänt intresse kan antas bli tillgodosett genom verksamheten har inte heller gjorts.

Mot bakgrund av beskrivningen av de verksamhetsföremål som angetts i bolagsordningarna bedömer OFUKI-utredningen att 21 av dessa, dvs. ungefär en femtedel, saknar ändamålsbestämmelse, trots att förbudet mot spekulativa företag kan antas gälla för hela eller delar av den verksamhet som bedrivs. Ett exempel är en bolagsordning där verksamhetens föremål anges vara att insamla, transportera och behandla avfall och att driva annan därmed förenlig verksamhet. Ett andra exempel är en bolagsordning där bolagets verksamhetsföremål anges vara att utveckla en långsiktig verksamhet avseende entreprenader och servicetjänster inom energi- och IT-kommunikationsområdet i södra Sverige samt därmed förenlig verksamhet. I ett tredje exempel anges att bolaget ska bedriva konferensverksamhet, turistbyråverksamhet, marknadsföring av turism och försäljning/bokning och guidning samt produktutveckling och därmed förenlig verksamhet.

Konsekvensen av att det saknas bestämmelser om det kommunala ändamålet i en bolagsordning är att bolaget anses ha rent

vinstsyfte, trots att ett sådant syfte står i strid med den kommunalrättsliga huvudregeln om förbud mot spekulativa företag (se avsnitt 9.4.2). Om bolagets verksamhet helt eller delvis ska ha ett annat syfte än att ge vinst till fördelning mellan aktieägarna ska nämligen detta anges i bolagsordningen (3 kap. 3 § ABL).

I fler än hälften av de undersökta bolagsordningarna kommer vidare inte en eller flera av lokaliserings-, självkostnads- eller likställighetsprinciperna till uttryck, trots att dessa kan antas gälla för hela eller delar av den verksamhet som bedrivs enligt verksamhetsföremålet. Avsaknaden av uttryck för dessa principer i bolagsordningarna behöver dock inte med nödvändighet innebära att principerna inte gjorts bindande för bolagen. Detta kan nämligen ha säkerställts på annat sätt, t.ex. genom avtal eller genom bolagsstämmoanvisningar. OFUKI-utredningens undersökning avser inte förekomsten av andra bindande instrument än bolagsordningarna.

Att undersökningen av de granskade bolagsordningarna ger ett visst resultat i fråga om förekomsten av bestämmelser som ger uttryck för de kommunalrättsliga principerna kan inte omedelbart läggas till grund för slutsatsen att omständigheterna är likartade för de övriga kommunalt ägda aktiebolagen i Sverige. Undersökningen antyder likväl enligt OFUKI-utredningens mening att det är vanligt att bolagsordningar för kommunala aktiebolag saknar bestämmelser som ger uttryck för förbudet mot spekulativa företag eller för lokaliserings-, självkostnads- eller likställighetsprincipen.

25.1.2 Problem med att de kommunalrättsliga principerna inte är direkt bindande

Synpunkter från referensgruppen

Som angetts i avsnitt 15.4 har OFUKI-utredningen hållit två referensgruppsmöten vid vilka synpunkter inhämtats från vissa organisationer. Särskilt vid det andra mötet, den 15 september 2010, lämnades vissa synpunkter angående de kommunalrättsliga principerna i förhållande till kommunala bolag.

Synpunkterna avsåg frågan om i vad mån det förhållandet att de kommunala bolagen inte binds direkt av de kommunalrättsliga principerna medför principiella eller andra problem i förhållande till regleringen av annan kommunal verksamhet. Vidare avsåg syn-

punkterna frågan om vilka åtgärder som bör vidtas för att lösa eventuella problem.

Sveriges advokatsamfund, Företagarna och Återvinningsindustrierna anförde att det borde finnas krav på att de kommunalrättsliga principerna ska vara inskrivna i bolagsordningarna för de kommunala bolagen. Även Almega, vars uppfattning i och för sig angavs vara att kommunal verksamhet inte bör bedrivas i bolagsform, anförde att de kommunalrättsliga principerna bör skrivas in i bolagsordningarna. Återvinningsindustrierna ansåg att det också bör finnas en revisionsplikt avseende att så sker.

Bla. Företagarna angav att konkurrensproblem uppkommer om de kommunalrättsliga principerna inte följs. Advokatsamfundet pekade dock på att bundenhet av självkostnadsprincipen kan leda till vissa problem på konkurrensutsatta marknader. Även Kommunala Företagens Samorganisation (KFS) anförde att självkostnadsprincipen ger upphov till konkurrensproblem.

KFS pekade vidare på att det går att åstadkomma bundenhet för ett kommunalt bolag att följa de kommunalrättsliga principerna genom användning av andra instrument än bolagsordningen. KFS anförde också att alla kommunala bolag inte bör bedömas lika i frågan huruvida problem finns. Sveriges Allmännyttiga Bostadsföretag (SABO) ansåg inte att det fanns några problem med att de kommunala bolagen inte binds direkt av de kommunalrättsliga principerna.

Avfall Sverige angav att det utifrån det kommunala självstyret kan ifrågasättas om de kommunalrättsliga principerna behöver skrivas in i bolagsordningarna för de kommunala bolagen. Avfall Sverige anförde vidare att gällande undantag från principerna måste beaktas. Även Sveriges advokatsamfund angav att en skyldighet att de kommunalrättsliga principerna ska skrivas in i bolagsordningen skulle kunna vara svårförenlig med den kommunala självstyrelsen. Företagarna ansåg däremot att det kommunala självstyret inte borde utgöra något sådant hinder.

Några organisationer tog upp att det finns en koppling mellan förekomsten av föreskrifter om de kommunalrättsliga principerna i bolagsordningen för ett bolag och möjligheterna för en kommun att uppnå kontroll över bolaget enligt EU-domstolens praxis om kontrollkriteriet. Almega anförde att det, inte minst för den kommun som vill uppnå kontroll i enlighet med kontrollkriteriet över ett bolag, finns ett behov av att de kommunalrättsliga principerna skrivs in i bolagsordningen. Företagarna angav att om principerna

inte efterlevs borde det finnas risker utifrån tillämpning av kontrollkriteriet. Sveriges advokatsamfund ansåg att det bör anges i motiven till ett permanent in house-undantag, men inte i lagtexten, att en omständighet som talar för kontroll är att de kommunalrättsliga principerna tagits in i bolagsordningen. Avfall Sverige ställde sig ytterst tveksam till möjligheten att i en lagstiftning om ett in house-undantag ställa krav på att de kommunalrättsliga principerna ska skrivas in i bolagsordningen.

I övrigt anförde Återvinningsindustrierna att det är vanligt att ärenden inte förs från kommunala bolag till fullmäktige för ställningstagande i den utsträckning detta ska ske.

Utredningens uppfattning

Som angetts ovan är en följd av att det krävs särskilda åtgärder för att de kommunalrättsliga principerna ska bli bindande för ett kommunalt företag att det finns en risk att skyldigheten att vidta sådana åtgärder inte efterlevs. Ett kommunägt bolag kan därigenom komma att få en väsentligt vidare kompetens än vad som automatiskt hade gällt för kommunen om denna bedrivit verksamheten i egen regi. Om t.ex. lokaliseringsprincipen inte gjorts bindande för bolaget finns det formellt inga hinder för detta att bedriva verksamhet utanför kommunens geografiska område. Utan erforderligt angivande av ändamål i bolagsordningen kommer bolaget vidare att ha vinstmaximering som syfte. Om bolagsstyrelsen i ett sådant fall ändå agerar efter ett kommunalt ändamål kan åtgärderna dessutom vara i konflikt med associationsrätten.

OFUKI-utredningens undersökning av bolagsordningar visar att förbudet mot spekulativa företag inte gjorts bindande för flera kommunala företag, trots att så bort ske. Vidare visar undersökningen att även andra kommunalrättsliga principer inte gjorts bindande för flera företag genom föreskrifter i bolagsordningarna. OFUKI-utredningen bedömer mot denna bakgrund 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 OFUKI-utredningens mening oavsett i vad mån de kommunala företag för vilka principerna inte gjorts bindande ändå agerar efter dessa. Någon undersökning av i vilken utsträckning så är fallet har

inte varit möjlig att genomföra inom ramen för OFUKI-utredningens uppdrag.

Visserligen finns en möjlighet för kommunmedlemmar att överklaga t.ex. kommunfullmäktiges beslut att överlämna kommunala angelägenheter till ett bolag och det kan också antas att ett sådant beslut – eller senare kommunala beslut angående bolaget – skulle upphävas om de kommunalrättsliga principerna inte gjorts bindande för bolaget. Laglighetsprövningsinstitutet kan dock inte fullt ut kompensera för risken att de kommunalrättsliga principerna inte görs bindande för de kommunala företagen. Möjligheterna till laglighetsprövning är begränsade, bl.a. på så sätt att endast kommunmedlemmar får överklaga kommunfullmäktiges beslut och endast inom en begränsad tid. Därtill krävs bl.a. att den klagande inom denna tid återopat de omständigheter som innebär att beslutet är olagligt för att domstolen ska kunna lägga dem till grund för sin bedömning. En grundläggande förutsättning för laglighetsprövning är också att det de facto fattats ett beslut. Efter beslutet om överlämnande av den aktuella kommunala angelägenheten kan verksamheten i ett kommunalt bolag pågå under lång tid utan att fullmäktige eller någon nämnd nödvändigtvis behöver fatta något beslut angående bolaget. Ett beslut som fattas av det kommunala bolaget kan vidare inte alls överklagas enligt bestämmelserna om laglighetsprövning i 10 kap. KL. OFUKI-utredningen anser därför att det finns anledning att närmare överväga hur de kommunala företagens bundenhet av principerna kan säkerställas bättre än enligt dagens regelverk (se avsnitt 25.3).

25.2 Möjligheterna till rättslig prövning

Även om de kommunalrättsliga principerna är direkt tillämpliga för kommunal verksamhet som bedrivs i egen regi av en kommun eller ett landsting, kan det av olika anledningar förekomma att verksamheten står i strid med dessa. På motsvarande sätt kan förekomma att verksamhet som bedrivs av ett kommunalt företag strider mot principerna i fall då dessa gjorts bindande för företaget. Att principerna gjorts bindande behöver alltså inte med nödvändighet innebära att all verksamhet är kompetensenlig. Som angetts inledningsvis i kapitel 24 riskerar kompetensöverskridanden att leda till negativa konsekvenser varför kontrollmekanismer är nödvändiga.

Möjligheterna att genom rättsliga åtgärder åstadkomma en prövning av om kommunal verksamhet är kompetensenlig skiljer sig emellertid åt beroende på om denna bedrivs i en kommuns eller ett landstings egna regi eller genom ett företag. Som närmare beskrivits i avsnitt 24.1 kan beslut som fattats av kommun- eller landstingsfullmäktige eller kommunala nämnder överklagas i enlighet med bestämmelserna i 10 kap. KL. Beslut som fattas av organen i kommunala företag, t.ex. av stämman eller styrelsen i ett kommunalt aktieföretag, kan däremot inte alls överklagas i denna ordning. Endast genom överklagande av sådana kommun- eller landstingsinterna beslut som avser kommunala företag kan företagets verksamhet komma under laglighetsprövning – och då endast indirekt.

Enligt OFUKI-utredningens mening är intresset av att det finns möjligheter till rättslig prövning av beslut som fattas av kommunala företag principiellt sett inte mindre än i fråga om beslut av kommuners och landstings interna organ. Att möjligheterna skiljer sig åt – endast beroende på hur verksamheten organiserats – måste därför i sig anses tveksamt. Dessutom är det en mycket omfattande verksamhet som bedrivs i företagsform och som alltså endast i begränsad utsträckning kan komma i fråga för laglighetsprövning. Som angetts i avsnitt 12.1 uppgick nettoomsättningen i de kommunala bolagen till 160 miljarder kronor 2008. Det bör också framhållas att många kommunala företag är verksamma på områden där det även finns privata aktörer. Med hänsyn till de konkurrensproblem som därigenom kan uppkomma finns enligt OFUKI-utredningens mening ett klart intresse av att det finns goda möjligheter till rättslig prövning av att de kommunala företagens verksamhet är förenlig med de kommunalrättsliga principerna, t.ex. lokaliseringsprincipen.

Genom det nya systemet för konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden har skapats en sådan möjlighet till prövning (se avsnitt 24.2). I vilken utsträckning regelverket kan tillgodose behovet av rättslig prövning av de kommunala företagens verksamhet måste bedömas som oklart mot bakgrund av att reglerna endast varit i kraft sedan den 1 januari 2010. Systemet för konfliktlösning är vidare i sig förenat med vissa begränsningar, bl.a. på så sätt att endast säljverksamhet som kan antas ha marknadspåverkan kan angripas. I övrigt kan framhållas att regelverken har olika syften. Konfliktlösningssystemet syftar till att lösa konkurrensproblem som kan uppstå vid säljverksamhet medan reglerna

om laglighetsprövning, som ger förutsättningar för ett slags medborgartalan, har till ändamål att möjliggöra prövning av att den kommunala självstyrelsen utövas på ett rättsenligt sätt (se prop. 2008/09:231, s. 33, och prop. 1990/91:117, s. 132).

Enligt OFUKI-utredningens mening finns därför anledning att överväga om möjligheterna till rättslig prövning av kompetens- enligheten av kommunal verksamhet i företagsform bör stärkas ytterligare, särskilt genom införande av en möjlighet till laglighets- prövning av kommunala företags beslut (se avsnitt 25.4).

25.3 Säkerställande av att de kommunala företagen binds av och tillämpar de kommunalrättsliga principerna

25.3.1 Sättet för de kommunala företagens bundenhet av de kommunalrättsliga principerna

Grunden för att de kommunala företagen ska vara bundna av de kommunalrättsliga principerna, när de är tillämpliga, är att de ska utgöra en ram för den verksamhet som bedrivs och det sätt på vilket verksamheten bedrivs. Ett huvudsyfte är då självfallet att principerna också tillämpas av företagen. Sättet på vilket de kommunalrättsliga principerna görs bindande för företagen kan med detta synsätt betraktas som i viss mån sekundärt i förhållande till att de faktiskt efterlevs.

Mot denna bakgrund är det enligt OFUKI-utredningens mening tveksamt i vilken grad risken för överskridanden av de kommunalrättsliga principerna påverkas av på vilket sätt de kommunala företagen binds av principerna. Det är fullt möjligt att införande av en direkt bundenhet inte nämnvärt skulle få någon praktisk effekt på de kommunala företagens verksamhet. Dagens system kan dessutom ge upphov till ett särskilt informativt värde på så sätt att principerna synliggörs för berörda personer, bl.a. styrelseledamöter eller motsvarande, genom att komma till uttryck i styrande dokument för företagen och då särskilt bolagsordningen eller motsvarande stadgar. Naturligtvis skulle dock särskilda lagregler om direkt bundenhet också synliggöra principerna för de kommunala företagen.

Trots det nu anförda skulle ett regelverk som leder till att de kommunala företagen alltid är bundna av de kommunalrättsliga

principerna när dessa är tillämpliga självfallet kunna vara av värde, i vart fall genom att principernas tillämplighet då inte skulle vara beroende av om verksamhet bedrivs i egen regi eller i företagsform. Införande av lagregler som skapar direkt bundenhet för företagen förutsätter dock enligt OFUKI-utredningens mening ytterligare överväganden avseende förenligheten med dagens regelsystem för privaträttsliga organisationer.

Sådana regler skulle inte vara lämpliga att införa i kommunallagen eftersom denna lag i övrigt endast gäller för kommuner, landsting och kommunalförbund. I stället skulle bestämmelser behöva tas in i de olika associationsrättsliga författningar som i dag gäller för de privaträttsliga juridiska personerna, bl.a. aktiebolagslagen. Alternativt skulle bestämmelser kunna tas in i en ny associationsrättslig specialförfattning för kommunala företag oavsett juridisk form.

Enligt dagens författningar för privaträttsliga organisationer saknas i huvudsak bestämmelser vars tillämplighet beror på vem som är ägare till eller medlem i organisationen. Ett undantag är 9 kap. 8 § tredje stycket ABL som, jämförd med 2 § 4 lagen (2002:1022) om revision av statlig verksamhet m.m., innebär att Riksrevisionen får utse en eller flera revisorer att delta i revisionen tillsammans med övriga revisorer i bl.a. bolag där staten som ägare har ett bestämmande inflytande över verksamheten. Ett annat exempel är 9 kap. 46 § tredje stycket ABL varav följer att revisorn i vissa kommunala aktiebolag är skyldig att på begäran lämna upplysningar om bolagets angelägenheter till de förtroendevalda revisorerna i kommunen, landstinget eller i sådana kommunalförbund som kommunen eller landstinget ingår i. På motsvarande sätt gäller enligt fjärde stycket i paragrafen att revisorn i statligt helägda aktiebolag är skyldig att på begäran lämna sådana upplysningar till Riksrevisionen. Några bestämmelser som beroende på ägare eller medlem tar sikte på vilken verksamhet som får bedrivas av organisationen eller på vilket sätt denna får bedrivas finns däremot inte. De associationsrättsliga regelverken bygger i stället på att föreskrifter av sådant slag – i den mån de är förenliga med associationsrätten – ska ges i bolagsordning eller motsvarande stadgar eller i t.ex. anvisningar från bolagsstämman såvitt avser aktiebolag, dvs. i sådana instrument varigenom ägare eller medlemmar också i övrigt kan styra över organisationen och dess verksamhet. Från ett associationsrättsligt perspektiv skulle därför regler som innebär att de kommunalrättsliga principerna görs direkt bindande för kom-

munala företag kunna ifrågasättas. Dagens system för hur de kommunalrättsliga principerna ska göras bindande för de kommunala företagen ligger däremot helt i linje med associationsrätten.

Sammantaget medför det anförda att OFUKI-utredningen inte är beredd att föreslå bestämmelser som innebär att de kommunala företagen direkt binds av de kommunalrättsliga principerna. Eventuella sådana förslag måste föregås av ytterligare associationsrättslig analys som inte är möjlig att göra inom ramen för utredningens uppdrag. I stället bör enligt utredningens mening bl.a. 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 (se avsnitt 25.3.2).

Mot bakgrund av att de kommunala företagen i huvudsak är aktiebolag bedömer OFUKI-utredningen att behov av åtgärder främst finns i fråga om denna företagsform. Utredningens förslag till åtgärder är därför huvudsakligen inriktade på aktiebolag. Denna företagsform är också den enda som omnämns i utredningens direktiv i nu aktuellt sammanhang.

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

Utredningens förslag: Om en kommun eller ett landsting lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier, ska fullmäktige se till att det fastställda kommunala ändamålet med verksamheten anges i bolagsordningen liksom de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten i fråga. Fullmäktiges ansvar att se till att få ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas kompletteras med ett krav på att skyldigheten för bolaget att inhämta ställningstagande ska anges i bolagsordningen. Motsvarande ska med avseende på stiftelseförordnandet eller stiftelseurkunden gälla när en kommun ensam eller ett landsting ensamt bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet.

Skäl för förslaget

Om fullmäktige lämnar över en kommunal angelägenhet till ett helägt aktiebolag ska fullmäktige enligt 3 kap. 17 § första stycket 1 KL fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten. I förarbetena (prop. 1990/91:117, s. 162) till KL anges att fastställandet av det kommunala ändamålet kan innefatta en precisering av att de olika grundsatser som gäller för kommunal verksamhet enligt KL, t.ex. likställighetsprincipen, ska gälla för bolagets verksamhet. Vidare anförs bl.a. att kravet på precisering av det kommunala ändamålet är särskilt starkt om verksamheten ligger nära gränsområdena för vad som ligger inom den kommunala kompetensen.

OFUKI-utredningens undersökning av bolagsordningar för kommunala aktiebolag ger bl.a. en antydning om att bolagsordningarna generellt sett ofta saknar bestämmelser som ger uttryck för förbudet mot spekulativa företag samt lokaliserings-, självkostnads- och likställighetsprinciperna. Som angetts ovan torde det dock endast vara förbudet mot spekulativa företag som måste tas in i bolagsordningen för att vara bindande för ett kommunalt aktiebolag. De övriga principerna torde alltså kunna göras bindande också på annat sätt, t.ex. genom avtal.

OFUKI-utredningen anser att det är en brist att det inte finns något krav på att bolagsordningen innehåller samtliga principer i den mån de är tillämpliga för den aktuella verksamheten. De kommunalrättsliga 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 har fastställt enligt 3 kap. 17 § första stycket 1 KL och som kan, men inte nödvändigtvis behöver, ge uttryck för de kommunalrättsliga principerna. Preciseringsdelen av det kommunala ändamålet är en integrerad del av de kontrollmekanismer som utvecklats i praxis avseende kommunal verksamhet i bolagsform och kan också konkretisera ägarens tolkning av de kommunalrättsliga principerna i samband med bolagsbildningen. OFUKI-utredningen föreslår därför att fullmäktiges ansvar enligt 3 kap. 17 § första stycket 1 KL att fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten ska kompletteras med en skyldighet att se till att detta ändamål och de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten kommer till uttryck i bolagsordningen. Avgörande för preciseringen av

de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten i ett enskilt fall är vilka kommunalrättsliga principer som gäller för den aktuella verksamhet. Det kan vara såväl de kompetensbegränsande principerna, t.ex. förbudet mot spekulativ verksamhet (2 kap. 7 § KL) och lokaliseringsprincipen (2 kap. 1 § KL) som de principer som begränsar på vilket sätt kompetenslig verksamhet får bedrivas, t.ex. självkostnadsprincipen (8 kap. 3 c § KL) och likställighetsprincipen (2 kap. 2 § KL). Att det enligt OFUKI-utredningens förslag är de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten som ska anges i bolagsordningen medför att denna inte behöver innehålla några föreskrifter i motsvarande mån som det gäller undantag från de kommunalrättsliga principerna för den aktuella verksamheten.

Vad som kan krävas beträffande det närmare innehållet i sådana föreskrifter i bolagsordningen som nu avses beror bl.a. på vad som är föremålet för bolagets verksamhet. En viss precisering av betydelsen av de kommunalrättsliga principerna för den aktuella verksamheten kan vara nödvändig för att i tillräcklig grad åstadkomma bundenhet för bolaget (jfr bl.a. RÅ84 2:25). I andra fall kan det vara tillräckligt – för bolag vars verksamhet är sådan att det inte gäller något undantag från de kommunalrättsliga principerna – att det i bolagsordningen tas in en bestämmelse med innehållet att de kommunalrättsliga principerna enligt 2 kap. KL och 8 kap. 3 c § KL ska tillämpas av bolaget, utöver en föreskrift om syftet med verksamheten.

Någon ändring av i vilken grad de kommunalrättsliga principerna ska göras bindande för kommunala aktiebolag är inte avsedd med förslaget. Ändringen avser endast det sätt på vilket bundenheten ska åstadkommas. Under förutsättning att erforderlig bundenhet skapats genom bolagsordningen finns inget hinder för ytterligare precisering i andra instrument, t.ex. bolagsstämmanvisningar eller avtal.

Nuvarande skyldighet för fullmäktige att fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten enligt 3 kap. 17 § första stycket 1 KL kan enligt förarbetena t.ex. preciseras så att det blir klart att de kommunalrättsliga principerna som gäller för verksamheten ska gälla för bolagets verksamhet (se avsnitt 9.4.2). En sådan precisering blir nödvändig genom den nu föreslagna bestämmelsen. Regeln om skyldighet för fullmäktige att fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten blir dock inte överflödigt som följd av OFUKI-utredningens förslag. Det har i sig ett värde att full-

mäktige särskilt tar ställning till vad som är det kommunala ändamålet med ett kommunalt bolags verksamhet. Vidare gäller undantag från vissa kommunalrättsliga principer, t.ex. förbudet mot spekulativ verksamhet och lokaliseringsprincipen, beroende på vad för slags verksamhet bolaget bedriver. Inte minst i dessa fall har bestämmelsen i 3 kap. 17 § första stycket 1 KL en klart självständig betydelse.

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

Att fullmäktige ska ta ställning inför beslut som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt är en grundläggande kommunalrättslig förutsättning för verksamhet i kommunala företag och har också sin motsvarighet i rollfördelningen mellan fullmäktige och kommunala nämnder. Enligt 3 kap. 9 § KL ankommer det på fullmäktige att besluta i ärenden av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt för kommunen eller landstinget. Mot den bakgrunden anser OFUKI-utredningen att skyldigheten för helägda kommunala bolag att inhämta fullmäktiges ställningstagande bör säkerställas genom föreskrift i bolagsordningen. Reglering i bolagsstämmoanvisningar eller avtal medför enligt utredningens mening risker för bristande transparens och otydligt genomslag. Särskilt kan också framhållas att klandertalan mot bolagsstämmo-beslut enligt 7 kap. 50 § ABL förutsätter att beslutet inte har kommit till i behörig ordning, strider mot ABL eller tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen. Klandertalan kan väckas av en enskild styrelseledamot.

Av 3 kap. 17 § tredje stycket KL framgår att fullmäktiges skyldigheter enligt första stycket även gäller när kommunen ensam eller landstinget ensamt bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet. Fullmäktige ska alltså även i dessa fall fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten, utse samtliga styrelseledamöter och att se till att fullmäktige får ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas.

Enligt OFUKI-utredningens mening bör ovan angivna förslag om ändringar i fullmäktiges skyldigheter för helägda aktiebolag genomföras också med avseende på stiftelser som bildas av en ensam kommun eller ett ensamt landsting. Utredningen föreslår därför att motsvarande ska gälla i fråga om sådana stiftelser. Det som i fråga om aktiebolag ska tas in i bolagsordningen får dock i stället tas in i stiftelseförordnandet för sådana stiftelser som bildas enligt stiftelselagen (1994:1220) respektive i stiftelseurkunden för sådana stiftelser som bildas enligt lagen (1967:531) om tryggande av pensionsutfästelse m.m.

Vissa konsekvenser av förslaget

OFUKI-utredningens förslag avseende aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier innebär att uppräknningen av fullmäktiges skyldigheter i 3 kap. 17 § första stycket KL utökas. En följd av detta är att förslaget också påverkar fullmäktiges skyldigheter enligt 3 kap. 18 § första stycket KL, dvs. i fråga om sådana bolag och föreningar där kommunen eller landstinget bestämmer tillsammans med någon annan. Om värden av en kommunal angelägenhet lämnas över till ett sådant bolag eller en sådan förening ska fullmäktige se till att den juridiska personen blir bunden av de villkor som avses i 3 kap. 17 § KL i en omfattning som är rimlig med hänsyn till andelsförhållandena, verksamhetens art och omständigheterna i övrigt. Motsvarande förslag avseende stiftelser som bildas av en ensam kommun eller ett ensamt landsting innebär att 3 kap. 17 § tredje stycket KL ändras. Därmed påverkas även fullmäktiges skyldigheter enligt 3 kap. 18 § andra stycket KL, angående fullmäktiges skyldigheter om kommunen eller landstinget bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet tillsammans med någon annan. Fullmäktige ska nämligen enligt bestämmelsen se till att en sådan stiftelse 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.

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

stadgarna och för handelsbolag genom bestämmelser i bolagsavtalet.

I kommunalt helägda aktiebolag ska fullmäktige utse minst en lekmannarevisor (3 kap. 17 § andra stycket KL). I aktiebolag där en kommun eller ett landsting bestämmer tillsammans med någon annan gäller detta krav i en omfattning som är rimlig med hänsyn till andelsförhållandena, verksamhetens art och omständigheterna i övrigt (3 kap. 18 § första stycket KL, se avsnitt 9.4.2). En lekmannarevisor har enligt 10 kap. 3 § ABL bl.a. i uppgift att granska om bolagets verksamhet sköts på ett ändamålsenligt sätt. Som angetts i avsnitt 9.1.2 innebär detta att lekmannarevisorn ska kontrollera att verksamheten håller sig inom de ramar som bolagsordningen anger och att den står i överensstämmelse med de syften för verksamheten som kan ha angetts i bolagsordningen. En lekmannarevisor i ett kommunägt bolag, avsett att bedriva sådan verksamhet som kommunen svarar för, ska granska att de kommunala ändamålen, sådana de har kommit till uttryck i bolagsordningen, tillgodoses på ett effektivt och bra sätt.

OFUKI-utredningens förslag om ändringar i 3 kap. 17 § första stycket KL innebär att det kommunala ändamål som fullmäktige fastställt för verksamheten ska anges i bolagsordningen liksom de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten. Förslaget innebär också att det genom föreskrift i bolagsordningen ska säkerställas skyldighet för bolaget att inhämta ställningstagande från fullmäktige innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas. Att lekmannarevisorns granskning bl.a. omfattar att bolagsordningen inte överskrids innebär att granskningen inbegriper de förhållanden som enligt OFUKI-utredningens förslag ska tas in i bolagsordningen.

Enligt OFUKI-utredningens mening är det önskvärt med ett sådant utökat uppdrag för lekmannarevisorer i kommunala aktiebolag som blir följderna av utredningens förslag. Mot bakgrund av OFUKI-utredningens undersökning av bolagsordningar och vikten av att kommunala aktiebolag inte överskrider de kommunala befogenheterna bedömer utredningen att det finns ett generellt behov av att lekmannarevisorer i kommunala aktiebolag granskar att verksamheten bedrivs i enlighet med bl.a. de kommunalrättsliga principerna. Möjligheten att genom bolagsstämmanvisningar skapa grund för en sådan granskning kan enligt OFUKI-utredningens mening inte anses tillräcklig för att behovet ska tillgodoses.

I stället bör lekmannarevisorer i kommunala aktiebolag alltid ha i uppgift att granska dessa förhållanden.

En konsekvens av att lekmannarevisorerens granskning utökas kan bli att svårighetsgraden för uppdraget ökar. Eftersom lekmannarevisorer ska anlita sakkunniga biträden, i den omfattning som behövs för att fullgöra uppdraget enligt god sed (9 kap. 8 § andra stycket KL), kan kostnaderna för lekmannarevisionen komma att öka.

25.3.3 Kommun- och landstingsstyrelsernas ansvar för de kommunala aktiebolagens verksamhet

Utredningens förslag: Kommun- respektive landstingsstyrelsen ska i årliga beslut för varje sådant aktiebolag som avses i 3 kap. 17 och 18 §§ KL 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 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 även vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de krav som anges i 3 kap. 17 och 18 §§ KL är uppfyllda i fråga om sådana aktiebolag som avses i dessa bestämmelser.

Enligt 6 kap. 1 § andra stycket KL är styrelsen i en kommun eller ett landsting skyldig att ha uppsikt över kommunal verksamhet som bedrivs i sådana företag som avses i 3 kap. 17 och 18 §§ KL. Någon närmare precisering av vad uppsiktsplikten tar sikte på framgår varken av lagtexten eller av förarbetena (jfr avsnitt 7.2.2 och 9.4.3). Lagstiftningen innehåller inte heller några krav på hur styrelsens uppsikt ska genomföras eller på att resultatet ska redovisas på något särskilt sätt.

Enligt OFUKI-utredningens mening ligger det i sakens natur att uppsikten bl.a. ska omfatta att den bedrivna verksamheten är förenlig med lag, i vart fall på ett mera övergripande plan. För sådana företag vilka fullmäktige fastställt det kommunala ändamålet med verksamheten, dvs. särskilt helägda aktiebolag enligt 3 kap. 17 § första stycket 1 KL, får uppsikten också anses omfatta att den bedrivna verksamheten är förenlig med detta ändamål. OFUKI-utredningen bedömer därför att det redan enligt dagens bestämmelser finns ett visst ansvar för styrelsen att följa att verksamheten hos kommunens eller landstingets företag är förenlig med bl.a. de kommunalrättsliga principerna. Det är emellertid enligt OFUKI-utredningens mening en brist att det i dag inte finns något krav på redovisning av resultatet av uppsiktsplikten såvitt gäller kompetensligheten av de kommunala företagens verksamhet, särskilt i fråga om kommunala aktiebolag eftersom kommunal verksamhet i företagsform i huvudsak bedrivs i sådana bolag. Såväl för fullmäktiges som för allmänhetens del får det anses vara av intresse att detta förhållande inte bara står under styrelsens uppsikt utan också att utfallet av uppsikten återkommande redovisas. OFUKI-utredningen anser att en sådan redovisning bör ske i beslut av styrelsen med ställningstagande till om den verksamhet som bedrivits under viss tid har varit kompetenslig och, i förekommande fall, legat inom ramen för det kommunala ändamål som fastställts av fullmäktige. Uppsiktsplikten kommer då, förutom att redovisas, att leda fram till beslut som kan överklagas enligt 10 kap. KL. Därmed stärks även möjligheterna till rättslig prövning av kompetensligheten av de kommunala företagens verksamhet (jfr avsnitt 25.4.2).

Mot denna bakgrund föreslår OFUKI-utredningen att styrelsen i årliga beslut för varje kommunalt aktiebolag ska ta ställning till om den verksamhet som bedrivits av bolaget under föregående kalenderår har varit förenlig med de kommunala befogenheterna och, i förekommande fall, med det kommunala ändamål som fastställts av fullmäktige. Förslaget innebär att styrelsen dels ska bedöma verksamheten i förhållande till det ändamål fullmäktige kan ha fastställt, dels verksamheten i förhållande till de kommunala befogenheterna. Det bör framhållas att det förhållandet att verksamheten bedrivits i enlighet med ett fastställt ändamål inte hindrar att verksamheten står i strid med de kommunala befogenheterna. Omvänt kan verksamheten ha varit förenlig med de kommunala befogenheterna men stå i strid med det fastställda ändamålet.

I linje med det som angetts ovan får det anses vara av intresse för fullmäktige, såsom det organ vilket överlämnat de kommunala angelägenheterna till bolagen och såsom politiskt ansvarigt organ för bolagens verksamhet, att få del av styrelsens beslut. OFUKI-utredningen föreslår därför att styrelsens beslut ska överlämnas till fullmäktige. Detta bör ske samtidigt som styrelsen överlämnar årsredovisningen enligt 8 kap. 17 § KL, dvs. snarast möjligt och senast den 15 april året efter det år som redovisningen avser. Av förslaget följer därmed att styrelsens beslut måste fattas senast samma dag som årsredovisningen överlämnas.

Förslaget om att styrelsens uppsiktsplikt i nu aktuellt avseende ska redovisas i årliga beslut innebär i övrigt ingen ändring av uppsiktsplikten. För det fall styrelsen inom ramen för den löpande uppsikten bedömer att ett kommunalt företag bedriver verksamhet i strid med de kommunalrättsliga principerna kan det alltså, liksom enligt dagens regler, finnas anledning för styrelsen att agera omedelbart, t.ex. genom att påkalla ingripande av fullmäktige (jfr avsnitt 7.2.2).

Även om en sådan skyldighet naturligtvis även omfattar missförhållanden som framkommer av styrelsens beslut finns det enligt OFUKI-utredningens mening skäl att tydliggöra att det är styrelsen som ska ta nödvändiga initiativ för att rätta till eventuella missförhållanden i kommunala aktiebolag, även om endast fullmäktige förfogar över de nödvändiga maktmedlen för att åstadkomma detta. För detta talar särskilt att fullmäktige normalt inte kan fatta beslut utan att det s.k. beredningstvånget iakttagits (se avsnitt 7.4.1). Om styrelsen således i sitt beslut konstaterar missförhållanden, eller om sådana tydliggörs genom att beslutet efter överklagande upphävs av domstol, bör därför av lagtexten framgå att styrelsen ska lämna förslag till fullmäktige om åtgärder som säkrar förenlighet med lag och med det kommunala ändamål som i förekommande fall fastställts av fullmäktige. Det ligger i sakens natur att denna skyldighet för styrelsen innefattar ett krav att agera skyndsamt, särskilt i sådana fall då missförhållanden fortgår.

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. Oförenligheten kan t.ex. bero på att omvärldsförutsättningarna ändrats på ett sätt som berör den kommunala kompetensen (jfr avsnitt 25.3.4). Den kan också ha framkommit genom avgörande i domstol. Visserligen kan redan i dag

finnas anledning för styrelsen att agera i sådana fall, men enligt OFUKI-utredningens mening bör styrelsens ansvar anges i lagen. Utredningen föreslår därför en bestämmelse om att styrelsen ska lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder för det fall det framkommit att det av fullmäktige fastställda ändamålet inte är förenligt med de kommunala befogenheterna. Styrelsens skyldighet innefattar ett krav att agera skyndsamt.

Om styrelsens beslut överklagas kan det upphävas om förvaltningsdomstolen finner att det är olagligt på de grunder som klaganden anført. Närmare preciserat finns grund för upphävande bl.a. om beslutet inte har tillkommit i laga ordning eller om det strider mot lag eller annan författning (10 kap. 8 § KL). Styrelsens beslut om att ta ställning till verksamheten i ett kommunalt bolag innefattar en tillämpning av bl.a. bestämmelserna i 2 kap. och 8 kap. 3 c § KL, i den mån de kommunalrättsliga principer som bestämmelserna ger uttryck för gäller för den aktuella verksamheten. Något utrymme för styrelsen att göra lämplighetsbedömningar finns inte. Antingen har den verksamhet som bedrivits av ett kommunalt bolag under det aktuella året varit förenlig med det fastställda kommunala ändamålet och de kommunala befogenheterna eller så har den inte varit det. Ett beslut varigenom styrelsen felaktigt funnit att verksamheten i ett kommunalt bolag varit förenlig med det fastställda kommunala ändamålet eller de kommunala befogenheterna strider därför mot lag och ska upphävas. Domstolens prövning ska alltså ta sikte på styrelsens beslut angående verksamheten såväl i förhållande till det fastställda kommunala ändamålet som i förhållande till de kommunala befogenheterna, dock förutsatt att den som överklagat har åberopat omständigheter som föranleder en sådan prövning. Det bör framhållas att ett lagakraftvunnet beslut varigenom det kommunala ändamålet fastställts inte hindrar att den av bolaget bedrivna verksamheten kan ha utförts i strid med de kommunala befogenheterna. Detta gäller även om verksamheten har varit förenlig med ändamålet.

Om förvaltningsdomstol efter överklagande av ett kommunalt beslut finner att beslutet strider mot lag kan det endast upphävas. Något annat beslut får alltså inte sättas i dess ställe av domstolen. Med hänsyn till bl.a. detta anser OFUKI-utredningen att det även finns anledning att särskilt tydliggöra att styrelsen vid behov, t.ex. om kommunfullmäktiges beslut att fastställa det kommunala ändamålet för ett aktiebolags verksamhet har upphävts eller om bolagsordningen av något skäl inte stämmer överens med detta ändamål,

ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de krav som anges i 3 kap. 17–18 §§ KL är uppfyllda. Sådana åtgärder avser främst att lämna erforderliga förslag om åtgärder till fullmäktige men kan också avse t.ex. säkerställande av att fullmäktiges beslut verkställs.

25.3.4 Återkommande skyldighet för fullmäktige att fastställa det kommunala ändamålet för kommunala aktiebolag

Om fullmäktige överlämnar vården av en kommunal angelägenhet till ett helägt aktiebolag ska fullmäktige enligt 3 kap. 17 § första stycket 1 KL fastställa det kommunala ändamålet för verksamheten. OFUKI-utredningen har övervägt om fullmäktiges skyldighet borde ändras så att ändamålet ska fastställas inte bara i samband med överlämnandet av vården av den kommunala angelägenheten utan också årligen, t.ex. i samband med beslut om budget för kommunen eller landstinget.

Krav på årligt fastställande av det kommunala ändamålet med bolagets verksamhet skulle kunna leda till ökade förutsättningar för att ändamålet revideras inte endast då den kommunala politiken föranleder det, t.ex. på grund av ändrad inställning hos majoriteten i fullmäktige, utan också då omvärldsförutsättningarna ändrats på ett sätt som berör den kommunala kompetensen. Exempelvis kan tänkas att ändamålet med verksamheten innefattar att kompensera för ett bristande privat initiativ på området. Om det i ett sådant fall senare tillkommer privata aktörer kan ändamålet komma i konflikt med den kommunala kompetensen. Någon i KL angiven skyldighet för fullmäktige att ompröva det kommunala ändamålet för bolaget finns emellertid inte i ett sådant fall. Vidare kan situationen inte angripas genom laglighetsprövning för det fall några kommunala beslut angående bolaget inte fattas.

Särskilt det sistnämnda förhållandet, dvs. ökade möjligheter till laglighetsprövning som följd av att fler beslut fattas och skulle kunna överklagas, skulle kunna anföras som skäl till varför fullmäktige årligen borde fastställa det kommunala ändamålet för kommunala aktiebolag. Redan OFUKI-utredningens förslag om att resultatet av styrelsens uppsikt över kommunala aktiebolag ska redovisas i årliga beslut innebär emellertid att det i högre utsträckning än i dag kommer att fattas överklagbara beslut angående bolagen. En högre grad av uppföljning än i dag åstadkoms även

genom bl.a. förslaget om tydliggörande av styrelsens ansvar för att lämna förslag till fullmäktige om det visat sig att kompetensstridig verksamhet förekommer i ett kommunalt aktiebolag. OFUKI-utredningen anser därför att det inte är nödvändigt att också fullmäktige ska fatta årliga beslut om ändamålet med verksamheten i kommunala aktiebolag, i syfte att skapa ökade förutsättningar för laglighetsprövning.

OFUKI-utredningen bedömer inte heller i övrigt, mot bakgrund av utredningens övriga förslag, att sådana årliga beslut av fullmäktige behövs för säkerställande av att de kommunala aktiebolagen binds av och tillämpar de kommunala principerna. Det ankommer på fullmäktige att ta ställning till om kommunal verksamhet ska bedrivas i företagsform och också att fastställa det kommunala ändamålet med sådan verksamhet. Enligt OFUKI-utredningens mening bör det också ankomma på fullmäktige att ta ställning till om – och när – det finns anledning till ändring av detta ändamål. En annan sak är att det kan finnas anledning för fullmäktige att överväga ändringar av bl.a. det fastställda kommunala ändamålet eller andra åtgärder för det fall det visar sig att verksamheten i ett kommunalt aktiebolag bedrivs eller har bedrivits i strid med ändamålet eller de kommunalrättsliga principerna. Säkerställande av att sådana överväganden och beslut kommer till stånd tillgodoses emellertid genom OFUKI-utredningens övriga förslag.

25.4 Stärkta möjligheter till rättslig prövning av kommunala företags verksamhet

25.4.1 Laglighetsprövning av kommunala företags beslut

Vid några tillfällen har riksdagen behandlat frågan huruvida laglighetsprövning bör vara möjlig av kommunala företags beslut. I betänkandet 1996/97:KU12 tog Konstitutionsutskottet ställning till ett antal motioner om bl.a. kommunala företag. Några av motionerna tog upp möjligheten till domstolsprövning av sådana beslut som fattas inom verksamhet som bedrivs i bolag. Konstitutionsutskottet avstyrkte yrkandena i motionerna och anförde följande (s. 18).

Beslut som fattas i kommunala företag ingår inte i de beslut som enligt 10 kap. 2 § kommunallagen är möjliga att överklaga. Bedömningen av huruvida en verksamhet i ett kommunalt företag ligger inom ramen för

den kommunala kompetensen är primärt en uppgift för styrelsen. Härutöver sker en politisk prövning av ägare, kommunen eller landstinget, som genom de av fullmäktige valda ombuden vid bolagsstämma kan ge styrelsen direktiv om att t.ex. ändra inriktningen av verksamheten om den inte uppfyller vissa formella krav.

Enligt utskottets mening fungerar den här beskrivna ordningen i de allra flesta fall på ett tillfredsställande sätt. Denna ordning stämmer enligt utskottets bedömning helt överens med bolagsformens principer vad gäller styrning av verksamheten och ansvarsfördelningen. En laglighetsprövningsmöjlighet av det slag som förespråkas i de här aktuella motionerna strider mot de nyss nämnda, grundläggande villkoren för en verksamhet som bedrivs i bolagsform och bör därför inte införas.

Riksdagen beslutade i enlighet med Konstitutionsutskottets förslag (prot. 1996/97:81). Frågan om laglighetsprövning av kommunala företags beslut har därefter återkommit i flera motioner vid senare tillfällen. Konstitutionsutskottet och riksdagen har då vidhållit sin tidigare uppfattning (bet. 1997/98:KU13, s. 13, bet 1998/99:KU24, s. 24, bet. 2000/01:KU6, s. 16, bet. 2001/02:KU14, s. 42 och bet. 2002/03:KU21, s. 13).

Även OFUKI-utredningen bedömer att en möjlighet till laglighetsprövning av kommunala företags beslut skulle vara svårförenlig med associationsrätten och dess kontrollinstitut. Kontrollmöjligheterna enligt ABL i fråga om sådana beslut som fattas av styrelsen finns hos bolagsstämman, dvs. aktieägarna, som ytterst kan avsätta styrelsen. Vidare kan bolagsstämmobeslut angripas i allmän domstol av aktieägare, styrelsen, en styrelseledamot eller den verkställande direktören. Sådan talan kan väckas mot beslut som inte har kommit till i behörig ordning, eller som på annat sätt strider mot ABL, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen (7 kap. 50 § ABL). En möjlighet för kommun- eller landstingsmedlemmar att överklaga bolagsorganens beslut riskerar att åsidosätta dessa regler. OFUKI-utredningen är därför inte beredd att föreslå att laglighetsprövning ska möjliggöras för kommunala företags beslut.

25.4.2 Andra åtgärder

I avsnitt 25.3.3 har OFUKI-utredningen föreslagit att kommun- respektive landstingsstyrelsen i årliga beslut för varje kommunalt aktiebolag enligt 3 kap. 17 och 18 §§ KL ska 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, enligt förslaget, även ta ställning till om verksamheten har varit förenlig med detta. Förslaget leder till att kompetensenligheten av verksamheten i varje kommunalt aktiebolag enligt 3 kap. 17 och 18 §§ KL årligen kommer att bedömas i ett beslut av styrelsen i den berörda kommunen eller det berörda landstinget. Beslutet kan överklagas av kommunmedlemmar enligt bestämmelserna i 10 kap. KL och dess laglighet därmed komma under rättslig prövning.

Utredningens förslag innebär att det i högre utsträckning än i dag kommer att fattas överklagbara beslut med direkt ställningstagande till huruvida kommuners och landstings företag bedriver verksamhet i enlighet med de kommunalrättsliga principerna. Härigenom säkerställs större möjligheter till rättslig prövning än vad som för närvarande är fallet.

OFUKI-utredningen bedömer att det inom ramen för utredningens uppdrag saknas anledning att överväga ytterligare åtgärder för att stärka möjligheterna till prövning av de kommunala företagens verksamhet.

Del C

Insyn i kommunala bolag
och entreprenader

26 Regelverket om insyn i kommunala företag och entreprenader

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.

I OFUKI-utredningens uppdrag ingår att utvärdera hur reglerna kring insyn i kommunala företag och entreprenader har tillämpats i praktiken. I detta kapitel beskrivs regleringen närmare. OFUKI-utredningens utvärdering återfinns i kapitel 27.

26.1 Regler om insyn i kommunala företag

Bestämmelserna om insyn i kommunala företag innebär att det gäller olika regler för företag där kommuner eller landsting har ett rättsligt bestämmande inflytande respektive för företag där kommuner eller landsting bestämmer tillsammans med någon annan, utan att ha ett rättsligt bestämmande inflytande.

Insyn i juridiska personer där kommuner eller landsting har ett rättsligt bestämmande inflytande

I 2 kap. tryckfrihetsförordningen, TF, finns bestämmelser som ger rätt att ta del av handlingar hos myndigheter. Bestämmelserna kompletteras med regler i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL.

Före den 1 januari 1995 var TF och den dåvarande sekretesslagen (1980:100) inte tillämpliga på kommunala företag. I vissa fall tillämpades dock bestämmelserna indirekt på grund av en skyldighet för fullmäktige att besluta om eller se till att företagen skulle tillämpa grunderna för allmänna handlingars offentlighet.

Den 1 januari 1995 utökades insynsmöjligheterna i vissa kommunala företag. Ändringen innebar att det infördes en rätt att ta del av handlingar i företagen enligt samma regler som gäller för handlingar hos myndigheter. Bestämmelserna återfinns numera i 2 kap. 3 § OSL.

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

Enligt 2 kap. 3 § första stycket OSL gäller TF:s bestämmelser om rätt att ta del av allmänna handlingar hos myndigheter också i tillämpliga delar för handlingar hos aktiebolag, handelsbolag, ekonomiska föreningar och stiftelser där kommuner eller landsting utövar ett *rättsligt bestämmande inflytande*. Av bestämmelsen framgår vidare att sådana bolag, föreningar och stiftelser ska jämföras med myndigheter även vid tillämpningen av OSL. Detta innebär bl.a. att regler om registrering av allmänna handlingar och om sekretess är tillämpliga. Det som föreskrivs i 2 kap. 3 § OSL om kommuner och landsting gäller också för kommunalförbund (samma paragraf, femte stycket).

Enligt 2 kap. 3 § andra stycket OSL anses ett rättsligt bestämmande inflytande utövat av kommuner och landsting om de ensamma eller tillsammans

1. äger aktier i ett aktiebolag eller andelar i en ekonomisk förening med mer än hälften av samtliga röster i bolaget eller föreningen eller på något annat sätt förfogar över så många röster i bolaget eller föreningen,
2. har rätt att utse eller avsätta mer än hälften av ledamöterna i styrelsen för ett aktiebolag, en ekonomisk förening eller en stiftelse, eller
3. utgör samtliga obegränsat ansvariga bolagsmän i ett handelsbolag.

Som exempel på juridiska personer som omfattas av dessa insynsregler kan nämnas aktiebolag som helt ägs av en eller flera kommuner.

Det rättsligt bestämmande inflytandet kan även utövas indirekt. Vid tillämpningen av punkterna 1–3 ovan ska inflytande som utövas av en juridisk person över vilken en kommun eller ett landsting bestämmer på det sätt som anges i dessa punkter anses utövat av kommunen eller landstinget (samma paragraf, tredje stycket).

Insynsrätten gäller även handlingar hos sådana bolag, föreningar och stiftelser där kommuner eller landsting tidigare har utövat ett rättsligt bestämmande inflytande och där en kommun eller ett landsting medgett att handlingarna förvaras hos den juridiska personen för viss bestämd tid (samma paragraf, fjärde stycket).

Insyn i juridiska personer där kommuner eller landsting bestämmer tillsammans med någon annan men utan rättsligt bestämmande inflytande

För fall som inte omfattas av 2 kap. 3 § OSL finns en bestämmelse om insyn i 3 kap. 18 § tredje stycket KL. Bestämmelsen avser bolag, föreningar och stiftelser som vårdar en kommunal angelägenhet där en kommun eller ett landsting bestämmer tillsammans med någon annan men utan att ha rättsligt bestämmande inflytande. I dessa situationer ska fullmäktige verka för att allmänheten ska ha rätt att ta del av handlingar hos företaget enligt de grunder som gäller för allmänna handlingars offentlighet i 2 kap.

TF och OSL. Av 3 kap. 21 § KL följer att bestämmelsen är tillämplig även för kommunalförbund.

Som exempel på juridiska personer som omfattas av denna insynsregel kan nämnas aktiebolag där en kommun är minoritetsdelägare och där övriga delägare är privata företag.

I förarbetena (prop. 1993/94:48, s. 41 f.) till bestämmelsen uttalades bl.a. följande. En tillämpning av offentlighetsprincipen i sådana kommunala företag som inte omfattas av sekretesslagen kommer i likhet med vad som nu gäller att vila på privaträttslig grund och komma till uttryck i avtal, bolagsordningar, stadgar eller liknande handlingar. Insynen i sådana kommunala företag kommer alltså liksom hittills att vara beroende av beslut som företagen fattar. Regleringen i 3 kap. 18 § KL innebär endast en skyldighet för fullmäktige att verka för handlingsoffentlighet i de delägda företagen, inte en reglering av handlingsoffentligheten som sådan. Att insynsmöjligheterna kan bli mer begränsade i de delägda kommunala företag där kommuner eller landsting inte har ett rättsligt bestämmande inflytande måste godtas, inte minst med hänsyn till de privata intressenterna i dessa företag.

26.2 Regler om insyn i kommunala entreprenader

Sedan den 1 juli 2002 finns en bestämmelse i 3 kap. 19 a § KL som syftar till att skapa möjlighet för allmänheten att få insyn i privatägda företag som bedriver kommunal verksamhet på entreprenad. Bestämmelsen har målsättningskaraktär (prop. 2001/02:80, s. 104) och innebär att om en kommun eller ett landsting sluter avtal med någon om att denne ska utföra en kommunal angelägenhet så ska kommunen eller landstinget beakta intresset av att genom avtalet tillförsäkras information som gör det möjligt för allmänheten att få insyn i hur angelägenheten utförs. Av 3 kap. 21 § KL följer att bestämmelsen är tillämplig även för kommunalförbund.

Kommunens eller landstingets avtalspart ska vara någon annan än som avses i 3 kap. 17 och 18 §§ KL. Detta medför att avtalsparten ska vara någon annan än bl.a. aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier samt bolag eller föreningar där kommunen eller landstinget bestämmer tillsammans med någon annan. I praktiken är innebörden att vid avtal med sådana kommunala företag som omfattas av insynsreglerna i

antingen 2 kap. 3 § OSL eller 3 kap. 18 § tredje stycket KL kan regeln i 3 kap. 19 a § KL inte aktualiseras.

Som exempel på sådana avtalsparter som kan omfattas av 3 kap. 19 a § KL kan nämnas aktiebolag som inte till någon del ägs av en kommun, ett landsting eller ett kommunalförbund.

I förarbetena (prop. 2001/02:80, s. 101) till 3 kap. 19 a § KL anges att med kommunal entreprenad avses i detta sammanhang att en kommun eller ett landsting anlitar ett privatägt företag för en viss uppgift som annars skulle ha utförts i egen regi. Kommunen eller landstinget har således kvar huvudmannskapet för verksamheten.

Kravet på att tillförsäkra allmänheten insyn avser endast de fall när vården av en kommunal angelägenhet överlämnats. Detta innebär att begränsade stöd- och kringfunktioner som utförs av annan, t.ex. lokalvård och fastighetsskötsel, inte omfattas (samma prop., s. 104).

I den allmänna motiveringen (samma prop., s. 103 f.) till insynsbestämmelsen anges bl.a. följande. Regeringens utgångspunkt är att allmänhetens möjligheter till insyn i kommunal verksamhet inte ska vara beroende av på vilket sätt kommuner och landsting väljer att låta utföra verksamheten. Regeringen anser därför att starka skäl talar för att allmänheten bör tillförsäkras insyn i kommunal verksamhet som bedrivs på entreprenad. Utgångspunkten måste vara att allmänheten ska vända sig till kommunen eller landstinget när den vill utnyttja sin rätt till insyn i kommunal verksamhet som bedrivs på entreprenad. Detta innebär att det är kommunens eller landstingets ansvar att tillse att allmänheten kan få den insyn i verksamheten som är befogad. Det närmare ansvaret bör ligga på den kommunala part som sluter entreprenadavtalet, dvs. normalt den kommunala nämnden.

När det gäller omfattningen av insynen anförs bl.a. följande i förarbetena (samma prop., s. 104 f.). Bestämmelserna om insyn får inte utformas så att de snedvrider konkurrensen mellan berörda aktörer. Vid tecknandet av entreprenadavtalet bör naturligen en avvägning göras mellan å ena sidan allmänhetens intresse av hur verksamheten bedrivs och å andra sidan entreprenörens intresse av att inte behöva lämna ut viss information som kan vara till nackdel för företaget och snedvrider konkurrensen. Det torde inte finnas någon anledning för kommunen eller landstinget att i entreprenadavtalet kräva att uppgifter som skulle komma att omfattas av sekretess hos kommunen eller landstinget ska ges in. Ett sådant för-

farande innebär ju inte någon utökad insyn i entreprenadverksamheten. När en kommun eller ett landsting ska överlämna vården av en kommunal angelägenhet till en privat entreprenör är normalt LOU tillämplig på förfarandet. Vid en upphandling bör förfrågningsunderlaget innehålla uppgifter om hur möjligheten till insyn ska regleras. När kraven på insyn ska formuleras är det viktigt att den upphandlande enheten inte ställer mer långtgående krav på leverantören än sådana som behövs och är ändamålsenliga för upphandlingen.

Regeringen utgick från att företrädare för den kommunala sektorn och branschorganisationer i de flesta fall kan finna gemensamma utgångspunkter för vilken typ av uppgifter som behövs för att tillförsäkra allmänheten den insyn som kan anses vara befogad inom olika verksamhetsområden (samma prop., s. 105). Vidare angav regeringen att fullmäktige också har möjlighet att utfärda närmare riktlinjer för hur allmänheten ska tillförsäkras insyn.

I författningskommentaren (samma prop., s. 138) till 3 kap. 19 a § KL anges bl.a. att avtalet mellan kommunen eller landstinget och den privata entreprenören bör innehålla närmare villkor om vilken information som ska lämnas in till huvudmannen. Vilken information som bör lämnas och hur ofta detta ska ske kan inte bestämmas generellt utan detta beror bl.a. på verksamhetens art.

Svenska Kommunförbundet har gett ut två cirkulär med anledning av 3 kap. 19 a § KL (2002:68 och 2003:20). I cirkulär 2003:20 ges ett förslag till standardklausul för användning i förfrågningsunderlag och avtal. Förslaget har följande innehåll.

Leverantören är skyldig att utan oskäligt dröjsmål efter det att kommunen framställt begäran härom till kommunen lämna sådan information som avses i 3 kap. 19 a § kommunallagen (1991:900). Sådan begäran ska i normalfallet vara skriftlig. Informationen ska göra det möjligt för allmänheten att få insyn i hur angelägenheten utförs.

Informationen ska – om inte annat avtalats – lämnas i skriftlig form. Det åligger kommunen att i sin begäran precisera vilken information som efterfrågas. Leverantören är inte skyldig att lämna information om utlämnandet inte kan ske utan väsentlig praktisk olägenhet för leverantören, om utlämnandet strider mot lag eller annan författning eller om uppgifterna kommer att omfattas av sekretess hos kommunen.

Information som lämnats till kommunen enligt första stycket ska ej anses utgöra företagshemligheter enligt lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter.

Denna bestämmelse har ingen verkan på räckvidden av övriga bestämmelser i förfrågningsunderlaget/avtalet.

I första stycket betonas att syftet med klausulen är att ge allmänheten insyn i hur verksamheten sköts av entreprenören. Syftet är sålunda inte att kommunen ska använda sig av denna paragraf för att skaffa sig insyn och information i egenskap av beställare. Detta förutsätts vara reglerat i andra avtalsbestämmelser.

I det andra stycket anges att utlämnandet inte får strida mot lag eller annan författning. Tanken är i första hand att utlämnandet från entreprenörens sida inte får ske i strid mot lag, t.ex. personuppgiftslagen (1998:204). Även andra författningar kan bli aktuella, beroende på karaktären av entreprenad.

Någon gemensam rekommendation mellan företrädare för den kommunala sektorn och branschorganisationer finns inte.

27 Tillämpningen av regelverket om insyn

Tillämpningen av det regelverk som finns beträffande insyn i kommunala företag och entreprenader har i begränsad omfattning undersökts sedan tillkomsten. I följande avsnitt redovisas tidigare undersökningar liksom den granskning som gjorts av OFUKI-utredningen. Slutsatserna av utredningens utvärdering redovisas i avsnitt 27.3.

Vad gäller OFUKI-utredningens undersökning av hur regelverket tillämpats har utredningen haft kontakt med Statskontoret avseende möjligheten att Statskontoret skulle kunna bistå utredningen. Statskontoret har dock av resursskäl inte haft möjlighet till detta. OFUKI-utredningen har i stället genomfört en undersökning av kommunala bolags hantering av en konkret begäran om utfående av handling. Utredningen har också genomfört en enkätundersökning angående insyn i kommunala entreprenader. I övrigt har OFUKI-utredningen sökt information bl.a. genom att undersöka avgöranden av Kamrarrätterna i Göteborg och Stockholm samt beslut av Justitieombudsmannen, JO.

27.1 Om insyn i kommunala företag

27.1.1 Tidigare undersökningar

Undersökning av Offentlighets- och sekretesskommittén

Offentlighets- och sekretesskommittén gav år 2004 Statskontoret i uppdrag att bedöma de ekonomiska konsekvenserna av kommitténs överväganden när det gäller införandet av rätt att ta del av allmänna handlingar hos statliga företag. I en rapport redovisades

även resultat av reformen för elva kommunala företag.¹ Statskontoret konstaterade att de kommunala bolagen hade haft mycket få förfrågningar om utlämnande av allmänna handlingar under de åtta år som gått sedan offentlighetsprincipen infördes år 1995.

I kommitténs slutbetänkandet *Insyn och sekretess – i statliga företag – i internationellt samarbete* (SOU 2004:75) behandlade kommittén vissa frågor om insyn i statliga företag och föreslog bl.a. att offentlighetsprincipen som huvudregel ska gälla för statliga företag på likartat sätt som för kommunala företag enligt bestämmelsen i nuvarande 2 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

I betänkandet (s. 104) återgavs resultatet av intervjuer som kommitténs sekretariat gjort med företrädare för några kommunala företag av olika storlek och med olika verksamhet. Syftet med intervjuerna var att få en uppfattning om hur tillämpningen av offentlighetsprincipen fungerar i bolagens verksamhet. Bolagen bedrev verksamhet inom områdena kollektivtrafik, fastigheter, kultur, hälso- och sjukvård, vatten och avlopp, näringslivsutveckling, energi, avfallshantering samt parkering. I betänkandet konstaterades följande.

- Inget av bolagen tycktes uppfatta att hanteringen av frågor om utlämnande var särskilt resurskrävande.
- De vanligaste situationerna med begäran om utlämnande av allmänna handlingar skiftade naturligtvis mellan bolagen beroende på verksamhet. För flera bolag var dock förfrågningar i samband med upphandlingar ganska vanligt. En annan typ av utlämnandesituationer som förekom hos flera bolag gällde handlingar med anknytning till bolagets representation.
- Bolagen tycktes vara överens om att det sekretesskydd som finns för bolagens och deras kunders affärsförhållanden är tillräckligt.
- I vissa verksamheter upplevdes det som ett problem att huvudregeln är att uppgifter om personalen är offentliga.
- Bostadsföretagen ansåg att sekretesskyddet för bostadshyresgästerna är tillräckligt långtgående, vilket skulle kunna vara en konkurrensnackdel i förhållande till andra bostadsföretag. Det fanns dock inga konkreta belägg för att en sådan nackdel uppstått i praktiken.

¹ Statskontoret, *Införandet av rätt att ta del av allmänna handlingar i statliga företag. En konsekvensanalys* (2004:14).

Undersökning av Den Nya Valfärden

Stiftelsen Den Nya Valfärden har gjort en undersökning av hur handlingsoffentligheten fungerar i praktiken hos 17 kommunala bolag. Undersökningen, som beskrivs i rapporten *Kommunala bolag – laglöst land* (september 2009), innebar att handlingar begärdes per e-post från 17 kommunala bolag. E-postadresserna hämtades antingen från bolagets egen hemsida eller från respektive ägarkommuns hemsida. Syftet var att granska bl.a. i vad mån och inom vilken tid allmänna handlingar lämnades ut. Resultatet var följande.

- Fyra bolag svarade på begäran inom en vecka.
- Fyra bolag lämnade ut handlingar inom två till tre veckor.
- Sex bolag lämnade ut handlingar efter en påminnelse drygt tre veckor senare.
- Tre bolag lämnade ut handlingar först efter flera påminnelser.

Elva av bolagen i Den Nya Valfärdens undersökning lämnade antingen ut begärda handlingar eller de handlingar och uppgifter som kunde lämnas ut tillsammans med ett motiverat avslagsbeslut med överklagandehänvisning avseende övriga handlingar och uppgifter. Sex bolag lämnade inte något motiverat avslagsbeslut med överklagandehänvisning avseende de handlingar de inte lämnade ut.

Forskningsprojekt

Institutioner vid olika lärosäten eller fristående forskningsinstitut förefaller inte ha behandlat frågan om insyn i kommunala företag i mer än mycket begränsad omfattning. Institutionen för samhällsvetenskap vid Linnéuniversitetet (tidigare Växjö universitet) driver ett projektet vars syfte är att besvara frågor om normer, tillit och korruption i allmänhet och i svenska kommuner i synnerhet. I en rapport² har redovisats vissa slutsatser avseende korruption i kommuner varvid frågan om insyn i kommunala bolag tangerats.

Inledningsvis konstaterade författarna att Sverige upplevs som ett av världens minst korrupta länder, vilket dock bygger på under-

² Växjö universitet, Institutionen för samhällsvetenskap, *Hur korrupt är en icke-korrupt stat?* (2008), Gissur Ó Erlingsson m.fl.

sökningar som är en summering av respondenters bedömning av korruptionsnivån i ett land. Författarna konstaterade att det finns oerhört lite information om de faktiska problem som trots allt kan finnas med korruption, maktmissbruk och annat oetiskt beteende i utvecklade demokratier av Sveriges karaktär. Detta pekar på behovet av utförliga empiriska studier av korruptionens omfattning och natur inom ett och samma utvecklade demokratiska system. Bara för att problemen är lindriga i Sverige utgör det i sig inget argument för att bagatellisera de problem som trots allt kan existera.

Författarna konstaterade att i kölvattnet av bl.a. de senaste årens tilltagande utveckling av offentliga förvaltningsformer med beställar-/utförarformer, upphandlingsförfaranden och bolagiseringar, kan man teoretiskt argumentera för att möjligheterna har ökat till att utnyttja sin tjänstemannaanställning eller förtroendevalda poster för att skaffa sig privata sidobetalningar. Förändrade möjligheter för korruption har inte åtföljts av nya delegations- och kontrollsystem anpassade till de nya organisationsformerna. Med andra ord förefaller tillfällena att kapa åt sig privata sidobetalningar blivit fler. Det anser författarna beror på en lägre risk för att bli upptäckt och avslöjad på grund av (1) kommunrevisionens relativa tändlöshet, (2) den dåliga insynen i vad som pågår i kommunala bolag och (3) tjänstemännens tilltagande rädsla att agera när de upptäcker oegentligheter. Sammantaget ger detta upphov till en misstanke om att korrupt beteende i de svenska kommunerna kan vara mer utbrett än vad man traditionellt har trott. Det empiriska stödet för detta är dock begränsat.

27.1.2 Utredningens undersökningar

OFUKI-utredningen har under arbetets gång konstaterat att det finns mycket lite befintligt underlag för att göra en bedömning av huruvida reglerna om insyn i de kommunala företagen används på ett tillfredsställande sätt. Kontakter med representanter för Svenska journalistförbundet och flera tidningar med särskild inriktning mot kommunal sektor³ har inte tillfört utredningen något ytterligare underlag.

Utredningen har därför valt att genomföra tre egna kartläggningar i syfte att få ett underlag för en utvärdering. Utredningen

³ Dagens Samhälle, Kommunalarbetaren.

har gjort dels en undersökning av mål som avser offentlighet och sekretess hos Kammarrätterna i Göteborg och Stockholm, dels en genomgång av JO:s beslut i samma ämne. Slutligen har utredningen gjort en egen undersökning riktad till drygt 200 kommunala bolag i form av en begäran om att få ut en offentlig handling.

Mål hos kammarrätterna

Myndigheters beslut om att inte lämna ut en handling får i regel överklagas till kammarrätt enligt 6 kap. 7–8 §§ offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL. Detsamma gäller för sådana beslut av aktiebolag och andra juridiska personer som avses i 2 kap. 3 § OSL, dvs. som står under ett rättsligt bestämmande inflytande av en kommun eller ett landsting.

OFUKI-utredningen har gjort en undersökning av de mål som avser tryckfrihetsförordningen och OSL (tidigare sekretesslagen [1980:100]) och som inkommit till Kammarrätterna i Göteborg och Stockholm under år 2009. Undersökningen visar att ett mindre antal av dessa mål har gällt överklagande av beslut som fattats av kommunala aktiebolag. Någon annan sådan juridisk person som avses i 2 kap. 3 § OSL har inte förekommit som underinstans i något av målen.

Resultatet av undersökningen framgår i övrigt av följande tabell. Hänsyn har inte tagits till i vad mån kammarrätternas beslut kan ha överklagats och ändrats av Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen).

Tabell 27.1

Kammarrätterna i Göteborg och Stockholm					
Underinstans	Antal mål	Utgång (antal mål)			
		Ej ändring	Ändring	Återförvisat	Annat (avvisat, överlämnat, avskrivet m.m.)
Samtliga	548 (100 %)	319 (58 %)	110 (20 %)	59 (11 %)	60 (11 %)
varav kommunalt aktiebolag	24 (100 %)	13 (54 %)	5 (21 %)	2 (8 %)	4 (17 %)
varav annan myndighet	524	306	105	57	56

Av samtliga 548 mål som inkom under 2009 avsåg således 24 mål kommunala bolag, dvs. cirka 4 procent. Vidare kan konstateras att 54 procent av målen som avsåg beslut av kommunala aktiebolag inte ledde till ändring. Motsvarande andel för de mål som avsåg beslut av andra underinstanser uppgår till drygt 58 procent.

Drygt 29 procent av de mål som avsåg beslut av kommunala aktiebolag ledde antingen till ändring av det överklagade beslutet eller till återförvisning. Detta kan jämföras med den motsvarande andelen 31 procent för de mål som avsåg beslut av andra underinstanser.

Sammantaget visar undersökningen att antalet beslut av kommunala aktiebolag som överklagas till kammarrätterna är förhållandevis litet. Vidare framgår att beslut av kommunala aktiebolag inte ändras av kammarrätterna i en omfattning som väsentligt avviker från i vilken utsträckning beslut av andra underinstanser ändras.

Ärenden hos JO

OFUKI-utredningen har gjort en översiktlig genomgång av beslut som fattats av Justitieombudsmannen, JO, under perioden januari 2004 till september 2010 och som finns redovisade på myndighetens hemsida under rubriken *Offentlighet och sekretess samt yttrande- och tryckfrihet*. Av genomgången framgår att det finns 237 sådana beslut. Av dessa är 23 beslut sådana där JO riktat kritik mot kommunala företag, dvs. knappt 10 procent av alla ärenden. Samtliga fall avser bolag som ägs av en eller flera kommunala ägare och är kommunalt helägda.

JO:s kritik avsåg i samtliga fall brister avseende bolagens handläggning av begäran om att få ut handlingar. I en majoritet av fallen avser kritiken att det tagit för lång tid för anmälares begäran att bli besvarad. I flertalet fall framför också JO kritik mot hanteringen i övrigt, t.ex. att sökanden inte erhållit ett avslagsbeslut med en motivering samt besvärshänvisning (i ca hälften av fallen avseende bolag).

Undersökning riktad till kommunala bolag

För att ha ett tillräckligt bra underlag för en samlad utvärdering har OFUKI-utredningen valt att göra en egen undersökning av kommunala bolags hantering av en begäran om utfående av handling.

Utredningen har skickat ett meddelande via e-post till 205 kommunala bolag där respektive bolags aktuella bolagsordning efterfrågades. Bolagsordningen valdes eftersom det är en handling som varje bolag ska ha och som är offentlig.

Samtliga bolags e-postadresser var av allmän karaktär (info@bolagsnamn.se eller liknande) och fanns angiven som kontaktuppgift på respektive bolags hemsida. Högst ett bolag valdes ut i varje kommun. Alla kommuner är alltså inte representerade, men utvalda bolag har en jämn geografisk fördelning i riket. Samtliga län är representerade. Endast aktiebolag som är helt kommunalägda valdes ut. Bolagen är verksamma inom olika branscher, men företrädesvis har sådana bolag valts vars verksamhet riktar sig mot allmänheten. Bolag verksamma inom följande områden fick en fråga med e-post.

Tabell 27.2

	<i>Antal</i>
Fastighetsbolag, varav de flesta bostadsbolag	121
Energi	44
Vatten, avlopp och avfall	18
Trafik (här ingår parkering, kollektivtrafik, telekommunikation, hamnar, flygplatser)	14
Turism, nöje, utbildning	8
Summa	205

Frågan skickades från en e-postadress för utredningssekretariatet och med OFUKI-utredningen som tydlig avsändare. Frågan hade följande lydelse (något förkortad).

OFUKI-utredningen har tillsatts av regeringen för att bl.a. utvärdera hur det regelverk som finns kring insyn i kommunala bolag har tillämpats i praktiken.

I korthet innebär regelverket bl.a. att enskilda har rätt att ta del av allmänna handlingar hos ett aktiebolag på motsvarande sätt som hos en myndighet, om en kommun eller ett landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande över bolaget. Ett rättsligt bestämmande inflytande kan bl.a. finnas då en kommun direkt eller indirekt äger samt-

liga aktier i bolaget. Som del i utvärderingen av insynsreglerna gör utredningen en begränsad undersökning av hur kommunala bolag hanterar en begäran om att få ta del av allmänna handlingar.

Utredningen önskar därför ta del av en kopia av gällande bolagsordning för Ert bolag.

Bolagen hade möjlighet att svara via e-post eller via brev till en angiven postadress. För svar som inkommit med brev har beräknats att två extra dagar behövs för postgången jämfört med e-postsvar. Resultatet av enkäten var följande.

Tabell 27.3 Resultat av undersökning om förfrågan till kommunala företag

	Antal	Andel
Antal utskick med e-post	205	100 %
Svarande inom 2 dagar med e-post eller inom 4 dagar med brev	100	49 %
Därutöver svarande inom 3 dagar med e-post eller inom 5 dagar med brev	13	6,5 %
Därutöver svarande inom 4 dagar med e-post eller inom 6 dagar med brev	9	4 %
Senare svar	13	6,5 %
Inget svar	65	32 %
Felaktigt svar	1	
E-posten nådde ej mottagare	4	2 %

Från fyra adresser kom felmeddelande om att mottagaren inte kunde nås. Detta trots försök att skicka om e-postmeddelandet på olika sätt och att e-postadressen var tydligt angiven på respektive bolags hemsida.

Ett bolag svarade med fel dokument. Två bolag svarade snabbt att man avsåg återkomma inom kort men dröjde mer än en vecka. Av de i övrigt inkomna svaren som redovisats ovan var samtliga korrekta. Ingen ifrågasatte t.ex. varför man skulle skicka dokumentet.

Det kan noteras att tidningen Dagens Nyheter gjorde en likartad undersökning vid ungefär samma tidpunkt vilken riktade sig till i huvudsak statliga myndigheter. Den var något annorlunda utformad men är av intresse som jämförelsematerial. Den inleddes med att ett e-postmeddelande skickades till 322 myndigheter med en begäran att få en sammanställning över vilken lön och vilka förmåner som myndighetschefen har. Tre veckor senare skickades ett

nytt e-postmeddelande från en annan adress, där avsändaren dock inte angav att denne var journalist. Nu begärdes det första e-postmeddelandet ut, varvid dess innehåll och datum beskrevs. Av 322 myndigheter svarade 158 (49 procent) inom tre arbetsdagar med det efterfrågade dokumentet. Vidare lämnade 88 myndigheter (27 procent) ut handlingarna efter fyra arbetsdagar eller mer. Övriga myndigheter svarade inte eller påstod att handlingen inte fanns.

Kommunala företag där kommunen är minoritetsdelägare

Som angetts i avsnitt 26.2 gäller särskilda regler om insyn för företag där kommuner eller landsting bestämmer tillsammans med någon annan men utan att ha ett rättsligt bestämmande inflytande. Det kan till exempel avse aktiebolag där en kommun är minoritetsdelägare och där övriga delägare är privata företag. I dessa företag ska kommunen verka för att allmänheten ska få insyn på samma grunder som gäller för myndigheter.

Utredningen har inte gjort någon särskild studie av just denna grupp av företag. Det kan dock vara av intresse att peka på antalet företag.

År 2008 fanns enligt SCB 209 företag som har både kommunalt och privat ägande och där det kommunala ägandet är i minoritet. Dessa företag ingår inte i den redovisning av de knappt 1 600 kommunala företag som gjorts i kapitel 12.

Det finns således ett inte oväsentligt antal företag i den nu aktuella gruppen. Kommun- eller landstingsfullmäktige ska verka för att allmänheten ska ha samma rätt att ta del av handlingar hos dessa företag som i de företag där det kommunala ägandet är i majoritet (där det finns ett kommunalt rättsligt bestämmande inflytande). Någon generell sådan rätt finns däremot inte. Mot den bakgrunden konstaterar OFUKI-utredningen att det finns en risk att allmänhetens möjligheter till insyn i företagen med kommunalt minoritetsägande är mer begränsade än i företag där det finns ett kommunalt rättsligt bestämmande inflytande.

27.2 Om insyn i kommunala entreprenader

27.2.1 Tidigare undersökningar

Det regelverk som finns kring insyn i kommunala entreprenader har, liksom regelverket för insyn i kommunala företag, utvärderats i begränsad omfattning.

I en rapport från Riksrevisionen⁴ år 2008 om huruvida staten har skapat förutsättningar för god kvalitet och insyn i privat driven äldreomsorg togs frågan upp. Riksrevisionen utgick från att en upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ska göras om en kommun lägger ut särskilda boenden eller hemtjänst på entreprenad. Avtalslängden är vanligen två till fyra år och ofta med möjlighet till förlängning några år. Kommunen behåller sitt huvudmannaskap och är fortfarande ytterst ansvarig gentemot brukaren. När verksamhet läggs ut på privata utförare är det i avtalet som kommunen kan ställa krav på utföraren.

Riksrevisionen redovisade i nämnda rapport en genomgång av 47 förfrågningsunderlag från kommuner, eller i förekommande fall stadsdelar, som under 2007 och 2008 slutit avtal med privat utförare inom särskilt boende (36) och omvårdnadsinsatser inom hemtjänst (11).

Riksrevisionen konstaterade att i förfrågningsunderlagen fastställs samtliga förutsättningar och krav som gäller för anbudsgivningen. Alla villkor som kommunen vill ha in i det slutliga avtalet ska klart framgå av förfrågningsunderlaget. Det är således i samband med utformningen av förfrågningsunderlaget som politiker, brukare och andra intressenter kan påverka innehållet i den upphandlade tjänsten. Det går inte att komma med nya krav i efterhand eftersom man i sådana fall riskerar att komma i konflikt med reglerna för upphandling.

Så gott som alla kommuner i Riksrevisionens genomgång krävde att de skulle garanteras insyn i verksamheten och att utföraren skulle bistå kommunen vid uppföljningar av verksamheten.

Hälften av underlagen behandlade dock inte frågan om allmänhetens insyn, vilket fick till följd att entreprenören inte var skyldig att lämna ut handlingar.

I de fall kommunerna ställt insynskrav begärde Riksrevisionen av aktuellt äldreboende att få ut bemanningslistor och förteckning över klagomål. De flesta entreprenörer var tillmötesgående men

⁴ Statens styrning av kvaliteten i privat äldreomsorg (RiR 2008:21).

trots kraven i förfrågningsunderlagen gavs handlingar inte alla gånger ut.

Riksrevisionens slutsats av denna granskning var att kommunernas insyn i huvudsak var garanterad men att det var sämre ställt med allmänhetens insyn.

Mot bakgrund av dessa resultat rekommenderades Socialstyrelsen av Riksrevisionen att kartlägga och skaffa sig bättre kunskap om avtalen som kommunerna sluter med privata entreprenörer inom äldreomsorgen och vilka kvalitetskrav som ställs samt att utfärda föreskrifter om avtalens utformning och innehåll.

OFUKI-utredningen har haft en kontakt med Socialstyrelsen som meddelat att en kartläggning eller utfärdande av föreskrifter om kommunernas avtal ännu inte har gjorts.

27.2.2 Utredningens undersökning

För att komplettera dokumentationen på detta område har OFUKI-utredningen genomfört en enkätundersökning till alla kommuner (stadsdelar i storstadskommunerna) angående möjligheterna till insyn i kommunala entreprenader. Utredningen biträdades i arbetet av ett undersökningsföretag.

Enkäten omfattade frågor avseende de två verksamhetsområdena Äldreomsorg samt Omsorg till funktionshindrade. Skälen till att dessa områden valdes var att andelen köpt verksamhet som omfattar just entreprenader är störst inom dessa områden samt att detta är stora och viktiga områden i kommunernas verksamhet. Kostnaden för kommunernas verksamhet avseende äldre- och funktionshindrade uppgick år 2008 till 145 miljarder kronor, varav 14 procent var köpt verksamhet.⁵

I enkäten definierades en kommunal entreprenad som att en kommun anlitar ett privatägt företag för en viss uppgift som annars skulle ha utförts i egen regi. Kommunen har således kvar huvudmannskapet för verksamheten. Reglerna avser inte begränsade stöd- och kringfunktioner som utförs av annan, t.ex. lokalvård och fastighetsskötsel. I enkäten gavs också en kort bakgrundsinformation om reglerna för insyn i kommunala entreprenader.

Enkäten var webb-baserad och skickades till ekonomicheferna i respektive verksamhet. Enkäten bestod av sex frågor som handlade om regler och riktlinjer avseende avtal med privata utförare samt

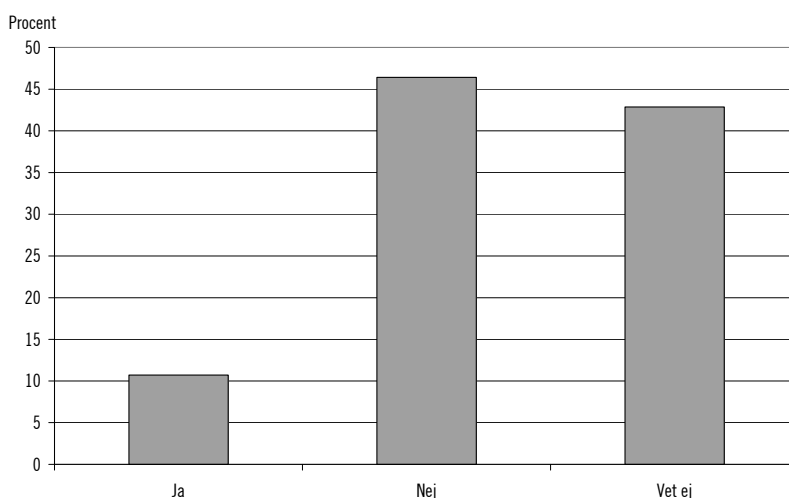
⁵ Källa: SCB, Kommunernas räkenskapsammandrag.

deras tillämpning. Enkäten skickades till 287 kommuner och 44 stadsdelsförvaltningar. Den besvarades av 91 kommuner och stadsdelsförvaltningar, dvs. svarsfrekvensen uppgick till 27 procent.

Av de som svarade angav 55 procent att det fanns avtal med privata utförare inom äldreomsorgen i kommunen/stadsdelsförvaltningen. Motsvarande andel för omsorgen för funktionshindrade var 58 procent.

Till dem som svarat att det fanns avtal ställdes följdfrågor. Den första frågan handlade om huruvida kommunfullmäktige beslutat om riktlinjer beträffande allmänhetens insyn.

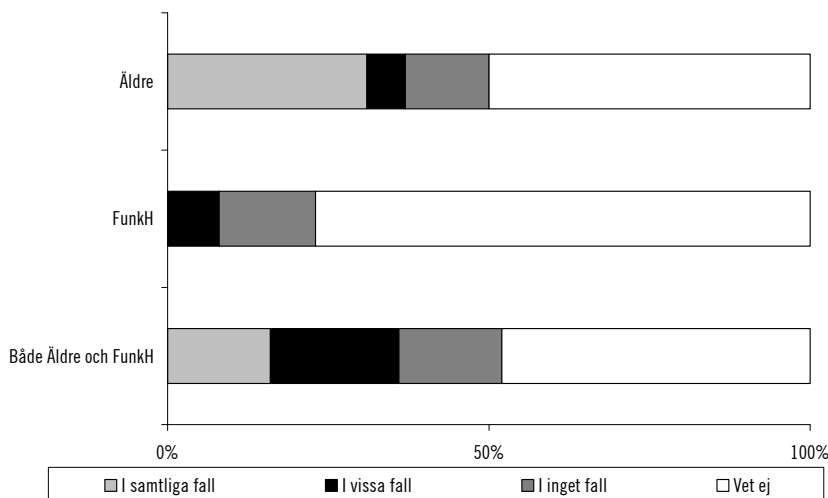
Figur 27.1 Har fullmäktige beslutat om riktlinjer i syfte att ge allmänheten insyn i privatägda företag som bedriver kommunal verksamhet på entreprenad?



Som framgår ovan var det endast 11 procent av de svarande som angav att det fanns riktlinjer beslutade av kommunfullmäktige beträffande allmänhetens insyn i kommunala entreprenader. En stor andel (43 procent) var osäkra.

Nästa fråga avsåg huruvida det finns regler om allmänhetens insyn i de avtal som slutits med privata utförare inom omsorgen för äldre och funktionshindrade.

Figur 27.2 Finns det regler i befintliga avtal med entreprenörerna inom omsorg för äldre och funktionshindrade som syftar till att tillgodose insynen för allmänheten?

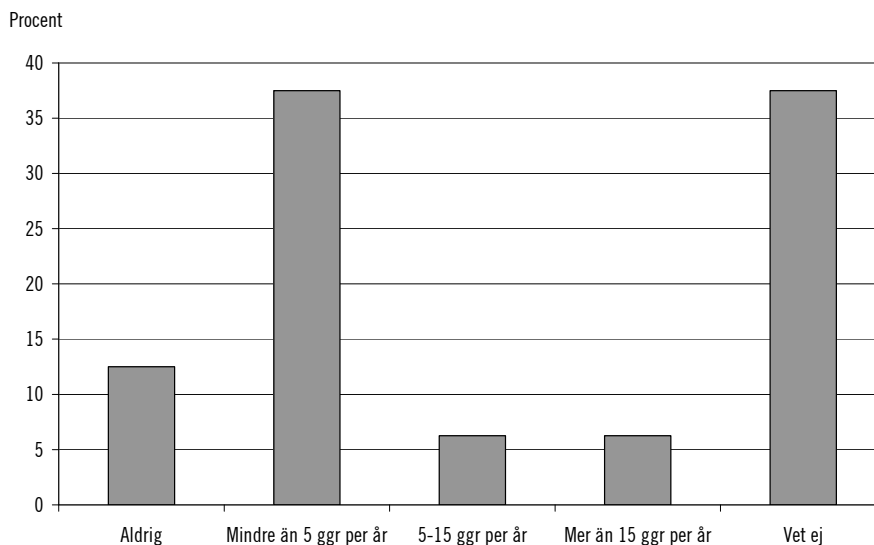


En knapp tredjedel (31 procent) svarade att det fanns i samtliga eller i vissa fall. Ca 15 procent svarade att det inte fanns. En stor andel (55 procent) svarade Vet ej. Dock var kunskapen större inom äldreomsorgen. Av diagrammet framgår att skillnaderna mellan de två verksamhetsområdena är förhållandevis stor. Inom omsorgen för funktionshindrade svarade 77 procent Vet ej och 15 procent att det inte finns regler i något avtal. Inom äldreomsorgen svarade 31 procent att det fanns regler för allmänhetens insyn i samtliga fall medan motsvarande andel för funktionshindrade var noll.

En genomgång av svaren visade också att de kommuner där fullmäktige beslutat om riktlinjer för hur allmänhetens rätt till insyn ska hanteras, jämfört med övriga kommuner, i högre grad redovisade att detta regleras i befintliga avtal med privata utförare.

Enkäten avslutades med följande fråga beträffande möjligheterna för kommunen att få information från en entreprenör.

Figur 27.3 Hur ofta har kommunen begärt eller annars fått skriftlig information från en entreprenör inom omsorg för äldre eller funktionshindrade med hänvisning till avtalsregler om insyn för allmänheten?



Av svaren framgår att man sällan begär information med hänvisning till avtalsregler om insyn för allmänheten. I de fall man har gjort det har ingen uppgett att man har nekats information från en privat utförare.

Sammanfattningsvis redovisade drygt hälften av de svarande att de har avtal med antingen entreprenörer inom äldreomsorg eller med entreprenörer inom omsorg till funktionshindrade. Inom båda områdena svarade en betydande andel att de saknar kunskap i frågan om avtalens utformning. Fler av kommunerna med privata utförare inom äldreomsorgen tillvaratar allmänhetens rätt till insyn i avtalen, jämfört med kommuner med privata utförare inom omsorg till funktionshindrade. Även kunskapen om huruvida fullmäktige beslutat riktlinjer var liten. Kommunernas behov av information från entreprenörerna med anledning av reglerna om allmänhetens insyn har varit begränsad.

27.3 Utredningens utvärdering

27.3.1 Kommunala företag

Utredningens bedömning: Beslut av kommunala bolag om utlämnande av handlingar synes endast i låg utsträckning ändras av högre instans efter överklagande. Däremot synes kommunala bolag inte i tillräcklig grad efterleva det krav på skyndsamhet som gäller då någon begär att få del av en allmän handling.

Som redovisats i föregående avsnitt har OFUKI-utredningen bl.a. undersökt kammarrättsavgöranden, beslut av JO samt kommunala bolags hantering av en konkret begäran om utfående av handling. Utifrån dessa och övriga underlag till grund för utredningens utvärdering av hur reglerna om insyn i kommunala företag tillämpats i praktiken kan följande slutsatser dras.

Sammantaget visar undersökningen att antalet beslut av kommunala aktiebolag som överklagas till kammarrätterna är förhållandevis litet. Vidare framgår att beslut av kommunala aktiebolag inte ändras av kammarrätterna i en omfattning som väsentligt avviker från i vilken utsträckning beslut av andra underinstanser ändras.

Inte heller antalet beslut hos JO där kommunala företag kritiserats för sitt sätt att hantera frågor om offentlighet och sekretess samt yttrande- och tryckfrihet är särskilt stort. Under drygt fem år har JO fattat beslut om sådan kritik i 23 fall, vilket är knappt en tiondel av samtliga beslut i denna fråga. Antalet kommunala företag är cirka 1 600. De kommunala bolagens nettokostnader uppgår till ca 160 miljarder kronor och den totala kommunala verksamhetens nettokostnader till ca 450 miljarder kronor (år 2008). Varje beslut där ett bolag kritiserats är naturligtvis negativt, men samtidigt kan konstateras att inte heller hos JO avviker resultaten för de kommunala bolagen jämfört med övriga myndigheter. Som nämnts är inte heller antalet beslut särskilt omfattande.

Dessa undersökningar ger dock bara en bild av de ärenden där någon drivit frågan till domstol eller till JO. Utredningens undersökning av bolagens hantering av en konkret begäran om utfående av handling ger däremot en indikation på hur kommunala bolag i allmänhet förhåller sig till frågor om insyn.

Som utgångspunkt för värderingen av undersökningens resultat är det av intresse att peka på vad JO anför i ett nyligen beslutat ärende avseende utlämnande av en allmän handling.⁶

Enligt 2 kap. 12 § TF ska en allmän handling som får lämnas ut – och som alltså inte omfattas av någon sekretessbestämmelse – på begäran ”genast eller så snart det är möjligt” på stället utan avgift tillhandahållas den som önskar ta del av handlingen. Av 2 kap. 13 § TF framgår att den som har rätt att ta del av en allmän handling också har rätt att mot fastställd avgift få en kopia av handlingen. En begäran om att få en sådan kopia ska behandlas skyndsamt.

Besked i en utlämnandefråga bör normalt lämnas samma dag som begäran gjorts. Någon eller några dagars fördröjning kan dock godtas om en sådan fördröjning är nödvändig för att ta ställning till om den efterfrågade handlingen är allmän och offentlig. Till det kommer att ett visst dröjsmål är ofrånkomligt om framställningen avser eller fordrar genomgång av ett omfattande material. För att leva upp till TF:s skyndsamhetskrav måste den som omfattas av regleringen organisera sin verksamhet på sådant sätt att framställningar om handlingsutlämnande kan behandlas även under semesterperioder och enskilda personers bortovaro.

En begäran om att få ta del av företagets bolagsordning bör knappast kräva någon omfattande handläggning varken när det gäller att ta ställning till om handlingen är allmän och offentlig eller på så sätt att den kräver en omfattande hantering eller sammanställning av material. En bolagsordning är ett dokument som rimligen bör finnas färdig och lättillgänglig hos varje bolag.

Som framgår av avsnitt 27.1.2 besvarade 55 procent av de tillfrågade bolagen utredningens förfrågan korrekt inom tre dagar (fem dagar för de som svarade per post). Åtta procent svarade senare och övriga inte alls. Detta kan enligt OFUKI-utredningens mening inte anses vara ett tillfredsställande resultat mot bakgrund av vad bl.a. JO anför i ovannämnda beslut. Förfrågningar om att få ta del av en allmän och offentlig handling har alltså inte hanterats på ett tillfredsställande sätt hos en alltför stor andel av de tillfrågade företagen.

Den undersökning som gjordes av Dagens nyheter var något annorlunda utformad men indikerar på liknande resultat för de tillfrågade myndigheterna som för de kommunala bolagen. I förhållande till de statliga myndigheterna hade förvisso de kommunala bolagen inte ett påtagligt annorlunda resultat vilket också genom-

⁶ Beslut den 4 maj 2010 (dnr 3614-2009), Kritik mot Skelleftebuss AB angående handläggningen av en begäran om handlingsutlämnande.

gången av JO:s beslut indikerar. Icke desto mindre är undersökningens resultat otillfredsställande.

27.3.2 Kommunala entreprenader

Utredningens bedömning: Det finns indikationer på att överlämnande av kommunal verksamhet på entreprenad sker utan att allmänhetens intresse av att få information om verksamheten beaktas i tillräckligt hög utsträckning.

OFUKI-utredningen har i avsnitt 27.2 redogjort för Riksrevisionens rapport *Statens styrning av kvalitet i privat äldreomsorg* (RiR 2008:21) samt resultatet av utredningens enkät angående allmänhetens insyn i kommunala verksamheter som överlämnats till privata entreprenörer. Båda underlagen ger en förhållandevis samstämmig bild av att det i begränsad omfattning finns kunskap om i vilken utsträckning frågan om allmänhetens insyn är reglerad i avtal med entreprenörer.

I Riksrevisionens rapport drogs slutsatsen att kommunernas insyn i entreprenörernas verksamhet inom äldreomsorgen i huvudsak var garanterad men att det var sämre ställt med allmänhetens insyn. Socialstyrelsen fick därför rekommendationer av Riksrevisionen i syfte att skaffa sig bättre kunskap om avtalen som kommunerna sluter med privata entreprenörer och vilka kvalitetskrav som ställs samt att utfärda föreskrifter om avtalens utformning och innehåll.

Socialstyrelsen har av olika skäl inte haft möjlighet att genomföra dessa rekommendationer, bl.a. bristande resurser. En statlig myndighet kan inte heller utan vidare utfärda föreskrifter om hur avtal mellan kommuner och dess entreprenörer bör utformas.

OFUKI-utredningens enkät gav ett resultat som överensstämmer med Riksrevisionens slutsatser. Svartfrekvensen var måttlig, drygt en fjärdedel av enkäterna besvarades. Men det inkom ändå drygt ett nittiotal svar och resultaten bör därför kunna ligga till grund för en bedömning.

Av dem som hade avtal med privata entreprenörer svarade en betydande andel att de saknar kunskap i frågan om avtalens utformning. Bara en tredjedel angav att man alltid eller i vissa fall har regler om allmänhetens insyn i avtalen. Förhållandena skiljer sig åt mellan äldreomsorg och omsorg till funktionshindrade. Även kun-

skapen om huruvida fullmäktige beslutat om riktlinjer var liten. Här kunde bara var tionde svarande ange att sådana finns (43 procent var osäkra).

Reglerna om insyn är förvisso av målsättningskaraktär och i förarbetena (prop. 2001/02:80, s. 104–105) anføres att en avvägning måste göras mellan å ena sida allmänhetens intresse av hur verksamheten bedrivs och å andra sidan entreprenörens intresse av att inte behöva lämna ut information som kan vara till nackdel för företagen eller snedvridda konkurrensen (se närmare avsnitt 26.2) Detta bör naturligtvis beaktas när en bedömning görs.

Utifrån de ovan redovisade undersökningarna förefaller ändå andelen avtal med regler om allmänhetens insyn, samt även kunskapen om sådana regler, vara låg. Samtidigt bör beaktas att ingen av undersökningarna ger underlag för att bedöma *varför* kommunerna inte har dessa regler i sina avtal. En anledning kan vara att kommunerna inte har tillräcklig kunskap om reglerna. En annan möjlighet är att kommunen har beaktat reglerna vid utformningen av förfrågningsunderlag och avtal men av olika skäl valt att inte ta med någon reglering. Skälen för detta kan t.ex. vara att entreprenörer motsätter sig denna typ av klausuler eller att man från kommunernas sida bedömer det som orimligt eller onödigt att ställa sådan sådana krav.

Det som regeringen tidigare uttalat (prop. 2001/02:80, s. 101) om att allmänhetens möjligheter till insyn i kommunal verksamhet inte ska vara beroende av på vilket sätt kommuner och landsting väljer att låta utföra verksamheten kan, utifrån resultaten i ovanstående undersökningar, i många fall inte uppfyllas, samtidigt som det inte finns tillräckligt underlag om skälen till detta.

Den låga andelen svar som anger att det finns avtal som har regler om allmänhetens insyn indikerar dock att bestämmelserna inte har tillämpats i tillräckligt hög grad när kommunal verksamhet överlämnats på entreprenad.

Kommuner och landsting bör i tillräcklig omfattning försäkra sig om att allmänheten kan få den insyn i entreprenörers verksamhet som är befogad. För att ge kommuner och landsting stöd i detta är en möjlighet att Sveriges Kommuner och Landsting samt berörda parter för näringslivet initierar ett samarbete i frågor som rör insyn och information beträffande verksamhet som bedrivs i kommunala entreprenader.

Del D

Överföring av rätten att
fatta upphandlingsbeslut
från kommuner och
landsting

28 Inköpscentraler m.m.

OFUKI-utredningens uppdrag innefattar att analysera om det finns behov av bestämmelser som gör det kommunalrättsligt möjligt att delegera rätten att fatta upphandlingsbeslut till någon annan. Analysen ska göras bl.a. mot bakgrund av reglerna om inköpscentraler i upphandlingslagstiftningen.

I detta kapitel behandlas regelverket om inköpscentraler samt andra möjligheter enligt upphandlingsrätten att utan upphandling ta hjälp av någon annan vid upphandlingsförfaranden.

28.1 Anskaffning med hjälp av inköpscentraler

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

Bestämmelser om inköpscentraler infördes i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF, den 15 juli 2010. Regelverket syftar till att delvis genomföra bestämmelser om inköpscentraler i EU:s upphandlingsdirektiv.

28.1.1 Regelverket

Direktiven

Såväl det klassiska direktivet (2004/18/EG) som försörjningsdirektivet (2004/17/EG) innehåller regler om inköpscentraler. I korthet innebär dessa att begreppet inköpscentral definieras samt att en upphandlande myndighet eller enhet som anskaffar byggtreprenader, varor eller tjänster med hjälp av en inköpscentral anses ha följt tillämpligt direktiv, under förutsättning att inköpscentralen har följt bestämmelserna (artikel 1.10 och 11.2 i det klassiska direktivet och artikel 1.8 och 29.2 i försörjningsdirektivet).

Begreppet inköpscentral avser enligt artikel 1.10 i det klassiska direktivet en upphandlande myndighet som

- anskaffar varor och/eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter, eller
- genomför offentlig upphandling eller ingår ramavtal om byggtreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter.

I artikel 1.8 i försörjningsdirektivet definieras begreppet på likartat sätt. Av bestämmelsen framgår att med inköpscentral avses en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 2.1 a eller en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1.9 i direktiv 2004/18/EG, dvs. det klassiska direktivet, som

- anskaffar varor och/eller tjänster som är avsedda för upphandlande enheter eller
- tilldelar offentliga kontrakt eller ingår ramavtal om byggtreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande enheter.

En bakgrund till direktivens regelverk ges i beaktandesats 15 i det klassiska direktivet och beaktandesats 23 i försörjningsdirektivet. Där anges bl.a. att vissa förfaranden för centralisering av inköp har utvecklats i medlemsstaterna samt att det genom dessa förfaranden, eftersom det rör sig om stora inköpsvolymerna, är möjligt att öka konkurrensen och förbättra effektiviteten i den offentliga upphandlingen.

Till skillnad från vad som gäller för flertalet andra bestämmelser i direktiven är det valfritt för medlemsstaterna att genomföra

reglerna om inköpscentraler i den nationella lagstiftningen (artikel 11.1 i det klassiska direktivet och artikel 29.1 i försörjningsdirektivet).

LOU och LUF

Den svenska regleringen om inköpscentraler trädde i kraft den 15 juli 2010 och återfinns i 2 kap. 9 a § och 4 kap. 22 § LOU respektive i 2 kap. 9 a § och 4 kap. 4 § LUF.

Bestämmelserna har föregåtts av flera utredningsåtgärder. Upphandlingsutredningen 2004 föreslog både i delbetänkandet SOU 2005:22, *Nya upphandlingsregler*, och i slutbetänkandet SOU 2006:28, *Nya upphandlingsregler 2*, att direktivens bestämmelser om inköpscentraler skulle genomföras i svensk rätt. Regeringen bedömde emellertid i propositionen som föregick införandet av LOU och LUF (prop. 2006/07:128, s. 184 f.), att det behövdes ytterligare beredning av frågan om inköpscentraler. Mot den bakgrunden gav regeringen Statskontoret i uppdrag att bl.a. utreda behov och konsekvenser av att införa bestämmelser om inköpscentraler. Den delen av uppdraget redovisades i promemorian *Offentliga inköpscentraler i Sverige?* (2008:108). Även Statskontoret föreslog att bestämmelser om inköpscentraler skulle införas i LOU och LUF. Statskontoret redovisade dock delvis andra bedömningar än utredningen, bl.a. om direktivens innebörd och om ansvarsfördelningen mellan en inköpscentral och den som anlitar inköpscentralen (se avsnitt 28.1.2). I Finansdepartementets promemoria Ds 2009:30, *Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet*, föreslogs ånyo att regler om inköpscentraler skulle införas i LOU och LUF, i överensstämmelse med de bedömningar Statskontoret gjort. I prop. 2009/10:180, som föregick införandet av bestämmelserna om inköpscentraler i LOU och LUF, anslöt sig regeringen till det som angetts i promemorian.

Enligt 4 kap. 22 § LOU får en upphandlande myndighet anskaffa byggtreprenader, varor och tjänster, med hjälp av en inköpscentral. Detsamma gäller för upphandlande enheter enligt 4 kap. 4 § LUF. Bestämmelserna innebär att anlita en inköpscentral inte måste föregås av en upphandling (prop. 2009/10:180, del 1, s. 328 och 377). De ger alltså uttryck för det undantag från upphandlingsskyldighet som gäller då en upphandlande myndighet eller enhet anlitar en inköpscentral. Däremot

måste inköpscentralen vid genomförande av upphandlingar iaktta reglerna i LOU respektive LUF.

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

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

Begreppet inköpscentral definieras på likartat sätt i 2 kap. 9 a § LUF. Även enligt denna bestämmelse måste inköpscentralen vara en upphandlande myndighet. Privata företag som är upphandlande enheter – men inte upphandlande myndigheter – kan alltså inte vara inköpscentraler (jfr avsnitt 2.2.2). Alla slags upphandlande enheter kan däremot anlita en inköpscentral.

28.1.2 Olika roller för en inköpscentral

Definitionen av begreppet inköpscentral i 2 kap. 9 a § LOU respektive LUF innebär att bedömningen av om en upphandlande myndighet omfattas av definitionen är knuten till dess roll i en enskild upphandling, dvs. inte till dess verksamhet i stort. För att en upphandlande myndighet ska vara en inköpscentral i upphandlingslagstiftningens mening, behöver alltså dess verksamhet inte vara renodlad till att helt eller till någon viss del avse genomförandet av upphandlingar för andra upphandlande myndigheters räkning. Även en upphandlande myndighet som för en enskild upphandling uppfyller definitionen av vad som är en inköpscentral omfattas av denna. Exempelvis kan en kommun som samordnar en upphandling för egen och andra kommuners räkning vara att se som inköpscentral i fråga om den aktuella upphandlingen.

Definitionen av begreppet inköpscentral innebär vidare att en upphandlande myndighet som medverkar i en upphandling kan vara att se som en inköpscentral i två skilda situationer, beroende på dess roll i upphandlingen.

Den ena av dessa framgår av första punkten i paragraferna. I dessa fall är det fråga om en upphandlande myndighet (inköpscentralen) som själv ingår ramavtal om byggentreprenader, varor eller tjänster men där dessa är avsedda för andra upphandlande myndigheter eller enheter. Efter att ramavtalet ingåtts är det möj-

ligt för de upphandlande myndigheter eller enheter som anlitat inköpscentralen att tilldela kontrakt (avropa) enligt ramavtalet.

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

Definitionen av begreppet inköpscentral i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet omfattar ytterligare en roll, nämligen då en upphandlande myndighet – inköpscentralen – anskaffar varor och tjänster för vidareförsäljning till andra upphandlande myndigheter eller enheter (första strecksatsen i artikel 1.10 respektive artikel 1.8). I dessa fall är det alltså fråga om en form av grossistverksamhet. De svenska definitionerna av begreppet i LOU och LUF omfattar dock inte upphandlande myndigheter med en sådan funktion.

I förarbetena (prop. 2009/10:180, del 1, s. 263 f.) till bestämmelserna i LOU och LUF anfördes bl.a. att det tycktes vara den allmänna uppfattningen att Sverige i praktiken redan hade inköpscentraler i direktivens mening när det gäller samordnad upphandling av ramavtal och funktionen att agera som ombud. En reglering i svensk rätt angavs därför utgöra en kodifiering av en praxis som redan fanns. När det gäller en inköpscentrals funktion som grossist angavs däremot att detta inte tycktes förekomma i Sverige och att det inte framkommit något behov av att införa en sådan möjlighet i upphandlingslagarna.

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

28.1.3 Ansvar för att bestämmelserna följs

En viktig frågeställning beträffande inköpscentraler är vilken aktör som är ansvarig för att bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen följs och som ska vara motpart vid en eventuell domstolsprövning då en leverantör ansökt om överprövning eller väckt talan om skadestånd. I propositionen till grund för bestämmelserna om inköpscentraler redovisade regeringen sin bedömning av detta (prop. 2009/10:180, del 1, s. 264 ff.). Olika slutsatser drogs för de två roller som en inköpscentral kan ha, antingen såsom den som ingår avtal i en samordnad upphandling av ramavtal (första punkten i 2 kap. 9 a § LOU och LUF) eller såsom medverkande i en upphandling som ombud (andra punkten i samma paragrafer).

I det fall inköpscentralens roll är att ingå ramavtal för andra upphandlande myndigheter eller enheter (första punkten) bedömde regeringen att den myndighet som tecknar ramavtalet, dvs. inköpscentralen, ska vara ansvarig och bli motpart vid en eventuell domstolsprövning. Om inköpscentralens roll i stället är att vara ombud i upphandlingen (andra punkten) bedömde regeringen att det ska vara den myndighet som anlitar inköpscentralen som är ansvarig för att bestämmelserna iakttas.

Regeringens bedömning överensstämde med slutsatser som dragits i Statskontorets promemoria *Offentliga inköpscentraler i Sverige?* (2008:108), och i Finansdepartementets promemoria Ds 2009:30, *Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet*. En annan bedömning redovisades däremot i slutbetänkandet av Upphandlingsutredningen 2004, SOU 2006:28, *Nya upphandlingsregler 2*, nämligen att ansvaret skulle läggas på den upphandlande myndighet eller enhet som anlitar en inköpscentral. Som skäl för regeringens bedömning anfördes bl.a. följande (prop. 2009/10:180, del 1, s. 265 f.).

När det gäller ansvarsfördelningen mellan inköpscentraler och upphandlande myndigheter anges i direktiven att en upphandlande myndighet eller enhet som gör sina inköp med hjälp av en inköpscentral kan göra detta utan att själv iaktta direktivens förfaranderegler, givet att inköpscentralen gjort det. Enligt Statskontorets bedömning är avsikten med denna formulering inte att införa någon ny ansvarsfördelning vid överprövningar etc. Direktivets lydelse bör i stället ses som en bekräftelse på att dagens ordning kan fortsätta att gälla, dvs. att den myndighet som tecknar ramavtalet är ansvarigt. I ombuds-fallet däremot bör, i enlighet med praxis, den myndighet som anlitar inköpscentralen få bära ansvaret för att allt går rätt till. Vidare anser Stats-

kontoret att den ansvarsfördelning mellan ramavtalsupphandlande myndigheter och avropande myndigheter som etablerats i praxis är ändamålsenlig och att ansvarsfrågan därför inte behöver regleras särskilt.

Regeringen ansluter sig till den tolkning av direktiven som görs av Statskontoret och i promemorian, nämligen att direktiven ska förstås så att den ordning som gäller enligt praxis, dvs. att den myndighet som tecknar ramavtal är ansvarig, är tillåten. Mycket talar också för en sådan ordning. Det framstår som den mest naturliga lösningen att den som genomför en upphandling och är insatt i de olika frågorna är den som är ansvarig för att den genomförs i enlighet med upphandlingslagstiftningen. Vid förnyad konkurrensutsättning är det dock den avropande myndigheten eller enheten som blir ansvarig för att det sker med iakttagande av aktuella bestämmelser. I de rena ombudsfallen är det däremot, i enlighet med allmänna rättsliga principer, den upphandlande myndigheten eller enheten som anlitar en inköpscentral som ombud som är ansvarig.

28.1.4 Närmare om inköpscentralens roll i en samordnad upphandling av ramavtal (ramavtalsfallet)

Definitionerna av en inköpscentral enligt 2 kap. 9 a § 1 LOU och LUF omfattar en upphandlande myndighet som ingår ramavtal om byggtreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter. I detta fall (*ramavtalsfallet*) är det alltså inköpscentralen som i eget namn ingår ramavtalet med den eller de leverantörer som valts ut i upphandlingsförfarandet. De andra upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter som ramavtalet avser kan därefter göra beställningar – tilldela kontrakt – enligt ramavtalet (prop. 2009/10:180, del 1, s. 328).

Regelverket om ramavtal

Vad gäller inköpscentralens roll i ramavtalsfallet finns anledning att även belysa den särskilda reglering i LOU och LUF som gäller sådana avtal. Även dessa bestämmelser genomför regler i upphandlingsdirektiven. Bestämmelserna gäller generellt, dvs. såväl för en upphandlande myndighet som också är inköpscentral som för andra upphandlande myndigheter eller enheter.

Bestämmelser i LOU och LUF

Begreppet *ramavtal* definieras i 2 kap. 15 § LOU och 2 kap. 16 § LUF. Definitionen i LOU anger att med ramavtal avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod. I LUF definieras begreppet ramavtal på samma sätt, dock med den skillnaden att det i bestämmelsen hänvisas till avtal som ingås av upphandlande enheter i stället för upphandlande myndigheter.

Ramavtal kan vara av tre olika slag (prop. 2006/07:128, s. 304 f.). Ett slag är ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare anskaffningar på grundval av ramavtalet och som är ömsesidigt förpliktande för parterna i avtalet och som alltså kan betraktas som upphandlingskontrakt (bindande ramavtal). Ett annat är ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av enskilda kontrakt men som inte är ömsesidigt förpliktande för parterna i avtalet (ej bindande ramavtal). Ett ytterligare slag är ramavtal som inte innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av enskilda kontrakt. I detta fall görs en förnyad konkurrensutsättning där pris och i tillämpliga fall uppskattad kvantitet utgör villkor för tilldelning av kontrakt.

Av 5 kap. 1 § LOU och LUF framgår att en upphandlande myndighet respektive upphandlande enhet får ingå ramavtal med tillämpning av bestämmelserna om upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Därutöver innehåller 5 kap. LOU, men inte 5 kap. LUF, ytterligare bestämmelser om ramavtal.

Av bestämmelserna i 5 kap. LOU följer att ett ramavtal som ingås med *en enda leverantör* ska innehålla alla villkor för tilldelning av kontrakt. Villkoren i ett kontrakt som grundar sig på ett sådant ramavtal ska nämligen stämma överens med villkoren i ramavtalet (5 kap. 4 § LOU).

Ett ramavtal som ingåtts med *flera leverantörer* kan också innehålla alla villkor för kontraktstilldelning men behöver inte göra det. Om alla villkor fastställts i ramavtalet får kontraktstilldelning ske utan förnyad inbjudan att lämna anbud (5 kap. 6 § första stycket LOU). Kontrakt ska tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet (samma paragraf, andra stycket).

Om inte alla villkor är angivna i ett ramavtal som ingåtts med flera leverantörer ska tilldelningen av kontrakt föregås av en för-

nyad konkurrensutsättning mellan leverantörerna (5 kap. 7 § första stycket LOU). Leverantörerna ska inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Av 5 kap. 2 § första stycket LOU framgår bl.a. att ett kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får slutas endast mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som är part i ramavtalet.

Betydelsen av att endast parter i ett ramavtal får tilldelas kontrakt enligt avtalet

Den ovan återgivna bestämmelsen i 5 kap. 2 § första stycket LOU innebär att kontrakt grundande på ett ramavtal endast får tilldelas av en upphandlande myndighet som är part i avtalet till en leverantör som likaledes är part i avtalet (prop. 2006/07:128, s. 333).

Frågan kan då ställas hur bestämmelsen förhåller sig till situationen då en inköpscentral anlitas i ramavtalsfallet enligt LOU. Som angetts ovan är det i ett sådant fall inköpscentralen som ingår ramavtalet och som alltså är part i avtalet. De andra upphandlande myndigheter som ramavtalet är avsett att användas av är däremot inte parter i avtalet. Att dessa upphandlande myndigheter likväl får tilldelas kontrakt enligt ramavtalet följer dock av 4 kap. 22 § LOU, om än inte uttryckligen. Enligt bestämmelsen får en upphandlande myndighet anskaffa byggtreprenader, varor och tjänster, med hjälp av en inköpscentral. Sådan anskaffning kan bl.a. ske genom att inköpscentralen ingår ramavtal som myndigheten får beställa från (prop. 2009/10:180, del 1, s. 328).

Bestämmelsen i 5 kap. 2 § första stycket LOU genomför artikel 32.2 andra stycket i det klassiska direktivet. Tillämpningen av direktivets bestämmelse bl.a. vid anlitage av inköpscentraler har behandlats av kommissionen i ett tolkningsmeddelande avseende ramavtal (*Explanatory Note – Framework Agreements – Classic Directive, corresponding to document CC/2005/03 rev 1 of 14.7.2005*, s. 5). I tolkningsmeddelandet, som inte publicerats på svenska, anges bl.a. att när ett ramavtal ska användas av flera upphandlande myndigheter så måste dessa uttryckligen utpekats i annonseringen av upphandlingen, antingen genom att namnges eller genom hänvisning till andra dokument. En sådan hänvisning

kan t.ex. avse en lista som finns tillgänglig hos en av de upphandlande myndigheterna. Exempelvis kan det vara fråga om en lista på de upphandlande myndigheter som har rätt att använda ramavtal som ingåtts av en inköpscentral (en sådan lista måste enligt tolkningsmeddelandet ange från vilket datum de upphandlande myndigheterna erhöll rätt att använda centralens ramavtal).

Relationen mellan inköpscentralen och de upphandlande myndigheter eller enheter som anlitar den

Regelverket om inköpscentraler väcker olika frågor om relationen mellan inköpscentralen och de upphandlande myndigheter eller enheter som anlitar den. En central frågeställning är t.ex. vem av dessa aktörer som ska vidta olika åtgärder i en upphandling.

Såvitt gäller ramavtalsfallet framgår uttryckligen av lagtexten i 2 kap. 9 a § 1 LOU och LUF att det är inköpscentralen som ingår ramavtalet. I förarbetena till regleringen har i anslutning till detta gjorts bedömningen att det är inköpscentralen som bl.a. ansvarar för att upphandlingen genomförs i enlighet med lagstiftningen, utom såvitt avser förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal som inte innehåller alla villkor för tilldelning av kontrakt (se avsnitt 28.1.3). Vidare är det enligt förarbetena inköpscentralen som blir motpart om en leverantör väcker talan om överprövning i förvaltningsdomstol eller om skadestånd i allmän domstol, frånsatt när talan avser en förnyad konkurrensutsättning.

OFUKI-utredningen konstaterar att det alltså är inköpscentralen som dels ingår ramavtalet, dels bär ansvaret för att genomföra sådana åtgärder i upphandlingen som ska föregå avtalstecknandet. Dessa innefattar bl.a. erforderlig annonsering, utformning av förfrågningsunderlag och beslut om att ramavtal ska fattas med viss eller vissa leverantörer alternativt om att upphandlingen ska avbrytas. Det är också inköpscentralen som ska underrätta anbudssökande och anbudsgivare om sådana beslut enligt 9 kap. 9 § och 15 kap. 19 § LOU respektive LUF.

En upphandlande myndighet eller enhet som vill anlita en inköpscentral i ramavtalsfallet har alltså i princip endast att fatta erforderligt internt beslut om detta och att ingå avtal därom med centralen. Några formella krav för ett sådant avtal finns inte. Allt ansvar för upphandlingen, frånsatt vid eventuell förnyad konkurrensutsättning enligt ingånget ramavtal, åvilar därefter inköps-

centralen. En annan sak är att det saknas hinder för de upphandlande myndigheter eller enheter som anlitar inköpscentralen att medverka i centralens åtgärder, t.ex. genom att deras personal bistår vid utformningen av förfrågningsunderlag eller vid anbudsutvärdering.

28.1.5 Närmare om inköpscentralens roll som ombud i en upphandling (ombudsfall)

Definitionerna av en inköpscentral enligt 2 kap. 9 a § 2 LOU och LUF omfattar en upphandlande myndighet som medverkar vid en offentlig upphandling i egenskap av ombud åt flera upphandlande myndigheter respektive enheter. Att inköpscentralen har rollen av ombud innebär att det i detta fall (*ombudsfall*) är de upphandlande myndigheter eller enheter som anlitar inköpscentralen som ingår det avtal som blir resultatet av den aktuella upphandlingen. Även om inköpscentralens ombudsroll i ett visst fall omfattar samtliga åtgärder i upphandlingsförfarandet, inklusive avtalsteckandet, görs alltså åtgärderna i uppdragsgivarnas (huvudmännens) namn. Härigenom finns en väsentlig skillnad mot ramavtalsfallet, som i stället innebär att inköpscentralen agerar i eget namn, om än för andra upphandlande myndigheters eller enheters räkning.

Relationen mellan inköpscentralen och de upphandlande myndigheter eller enheter som anlitar den

Som återgetts i avsnitt 28.1.3 bedömdes i förarbetena till regleringen om inköpscentraler att ansvaret för att upphandlingslagstiftningen efterlevs i de rena ombudsfallen ligger på den upphandlande myndighet eller enhet som anlitar en inköpscentral. OFUKI-utredningen konstaterar att det också är inköpscentralens uppdragsgivare som blir motparter i den mån en leverantör väcker talan med anledning av upphandlingen. Beroende på talans utformning kan enstaka eller samtliga av uppdragsgivarna komma i fråga som motparter.

Det finns inga formella krav på innehållet i avtalet mellan en uppdragsgivare och en inköpscentral. Vissa frågor kan dock behöva regleras. Förutom uppdragets omfattning och inköpscentralens ersättning kan det t.ex. vara lämpligt att avtalet anger konsekvenser

av eventuella fel som inköpscentralen begått i sin upphandling. Frågor om uppdragsgivarnas eventuella rätt till skadestånd om inköpscentralen inte följt gällande bestämmelser vid sin upphandling, regleras inte i upphandlingslagstiftningen. Sådana frågor får i stället bedömas enligt vad som allmänt gäller om skadestånd i avtalsrättsliga förhållanden (SOU 2006:28, s. 172).

Uppdragets omfattning

Lagtexten möjliggör för de upphandlande myndigheter eller enheter som anlitar en inköpscentral i ombudsfallet att uppdra åt centralen att antingen genomföra hela upphandlingsförfarandet för den aktuella upphandlingen eller endast delar av detta. Att uppdraget kan avse delar av upphandlingsförfarandet är av betydelse inte minst för kommuner och landsting. Som närmare behandlas i avsnitt 29.4.2 torde det nämligen inte vara kommunalrättsligt möjligt för en kommun eller ett landsting att ge uppdrag åt ett ombud att fatta tilldelningsbeslut för kommunens eller landstingets räkning. Hanteringen av övriga åtgärder i upphandlingsförfarandet för en kommun eller ett landsting torde däremot kommunalrättsligt kunna ombesörjas av ett ombud, t.ex. en inköpscentral.

I författningskommentaren till 2 kap. 9 a § LOU och LUF har angetts att det i de fall inköpscentralen medverkar som ombud i en upphandling krävs att upphandlingen rör flera myndigheter samt att funktionen som ombud således ska vara i förhållande till flera myndigheter vid en och samma upphandling (prop. 2009/10:180, del 1, s. 318 och 377). Varken av lagtexten eller förarbetena framgår däremot klart om det finns något hinder för uppdragsgivarna att lämna uppdrag av olika omfattning till inköpscentralen. Frågeställningen kan aktualiseras t.ex. för en upphandling där en av uppdragsgivarna är en kommun eller ett landsting och de övriga uppdragsgivarna har en annan rättslig form. Kan inköpscentralen i ett sådant fall exempelvis ges i uppdrag att ombesörja samtliga åtgärder i upphandlingsförfarandet, inklusive att fatta tilldelningsbeslut för alla uppdragsgivare utom kommunen eller landstinget (jfr ovan)?

OFUKI-utredningen konstaterar att det i nu angivet exempel endast finns en begränsad skillnad i de upphandlande myndigheternas eller enheternas uppdrag till inköpscentralen. I vart fall en sådan skillnad torde enligt utredningens mening inte påverka en

bedömning av om inköpscentralen medverkar vid upphandlingen i egenskap av ombud åt flera uppdragsgivare.

Förutom att uppdragen till inköpscentralen kan ha olika omfattning i fråga om åtgärder i upphandlingsförfarandet, kan skillnader också finnas med avseende på vad som ska upphandlas. Ett exempel kan vara att inköpscentralen genomför en upphandling som avser flera olika tjänster, varvid ombudsrollen gäller gentemot samtliga uppdragsgivare för vissa tjänster och för endast några av uppdragsgivarna för vissa andra tjänster. OFUKI-utredningen konstaterar att i ett sådant fall skulle upphandlingen kunna delas upp i flera mindre upphandlingar som var för sig skulle omfattas av ombudsfallet enligt 2 kap. 9 a § 2 LOU eller LUF. Något hinder för att inköpscentralen agerar ombud på detta sätt torde därför inte finnas enligt utredningens mening. Om exemplet däremot ändras så att t.ex. en av tjänsterna endast upphandlas på uppdrag av en enda uppdragsgivare, så torde denna del av upphandlingen komma i konflikt med regelverket om inköpscentraler. Anledningen är att ombudsrollen för denna tjänst inte gäller gentemot flera upphandlande myndigheter eller enheter.

Som angetts ovan är det i ombudsfallet uppdragsgivarna och inte inköpscentralen som blir motparter om en leverantör väcker talan i domstol med anledning av upphandlingen. Mot den bakgrunden kan frågan ställas huruvida inköpscentralen kan anlitas av uppdragsgivarna också som ombud i rättsprocesser angående upphandlingen. Ur ett praktiskt perspektiv kan detta vara lämpligt bl.a. eftersom inköpscentralen torde vara mest insatt i olika frågeställningar om upphandlingen.

Såvitt gäller skadeståndsprocesser i allmän domstol är det redan som följd av processuella aspekter inte möjligt för en upphandlande myndighet eller enhet att anlita en inköpscentral som ombud. En juridisk person kan nämligen inte vara rättegångsombud enligt rättegångsbalken (Nordh och Lindblom, *Kommentar till RB*, Häfte 2, s. 119). Att fysiska personer inte kan vara upphandlande myndigheter – och därmed inköpscentraler – följer av definitionerna av detta begrepp i 2 kap. 19 § LOU och 2 kap. 21 § LUF (se avsnitt 2.2.2). Enligt rättspraxis kan juridiska personer däremot uppträda som ombud i förvaltningsdomstol (RÅ81 1:72). Processuellt finns det alltså inget hinder för en inköpscentral att agera rättegångsombud för andra upphandlande myndigheter eller för upphandlande enheter i ett mål om överprövning eller om upphandlingsskadeavgift.

En annan sak är då om det är möjligt för en upphandlande myndighet eller enhet att anlita en inköpscentral såsom rättegångsombud i förvaltningsdomstol utan att denna tjänst behöver upphandlas. Kan ett sådant uppdrag ses som medverkan vid upphandling (jfr 2 kap. 9 a § 2 LOU och LUF) och anskaffning med hjälp av en inköpscentral (jfr 4 kap. 22 § LOU och 4 kap. 4 § LUF)? OFUKI-utredningen konstaterar att rättsläget i detta avseende är oklart men att frågeställningen får bedömas mot bakgrund av bl.a. om den aktuella upphandlingen kan anses avslutad. Inköpscentralens roll som rättegångsombud i en icke avslutad upphandling torde – åtminstone i vid mening – kunna ses som medverkan vid upphandling. Frågan får också bedömas mot bakgrund av vad processen avser. Att ett överprövningsmål avser *upphandling* framstår enligt OFUKI-utredningens mening som klart medan det inte är lika tydligt att detsamma är fallet för ett mål om upphandlings-skadeavgift.

28.1.6 Vissa frågor om processen vid överprövning

I sådana fall då en inköpscentral anlitas för att genomföra en upphandling och en leverantör ansöker om överprövning uppkommer vissa frågor om till vilken förvaltningsdomstol ansöknings ska ges in. Av 16 kap. 2 § första stycket LOU och LUF framgår att en ansökan om överprövning ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten respektive enheten har sitt hemvist.

Omfattas upphandlingen av ramavtalsfallet enligt 2 kap. 9 a § 1 LOU eller LUF är det, enligt förarbetena, inköpscentralen som ska vara motpart till leverantören (se avsnitt 28.1.3). Inköpscentralen – och inte de upphandlande myndigheter eller enheter som anlitas den – får därmed anses vara den aktör vars hemvist avgör frågan om behörig domstol.

Om upphandlingen i stället omfattas av ombuds-fallet enligt 2 kap. 9 a § 2 LOU eller LUF, ligger ansvaret för att bestämmelserna följts på de upphandlande myndigheter eller enheter som anlitas inköpscentralen. Det är också dessa – inte inköpscentralen – som är leverantörens motparter (se avsnitt 28.1.5). Varje upphandlande myndighet eller enhet som har anlitas inköpscentralen anses i processuell mening ha genomfört var sin upphandling med inköpscentralen som ombud. I den mån inköpscentralens huvudmän har

hemvist i olika förvaltningsdomstolars domkretsar, medför detta att den leverantör som ifrågasätter upphandlingen i princip måste ge in ansökningar om överprövning till alla dessa domstolar. Hos varje domstol uppkommer då ett mål för varje upphandlande myndighet eller enhet inom domkretsen mot vilken talan förs.

I praktiken är det dock tillräckligt att en ansökan ges in till en enda av de behöriga förvaltningsrätterna. I de avseenden som domstolen inte är behörig ska den nämligen överlämna handlingarna till de andra behöriga domstolarna (7 § förvaltningsprocesslagen [1971:291]). En förutsättning är dock att den som inlett målet inte har något att invända mot att handlingarna överlämnas och att det inte heller finns något annat skäl mot detta.

Leverantörens talan kan utformas enhetligt gentemot samtliga motparter, dvs. inköpscentralens huvudmän. Det saknas dock hinder för att talan ges olika innehåll gentemot olika motparter. Vidare finns inget hinder mot att talan endast förs gentemot viss eller vissa av inköpscentralens huvudmän.

Eftersom det bl.a. ur effektivitetssynpunkt är mindre lämpligt att flera domstolar var för sig handlägger mål om samma upphandling, kan det finnas anledning att samla dessa vid en och samma domstol. Förutsättningar ges i 14 § tredje stycket lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar. Om det vid mer än en förvaltningsrätt förekommer flera mål som har nära samband med varandra, får målen handläggas vid en av förvaltningsrätterna om det kan göras utan avsevärd olägenhet för någon part. Av 8 § förordningen (1977:937) om allmänna förvaltningsdomstolars behörighet m.m. framgår att domstolarna ska samråda med varandra på lämpligt sätt innan ett sådant överlämnande och att frågan om överlämnande faller om det råder olika meningar om detta. Om enighet inte kan nås om vilken domstol som ska handlägga mål som har nära samband med varandra, ska de handläggas vid den domstol där talan först inleddes.

De praktiska konsekvenserna av det ovan anförda kan exemplifieras enligt följande. Antag att en inköpscentral genomför en upphandling som ombud för tre landsting som var för sig tillhör domkretsen för tre olika förvaltningsrätter. En leverantör som vill ansöka om överprövning av upphandlingen för alla landsting skulle kunna ge in ansökningar till samtliga tre förvaltningsrätter, som då bör överväga att samla målen till en av domstolarna. Leverantören skulle emellertid också kunna ge in en ansökan (riktad mot samtliga landsting) till endast en av förvaltningsrätterna. Förutsatt att

det inte finns invändningar från leverantören eller andra skäl som talar mot det, måste förvaltningsrätten då lämna över handlingar till de båda andra förvaltningsrätterna. Därefter bör samtliga förvaltningsrätter överväga att samla målen till en av domstolarna. Detta kan i praktiken innebära att den förvaltningsrätt till vilken ansökningslämnats in först måste fatta beslut om att överlämna handlingar till de båda andra förvaltningsrätterna. För att samla målen till en av domstolarna måste därefter de två andra förvaltningsrätterna fatta beslut om att överlämna sina mål till denna.

28.2 Alternativ till anskaffning med hjälp av inköpscentraler

Som angetts ovan innebär reglerna om inköpscentraler att det saknas upphandlingsskyldighet för vissa tjänster som tillhandahålls av en upphandlande myndighet som är inköpscentral. Bestämmelserna har ett begränsat tillämpningsområde bl.a. på så sätt att de inte är tillämpliga då endast en enskilda upphandlande myndighet eller enhet anlitar en upphandlande myndighet för hjälp i en upphandling.

OFUKI-utredningen konstaterar att in house-undantaget enligt EU-domstolens praxis delvis överlappar bestämmelserna om inköpscentraler (se bl.a. kapitel 4). Den temporära regleringen i 2 kap. 10 a § LOU respektive OFUKI-utredningens förslag till permanent in house-undantag kan därför innebära undantag från upphandlingsskyldighet såväl i vissa situationer som också omfattas av reglerna om inköpscentraler som i vissa ytterligare situationer.

När in house-undantaget är tillämpligt för t.ex. en kommun i förhållande till ett kommunalt bolag kan kommunen anskaffa alla slags varor eller tjänster från bolaget utan upphandlingsskyldighet, dvs. även tjänster som avser genomförandet av en upphandling. Härigenom kan det vara möjligt för t.ex. en enskilda kommun att anlita ett eget aktiebolag för utförande av sådana tjänster, trots att reglerna om inköpscentraler inte tillåter det. Bolaget skulle även kunna ha en grossistfunktion gentemot kommunen även om detta över huvud taget inte är möjligt enligt den svenska regleringen om inköpscentraler (se avsnitt 28.1.2).

Vid en jämförelse med regleringen om inköpscentraler ger alltså in house-undantaget i vissa avseenden motsvarande eller vidare rättsliga förutsättningar att anlita någon annan. Det måste dock

framhållas att regleringen om inköpscentraler inte kräver att den som anlitar en sådan central uppfyller de kriterier för kontroll och verksamhet som gäller enligt in house-undantaget. På detta sätt ger därför reglerna om inköpscentraler ett vidare tillämpningsområde än in house-undantaget.

Även reglerna i LUF om anknutna företag m.m. överlappar i viss mån regelverket om inköpscentraler på likartat sätt som in house-undantaget (jfr avsnitt 4.8). I sammanhanget kan också pekas på att EU-domstolens dom i mål C-480/06, kommissionen mot Tyskland (Hamburg), skulle kunna innebära undantag från upphandlingsskyldighet i vissa fall då t.ex. flera kommuner eller landsting samarbetar om genomförandet av en upphandling. Som anförts i avsnitt 4.9.2 är dock följderna av domen oklara.

29 Kommunal delegation och användning av fullmakt

Regleringen om inköpscentraler i LOU och LUF innebär bl.a. att en inköpscentral kan ingå ramavtal i eget namn för andra upphandlande myndigheter eller enheter alternativt medverka i en upphandling i egenskap av ombud åt flera upphandlande myndigheter eller enheter. Anlitandet av inköpscentralen behöver inte föregås av upphandling (se avsnitt 28.1). Ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv finns inget hinder för att inköpscentralens uppdrag avseende en viss upphandling omfattar samtliga de åtgärder och beslut som aktualiseras vid genomförandet av denna.

I sådana fall då en kommun eller ett landsting anlitar en inköpscentral uppkommer dock frågor om i vad mån kommunalrätten kan utgöra hinder för ett sådant allomfattande uppdrag. De kommunalrättsliga möjligheterna för en kommun eller ett landsting att överlåta åt andra att fatta beslut eller att vidta andra åtgärder i ett ärende är nämligen begränsade.

I detta kapitel behandlas regleringen om kommunal delegation av beslutanderätt samt kommuners och landstings möjligheter att använda befullmäktigade ombud.

29.1 Intern delegation

29.1.1 Regelverket

De centrala bestämmelserna om intern kommunal delegation finns i 3 kap. 10 § och 6 kap. 33–38 §§ kommunallagen (1991:900), KL. Regleringen har beskrivits även i avsnitt 7.3.

I korthet har KL:s regler om delegation följande innebörd. Fullmäktige får som huvudregel uppdra åt en nämnd att i fullmäktiges ställe besluta i ett visst ärende eller en viss grupp av ärenden. Ären-

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

29.1.2 Delegationsbestämmelserna gäller endast beslut i KL:s mening

I förarbetena (prop. 1990/91:117, s. 204) till KL anges att begreppet beslut i delegeringsbestämmelserna endast avser beslut i KL:s mening. Kännetecknande för ett beslut anges vara bl.a. att det föreligger alternativa lösningar och att beslutsfattaren måste göra vissa överväganden eller bedömningar. I förarbetena (samma prop., s. 204) konstaterades vidare att det i den kommunala förvaltningen inte endast fattas beslut i lagens mening utan också vidtas en mängd åtgärder som är av rent förberedande eller rent verkställande karaktär. Det anfördes att en mycket stor del av den kommunala verksamheten praktiskt sett kan antas höra till området ren verkställighet. Som klassiska exempel på rent verkställande åtgärder angavs avgiftsdebitering enligt en fastställd taxa och tilldelning av daghemsplats enligt en klar turordningsprincip. Sådan verksamhet, där det alltså inte får finnas utrymme för självständiga bedömningar, angavs normalt ankomma på de anställda. Vidare anfördes

att rätten för de anställda att vidta sådana åtgärder inte grundas på delegering utan i stället följer av den arbetsfördelning mellan de förtroendevalda och de anställda som måste finnas för att den kommunala verksamheten ska kunna fungera.

Gränsen mellan vad som hör till beslut i lagens mening och ren verkställighet kan vara svår att dra. I förarbetena (samma prop., s. 204) till KL anfördes att ökad målstyrning och decentralisering kan leda till att gränsen förskjuts så att fler åtgärder än tidigare kan komma att hänföras till ren verkställighet. Vidare anfördes följande.

Finns det klara målsättningar för verksamheten är det mycket som talar för att många vardagliga åtgärder inom förvaltningen som i dag rättsligt sett är att anse som beslut kan hänföras till ren verkställighet även om de innefattar ett visst mått av självständigt ställningstagande och inte bara är ett rent mekaniskt verkställande av beslut. Det kan t.ex. gälla interna frågor om inköp, fastighetsförvaltning och personaladministration där intresset av att överklaga genom kommunalbesvär normalt inte kan vara särskilt stort.

Förarbetsuttalandena om gränsen mellan beslut och verkställighet har dock ifrågasatts i den juridiska litteraturen (Höök, *Intern kommunal kompetensfördelning*, 2000, s. 137 ff.). Vidare har Högsta förvaltningsdomstolen i en nyligen meddelad dom angett att det inte återspeglas i lagtexten att uttalandena skulle ha bäring på frågan om vilka beslut som ska tillerkännas överklagbarhet (dom den 24 februari 2011 i mål nr 8044-09). I domen prövade domstolen om ett kommunalt beslut att anvisa plats i förskoleklass i en viss skola var ett sådant beslut av rent verkställande art som inte är överklagbart enligt 10 kap. 2 § 2 KL. Enligt domstolen innefattade beslutet ett sådant inslag av självständig prövning att det inte kunde anses vara av rent verkställande art. Beslutet kunde alltså överklagas.

29.1.3 Delegationens innebörd

Innebörden av fullmäktiges delegation är enligt KL:s terminologi inte helt identisk med innebörden av nämndernas delegation. Fullmäktiges delegation innebär enligt 3 kap. 10 § första stycket KL att en nämnd ges ett uppdrag att fatta beslut *i fullmäktiges ställe*. Detta betyder att nämnden ges en egen ställning som beslutsfattare – i stället för fullmäktige – inom ramen för det aktuella upp-

draget. Nämndernas delegation innebär däremot enligt 6 kap. 33 § första stycket KL att delegaten, t.ex. en anställd, ges ett uppdrag att fatta beslut *på nämndens vägnar*. Denna formulering ger uttryck för att delegatens beslut i KL:s mening fattas av nämnden, dvs. delegaten fattar beslut i nämndens namn. Särskild betydelse har detta för möjligheterna att överklaga beslutet enligt 10 kap. KL. Av 10 kap. 2 § KL framgår nämligen att endast beslut av vissa kommunala organ, bl.a. fullmäktige och nämnder, får överklagas (se avsnitt 24.1.1). Om t.ex. en anställd fattar ett beslut på en nämnds vägnar på grundval av delegering, är det dock rättsligt sett fråga om ett nämndbeslut (prop. 1990/91:117, s. 223).

Som angetts i avsnitt 7.3.1 innebär fullmäktiges delegation av beslutanderätt till en nämnd att fullmäktige avhänt sig sin egen möjlighet att besluta i frågan, om inte delegationen återtas. Återtagande kan ske när som helst. Ett beslut som nämnden fattat med stöd av delegationen och som har bindande verkan för kommunen eller landstinget kan dock inte ändras i efterhand av fullmäktige. Motsvarande gäller för nämndernas delegation av beslutanderätt. Ett beslut som delegaten fattat med stöd av delegationen kan alltså i princip inte återtas av nämnden (Sveriges Kommuner och Landsting, *Kommunallagen – Kommentarer och praxis*, 4 uppl., 2006, s. 313). Däremot kan en nämnd när som helst återkalla ett uppdrag, antingen generellt eller för ett visst ärende (prop. 1990/91:117, s. 203). Nämnden kan också genom eget handlande föregripa ett beslut i ett enskilt ärende av delegaten genom att själv ta över ärendet och besluta. Beroende på vad saken gäller kan också finnas möjligheter för nämnden att ompröva delegatens beslut. Omprövning kan dock inte ske om bundenhet uppkommit för kommunen eller landstinget gentemot annan. För exempelvis beslut som är gynnande för enskild finns endast begränsade möjligheter till omprövning (se t.ex. RÅ 2000 ref. 16).

29.2 Extern delegation

29.2.1 Fullmäktige

Av 3 kap. 10 § KL följer att fullmäktiges möjlighet att delegera beslutanderätt är begränsad till att avse kommunens eller landstingets egna nämnder eller gemensamma nämnder för vilken kommunen eller landstinget är en av huvudmännen. Enligt bestämmel-

serna i KL kan alltså fullmäktige inte delegera sin beslutanderätt varken till andra interna organ än nämnder eller till externa organ. En annan sak är att fullmäktige kan besluta att vården av kommunala angelägenheter ska överlämnas från kommunen eller landstinget till juridiska personer och enskilda individer enligt 3 kap. 16 § KL (se avsnitt 9.4.1). Härigenom ges bl.a. förutsättningar för fullmäktige att utforma den kommunala organisationen så att förvaltningen avseende ett visst verksamhetsområde ombesörjs av ett kommunalt företag i stället för av en nämnd. Vården av kommunala angelägenheter kan även överlämnas till kommunalförbund eller ombesörjas av nämnder som är gemensamma för flera kommuner eller landsting (3 kap. 3 a och 20 §§ KL, se även kapitel 8).

En viss möjlighet till extern delegation av fullmäktiges beslutanderätt synes följa av Regeringsrättens avgörande i RÅ 1975 ref. 109. I detta fall hade ett kommunägt aktiebolag medgetts av fullmäktige att indexreglera renhållningsavgifter. Fullmäktiges beslut ansågs inte innebära någon otillåten delegation av beslutanderätt. Regeringsrättens motivering är knapphändig men avgörandet kan möjligen förklaras med att det inte var fråga om någon reell beslutanderättsdelegation (Kaijser och Riberdahl, *Kommunallagarna II*, 6 uppl., 1983, s. 250 f.). I övrigt är extern delegation tillåten för fullmäktige endast enligt 6 kap. 3 § lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter (jfr 3 kap. 11 § KL). Denna bestämmelse innebär i huvudsak att en kommun eller ett landsting kan uppdra åt en arbetsgivarorganisation att reglera anställningsvillkoren för kommunens eller landstingets arbetstagare genom kollektivavtal. Bestämmelsen ger även möjlighet för kommunen eller landstinget att överlåta åt en nämnd som handlägger frågor om arbetstagares anställningsvillkor att lämna ett sådant uppdrag.

Med hänvisning till äldre rättspraxis har i den juridiska litteraturen kommenterats möjligheterna till extern delegation av fullmäktige, dvs. uppdrag åt utanförstående att besluta i fullmäktiges ställe. Den slutsats som dragits är att extern delegation (frånsett sådana uppdrag som regleras i 6 kap. 3 § lagen om vissa kommunala befogenheter) inte anses tillåten ur besvärs-, offentlighets- och revisionssynpunkt annat än då uppdraget avser s.k. faktiskt handlande, enklare förvaltnings- och verkställighetsbestyr eller kan jämföras med rättegångs- eller skiljedomsuppdrag eller uppdrag att företräda kommun vid entreprenad (Kaijser och Riberdahl, nämnda arbete, s. 250, se även Sveriges Kommuner och Landsting, *Kommunallagen – Kommentarer och praxis*, 4 uppl., 2006, s. 150, samt

skälen för den skiljaktiga meningen av regeringsrådet Petrén i RÅ 1975 ref. 109).

Att extern delegation av fullmäktiges beslutanderätt i princip inte är tillåten kan alltså enligt OFUKI-utredningens mening sättas i samband med vissa grundläggande förhållanden i det kommunalrättsliga systemet. Ett av dessa är kommun- och landstingsmedlemmarnas rätt att genom överklagande åstadkomma laglighetsprövning av fullmäktiges och nämnders beslut enligt 10 kap. KL. Beslut som fattats av någon annan än ett kommun- eller landstingsinternt organ kan däremot inte laglighetsprövas (se även avsnitt 24.1.1 och 24.1.2). En följd härav är att en extern delegation av beslutanderätt kan leda till att kommunmedlemmarna avskärs från rätten till laglighetsprövning. Dessutom kan extern delegation leda till att verksamhet undandras granskning av den kommunala revisionen. Med undantag för att revisorerna granskar verksamheten i kommunala företag genom de revisorer eller lekmannarevisorer som utsetts i dessa, omfattar nämligen de kommunala revisorernas uppdrag endast verksamhet som bedrivs inom nämndernas verksamhetsområden (9 kap. 9 § första stycket KL, se avsnitt 7.5). Extern delegation kan vidare åsidosätta enskildas rätt att få ta del av allmänna handlingar hos kommuner och landsting.

I sammanhanget kan dock framhållas att även om bristande möjligheter till laglighetsprövning kan anföras som en förklaring till varför extern delegation av beslutanderätt i princip inte är tillåten, så har avsaknaden av sådana möjligheter inte utgjort hinder mot bestämmelserna om kommunala företag i 3 kap. 16–18 §§ KL. Fullmäktige kan alltså besluta att vården av kommunala angelägenheter ska överlämnas till sådana företag trots att företagets beslut inte kan överklagas enligt 10 kap. KL (se avsnitt 9.4 och 24.1.2). Däremot omfattas kommunala företag av den kommunala revisionen (se avsnitt 9.4.4) samt finns möjlighet för enskilda att ta del av allmänna handlingar hos sådana företag (se avsnitt 26.1).

29.2.2 Nämnder

Som anförts ovan kan gemensamma nämnder delegera beslutanderätt till personer som är anställda av en av de samverkande kommunerna eller landstingen, oavsett om denna kommun eller detta landsting är värd för nämnden. I övrigt ger KL inga möjligheter för nämnder att delegera beslutanderätt till organ eller personer som

inte är del av eller anställda av den egna kommunen eller landstinget. Viss speciallagstiftning innehåller dock regler om att beslutanderätt kan överlämnas till anställda i andra kommuner eller landsting (bl.a. miljöbalken och lagen [2003:778] om skydd mot olyckor, se avsnitt 32.2.1).

Att nämnderna som huvudregel inte kan delegera sin beslutanderätt till externa organ eller personer torde kunna förklaras på likartat sätt som motsvarande begränsning i fullmäktiges delegationsmöjligheter (se föregående avsnitt).

29.3 Användning av fullmakt

29.3.1 Fullmaktsinstitutet

För det civilrättsliga fullmaktsinstitutet finns allmänna bestämmelser i 10–27 §§ lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, avtalslagen. Reglerna är inriktade på frågor om de rättsliga relationerna mellan huvudmannen, ombudet (dvs. den som getts fullmakt av huvudmannen att agera i dennes namn) och tredje man. En central bestämmelse är 10 § första stycket. Av denna följer bl.a. att ett avtal som ombudet ingår med tredje man är omedelbart bindande för huvudmannen om ombudet agerat i huvudmannens namn och inom fullmaktens gränser. Andra bestämmelser i avtalslagen reglerar bl.a. betydelsen av att ombudet agerat utanför sina befogenheter eller sin behörighet.

Några regler om *vem* som får anlita ombud och *i vilka sammanhang* framgår inte av avtalslagen. Vissa sådana bestämmelser finns dock i annan lagstiftning. Exempelvis regleras användning av ombud i rättegång i 12 kap. rättegångsbalken och 48–49 §§ förvaltningsprocesslagen (1971:291), se även 9 § förvaltningslagen (1986:223) om användning av ombud i ärende hos förvaltningsmyndighet.

29.3.2 Kommuner och landsting har begränsade möjligheter att använda fullmakt

I ett avseende innehåller kommunallagstiftningen en bestämmelse om kommuners och landstings användning av befullmäktigade ombud. Av 6 kap. 6 § första stycket KL framgår att styrelsen *själv eller genom ombud* får föra kommunens eller landstingets talan i alla

mål och ärenden om inte någon annan ska göra det på grund av lag eller annan författning eller beslut av fullmäktige. Bestämmelsen, som har sin motsvarighet i bl.a. 1977 års kommunallag, behandlar styrelsens processbehörighet (prop. 1990/91:117, s. 195 f., se även avsnitt 7.2.2). Denna kan aktualiseras i två olika situationer, dels när kommunen vill inleda en process (klaga), dels när kommunen ingår i svaromål (Kaijser och Riberdahl, *Kommunallagarna II*, 6 uppl., 1983, s. 445). Processbehörigheten kan alltså utövas såväl av styrelsen själv som av ett befullmäktigat ombud.

I ovannämnda arbete (s. 494) har Kaijser och Riberdahl konstaterat att bestämmelsen om styrelsens processbehörighet inte drar upp några klara gränser för användandet av fullmaktsinstitutet. Enligt dem får det emellertid anses ligga i sakens natur att det måste vara fråga om partsärenden som är tvistiga eller där tvist kan uppstå och att det är nödvändigt att tvisten utan onödigt dröjsmål avgörs med eller utan ingripande av domstol, myndighet eller skiljeman. I annat fall skulle, enligt Kaijser och Riberdahl, en kommun kunna lämna ifrån sig viktiga beslutsfunktioner genom befullmäktigande.

Att KL i övrigt saknar särskilda bestämmelser om de kommunala organens möjlighet att använda fullmaktsinstitutet, väcker frågan om – och i så fall i vilken utsträckning – ombud kan anlitas för fullgörande av kommunala uppgifter.

Det står klart att ombud inte endast kan anlitas i rättegångar och liknande förfaranden utan att så också kan ske i vissa andra förhandlingssituationer, t.ex. för utövande av kommunens eller landstingets ägarroll på bolagsstämman i ett kommunalt aktiebolag (jfr prop. 2009/10:134, s. 27, och RÅ78 Ab 124). I den juridiska litteraturen synes dock råda enighet om att det endast är i begränsad utsträckning som ombud kan anlitas. Det har således anförts att användande av fullmakt begränsas till civilrättens område och till processer eller motsvarande. Vidare har beskrivits att det normala visserligen är att fullmakt används för rättegångar eller förhandlingar men att en fullmakt också kan avse andra tidsbegränsade uppdrag, t.ex. kan en nämnd utse någon att vara beställarombud vid entreprenader och konsultuppdrag (Sveriges Kommuner och Landsting, *Kommunallagen – Kommentarer och praxis*, 4 uppl., 2004, s. 311, Svenska Kommunförbundet, *Hur ska vi styra våra företag?*, 2000, s. 84, och Madell, *Avtal mellan kommuner och enskilda*, 2000, s. 81 f.).

Även arbeten avseende äldre kommunalrätt har tagit upp frågan om användning av fullmakt. I betänkandet *Företagsdemokrati i kommuner och landstingskommuner* (SOU 1977:39) anförde Utredningen om den kommunala demokratin att det vid sidan av delegationsinstitutet i vissa situationer även finns möjlighet för de kommunala nämnderna att lämna ifrån sig handläggningen av vissa ärenden med anlitande av fullmaktsinstitutet. Som exempel angavs möjligheten enligt bestämmelserna om styrelsens processbehörighet (som angetts ovan motsvarar dagens regler dåvarande bestämmelser i 1977 års kommunallag). Mot den bakgrunden angav utredningen att det finns formella möjligheter för styrelsen att i stället för delegation tillgripa fullmaktsinstitutet. Utredningen anförde därefter följande (s. 105 f., se även Kaijser och Riberdahl, ovan nämnda arbete, s. 494 f.).

I vilken omfattning man på detta sätt kan "gå förbi" det kommunala delegationsinstitutet synes dock ej helt klarlagt. Troligen är, om man beaktar syftet med delegationsreglerna i KL, det faktiska utrymmet där fullmaktsinstitutet kan tillämpas på det kommunala området begränsat och torde främst avse uppdrag att företräda kommunen/landstingskommunen vid rättegångar och vissa förhandlingar.

Inskjutas kan här att de åtgärder eller beslut som fattas av ett befullmäktigt ombud inte kan angripas genom besvär. Från kommunal-demokratisk synpunkt torde sålunda delegationsinstitutet rent allmänt vara att föredra.

I den juridiska litteraturen har möjligheterna för kommuner och landsting att använda fullmakt kommenterats bl.a. utifrån vad som särskiljer en delegat från ett befullmäktigt ombud samt utifrån möjligheterna att överklaga beslut (se ovan nämnda arbeten av Sveriges Kommuner och Landsting, s. 311, Madell, s. 81 f. samt Kaijser och Riberdahl, s. 493 f.)

En delegat anses ha ställning som ett organ i kommunen eller landstinget. Detta tar sig enligt Kaijser och Riberdahl uttryck i att beslut och beslutsverkställighet hålls åtskilda, att besluten i princip kan överklagas och att användningen av delegerad beslutanderätt är underkastad kommunal revision. Kaijser och Riberdahl anger vidare att rättsgiltigheten av beslut, som en delegat fattar är primärt och i princip beroende av om besluten vinner laga kraft och verkställs, allt under förutsättning att beslutet håller sig inom delegationens ram.

Ett befullmäktigat ombud har däremot inte någon organställning i kommunen eller landstinget. Kaijser och Riberdahl beskriver att en rättshandling som företas inom en fullmakts behörighetsgränser i princip blir omedelbart bindande för kommunen gentemot godtroende kontrahent och detta även om rättshandlingen skulle överskrida uppdraget och/eller kommunalrättsliga kompetens- och kompetensfördelningsregler (befogenheter). Beslut av t.ex. en nämnd att befullmäktiga ett ombud och om att ge instruktioner till ombudet kan överklagas enligt bestämmelserna om laglighetsprövning i 10 kap. KL. De åtgärder som ombudet vidtar med stöd av fullmakten kan däremot inte överklagas enligt dessa bestämmelser. Åtgärderna kan dock bli föremål för process i allmän domstol, t.ex. då det uppkommit tvist mellan kommunen eller landstinget och den part mot vilken ombudet företagit rättshandlingar.

Bland de skillnader som finns mellan kommunalrättslig delegation och fullmaktsinstitutet framträder alltså bl.a. att bestämmelserna i 10 kap. KL inte medger kommunmedlemmar att överklaga beslut som fattats av ett ombud men däremot (som huvudregel) beslut som fattats av en delegat. OFUKI-utredningen konstaterar att denna skillnad i sig snarare kan ge upphov till överväganden om i vad mån det är *lämpligt* att anlita ombud än om i vad mån det är *tillåtet* (se andra stycket i ovan återgiven text från SOU 1977:39). Kommunalrättens system för bl.a. delegation av beslutanderätt kan däremot enligt OFUKI-utredningens mening i högre grad läggas till grund för att det endast torde finnas ett begränsat utrymme för kommuner och landsting att använda fullmaktsinstitutet (jfr första stycket i ovan återgiven text från SOU 1977:39).

Som beskrivits i föregående avsnitt reglerar kommunalrätten såväl den interna kompetensfördelningen mellan de kommunala organen som förutsättningarna för dessa att delegera beslutanderätt till underordnade interna organ och anställda. Delegationsbestämmelserna är uttömmande på det sättet att delegation endast får ske med stöd i regleringen. Detta innebär bl.a. att beslut av en viss dignitet de facto måste fattas av fullmäktige respektive nämnder – och därmed av förtroendevalda. Kommunalrättens reglering är heltäckande också i det avseendet att fullmäktige och nämnder inte kan delegera sin beslutanderätt till utomstående organ eller till enskilda personer som inte är anställda av kommunen eller landstinget, fränsett i de fall särskilda undantag gäller. Detta kan sägas ge uttryck för en grundläggande tanke om att kommunen eller lands-

tinget själv ska fatta sina beslut enligt kommunallagens regler (Svenska Kommunförbundet, ovannämnda arbete, s. 84). Om beslutanderätt överförs till befullmäktigade ombud finns risk att beslut fattas av personer som varken är förtroendevalda eller som annars, i egenskap av anställda, utgör del av kommunen. Denna brist ur ett kommunaldemokratiskt perspektiv förstärks av att det också saknas möjligheter till laglighetsprövning av befullmäktigade ombuds beslut.

Användning av fullmakt kan alltså komma i konflikt med det kommunalrättsliga systemet för fördelning av beslutanderätt. Detta talar enligt OFUKI-utredningens mening för att fullmaktsinstitutet har ett begränsat kommunalt användningsområde, åtminstone i fråga om att fatta beslut i KL:s mening. Som angetts i avsnitt 28.3.1 kännetecknas ett beslut bl.a. av att det föreligger alternativa lösningar och att beslutsfattaren måste göra vissa överväganden eller bedömningar. Det kan däremot finnas större möjligheter att använda befullmäktigade ombud för sådana åtgärder som är av rent förberedande eller verkställande karaktär (jfr avsnitt 29.4.2).

Sammantaget konstaterar OFUKI-utredningen att rättsläget i fråga om möjligheterna för kommuner och landsting att använda fullmakt inte är helt klart. Utredningen anser dock, i enlighet med det synsätt som angetts i den juridiska litteraturen, att det får antas vara för endast vissa slags begränsade uppgifter som ombud kan anlitas.

29.4 Särskilt om upphandlingsärenden

I upphandlingsärenden förekommer såväl sådana ställningstaganden som utgör beslut i KL:s mening som åtgärder av rent förberedande eller verkställande karaktär.

Exempelvis kan utvärderingen av inkomna anbud ses som förberedande till det beslut om tilldelning som ska fattas enligt 9 kap. 9 § eller 15 kap. 19 § LOU respektive LUF. Tilldelningsbeslutet – eller ett beslut att avbryta upphandlingen – är ett beslut i KL:s mening. Det faktiska undertecknandet av det ramavtal eller det upphandlingskontrakt som en upphandling leder fram till torde vara ren verkställighet av tilldelningsbeslutet (jfr Ds 2004:37, s. 31, och Kammarrätten i Stockholms avgörande den 20 maj 2009 i mål nr 8319-08).

Kategoriseringen av olika åtgärder i ett upphandlingsärende har särskild betydelse för den interna kommunala fördelningen av beslutanderätt enligt KL men torde också ha betydelse för kommuners och landstings möjligheter att ta hjälp av någon annan.

29.4.1 Intern kommunal fördelning av beslutanderätt

Tilldelningsbeslut eller beslut om avbrytande av en upphandling får enligt OFUKI-utredningens mening allmänt sett betraktas som beslut i KL:s mening (se föregående avsnitt). Denna kategorisering har bl.a. betydelse för den interna kommunala uppgiftsfördelningen i ärenden om upphandling.

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

I sådana ärenden som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt för kommunen eller landstinget måste beslut tas av fullmäktige (3 kap. 9 § första stycket KL). Någon möjlighet till delegation från fullmäktige finns inte i sådana ärenden (3 kap. 10 § KL).

På nämnderna ankommer att besluta i frågor som rör förvaltningen (3 kap. 13 § första stycket KL). Som angetts i avsnitt 7.2.1 omfattar förvaltningen bl.a. vardagliga beslut om den löpande verksamheten, vilket t.ex. inbegriper att besluta om vissa inköp. Någon klar gräns för vilka slags inköp som utgör del av förvaltningen kan inte dras. OFUKI-utredningen konstaterar dock att det i praktiken torde vara en betydande del av den kommunala upphandlingen som kan hänföras direkt till nämndernas förvaltning. Upphandlingsärenden som på grund av sin art eller andra omständigheter ändå inte kan hänföras till begreppet förvaltning, men som dock inte är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt för kommunen eller landstinget, kan också komma under nämndernas kompetens efter delegation från fullmäktige (3 kap. 10 § första stycket och 3 kap. 13 § andra stycket KL). I sammanhanget kan även pekas på att fullmäktige i organiseringen av nämndernas uppgifter kan centralisera upphandlingen, t.ex. till genom att en nämnd

ges i uppgift att hantera viss eller all inköpsverksamhet för kommunen eller landstinget (se avsnitt 7.1).

Delegation av nämndernas beslutanderätt i upphandlingsärenden kan, liksom i andra slags ärenden, ske enligt bestämmelserna i 6 kap. 33–38 §§ KL. Som angetts i föregående avsnitt får beslutanderätt visserligen inte delegeras i bl.a. ärenden som rör myndighetsutövning mot enskilda, om de är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt. Bestämmelsen kan dock inte anses hindra delegation i upphandlingsärenden. Den vedertagna uppfattningen torde vara att upphandlingsärenden inte innefattar myndighetsutövning (se bl.a. Justitieombudsmannens ämbetsberättelser 2010/11, s. 549, och 2007/08, s. 529 f., jfr Warnling-Nerep, *Offentlig upphandling: myndighetsutövning eller inte & ett nytt område för kommunalt lag- och domstolstrots?*, JT 2006/07, s. 384).

I praktiken synes det vara vanligt att kommunala nämnder i hög grad utnyttjat möjligheterna till delegation i upphandlingsärenden. Det är t.ex. inte ovanligt att delegationsordningar bemyndigar olika befattningshavare att besluta om upphandlingar upp till vissa belopp. Vidare regleras vanligtvis i nämndreglementen vem som får underteckna handlingar av olika slag, t.ex. avtal. Sådana bestämmelser kan även finnas i delegationsordningar.

Åtgärder som har verkställande eller förberedande karaktär, t.ex. utvärderingen av inkomna anbud som förberedelse för tilldelningsbeslutet, kan hanteras av kommunens eller landstingets anställda redan som följd av deras arbetsuppgifter.

29.4.2 Formella möjligheter för en kommun eller ett landsting att ta hjälp av någon annan i upphandlingsärenden

Utredningens bedömning: Det torde inte vara kommunalrättsligt möjligt för en kommun eller ett landsting att överlåta åt någon annan att fatta beslut i KL:s mening i ett upphandlingsärende. Det kan däremot finnas rättsliga förutsättningar att ta hjälp av ett befullmäktigat ombud med genomförandet av förberedande och verkställande åtgärder i en upphandling.

I enlighet med vad som allmänt gäller för kommunal beslutanderätt (se avsnitt 29.2), ger kommunalrätten enligt dagens regler inga möjligheter till extern delegation av beslutanderätt om upphand-

ling. Enligt OFUKI-utredningens mening torde kommunalrätten också hindra att beslutanderätt i ett upphandlingsärende överförs till ett ombud med användning av fullmaktsinstitutet. Ett uppdrag som t.ex. avser att fatta tilldelningsbeslut för en kommuns räkning kan inte ses som jämförbart med ett uppdrag att vara ombud i en rättegång eller annan förhandling (jfr avsnitt 29.3.2, se även Ds 2004:37, s. 31, och Svenska Kommunförbundet, *Hur ska vi styra våra företag?*, 2000, s. 84).

I vad mån befullmäktigade ombud kan anlitas för att vidta rent förberedande eller rent verkställande åtgärder i en upphandling synes inte ha klargjorts i rättspraxis och inte heller närmare ha diskuterats i den juridiska litteraturen. Som angetts i avsnitt 29.2.1 har dock antytts i äldre litteratur att extern delegation kan vara tillåten då uppdraget avser bl.a. faktiskt handlande eller enklare förvaltnings- och verkställighetsåtgärder (Kajiser och Riberdahl, *Kommunallagarna II*, 6 uppl., 1983, s. 250). I praktiken synes det också vara en väl etablerad praxis bland kommuner och landsting att använda sig av fullmaktsinstitutet då utomstående organ anlitas för hjälp med genomförandet av samordnade upphandlingar. Ett sådant uppdrag kan ha olika utformning men det förekommer t.ex. uppdrag som omfattar samtliga åtgärder i upphandlingsförfarandet utom tilldelningsbeslut, inklusive avtalstecknande och att företräda huvudmannen i en eventuell överprövningsprocess i domstol.

Vad särskilt gäller avtalstecknandet i en upphandling torde detta ha karaktär av ren verkställighet och därför i allmänhet vara en åtgärd som viss eller vissa befattningshavare har rätt att vidta som följd av sin anställning (se den inledande texten i avsnitt 29.4). OFUKI-utredningen bedömer att det för denna åtgärd, liksom för andra förberedande eller rent verkställande åtgärder i en kommunal upphandling, inte står helt klart i vad mån kommunalrätten tillåter att fullmaktsinstitutet används. Något tydligt hinder för detta framgår dock varken av lag, rättspraxis eller andra rättskällor. En annan sak är att enskilda kommunala reglementen och delegationsordningar kan reglera och begränsa möjligheterna att överföra t.ex. rätten att teckna avtal (se avsnitt 29.4.1). Utredningen noterar att det i Ds 2004:37 har anförts att åtgärden att underteckna ett upphandlingskontrakt möjligen kan ses som ren verkställighet, men att en sådan åtgärd, enligt förarbetena, sannolikt inte kan vidtas av andra än anställda i den egna kommunala verksamheten (s. 31, jfr s. 24 f.). Att förarbetena (synbarligen avses prop. 1990/91:117, s. 204) skulle ge uttryck för en sådan begränsning kan dock ifråga-

sättas enligt OFUKI-utredningens mening. Visserligen anges i dessa att verksamhet i form av rent förberedande eller rent verkställande åtgärder normalt ankommer på de anställda, baserat på arbetsfördelningen mellan de förtroendevalda och de anställda. Utalandena tar dock sikte på innebörden av bestämmelser om delegering av ärenden inom en nämnd (6 kap. 33–34 §§ KL) och närmast på vad som är beslut i KL:s mening. Härav kan inte dras några slutsatser om i vad mån fullmaktsinstitutet kan användas för att överföra rätten att vidta verkställande åtgärder, t.ex. att teckna avtal, till någon utomstående.

Sammantaget bedömer OFUKI-utredningen att det inte torde vara kommunalrättsligt möjligt för en kommun eller ett landsting att överlåta åt någon annan att fatta tilldelningsbeslut i ett upphandlingsärende. Det kan däremot vara möjligt att ta hjälp av ett befullmäktigat ombud med genomförandet av förberedande och verkställande åtgärder i en upphandling.

30 Upphandling på uppdrag av kommuner och landsting

OFUKI-utredningen har till uppgift att översiktligt beskriva hur kommuner och landsting genomför samordnade upphandlingar. Utredningen ska också undersöka i vilken utsträckning de, utöver samordnade upphandlingar, överlåter till någon annan att upphandla för deras räkning.

Utredningen har främst inhämtat information genom att träffa företrädare för bl.a. några enskilda kommuner och vissa företag som bistår kommuner och landsting med offentlig upphandling. Uppgifter om dessa kommuner m.fl. redovisas i avsnitt 30.1. Inledningsvis innehåller avsnittet också en mera generell och sammanfattande beskrivning av hur kommuner och landsting genomför samordnade upphandlingar. I avsnitt 30.2 redovisas OFUKI-utredningens bedömning av i vilken utsträckning kommuner och landsting, utöver samordnade upphandlingar, överlåter till någon annan att upphandla för deras räkning.

30.1 Samordnad upphandling

I hela landet finns tämligen fast etablerade grupperingar av geografiskt näraliggande kommuner eller landsting som ofta samarbetar om att genomföra upphandlingar. Samarbetet kan ha lösa former eller en mera fast struktur. Mera strukturerat samarbete kan baseras på avtal eller i vissa fall utövas genom ett kommunalförbund, en gemensam nämnd eller ett aktiebolag.

Tillhörigheten till en viss gruppering utesluter inte att samarbete också sker med andra enskilda kommuner eller landsting eller större grupperingar beroende på bl.a. vad som ska upphandlas. I vissa fall förekommer att samtliga landsting deltar i samordnade upphandlingar, t.ex. av vaccin. Andra exempel på samordning är att

en enskild kommun genomför samordnade upphandlingar tillsammans med egna kommunala företag.

Utöver dessa geografiska grupperingar finns samarbete på ett nationellt plan genom möjlighet för kommuner och landsting att ansluta sig till Kammarkollegiets ramavtalsupphandlingar på IT-området eller att delta i SKL Kommentus Inköpscentral AB:s upphandlingar.

För landstingens del finns ett nationellt samarbete på upphandlingsområdet i det s.k. Landstingsnätverket för Upphandling (LfU). Organisationen, som består av upphandlingscheferna i landstingen och Gotlands kommun, verkar för utveckling, samverkan och erfarenhetsutbyte inom upphandlingsområdet. Representation i nätverket finns utifrån en indelning av landstingen och Gotlands kommun i åtta upphandlingsregioner (Stockholms läns landsting, Västra Götalandsregionen och Region Skåne utgör egna upphandlingsregioner).

Vid OFUKI-utredningens möten med olika aktörer har framkommit att de närmare formerna för hur samordnade upphandlingar genomförs varierar, om än det också finns likheter. I det följande beskrivs aktörernas förfaranden närmare. Vidare redovisas synpunkter som framförts till utredningen i bl.a. frågan huruvida det bör införas en möjlighet för kommuner och landsting att överlåta rätt att fatta upphandlingsbeslut till andra.

Göteborgs Stads Upphandlings AB

Göteborgs kommun har överlämnat till Göteborgs Stads Upphandlings AB (Upphandlingsbolaget) att bl.a. hantera kommungemensamma upphandlingar. Bolaget ägs indirekt av kommunen, genom Göteborgs Kommunala Förvaltnings AB.

Upphandlingsbolaget har ett huvudansvar för samordnad ramavtalsupphandling av varor och tjänster för både kommunens förvaltningar och kommunens övriga bolag. Bolaget har även en konsultativ roll och kan på uppdrag av kommunens nämnder och bolag genomföra upphandlingar som inte omfattas av ramavtal.

Den samordnade upphandlingen, som innebär att ramavtal tecknas av Upphandlingsbolaget i eget namn, genomförs till stora delar också för bl.a. flera grannkommuners räkning i enlighet med samarbetsavtal mellan bolaget och dessa. Avtalen innebär att grannkommunerna m.m., inför flertalet av bolagets upphandlingar,

erbjuds att anmäla sitt intresse av att använda sig av de ramavtal som upphandlingarna syftar till. Avtal finns med Göteborgs-regionens kommunalförbund och de kommuner som förutom Göteborgs kommun är medlemmar i förbundet, nämligen kommunerna Ale, Alingsås, Härryda, Kungsbacka, Kungälv, Lerum, Lilla Edet, Mölndal, Partille, Stenungsund, Tjörn och Öckerö. Avtal finns även med Orusts kommun och Göteborgs Kyrkogårdsförvaltning. Dessa parter betalar Upphandlingsbolaget genom att bolaget, via leverantörerna, får ersättning motsvarande en procent av värdet på de produkter som avropas av dem.

För varje ramavtalsupphandling bildas en avtalsgrupp med deltagare från främst Göteborgs kommun och dess bolag. Avtalsgruppen kan också ha deltagare från de övriga kommuner m.m. som avser att använda avtalet. Avtalsgruppen deltar i arbetet under upphandlingens gång och medverkar i avtalsuppföljningen.

Ramavtalen som ingåtts av Upphandlingsbolaget fördelar sig på omkring 150 huvudavtalsområden. Anslutningen för vardera grannkommun m.m. varierar till mellan ett 30-tal och ett 100-tal avtalsområden. Avtalen för mellan hälften och tre fjärdedelar av upphandlingsområdena omfattar åtminstone någon grannkommun m.m. Dessa är inte alls anslutna till ramavtal för tekniska konsulter och hantverkstjänster.

Upphandlingsbolaget gör undersökningar av i vilken omfattning små och medelstora företag deltar i bolagets ramavtal. I maj 2010 var 83 procent av samtliga leverantörer sådana företag. I förhållande till samtliga leverantörer var 44 procent mikroföretag (färre än 10 anställda), 27 procent små företag (10 till 49 anställda) och 12 procent medelstora företag (50 till 250 anställda). Dessa små och medelstora företag stod för 51 procent av avtalens omsättning. Ramavtalen omsätter ca tre miljarder kronor årligen. För ramavtal till vilka samtliga grannkommuner m.m. har valt att ansluta sig står dessa parter för – som mest – omkring tio procent av den totala volymen.

Bolagets tjänster som konsult i enskilda upphandlingar är endast riktade mot Göteborgs kommun och kommunens övriga bolag. I dessa fall regleras uppdraget i ett avtal, som kan ha olika omfattning. Upphandlingsbolagets uppdrag kan vara begränsat eller avse att genomföra en upphandling i alla dess delar. Tilldelningsbeslut fattas dock av uppdragsgivaren, om än ofta på förslag från Upphandlingsbolaget. Ibland ingår i bolagets uppdrag att underrätta anbudsgivarna om beslutet, men inte alltid. Uppdraget kan inne-

fatta att företräda eller bistå huvudmannen i förvaltningsdomstol vid en eventuell överprövningsprocess.

Den del av bolagets verksamhet som avser enskilda upphandlingar är liten – endast omkring 800 arbetstimmar ägnas åt enskilda konsultuppdrag. Det totala värdet på de upphandlingar som uppdragen avser varierar kraftigt. I vissa fall kan värdet uppgå till hundratals miljoner kronor.

På vissa områden förekommer samarbete om upphandling med andra parter än de ovannämnda, t.ex. genom deltagande i vissa av Kammarkollegiets ramavtalsupphandlingar på IT-området. Detta sker dock endast i liten omfattning.

Vissa synpunkter m.m.

För Upphandlingsbolagets del är det endast den begränsade del av verksamheten som avser enskilda upphandlingar på konsultuppdrag som berörs av att det enligt dagens regler inte är möjligt för kommuner och landsting att överlämna beslutanderätt till andra. Huvuddelen av bolagets verksamhet, som innebär att ingå ramavtal i eget namn, berörs inte alls.

Upphandlingsbolaget anser dock att det bör införas en bestämmelse som möjliggör överlämnande av beslutanderätt. Generellt sett finns ett stort behov av att särskilt små kommuner kan delta i samordnade upphandlingar. Sådant samarbete bör kunna genomföras i olika former. Anlitande av inköpscentraler som upphandlar i eget namn är en möjlighet, men det är viktigt att det också finns möjligheter att samarbeta i andra, mer flexibla former.

Att det i dagsläget inte går att överlämna beslutanderätt till andra skapar inte endast administrativt arbete. Det medför också problem genom att tilldelningsbeslut kan komma att fattas vid olika tidpunkter, vilket bl.a. har betydelse ur sekretesshänsyn. Några nackdelar med att beslutanderättsöverföring möjliggörs torde däremot inte finnas. Om så blir fallet innebär det vidare inte i sig att överföring av beslutanderätten alltid sker. Ytterst skulle det vara den behöriga beslutsfattaren i en kommun eller ett landsting som har att avväga om beslutanderätten ska överföras till någon annan som ska genomföra en viss upphandling.

Halmstads kommun

I Halmstads kommun sköts upphandlingar som berör flera förvaltningar av en central upphandlingsenhet. Inför varje sådan upphandling övervägs huruvida samverkan bör ske med andra kommuner. Ett samarbete finns med övriga kommuner i Hallands län. Samordnade upphandlingar kan involvera samtliga eller några av kommunerna. I vissa fall genomförs sådana upphandlingar av Halmstads kommun, i andra fall av någon annan av de deltagande kommunerna. På detta sätt fördelas arbetet kommunerna emellan. Någon ersättning till den kommun som genomför en upphandling utgår inte. Halmstads kommun samverkar med andra kommuner inom ett tjugotal ramavtalsområden.

Det förekommer också samordnad upphandling i andra grupperingar, t.ex. att kommunen deltar i upphandlingar som genomförs av Hallands läns landsting (Region Halland). Däremot genomför inte kommunen upphandlingar på uppdrag av en enstaka annan kommun och lämnar inte heller ensam sådana uppdrag till någon annan kommun.

När t.ex. Halmstads kommun genomför en upphandling som samordnas med andra kommuner utfärdar dessa fullmakt för Halmstads kommun att göra upphandlingen. Övriga kommuner deltar i upphandlingsarbetet genom representation i en referensgrupp. Varje kommun fattar ett eget tilldelningsbeslut, enligt mall som tagits fram av Halmstads kommun. Efter att besluten sänts till Halmstads kommun meddelar kommunen leverantörerna. Avtal med leverantörerna tecknas av varje kommun för sig.

Den kommun som genomför en samordnad upphandling företräder de övriga i en eventuell överprövningsprocess. Rättegångsfullmakter utfärdas dock först i samband med att en sådan process inletts.

Vissa synpunkter m.m.

Införandet av en möjlighet för kommuner att delegera beslutanderätt avseende upphandlingsbeslut kan leda till att fler samordnade upphandlingar kommer till stånd. Främst har en sådan möjlighet betydelse för större upphandlingar med många aktörer. Att delegation av beslutanderätt ger förutsättningar för att endast ett tilldelningsbeslut behöver fattas har fördelar bl.a. genom att leda till ett

snabbare förfarande och en minskad problematik utifrån sekretesslagstiftningen.

Samordnad upphandling är resursbesparande. Det är dock fördelaktigt med mindre samverkansgrupper, bl.a. eftersom risken för negativ konkurrenspåverkan minskar och eftersom det är lättare för varje samverkanspart att påverka kraven för det som ska upphandlas.

Kammarkollegiet

Kammarkollegiet har sedan den 1 januari 2011 ansvar för den statliga inköpssamordningen och ska ingå ramavtal om varor och tjänster som är avsedda för andra statliga myndigheter (8 a § första stycket förordningen [2007:824] med instruktion för Kammarkollegiet). Sedan den 1 januari 2009 har kollegiet dessutom ansvar för samordningen av upphandlingen för den offentliga förvaltningen inom området informationsteknik (samma paragraf, andra stycket). I linje härmed är det möjligt för kommuner och landsting att efter särskild anmälan nyttja de ramavtal som Kammarkollegiet ingår på IT-området.

Ramavtalen på IT-området avser 16 avtalsområden och omsätter totalt ca sju miljarder kronor årligen, varav ca tre miljarder kronor är hänförliga till inköp som görs av kommuner och landsting. Mellan två och sex upphandlingar genomförs per år på IT-området. Avtalen för hela den statliga inköpssamordningen omsätter ca 11 miljarder kronor årligen.

Upphandlingarna på IT-området är i hög grad av återkommande slag och genomförs i huvudsak enligt följande. Genom en förstudie undersöker Kammarkollegiet förutsättningarna för upphandling. Kommuner och landsting är ofta representerade i referensgrupper inom ramen för förstudien. För deras del undersöks bl.a. om deras behov skiljer sig åt från statsförvaltningens behov. Den aktuella upphandlingens betydelse för konkurrensen beaktas, bl.a. på så sätt att kommuner och landsting inte ges möjlighet att nyttja ramavtal för konsulttjänster. Bedömningen har gjorts att befintliga lokala marknader annars skulle kunna störas.

För varje upphandling finns en styrgrupp som består av representanter för de större statliga myndigheterna. Det hör till undantagen att kommuner och landsting är representerade i styrgrupperna.

Efter att en förstudie genomförts går Kammarkollegiet ut med en inbjudan till bl.a. kommuner och landsting att inom viss tid ansluta sig till upphandlingen genom att lämna fullmakt till kollegiet. Det är inte möjligt att ansluta sig i efterhand. Som exempel på en beskrivning av fullmaktens innebörd, har följande angetts i ett erbjudande att delta i Kammarkollegiets upphandling Programvaror 2010.

Fullmakten innebär att fullmaktsgivaren medger att Kammarkollegiet genomför upphandlingarna innefattande bl.a. framtagande av förfrågningsunderlag, utvärdering av inkomna anbud och framtagande av ett förslag till tilldelningsbeslut beträffande vilka företag som ska bli ramavtalsleverantörer, samt undertecknar ramavtalen och förvaltar dessa för fullmaktsgivarens räkning.

I enlighet med Kammarkollegiets beslut och förslag till tilldelningsbeslut som sedermera kommer att kommuniceras till deltagande organisationer, åligger det organisationen att självständigt fatta ett eget, likalydande tilldelningsbeslut, då beslutsrätten inte kan delegeras genom fullmakt.

Efter anbudsutvärdering fattar Kammarkollegiet ett tilldelningsbeslut. När detta skett informeras de kommuner och landsting som lämnat in fullmakter till Kammarkollegiet och de ombeds att fatta egna likalydande tilldelningsbeslut enligt ett förslag som kollegiet upprättat. I detta sammanhang lämnas upplysning om att kollegiet eller leverantörerna inte behöver informeras om de egna tilldelningsbesluten. Kammarkollegiet bevakar inte heller att sådana beslut fattas. I stället ingår kollegiet avtal – i eget namn – med utvalda leverantörer efter att den s.k. avtalsfristen löpt ut.

Om den utvärdering som gjorts av Kammarkollegiet inte kan godtas av t.ex. en kommun, så måste kommunen meddela kollegiet för att tas bort från listan över avropsberättigade. Ett sådant meddelande måste ske innan Kammarkollegiet undertecknat ramavtalet.

Vissa synpunkter m.m.

Det formella förfarandet med fullmakter och tilldelningsbeslut gentemot kommuner och landsting tar tidvis vissa resurser i anspråk men är ingen betydande sak för Kammarkollegiet. På IT-området genomförs få upphandlingar per år. Det ligger också i kommuners och landstings egna intresse att ge in erforderliga fullmakter till kollegiet i rätt tid, eftersom de annars går miste om

möjligheten att nyttja avtalet. Vidare ankommer det på kommunerna och landstingen själva att fatta tilldelningsbeslut och Kammarkollegiet bevakar inte att så sker. Administrationen skulle dock minska i viss mån om det vore möjligt för kommuner och landsting att delegera tilldelningsbeslut.

Kommunupphandling Syd AB

Sedan 2008 har Burlövs, Lomma, Staffanstorps och Svedala kommuner samverkat på upphandlingsområdet genom aktiebolaget Kommunupphandling Syd AB (Kusab). Bolaget ägs av kommunerna till vardera lika delar. Initialt visade ytterligare kommuner intresse av att samarbeta genom Kusab och en förhoppning fanns att fler skulle ansluta sig. Så blev dock inte fallet.

I slutet av 2010 beslutade Kufabs styrelse att föreslå ägarkommunerna att avveckla bolaget. Som skäl angavs bl.a. att det inte längre föreföll finnas förutsättningar att utöka ägarkretsen, som var ägarnas ursprungliga målsättning, samt att det visat sig vara svårt att uppnå kostnadseffektivitet i bolaget med endast fyra ägare.

Den hittillsvarande verksamheten i Kusab har innefattat både att genomföra samordnade ramavtalsupphandlingar för ägarkommunerna och att genomföra enskilda upphandlingar för någon enskilda ägarkommun. Under 2010 har genomförts ca tio samordnade upphandlingar. Omkring hälften av bolagets verksamhet har avsett upphandlingsuppdrag från enskilda kommuner. Kusab har vidare ägnat sig åt renodlad rådgivning i upphandlingsfrågor, särskilt beträffande byggentreprenader. Förutom ägarkommunerna har bolaget haft andra kommuner och några statliga myndigheter som kunder. Kusab har inte genomfört några upphandlingar i eget namn.

I ett samverkansorgan med representanter för ägarkommunerna har bl.a. diskuterats vad bolaget ska upphandla. Innan en upphandling påbörjats har varje deltagande kommun genom fullmakt lämnat uppdrag åt Kusab att genomföra upphandlingen. För varje upphandling har funnits en projektgrupp med representanter för kommunerna. Projektgrupperna har varit involverade i olika steg i upphandlingarna, bl.a. vid utformningen av förfrågningsunderlag, anbudsutvärdering och avtalsuppföljning. Efter att Kusab tagit fram förslag till tilldelningsbeslut har de deltagande kommunerna själva fattat tilldelningsbeslut. Dessa har sänts till Kusab som där-

efter meddelat leverantörerna. Kusabs uppdrag har inte omfattat att teckna avtal. Uppdrag att företräda kommunerna i en överprövning i förvaltningsdomstol, har endast lämnats i de fall en sådan process inletts.

Vissa synpunkter m.m.

Kusab har inte uppfattat förfarandet med att få tillsänt sig tilldelningsbeslut från kommunerna som betungande. Påminnelser har dock behövts, ofta på grund av bristande rutiner.

Om alltför många frågor överlämnas till ett ombud finns risk för att uppdragsgivaren förlorar kontrollen över upphandlingen. Det kan därför finnas skäl att inte delegera för mycket, även om möjlighet införs.

Lunds kommun

Lunds kommun har en central roll i ett samarbete om samordnad upphandling med Eslövs, Hörby, Höörs, Kävlinge och Svalövs kommuner. Samarbetet baseras på avtal mellan Lunds kommun och var och en av de övriga kommunerna. På samma sätt finns avtal mellan Lunds kommun och kommunalförbundet Räddningstjänsten Syd, den statliga Östervångsskolan respektive Lunds kyrkliga samfällighet (Svenska kyrkan).

Avtalen innebär att Lunds kommun ska tillfråga de övriga kommunerna m.fl. om de vill medverka i en samordnad upphandling innan Lunds kommun ensam genomför en upphandling som syftar till att ingå förvaltningsövergripande ramavtal för varor eller tjänster. Samarbetet administreras av Lunds kommun genom dess upphandlingsenhet. Kontakten med övriga kommuner m.fl. hanteras genom kontaktpersoner hos dessa.

Samarbetet finansieras genom att Lunds kommun årligen erhåller en mindre fast avgift från de övriga kommunerna m.fl. samt genom att Lunds kommun, via leverantörerna, erhåller ersättning motsvarande en procent av värdet på de produkter som avropas av de övriga kommunerna m.fl.

Tidigare har förekommit att Lunds kommun genomfört upphandlingsuppdrag för någon enstaka annan kommun men numera

avser samarbetet endast samordnade upphandlingar. Ett tjugotal samordnade upphandlingar genomförs årligen

I praktiken initieras frågan om att genomföra en samordnad upphandling av Lunds kommun. Efter att ha tillfrågats kan de övriga kommuner m.fl. som ingår i samarbetet anmäla att de vill delta. Därutöver utfärdas inte fullmakter eller dylikt för Lunds kommun att företräda de kommuner m.fl. som anmält sitt deltagande. För varje samordnad upphandling bildas en referensgrupp som består av representanter för de samverkande parterna och som ger möjlighet till delaktighet genom hela upphandlingsförfarandet.

Vid samordnad upphandling genomförs förstudier som vid upphandling i övrigt. Det görs alltså ingen särskild analys utifrån att upphandlingen är samordnad, t.ex. beträffande konkurrenspåverkan. En anbudsgivare har alltid möjlighet att lägga ett anbud som endast riktar sig mot t.ex. en enda av de samverkande kommunerna.

Efter anbudsutvärdering ankommer det på varje kommun m.fl. att fatta egna tilldelningsbeslut. Lunds kommun tar fram mallar för detta. När besked erhållits från övriga parter i samarbetet om att de fattat tilldelningsbeslut, meddelar Lunds kommun leverantörerna. Denna hantering är snabb och tar vanligen en till två dagar i anspråk. Lunds kommun bevakar att avtalsfristen löpt ut, varefter avtalshandlingar sänds till kontaktpersonerna för de övriga kommunerna m.fl. Avtal med leverantörerna tecknas av varje kommun m.fl. för sig.

Vid en eventuell överprövningsprocess i förvaltningsdomstol företräder Lunds kommun sina samarbetspartners. Rättegångsfullmakter utfärdas först i samband med att en process inleds.

SKL Kommentus Inköpscentral AB

Fram till den 1 januari 2011 bedrev SKL Kommentus AB verksamhet bl.a. i form av att genomföra upphandlingar för kommuner och landstings räkning. Denna verksamhet har därefter övertagits av bolagets dotterbolag SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI). Moderbolaget ägs till 98 procent av SKL Företag AB, som i sin tur är helägt av Sveriges Kommuner och Landsting, och till 2 procent av 256 kommuner och landsting.

SKI har för avsikt att genomföra upphandlingar av ramavtal såsom inköpscentral enligt definitionen av detta begrepp i upp-

handlingslagstiftningen. Bolaget kommer företrädesvis att genomföra upphandlingar i eget namn men i viss utsträckning såsom ombud för kommuner och landsting. I den verksamhet som före den 1 januari 2011 bedrevs av SKL Kommentus AB förekom enstaka exempel på upphandlingar där bolaget agerade som ombud för en enda kommun eller ett enda landsting. SKI kommer däremot inte att agera ombud för en enstaka upphandlande myndighet.

SKI:s arbetsmetodik kommer att vara olika för upphandlingar som görs i eget namn respektive för upphandlingar där bolaget medverkar som ombud för kommuner och landsting.

Upphandlingar i eget namn

Arbetsmetodiken för SKI:s upphandling i eget namn kommer i huvudsak att baseras på en tidssatt upphandlingsplan. Denna är en tvåårig rullande plan över vilka ramavtalsområden som är aktuella för upphandling. Planen är avsedd att revideras årligen.

Inledningsvis ska upprättas en preliminär upphandlingsplan, baserad på inhämtade önskemål från kommuner, landsting, regioner och deras bolag (avropare). Som grund för upphandlingsplanen ligger avroparnas uppgifter om intresse att avropa, bedömd avropsvolym, tidpunkt för när ramavtal ska börja tillämpas och intresse att medverka i avtalsgrupp. Uppgifterna ska inhämtas i början av november varje år. En prioritering av avtalsområden görs av SKI utifrån avroparnas uppgifter.

Efter att den preliminära upphandlingsplanen upprättats kommer SKI att genomföra en marknadsanalys för att se om tillräcklig konkurrens kan erhållas inom de områden som omfattas av planen. Marknadsanalysen ska också innehålla en uppskattning av den potentiella leveransvolymen för att möjliggöra en ekonomisk bedömning av avtalsområdets bärighet.

I början av januari varje år ska upprättas en fastställd upphandlingsplan. Med denna som utgångspunkt organiseras en avtalsgrupp för varje upphandling. Avtalsgrupperna kommer att bestå av representanter för de avropare som meddelat att de vill delta. Grupperna kommer att delta aktivt i arbetet med förfrågningsunderlaget.

Förfrågningsunderlaget kommer att innehålla uppgift om uppskattad leveransvolym. Vidare anges de avropare som i upphandlingsplanen meddelat att de kommer att avropa från det kommande

ramavtalet. Det anges också alltid att samliga kommuner, landsting, regioner samt kommun- och landstingsägda bolag har rätt att avropa från det slutna ramavtalet i enlighet med reglerna i LOU och kan tillkomma senare.

Tilldelningsbeslut i upphandlingarna kommer att fattas av SKI och kommuniceras till avroparna då den s.k. avtalsspärren löpt ut och ramavtal ingåtts med valda leverantörer.

De avropare som avser att tillämpa ett ramavtal som ingåtts av SKI ska via företagets hemsida meddela detta samt godkänna SKI:s allmänna villkor för tillämpning av ramavtalet. Även avropare som upphör att tillämpa ett ramavtal ska meddela SKI via hemsidan.

För varje avtalsområde ska SKI organisera halvårsvisa uppföljningsmöten där avtalsgruppen deltar. Halvårsvisa uppföljningsmöten avseende tillämpningen av ramavtalen genomförs också med aktuella leverantörer.

Upphandlingar i andras namn

Tillvägagångssättet när SKL Kommentus AB genomförde samordnade upphandlingar som ombud för andra upphandlande myndigheter tog i huvudsak sin utgångspunkt i tidigare genomförda upphandlingar. Inför att ett befintligt avtal var på väg att löpa ut vidtogs förberedande åtgärder för att göra en ny upphandling. För SKI:s del kommer upphandlingar företrädesvis att genomföras i eget namn men i vissa fall bedöms det vara fördelaktigt att bolaget i stället uppträder som ombud. Ett ombudsförfarande medför att antalet deltagande upphandlande myndigheter står klart och därmed till att volymen av det som ska upphandlas kan anges någorlunda preciserat. På vissa områden, t.ex. vid upphandling av el, anges av bolaget att en preciserad volymangivelse har särskilt stor betydelse för möjligheterna att erhålla pressade priser.

Arbetsmetodiken vid SKI:s upphandlingar såsom ombud kan schematiskt beskrivas enligt följande. Efter en inledande förstudie av SKI avseende bl.a. behovet av upphandling, hur marknaden ser ut och av lönsamheten i en samordnad upphandling, tas ställning till om man ska gå vidare. En inbjudan skickas då från SKI till kommuner och landsting och andra kommunala aktörer om att delta i upphandlingen. Samtidigt skickas fullmaktsformulär till dessa. Från de upphandlande myndigheter som vill delta efterfrågas dels full-

makt för SKI att genomföra upphandlingen, dels rättegångsfullmakt.

I fullmakten att genomföra upphandlingen kan de upphandlande myndigheterna ange om de vill delta i en referensgrupp för upphandlingen. Samtliga upphandlande myndigheter som vill delta i referensgruppen får göra detta. Efter att SKI tagit fram ett utkast till förfrågningsunderlag ges referensgruppen möjligheter att lämna synpunkter på detta. Efter föredragning av SKI utvärderar referensgruppen också inkomna anbud.

En förlaga för tilldelningsbeslutet tas fram av SKI och sänds till de kommuner och landsting m.fl. för vars räkning upphandlingen genomförts. Efter att respektive upphandlande myndighet fattat tilldelningsbeslut sänds besluten till SKI, som därefter förmedlar dessa till leverantörerna i upphandlingen.

Många kommuner och landsting överlåter åt SKI att för deras räkning underteckna det ramavtal som upphandlingen leder fram till. Vissa kommuner och landsting överlåter dock inte avtalstecknandet.

Vissa synpunkter m.m.

SKI anser att det bör införas en möjlighet för kommuner och landsting att överföra rätt att fatta upphandlingsbeslut till andra.

I den del av verksamheten som innebär att SKI genomför upphandlingar i eget namn kommer bolaget inte att inhämta fullmakter från kommuner och landsting. Vidare kommer tilldelningsbeslut endast att fattas av SKI, som också ensam kommer att teckna avtal med vinnande leverantör eller leverantörer. Något administrativt merarbete som följd av att kommuner och landsting inte kan överlämna beslutanderätt till bolaget uppkommer därför inte.

En viss del av verksamheten kommer dock innebära att SKI genomför upphandlingar såsom ombud för kommuner och landsting. Bolaget kommer då att inhämta fullmakter från dessa kommuner och landsting om att dels genomföra upphandlingen för deras räkning, dels företräda dem i förvaltningsdomstol. Förfarandet med att ta in fullmakter om att genomföra en upphandling och rättegångsfullmakter tar ca tre månader i anspråk och är arbetskrävande. I många fall är ett flertal påminnelser nödvändiga för att fullmakterna ska ges in. Som följd av att kommunerna och landstingen inte kan överlämna beslutanderätt till bolaget måste dess-

utom tilldelningsbeslut fattas av varje kommun och landsting för sig. Att få in samtliga dessa beslut är – liksom att få in fullmakterna – både arbetskrävande och tidsödande. I jämförelse med att SKL Kommentus AB genomförde 20 upphandlingar under 2010 såsom ombud, uppskattar SKI att bolaget kommer att kunna genomföra 36–38 upphandlingar i eget namn under 2011. Skillnaden i antal beror på att upphandlingar i eget namn onödiggör administrationen kring att ta in fullmakter och tilldelningsbeslut från deltagande kommuner och landsting.

Sollentuna kommun

Endast en liten del av Sollentuna kommuns upphandling genomförs samordnat med andra närbelägna kommuner. På det sociala området har dock tagits beslut om sådan samverkan. I övrigt förekommer i enstaka fall att kommunen deltar i andra samordnade upphandlingar, t.ex. tillsammans med Stockholms läns landsting. Ett samarbete med övriga kranskommuner norr om Stockholm finns genom att Sollentuna kommun ingår i den s.k. NOFI-gruppen, som är ett nätverk för kommunernas upphandlingsansvariga.

I de fall samordnade upphandlingar genomförs med andra kommuner initieras de ofta inom ramen för nätverk mellan verksamhetschefer i kommunerna. Samarbetet kan innebära att kommunerna turas om att genomföra ett visst slags upphandling men är i huvudsak formlöst, det utfärdas exempelvis ingen formell fullmakt för genomförandet av upphandlingen. Så är dock fallet när kommunen deltar i andra större samordnade upphandlingar tillsammans med ett stort antal andra kommuner.

Under genomförandet, t.ex. inför anbudsutvärdering, sker samarbete inom ramen för en referensgrupp med representanter för de samverkande kommunerna. Den kommun som genomför upphandlingen upprättar en mall för tilldelningsbeslut men besluten i sig fattas av varje kommun för sig. Den samordnande kommunen översänder därefter tilldelningsbesked till anbudsgivarna.

Den kommun som genomför upphandlingen kan få fullmakt att företräda de övriga i en eventuell överprövningsprocess. Det förekommer att sådana fullmakter utfärdas redan vid inledandet en upphandling.

Sollentuna kommun genomför inte upphandlingar på uppdrag av en enstaka annan kommun och lämnar inte heller ensam sådana uppdrag till någon annan kommun.

Vissa synpunkter m.m.

Delegationsordningarna i en kommun kan innebära att tilldelningsbeslut måste fattas av en nämnd. I den mån så är fallet kan det medföra svårigheter att samordna beslutstidpunkterna när flera kommuner samverkar om en upphandling. En följd av detta är att det kan gälla olika sekretessnivåer för samma upphandling i olika kommuner, beroende på om tilldelningsbeslut fattats eller ej. Praktiskt kan problematiken lösas genom att delegation för den enskilda upphandlingen sker till en anställd. Men olikformigheten kan undvikas om det införs en möjlighet att överföra kommunal beslutanderätt i upphandlingar till den aktör som genomför samordnade upphandlingar.

Telge Inköp AB

Telge Inköp AB är ett av flera helägda dotterbolag till Telge AB, som i sin tur är helägt av Södertälje kommun. Telge Inköp AB:s verksamhet avser att samordna och genomföra upphandlingar för kommunens förvaltningar och för de andra bolagen i Telgekoncernen.

Telge Inköp AB har genom sitt uppdrag en ständig fullmakt att genomföra upphandlingar för kommunens och de andra bolagens räkning. Detta inbegriper att fatta tilldelningsbeslut för övriga bolag men inte för kommunen. Det är dock Telge Inköp AB som meddelar anbudsgivarna om de tilldelningsbeslut som fattats.

Bolaget genomför upphandlingsuppdrag även för Nykvarns och Salems kommuner. Oftast är det i dessa fall fråga om upphandling som genomförs samordnat även för Södertälje kommun och övriga bolag i Telgekoncernen. Fullmakt från Nykvarns och Salems kommuner lämnas till Telge Inköp AB att genomföra aktuell upphandling, fränsett att fatta tilldelningsbeslut och att teckna avtal. Telge Inköp AB meddelar anbudsgivarna om de tilldelningsbeslut som fattats.

Om en överprövningsprocess inleds ges Telge Inköp AB regelmässigt fullmakt från berörda kommuner eller bolag i Telge-koncernen att företräda dem i processen.

Vissa synpunkter m.m.

En möjlighet för kommuner och landsting att överföra beslutanderätt i upphandlingar till andra kan vara till störst nytta för större inköpscentraler. Att Telge Inköp AB inte kan fatta tilldelningsbeslut för bl.a. Södertälje kommuns räkning är inte något större problem eftersom det finns klara rutiner för hanteringen. Förfarandet innebär dock en extra administration.

En överföring av beslutanderätt som innebär att ansvaret också överförs, skulle kunna vara problematisk att hantera för Telge Inköp AB.

30.2 Upphandlingsuppdrag från enskilda kommuner eller landsting

Utredningens bedömning: Frånsett samordnad upphandling förekommer det att vissa kommuner överlåter till någon annan att upphandla för deras räkning. För många kommuner och för landstingen torde sådan överlåtelse inte förekomma alls.

Som angetts inledningsvis i kapitlet ska OFUKI-utredningen undersöka i vilken utsträckning kommuner och landsting, utöver samordnade upphandlingar, överlåter till någon annan att upphandla för deras räkning. Inom ramen för utredningens uppdrag har det inte varit aktuellt att göra en fullständig undersökning av detta. Utredningen har i stället sökt få en bild av förekomsten genom främst de möten som utredningen haft med företrädare för vissa kommuner och andra upphandlingsorganisationer. Vad som därvid framkommit har redovisats i avsnitt 30.1.

Sammantaget konstaterar OFUKI-utredningen att det inte finns något entydigt svar på frågan om i vad mån det förekommer att en enskild kommun eller ett enskild landsting överlåter till någon annan att upphandla för dess räkning. 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. Så är fallet för Göteborgs kommun, som delvis bedriver upphandlingsverksamhet genom Göteborgs Stads Upphandlings AB. Största delen av bolagets verksamhet avser att ingå ramavtal i eget namn för att användas av Göteborgs kommun och kommunens andra bolag samt av de närliggande kommuner m.m. med vilka samarbetsavtal finns och som före upphandlingen anmält intresse av att använda avtalet. I mindre omfattning avser verksamheten att medverka i upphandlingar som genomförs av enskilda upphandlande myndigheter inom Göteborgs kommun.

Även Telge Inköp AB genomför upphandlingar på uppdrag av sin ägarkommun (Södertälje kommun) och andra bolag som ägs av kommunen (bolag som ingår i Telge-koncernen). Till viss del genomför bolaget också upphandlingar på uppdrag av Nykvarns eller Salems kommuner. I dessa fall kan det bli fråga om att genomföra samordnad upphandling med Södertälje kommun men inte alltid. Uppdrag från enstaka kommuner (ägarna) har vidare utgjort en stor del av verksamheten för Kommunupphandling Syd AB.

Ett annat exempel där flera kommuners upphandlingsverksamhet (med vissa undantag) har överförs till en aktör är Kommunalförbundet Inköp Gävleborg. Medlemmar i förbundet är Bollnäs, Gävle, Hofors, Hudiksvalls, Ljusdals, Nordanstigs, Ockelbo, Ovanåkers, Söderhamns och Älvkarleby kommuner. Kommunalförbundet har övertagit kommunernas ansvar för upphandlingsverksamheten utom för byggtreprenader, vissa tjänster och direktupphandling. Ytterligare ett exempel är att samtliga kommuner i Jämtlands län samarbetar om upphandling i en gemensam nämnd, för vilken Östersunds kommun är värd. Förutom att nämnden upphandlar gemensamma avtal för varor och tjänster, kan den genomföra kommunspecifika upphandlingar.

Såvitt OFUKI-utredningen erfarit torde den varierande förekomsten av att enskilda kommuner överlåter åt någon annan att upphandla för deras räkning främst kunna förklaras utifrån två förhållanden. Dessa är hur upphandlingsverksamheten organiserats och i vad mån erforderlig kompetens att genomföra en viss upp-

handling eller upphandlingar av ett visst slag finns inom den egna organisationen.

31 Behov av reglering

En kommun eller ett landsting kan överlämna åt ett annat organ, t.ex. ett kommunalförbund, att ombesörja hela eller delar av den egna upphandlingsverksamheten men kan också ta hjälp av andra aktörer med enskilda upphandlingar. Dessa aktörer kan vara inköpscentraler, som då antingen har rollen att teckna ramavtal i eget namn eller att medverka i en upphandling såsom ombud för den kommun eller det landsting som anlitat centralen. Det är också möjligt för kommuner och landsting att anlita andra än inköpscentraler för hjälp med enskilda upphandlingar.

I detta kapitel behandlas frågan om det för dessa situationer bör införas en möjlighet för kommuner och landsting att överföra beslutanderätt avseende upphandlingsbeslut till andra. Inledningsvis görs en avgränsning av frågeställningen utifrån ett kommunalrättsligt perspektiv.

31.1 Avgränsning ur ett kommunalrättsligt perspektiv

OFUKI-utredningen har i avsnitt 29.4.2 bedömt att det inte torde vara kommunalrättsligt möjligt för en kommun eller ett landsting att överlåta åt någon annan att fatta tilldelningsbeslut i ett upphandlingsärende. För genomförandet av förberedande och verkställande åtgärder i en upphandling bedömer utredningen att det däremot kan finnas rättsliga förutsättningar att ta hjälp av ett befullmäktigt ombud.

Mot denna bakgrund konstaterar utredningen att en kommun eller ett landsting inte fullt ut kan ta hjälp av ett utomstående organ för genomförandet av en enskild upphandling. Slutsatsen ger dock endast uttryck för en huvudregel. Beroende på hur upphandlingsfunktionen organiserats finns nämligen vissa fall då kommuner och landsting kan ta extern hjälp med enskilda eller samordnade upp-

handlingar utan att själva behöva fatta tilldelningsbeslut eller vidta några andra åtgärder. Det är också möjligt att anlita inköpscentraler för ingående av ramavtal på sådant sätt att centralen genomför upphandlingen i sin helhet.

I det följande beskrivs olika sätt för kommuner och landsting att genomföra upphandlingar med hjälp av externa aktörer. Vidare behandlas i vilka av dessa förfaranden som det ur ett kommunalrättsligt perspektiv kan finnas behov för dem att överlåta beslutanderätt m.m.

31.1.1 Överlämnande åt annan att ombesörja upphandling

Utredningens bedömning: När en kommun eller ett landsting överlämnar åt ett utomstående organ, t.ex. ett kommunalförbund, att ombesörja upphandlingsverksamhet saknas behov av att också kunna överlämna beslutanderätt avseende enskilda upphandlingar inom denna verksamhet.

Om t.ex. flera kommuner önskar ett fast samarbete om viss eller all upphandling är det möjligt för dem att bilda ett kommunalförbund och lämna över hanteringen av upphandlingar till förbundet (se avsnitt 8.1). Det är också möjligt för dem att samverka om upphandlingar i en gemensam nämnd (se avsnitt 8.2). Ytterligare ett sätt att samarbeta om upphandlingar är att överlämna åt ett kommunalt företag, t.ex. ett gemensamt aktiebolag, att ombesörja upphandlingar (se avsnitt 9.4). Även en enskild kommun eller ett enskild landsting kan överlämna åt ett eget kommunalt företag att hantera kommunens eller landstingets upphandlingar.

Överlämnandet av den kommunala uppgiften att genomföra viss eller all upphandling till ett kommunalförbund eller ett kommunalt företag innebär att det organisatoriskt är detta externa organ som både fattar beslut om att enskilda upphandlingar ska genomföras och som genomför dessa i sin helhet. Det innebär bl.a. att det är förbundet eller företaget som fattar alla beslut under upphandlingen, t.ex. tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § eller 15 kap. 19 § LOU respektive LUF, och som undertecknar det kontrakt eller ramavtal som kan bli resultatet av upphandlingen. Det saknas alltså kommunalrättsligt behov av att de kommuner eller landsting som samverkar genom förbundet eller företaget fattar egna beslut eller

vidtar andra åtgärder i den enskilda upphandlingen, t.ex. lämnar fullmakt till samverkansorganet att agera för deras räkning. Erforderligt beslut har nämligen fattats redan genom att upphandlingsfunktionen överlämnats åt det externa organet. En annan sak är att inledandet av en upphandling torde förutsätta ett nära samarbete mellan det externa organet och de kommuner eller landsting vars behov upphandlingen ska täcka.

Situationen är likartad då en gemensam nämnd genomför upphandlingar åt de samverkande kommunerna eller landstingen. Även i dessa fall är det samverkansorganet, dvs. nämnden, som både fattar beslut om att enskilda upphandlingar ska genomföras och som genomför dessa i sin helhet.

Ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv kan en hantering av upphandlingar via ett kommunalförbund, en gemensam nämnd eller ett kommunalt företag omfattas av reglerna om inköpscentraler i upphandlingslagstiftningen eller av det temporära i house-undantaget enligt 2 kap. 10 a § LOU respektive OFUKI-utredningens förslag till permanent sådant undantag. Även reglerna om s.k. anknutna företag i LUF kan vara tillämpliga. I dessa fall behövs ingen upphandling av de eventuella tjänster som erhålls från förbundet, nämnden eller företaget. Omständigheterna i det enskilda fallet är avgörande för om upphandling är nödvändig.

31.1.2 Anlitande av annan för enskilda upphandlingar

Utredningens bedömning: För anlitande av en inköpscentral i en sådan situation som omfattas av 2 kap. 9 a § 1 LOU eller LUF (ramavtalsfallet) saknas behov av bestämmelser som möjliggör för en kommun eller ett landsting att överlämna beslutanderätt till centralen. Sådant behov kan däremot finnas vid anlitande av en inköpscentral som omfattas av 2 kap. 9 a § 2 LOU eller LUF (ombudsfallet) eller då hjälp med en enskild upphandling tas av någon som inte är inköpscentral.

I stället för att t.ex. grannkommuner samverkar om upphandlingar på så sätt att *upphandlingsverksamheten överlämnas* till ett kommunalförbund eller ett kommunalt företag eller samordnas i en gemensam nämnd, kan samarbete också ske i *enskilda samordnade upphandlingar*. Sådant samarbete, som torde vara mest förekom-

mande, kan t.ex. ta formen av att en av kommunerna åtar sig att administrera genomförandet av en upphandling även för övriga kommuners del. Upphandlingen kan även genomföras genom att de samverkande kommunerna anlitar ett fristående organ för att hantera samordningen. Det är naturligtvis också möjligt för en enskilda kommun eller ett enskilda landsting att anlita någon annans tjänster för en enskild upphandling. Det kan vara fråga om att ta hjälp av ett eget aktiebolag eller något annat företag.

Samarbetet som nu avses kan vara uppbyggt i mer eller mindre fasta former, men avser alltså enskilda upphandlingar, dvs. inte sådana fall då upphandlingsverksamheten i sig helt eller delvis överlämnats till ett visst samarbetsorgan (jfr föregående avsnitt).

I enlighet med det som anförts inledningsvis i avsnitt 31.1, är utgångspunkten ur ett kommunalrättsligt perspektiv att en kommun eller ett landsting inte fullt ut kan ta hjälp av ett utomstående organ för genomförandet av en enskild upphandling. En upphandlande myndighet eller enhet som genomför en upphandling ska fatta tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § eller 15 kap. 19 § LOU respektive LUF. Sådant beslutsfattande torde inte kunna överlåtas åt någon extern aktör (se avsnitt 29.4.2).

Situationen är dock en annan då den externa aktören är en inköpscentral med uppdrag att ingå ramavtal i eget namn enligt 2 kap. 9 a § 1 LOU eller LUF. En inköpscentral som har denna roll har själv ansvar för hela upphandlingsförfarandet, inklusive att fatta tilldelningsbeslut (se avsnitt 28.1.4). Det saknas då såväl förutsättningar som behov för de kommuner och landsting som anlitar inköpscentralen att själva fatta beslut om tilldelningen liksom att vidta andra åtgärder i upphandlingen. Överlämnande av beslutanderätt har i stället skett redan genom anlitaandet.

Kommuner och landsting som i stället anlitar en inköpscentral för att medverka i en upphandling som ombud enligt 2 kap. 9 a § 2 LOU eller LUF, måste däremot själva fatta egna tilldelningsbeslut. Visserligen hindrar inte upphandlingslagstiftningen att inköpscentralen ges i uppdrag att vidta samtliga åtgärder (se avsnitt 28.1.5), men kommunalrätten medger inte detta. Kommunrätten har samma innebörd i sådana fall då en kommun eller ett landsting tar hjälp av en utomstående aktör som inte är en inköpscentral.

Ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv kan anlitaandet av en utomstående aktör vara undantaget upphandlingsskyldighet enligt reglerna om inköpscentraler eller enligt det temporära in house-undantaget i 2 kap. 10 a § LOU respektive OFUKI-utredningens

förslag till permanent sådant undantag. Även reglerna om s.k. anknutna företag i LUF kan vara tillämpliga. Omständigheterna i det enskilda fallet är avgörande för om upphandling är nödvändig.

31.2 Överföring av beslutanderätt till inköpscentraler som är ombud

I detta avsnitt behandlas om det bör införas en kommunalrättslig möjlighet för kommuner och landsting att överföra beslutanderätt avseende upphandlingsbeslut till sådana upphandlande myndigheter som är inköpscentraler i den mening som avses i LOU och LUF. En utgångspunkt är OFUKI-utredningens bedömning i föregående avsnitt, dvs. att det endast kan finnas behov av att överföra beslutanderätt i de fall inköpscentralen har rollen av ombud. När inköpscentralens roll i stället är att ingå ramavtal i eget namn saknas anledning för t.ex. en kommun som anlitar centralen att fatta ett eget tilldelningsbeslut. Därmed finns inte heller anledning att överväga en bestämmelse om beslutanderättsöverföring för dessa situationer.

Argumenten beträffande en bestämmelse om överföring av beslutanderätt i ombudsfallen innefattar bl.a. att nuvarande reglering ger upphov till onödig administration. Vissa aspekter avseende enhetlighet i regelverket är också av betydelse, liksom i vad mån en bestämmelse kan påverka konkurrensen.

31.2.1 Administrativt merarbete

Administration för kommuner och landsting m.fl.

I OFUKI-utredningens tilläggsdirektiv anges att de problem som har framhållits med avsaknaden av en delegationsmöjlighet vid samordnad upphandling är att denna ordning bl.a. innebär ett administrativt merarbete för kommunerna, landstingen och samordnaren (se även Ds 2004:37, s. 32, och Statskontorets rapport 2008:108, s. 36). Tilldelningsbeslutet måste t.ex. fattas av alla de deltagande kommunerna och landstingen i likalydande versioner för att sedan skickas in till samordnaren som har att hantera alla besluten.

Som närmare beskrivits i avsnitt 30.1 har OFUKI-utredningen träffat företrädare för några kommuner och vissa andra aktörer på upphandlingsområdet, bl.a. i syfte att få information om hur de genomför samordnade upphandlingar. Vid dessa möten har företrädarna bekräftat att det uppkommer administrativt merarbete vid samordnade upphandlingar som följd av att kommuner och landsting inte kan överlämna beslutanderätt till andra. Merarbetet uppkommer både för den som samordnar upphandlingar såsom ombud och för ombudets huvudmän. Merarbetet har dock beskrivits ha olika stor omfattning och betydelse, bl.a. utifrån samarbetets utformning och antalet kommuner och landsting som deltar i samordningen.

För aktörer som samordnar upphandlingar i egenskap av ombud för ett mycket stort antal kommuner eller landsting synes merarbetet ha en sådan dignitet att det kan påverka antalet upphandlingar som kan genomföras under en viss tidsperiod. Detta torde särskilt ha gällt för den verksamhet som fram till den 31 december 2010 bedrevs av SKL Kommentus AB. SKL Kommentus Inköpscentral AB, som övertagit verksamheten, avser däremot att företrädesvis upphandla i eget namn. Denna förändring medför i sig en minskad administration som är oberoende av om det införs en möjlighet för kommuner och landsting att överlämna beslutanderätt till andra (se avsnitt 31.1.2 och 28.1.4).

När samordnad upphandling genomförs i mindre grupperingar av kommuner och landsting och utifrån fasta rutiner synes det administrativa merarbetet däremot ha en liten betydelse. Som exempel kan nämnas vad som framkommit om det upphandlings-samarbete som leds av Lunds kommun och om det samarbete som förekommit genom Kommunupphandling Syd AB.

Administration för leverantörer

I OFUKI-utredningens tilläggsdirektiv anges att en påpekad följd av dagens reglering är att en leverantör kan bli tvungen att hantera ett potentiellt mycket stort antal tilldelningsbeslut när den vill angripa en samordnad upphandling (se även Statskontorets rapport 2008:108, s. 36).

Som beskrivits i avsnitt 28.1.6 kan det uppkomma vissa processuella aspekter av att en inköpscentral anlitas som ombud av t.ex. flera kommuner för att genomföra en samordnad upphand-

ling. En leverantör som vill ansöka om överprövning av upphandlingen kan i princip behöva föra talan i flera domstolar, beroende på om kommunerna är belägna i olika domkretsar. Detta förhållande beror dock på regleringen av inköpscentraler liksom på att huvudmannen är ansvarig för de åtgärder som utförts av ett ombud och därmed är den aktör mot vilken talan ska föras. Att det enligt dagens regelverk saknas möjlighet för kommuner och landsting att överföra beslutanderätten i upphandlingsärenden till ett ombud påverkar därför inte de processuella förutsättningarna för en missnöjd leverantör. Även om det möjliggörs för inköpscentralen att såsom ombud fatta tilldelningsbeslut för kommunernas räkning, kan det alltså i princip vara nödvändigt för en leverantör som vill ansöka om överprövning att göra detta i flera domstolar. En annan sak är att det i praktiken är tillräckligt att leverantören ger in sin ansökan till en av de behöriga domstolarna.

En upphandlande myndighet är skyldig att snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökande och anbudsgivare om de beslut som har fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt (9 kap. 9 § eller 15 kap. 19 § LOU respektive LUF). Underrättelsen ska bl.a. innehålla skälen för besluten. En motsvarande underrättelse ska lämnas när en upphandlande myndighet beslutar att avbryta en upphandling för vilken det har gått ut inbjudan att lämna anbud samt vid beslut att göra om upphandlingen.

När kommuner och landsting genomför samordnade upphandlingar genom ombud synes det regelmässigt vara ombudet som underrättar anbudsgivarna om de tilldelningsbeslut m.m. som fattats. Vid de möten som OFUKI-utredningen haft med företrädare för enskilda kommuner och andra aktörer som genomför upphandlingar har det inte i något fall framkommit att underrättelse görs av varje kommun eller landsting för sig. I praktiken förefaller det alltså vara så att underrättelser om tilldelningsbeslut till anbudsgivarna samordnas så att dessa endast får ett enda meddelande, även om varje kommun och landsting som deltar i den samordnade upphandlingen fattar var sitt beslut.

Även om det kan vara till fördel för anbudsgivarna om ett ombud samordnar underrättelsen om tilldelningsbeslut, kan samordningen också ge upphov till dröjsmål. I den mån tilldelningsbesluten fattas vid olika tidpunkter och ombudets underrättelse därför dröjer i förhållande till något eller flera av besluten, kan agerandet komma i konflikt med kravet på att underrättelse ska ske snarast möjligt (9 kap. 9 § eller 15 kap. 19 § LOU respektive LUF).

I vilken utsträckning sådana dröjsmål förekommer har inte framkommit inom ramen för OFUKI-utredningens arbete.

Sammantaget konstaterar OFUKI-utredningen att en samordnad upphandling generellt sett inte torde ge upphov till något administrativt merarbete för leverantörer endast som följd av att deltagande kommuner och landsting saknar möjlighet att överföra beslutanderätt till det ombud som genomför upphandlingen.

31.2.2 Vissa följder av ofullständig administrativ samordning

Som angetts i föregående avsnitt torde förfarandet i samordnade upphandlingar regelmässigt innebära att anbudsgivarna endast får en underrättelse om tilldelningsbeslut, trots att varje deltagande kommun och landsting fattar var sitt beslut. I den mån det ändå förekommer att varje kommun och landsting som deltar i en samordnad upphandling sänder en egen underrättelse om sitt tilldelningsbeslut till anbudsgivarna, kan det inträffa att dessa meddelanden sänds vid olika tidpunkter. Detta medför att den s.k. avtalsspärren inte löper samtidigt för samtliga kommuner och landsting. Tidpunkten för när de får ingå avtal, med verkan för bl.a. möjligheterna till överprövning, kan därmed vara olika (se bl.a. 16 kap. 6 och 11 §§ LOU).

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

31.2.3 Olika regler för likartade fall

Enligt regleringen om inköpscentraler i upphandlingslagstiftningen kan kommuner och landsting – under samma förutsättningar som andra upphandlande myndigheter och enheter – ta hjälp av sådana centraler i sin anskaffning av varor och tjänster etc. Att kommuner och landsting inte kan överlåta beslutanderätt till inköpscentraler är alltså inte ett resultat av upphandlingsrätten utan följer av kommunalrätten. I praktiken innebär emellertid begränsningen att

inköpscentraler inte kan anlitas på samma villkor av kommuner och landsting som av andra upphandlande myndigheter och enheter.

Denna skillnad i regelverket förstärks utifrån vad som gäller för kommunala företag som är upphandlande myndigheter eller enheter. I princip kan en kommun – i stället för att själv hantera en viss verksamhet – överlämna åt ett eget kommunalt företag att ombesörja denna, vilket innefattar att göra de inköp som kan behövas för verksamheten (vissa begränsningar finns, se avsnitt 9.4.1). För en viss upphandling kan ett sådant företag, liksom t.ex. en kommun eller ett landsting, ta hjälp av en inköpscentral som har rollen som ombud enligt 2 kap. 9 a § 2 LOU eller LUF. Till skillnad från kommuner och landsting, kan emellertid företaget då också överlämna till inköpscentralen att fatta beslut för företagets räkning. De kommunala företagen styrs nämligen inte av kommunalrättens begränsningar för användning av delegation och fullmakt (jfr avsnitt 23.3.1). Men om kommunen i stället själv hade bedrivit verksamheten och anlitat inköpscentralen för samma upphandling, skulle kommunen alltså inte ha kunnat överlämna sin beslutanderätt till centralen. Enligt OFUKI-utredningens mening framstår denna skillnad inte som sakligt motiverad.

31.2.4 Vissa kommunalrättsliga aspekter

Som angetts i avsnitt 29.2 och 29.3.2 kan vissa grundläggande förhållanden i det kommunalrättsliga systemet generellt förklara varför kommunalrätten som huvudregel inte medger extern delegation och inte heller användning av fullmaktsinstitutet för överlämnande av beslutanderätt. Sådana åtgärder skulle bl.a. kunna påverka möjligheterna till laglighetsprövning av kommunala beslut och även leda till att verksamhet undandras granskning av den kommunala revisionen. Vidare skulle de kunna medföra risk för åsidosättande av enskildas rätt att få ta del av allmänna handlingar hos kommuner och landsting.

Frågan kan då ställas om dessa förhållanden kan utgöra argument mot att införa en möjlighet för kommuner och landsting att överlämna beslutanderätt om möjligheten endast avser överlämnande till inköpscentraler i upphandlingsärenden. OFUKI-utredningen anser att så inte är fallet.

Vad gäller laglighetsprövning konstaterar utredningen att sådana beslut som bestämmelserna i LOU eller LUF är tillämpliga på över

huvud taget inte får överklagas enligt 10 kap. KL (16 kap. 3 § LOU och LUF). Att beslutanderätten för t.ex. en kommun överlämnas till en inköpscentral påverkar alltså inte möjligheterna till laglighetsprövning av de beslut som fattas i upphandlingen. Vidare påverkas inte heller möjligheterna för en missnöjd leverantör att ansöka om överprövning enligt upphandlingslagstiftningen.

Ett överlämnande av beslutanderätt från en kommun eller ett landsting till en inköpscentral skulle kunna innebära minskade möjligheter till egen kommunal revision. En inköpscentral som är ett eget kommunalt företag enligt 3 kap. 17 eller 18 § KL omfattas dock av den kommunala revisionen i enlighet med 9 kap. 9 § första stycket KL (se avsnitt 9.4.4). Själva överlämnandet av beslutanderätt omfattas därtill alltid av den egna kommunala revisionen, liksom eventuell återrapportering från inköpscentralen om fattade beslut. I mycket stor utsträckning torde det dessutom vara andra kommuner eller landsting som anlitas såsom inköpscentraler och som då för egen del är föremål för kommunal revision.

Enligt OFUKI-utredningens mening torde enskildas rätt att få ta del av allmänna handlingar inte heller begränsas av att t.ex. en kommun överlåter beslutanderätt till en inköpscentral. Som angetts torde det ofta vara andra kommuner eller landsting som anlitas såsom inköpscentraler. Förutsättningarna för att få del av allmänna handlingar minskar då inte genom ett överlämnande. Någon skillnad finns inte heller om inköpscentralen är en statlig myndighet eller ett sådant företag över vilket kommuner och landsting har ett rättsligt bestämmande inflytande enligt 2 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL. OFUKI-utredningen konstaterar att det knappast torde kunna förekomma att andra kommunala företag än sådana som kommuner och landsting har ett bestämmande inflytande över är inköpscentraler. Definitionen av begreppet offentligt styrda organ enligt 2 kap. 12 § LOU och LUF motsvarar nämligen i hög grad villkoren för när det finns ett rättsligt bestämmande inflytande enligt 2 kap. 3 § OSL (se avsnitt 2.2.2 och 26.1).

31.2.5 Konsekvenser för konkurrensen

I OFUKI-utredningens uppdrag ingår att belysa konkurrens-mässiga konsekvenser av en eventuell möjlighet till delegation av kommunala upphandlingsbeslut till utomstående. Framför allt ska detta belysas med avseende på små och medelstora företag.

En central frågeställning när det gäller vilken betydelse en möjlighet till beslutanderättsöverföring skulle kunna ha, är i vad mån konkurrensen berörs av att upphandlingar genomförs samordnat. Detta behandlas inledningsvis.

Samordnade upphandlingars betydelse för konkurrensen

I olika sammanhang brukar anges att samordnade upphandlingar leder till fördelar i form av bl.a. minskade kostnader för att genomföra upphandlingar och att ökade inköpsvolymerna kan medföra lägre priser. Nackdelar brukar bl.a. anges vara att samordnad upphandling under vissa omständigheter har skadlig konkurrenspåverkan och leder till sämre villkor för små och medelstora företag.

Av propositionen (se prop. 2009/10:180, Del 1, s. 260 ff.) till grund för regleringen om inköpscentraler framgår att vissa remissinstanser uttryckte farhågor om att en omfattande användning av inköpscentraler skulle kunna leda till stora inköpsvolymerna, vilket kan gynna de större företagen, men missgynna små och stora företag. Regeringen anförde bl.a. att det finns flera fördelar med att kunna samordna upphandlingar på det sätt som kan göras genom inköpscentraler. Men regeringen ansåg också att remissinstansernas farhågor måste beaktas och att koncentration av leverantörer eller till och med monopolisering måste förhindras. Regeringen anförde vidare att användningen av inköpscentraler inte bör få ske på så sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Snarare såg dock regeringen en möjlighet för inköpscentraler att mer medvetet än andra upphandlare kunna arbeta för att små och medelstora företag inkluderas. Regeringen anförde att inköpscentraler, som specialiserar sig på upphandling, kan ha bättre möjlighet att utveckla sina metoder än upphandlande myndigheter respektive enheter vars kärnverksamhet är något helt annat. Enligt regeringen kan det t.ex. handla om att dela upp stora kontrakt i mindre delar eller andra åtgärder inom ramen för vad upphandlingslagstiftningen tillåter för att främja små och medelstora företag.

I propositionen 2009/10:175 *Offentlig förvaltning för demokrati, delaktighet och tillväxt*, s. 94, uttalade regeringen sig bl.a. om betydelsen av statsförvaltningens inköpssamordning för små och medelstora företag. Regeringen angav som sin uppfattning att det givetvis är viktigt att mindre företags deltagande i offentlig upphandling främjas. Med en centraliserad organisation ökar emellertid, enligt regeringens mening, möjligheterna att vårda leverantörsmarknaden och se till att små och medelstora företag inte stängs ute från deltagande.

I propositionen till grund för regleringen om inköpscentraler (prop. 2009/10:180, s. 260 f.) återgavs vissa iakttagelser och bedömningar om den statliga inköpssamordningen som Statskontoret redovisat i rapporten 2009:12, *En effektivare statlig inköpssamordning – analys och förslag* (se nedan). Samordnade upphandlingar har också undersökts eller diskuterats i flera andra rapporter m.m., såväl före som efter införandet av regleringen om inköpscentraler.

Statskontoret

I Statskontorets rapport 2008:108, *Offentliga inköpscentraler i Sverige?*, beskrevs kortfattat på vilket sätt samordnade upphandlingar ur ett teoretiskt perspektiv kan ha betydelse för konkurrensen och för små och medelstora företag. Statskontoret anförde följande (s. 20 f.).

Syftet med LOU är att skapa förutsättningar för kostnadseffektiva inköp för den offentliga sektorn genom att dra nytta av konkurrens. Det finns risk att samordnad upphandling kan påverka konkurrensen negativt genom att försämra möjligheterna för små och medelstora företag att delta i offentlig upphandling. Eftersom antalet säljare på en marknad är en av de mest centrala bestämningsfaktorerna av konkurrens är detta i så fall en ogynnsam effekt. I en förlängning skulle samordnad upphandling kunna innebära mer koncentrerade leverantörsmarknader med högre priser, försämrad kvalitet och service etc. som följd – egenskaper som brukar förknippas med oligopol och monopolmarknader.

På teoretiska grunder är emellertid frågan mer komplicerad än så. Strukturen på en marknad, dvs. antalet säljare och fördelningen av marknadsandelar, bestäms av flera olika faktorer. Den kanske viktigaste bestämningsfaktorn är förekomsten av stor- och samproduktionsfördelar i produktionen. Det är ett faktum att marknadsstrukturen skiljer sig åt markant mellan olika marknader oavsett offentlig ingrepp som samordnad offentlig upphandling. Därtill kommer att konkurrensen på en marknad bestäms av flera faktorer än antalet

säljare. Exempelvis är värdet på en upphandling en faktor som påverkar konkurrensen: ju högre värde upphandlingen gäller desto hårdare är i allmänhet konkurrensen. Med andra ord, är samordnade upphandlingar som avser stora värden intressanta för marknadens aktörer, vilket bidrar till att skärpa konkurrensen.

Sammanfattningsvis går det inte att på enbart teoretiska grunder avgöra hur samordnad upphandling påverkar marknadsstruktur och konkurrens.

I rapporten konstaterade Statskontoret också att det saknades empiriska studier i Sverige av nyttan av den samordnade upphandlingen av ramavtal och dess marknadspåverkan.

I rapporten 2009:12, *En effektivare statlig inköpssamordning – analys och förslag*, redovisade Statskontoret vissa iakttagelser och bedömningar om den statliga inköpssamordningen. I denna rapport (se bl.a. s. 51 ff. och s. 98 ff. i rapporten, se även avsnitt 18.4 i detta betänkande) angav Statskontoret bl.a. att det under lång tid funnits en medvetenhet om att samordnade upphandlingar av den typ som förekommer i den statliga inköpssamordningen kan försvåra för mindre företag att delta, vilket i sin tur kan reducera antalet anbudsgivare och därmed konkurrensen. Statskontoret konstaterade dock att olika marknader har olika strukturer beroende på flera faktorer, varav stordriftsfördelar och efterfrågans storlek är centrala.

I frågan huruvida den samordnade upphandlingen stänger ute små och medelstora företag konstaterade Statskontoret att bilden inte är entydig. Statskontoret bedömde att det inte finns generell empirisk stöd för farhågan att mindre företag stängs ute från att delta i den statliga inköpssamordningen. Som grund för den slutsatsen angavs att över 70 procent av de knappt 700 företag som är leverantörer till den statliga inköpssamordningen är små eller medelstora företag. Vidare angavs att drygt 50 procent av leverantörerna sysselsätter färre än 50 personer samt att ett knappt 100-tal företag är s.k. mikroföretag, dvs. de har färre än tio anställda. Statskontoret anförde emellertid att variationerna mellan olika produktområden är stora. Inom vissa områden är det enligt Statskontoret endast små eller medelstora företag som är leverantörer medan det inom andra områden endast är stora företag som är leverantörer. Statskontoret angav att de mindre företagen svarar för en väsentligt mindre försäljningsmässig andel än deras andel av avtalen av de 700 ramavtalen.

Att bilden av den samordnade upphandlingens effekter inte är entydig återspeglas bl.a. i att Konkurrentverket i ett samrådsyttrande (bilaga 5 till rapporten) anförde bl.a. att det finns många indikationer på att rapportens ganska ljusa bild av situationen för de små företagen inte speglar de faktiska förhållandena.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (Danmark)

I danska Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens rapport *Effektivt offentligt indkøb* (Konkurrenceanalyse 03/2010, september 2010) presenteras resultaten av en undersökning av de danska offentliga inköpsens betydelse för konkurrensen. Om än rapporten är inriktad på danska förhållanden och inte endast på samordnad upphandling, redovisas vissa ekonomiska aspekter av mera allmängiltig betydelse. I dessa avseenden anges bl.a. följande (se bl.a. s. 7 ff.).

Utformningen av en ändamålsenlig offentlig upphandlingspolicy beror på de konkreta marknadsförhållandena inom enskilda områden och därvid på om en upphandlande myndighet tar i anspråk en stor andel av marknadsomsättningen såsom köpare. Av avgörande betydelse är därför att de upphandlande myndigheterna gör nödvändiga marknadsanalyser i samband med upphandling på olika områden.

Huruvida det är till fördel för konkurrensen att utforma en upphandlingspolicy som gynnar små och medelstora företag beror på de konkreta marknadsförhållandena. På marknader där små och medelstora företag är viktiga för konkurrensen bör upphandlingspolicy utformas så att sådana företag har möjlighet att lämna anbud. Det kan bl.a. betyda att det vid stora upphandlingar kan vara lämpligt att det är möjligt att lämna anbud såväl på delområden som på allt som upphandlingen gäller.

På områden där en upphandlande myndighet bara tar i anspråk en mindre del av den sammantagna marknadsomsättningen har den offentliga upphandlingen ingen betydelse för konkurrensen. Det gäller t.ex. på internationella marknader. På sådana områden kan en upphandlande myndighet utforma en upphandlingspolicy som endast tar sikte på att uppfylla myndighetens egna målsättningar. Sådana kan t.ex. avse besparingar, god miljöstandard, understödande av innovativa lösningar och kvalitetsförbättringar.

Fördelen med centraliserad upphandling är typiskt sett ytterligare besparingar. Nackdelarna är förlorad flexibilitet och risk för skadlig konkurrenspåverkan.

På områden där en upphandlande myndighet tar i anspråk en betydande del av marknadens utbud kan myndigheten utöva köparmakt, vilket får konsekvenser för marknaden på längre sikt. Det kan bl.a. gälla för tjänster som huvudsakligen omsätts på lokala marknader där en upphandlande myndighet, t.ex. en kommun, står för en betydande del av efterfrågan.

En upphandlande myndighet med köparmakt kan till en viss gräns använda denna för att uppnå lägre priser utan skadlig inverkan på konkurrensen. På marknader med stora dominerande säljare kommer det samhället till nytta att en upphandlande myndighet med en stark köparställning utnyttjar sin köparmakt.

Användning av köparmakt är skadlig om den leder till så låga marknadspriser att marknadens utbud försämras, till skada för andra köpare och samhället som helhet. Sådan försämring kan t.ex. vara sämre kvalitet, mindre differentiering av de tjänster som tillhandahålls och avsaknad av förnyelse. Användning av köparmakt är också problematisk om den leder till strukturella förändringar på längre sikt, t.ex. säljardominans, som skadar konkurrensen.

På områden där en upphandlande myndighet har köparmakt är det således nödvändigt att myndigheten utformar en upphandlingspolicy som tar hänsyn till möjliga långsiktiga konsekvenser på marknadens utveckling.

En ökad centralisering innebär att det kan uppkomma fler situationer där en upphandlande myndighet tar i anspråk en betydande del av den samlade marknadsomsättningen. Härigenom kommer den centrala upphandlingen att kunna utöva köparmakt med risk att skada konkurrensen.

På många stora upphandlingsområden motsvarar den offentliga upphandlingen endast en mindre del av den samlade marknadsomsättningen. Anledningen är att många tjänstemarknader är internationella, t.ex. stora delar av IT-området samt energiområdet.

Också på andra områden där marknaderna är nationella utgör enskilda upphandlande myndigheters inköp endast en mindre del av marknadsomsättningen, t.ex. på stora områden som tele- och datakommunikation och lokalvård. Det är på områden där marknaden är lokal som en enskild upphandlande myndighet kan ta i anspråk en betydande del av omsättningen. Det gäller t.ex. för viss bygg- och anläggning samt delar av persontransportområdet.

Konkurrensverkets uppdragsforskning

På uppdrag av Konkurrensverket har professorn Mats Bergman genomfört en empirisk undersökning av samordnade ramavtal. Resultatet av undersökningen redovisas i den nyligen publicerade rapporten *Samordnade ramavtal – en empirisk undersökning* (Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2010:5, se bl.a. s. 7 ff. och 84 ff.).

I rapporten konstateras att förespråkare av samordnade ramavtal menar att avtalen erbjuder betydande ekonomiska vinster, genom att transaktionskostnaderna minskar och genom att de större volymerna leder till mer fördelaktiga priser. Kritikerna, å andra sidan, menar att osäkerheten om vilken volym som faktiskt kommer att avropas driver upp kostnaderna, att samordningen kan leda till ökad koncentration på säljarsidan och därmed på sikt till högre priser, samt att samordningen gör att myndigheterna måste kompromissa med sina önskemål.

Utifrån ekonomiska aspekter anförs i rapporten bl.a. att samordning ger myndigheter möjlighet att utöva viss marknadsmakt gentemot svaga leverantörer eller, alternativt, att balansera starka säljares makt. I det senare fallet anges samordningen troligtvis vara till fördel. Men även beträffande det förra fallet anges att det är en del som talar för att köparmakt i en upphandlingssituation inte är skadlig. Eftersom den myndighet som administrerar ramavtalet – t.ex. Kammarkollegiet – per definition inte kontrollerar de köpande myndigheternas volymer kan köparmakten inte utövas på det klassiska och skadliga viset, dvs. genom att volymerna hålls tillbaka. I rapporten konstateras att i den mån det finns skadliga effekter av samordningen, så måste mekanismerna därför vara annorlunda. En tänkbar mekanism anges vara att stora inköpsvolymer på ett ineffektivt sätt koncentreras till en enda säljare, så att produktionskostnaderna onödigtvis drivs upp eller så att det sker en ineffektiv utslagning av alternativa leverantörer.

Den genomförda undersökningen har enligt rapporten inneburit att statliga samordnade ramavtal för 27 olika avtalsområden matchats mot och jämförts med andra typer av upphandlingar (knappt 100 upphandlingar, framför allt kommunala) avseende snarlika produkter.

Vad gäller resultatet av undersökningen anges sammanfattningsvis i rapporten bl.a. att det var svårt att jämföra uppnådda priser i de två kategorierna av upphandlingar men att en partiell prisjä-

förelse ändå var möjlig för sju avtalsområden. Jämförelsen visade enligt rapporten inte på ett signifikant lägre pris i de statliga avtalen, trots att värdet på dessa statliga avtal i medeltal var cirka tio gånger högre. Enligt rapporten var, om något, priset lägre i jämförelseupphandlingarna. Slutsatsen dras att studien således inte ger något stöd för att samordnade ramavtal pressar priserna. En förklaring anges kunna vara att volymerna även i kommunala upphandlingar är tillräckligt stora för att skalfördelarna ska ha planat ut.

Vad gäller förmodade nackdelar med samordnade ramavtal konstateras i rapporten att också de kan ifrågasättas. Att volymerna är obestämda anges visserligen kunna medföra högre kostnader än om de hade varit helt fasta. Men å andra sidan pekas på att de är osäkra just därför att efterfrågan och produkten har de egenskaper de har.

Att samordningen och den åtföljande marknadsmakten på köparsidan i sig är negativ, är enligt rapporten troligen inte heller ett stort problem i verkligheten. För det första konstateras att priserna inte verkar vara påtagligt lägre, vilket talar mot förekomsten av en betydande marknadsmakt. Att volymen är osäker, också för köparsidan, anges vara ett annat argument för att det kan vara svårt att utöva marknadsmakt, i varje fall på det traditionella sättet. I rapporten pekas på att den myndighet som samordnar ramavtalen inte kan styra inköpsvolymerna från de myndigheter som är anslutna till ramavtalet samt att minskning av inköpsvolymen är det traditionella sättet att utöva köparmakt.

Bedömningen görs att man möjligen kan tänka sig att koncentrationen på köparsidan i vissa fall kan leda till att produktionen på ett ineffektivt sätt koncentreras till en enda eller ett litet antal leverantörer. Detta torde dock enligt rapporten inte vara ett generellt fenomen, även om det kan tänkas uppstå i vissa situationer. Framför allt krävs det enligt rapporten att den offentliga sektorn står för en stor del av hela den efterfrågan som riktas mot branschen.

Som en övergripande slutsats anges i rapporten att ramavtal och samordning av ramavtal fyller en uppenbar plats i den offentliga anskaffningen samt att det vore alltför förenklat att ensidigt hävda att (samordnade) ramavtal är bra – eller dåliga. I stället måste användningen anpassas till situationen, produkten och köparens behov.

Företagarna

Organisationen Företagarna har i januari 2011 publicerat rapporten *Stora upphandlingar och små företag*. Rapporten syftar till att belysa hur stor andel av de svenska småföretagen som faktiskt avstår från att delta i offentlig upphandling av det primära skälet att upphandlingarna är för stora. Av rapporten framgår att små företag (1–49 anställda) som inte deltar i offentliga upphandlingar tillfrågats i en SIFO-undersökning om den viktigaste orsaken till att de inte deltar. Det vanligaste skälet var att upphandlingarna är för komplicerade och tar för lång tid (21 procent av de tillfrågade) och det näst vanligaste att upphandlingarna är för stora (15 procent av de tillfrågade, genomsnittligt för hela landet). Andelen svarande som ansåg att upphandlingarna är för stora varierade kraftigt mellan länen. Andelen uppgick exempelvis till 44 procent i Gotlands län, 36 procent i Uppsala län, 26 procent i Stockholms län, 8 procent i Västra Götalands län respektive 4 procent i Skåne län.

Betydelsen av en möjlighet att överföra beslutanderätt till andra

En bestämmelse som skapar möjlighet för kommuner och landsting att överlämna beslutanderätt till inköpscentraler i samordnade upphandlingar (ombudsfallet) påverkar direkt den administrativa hanteringen av sådana upphandlingar mellan inköpscentralen och dess uppdragsgivare. OFUKI-utredningen konstaterar att en sådan bestämmelse i sig inte har någon omedelbar betydelse för konkurrensen eller för små och medelstora företag. En indirekt betydelse kan däremot uppkomma om den förenklade administrationen, till följd av därmed frigjorda resurser eller ändrade incitament, leder till en ökning av den samordnade upphandlingen. Följderna är dock inte desamma för ökad samordnad upphandling *på bekostnad av enskilda upphandlingar* som för ökad samordnad upphandling *oberoende av enskilda upphandlingar*. Om minskad administration hos en inköpscentral möjliggör genomförandet av en samordnad upphandling av t.ex. vissa tjänster som annars skulle ha utförts i egen regi (eller inte alls) av de deltagande kommunerna eller landstingen, är detta enbart av godo för konkurrensen. En ökning av den samordnade upphandlingen på bekostnad av den enskilda upphandlingen kan däremot under vissa förutsättningar vara negativt för konkurrensen.

Frågan kan då ställas huruvida den omständigheten att kommuner och landsting i dagsläget inte kan överlämna beslutanderätt i upphandlingar till inköpscentraler påverkar förekomsten av samordnade upphandlingar.

Någon empiriskt underlag som kan läggas till grund för bedömningen torde inte finnas. Utifrån de möten som OFUKI-utredningen haft, bl.a. med SKL Kommentus Inköpscentral AB (se avsnitt 30.1), får dock antas att en viss ökning av antalet samordnade upphandlingar skulle kunna uppkomma om det införs en möjlighet att överföra beslutanderätt. Det kan inte uteslutas att en sådan ökning skulle kunna ske på bekostnad av antalet enskilda upphandlingar som genomförs av kommuner och landsting.

OFUKI-utredningen konstaterar dock att även om en möjlighet till överföring av beslutanderätt skulle ha en sådan betydelse, så är det inte därmed givet att konkurrensen eller små och medelstora företag påverkas. Utifrån de rapporter som behandlats ovan konstaterar utredningen att det inte är möjligt att göra en generell bedömning av den samordnade upphandlingens betydelse för konkurrensen och för små och medelstora företag. I vad mån negativa eller positiva effekter uppkommer beror bl.a. på förhållandena på olika marknader och på utformningen av upphandlingar i enskilda fall.

Det bör enligt OFUKI-utredningens mening också beaktas att en ökad samordning av upphandlingar kan ge förutsättningar för ökad specialisering av upphandlare och därmed förbättrade förutsättningar för bl.a. adekvata marknadsanalyser. I det sammanhanget kan erinras om regeringens ovan återgivna uttalanden i prop. 2009/10:180, Del 1, s. 261, om möjlighet för inköpscentraler att mer medvetet än andra upphandlare kunna arbeta för att små och medelstora företag inkluderas. Regeringen pekade även på att inköpscentraler, som specialiserar sig på upphandling, kan ha bättre möjlighet att utveckla sina metoder än upphandlande myndigheter respektive enheter vars kärnverksamhet är något helt annat. I prop. 2009/10:175, s. 94, anförde regeringen vidare, med avseende på den statliga inköpssamordningen, att en centraliserad organisation kommer att medföra ökade förutsättningar för kompetensutveckling och kompetensförsörjning.

Sammantaget bedömer OFUKI-utredningen att införandet av en möjlighet för kommuner och landsting att överföra beslutanderätt till inköpscentraler kan ha betydelse för konkurrensen och för små och medelstora företag. Det går dock inte att dra någon

generell slutsats om på vilka marknader en sådan påverkan kan uppkomma eller om i vad mån den har en positiv eller negativ effekt. Risken för att det uppkommer övervägande negativa konkurrens-effekter måste bedömas vara begränsad.

Det förtjänar framhållas att det är av stor vikt att upphandlande myndigheter och enheter tar sitt ansvar för att bidra till en god konkurrens och goda förutsättningar för små och medelstora företag, oavsett om de medverkar i samordnade upphandlingar eller genomför upphandlingar var för sig (jfr prop. 2009/10:175, s. 94). Vidare kan framhållas att behovet av att en noggrann marknadsanalys genomförs och läggs till grund för beslut om hur en upphandling ska genomföras generellt sett får anses vara större vid samordnad upphandling än vid enskild upphandling.

31.2.6 Kommuner och landsting bör ges möjlighet att överföra beslutanderätt till inköpscentraler som är ombud

Utredningens bedömning: Det bör införas en möjlighet för kommuner och landsting som för en viss upphandling anlitar en inköpscentral såsom ombud enligt 2 kap. 9 a § 2 LOU eller LUF att överföra rätten att fatta beslut i upphandlingsärendet till inköpscentralen.

Genom ikraftträdandet av regelverket om inköpscentraler den 15 juli 2010 bestämdes bl.a. de rättsliga förutsättningarna för anlitan av inköpscentraler med rollen att ingå ramavtal i eget namn. När kommuner och landsting anlitar en central som har denna roll saknas helt behov av att beslutanderätt överförs till centralen (se avsnitt 31.1.2). En följd av regelverket är därför att behovet av en möjlighet för kommuner och landsting att överföra sin beslutanderätt till aktörer som samordnar upphandlingar kan ha minskat i jämförelse med tiden före den 15 juli 2010 (jfr avsnitt 31.2.1). Utifrån de kontakter som OFUKI-utredningen haft med företrädare för aktörer på upphandlingsområdet, bedömer dock utredningen att den samordnade kommunala upphandlingen i hög grad kommer att genomföras av inköpscentraler vars roll är att medverka i upphandlingarna såsom ombud enligt 2 kap. 9 a § 2 LOU eller LUF. Bedömningen baseras främst på att samordnad upphandling i praktiken ofta genomförs av en kommun eller ett lands-

ting såsom ombud för flera andra kommuner eller landsting. I dessa fall kan den kommunalrättsliga lokaliseringssprincipen hindra eller komplicera att den samordnande kommunen eller landstinget i stället genomför upphandlingen i eget namn, eftersom kommunen eller landstinget då också bär hela ansvaret för upphandlingen. Enligt 2 kap. 1 § KL får kommuner och landsting själva ha hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar. Det är emellertid i princip inte tillåtet för exempelvis en kommun att försätta sig i en situation där den t.ex. skadeståndsrättsligt tagit på sig ansvaret för också andra kommuners angelägenheter (Ds 2004:37, s. 35, se även avsnitt 23.1.1).

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

En möjlighet att överlämna beslutanderätt kan visserligen ha betydelse för konkurrensen och för små och medelstora företag. Såväl positiva som negativa konkurrens effekter kan emellertid uppkomma beroende på bl.a. förhållandena på olika marknader och utformningen av upphandlingar i enskilda fall. Risken för att det uppkommer konkurrens effekter som är övervägande negativa måste bedömas vara liten. Vidare kan inte grunderna för det kommunalrättsliga systemet, som generellt kan motivera hinder mot överföring av kommunal beslutanderätt till andra, anses tala mot att beslutanderätt avseende upphandling överförs till inköpscentraler.

Mot denna bakgrund anser OFUKI-utredningen att kommuner och landsting som för en viss upphandling anlitar en inköpscentral såsom ombud enligt 2 kap. 9 a § 2 LOU eller LUF bör ges möjlighet att också överföra rätten att fatta beslut i upphandlingsärendet till inköpscentralen.

31.3 Överföring av beslutanderätt till andra än inköpscentraler

31.3.1 Överföring av beslutanderätt till fristående enheter som omfattas av in house-undantaget

Utredningens bedömning: Det bör inte införas möjlighet för en kommun eller ett landsting att överlämna beslutanderätten för en viss upphandling till en sådan fristående enhet som omfattas av in house-undantaget enligt EU-domstolens praxis och som, utan att vara inköpscentral enligt 2 kap. 9 a § LOU eller LUF, anlitas som ombud för genomförandet av upphandlingen.

Lagstiftningen hindrar inte att en kommun eller ett landsting tar hjälp av någon annan för genomförandet av en upphandling utan att medhjälparen är en inköpscentral i den mening som avses i LOU och LUF. Ett exempel på en sådan situation är att en kommun tar hjälp av ett eget kommunalt företag såsom ombud i en upphandling. Om upphandlingen inte genomförs samordnat för flera upphandlande myndigheter eller enheter, är det kommunala företaget inte en inköpscentral i det aktuella förfarandet. I vad mån företagets verksamhet i övrigt innebär medverkan i upphandlingar såsom inköpscentral saknar betydelse. Som angetts i avsnitt 28.1.2 är definitionen av begreppet inköpscentral knuten till medhjälparens roll i en enskild upphandling.

Situationen i exemplet omfattas inte av regleringen om inköpscentraler. Kommunens anskaffning av det kommunala företagets tjänster skulle ändå kunna vara undantagen upphandlingsskyldighet, om in house-undantaget är tillämpligt (se bl.a. avsnitt 28.2). Om kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda kan alltså kommunen anlita företaget för att genomföra en upphandling såsom ombud, utan att först upphandla företagets tjänster. I praktiken finns det då ingen skillnad i fråga om upphandlingsskyldighet jämfört med om företaget hade uppfyllt förutsättningarna för att vara en inköpscentral.

I avsnitt 32.2.6 har OFUKI-utredningen bedömt att det bör införas en möjlighet för kommuner och landsting att överföra rätten att fatta beslut i upphandlingsärenden till inköpscentraler som anlitas såsom ombud. Frågan kan då ställas om en sådan möjlighet också borde införas för sådana fall då ombudet är en

fristående enhet som omfattas av in house-undantaget men som inte är en inköpscentral.

I flera avseenden är argumenten likartade, men det finns också skillnader. I praktiken har hindret mot överföring av beslutanderätt till in house-företag samma innebörd som när det gäller inköpscentraler, dvs. att tilldelningsbeslut och andra beslut i upphandlingen måste fattas av den kommun eller det landsting för vars räkning upphandlingen genomförs. För en kommun som anlitar ett eget in house-företag för att genomföra en upphandling – liksom för detta företag – kan därmed uppkomma ett visst administrativt merarbete. Detta är dock av mindre omfattning än vid en samordnad upphandling då *flera* kommuner eller landsting anlitar en inköpscentral såsom ombud (jfr avsnitt 31.2.1). Någon risk för att tilldelningsbeslut fattas vid olika tidpunkter finns vidare inte (jfr avsnitt 31.2.2).

Förekomsten av att kommuner och landsting överlåter till in house-företag att upphandla för deras räkning, fränsett samordnade upphandlingar, varierar beroende på bl.a. hur upphandlingsverksamheten organiserats (se avsnitt 30.2). Mot den bakgrunden kan inte generellt bedömas i vilken utsträckning resurser skulle frigöras av att kommuner och landsting medgavs överföra beslutanderätt till in house-företag. Det kan dock inte uteslutas att det skulle uppkomma förutsättningar för genomförande av fler upphandlingsuppdrag än i dag. Om sådana tillkommande uppdrag skulle avse samordnad upphandling kan konkurrensen eller små och medelstora företag under vissa förutsättningar komma att påverkas (se avsnitt 31.2.5). En ökning som avser enskilda upphandlingsuppdrag torde däremot inte ha sådana effekter.

En särskild skillnad framträder vid jämförelse mellan grunderna för regleringen om inköpscentraler och för in house-undantaget. Bestämmelserna om inköpscentraler har i princip införts i syfte att möjliggöra samordnad upphandling. Utifrån det syftet kan det vara relevant att också underlätta den administration som förekommer vid samordnad upphandling. In house-undantaget har emellertid tillkommit utifrån en tolkning av kontraktsbegreppet i upphandlingsdirektiven. Undantaget medför att anskaffning kan göras från närstående företag m.m. utan upphandling men det har inte till syfte att ge förutsättningar för samordnad upphandling.

Sammantaget anser OFUKI-utredningen att nu angivna skäl talar mot att det bör införas en möjlighet för kommuner och lands-

ting att överlämna rätten att fatta upphandlingsbeslut till in house-företag som inte är inköpscentraler.

31.3.2 Överföring av beslutanderätt till andra som inte är inköpscentraler

Utredningens bedömning: Det bör inte införas möjlighet för en kommun eller ett landsting att överlämna beslutanderätten för en viss upphandling till ett privat företag som anlitas som ombud för genomförandet av upphandlingen. Beslutanderätten bör inte heller kunna överlämnas till någon annan som inte är inköpscentral.

Kommuner och landsting som har behov av hjälp med genomförandet av en upphandling kan inte endast anlita inköpscentraler eller fristående enheter som omfattas av in house-undantaget. Även andra aktörer kan anlitas. Dessa kan t.ex. vara privata företag eller offentliga företag från vilka anskaffning inte kan ske med stöd av in house-undantaget. En skillnad är att det i dessa fall är nödvändigt att först genomföra en upphandling av tjänsterna.

Det finns i viss mån argument som kan tala för att det bör införas möjlighet för kommuner och landsting att överlämna beslutanderätt till exempelvis privata företag som anlitas för att genomföra åtgärder i en viss upphandling. Dessa är dock betydligt svagare än motsvarande argument i fråga om inköpscentraler. Exempelvis bör möjligheterna till minskad administration ses i ljuset av den administration som ändå krävs, eftersom anlitaandet i sig av ett privat företag förutsätter upphandling. Vinsterna med att kunna överlåta beslutanderätt framstår redan av denna anledning som väsentligt mindre än i fallet då en inköpscentral anlitas som ombud. Utifrån de möten OFUKI-utredningen haft med företrädare för bl.a. enskilda kommuner och andra som genomför samordnade upphandlingar, får också antas att antalet fall där det skulle kunna finnas behov av att beslutanderätten överlåts till aktörer av nu aktuellt slag är litet. För flera eller ett flertal kommuners och landstings del torde det inte förekomma alls.

Principiellt kan ställas frågan om privata företag skulle missgynnas om kommunal beslutanderätt skulle kunna överföras till sådana upphandlande myndigheter som är inköpscentraler men inte

till privata företag med motsvarande roll. På likartat sätt som en inköpscentral kan ett privat företag, vars tjänster upphandlats, ha en samordnande funktion såsom ombud för flera upphandlande myndigheter.

Enligt OFUKI-utredningens mening bör frågan ses i ljuset av regleringen om inköpscentraler i EU:s upphandlingsdirektiv. Bestämmelserna är inriktade på att möjliggöra viss sådan samordnad upphandling som innebär att en *upphandlande myndighet* anlitas som samordnande aktör (inköpscentral), genom att tillåta att dess tjänster inte behöver upphandlas. Bestämmelserna medger däremot inte att ett *privat företag* anlitas på motsvarande sätt, utan att företagets tjänster först upphandlas. Det finns alltså redan härigenom en skillnad ifråga om förutsättningarna för offentliga organ som är inköpscentraler och privata företag som har motsvarande funktion. En svensk bestämmelse som möjliggör för kommuner och landsting att överlämna beslutanderätt till inköpscentraler kan administrativt förenkla genomförandet av samordnade upphandlingar. Enligt OFUKI-utredningens mening kan den däremot inte på ett otillbörligt sätt anses missgynna privata företag som har motsvarande funktion utöver vad som redan följer av regleringen om inköpscentraler.

Enligt OFUKI-utredningens mening bör det alltså inte införas någon möjlighet för en kommun eller ett landsting att överlämna beslutanderätt till privata företag eller till andra som inte är inköpscentraler.

32 Utformning av regleringen

I detta kapitel återges OFUKI-utredningens överväganden och förslag när det gäller den närmare utformningen av bestämmelser som möjliggör för en kommun eller ett landsting, som för en viss upphandling anlitar en inköpscentral såsom ombud, att överlämna beslutanderätt avseende upphandlingen till inköpscentralen. En särskild frågeställning är om överlämnandet av beslutanderätt skulle kunna åstadkommas genom delegation utan att inköpscentralens roll som ombud därigenom förts.

32.1 Rättslig metod för överföring av beslutanderätt

32.1.1 Överföring bör ske genom delegation

Utredningens bedömning: Överföring av beslutanderätt från en kommun eller ett landsting vid anlitan av en inköpscentral bör ske genom delegation.

De befintliga reglerna i kommunalrätten om överföring av beslutanderätt från överordnade organ till underlydande organ eller till anställda innebär att överföringen, när den är tillåten, ska ske genom delegation. Detta gäller både intern och extern överföring av beslutanderätt (se avsnitt 29.1 och 29.2). Möjligheterna till överföring av kompetens genom fullmakt torde inte omfatta beslut i KL:s mening, t.ex. tilldelningsbeslut i en upphandling (se avsnitt 29.4.2). OFUKI-utredningen anser mot denna bakgrund att utgångspunkten bör vara att överlämnande av kommunal beslutanderätt vid anlitan av en inköpscentral ska ske genom kommunalrättslig delegation, inte genom användning av det civilrättsliga fullmaktsinstitutet.

En avgörande frågeställning är dock om en delegationsbestämmelse skulle vara oförenlig med regleringen om inköpscentraler. Denna reglering innebär att en upphandlande myndighet eller enhet kan anlita en inköpscentralers tjänster avseende upphandling utan att dessa tjänster i sig först måste upphandlas (4 kap. 22 § LOU och 4 kap. 4 § LUF, se även avsnitt 28.1.1). En förutsättning är att den aktör som anlitas uppfyller kraven för att vara en inköpscentral enligt definitionen av detta begrepp (2 kap. 9 a § LOU och LUF). I ombudsfaller måste det alltså vara fråga om en upphandlande myndighet som medverkar i en upphandling i egenskap av *ombud* för flera upphandlande myndigheter eller enheter (samma paragrafer, punkt 2). En upphandlande myndighet som medverkar i en annan egenskap än som ombud är alltså inte en inköpscentral.

Ett exempel kan illustrera problematiken. Antag att en kommun för en viss upphandling anlitar en annan upphandlande myndighet för att agera inköpscentral såsom ombud (flera andra kommuner anlitar myndigheten på samma sätt). Antag vidare att kommunen skulle delegera sin beslutanderätt i upphandlingen till den anlitade upphandlande myndigheten. Kan då myndighetens ställning som delegat innebära att den inte kan ses som ombud för kommunen och därmed inte heller som inköpscentral?

OFUKI-utredningen konstaterar att upphandlingsdirektivens bestämmelser inte synes innebära någon begränsning i nu aktuellt avseende. En inköpscentral definieras enligt andra strecksatsen i artikel 1.10 i det klassiska direktivet som en upphandlande myndighet som genomför offentlig upphandling eller ingår ramavtal om byggtreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter. Bestämmelsen pekar alltså på vad inköpscentralen gör, inte på vilket sätt den erhållit uppdrag (motsvarande gäller enligt artikel 1.8 i försörjningsdirektivet). Något EU-rättsligt hinder för att relationen mellan en inköpscentral och en kommun eller ett landsting som anlitar centralen delvis baseras på delegation torde därför inte finnas. Eventuell problematik är i stället hänförlig till den svenska regleringen.

Några närmare klargöranden av vad som avses med begreppet ombud i 2 kap. 9 a § 2 LOU och LUF finns inte i förarbetena till bestämmelserna. Det får dock antas att det är fråga om en hänvisning till det civilrättsliga fullmaktsinstitutet, dvs. i princip att inköpscentralen ska ha fullmakt att företa åtgärder i den aktuella upphandlingen med rättslig verkan för fullmaktsgivaren (jfr 10 § första stycket avtalslagen och avsnitt 29.3.1). Syftet med använd-

ningen av begreppet har dock knappast varit att hindra att en inköpscentral som anlitas som ombud också ges beslutanderätt genom delegation. I propositionen till grund för bestämmelserna om inköpscentraler anförde regeringen i stället uttryckligen att den i det aktuella lagstiftningsärendet inte tog ställning till frågan beträffande kommuners och landstings möjlighet att delegera till någon annan att fatta tilldelningsbeslut (prop. 2009/10:180, s. 266 f.). I stället avsåg regeringen att återkomma i frågan.

Enligt OFUKI-utredningens mening bör en kommunalrättslig delegation av beslutanderätt i nu aktuella situationer inte betraktas isolerad utan ses tillsammans med förekomsten av en civilrättslig ombudsroll. Den möjlighet för en kommun eller ett landsting att överföra beslutanderätt som enligt utredningens mening bör införas är begränsad till situationer när kommunen eller landstinget, för en viss upphandling, anlitar en inköpscentral såsom ombud enligt 2 kap. 9 a § 2 LOU eller LUF. En överföring av beslutanderätt i en sådan situation, oavsett om överföringen sker i form av kommunalrättslig delegation eller i annan form, blir underordnad inköpscentralens uppdrag att medverka i upphandlingen såsom ombud. Den blir likaledes en oskiljaktig del av detta uppdrag i den meningen att en förutsättning för överföringen av beslutanderätt är att inköpscentralen ges ett uppdrag att medverka såsom ombud. En delegation av beslutanderätt blir alltså inte ett alternativ till ombudsuppdraget utan ett tillägg till detta. Särskilt kan i det avseendet pekas på att delegationen tar sikte på rätten att fatta beslut medan uppdraget såsom ombud tar sikte på andra åtgärder i genomförandet av upphandlingen, dvs. åtgärder som i kommunalrättslig mening är av förberedande eller verkställande karaktär.

En överföring av beslutanderätt genom delegation som sker på nu angivna villkor kan enligt OFUKI-utredningens mening inte förta förekomsten av ett ombudsuppdrag och därmed inte heller medföra att definitionen av begreppet inköpscentral inte skulle vara uppfylld.

En viss jämförelse kan göras med befintliga bestämmelser för extern kompetensöverföring. I t.ex. 26 kap. 7 § miljöbalken görs också åtskillnad på överföring som avser rätten att fatta beslut (kommunalrättslig delegation) respektive att vidta andra åtgärder (civilrättsligt avtal). Enligt första stycket i paragrafen får en kommun träffa *avtal* med en annan kommun om att *tillsynsuppgifter* som kommunen har enligt miljöbalken ska skötas helt eller delvis av den andra kommunen. Det kan t.ex. vara fråga om inspektioner

och mätningar. Kommunen får dock inte överlåta befogenheten att meddela beslut i ärendet med stöd av denna bestämmelse. *Delegation av beslutanderätt* kan däremot ske enligt andra stycket i paragrafen. Där anges att kommunen också efter överenskommelse med en annan kommun får uppdra åt anställda i den kommunen att besluta på kommunens vägnar i ett visst ärende eller en grupp av ärenden (undantag gäller för de fall som avses i 6 kap. 34 § KL).

OFUKI-utredningen gör således bedömningen att en upphandlande myndighet kan anses medverka vid en offentlig upphandling i egenskap av ombud åt flera upphandlande myndigheter – och därför ses som en inköpscentral enligt 2 kap. 9 a § 2 LOU – även om t.ex. alla huvudmännen är kommuner som, utöver att ge ombudsuppdrag, har delegerat sin beslutanderätt i upphandlingen till myndigheten. Utredningen gör samma bedömning beträffande 2 kap. 9 a § 2 LUF. En följd härav är att det i dessa fall inte gäller upphandlingsskyldighet för de tjänster som tillhandahålls av inköpscentralen för den aktuella upphandlingen, varken avseende beslutsfattande eller i övrigt (4 kap. 22 § LOU och 4 kap. 4 § LUF).

Överföring av beslutanderätt från en kommun eller ett landsting till en inköpscentral bör därför, i enlighet med den utgångspunkt som OFUKI-utredningen anfört inledningsvis i detta avsnitt, ske genom delegation.

32.1.2 Betydelse för ansvarsfördelningen

När upphandlingar genomförs av en inköpscentral i egenskap av ombud ligger ansvaret för att upphandlingslagstiftningen följs på de upphandlande myndigheter eller enheter som har anlitat inköpscentralen (se avsnitt 28.1.3). Att en kommun överför beslutanderätt genom delegation vid anlitande av en inköpscentral påverkar inte denna ansvarsfördelning (motsvarande gäller för extern delegation enligt 26 kap. 7 § miljöbalken och 3 kap. 12 § lagen (2003:778) om skydd mot olyckor, se prop. 2002/03:119, s. 112, och prop. 1995/96:167, s. 40). Beslut som fattas med stöd av delegation från en kommunal nämnd har i formell mening fattats av nämnden.

En annan sak är att det kan finnas behov av att inköpscentralen och dess huvudmän avtalsvis reglerar ansvarsfrågor sinsemellan. Ett sådant behov kan dock finnas oberoende av om beslutanderätt delegeras.

32.1.3 Betydelse för anbudsgivare

För en anbudsgivare i en upphandling som genomförs av en inköpscentral såsom ombud för flera kommuner eller landsting torde det sakna eller endast ha liten betydelse huruvida dessa delegerat sin beslutanderätt till centralen. Den huvudsakliga konsekvensen av en delegation är att inköpscentralen kan fatta ett enda tilldelningsbeslut för alla sina huvudmäns räkning i stället för att dessa fattar var sitt beslut. Även enligt dagens system torde emellertid regelmässigt gälla att endast en enda underrättelse om tilldelningsbeslut sänds till anbudsgivarna, efter samordning av inköpscentralen (se avsnitt 31.2.1). Att delegationen innebär att det saknas behov av en sådan samordning, som kan vara tidskrävande, leder dock till att upphandlingsförfarandet i viss mån kan gå snabbare. Detta får anses fördelaktigt för samtliga aktörer, dvs. även för anbudsgivare.

Att delegationen ger förutsättningar för inköpscentralen att fatta ett enda beslut saknar betydelse för en eventuell överprövningsprocess. Varje upphandlande myndighet eller enhet som har anlitat inköpscentralen anses i processuell mening ha genomfört var sin upphandling med inköpscentralen såsom ombud. Den närmare innebörden av detta har behandlats i avsnitt 28.1.6. En konsekvens är att en anbudsgivare som ifrågasätter upphandlingen kan behöva ge in ansökningar om överprövning till flera olika förvaltningsrätter.

Inte minst ur anbudsgivarnas perspektiv skulle överprövningsprocessen bli enklare om det vore möjligt för en missnöjd anbudsgivare att föra talan mot endast inköpscentralen, i stället för mot inköpscentralens huvudmän. Det är dock en grundläggande ordning i svensk processrätt att talan ska föras gentemot den part som kan åläggas att fullgöra något eller som annars är direkt berörd av de yrkade rättsverkningarna, dvs. inköpscentralens huvudmän i detta fall. Inom ramen för OFUKI-utredningens uppdrag saknas förutsättningar att överväga någon ändring av detta förhållande.

32.2 Regleringens innehåll

32.2.1 Vissa utgångspunkter

Överföring av beslutanderätt

I avsnitt 29.4.2 har OFUKI-utredningen gjort bedömningen att det kan finnas rättsliga förutsättningar för en kommun eller ett landsting att ta hjälp av ett befullmäktigt ombud med genomförandet av förberedande och verkställande åtgärder i en upphandling. Kommunalrätten uppställer alltså inget klart hinder för användning av fullmaktsinstitutet på det sätt som förekommer i nuvarande praxis bland kommuner och landsting i samordnade upphandlingar. Denna praxis innefattar bl.a. att uppdrag ges genom fullmakter som omfattar samtliga åtgärder i ett upphandlingsförfarande, utom tilldelningsbeslut. Mot denna bakgrund bedömer OFUKI-utredningen att det saknas behov av en reglering som möjliggör överföring av kompetens att vidta åtgärder av *förberedande eller verkställande karaktär* till en inköpscentral. Däremot bör införas en möjlighet till delegation av *beslutanderätt*. I enlighet med de bedömningar utredningen gjort ovan, bör alltså möjliggöras för kommuner och landsting att genom delegation överföra beslutanderätten avseende upphandling vid anlitan av inköpscentraler som ombud enligt 2 kap. 9 a § 2 LOU eller LUF (se särskilt avsnitt 31.2.6 och 32.1.1).

Andra bestämmelser om extern delegation

Enligt OFUKI-utredningens mening bör en delegationsbestämmelse avseende upphandlingsbeslut utformas med ledning av andra befintliga regler om extern delegation.

I 3 kap. 12 § andra stycket lagen (2003:778) om skydd mot olyckor ges förutsättningar för kommuner att delegera beslutanderätt i ärenden som gäller sådana uppgifter som kommunen har enligt lagen. Enligt bestämmelsen får en kommun efter överenskommelse med en annan kommun uppdra åt en anställd i den andra kommunen att besluta på kommunens vägnar i ett visst ärende eller en viss grupp av ärenden, dock inte i sådana ärenden som avses i 6 kap. 34 § KL. Vidare anges att bestämmelserna i 6 kap. 24–27 och 35 §§ KL om jäv och anmälan av beslut till nämnd ska tillämpas på den som fattar sådana beslut.

I huvudsak samma innehåll finns i bl.a. 26 kap. 7 § andra stycket miljöbalken och 14 § andra stycket livsmedelslagen (2006:804). En sådan regel gällde också tidigare enligt djurskyddslagen (1988:534) från den 1 juli 2005 till den 1 januari 2009 (den upphörde att gälla med anledning av att kommunernas ansvar för djurskyddsarbetet upphörde). I förarbetena till bestämmelsen i bl.a. djurskyddslagen anfördes att delegeringen till sin natur i princip inte skiljer sig från den delegering av beslutanderätt som en kommunal nämnd enligt KL:s bestämmelser har rätt att lämna till anställda i den egna kommunen (prop. 2004/05:72, s. 19).

Delegation av beslutanderätt från överförmyndarnämnder och överförmyndare regleras i 19 kap. 14 § föräldrabalken. Även denna bestämmelse möjliggör extern delegation men är inte utformad på samma sätt som bestämmelsen i t.ex. lagen om skydd mot olyckor. Av första stycket i paragrafen framgår att överförmyndarnämnden får uppdra åt en ledamot, en ersättare som har kallats till tjänstgöring eller en kommunal tjänsteman med den kompetens som behövs att på nämndens vägnar avgöra vissa grupper av ärenden. Nämnden ska i sitt beslut ange vilka slag av ärenden som uppdraget omfattar. Överförmyndaren får på motsvarande sätt uppdra åt en kommunal tjänsteman med den kompetens som behövs att avgöra ärenden på överförmyndarens vägnar.

Möjligheten att delegera beslutanderätt till en kommunal tjänsteman innebär att delegation kan ske såväl till den egna kommunens anställda som till tjänstemän i t.ex. grannkommuner (prop. 1993/94:251, s. 291).

I föräldrabalkens delegationsbestämmelse görs inte undantag för ärenden av visst slag genom hänvisning till 6 kap. 34 § KL men däremot anges vissa begränsningar direkt i paragrafen. Av andra stycket framgår att en framställning eller ett yttrande till kommunfullmäktige inte får beslutas på något annat sätt än av nämnden samfällt eller av överförmyndaren själv. Detsamma gäller beslut enligt 11 kap. 20 § föräldrabalken att entlediga eller skilja en god man eller förvaltare från uppdraget och beslut att häva avtal om sammanlevnad i oskiftat bo eller att förelägga vite.

Vissa särskilda regler finns även i 19 kap. 14 § tredje stycket föräldrabalken. Det anges där att om den som fått ett uppdrag som avses i första stycket finner att samtycke, tillstånd, förordnande, upphörande eller entledigande i ett visst fall inte bör meddelas eller beslutas, eller anser han eller hon frågan tveksam, så ska ärendet hänskjutas till nämnden eller överförmyndaren. Slutligen anges

också i tredje stycket att beslut i ett ärende enligt föräldrabalken vilket har fattats på grund av ett uppdrag som avses i första stycket inte behöver anmälas för nämnden eller för överförmyndaren. Sistnämnda regel, som avser både intern och extern delegation, har motiverats med att beslut med stöd av delegation torde komma att fattas i stor utsträckning (prop. 1974:142, s. 184).

Som beskrivits i avsnitt 29.2.1 finns även en bestämmelse om extern delegation i 6 kap. 3 § lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter. I huvudsak innebär den att en kommun eller ett landsting kan uppdra åt en arbetsgivarorganisation att reglera anställningsvillkoren för kommunens eller landstingets arbetstagare genom kollektivavtal. Bestämmelsen, som medger delegation av fullmäktiges beslutanderätt, ger även möjlighet för kommunen eller landstinget att överlåta åt en nämnd som handlägger frågor om arbetstagares anställningsvillkor att lämna ett sådant uppdrag.

Vid en jämförelse mellan bestämmelserna framträder både likheter och skillnader. Regleringarna i både t.ex. lagen om skydd mot olyckor och föräldrabalken innebär att delegation kan ske till *anställda* i andra kommuner (jfr 6 kap. 3 § lagen om vissa kommunala befogenheter som medger delegation till en *arbetsgivarorganisation*). I detta ligger bl.a. att delegation inte kan ske till någon i egenskap av förtroendevald (bl.a. prop. 1997/98:45, Del 2, s. 271). Motivet för denna begränsning synes vara att lagstiftaren inte bedömt att det funnits något särskilt behov av att kunna delegera till andra personer utanför kommunen (se prop. 1995/96:167, s. 40). Av betydelse skulle också kunna vara att en utgångspunkt varit att det lagstadgade ansvaret inte ska flyttas över från t.ex. en kommun till en annan (samma prop., s. 40). Att delegation sker till en anställd i en annan kommun innebär inte att arbetsgivarförhållandena ändras utan delegaten är fortfarande formellt sett anställd i den andra kommunen. I offentlighets- och sekretesshänseende kommer den anställde dock att betraktas som en del av den delegerande kommunen (jfr 2 kap. 5 § offentlighets- och sekretesslagen [2009:400], se även prop. 1995/96:167, s. 41, och prop. 2004/05, 72, s. 19).

En skillnad mellan bestämmelserna finns genom utpekandet av vems beslutanderätt som får delegeras. I bl.a. lagen om skydd mot olyckor är det *kommunen* som får lämna uppdrag att besluta *på kommunens vägnar* (så är fallet också enligt bestämmelsen i 6 kap. 3 § lagen om vissa kommunala befogenheter). I föräldrabalken är det i stället *överförmyndarnämnden eller överförmyndaren* som får

lämna uppdrag att besluta på *nämndens eller överförmyndarens vägnar*. OFUKI-utredningen konstaterar dock att det i praktiken inte kan vara något annat kommunalt organ än *den behöriga nämnden* som lämnar ett delegationsuppdrag enligt lagen om skydd mot olyckor. Kommunens uppgifter enligt denna lag ska nämligen utföras av en eller flera nämnder (3 kap. 11 §, jfr den motsvarande bestämmelsen i 26 kap. 3 § andra stycket miljöbalken). Att det är delegation av beslutanderätten för en kommunal nämnd som regleras följer också av hänvisningarna till bestämmelserna i 6 kap. KL.

Ytterligare en skillnad mellan de befintliga reglerna är att vidaredelegation endast torde vara tillåten enligt 6 kap. 3 § lagen om vissa kommunala befogenheter. När det gäller intern delegation finns enligt 6 kap. 37 § KL vissa möjligheter till vidaredelegation. Av bestämmelsen framgår att en nämnd som med stöd av 6 kap. 33 § KL uppdrar åt en förvaltningschef inom nämndens verksamhetsområde att fatta beslut, får överlåta åt förvaltningschefen att i sin tur uppdra åt en annan anställd inom kommunen eller landstinget att besluta i stället. De befintliga bestämmelserna om extern delegation i t.ex. lagen om skydd mot olyckor innehåller inga motsvarande regler och hänvisar inte heller till 6 kap. 37 § KL. OFUKI-utredningen bedömer att de därför inte torde tillåta vidaredelegation. Stöd för denna uppfattning finns också i förarbetena till miljöbalkens delegationsbestämmelse. I dessa anges att KL:s möjligheter att medge vidaredelegation enligt 6 kap. 37 § inte kan utnyttjas eftersom denna möjlighet förutsätter att nämnden delegerat till en förvaltningschef inom den egna nämndens verksamhetsområde (prop. 1995/96:167, s. 41). Dock konstateras i förarbetena att detta i praktiken inte torde utgöra något problem eftersom nämnden alltid kan delegera direkt till en viss anställd i den andra kommunen.

Som framgått ovan får extern delegation enligt t.ex. 3 kap. 12 § lagen om skydd mot olyckor inte avse sådana ärenden som avses i 6 kap. 34 § KL. I denna bestämmelse, som annars uppställer begränsningar för intern delegation enligt 6 kap. 33 § KL, återfinns en uppräkningslista av vissa ärendeslag, nämligen

1. ärenden som avser verksamhetens mål, inriktning, omfattning eller kvalitet,
2. framställningar eller yttranden till fullmäktige liksom yttranden med anledning av att beslut av nämnden i dess helhet eller av fullmäktige har överklagats,

3. ärenden som rör myndighetsutövning mot enskilda, om de är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt,
4. ärenden som väckts genom medborgarförslag och som överlåtit till nämnden, och
5. vissa ärenden som anges i särskilda föreskrifter.

Som framgått ovan finns ingen hänvisning till 6 kap. 34 § KL i föräldrabalkens delegationsbestämmelse. Enligt OFUKI-utredningens mening står det inte helt klart huruvida detta innebär att begränsningarna enligt KL inte skulle gälla vid extern delegation. Att det i andra stycket i 19 kap. 14 § föräldrabalken särskilt pekats ut vissa ärendeslag som inte får delegeras, talar dock för att delegation i övrigt kan ske utan de begränsningar som framgår av KL. I 19 kap. 16 § föräldrabalken anges att det som föreskrivits om nämnder i KL också gäller överförmyndarnämnd och i tillämpliga delar överförmyndare, dock med de avvikelser som följer av 19 kap.

Den hänvisning till jävsreglerna i 6 kap. 24–27 §§ KL som finns i miljöbalken, liksom i lagen om skydd mot olyckor, syftar till att åstadkomma att samma jävsregler gäller för den i annan kommun anställda delegaten som för kommunens egna anställda (prop. 1995/96:167, s. 41). Att motsvarande hänvisning saknas i föräldrabalkens bestämmelse om extern delegation kan innebära att KL:s jävsregler inte gäller (jfr ovan). I förvaltningslagen (1986:223), som gäller handläggning av förvaltningsmyndigheternas handläggning av ärenden, finns emellertid också jävsregler som kan aktualiseras (11–12 §§).

Som angetts ovan föreskrivs uttryckligen i 19 kap. 14 § tredje stycket föräldrabalken att beslut som har fattats på delegation inte behöver anmälas för nämnden eller överförmyndaren. Detta gäller både vid intern och extern delegation. Reglerna i 6 kap. 35 § KL om anmälan av beslut till nämnd är däremot genom en hänvisning tillämpliga vid extern delegation enligt lagen om skydd mot olyckor och miljöbalken. I förarbetena till miljöbalkens bestämmelse har angetts att kravet på anmälan bör gälla även när nämnden delegerar till anställd i annan kommun (prop. 1995/96:167, s. 41).

OFUKI-utredningen konstaterar med hänsyn till det anförda att de befintliga reglerna om extern delegation i olika hög grad har utformats med anknytning till KL:s regelverk om intern delegation. En sådan anknytning är enligt utredningens mening eftersträvänsvärd också för nu aktuell delegationsregel (jfr avsnitt 32.1.1). Mot den bakgrunden anser utredningen att vissa frågeställningar särskilt bör beaktas. Dessa inbegriper bl.a. frågan om både fullmäktiges och

nämnders beslutanderätt bör kunna delegeras, liksom frågan om delegation bör ske till inköpscentraler såsom organisationer eller till anställda i inköpscentraler. Vidare bör övervägas huruvida delegationsmöjligheten bör begränsas genom undantag för upphandlingsärenden av t.ex. viss art. Ytterligare frågor gäller huruvida regleringen bör förenas med hänvisningar till KL:s bestämmelser om jäv och om anmälan av beslut till delegerande nämnd.

32.2.2 Nämnders beslutanderätt bör kunna delegeras till anställda i inköpscentraler

Utredningens förslag: 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 4 kap. 22 § LOU eller 4 kap. 4 § LUF, får efter överenskommelse med inköpscentralen uppdra åt anställda i centralen att besluta i upphandlingen på nämndens vägnar.

Endast nämnders beslutanderätt bör kunna delegeras

Den delegationsregel som enligt OFUKI-utredningens mening bör införas måste möjliggöra delegation från kommunala nämnder för att vara meningsfull. I praktiken torde nämligen en betydande del av den kommunala upphandlingen kunna hänföras till nämndernas ansvarsområde, genom att inrymmas under begreppet förvaltning enligt 3 kap. 13 § KL (se avsnitt 7.2.1). Behovet av en bestämmelse som möjliggör delegation av kommunal beslutanderätt till inköpscentraler får också i första hand bedömas avse sådana upphandlingsärenden.

Vissa upphandlingsärenden kan emellertid vara av sådant slag att det i stället ankommer på fullmäktige att fatta beslut (se avsnitt 29.4.1). I den mån ett sådant ärende är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt för kommunen eller landstinget, får fullmäktige inte delegera det till en nämnd (3 kap. 10 § första stycket KL). Att det i dessa fall alltså finns hinder för intern delegation, medför enligt OFUKI-utredningens mening att fullmäktige inte heller bör ges möjlighet att delegera sin beslutanderätt externt vid anlitan av en inköpscentral.

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

I varaktiga kommunala samarbeten om upphandlingar, särskilt sådana som innebär att det regelmässigt är samma kommun eller landsting som är samordnande aktör (inköpscentral), kan det enligt OFUKI-utredningens mening finnas praktiska fördelar med att eventuell delegation av beslutanderätt till samordnaren avser upphandlingar generellt och inte enstaka upphandlingsärenden.

Såvitt OFUKI-utredningen erfarit torde emellertid varaktiga samarbeten ofta innebära att ombudsuppdrag ges till samordnaren med avseende på varje enskild upphandling för sig, dvs. inte generellt. För att en delegation som ges generellt då ska ses som underordnad ett enskilt ombudsuppdrag, kan det enligt OFUKI-utredningens mening vara nödvändigt att den innehåller ett förbehåll på så sätt att den gäller endast under förutsättning att fullmakt att genomföra en upphandling för kommunens eller landstingets räkning ges (jfr avsnitt 32.1.1).

I sådana samarbeten mellan kommuner eller landsting som i stället avser enstaka upphandlingar kan det te sig främmande att delegation av beslutanderätt ges generellt, särskilt om samarbetet är av mera tillfälligt slag.

Beslutanderätt bör delegeras till anställda i inköpscentraler

Bestämmelsen om extern delegation i bl.a. 26 kap. 7 § andra stycket miljöbalken ger möjlighet för en nämnd i en kommun att delegera beslutanderätt till *anställda* i en annan kommun, dvs. inte till den

andra kommunen eller till en nämnd i den andra kommunen. Detta torde bl.a. kunna förklaras utifrån lagstiftarens utgångspunkt att det lagstadgade ansvaret inte ska flyttas över från t.ex. en kommun till en annan (prop. 1995/96:167, s. 40, se även avsnitt 32.2.1). I förarbetena till bestämmelsen har också anförts bedömningen att det inte finns något särskilt behov av att kunna delegera till andra personer utanför kommunen (samma prop., s. 40).

Utifrån denna befintliga reglering kan frågan ställas om också delegation vid anlitaandet av en inköpscentral bör innebära att beslutanderätten överförs till anställda i centralen, i stället för till inköpscentralen såsom organisation.

Särskilt i sådana fall då inköpscentralen är en annan kommun eller ett annat landsting finns enligt OFUKI-utredningens mening skäl för att delegering ska begränsas till anställda. En ordning där en nämnd i en kommun skulle kunna uppdra åt en nämnd i en annan kommun att fatta beslut i en upphandling såsom delegat torde visserligen inte med nödvändighet behöva innebära att ansvaret för besluten överflyttas (jfr ovan). Oavsett detta anser utredningen att en delegation som innebär att det faktiska beslutsfattandet överförs till förtroendevalda i den andra kommunen kan ifrågasättas ur ett kommunaldemokratiskt perspektiv. Delegation vid anlitaande av inköpscentraler som är kommuner eller landsting bör alltså ske till anställda. Enligt utredningens mening finns inte anledning till någon avvikande ordning vid anlitaande av inköpscentraler som har annan rättslig form, t.ex. aktiebolagsform.

I likhet med vad som gäller enligt bl.a. miljöbalken bör en förutsättning för extern delegation till anställda i en inköpscentral vara att den kommunala nämnden och inköpscentralen kommit överens om detta.

32.2.3 Nämnder bör kunna uppdra åt anställda m.fl. att besluta om delegation på nämndens vägnar

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

att fatta sådana beslut på nämndens vägnar. Beslut om delegation på nämndens vägnar ska anmälas till nämnden.

Det är vanligt förekommande att kommunala nämnder utnyttjat möjligheterna till intern delegation i upphandlingsärenden genom att i delegationsordningar bemyndiga anställda att fatta beslut på nämndens vägnar (se avsnitt 29.4.1). Det synes ofta också vara möjligt för dessa anställda att utfärda fullmakter till inköpscentraler att såsom ombud genomföra upphandlingar för kommunens eller landstingets räkning. I mer formaliserade samarbeten mellan t.ex. kommuner kan det likaledes vara en uppgift för anställda att genom ett anmälningsförfarande ge i uppgift åt den samordnande kommunen att genomföra en viss upphandling för den egna kommunens räkning (jfr avsnitt 30.1). I praktiken synes det alltså ofta förekomma att anställda kan vidta samtliga åtgärder i en upphandling vid anlitan av en inköpscentral såsom ombud.

Med utgångspunkt i denna kommunala praxis är det enligt OFUKI-utredningens mening lämpligt att beslut om delegation av beslutanderätt vid anlitan av inköpscentraler inte endast kan fattas av en kommunal nämnd utan också av anställda på nämndens vägnar, t.ex. i samband med att fullmakt ges. Det gäller särskilt vid tillfälliga upphandlingssamarbeten om enstaka upphandlingar då ett generellt beslut om delegation också kan vara opåkallat (jfr avsnitt 32.2.3). Frågan kan visserligen ställas om inte beslutsfattandet om extern delegation bör förbehållas förtroendevalda i de kommunala nämnderna, på likartat sätt som enligt befintliga regler i t.ex. 26 kap. 7 § andra stycket miljöbalken. Ett huvudsakligt syfte med den delegationsmöjlighet som utredningen anser bör införas är emellertid att den ska ge förutsättningar för förenklad administration när kommuner och landsting anlitar inköpscentraler. Om de interna delegationsmöjligheterna avseende upphandlingsärenden utnyttjats, uppnås detta syfte endast i begränsad utsträckning om delegationsbeslutet måste fattas av nämnden. Det bör också noteras att upphandlingsärenden, till skillnad från de andra ärendeslag som kan delegeras externt enligt befintliga regler, enligt vedertagen uppfattning inte innefattar myndighetsutövning (se avsnitt 29.4.1).

Av 6 kap. 37 § KL framgår att en nämnd eller gemensam nämnd som delegerar beslutanderätt till en förvaltningschef inom nämndens verksamhetsområde, får överlåta åt förvaltningschefen

att i sin tur uppdra åt en annan anställd inom kommunen eller landstinget eller i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen att besluta i stället. Sådana beslut ska anmälas till förvaltningschefen.

I förarbetena till denna bestämmelse om vidaredelegation, som var en nyhet i 1991 års KL, anfördes att en svårighet som hade anförts mot att beslutanderätten överförs i flera led ligger i att avgöra vem som bär ansvaret för ett beslut (prop. 1990/91:117, s. 104). Dåvarande regeringen ansåg emellertid att man borde kunna klara denna svårighet genom att nämnden godkänner att ett ärende vidaredelegeras samt att nämnden får vetskap om vem som har fått beslutanderätten. Dessutom gjordes bedömningen att det endast bör vara förvaltningschefer som får vidaredelegera till andra anställda. För att lättare klara ansvarsfrågorna bedömdes att det också bör krävas att ett beslut som har fattats efter vidaredelegering ska anmälas till förvaltningschefen.

Såvitt OFUKI-utredningen erfarit är det vanligt att andra anställda än förvaltningschefer med stöd av 6 kap. 33 § KL har fått i uppdrag att besluta om upphandlingar på uppdrag av nämnder i kommuner och landsting. Det förekommer ofta att beslutanderätt delegerats till upphandlingschefer. Vidare kan, med stöd av samma paragraf, rätten att besluta ha delegerats från en nämnd till ett utskott eller till nämndledamöter eller ersättare. Det framstår mot denna bakgrund som naturligt, särskilt utifrån syftet att administrationen vid samordnad upphandling ska underlättas, att beslut om delegation till anställda i inköpscentraler bör kunna fattas inte endast av förvaltningschefer utan också av andra anställda liksom av utskott, ledamöter eller ersättare. En förutsättning för ett sådant beslut av t.ex. en anställd är dock att nämnden först uppdragit åt denne att besluta om aktuell delegation på nämndens vägnar.

Att det endast är förvaltningschefer som internt i en kommun eller ett landsting kan vidaredelegera rätten att fatta beslut på nämndens vägnar, kan visserligen synas tala mot att andra anställda eller utskott m.m. skulle kunna delegera nämndens beslutanderätt externt till anställda i en inköpscentral. Den aktuella delegationsmöjligheten är emellertid begränsad på så sätt att den inte omfattar ställningstaganden till huruvida ett inköp alls ska göras, utan endast efterkommande beslut i ett upphandlingsärende. Beslutanderätten avseende inköpsfrågan är alltså fortsatt förbehållen nämnden – eller den interna delegat, exempelvis anställda, som erhållit uppdrag

enligt 6 kap. 33 § KL att besluta på nämndens vägnar. Som anförts ovan bör även beaktas att ärenden om upphandling, till skillnad från andra ärendeslag som kan omfattas av vidaredelegation enligt 6 kap. 37 § KL, enligt vedertagen uppfattning inte innefattar myndighetsutövning.

Mot nu angiven bakgrund anser OFUKI-utredningen att bestämmelserna om intern vidaredelegation i KL inte bör läggas till grund för att t.ex. en kommun inte ska kunna ges möjlighet att uppdra åt exempelvis en upphandlingschef att på nämndens vägnar delegera beslutanderätt till anställda i en inköpscentral. I stället bör enligt utredningens mening sådana uppdrag kunna ges av en nämnd åt såväl utskott som andra till vilka även intern delegation av beslutanderätt kan ske enligt 6 kap. 33 § KL.

Beslut om delegation som fattas på uppdrag av en nämnd bör anmälas till nämnden i enlighet med bestämmelserna i 6 kap. 35 § KL.

32.2.4 Undantag för vissa slags ärenden

Utredningens förslag: Möjligheten att delegera beslutanderätt till anställda i inköpscentraler ska inte omfatta sådana ärenden som avses i 6 kap. 34 § KL.

OFUKI-utredningens bedömning att delegation av beslutanderätt till anställda i inköpscentraler endast bör kunna ske från kommunala nämnder innebär i sig hinder för delegation i sådana upphandlingsärenden som är av principiell betydelse eller annars av större vikt för kommunen eller landstinget (jfr avsnitt 32.2.2).

Frågan är då om det i övrigt finns skäl för att begränsa möjligheten till delegation. Av 6 kap. 34 § KL framgår att intern delegation av beslutanderätt från nämnder inte får ske i ärenden av vissa slag (se avsnitt 32.2.1). Genom hänvisning till denna bestämmelse gäller detsamma vid extern delegation enligt bl.a. 26 kap. 7 § andra stycket miljöbalken.

I den övervägande merparten av upphandlingsärendena hos en kommunal nämnd torde delegation av beslutanderätt kunna ske utan hinder av 6 kap. 34 § KL. Det kan emellertid inte uteslutas att vissa ärenden är av sådant slag att begränsningar enligt denna bestämmelse aktualiseras. Enligt OFUKI-utredningens mening bör

delegation till anställda i inköpscentraler inte vara tillåten i dessa fall.

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

32.2.5 Bestämmelser om jäv och om anmälan till delegerande nämnd m.m.

Utredningens förslag: Bestämmelserna i 6 kap. 24–27 §§ KL om jäv ska tillämpas på anställda i inköpscentraler som fattar beslut med stöd av delegation.

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

I bl.a. miljöbalkens reglering om delegation av beslutanderätt till anställda i andra kommuner (26 kap. 7 § andra stycket miljöbalken), anges att reglerna om jäv i 6 kap. 24–27 §§ KL ska tillämpas på den som fattar beslut med stöd av delegationen.

LOU och LUF innehåller inga direkta regler om jäv. Av lika-behandlingsprincipen, som uttrycks i bl.a. 1 kap. 9 § LOU, följer dock att leverantörer inte får behandlas olika på grundval av ovidkommande omständigheter. På detta sätt finns hinder mot jäv i upphandlingar, redan oavsett regleringen i KL. Enligt OFUKI-utredningens mening bör trots detta, vid extern delegation till anställda i inköpscentraler, samma jävsregler gälla för delegaten som för kommunens egna anställda (jfr prop. 1995/96:167, s. 41). Bestämmelserna i 6 kap. 24–27 §§ KL bör alltså tillämpas.

Av 6 kap. 35 § KL framgår att beslut som fattas med stöd av intern delegation från en nämnd enligt 6 kap. 33 § KL ska anmälas till nämnden. Nämnden bestämmer i vilken ordning detta ska ske. Av 6 kap. 37 § KL framgår vidare att beslut som fattas av anställda efter vidaredelegation från en förvaltningschef ska anmälas till förvaltningschefen. Även vid extern delegation till anställda i andra kommuner enligt bl.a. 26 kap. 7 § andra stycket miljöbalken gäller att beslut ska anmälas till nämnden.

Det befintliga regelsystemet innebär alltså att beslut ska anmälas till den som har lämnat delegationsuppdraget, dvs. antingen till den

kommunala nämnd på vars uppdrag beslutet fattats eller till den förvaltningschef som vidaredelegerat beslutanderätten. Enligt OFUKI-utredningens mening bör motsvarande gälla också för beslut som anställda i inköpscentraler fattar med stöd av delegation. Om ett uppdrag lämnats direkt av en nämnd till en anställd i en inköpscentral, bör alltså beslut som denne fattar anmälas direkt till nämnden. Om uppdraget i stället lämnats av t.ex. en anställd i en kommun, på uppdrag av en nämnd, bör beslut som fattas av den anställde i inköpscentralen anmälas till den person som de facto lämnat uppdraget.

Del E

Ikraftträdande,
konsekvenser och
författningskommentar

33 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

33.1 Ikraftträdande

Utredningens förslag: Den föreslagna regleringen träder i kraft den 1 januari 2013.

Det temporära in house-undantaget enligt 2 kap. 10 a § LOU gäller till och med den 31 december 2012. Enligt OFUKI-utredningens mening bör därför bestämmelser varigenom ett permanent in house-undantag införs träda i kraft den 1 januari 2013.

Utredningens övriga författningsförslag har i flera avseenden samband med förslaget om ett permanent in house-undantag på så sätt att de berör tillämpningen av kontrollkriteriet. Det gäller t.ex. det föreslagna kravet på att det i bolagsordningen för ett helägt kommunalt aktiebolag ska anges de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten (se avsnitt 25.3.2). Att de kommunalrättsliga principerna tagits in i bolagsordningen påverkar omfattningen på lekmanarevisorns granskning, vilket i sin tur kan vara av betydelse för tillämpningen av kontrollkriteriet (se avsnitt 19.8.2). Att ett kommunalt företag är bundet av bl.a. lokaliseringsprincipen är också i sig en omständighet som kan ha betydelse vid tillämpning av kontrollkriteriet (se avsnitt 19.7.2). Vidare har utredningens förslag angående den uppsikt som styrelsen i en kommun eller ett landsting ska utöva ett visst samband med tillämpning av kontrollkriteriet (se avsnitt 19.8.3). Dessa förhållanden talar enligt OFUKI-utredningens mening för att de föreslagna ändringarna i KL bör träda i kraft samtidigt med förslaget om ett permanent in house-undantag. Att förslagen medför behov av översyn av bolagsordningarna för bl.a. samtliga helägda kommunala aktiebolag talar också för att de inte bör träda i kraft före den 1 januari 2013.

OFUKI-utredningens förslag till bestämmelser om delegation av beslutanderätt från kommunala nämnder till anställda i inköpscentraler saknar ett direkt samband med övriga förslag. Utredningen ser dock inte anledning att föreslå något annat datum för ikraftträdande än den 1 januari 2013.

33.2 Övergångsbestämmelser

33.2.1 Förslaget om ett permanent in house-undantag i LOU

Utredningens förslag: De föreslagna bestämmelserna varigenom ett permanent in house-undantag införs i LOU tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet.

Skäl för förslaget

OFUKI-utredningens förslag om införande av ett permanent in house-undantag innebär författningstekniskt att lagen (2010:570) om ändring i LOU utgår den 1 januari 2013. Detta medför att 2 kap. 10 a § LOU kommer att fortsatta gälla efter den 31 december 2012. OFUKI-utredningens förslag innefattar också att det genomförs vissa ändringar i lydelsen av 2 kap. 10 a § LOU. Även dessa ändringar träder i kraft den 1 januari 2013.

En följd av förslaget att lagen (2010:570) om ändring i LOU ska utgå är, förutom att 2 kap. 10 a § LOU inte upphör att gälla, att också övergångsbestämmelserna till paragrafen har fortsatt giltighet. Detta innebär att bestämmelserna i 2 kap. 10 a § LOU enligt dagens lydelse ska tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet.

OFUKI-utredningens förslag till ändring i 2 kap. 10 a § LOU innebär att tillämpningsområdet vidgas i två avseenden, nämligen dels så att bestämmelsen kan tillämpas av samtliga upphandlande myndigheter, dels så att bestämmelsen görs tillämplig i omvända situationer (se avsnitt 21.2 och 21.4).

Utifrån det anförda har OFUKI-utredningen övervägt två alternativa övergångsbestämmelser. *Det första alternativet* innebär att ändringarna i 2 kap. 10 a § LOU, som alltså föreslås träda i kraft den 1 januari 2013, ska tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet. *Det andra alternativet* innebär att 2 kap. 10 a §

LOU i sin äldre lydelse gäller i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet. Skillnaden är att det första alternativet leder till att paragrafens utvidgade tillämpningsområde kommer att gälla såväl för avtal som ingås efter ikraftträdandet som för avtal som ingåtts dessförinnan medan det andra alternativet leder till att det utvidgade tillämpningsområdet endast kommer att gälla för avtal som ingås efter ikraftträdandet. Avgörande för valet av alternativ är därmed huruvida det utvidgade tillämpningsområdet bör gälla för avtal som ingåtts före det föreslagna ikraftträdandet den 1 januari 2013.

Övergångsbestämmelsen till den temporära regleringen motive- rades i förarbetena (prop. 2009/19:134, s. 53) med att avsikten var att bestämmelserna skulle kunna tillämpas även i fråga om avtal som gällde vid ikraftträdandet av bestämmelserna men som hade träffats dessförinnan.

Med hänsyn till bl.a. de kontakter OFUKI-utredningen haft med berörda aktörer och resultatet av den enkät som utredningen gjort framstår det som troligt att det redan innan den temporära bestämmelsen trädde i kraft den 15 juli 2010 i ett stort antal fall ingåtts såväl sådana avtal som kan omfattas av denna bestämmelse som sådana avtal som endast kan omfattas av utredningens förslag till permanent utvidgning av denna. Utifrån OFUKI-utredningens analys av rättsläget är – nu såväl som då den temporära bestämmelsen infördes – både de avtal som omfattas av denna bestämmelse och de avtal som endast omfattas av utredningens förslag till utvidgning av tillämpningsområdet förenliga med EU-rätten. Mot den bakgrunden kan enligt OFUKI-utredningens mening ifrågasättas varför avtal som endast omfattas av utredningens förslag skulle behandlas på annat sätt än sådana avtal som redan omfattas av den temporära bestämmelsen. Annorlunda uttryckt talar det anförda för att det utvidgade tillämpningsområde som OFUKI-utredningen föreslår bör gälla för avtal som ingåtts före det föreslagna ikraftträdandet den 1 januari 2013 och inte endast för avtal som ingåtts därefter.

Att OFUKI-utredningens förslag innebär en utvidgning i förhållande till tydliga gällande bestämmelser kan emellertid i sig tala mot en sådan övergångsbestämmelse. Genom formuleringen av den temporära bestämmelsen i 2 kap. 10 a § och förarbetena till denna klargjordes tydligt dels att den inte kan tillämpas av sådana upphandlande myndigheter som är offentligt styrda organ eller sammanslutningar av sådana organ, dels att den inte är tillämplig i omvända situationer (se prop. 2009/10:134, s. 45 f., 57 f.). I den mån

avtal ingåtts utan upphandling i strid med dessa begränsningar står det alltså klart, utifrån 2 kap. 10 a § LOU och lagen i övrigt, att en otillåten direktupphandling gjorts. I detta sammanhang bör dock beaktas att det infördes nya regler i LOU om bl.a. överprövning av upphandlingar och upphandlingsskadeavgift samtidigt som 2 kap. 10 a § trädde i kraft. Bestämmelserna innebär bl.a. att sådana avtal som ingåtts utan upphandling i strid med begränsningarna i 2 kap. 10 a § LOU kan bli föremål för beslut om ogiltighet av förvaltningsdomstol (16 kap. 15 § LOU) och föranleda upphandlingsskadeavgift (17 kap. 1 § LOU). Dessa regler medför att avsaknaden av en övergångsbestämmelse, enligt vilken OFUKI-utredningens förslag till utvidgat tillämpningsområde gäller för avtal som slutits före ikraftträdandet, skulle få en särskild betydelse. Exempelvis skulle ett avtal som omfattas av det utvidgade tillämpningsområdet enligt utredningens förslag kunna föranleda upphandlingsskadeavgift om det ingåtts före ikraftträdandet, men inte om det ingåtts efter ikraftträdandet. En sådan skillnad framstår enligt OFUKI-utredningens mening som omotiverad.

Sammantaget anser OFUKI-utredningen att de föreslagna bestämmelserna varigenom tillämpningsområdet för in house-undantaget i 2 kap. 10 a § LOU utvidgas bör tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet.

Särskilt om kontrakt som inte ändrats sedan Sveriges anslutning till EES

Som angetts ovan föreslår OFUKI-utredningen att bestämmelserna om ett permanent in house-undantag i LOU ska omfatta fall då avtal har slutits före ikraftträdandet. Vissa äldre avtal, som t.ex. kan ha ingåtts av en kommun och ett kommunalt företag, påverkas emellertid varken av huruvida ett in house-undantag införs eller av i vad mån undantaget förenas med en sådan övergångsbestämmelse. Detta kan vara aktuellt för sådana befintliga avtal som ingåtts före Sveriges anslutning till EES den 1 januari 1994, då skyldighet uppkom för Sverige att anpassa lagstiftningen till EU-rätten på bl.a. upphandlingsområdet. En sådan skyldighet fanns alltså för Sverige redan innan medlemskapet i EU den 1 januari 1995. Då gällande upphandlingsdirektiv genomfördes genom ikraftträdandet av den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, ÅLOU, den 1 januari 1994.

I några avgöranden har EU-domstolens behandlat frågan om EU-rättens betydelse för äldre avtal. Av särskilt intresse är domen i mål C-454/06, presstext Nachrichtenagentur. I den bakomliggande tvisten i målet hade uppkommit frågor om tillämpligheten av direktiv 92/50/EG (det äldre direktivet om upphandling av tjänster) på ett kontrakt avseende nyhetsagenturtjänster som ingåtts mellan Österrike och APA. Tjänsteleverantören APA var en registrerad kooperativ förening med begränsat ansvar. Kontraktet hade ingåtts 1994 innan Österrike anslöt sig till EU men ändrats vid olika tillfällen efter anslutningen.

I sin prövning noterade EU-domstolen inledningsvis att även om det kontrakt som var i fråga i målet vid den nationella domstolen ingåtts innan Österrike anslöt sig till Europeiska unionen, ska gemenskapsbestämmelserna på området tillämpas på ett sådant kontrakt från och med dagen för statens anslutning (punkt 28). I målet utvecklade EU-domstolen inte den närmare innebörden av uttalandet såvitt avser oförändrade kontrakt. Ledning i detta avseende finns dock i domen i mål C-76/97, Tögel. EU-domstolen angav där att unionsrätten inte medför någon skyldighet för en upphandlande myndighet att på begäran av en enskild ingripa i bestående rättsförhållanden som gäller på obestämd tid eller under flera år, när dessa förhållanden har kommit till stånd före utgången av fristen för att införliva direktiv 92/50/EG (punkt 54, se även generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i presstext Nachrichtenagentur-målet, punkt 78).

OFUKI-utredningen konstaterar mot bakgrund av det nu anförda att en upphandlande myndighet som är bunden av ett kontrakt som ingåtts före Sveriges anslutning till EES-avtalet den 1 januari 1994 inte nödvändigtvis behöver agera för kontraktets upphörande. Detta gäller även om kontraktet i och för sig omfattas av tillämpningsområdet för EU:s upphandlingsdirektiv och inte har ingåtts i enlighet med direktivens bestämmelser. Ändringar av ett bestående kontrakt kan dock ge upphov till att ett nytt kontrakt anses föreligga i upphandlingsrättens mening (se nedan).

Av ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till ÄLOU respektive LOU och LUF följer att inte heller dessa lagar är tillämpliga på oförändrade kontrakt som ingåtts före den 1 januari 1994.

Särskilt om ändringar av befintliga kontrakt

Enligt EU-domstolens praxis kan betydande ändringar av ett kontrakt anses ge upphov till en ny upphandling och ett nytt kontrakt. För t.ex. ett sådant kontrakt som slutits före Sveriges anslutning till EES-avtalet men därefter ändrats, kan därigenom skyldigheterna enligt upphandlingsdirektiven och den svenska lagstiftningen som genomför dessa göra sig gällande. Detsamma kan gälla för sådana kontrakt som visserligen ingåtts i enlighet med OFUKI-utredningens förslag till permanent in house-undantag men som därefter ändrats på ett sätt som innebär att det saknas förutsättningar för undantag. I detta avseende spelar det ingen roll om ändringen avser ett kontrakt som ingåtts efter den föreslagna dagen för ikraftträdande eller ett kontrakt som ingåtts dessförinnan men som omfattas av övergångsbestämmelsen.

Betydande ändringar kan ge upphov till ett nytt kontrakt

Efter sin inledande notering i presstext Nachrichtenagentur-målet, se ovan, behandlade EU-domstolen betydelsen av ändringar av ett befintligt kontrakt mellan en upphandlande myndighet och en tjänsteleverantör. Frågeställningarna i målet avsåg under vilka förutsättningar sådana ändringar kunde anses utgöra en ny upphandling respektive ett nytt ingående av kontrakt avseende tjänster i den mening som avsågs i direktiv 92/50/EG.

Avgörande är enligt EU-domstolen om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet. Sådana ändringar i ett offentligt kontrakt under dess löptid ska enligt EU-domstolen anses utgöra en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt (punkt 34).

I domen angav EU-domstolen vissa allmänna överväganden om vad som är betydande ändringar. Domstolen anförde att en ändring kan anses betydande om den innebär att det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs (punkt 35). En ändring kan även anses betydande om den medför att kontraktets tillämpningsområde i

väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs (punkt 36, se även domen i mål C-160/08, kommissionen mot Tyskland, punkt 99). Vidare kan en ändring anses vara betydande om den medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet (punkt 37 i presstext Nachrichtenagentur-domen).

Vad särskilt gäller ändringar av avtal som ingåtts enligt EU-domstolens praxis om in house-undantaget, har EU-domstolen i några avseenden kommenterat betydelsen härav. I domen i mål C-573/07, Sea, angav domstolen att om ett kontrakt tilldelas ett offentliggätt bolag utan anbuds förfarande i enlighet med Teckal-kriterierna, så utgör det en ändring av ett grundläggande villkor för kontraktet – som då fordrar inbjudan till anbudsgivning – om privata aktieägare i ett senare skede, men fortfarande inom kontraktets giltighetstid, tillåts bli delägare i bolaget (punkt 53, se även avsnitt 4.6.3).

Även i domen i mål C-196/08, Acoset har EU-domstolen för en viss situation berört betydelsen av att ett kontrakt som ingåtts i enlighet med Teckal-kriterierna ändras. Som närmare refererats i avsnitt 4.6.3, godtog EU-domstolen i denna dom att kontrollkriteriet kunde vara uppfyllt för en fristående enhet med privata delägare om dessa valts ut efter ett anbuds förfarande (det aktuella förfarandet hade innefattat att en koncession skulle tilldelas den fristående enheten). I avgörandet förtydligade domstolen att ett bolag som har både privata och offentliga ägare, som det som var aktuellt vid den nationella domstolen, ska behålla samma verksamhetsföremål under hela koncessionstiden samt att alla väsentliga förändringar av kontraktet medför att anbud måste inhämtas (punkt 62).

Betydelsen av en ändring i form av leverantörsbyte

En av frågeställningarna som EU-domstolen närmare tog ställning till i presstext Nachrichtenagentur-domen avsåg betydelsen av att den upphandlande myndighetens motpart byts ut. Som angetts ovan innefattade bakgrunden i presstext Nachrichtenagentur-målet att ett kontrakt avseende nyhetsagenturtjänster hade ingåtts 1994 mellan Österrike och APA (en registrerad kooperativ förening med begränsat ansvar). Enligt kontraktet skulle APA till-

handahålla österrikiska federala myndigheter vissa tjänster mot ersättning, bl.a. en texttjänst, OTS. Under september 2000 överförde emellertid APA verksamheten avseende denna tjänst till det nybildade och helägda dotterbolaget APA-OTS. Förändringen godkändes av de österrikiska myndigheterna.

I domen angav EU-domstolen en huvudregel för betydelsen av att den upphandlande myndighetens motpart byts ut mot en ny. Enligt domstolen ska en sådan åtgärd i regel anses utgöra en ändring av ett av de väsentliga villkoren i det offentliga kontraktet, såvida inte detta byte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet, exempelvis genom anlitande av underleverantörer (punkt 40). I det aktuella fallet ansåg emellertid EU-domstolen att bytet i sak utgjorde en intern omorganisation av medkontrahenten, som inte medförde någon väsentlig ändring av villkoren i det ursprungliga kontraktet (punkt 45). Som grund för bedömningen pekade domstolen på att verksamhetsövergången hade vissa särdrag (punkt 43–44). Dessa inbegrep att APA-OTS var ett dotterbolag som var helägt av APA, att APA hade rätt att ge instruktioner till APA-OTS och att det mellan de två enheterna fanns ett kontrakt om överföring av vinster och förluster, som APA svarade för. Vidare hade en behörig företrädare för APA försäkrat den upphandlande myndigheten om att APA efter övergången av OTS-verksamheten svarade solidariskt med APA-OTS och att det inte skulle ske någon ändring vad gällde tjänsten i dess helhet.

Av domen i mål C-91/08, Wall, framgår att ett byte av underentreprenör kan utgöra en betydande ändring i en av de väsentliga delarna av ett avtal, även om sådan möjlighet föreskrivits i avtalet (punkt 39). Så kan vara fallet när användning av en underentreprenör i stället för en annan, med hänsyn till den aktuella prestationens särdrag, har varit en avgörande faktor vid avtalets tecknande.

Betydelsen av prisändringar

Förutom att kontraktet som var aktuellt i presstext Nachrichten-agentur-målet hade ändrats genom bytet av den upphandlande myndighetens motpart, hade ändringar också gjorts i vissa andra avseenden. Bl.a. hade vissa villkor om pris för tillhandahållna tjänster ändrats med anledning av Österrikes övergång till euro. Dessa ändringar innebar bl.a. att vissa ersättningsbelopp som an-

getts i österrikiska schilling i det ursprungliga kontraktet omräknades till euro samt att det i samband därmed gjordes vissa avrundningar och en viss prisnedsättning av bl.a. en årlig avgift.

I domen konstaterade EU-domstolen att det är uppenbart att priset är ett viktigt villkor i ett offentligt kontrakt (punkt 59). Vidare anförde domstolen att man skulle riskera att åsidosätta principerna om insyn och likabehandling av anbudsgivare om ett sådant villkor ändrades under kontraktets löptid utan att det uttryckligen var tillåtet enligt villkoren i det ursprungliga kontraktet (punkt 60).

De aktuella justeringar som gjorts av de ursprungliga kontraktsvillkoren, bedömde emellertid EU-domstolen inte utgöra ändringar av de väsentliga villkoren i kontraktet (punkt 63). Domstolen anförde bl.a. att om ett befintligt kontrakt ändras till följd av övergången till euro så att de ursprungliga priserna i nationell valuta omräknas till euro med tillämpning av gällande bestämmelser för avrundning, så är det endast fråga om en anpassning av kontraktet till ändrade yttre omständigheter. Det rör sig då inte om en betydande kontraktsändring (punkt 57). Vidare angav domstolen att en omräkning till euro kan åtföljas av en justering av själva beloppen utan att det ska anses utgöra en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt. En förutsättning är dock att justeringen är ytterst liten och grundar sig på en objektiv förklaring, vilket är fallet om den avser att underlätta genomförandet av kontraktet, exempelvis genom att förenkla faktureringen (punkt 61).

Betydelsen av att villkor om pris ändras framgår även av domen i mål C-84/03, kommissionen mot Spanien. Fråga var bl.a. om vissa spanska bestämmelser om förutsättningarna för att använda förhandlat förfarande stred mot direktiven 93/36/EG och 93/37/EG (de äldre direktiven om upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten). Av artikel 6.3 i direktiv 93/36/EG framgick att upphandlande myndigheter fick upphandla sina varor genom förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande i vissa situationer. En sådan situation var om det vid öppet eller selektivt förfarande inte lämnades några anbud alls eller några lämpliga anbud under förutsättning bl.a. att kontraktets ursprungliga villkor inte väsentligt ändrats. En motsvarande bestämmelse fanns i artikel 7.3 i direktiv 93/37/EG.

Den spanska lagstiftningen tillät enligt kommissionen att förhandlat förfarande användes i fall som inte angavs i direktiven, bl.a. vid upphandling till följd av förfaranden som förklarats vara resul-

tatlösa. Kommissionen angav att bestämmelserna stred mot direktiven genom att göra det möjligt att väsentligt ändra ett av de ursprungliga villkoren för upphandlingen, nämligen priset, genom att de tillät att det ursprungliga anbudspriset fick öka med tio procent i förhållande till priset i det föregående öppna eller selektiva förfarandet.

EU-domstolen gjorde en likartad bedömning som kommissionen. Enligt domstolen kunde en tillåten prishöjning om högst tio procent inte anses utgöra en icke väsentlig ändring av de ursprungliga villkoren för upphandlingen på det sätt som föreskrevs i direktiven (punkt 49 i domen).

33.2.2 Förslaget till ändringar i KL

Utredningens bedömning och förslag: Förslaget till ändringar i KL bör inte förenas med övergångsbestämmelser utom i fråga om ändringen i 3 kap. 17 § KL för stiftelser som bildats före ikraftträdandet. För sådana stiftelser gäller paragrafen i sin äldre lydelse.

OFUKI-utredningen föreslår ändringar i 3 kap. 17 § KL som bl.a. innebär att skyldighet införs för fullmäktige i kommuner och landsting att se till att vissa villkor tas in i bolagsordningarna för helägda kommunala aktiebolag och i stiftelseförordnandet eller stiftelseurkunden för stiftelser som bildats av en kommun ensam eller av ett landsting ensamt. Vidare föreslår OFUKI-utredningen ändringar i 6 kap. 1 § KL som bl.a. innebär att skyldighet införs för styrelsen i kommuner och landsting att fatta årliga beslut för sådana bolag med ställningstagande till om verksamheten bedrivits i enlighet med av fullmäktige fastställt ändamål och de kommunala befogenheterna. Besluten ska överlämnas till fullmäktige samtidigt som styrelsen överlämnar årsredovisningen enligt 8 kap. 17 § KL, dvs. snarast möjligt och senast den 15 april året efter det år som redovisningen avser.

Avsikten med bestämmelserna är att de ska få omedelbart genomslag vid det föreslagna ikraftträdandet den 1 januari 2013. För varje sådant bolag som omfattas av förslagen innebär detta dels att fullmäktige senast den 1 januari 2013 ska ha sett till att kraven är uppfyllda, dels att styrelsen senast den 15 april 2013 ska ha fattat

erforderliga beslut och överlämnat dem till fullmäktige. Särskilt förslagen om fullmäktiges skyldigheter innebär att en översyn kan behöva göras av bolagsordningarna för samtliga berörda bolag. Tillräcklig tid för att göra detta måste emellertid bedömas finnas redan genom att bestämmelserna föreslås träda i kraft den 1 januari 2013. Enligt utredningens mening saknas därför i huvudsak skäl att förena förslagen med övergångsbestämmelser.

För befintliga kommunalt bildade stiftelser finns dock begränsade möjligheter att genomföra ändringar i stiftelseförordnandena eller i stadgarna (se avsnitt 9.2.4). Utredningen föreslår därför att 3 kap. 17 § i dess äldre lydelse ska fortsätta att gälla för stiftelser som bildats före ikraftträdandet.

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

Utredningens bedömning: De föreslagna bestämmelserna i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter bör inte förenas med övergångsbestämmelser.

OFUKI-utredningens föreslår nya bestämmelser i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter med innebörden att nämnder i kommuner, landsting och kommunalförbund som anlitar inköpscentraler för att medverka i upphandlingar såsom ombud kan delegera beslutanderätt till anställda i centralen.

Avsikten med bestämmelserna är att de ska vara direkt tillämpliga när de träder i kraft. Enligt OFUKI-utredningens mening bör de ges tillämplighet för upphandlingar oavsett om de påbörjats före eller efter ikraftträdandet. OFUKI-utredningen anser därför att de föreslagna bestämmelserna inte bör förenas med några övergångsbestämmelser.

34 Konsekvenser av förslagen

34.1 Undantag från upphandlingsskyldighet i in house-situationer

Problembeskrivning

Enligt EU-domstolens praxis om in house-undantaget gäller undantag från upphandlingsskyldighet när en upphandlande myndighet anskaffar varor och tjänster m.m. från en fristående enhet som har ett visst samband med den upphandlande myndigheten. Detta innebär bl.a. att t.ex. kommuner utan upphandling kan anskaffa varor och tjänster m.m. från egna företag. En förutsättning är att två villkor är uppfyllda (Teckal-kriterierna). Den upphandlande myndigheten måste utöva en kontroll över den fristående enheten som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning. Vidare måste den fristående enheten utföra huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den.

Huvudregeln enligt EU:s upphandlingsdirektiv är annars att en upphandlande myndighet måste genomföra en upphandling innan varor och tjänster m.m. anskaffas från en extern leverantör. Utgångspunkten är alltså att upphandling måste ske även om leverantören är t.ex. ett företag som ägs av den upphandlande myndigheten.

Den svenska upphandlingslagstiftningen baseras på EU:s upphandlingsdirektiv och på motsvarande sätt som enligt EU-rätten gäller att upphandlande myndigheters anskaffning av varor och tjänster m.m. måste föregås av upphandling. Däremot klargjordes av Regeringsrätten i de s.k. SYSÄV-domarna (RÅ 2008 ref. 26) att den svenska regleringen inte innefattade något undantag från upphandlingsskyldighet motsvarande EU-domstolens praxis om in house-undantaget. Som följd av dessa avgöranden har den 15 juli 2010 införts ett temporärt sådant undantag i lagen (2007:1091) om

offentlig upphandling, LOU, i avvaktan på resultatet av OFUKI-utredningens arbete. Undantaget upphör att gälla den 1 januari 2013.

OFUKI-utredningens arbete tar sikte på vilken lagreglering som permanent ska gälla på området. Om utredningens förslag inte genomförs kommer således rättsläget, från och med den 1 januari 2013, att överensstämja med den situation som återspeglades i SYSAV-domarna. Utredningens förslag jämförs således i konsekvensbeskrivningen med ett basalternativ där in house-undantaget inte är implementerat i svensk rättsordning och undantaget således inte gäller i landet.

Frågan huruvida ett undantag från upphandlingsskyldighet i enlighet med EU-domstolens praxis bör införas permanent i svensk rätt har betydelse särskilt med hänsyn till hur den offentliga verksamheten har organiserats i Sverige.

Staten, kommuner och landsting bedriver omfattande verksamhet i företag som har privaträttslig form, särskilt i aktiebolag enligt ABL (se kapitel 10–12). Som beskrivits i kapitel 14 (se även avsnitt 18.3) förekommer också i stor utsträckning handel mellan offentliga företag och företagens ägare eller andra företag i samma koncern. Transaktioner som förutsätter ett in house-undantag förekommer inom flertalet verksamhetsområden på det statliga och kommunala området, om än i olika omfattning. En betydande del av transaktionerna som sker mellan de offentliga bolagen och dess ägare saknar dock ett tydligt behov av ett in house-undantag, däribland upplåtelser av fast egendom och transaktioner inom den s.k. försörjningssektorn som redan i dag omfattas av undantaget för anknutna företag. De uppgifter som utredningen har kunnat samla in via enkäter och på annat sätt ger inte underlag för att närmare kvantifiera varken omfattningen av transaktioner mellan bolagen och dess ägare eller andelen av dessa transaktioner som för sitt fortbestånd kräver ett in house-undantag.

Alternativa lösningar och effekter om en reglering inte kommer till stånd

OFUKI-utredningen föreslår att permanenta bestämmelser ska införas i LOU om undantag från upphandlingsskyldighet i enlighet med EU-domstolens praxis om in house-undantaget.

Utredningen bedömer att det inte finns rättsliga förutsättningar för någon alternativ reglering som kan möjliggöra för bl.a. staten, kommuner och landsting att anskaffa varor och tjänster m.m. från fristående enheter på de villkor som följer av EU-domstolens praxis. EU-rätten som utgör grund för de svenska lagreglerna, bl.a. det klassiska direktivet (direktiv 2004/18/EG), inskränker väsentligt Sveriges frihet att införa undantag från upphandlings-skyldighet. Det finns inga möjligheter för Sverige att införa sådana undantag i den mån EU-rätten inte tillåter det (se avsnitt 22.1).

I avsnitt 18.3 har OFUKI-utredningen behandlat konsekvenser av att det inte skulle införas permanenta regler om undantag från upphandlingsskyldighet i LOU, i enlighet med EU-domstolens praxis om in house-undantaget (se även kapitel 14–15). I korthet har utredningen konstaterat bl.a. följande.

De statligt ägda bolagen har generellt sett, i jämförelse med kommun- och landstingsägda bolag, minst försäljning till ägaren. Vissa statliga företag är dock ändå berörda av in house-problematiken. Flera företrädare för statligt ägda bolag och statliga myndigheter har påtalat för utredningen att negativa konsekvenser skulle uppkomma om det inte införs ett in house-undantag (se avsnitt 15.1).

Farhågor om negativa konsekvenser av att ett undantag inte införs har även framförts till utredningen beträffande Stockholms läns landsting och dess bolag. Enligt landstinget skulle det sannolikt inte heller vara möjligt för landstinget och dess bolag att i tillräcklig grad förhålla sig till dessa konsekvenser innan den temporära lagstiftningen upphör att gälla den 1 januari 2013, t.ex. genom att förbereda upphandling eller genom att återta verksamhet i förvaltningsform.

Kommunerna och deras bolag skulle också i stor utsträckning beröras om något in house-undantag inte införs. Exempel på organisationer som påverkas är kommunala koncerner där man valt att i vissa bolag samordna verksamheter som i huvudsak är ett stöd till kärnverksamheterna. Det huvudsakliga syftet med denna samordning har i många fall varit att utnyttja resurserna så effektivt som möjligt. Ett uteblivet in house-undantag kan i vissa fall medföra att samordningen äventyras. Det skulle kunna leda till en minskad effektivitet och ökade kostnader. Det kan framhållas att motsvarande möjligheter till samordning finns i privatägda koncerner.

Om ett in house-undantag inte införs kan konsekvenser uppkomma för offentligt finansierade investeringar. Sverige är framstående när det gäller effektivitet och goda systemlösningar inom fjärrvärme, vattenrening och avfallshantering. Till viss del har detta sin grund i en god kommunal planering där avfall, fjärrvärme och även vattenförsörjning hanterats samlat i kommunala bolag. OFUKI-utredningen anser att det är av vikt att offentligt finansierad infrastruktur även fortsättningsvis kan användas på ett effektivt och ändamålsenligt sätt.

OFUKI-utredningen konstaterar sammanfattningsvis att ett uteblivet in house-undantag i många fall och på många verksamhetsområden skulle medföra stora förändringar i förutsättningarna för både statlig och kommunal sektor. Vad gäller de närmare effekterna av dessa förändringar gör OFUKI-utredningen följande bedömningar. Ett uteblivet in house-undantag medför att berörda verksamheter, för att följa regelverket, måste utvecklas i endera av två riktningar. Antingen kan en avbolagisering där verksamheter tas hem till den offentliga ägaren övervägas. För koncerninterna transaktioner kan motsvarande effekter erhållas genom att verksamhet inom en koncern t.ex. konsolideras i en mindre mängd bolag (i konsekvensbeskrivningen betecknas bägge dessa lösningar sammantaget som avbolagisering). Ett andra alternativ är att de berörda bolagsverksamheterna konkurrensutsätts och att uppdragen till dem upphandlas med hjälp av gällande upphandlingsregler (konkurrensprövning).

Effekterna av ett uteblivit in house-undantag, dvs. effekterna om utredningens förslag inte genomförs, beror mycket tydligt på vilken av lösningarna – konkurrensprövning eller avbolagisering – som berörda offentliga aktörer väljer. Effekterna går således inte närmare att bedöma utan att göra antaganden om hur de offentliga aktörerna kommer att reagera på ett uteblivet undantag. Det är prognoser som inte torde gå att göra med någon större säkerhet och frågan om konsekvenserna blir således mycket svårbedömd. Det ligger inte heller i utredningens uppdrag att överväga åtgärder som skulle kunna hindra eller främja varken en avbolagisering eller en konkurrensprövning.

OFUKI-utredningen gör bedömningen att en avbolagisering huvudsakligen skulle medföra negativa konsekvenser i form av omställningskostnader av administrativ natur. Dessa torde i och för sig vara av engångskaraktär men det kan heller inte uteslutas att den

samlade effektiviteten i resursanvändningen skulle minska jämfört med i dag vid en avbolagisering.

Hittillsvarande erfarenheter av offentlig verksamhet som blivit föremål för konkurrens visar att det typiskt sett finns stora förutsättningar för ett effektivare resursutnyttjande.

Konsekvensbeskrivningen innefattar emellertid inte en jämförelse mellan avbolagisering och konkurrensprövning utan valet mellan dessa alternativ styrs i huvudsak av de offentliga aktörerna själva. Vilken väg som anträds är således helt avgörande för vilka effekterna blir och de offentliga aktörernas vägval i dessa avseende är i huvudsak inte möjligt att kontrollera.

Om ett in house-undantag inte införs blir följden således inte att intern verksamhet automatiskt skulle komma att konkurrensutsättas. Företrädare för bl.a. kommuner och landsting och statliga och kommunala bolag har till OFUKI-utredningen framfört att om ett upphandlingsundantag inte införs kan de tvingas att överväga en avbolagisering av verksamheten, dvs. att återföra berörd verksamhet till förvaltningsform (se kapitel 15). Detta gäller särskilt bolagiserad stödverksamhet inom både statlig och kommunal sektor men också t.ex. Stockholms läns landstings bolagiserade sjukhus.

Om det inte skulle införas permanenta regler om undantag från upphandlingsskyldighet i LOU, i enlighet med EU-domstolens praxis om in house-undantaget, får detta betydelse när det temporära undantaget upphör att gälla den 1 januari 2013. Mot bakgrund av hur verksamheten är organiserad i dagsläget torde vissa kommuner och landsting kunna få svårigheter att i tid förhålla sig till en sådan förändring.

Att en svensk regel om undantag från upphandlingsskyldighet enligt EU-domstolens praxis om in house-undantaget kan utformas efter två olika modeller har behandlats i avsnitt 21.1 (jfr avsnitt 21.5).

Berörda av regleringen

Det undantag från upphandlingsskyldighet som OFUKI-utredningen föreslår ska införas i LOU kan vara tillämpligt t.ex. då staten eller en kommun anskaffar varor eller tjänster från hel- eller delägda aktiebolag. Undantaget kan även vara tillämpligt då t.ex. ett kommunalt aktiebolag, som är upphandlande myndighet, anskaffar varor eller tjänster från ett dotterbolag. Vidare kan det omfatta fall

då kommuner och landsting anskaffar varor och tjänster från kommunalförbund eller gemensamma nämnder. Det kan också avse omvända köp- och säljsituationer, t.ex. då ett kommunalt aktiebolag som är upphandlande myndighet anskaffar varor eller tjänster från den kommun som äger bolaget. Dock omfattas inte andra anskaffningar inom koncerner eller koncernliknande strukturer, t.ex. då ett bolag som ägs av en kommun anskaffar varor eller tjänster från ett annat bolag som ägs av samma koncern.

Förutom att staten, kommuner och landsting berörs av utredningens förslag, har förslaget betydelse för ett stort antal offentligägda företag.

Det finns knappt 1 600 kommunalt ägda företag med en samlad nettoomsättning på 160 miljarder kronor (se avsnitt 12.1). Av dessa berörs de bolag som utövar handel med sina ägare eller dotterbolag. Av den enkät som OFUKI-utredningen genomfört framgår att för de kommunägda företag som besvarat enkäten så avser ca en tredjedel av deras nettoomsättning försäljning till den ägande kommunen eller till bolag i samma koncern. Flertalet verksamhetsområden är i olika utsträckning berörda. Resultaten bör tolkas med försiktighet, bl.a. eftersom enkäten inte tydligt klargör vilket typ av försäljning som avses, men resultaten indikerar att många företag är berörda av förslagen.

För landstingens del är det i huvudsak de bolag som ägs av Stockholms läns landsting och som hanterar hälso- och sjukvård eller stödverksamhet som berörs. Stockholms läns landsting är direkt eller indirekt hel- eller delägare i 12 sådana bolag (se avsnitt 11.2).

Inom den statliga sektorn är det en mindre andel företag som berörs men för dessa kan konsekvenserna av förslagen bli stora. Statliga företag eller statliga myndigheter som kontaktat OFUKI-utredningen och framfört att de kan drabbas negativt av ett uteblivet in house-undantag är bl.a. Luftfartsverket och dess bolag samt bolag förvaltade av universitet och högskolor (se avsnitt 15.1). Även de s.k. programföretagen har framfört sådana synpunkter.

Det finns också ett drygt hundratal kommunalförbund och ca 65 gemensamma nämnder som kan beröras av förslagen.

Utöver de offentliga aktörerna berörs även de företag som skulle kunna komma att konkurrera med de bolag som är berörda av förslagen. Berörda företag torde i första hand vara de som finns i

sådana branscher där offentligt ägda företag i störst utsträckning är representerade.

I avsnitt 18.4 har redogjorts för viss statistik som kan ge indikationer på i vilken utsträckning olika branscher berörs. De näringsgrenar som i störst utsträckning torde vara berörda är energi, fastigheter, VA och avfall, transporter samt vård och omsorg. Även andra näringsgrenar kan dock vara berörda. Resultatet av OFUKI-utredningens enkät om offentliga företags handel med sina ägare ger en likartad bild av i vilka branscher det i störst utsträckning förekommer handel mellan kommunala bolag och deras ägare.

Det torde vara företag i nämnda branscher som i störst utsträckning konkurrerar med offentligt ägda bolag och som därmed i störst utsträckning berörs av OFUKI-utredningens förslag. Även företag i andra branscher där offentliga företag är verksamma kan naturligtvis beröras.

Kostnadsmissiga och andra konsekvenser av regleringen

Även om det står klart att OFUKI-utredningens förslag till permanent in house-undantag i LOU har stor betydelse för bl.a. staten, kommuner och landsting samt offentliga företag är det inte möjligt att generellt förutse omfattningen av eventuella effekter. Det hänger framför allt samman med att de offentliga aktörernas val mellan avbolagisering och konkurrensprövning inte kan förutses med någon säkerhet, och att det basalternativ mot vilket jämförelsen ska ske således inte kan bedömas.

Krav på upphandling, såsom alternativ till ett undantag, leder till ökad effektivitet i den offentliga verksamheten och därmed minskade kostnader. Tillkommande upphandlingsförfaranden kan emellertid i sig orsaka vissa kostnader.

Att det utan upphandlingskrav kan uppkomma behov av omorganisation eller avbolagisering av verksamhet kan också medföra momentana kostnader. En avbolagisering som innebär att verksamhet överförs till förvaltningsform leder däremot inte till ökad konkurrensutsättning genom upphandling. Som angetts ovan kan det inte heller uteslutas att berörd verksamhet i offentliga bolag skulle kunna bli föremål för en avbolagisering om det inte införs ett in house-undantag.

Sammantaget anser OFUKI-utredningen att det föreslagna undantaget från upphandlingsskyldighet kan medföra såväl

minskade som ökade kostnader för olika statliga och kommunala verksamheter. Någon beräkning av kostnaderna är emellertid inte möjlig att göra på grund av svårigheterna att förutse omfattningen av eventuella förändringar.

Överensstämmelse med de skyldigheter som följer av Sveriges anslutning till Europeiska unionen

De rättsliga förutsättningarna enligt svensk rätt och unionsrätten är av grundläggande betydelse för frågan om ett in house-undantag bör införas i Sverige. OFUKI-utredningen anser att unionsrätten ger valfrihet för Sverige att införa ett in house-undantag (se avsnitt 17.2.7).

Ett in house-undantag i LOU får dock inte vara mera vidsträckt än vad som gäller enligt EU-rätten eftersom Sverige då skulle agera i strid med skyldigheterna enligt EUF-fördraget och det klassiska direktivet. OFUKI-utredningen bedömer däremot att det saknas hinder för att undantaget i LOU ges ett snävare tillämpningsområde än det EU-rättsliga undantaget. Enligt OFUKI-utredningens mening är det dock eftersträvansvärt att en svensk regel i så hög grad som möjligt är i överensstämmelse med in house-undantaget enligt EU-domstolens praxis och inte begränsar möjligheterna att tillämpa denna praxis i Sverige.

OFUKI-utredningen bedömer att förslaget till in house-undantag är förenligt med unionsrätten.

Regleringens effekter för företag

Vilka företag som kan påverkas av OFUKI-utredningens förslag till in house-undantag har behandlats ovan och i kapitel 18. Inom t.ex. avfallsbranschen har konkurrensen enligt dess företrädare i viss mån förbättrats sedan SYSAV-domarna och införandet av regler om konkurrensbegränsande kommunal säljverksamhet. Att det införts regler om att upphandlingsskadeavgift kan dömas ut bl.a. vid otillåten direktupphandling kan också ha betydelse. Ökade krav på upphandling skulle sannolikt medföra ökade möjligheter för företagen att konkurrera i offentliga upphandlingar.

De företag som omedelbart berörs av förändrade regler är offentligt ägda företag som kan behöva överväga behovet av

upphandling. Offentligt ägda företag kan behöva göra genomlysningar av sina verksamheter, vilket också i många fall redan har skett, eftersom ett in house-undantag och den temporära lagstiftningen inte innebär ett automatiskt undantag från upphandlingskyldigheten. En prövning av om kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda måste alltid göras i varje enskilt fall. I den mån staten, kommunerna och landstingen avser att tillämpa bestämmelserna bör de därför se över bl.a. ägarstyrningen av sina bolag och bolagens verksamhet.

Det föreslagna undantagets betydelse för små och medelstora företag har diskuterats i avsnitt 18.4. Där konstateras att det är svårt att få en klar bild av i vilken utsträckning ett in house-undantag berör små och medelstora företag. Ett undantag från upphandlingsreglerna är sannolikt negativt för konkurrensen. Med stor sannolikhet påverkas de näringsgrenar mest av ett eventuellt in house-undantag som har den största omfattningen av handel mellan offentligt ägda företag och deras ägare. De negativa konkurrens effekterna begränsas delvis av verksamhetskriteriet som begränsar omfattningen av den verksamhet som offentligt ägda företag kan bedriva på den externa marknaden.

Betydelse för den kommunala självstyrelsen

I propositionen 2009/10:134 *Upphandling från statliga och kommunala företag* anförs att rätten att fritt organisera sina verksamheter är ett grundläggande element i den kommunala självstyrelsen och var en del av reformerna i 1991 års kommunallag (s. 24). Vidare anförs följande (s. 32).

Kommunallagen ger kommuner och landsting frihet att organisera sin verksamhet. De kan välja om verksamheten ska bedrivas i nämndform eller i företagsform. Denna organisationsfrihet är en mycket viktig del i den kommunala självstyrelsen. Avgörandet i SYSÄV-målen innebär att den kommunala organisationsfriheten begränsas.

I propositionen anförs också bl.a. följande angående konsekvenser för den kommunala självstyrelsen av propositionens förslag (s. 56).

Kommuner och landsting har en rätt att fritt organisera sin verksamhet och har bedrivit verksamhet i bolagsform sedan decennier. Om en reglering motsvarande kontroll- och verksamhetskriterierna inte införs innebär det att kommuner och landsting måste upphandla sådan verksamhet som de enligt KL har frihet att bedriva i bolagsform. Detta kan

ses som ett ingrepp i den kommunala organisationsfriheten och den kommunala självstyrelsen. Ett införande av kontroll- och verksamhetskriterierna påverkar därför den kommunala självstyrelsen positivt.

OFUKI-utredningen gör ingen annan bedömning än det som angetts i propositionen. Sammantaget är förslagen avseende in house-undantaget positiva för den kommunala självstyrelsen. Det förhållandet att det föreslagna in house-undantaget, eftersom det inte omfattar vissa koncernförhållanden, delvis kan anses innefatta en begränsning av den kommunala självstyrelsen har behandlats i avsnitt 21.5.

Övrigt

Offentligt ägda bolag har en förhållandevis jämn geografisk spridning över hela riket. Förslagen bör därför påverka landets olika delar på ett relativt likartat sätt. Den offentliga servicen torde inte försämrans eftersom de offentliga företagens förutsättningar, med OFUKI-utredningens förslag, inte bör förändras i någon större utsträckning. Snarare kan de ökade möjligheter till samverkan som är följden av utredningens förslag till in house-undantag – i jämförelse med att något undantag inte införs – ha en positiv effekt avseende möjligheterna till en god offentlig service i små kommuner med en liten befolkning. Deras behov av samverkan kan antas vara större än behovet för andra offentliga aktörer. Risken för utebliven konkurrensprövning talar i motsatt riktning. Vilka effekter som överväger är – som angivits ovan – inte möjligt att bedöma.

Motsvarande gäller eventuella effekter på sysselsättningen. Förslagets påverkan på sysselsättningen torde dock bli begränsad.

34.2 Kommunalrättsliga principer och de kommunala företagen

Problembeskrivning

Kommunernas och landstingens kompetens att bedriva olika slags verksamhet följer av bestämmelser i bl.a. regeringsformen, kommunallagen (1991:900), 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. Att det krävs en särskild åtgärd innebär emellertid att t.ex. en kommun som driver verksamhet genom ett aktiebolag av förbiseende eller annan anledning kan försumma att göra någon eller alla av principerna bindande för bolaget. Bolaget kan därigenom komma att få en väsentligt vidare kompetens än vad som automatiskt hade gällt för kommunen om denna bedrivit verksamheten i egen regi.

En annan skillnad mellan verksamhet som bedrivs i kommuner och landsting respektive i kommunala företag finns beträffande kommunmedlemmarnas möjligheter till laglighetsprövning av fattade beslut. Sådana beslut som fattas av interna kommunala organ kan överklagas enligt reglerna om laglighetsprövning. Beslut som fattas av kommunala företag kan däremot inte överklagas.

Alternativa lösningar och effekter om en reglering inte kommer till stånd

OFUKI-utredningen föreslår att bestämmelserna om kommunala företag i KL ska kompletteras i vissa avseenden. Reglerna innebär vissa utökade skyldigheter för fullmäktige och styrelse i kommuner och landsting, med syfte att det härigenom ska säkerställas att de kommunala företagen binds av och tillämpar de kommunalrättsliga principerna. Ett annat syfte är att öka förutsättningarna för rättslig prövning av den verksamhet som bedrivs i kommunala företag.

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.

I avsnitt 25.3.1 har OFUKI-utredningen behandlat frågan huruvida de kommunalrättsliga principerna borde vara automatiskt bindande för kommunala företag i stället för att bundenhet måste åstadkommas genom åtgärder i varje enskilt fall. Från ett associationsrättsligt perspektiv skulle sådana regler kunna ifrågasättas. Utredningen är därför inte beredd att föreslå bestämmelser som innebär att de kommunala företagen direkt binds av de kommunalrättsliga principerna. Eventuella sådana förslag måste föregås av ytterligare associationsrättslig analys som inte är möjlig att göra inom ramen för utredningens uppdrag.

Om fullmäktige överlämnar vården av en kommunal angelägenhet till ett helägt aktiebolag ska fullmäktige enligt 3 kap. 17 § första stycket 1 KL fastställa det kommunala ändamålet för verksamheten. I avsnitt 25.3.4 har utredningen behandlat huruvida fullmäktiges skyldighet borde ändras så att ändamålet ska fastställas inte bara i samband med överlämnandet av vården av den kommunala angelägenheten utan också årligen, t.ex. i samband med beslut om budget för kommunen eller landstinget. Ett skäl för detta skulle kunna vara ökade möjligheter till laglighetsprövning som följd av att fler beslut fattas och skulle kunna överklagas. Redan OFUKI-utredningens förslag om att resultatet av styrelsens uppsikt över kommunala aktiebolag ska redovisas i årliga beslut innebär emellertid att det i högre utsträckning än i dag kommer att fattas överklagbara beslut angående bolagen. Enligt OFUKI-utredningens mening saknas, mot bakgrund av utredningens övriga förslag, behov av årliga beslut av fullmäktige för säkerställande av att de kommunala aktiebolagen binds av och tillämpar de kommunala principerna.

Införande av en möjlighet till laglighetsprövning av kommunala företags beslut skulle enligt OFUKI-utredningens mening vara svårförenligt med associationsrätten. Som angetts i avsnitt 25.4.1 är utredningen därför inte beredd att föreslå en sådan åtgärd.

Om en reglering enligt OFUKI-utredningens förslag inte införs kvarstår bl.a. riskerna enligt dagens reglering för att de kommunalrättsliga principerna inte görs bindande för kommunala företag liksom riskerna för att principerna inte tillämpas av företagen. Ett överskridande av de kommunalrättsliga principerna får generellt

sett oönskade konsekvenser, om än dessa är olika beroende på i vilket avseende principerna överskrids. Exempelvis kan kommunal verksamhet i strid med självkostnadsprincipen innebära att en monopolställning utnyttjas (se det inledande avsnittet i kapitel 24).

Berörda av regleringen

OFUKI-utredningens förslag har betydelse för samtliga kommuner, landsting och kommunalförbund som äger bolag. Även de kommunala bolagen kan beröras. Förslagen torde leda till revideringar av bolagsordningar i samband med att reglerna träder i kraft. För bolag som berörs av sådana revideringar kan finnas behov av en översyn så att verksamheten överensstämmer med bolagsordningen.

Förslagen innefattar att kommun- och landstingsstyrelsen ska fatta årliga beslut om kommunala bolags verksamhet i förhållande till bl.a. de kommunala befogenheterna. Det medför att det i högre utsträckning än i dag kommer att fattas överklagbara beslut beträffande de kommunala bolagen. Därmed får kommun- och landstingsstyrelserna ett tydligare ansvar för att följa upp att de kommunalrättsliga principerna har följts.

Att det i högre utsträckning kommer att fattas överklagbara beslut torde leda till att fler beslut de facto överklagas. Antalet laglighetsprövningssmål hos de allmänna förvaltningsdomstolarna kan därför öka något. Ökningen får dock antas vara marginell.

Regleringens effekter för företag

OFUKI-utredningens förslag har i mer eller mindre utsträckning betydelse för samtliga kommunala företag som omfattas av 3 kap. 17–18 §§ KL. Bl.a. berörs samtliga kommunala aktiebolag av den föreslagna skyldigheten för styrelsen i kommuner och landsting att fatta årliga beslut avseende förenligheten av bolagens verksamhet med de kommunalrättsliga principerna. I detta avseende torde förslaget i första hand leda till att styrelserna kan komma att begära ytterligare information från de kommunala bolagen.

Omfattningen av lekmannarevisorernas granskning kan påverkas som följd av förslaget att de kommunalrättsliga principerna ska tas in i bolagsordningarna för kommunala aktiebolag. Kost-

naderna för lekmanrevisionen kan därmed också komma att öka (se avsnitt 25.3.2).

OFUKI-utredningens förslag leder till bättre förutsättningar för granskning av att kommunala företag agerar inom ramen för de kommunalrättsliga principerna. En ökad följsamhet med principerna hos de kommunala företagen är positiv för de privata företagen. Om exempelvis ett kommunägt företag bedriver verksamhet utanför den egna kommunen i strid med lokaliseringsprincipen, skulle ett upphörande av denna verksamhet generellt sett kunna skapa bättre förutsättningar för privata företag inom samma bransch.

Betydelse för den kommunala självstyrelsen

OFUKI-utredningens förslag innebär bl.a. att kommuner och landsting blir skyldiga att i högre utsträckning än i dag se till att det tas in föreskrifter om de kommunalrättsliga principerna i bolagsordningarna för kommunala aktiebolag. Det är en förändring av kommunernas och landstingens nuvarande valfrihet att åstadkomma bundenhet på olika sätt genom att kunna välja om man vill skriva in sådana regler i bolagsordningen, ägardirektiv eller avtal. Detta kan möjligen uppfattas som att den kommunala självstyrelsen inskränks något. Enligt OFUKI-utredningens mening är inskränkningen dock inte oproportionerlig i förhållande till ändamålet. Genom ändringen säkerställs att de grundläggande förutsättningarna för aktiebolagens verksamhet tas in i de centrala dokumenten för bolagen (se avsnitt 25.3.2). Härigenom tydliggörs såväl internt i bolagen som externt, bl.a. gentemot kommunmedlemmarna, att de kommunalrättsliga principerna gjorts bindande för bolagen. Granskningen av principernas efterlevnad kan också komma att stärkas eftersom en följd av utredningens förslag är att uppdraget för lekmanrevisorerna utökas.

Övrigt

OFUKI-utredningens förslag kan komma att medföra en viss ökad administration och därmed ökade kostnader för kommuner och landsting. Totalt finns ca 1 700 kommunala bolag (inklusive de landstingsägda) och nästan samtliga kommuner äger bolag.

Förslagen är förenliga med EU-rätten.

34.3 Överföring av rätten att fatta upphandlingsbeslut från kommuner och landsting

Problembeskrivning

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. Det förekommer också att upphandlingssamarbete sker utanför sådana grupperingar, med andra enskilda kommuner eller landsting eller inom större grupperingar. Vissa upphandlande myndigheters verksamhet är endast eller till viss del inriktad på att genomföra upphandlingar för andra upphandlande myndigheters eller upphandlande enheters räkning.

En upphandlande myndighet som samordnar upphandlingsförfarandet såsom ombud för andra upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter kan vara att se som inköpscentral. Dess tjänster avseende samordningen behöver då inte upphandlas.

För kommuner och landsting som anlitar en inköpscentral såsom ombud är det emellertid kommunalrättsligt inte möjligt att överföra rätten att fatta upphandlingsbeslut till inköpscentralen. Som följd härav måste bl.a. tilldelningsbeslut fattas av varje kommun eller landsting som samarbetar om upphandling, även om övriga åtgärder genomförs av en inköpscentral. Regelverket ger därigenom upphov till bl.a. administrativt merarbete.

Alternativa lösningar och effekter om en reglering inte kommer till stånd

OFUKI-utredningen föreslår en möjlighet för kommuner och landsting att delegera beslutanderätt avseende upphandlingar till anställda i inköpscentraler som har anlåtats för att medverka i en upphandling såsom ombud. I avsnitt 31.3 har OFUKI-utredningen bedömt att det inte bör möjliggöras att beslutanderätt kan överföras till andra än sådana inköpscentraler.

Om den föreslagna regleringen inte införs måste – liksom i dag – kommuner och landsting själva fatta tilldelningsbeslut även om den aktuella upphandlingen i övrigt kan genomföras av en inköpscentral såsom ombud. Den minskning av det administrativa arbetet vid samordnad upphandling som en delegation kan med-

föra, uppnås då inte. Om möjligheten till delegation inte införs kvarstår också bl.a. sekretessproblematiken med att upphandlingsbeslut kan komma att fattas vid olika tidpunkter (se avsnitt 31.2.2).

Berörda av regleringen

Den möjlighet till delegation av kommunal beslutanderätt till anställda i inköpscentraler som föreslås av OFUKI-utredningen har betydelse för kommuner och landsting som anlitar inköpscentraler för att medverka i upphandlingar i egenskap av ombud. Bestämmelsen har också betydelse för de upphandlande myndigheter – inköpscentraler – som anlitas för att medverka i upphandlingar i egenskap av ombud.

Det är möjligt att bl.a. små och medelstora företag kan påverkas i viss utsträckning av att en delegationsbestämmelse införs. Konkurrens effekter kan uppkomma för företagen, även om det inte är möjligt att dra någon generell slutsats om på vilka marknader det kan ske eller om i vad mån effekterna skulle vara positiva eller negativa (se avsnitt 31.2.5). Effekterna för olika specifika marknader kan skilja sig åt.

Regleringens effekter för företag

För sådana kommunala företag som medverkar i upphandlingar i egenskap av ombud för kommuner och landsting, kan förslaget till delegationsbestämmelse ge förutsättningar för minskad administration (se avsnitt 31.2.1). Om därmed frigjorda resurser leder till en ökning av den samordnade upphandlingen kan förslaget indirekt ha betydelse för konkurrensen och för små och medelstora företag (se avsnitt 31.2.5). Ökad samordnad upphandling på bekostnad av enskilda upphandlingar kan under vissa förutsättningar vara negativt för konkurrensen. I vad mån samordnad upphandling leder till negativa eller positiva effekter beror bl.a. på förhållandena på olika marknader och på utformningen av upphandlingar i enskilda fall.

OFUKI-utredningens förslag ger förutsättningar för delegation av beslutanderätt till anställda hos sådana upphandlande myndigheter som är inköpscentraler och som anlitas för att medverka i en upphandling såsom ombud för flera upphandlande myndigheter eller enheter. Utredningen föreslår däremot inte någon mot-

svarande möjlighet till delegation av beslutanderätt till anställda hos företag som inte är upphandlande myndigheter. Utredningen konstaterar att även privata företag kan anlitas av flera upphandlande myndigheter eller enheter för att medverka i en upphandling såsom ombud, om än anlitaandet av företaget i sig måste föregås av upphandling. I praktiken bedömer OFUKI-utredningen att det är få privata företag som bedriver verksamhet av nu aktuellt slag. Att delegation av beslutanderätt endast föreslås till anställda hos inköpscentraler, får vidare bedömas ha en marginell betydelse för de privata företagens konkurrensmöjligheter sett i jämförelse med den nackdel som dessa företag redan har med hänsyn till att de inte kan komma i åtnjutande av upphandlingsreglernas undantag för inköpscentraler.

Övrigt

OFUKI-utredningens förslag ger förutsättningar för minskad administration i sådana fall då kommuner och landsting genomför samordnade upphandlingar med hjälp av inköpscentraler såsom ombud. Storleken på de effektivitetsvinster som kan uppkomma beror bl.a. på antalet samverkande aktörer. För en inköpscentral som genomför många upphandlingar såsom ombud kan vinsterna bli stora, särskilt om centralen regelmässigt är ombud för ett stort antal kommuner eller landsting. För en enskild kommun såsom deltagare i en samordnad upphandling kan vinsten vara mindre. Förslaget väntas inte ha någon påverkan på sysselsättningen.

Förslaget ger möjlighet till delegation och innebär alltså inte krav på att delegation sker. Detta är positivt för den kommunala självstyrelsen.

Förslaget är förenligt med EU-rätten.

35 Författningskommentar

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

3 kap.

17 §

I *första stycket* görs dels en redaktionell ändring, dels materiella ändringar.

Ändringen i *första stycket* 2 innebär att fullmäktige ska se till att vissa förhållanden anges i bolagsordningen för sådana helägda aktiebolag som avses i paragrafen. Det gäller dels det kommunala ändamål med verksamheten som fullmäktige är skyldig att fastställa enligt första stycket 1, dels de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten i fråga.

Avgörande för preciseringen av de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten i ett enskilt fall är vilka kommunalrättsliga principer som gäller för den aktuella verksamheten. Det kan vara såväl kompetensbegränsande principer, t.ex. förbudet mot spekulativ verksamhet (2 kap. 7 § KL) och lokaliseringsprincipen (2 kap. 1 § KL), som principer som begränsar på vilket sätt kompetensenlig verksamhet får bedrivas, t.ex. självkostnadsprincipen (8 kap. 3 c § KL) och likställighetsprincipen (2 kap. 2 § KL). Bolagsordningen behöver inte innehålla några föreskrifter i motsvarande mån som det gäller undantag från de kommunalrättsliga principerna för den aktuella verksamheten. Detta följer av att det är de kommunala befogenheter som utgör *ram för verksamheten* som ska anges i bolagsordningen.

Skyldigheten för fullmäktige att se till att de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten anges i bolagsordningen innebär inte att rättsläget ändras i fråga om i vilken grad de kommunalrättsliga principerna ska göras bindande för helägda

kommunala aktiebolag. Bestämmelsen i första stycket 2 påverkar nämligen endast det sätt på vilket bundenheten ska åstadkommas. Tidigare möjligheter att åstadkomma bundenhet genom t.ex. avtal eller bolagsstämмоanvisningar kommer inte längre att stå till buds. Under förutsättning att erforderlig bundenhet skapats genom bolagsordningen finns däremot inget hinder för ytterligare precisering i andra instrument, t.ex. avtal eller bolagsstämмоanvisningar.

Som följd av ändringen i första stycket 2 flyttas nuvarande innehåll i detta lagrum oförändrat till *första stycket 3*.

Innehållet i sistnämnda lagrum flyttas till *första stycket 4*, som är en ny punkt, och ändras delvis. Av nuvarande bestämmelse framgår att fullmäktige ska se till att få ta ställning innan sådana beslut i bolagets verksamhet som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas. Ändringen innebär en precisering av det sätt på vilket helägda bolag ska göras skyldiga att inhämta fullmäktiges ställningstagande, nämligen genom föreskrift i bolagsordningen.

Ändringen i *andra stycket* är redaktionell.

Tredje stycket i paragrafen innehåller bestämmelser om skyldigheter för fullmäktige när kommunen ensam eller landstinget ensamt bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet. Det som anges i första stycket om fullmäktiges skyldigheter i fråga om helägda aktiebolag gäller på motsvarande sätt när sådana stiftelser bildas. Redan härigenom får ändringarna i första stycket genomslag också på fullmäktiges skyldigheter i fråga om stiftelser. En stiftelse har emellertid ingen bolagsordning. I tredje stycket görs därför ett tillägg som innebär att det som anges om bolagsordningen i de ändrade bestämmelserna i första stycket 2 och 4, i stället ska avse stiftelseförordnandet eller stiftelseurkunden. De förhållanden som ska tas in i bolagsordningen för aktiebolag ska alltså i stället tas in i stiftelseförordnandet för sådana stiftelser som bildas enligt stiftelselagen (1994:1220) respektive i stiftelseurkunden för sådana stiftelser som bildas enligt lagen (1967:531) om tryggnad av pensionsutfästelse m.m.

Ändringen i *fjärde stycket* är redaktionell.

Ändringarna i paragrafen behandlas i avsnitt 25.3.2.

6 kap.

1 a §

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

Första stycket i 6 kap. 1 a § innebär att styrelsen ska fatta årliga beslut för varje sådant aktiebolag som avses i 3 kap. 17 och 18 §§. Beslut ska därmed fattas för varje sådant bolag till vilken kommunen eller landstinget överlämnat vården av en kommunal angelägenhet. Det gäller dels sådana bolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier (jfr 3 kap. 17 §), dels sådana bolag där kommunen eller landstinget bestämmer tillsammans med någon annan (jfr 3 kap. 18 §).

Genom besluten ska styrelsen ta ställning till om den verksamhet som bedrivits av aktiebolaget under föregående kalenderår har utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna. Detta innebär att styrelsen ska bedöma om verksamheten har varit förenlig med de kommunalrättsliga principer som gäller för sådan verksamhet. För viss verksamhet gäller undantag från några av dessa principer. I övrigt ska prövningen ta sikte på verksamhetens förenlighet med såväl kompetensbegränsande principer, t.ex. förbudet mot spekulativ verksamhet (2 kap. 7 § KL) och lokaliseringsprincipen (2 kap. 1 § KL), som principer som begränsar på vilket sätt kompetenslig verksamhet får bedrivas, t.ex. självkostnadsprincipen (8 kap. 3 c § KL) och likställighetsprincipen (2 kap. 2 § KL). I vad mån det i bolagsordningen har angetts de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten i fråga, i enlighet med den ändrade bestämmelsen i 3 kap. 17 § första stycket 2, påverkar inte styrelsens prövning enligt 6 kap. 1 a § första stycket. Även om bolagsordningen saknar erforderliga sådana bestämmelser, ska alltså styrelsen ta ställning till om verksamheten har utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna.

Genom besluten ska styrelsen också ta ställning till om verksamheten under föregående kalenderår har varit förenlig med det

kommunala ändamål med verksamheten som kan ha fastställts av fullmäktige. I fråga om helägda aktiebolag ska ett sådant ändamål alltid ha fastställts av fullmäktige och ha angetts i bolagsordningen (se den ändrade bestämmelsen i 3 kap. 17 § första stycket 2).

Styrelsens prövning av om bolagets verksamhet har varit förenlig med fastställt kommunalt ändamål ska göras oberoende av prövningen av om verksamheten har utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna och vice versa. Att verksamheten varit förenlig med de kommunala befogenheterna hindrar alltså inte att den kan ha stridit mot det fastställda ändamålet. Omvänt kan verksamheten ha bedrivits i enlighet med fastställt ändamål men i strid med de kommunala befogenheterna.

Enligt 6 kap. 1 a § första stycket ska styrelsens beslut lämnas över till fullmäktige samtidigt med årsredovisningen för samma kalenderår. Styrelsens beslut måste därmed fattas senast samma dag som årsredovisningen överlämnas. Årsredovisningen ska enligt 8 kap. 17 § överlämnas snarast möjligt och senast den 15 april året efter det år som redovisningen avser.

Andra stycket i 6 kap. 1 a § anger att om sådan förenlighet som avses i första stycket saknas i någon del, så ska styrelsen lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder. Härigenom tydliggörs att styrelsen ska ta nödvändiga initiativ för att rätta till eventuella missförhållanden i kommunala aktiebolag, även om endast fullmäktige förfogar över de nödvändiga maktmedlen för att åstadkomma detta. Det är inte endast om missförhållanden konstaterats av styrelsen i dess beslut som skyldigheten att lämna förslag till fullmäktige aktualiseras. Skyldigheten kan även utlösas om det klargjorts missförhållanden exempelvis genom att förvaltningsdomstol har upphävt styrelsens beslut efter att detta överklagats.

I andra stycket anges även att styrelsen ska 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. Bestämmelsen innebär inte att styrelsen ska överpröva det ändamål som fastställts av fullmäktige. I vissa fall kan emellertid ändå ha framkommit att ändamålet är oförenligt med de kommunala befogenheterna, t.ex. på grund av att omvärldsförutsättningarna ändrats eller genom avgörande i domstol. Enligt bestämmelsen ska styrelsen då lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder.

Om skyldigheten för styrelsen att lämna förslag till fullmäktige enligt 6 kap. 1 a § andra stycket aktualiserats, ska styrelsen agera

skyndsamt. Detta gäller särskilt i sådana fall då missförhållanden fortgår.

De nya bestämmelserna i 6 kap. 1 a § första och andra styckena påverkar inte att det i övrigt kan finnas anledning för styrelsen att agera utifrån sin uppsiktsplikt över kommunala företag enligt 6 kap. 1 §. För det fall styrelsen inom ramen för den löpande uppsikten bedömer att ett kommunalt aktiebolag bedriver verksamhet i strid med de kommunalrättsliga principerna eller fastställt kommunalt ändamål, kan det finnas anledning för styrelsen att vidta åtgärder omedelbart, t.ex. att påkalla ingripande av fullmäktige.

Enligt *tredje stycket* i 6 kap. 1 a § ska styrelsen vid behov vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de krav som anges i 3 kap. 17 och 18 §§ är uppfyllda i fråga om sådana aktiebolag som avses i dessa bestämmelser. Bestämmelsen tydliggör styrelsens ansvar för att verksamheten i kommunala aktiebolag enligt 3 kap. 17 och 18 §§ omgärdas av de krav som gäller enligt dessa paragrafer. Behov för styrelsen att agera kan t.ex. finnas om fullmäktiges beslut att fastställa det kommunala ändamålet med ett aktiebolags verksamhet enligt 3 kap. 17 § första stycket 1 har upphävts eller om bolagsordningen av något skäl inte stämmer överens med detta ändamål. Om det visat sig att det ändamål som fastställts av fullmäktige inte överensstämmer med de kommunala befogenheterna, har styrelsen också anledning att agera. De åtgärder som det ankommer på styrelsen att vidta, är främst att lämna erforderliga förslag om åtgärder till fullmäktige men kan även avse t.ex. säkerställande av att fullmäktiges beslut verkställs.

Paragrafen behandlas i avsnitt 25.3.3.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Av *första punkten* framgår att lagen träder i kraft den 1 januari 2013.

Andra punkten innehåller en övergångsbestämmelse för stiftelser som bildats före ikraftträdandet. För dessa fortsätter 3 kap. 17 § i sin äldre lydelse att gälla. Bestämmelsen har behandlats i avsnitt 33.2.2.

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

2 kap.

10 a §

Ändringen i *första stycket* innebär att det undantag från upphandlingsskyldighet som följer av paragrafen kan tillämpas av upphandlande myndigheter oavsett slag. Tidigare begränsning i detta avseende slopas. Undantaget kommer därmed, som tidigare, att kunna tillämpas av upphandlande myndigheter som är statliga eller kommunala myndigheter, beslutande församlingar i kommuner eller landsting eller sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller församlingar. Som följd av ändringen kommer undantaget emellertid även att kunna tillämpas av upphandlande myndigheter som är offentligt styrda organ enligt 2 kap. 12 § eller sammanslutningar bestående av sådana organ (jfr 2 kap. 19 §). Undantagets tillämpningsområde utvidgas därigenom.

Ändringen i första stycket behandlas i avsnitt 21.6 (jfr avsnitt 5.1 och 21.2).

Även genom *tredje stycket*, som är nytt, utvidgas tillämpningsområdet för det undantag från upphandlingsskyldighet som följer av paragrafen. Innehållet i stycket utgör en komplettering till första och andra styckena i paragrafen och måste läsas tillsammans med dessa.

Av första stycket i paragrafen, med den ändring som behandlats ovan, framgår att med kontrakt enligt 2 kap. 10 § avses inte avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som antingen är en juridisk person som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i, eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900). Av andra stycket framgår dock att första stycket endast gäller om två villkor är uppfyllda. Dessa motsvarar de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna (Teckal-kriterierna) enligt EU-domstolens praxis. Innebörden av EU-domstolens praxis, som ska läggas till grund för tolkningen av villkoren (prop. 2009/10:134, s. 58), behandlas i kapitel 4, 19 och 20. Det första villkoret är att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet, andra stycket 1). Det andra villkoret

är, i fall då den juridiska personen eller den gemensamma nämnden även utför verksamhet tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten, att denna verksamhet endast är av marginell karaktär (verksamhetskriteriet, andra stycket 2).

Om villkoren är uppfyllda, uppkommer inte ett kontrakt i lagens mening när en upphandlande myndighet anskaffar t.ex. varor eller tjänster från en sådan leverantör som anges i första stycket.

Formuleringen av kontrollkriteriet innebär att den upphandlande myndigheten måste utöva erforderlig kontroll över leverantören. Sådan kontroll kan under vissa förutsättningar utövas av t.ex. staten eller en kommun över ett direkt eller indirekt helägt aktiebolag eller gemensamt av flera kommuner över ett samägt aktiebolag (se kapitel 4, 19 och 20). Däremot kan t.ex. ett aktiebolag som är helägt av en kommun inte utöva kontroll enligt kontrollkriteriet över kommunen (jfr avsnitt 5.2). Kommunen kan inte heller anses bedriva sin verksamhet tillsammans med aktiebolaget, i enlighet med formuleringen av verksamhetskriteriet.

Detta innebär att anskaffning som görs av ett sådant aktiebolag såsom upphandlande myndighet från kommunen såsom leverantör (dvs. en "omvänd situation") inte kan omfattas av undantaget från upphandlingsskyldighet enligt första och andra styckena i 2 kap. 10 a §. Enklare uttryckt skulle kommunen kunna anskaffa t.ex. tjänster från aktiebolaget utan upphandling medan – omvänt – aktiebolaget inte kan anskaffa tjänster från kommunen utan upphandling. I den omvända situationen saknar det enligt första och andra styckena betydelse om kommunen utövar kontroll enligt kontrollkriteriet över aktiebolaget och aktiebolaget utför verksamhet tillsammans med kommunen i enlighet med verksamhetskriteriet. Aktiebolagets anskaffning måste oavsett sådana förhållanden föregås av upphandling.

Genom det tredje stycket i paragrafen införs emellertid en möjlighet till undantag från upphandlingsskyldighet i omvända situationer. Förutsatt att ett avtal kan slutas utan att vara ett kontrakt enligt första och andra styckena, anger bestämmelsen att ett kontrakt inte heller uppkommer när ett avtal 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.

Innebörden av bestämmelsen förklaras enklast genom ett exempel. Antag att t.ex. en kommun utövar kontroll i enlighet med kontrollkriteriet över ett aktiebolag samt att detta bolag bedriver

sin verksamhet tillsammans med kommunen i enlighet med verksamhetskriteriet. Villkoren i andra stycket är alltså uppfyllda. Enligt första stycket skulle då kommunen såsom upphandlande myndighet (den part som avses i första stycket 1) kunna anskaffa t.ex. tjänster från aktiebolaget såsom leverantör (den part som avses i första stycket 2) utan att ett kontrakt uppkommer. Detta leder till att någon upphandlingsskyldighet inte föreligger. Som följd av bestämmelsen i tredje stycket skulle även aktiebolaget såsom upphandlande myndighet (dvs. den part som avses i första stycket 2 är upphandlande myndighet) utan upphandling kunna anskaffa t.ex. tjänster från kommunen såsom leverantör (dvs. den part som avses i första stycket 1 är leverantör). Skillnaden mellan situationerna är endast att partsställningen ifråga om vem som är köpare och säljare är omvänd. I båda situationerna måste kommunen utöva kontroll enligt kontrollkriteriet över aktiebolaget samt bolaget bedriva sin verksamhet tillsammans med kommunen i enlighet med verksamhetskriteriet.

Tredje stycket har behandlats i avsnitt 21.6 (se även avsnitt 5.2 och 21.4).

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Av *första punkten* framgår att lagen träder i kraft den 1 januari 2013.

Andra punkten innehåller en övergångsbestämmelse som innebär att ändringarna i 2 kap. 10 a § ska tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet. Bestämmelsen har behandlats i avsnitt 33.2.1.

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

6 kap.

4 §

Paragrafen, som är ny, ger förutsättningar för nämnder i kommuner, landsting och kommunalförbund att delegera beslutanderätt till anställda i inköpscentraler. Delegation kan ske från såväl egna som gemensamma nämnder.

Av *första stycket* framgår att vissa villkor måste vara uppfyllda. Delegation förutsätter att nämnden anlitar en inköpscentral enligt 4 kap. 22 § LOU eller 4 kap. 4 § LUF för att medverka i en upphandling i egenskap av ombud. Hänvisningen innebär att upphandlingslagstiftningens undantag från upphandlingsskyldighet vid anlitan av inköpscentraler måste vara uppfyllt. Dessutom ska inköpscentralens roll vara att medverka i den aktuella upphandlingen i egenskap av ombud, dvs. i enlighet med 2 kap. 9 a § 2 LOU eller LUF. Om så är fallet får alltså, med stöd av den nya paragrafen, uppdrag även ges åt anställda i inköpscentralen att besluta i upphandlingen på kommunens eller landstingets vägnar. Något krav på att ett sådant uppdrag ges uppställs inte i paragrafen. En förutsättning för delegation är att det finns en överenskommelse om detta mellan nämnden och inköpscentralen.

Ett uppdrag att besluta på en nämnds vägnar innebär i kommunalrättslig mening att nämndens beslutanderätt delegeras till anställda i inköpscentralen. Detta medför att sådana ställningstaganden i ett upphandlingsärende som i KL:s mening utgör beslut kan fattas av den anställde i inköpscentralen till vilken beslutanderätt delegerats. Främst omfattas beslut som avses i 9 kap. 9 § eller 15 kap. 19 § LOU respektive LUF, dvs. beslut som fattas om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt liksom beslut att avbryta en upphandling för vilken det har gått ut inbjudan att lämna anbud och beslut att göra om upphandlingen. Men även andra avgöranden som är att se som beslut i KL:s mening omfattas.

Att delegation skett till en anställd i en inköpscentral påverkar inte arbetsgivarförhållandena för denne. I offentlighets- och sekretesshänseende kommer den anställde dock att betraktas som en del av den delegerande nämnden (jfr 2 kap. 5 § offentlighets- och sekretesslagen [2009:400], se även prop. 1995/96:167, s. 41, och prop. 2004/05, 72, s. 19).

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

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

Paragrafen behandlas i avsnitt 32.2.2 och 32.2.4.

5 §

Paragrafen, som är ny, möjliggör för nämnder i kommuner, landsting och kommunalförbund att uppdra åt bl.a. anställda i den egna organisationen att på nämndens vägnar fatta beslut om delegation av beslutanderätt till anställda i inköpscentraler.

Enligt *första stycket* kan uppdrag att fatta beslut i ärenden enligt den nya 4 § första stycket lämnas med tillämpning av 6 kap. 33 § KL. Detta innebär att uppdrag att fatta beslut på nämndens vägnar kan ges åt utskott, ledamöter eller ersättare eller anställda hos kommunen eller landstinget. För en gemensam nämnd kan sådant uppdrag även ges åt en anställd i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen. Då bestämmelsen möjliggör delegation i sådana ärenden som avses i den nya 4 § första stycket kan nämnder i kommunalförbund delegera till bl.a. utskott och anställda i den egna organisationen på samma sätt som nämnder i kommuner och landsting.

Nämndens beslut om delegation kan förenas med villkor (jfr kommentaren till den nya 6 §).

Andra stycket anger att föreskrifterna i 6 kap. 35 § KL om anmälan av beslut till nämnd ska tillämpas på beslut som fattas med stöd av uppdrag enligt första stycket i den nya paragrafen. Bestämmelsen aktualiseras när en nämnd i t.ex. en kommun har uppdragit åt exempelvis en anställd i kommunen att på nämndens vägnar besluta om delegation till anställda i inköpscentraler. I dessa fall ska de beslut om delegation som den kommunanställda fattar anmälas till nämnden. Nämnden bestämmer i vilken ordning detta ska ske.

Paragrafen behandlas i avsnitt 32.2.3.

6 §

Enligt paragrafen, som är ny, gäller skyldighet för anställda i inköpscentraler, som fått i uppdrag att besluta på en nämnds vägnar, att anmäla de beslut som fattas med stöd av uppdraget. Beslut ska anmälas till den som de facto har lämnat uppdraget att fatta beslut, dvs. antingen nämnden enligt 4 § första stycket eller t.ex. en kommunanställd eller ett utskott efter delegation enligt 5 § första stycket. Om uppdraget till den anställde i inköpscentralen lämnats av t.ex. upphandlingschefen i en kommun på en nämnds vägnar, ska alltså beslut som fattas av den anställde i inköpscentralen anmälas till upphandlingschefen.

Bestämmelsen reglerar inte vidareanmälan av beslut. Nämndens delegation till exempelvis en upphandlingschef enligt 5 § första stycket kan emellertid förenas med villkor om att sådana beslut som fattas av anställda i inköpscentraler ska vidareanmälas till nämnden.

Paragrafen behandlas i avsnitt 32.2.5.

7 §

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

Paragrafen behandlas i avsnitt 32.2.5.

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

Lagändringen innebär att den ännu inte ikraftträdde ändringsförfattningen utgår. Ett permanent in house-undantag kommer därmed att gälla enligt 2 kap. 10 a § LOU.

Lagändringen träder i kraft den 1 januari 2013.

Särskilt yttrande

Av Lena Dalman

Sammanfattning

Jag förordar att ett övergripande undantag införs i LOU och LUF, där man från kontraktsbegreppet undantar sådana avtal som inte är att anse som kontrakt enligt det klassiska direktivet (2004/18/EG) respektive försörjningsdirektivet (2004/17/EG). Det lagda förslaget, där koncerninterna köp inte fullt ut undantas, kommer att få mycket negativa konsekvenser för kommuner och landsting, såväl praktiskt som ekonomiskt. Förslaget innebär en otillbörlig inskränkning i den kommunala självstyrelsen såsom den kommer till uttryck i EU-fördraget, den europeiska konventionen om kommunal självstyrelse och den svenska regeringsformen. Som motiv anges i utredningen att det för ett undantag för koncernförhållanden krävs att EU-rätten tillåter det. EU-domstolen har dock hittills aldrig tagit ställning till köp inom en koncern, och det kan enligt min mening inte uteslutas att EU-domstolen skulle godta sådana som in house-situationer. Jag anser också att konsekvensbeskrivningen och proportionalitetsbedömningen enligt 14 kap. 3 § RF inte är tillfredsställande.

Bakgrunden till utredningen och utredningens dilemma

Bakgrunden till utredningsuppdraget är bl.a. den s.k. SYSAV-domen, RÅ 2008 ref. 26. Regeringsrätten konstaterade där att den svenska nationella lagstiftningen inte innehöll några undantag från upphandlingsskyldigheten, och att tillämpning av Teckal-kriterierna därför inte aktualiserades.

Domen har kritiserats och jag är beredd att instämma i den kritiken. Domskälerna är enligt min mening svåra att förstå. Regeringsrätten förefaller ha dragit slutsatsen att EU-domstolen i

praxis lagt fast att det måste finnas uttryckliga undantag i nationell rätt för att Teckal-undantagen ska gälla. EU-domstolen har aldrig haft den frågan uppe till bedömning, utan har enbart svarat på frågan om direktiven utgör hinder mot att införa Teckal-undantag i nationell rätt. Det framstår för mig som osannolikt att EU-domstolen skulle underkänna att en medlemsstat tolkar sin upphandlingslagstiftning direktivkonformt i de fall särskilda Teckal-undantag saknas i den nationella lagen.

Slutsatsen av detta blir att lydelsen av LOU egentligen inrymde ett Teckal-undantag före Regeringsrättens dom. I det uppkomna läget – med ett prejudikat som Regeringsrätten i och för sig är fri att ändra – har det dock blivit nödvändigt med någon form av lagtext för att undanröja effekterna av domen. En enkel lösning skulle vara att införa ett övergripande, direktivkonformt, undantag. Utredningen har dock valt att gå en annan väg, vilket tyvärr medfört att koncernsituationerna inte fullt ut har kommit att omfattas.

Ett mer generellt, EU-anknutet, undantag borde ha föreslagits

Utredningen har stannat vid att föreslå att ett preciserat undantag bör införas i stället för ett undantag som är mer inriktat på begreppet kontrakt i det klassiska direktivet. Ett alternativ till den föreslagna lagtexten skulle kunna vara (att införas i 2 kap. 10 § LOU):

Med kontrakt avses dock inte sådana avtal mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som inte utgör kontrakt enligt direktiv 2004/18 EG.

Som anges i betänkandet (avsnitt 21.1) skulle det med denna utformning åstadkommas en fullständig överensstämmelse mellan det svenska begreppet kontrakt och direktivets motsvarande begrepp. Utformningen skulle också täcka in såväl nuvarande som blivande praxis från EU-domstolen.

Utredningen har som skäl för sitt ställningstagande angett att det 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. Enligt min uppfattning är alla mellankommande tolkningsled i form av lagtext snarare

ägnade att försvåra tillämpningen av Teckal-kriterierna. Man har dessutom alltid goda möjligheter att i specialmotiveringen klargöra hur man tänkt och redovisa EU-praxisen där.

Jag delar heller inte utredningens uppfattning att det skulle utgöra någon särskild brist att överlämna åt svenska upphandlande myndigheter att i första ledet bedöma om Teckal-kriterierna är tillämpliga i situationer som ännu inte prövats av EU-domstolen. Att hantera icke rättsligt prövade situationer ingår som ett naturligt led i alla verksamheter, offentliga som privata. Vi kan inte heller lösa allt genom detaljerad lagstiftning. Den alternativa lösningen, med direkt hänvisning till direktivet, skulle också tydliggöra att det är fråga om EU-rätt. Detta skulle i sin tur kunna vara pådrivande för de svenska domstolarna att i större utsträckning inhämta förhandsavgöranden från EU-domstolen än vad som sker i dag. Utredningens resonemang kring att införa ett preciserat, svenskt, undantag signalerar enligt min uppfattning en omognad i förhållande till EU-rätten. I stället för att genom direktivnära lösningar vara en del av och bidra till EU-rättens ständiga förändring väljs linjen att Sverige ska invänta att ny praxis kommit och därefter möjligen ändra sin nationella lagstiftning. Den nya praxisen måste, som jag ser det, till följd av den höga detaljeringsgraden initieras av någon annan stat än Sverige. Detta är mycket olyckligt. Det lagda lagförslaget kväver här en möjlig praxisbildning redan i sin linda, genom att på nationell nivå lagstifta bort möjligheterna till Teckal-undantag inom koncerner utan att vi ens vet hur EU-domstolen skulle se på denna fråga.

Utredningen flaggar redan i betänkandet för att lagändringar kan komma att bli aktuella om EU-domstolen kommer med ny praxis. Utredningen har alltså valt en lösning som Jörgen Hettne i sitt utlåtande till utredningen anfört att man i görligaste mån bör undvika.¹ Jag vill även peka på att den valda lagstiftningsmodellen, utöver denna olägenhet, innebär en förhöjd risk för eventuella fördragsbrott. EU-domstolens praxis är under snabb förändring. Lagstiftaren måste därför hela tiden ligga i framkant och se till att svensk lag inte hamnar i konflikt med EU-rätten. Med mitt förslag finns inte denna risk.

¹ Bilaga 4, not 76.

Även köp inom koncerner borde ha inrymts i undantaget

Kommunala bolag – en etablerad företeelse

Kommunala bolag har funnits under mycket lång tid, och de kodifierades genom 1991 års kommunallag (KL). I 3 kap. 16 § KL anges att kommuner och landsting får överlämna värden av en kommunal angelägenhet till bl.a. aktiebolag. Bolag är i dag en väl etablerad del av den kommunala sektorn. Det har även i vissa fall införts krav på att kommunal verksamhet ska drivas i bolagsform, exempelvis inom energiområdet. Mycket stora värden finns i den kommunala bolagssektorn och verksamheten i dessa bolag omsätter drygt 145 miljarder kr. Bolagen finns exempelvis inom energisektorn, fastighetssektorn och avfallssektorn. Stockholms läns landsting har flera stora sjukhus i bolagsform.

Det kommunala självstyret

I Sverige finns ett grundlagsfäst kommunalt självstyre.² I 14 kap. 3 § RF anges också att en inskränkning i den kommunala självstyrelsen inte bör gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som har föranlett den. I motiven till den bestämmelsen framhöll regeringen att proportionalitetsprincipens huvudsakliga syfte var att åstadkomma en ordning som innebär att intresset av kommunal självstyrelse under beredningen av lagförslag regelmässigt ställs mot de intressen som ligger bakom lagförslaget.³ Även i Lissabonfördraget, som utgör EU:s primärrätt, har det kommunala självstyret erkänts. Sverige har även ratificerat den europeiska konventionen om kommunal självstyrelse. I artikel 6.1. anges att kommuner själva, utan hinder av mer allmänna lagregler ska kunna bestämma om sina inre administrativa strukturer för att anpassa dem till de lokala behoven och för att säkerställa en effektiv förvaltning.

² 1 kap. 1 § RF.

³ Prop. 2009/10:80 s. 213.

Motiveringen till att inte undanta koncerninterna köp

Utredningen konstaterar inledningsvis i avsnitt 21.5 att det är oklart om undantag från upphandlingsskyldighet kan gälla inom koncerner eller en koncernliknande organisation i andra fall än då anskaffningen görs i rakt nedåt- eller uppåtstigande led. I samma avsnitt framhålls att det utifrån faktiska organisatoriska förhållanden i kommunal sektor kan finnas behov av ett undantag. Utredningen kommer till sist fram till att koncerntransaktioner inte bör undantas med den motiveringen att en första grundförutsättning för detta nämligen är att EU-rätten tillåter det.

Utredningen kräver här, till skillnad mot fallet när det kommunala bolaget köper från sin ägare (det omvända fallet), att det ska finnas uttrycklig praxis från EU-domstolen för att ett undantag ska införas. För mig framstår detta som en mycket svag och inkonsekvent motivering. Enligt min uppfattning är vi fria att införa ett direktivkonformt undantag, eftersom detta vid varje tid överensstämmer med EU-rätten. Ett sådant undantag tar höjd för att koncerninterna transaktioner i framtiden godtas av EU-domstolen.

Praktiska konsekvenser av att koncerninterna köp inte undantas

Utredningen har gjort en omfattande kartläggning och konstaterat att det är mycket vanligt med kommunala koncerner. Utredningen har pekat på att ett uteblivet undantag i många fall skulle medföra stora förändringar i förutsättningarna för offentlig sektor och inom flertalet verksamhetsgrenar. Kravet på upphandling får enligt utredningen inte drivas så långt att det i stället medför ökade kostnader för offentligt finansierad verksamhet. Upphandlingskrav kan medföra risk att man förlorar stordriftsfördelar eller på annat sätt förlorar i effektivitet. Utredningen har även pekat på riskerna för avbolagisering, vilket knappast främjar konkurrensen utan endast medför kostnader för det allmänna. Sannolikheten för avbolagisering har bedömts som tämligen hög, särskilt när det gäller bolagiserad stödverksamhet men också när det gäller Stockholms läns landstings bolagiserade sjukhus. Utredningen har konstaterat att handel mellan offentligt ägda bolag och dess ägare sker i "alla riktningar".

Vad vi talar om är en stor sektor som tillhandahåller för medborgarna viktiga funktioner som SOS-centraler, avfallshantering, bostäder och sjukvård. Offentliga sektorn har även bolagiserat stödfunktioner för att uppnå god effektivitet i koncernerna. Statsmakterna har åsett och även genom lagstiftning bidragit till att dessa strukturer uppstått, och har även, exempelvis vad gäller SOS Alarm AB, egna intressen i dem. Mot den här bakgrunden framstår utredningens ställningstagande som mycket svårt att acceptera; att på en så här svag grund i praktiken tvinga offentliga sektorn att slå sönder sina koncerner. Och detta enbart för att vi inte vet hur EU-domstolen skulle bedöma ett koncernfall. Omorganisationerna kommer att få mycket stora ekonomiska konsekvenser för sektorn och pengarna måste tas från verksamheterna som vård, omsorg och skola. Det framstår vidare som olämpligt att en så här stor förändring i den faktiska organisationsfriheten i den kommunala sektorn smyger sig in som en bieffekt i en utredning, där stort fokus lagts på att försöka förutse hur EU-domstolen skulle bedöma ännu ej prövade situationer. Till detta ska läggas att det vore mycket olyckligt om kommuner och landsting först omorganiserade sina verksamheter och det därefter kom ett avgörande från EU-domstolen om att koncernförhållanden kan inrymmas i in house-undantaget.

EU-domstolens framtida praxis

För egen del utesluter jag inte att EU-domstolen skulle kunna godta ett koncernförhållande. Som Jörgen Hettne skrivit i sitt utlåtande till utredningen⁴ kan det antas att principen om ekonomisk enhet enligt konkurrensrätten varit en inspirationskälla för EU-domstolen i Teckal-målet. Daniel Stattin menar i sitt utlåtande till utredningen⁵ att koncernförhållanden skulle kunna godtas. Ett intressant mål är Hamburg-målet, där ingen kontroll alls krävdes⁶ utan det rörde sig om en ren samverkanssituation mellan några kommuner. EU-domstolens praxis uppvisar enligt min mening ett funktionellt tänkande, som väl överensstämmer med förhållandena i Sverige där bolagisering enbart ska ses som en alternativ driftform för kommunala verksamheter. EU-domstolen kommer även vid en

⁴ Bilaga 4.

⁵ Bilaga 3.

⁶ C-480/06.

framtida prövning att beakta art. 4.2 i EU-fördraget om kommunal självstyrelse. Mot den här bakgrunden framstår det som bekymmersamt att utredningen inte i möjligaste mån värnar om det system vi byggt upp i Sverige genom att föreslå en bestämmelse som möjliggör att vi kan få fram ett mål om koncernförhållanden till EU-domstolen. Att befrämja en sådan praxisbildning ligger också i linje med Montirapporten av den 9 maj 2010 *En ny strategi för den inre marknaden*. Där sägs⁷ att man bör klarlägga reglerna ifråga om ”intern” upphandling.

Utredningens konsekvensanalys och proportionalitetsbedömning

Om ett betänkande innehåller förslag till ändrade regler så ska kostnadsmässiga och andra konsekvenser anges i betänkandet (15 a § kommittéförordningen (1998:1474)). Även konsekvenser för den kommunala självstyrelsen ska beaktas (15 §). Enligt förordningen (2007:1244) om konsekvensutredning vid regelgivning så ska bl.a. finnas en beskrivning av problemet och vad man vill uppnå finnas. Man ska också ange vilka alternativa lösningar som finns för vad man vill uppnå och vilka effekterna blir om någon reglering inte kommer till stånd. Slutligen ska man redovisa uppgifter om vilka kostnadsmässiga och andra konsekvenser regleringen medför och en jämförelse av konsekvenserna för de övervägda regleringsalternativen.

En första fråga är alltså i vad mån förslaget innehåller ändrade regler. Här måste till att börja med bestämmas vad ett lagförslag ska jämföras med. Som jag ser det finns det tre olika alternativ här: tiden före SYSAV-domarna, tiden mellan SYSAV-domarna och den temporära lagstiftningen och tiden efter att vi fått den temporära lagstiftningen. När så många alternativ finns, bör ett brett, allsidigt, synsätt anläggas i konsekvensanalysen och alltför snäva infallsvinklar undvikas.

Utredningen har bedömt att den mest relevanta utgångspunkten för en jämförelse är tiden mellan SYSAV- domen och den temporära lagstiftningen, dvs. under den period som enligt praxis inget Teckal-undantag fanns. Med det sättet att tänka jämför man emellertid ett prejudikat med lagstiftning (”regler”). Även om prejudikat har stor tyngd, så kvarstår det faktum att de kan ändras utan några lagstiftningsåtgärder. Vi kan också konstatera att den

⁷ Sidan 83.

temporära lagstiftningen kom till för att i möjligaste mån eliminera effekterna av Regeringsrättens dom till dess att OFUKI-utredningens förslag lett till någon form av lagstiftning.

Jag är i stället av uppfattningen att det är mest relevant att jämföra med tiden före SYSAV-domarna, dvs. från den äldre LOU:s lydelse; den som var föremål för Regeringsrättens tolkning och därmed även lagtexten i nya LOU. Av propositionen till ÄLOU⁸ framgår att man velat införliva direktiven och följa rättsutvecklingen i övriga länder. Departementschefen uttryckte farhågor för att den svenska upphandlingen skulle ske efter i viss mening annorlunda och kanske t.o.m. hårdare regler än som gällde i övriga avtalsländer (EES vid den tidpunkten). Enligt min mening inrymde därför ÄLOU och LOU ett generellt, outtalat, Teckalundantag. Den nu föreslagna lagtexten innebär med det här synsättet en avsevärd försämring för kommuner och landsting i förhållande till vad som gällde före Regeringsrättens dom.

Problemen runt in house-situationerna är väl belysta i utredningen. Däremot framstår det möjligen som oklarare vad utredningen vill uppnå. I avsnitt 21.1 och 34.2 sägs att det är eftersträvansvärt att en svensk regel i så hög grad som möjligt är i överensstämmelse med in house-undantaget enligt EU-domstolens praxis och inte begränsar möjligheterna att tillämpa denna praxis i Sverige. I avsnitt 34.2 sägs också att ett permanent undantag föreslås införas enligt EU-domstolens praxis om in house-undantaget. I avsnitt 5.3 sägs att det är oklart om undantag från upphandlings-skyldighet inom ramen för en koncern kan gälla enligt EU-rätten. Mot den bakgrunden har utredningen övervägt två olika slags utformningar; dels en generell utformning, dels en i lagtext mer preciserad utformning. Utredningen har funnit båda utformningarna som lagligt möjliga.

Utredningen har uttalat att man inte vill begränsa möjligheterna att tillämpa EU-domstolens praxis i Sverige och pekat på två fullt möjliga alternativ. Trots detta har man bara jämfört det ena av dessa två alternativ med effekterna av vad som gällde efter den valda jämförelsetidpunkten, tiden efter SYSAV-domarna. En sådan analys kan inte resultera i annat än att kommuner och landsting framstår som ”vinnare”. Enligt min uppfattning borde – inte minst mot bakgrund av 6 § 4 p. förordningen (2007:1244) om konsekvensutredning vid regelgivning – även det andra alternativet,

⁸ Prop. 1992/93:88 s. 38 f.

det generellt utformade undantaget, tagits med i jämförelsen. Det är ju endast med ett sådant förslag som vi – till dess EU-domstolen sagt något annat – kan behålla befintliga företagsstrukturer, som byggts upp under lång tid med statsmakternas goda minne. En viktig minuspost för kommuner och landsting hade alltså kommit i öppen dag om jämförelsen gjorts på det sättet.

Mot denna bakgrund kan även utredningens proportionalitetsbedömning enligt 14 kap. 3 § RF ifrågasättas.

Dags att överge lagstiftning genom transformering?

Om jag får tillåta mig själv att spekulera så har den valda lagstiftningstekniken säkerligen bidragit till den valda omfattningen av undantaget. Det är ju knappast möjligt att i en konkret, närmast kasuistisk, lagtext beskriva en koncernsituation, när vi inte har någon rättspraxis från EU-domstolen att tillgå. Utredningen ansluter sig här till en lagstiftningstradition i Sverige, där vi tillämpat transformering i stället för inkorporering. Vad som inte här beaktats är att det i detta fall inte handlar om införlivande av direktiv, utan om kodifiering av en praxis som är under snabb förändring. I ett sådant läge borde inkorporeringsmodellen vara att föredra. Jag tillåter mig även resa frågan om det inte rentav är dags för Sverige att byta spår, och framgent införliva direktiv genom inkorporering. På så sätt skulle vi generellt sett få en bättre följsamhet till EU-rätten och även minska riskerna för fördragsbrott.

Oklarheter godtas inte vad gäller ett övergripande undantag, men däremot vad gäller vissa koncessioner

Det reella utrymmet för val av lagstiftningsmetod hade kanske också varit större om inte Regeringsrättens dom utformats som den gjorts. Regeringsrätten talar om att det ska finnas undantag från upphandlingsskyldigheten. Det ligger i sakens natur att domskäl av den här typen lätt sätter avtryck i ett lagstiftningsarbete. Jag hade emellertid hellre sett att utredningen förhållit sig mer fri till avgörandet och kommit med ett neutralt förslag om hur lagstiftningen framgent ska se ut. Utgångspunkten att det måste finnas någon form av undantag i lagtext har vidare, som jag

uppfattat det, nödvändiggjort för utredningen att gå in på invecklade resonemang om SYSAV-domens räckvidd⁹, för att till sist landa i att domen inte har någon betydelse för tjänstekoncessioner i den mån dessa inte är ”reglerade” i svensk rätt. Här gäller följaktligen Teckal-undantagen utan särskild lagtext, med alla svårigheter detta inrymmer. Detta accepterar utredningen, trots att det inte alls ligger i linje med de resonemang som förts om fördelarna med en preciserad lagtext framför ett mer övergripande undantag. Detta är för mig en inkonsekvens som är svår att förstå.

LUF

Utredningen har inte föreslagit något motsvarande undantag i LUF. Jag förordar att ett övergripande, direktivkonformt, undantag av samma modell som jag föreslagit beträffande LOU införs även där. Visserligen finns i dag flera bestämmelser som möjliggör köp utan upphandlingsförfaranden inom försörjningssektorerna. Begreppet ”kontrakt” finns dock även i LUF. Mot den bakgrunden anser jag att de båda lagarna bör göras likformiga och båda hänvisa till sina respektive direktiv.

⁹ Avsnitt 17.1.2.

Kommittédirektiv



Kommunala företag

**Dir.
2009:81**

Beslut vid regeringssammanträde den 3 september 2009

Sammanfattning av uppdraget

En särskild utredare ska analysera om det finns ett behov av ett generellt eller sektoriellt undantag från kravet på att stat, kommuner och landsting ska vara skyldiga att tillämpa lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, när de anskaffar varor eller tjänster från företag som de helt eller delvis innehar eller är medlemmar i. För det fall utredaren finner att ett undantag bör införas ska det motsvara den EG-rättsliga praxis i form av de s.k. Teckal-kriterierna som utvecklats av EG-domstolen. Utredaren ska vidare analysera om det finns behov av ett sådant undantag i fråga om kommunal samverkan i offentligrättslig form eller om det finns behov av särskilda undantagsbestämmelser för sådana samverkansformer. Om utredaren finner att undantag bör införas ska utredaren lämna författningsförslag och förslag till andra eventuella åtgärder.

I uppdraget ingår vidare att analysera behovet av att de kommunalrättsliga principerna får större genomslag i de kommunala företagen och vid behov lägga fram författningsförslag. Slutligen ska utredaren utvärdera hur det regelverk som finns kring insyn i kommunala bolag och entreprenader har tillämpats i praktiken. Uppdraget ska redovisas senast den 30 november 2010.

Bakgrund

Kommuner och landsting har sedan decennier tillbaka bedrivit olika typer av verksamhet i företag. Enligt 3 kap. 16 § kommunalagen (1991:900) har kommuner och landsting en rätt att överlämna handhavandet av kommunala angelägenheter till bl.a. aktiebolag och handelsbolag. Begreppet företag används i kommunal-

lagen som ett samlingsbegrepp för näringsverksamhet som bedrivs i annan form. Möjligheten att använda företag gäller endast om det inte finns särskilda bestämmelser om hur verksamheten ska organiseras. Uppgifter som innefattar myndighetsutövning får endast överlämnas till ett företag om det finns särskilt stöd i lag för det.

I stort sett alla kommuner och landsting har någon verksamhet i bolagsform. För närvarande finns 1 622 aktiva hel- eller delägda företag med kommunalt ägande. Mycket stora värden finns i dag i den kommunala bolagssektorn. Verksamheten i dessa bolag omsätter drygt 145 miljarder kr och har cirka 45 000 anställda.

Över 300 kommunala företag är verksamma i energisektorn. En annan stor grupp företag avser fastighetssektorn. I stort sett alla kommuner har ett allmännyttigt bostadsbolag och många kommuner har det kompletterande ägandet av fastigheter i ett annat aktiebolag. På avfallsområdet finns både helägda aktiebolag och bolag som samägs av flera kommuner. Kommunala företag finns också i flera andra sektorer, t.ex. drivs flera stora sjukhus, bl.a. Danderyds sjukhus, i bolagsform.

Även staten är en stor ägare av företag. Mer än 200 000 personer arbetar i företag där staten helt eller delvis är ägare.

Det s.k. SYSAV-avgörandet

Stat, kommuner och landsting är skyldiga att tillämpa lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) vid upphandling från externa leverantörer. Lagen om offentlig upphandling bygger på EG-direktiv.¹ Det har både i Sverige och flera andra europeiska länder rått en viss oklarhet om bl.a. kommuner är skyldiga att tillämpa ett upphandlingsförfarande när de anskaffar tjänster från sina hel- och delägda bolag. EG-domstolen har i mål C-107/98² (Teckal) slagit fast att en kommun får tilldela ett kontrakt till en fristående juridisk enhet utan föregående upphandling under förutsättning att kommunen dels har samma kontroll över den juridiska enhetens styrning som om verksamheten bedrevs i egen regi (kontrollkriteriet), dels anskaffar den absoluta merparten av

¹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 30.4.2004, s. 1, Celex 32004L0018), senast ändrat genom kommissionens förordning (EG) nr 2083/2005 (EUT L 333, 20.12.2005, s. 28, Celex 32005L2083).

² EG-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, REG 1999 s. I-8121.

den juridiska enhetens produktion (verksamhetskriteriet). De s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna brukar benämnas Teckal-kriterierna.

Regeringsrätten har emellertid i avgörandet i det s.k. SYSAV-målet (RÅ 2008 ref. 26) konstaterat att det aktuella EG-direktivet (92/50/EEG) inte utgör hinder mot nationell lagstiftning som innebär att företag som på visst sätt är knutna till en upphandlande enhet (och uppfyller 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.

Avgörandet i SYSAV-målet innebär att en kommun eller ett landsting inte kan ge exempelvis ett hel- eller delägt bolag ett uppdrag mot ersättning utan att uppdraget först konkurrensutsatts i en upphandling. Offentligt bedriven verksamhet i bolagsform måste således vara upphandlad.

Förslaget i promemorian Upphandling från statliga och kommunala företag (Ds 2009:36)

Mot bakgrund av Regeringsrättens avgörande i SYSAV-målet har i departementspromemorian Upphandling från statliga och kommunala företag (Ds 2009:36) föreslagits att en ny bestämmelse införs i LOU som innebär att en upphandlande myndighet inte behöver tillämpa LOU när den anskaffar varor eller tjänster från en juridisk person (exempelvis ett aktiebolag, ett kommunalförbund eller en gemensam nämnd) som myndigheten helt eller delvis innehar eller är medlem i. Detta gäller dock endast under förutsättning att två villkor är uppfyllda. Dessa villkor motsvarar de s.k. Teckal-kriterierna som har slagits fast i EG-domstolens rättspraxis. Om villkoren i bestämmelsen är uppfyllda kommer avtalet mellan den upphandlande myndigheten och den juridiska personen inte att utgöra ett kontrakt i LOU:s mening. Anskaffningen anses då ske inom en och samma upphandlande myndighet. Någon upphandling enligt LOU behöver därmed inte ske.

Lagändringen i promemorian föreslås träda i kraft den 1 juni 2010. Vidare föreslås en lagändring som innebär att regeln ska upphöra att gälla den 1 januari 2013. I promemorian anförs som skäl

till att tidsbegränsa ändringen att en utredning bör tillsättas som undersöker frågan om behovet av ett undantag mera ingående. Promemorian remissbehandlas för närvarande.

Kontroll och tillsyn av kommunala bolag

När kommuner och landsting överlämnar en verksamhet till ett helägt aktiebolag ska fullmäktige fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten, utse samtliga styrelseledamöter och lekmanrevisorer samt se till att fullmäktige får ta ställning innan beslut fattas i sådana ärenden som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt. I bolag eller föreningar där kommuner och landsting bestämmer med någon annan, ska man se till att den juridiska personen blir bunden av dessa villkor i en omfattning som är rimlig i förhållande till bl.a. andelsförhållandena.

Det faktum att kommunen eller landstinget ska fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten innebär inte att kommunalrättsliga principer automatiskt blir gällande för bolaget. Högsta domstolen har slagit fast att den s.k. självkostnadsprincipen inte gäller ett kommunalt bolag, utan att det ankommer på kommunen att genom avtal, bolagsordningar etc. se till att principen blir gällande för bolaget (NJA 2008 s. 120). Beslut fattade i kommunala bolag kan inte heller överklagas enligt 10 kap. kommunallagen (laglighetsprövning).

Mot bakgrund av utvecklingen mot att i ökad omfattning bedriva kommunal verksamhet i privaträttsliga former, finns det sedan år 1993 en bestämmelse i sekretesslagstiftningen som innebär att offentlighetsprincipen gäller i aktiebolag, handelsbolag, ekonomiska föreningar och stiftelser där kommuner och landsting utövar det rättsligt bestämmande inflytandet. I delägda bolag eller föreningar som inte omfattas av offentlighetsprincipen gäller enligt 3 kap. 18 § kommunallagen att kommunen ska verka för att allmänheten ska få insyn på samma grunder som gäller för myndigheter. Kommuner och landsting ska vidare, enligt 3 kap. 19 a § kommunallagen, när verksamheter överlämnas på entreprenad i avtalet beakta allmänhetens intresse av att få information om verksamheten.

Behovet av en utredning

Upphandling från statliga och kommunala företag

Det allmänna har ett ansvar att säkerställa att samhällets resurser används på ett effektivt sätt. Upphandling är ett vedertaget sätt att nå detta mål. Mot bakgrund av det stora antalet kommunala bolag kommer ett krav på att tillämpa LOU när kommuner och landsting anskaffar varor och tjänster från de egna bolagen dock att få stora konsekvenser. Stora investeringar kan ha gjorts i ett bolag som senare visar sig förlora anbudsproceduren och därmed inte tilldelas upphandlingskontrakt. Om kommuner och landsting även fortsättningsvis vill tillförsäkra sig en offentlig kontroll över verksamhet som bedrivs i bolagsform, krävs det att verksamheten återförs till den kommunala förvaltningen. Detta kan dock komma att medföra stora administrativa kostnader och få skattekonsekvenser. Exakt hur stora dessa konsekvenser blir är svårt att bedöma. Även staten kan påverkas.

Mot denna bakgrund och fram till dess att frågan om en eventuell permanent bestämmelse har utretts, anser regeringen att det finns behov av en temporär lösning som innebär att stat, kommuner och landsting inte ska vara skyldiga att tillämpa LOU om ett kontrakt uppfyller de s.k. Teckal-kriterierna som utvecklats genom EG-domstolens rättspraxis. I promemorian *Upphandling från statliga och kommunala företag* (Ds 2009:36) har också föreslagits ett sådant temporärt undantag.

I det längre tidsperspektivet är det dock inte givet att statliga och kommunala företag ska undantas från kravet på att konkurrensutsättas. Regeringen anser att det är angeläget att ta till vara de fördelar som en ökad konkurrens kan medföra både för att effektivisera den statliga och kommunala verksamheten och för att bidra till en bättre fungerande marknad med fler små och medelstora företag. Rätt genomförd leder konkurrensutsättning i upphandling till högre kvalitet och lägre kostnader för det allmänna och för konsumenterna. Samtidigt är det viktigt att värna om den kommunala organisationsfriheten och möjligheterna för stat, kommuner och landsting att organisera sin verksamhet på ett ändamålsenligt och effektivt sätt. I de fall upphandling inte bedöms vara ett lämpligt medel bör andra åtgärder vidtas för att säkerställa att samhällets resurser används på ett effektivt sätt.

Det krävs därför en mer ingående analys av behovet och omfattningen av ett eventuellt permanent undantag i lagstiftningen för dessa kontrakt. För att göra en sådan avvägning krävs en grundlig ekonomisk och organisatorisk konsekvensanalys av en tillämpning av upphandlingslagstiftningen på statliga och kommunala företag samt offentlighetsrättsliga samverkansformer. Det behöver här särskilt analyseras om aktuella verksamhetsområden kan behöva behandlas olika mot bakgrund av att förutsättningarna skiljer sig åt mellan olika områden. Det bör även utredas om det finns behov av ett undantag motsvarande kontroll- och verksamhetskriterierna i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF).

Vidare bör det göras en fördjupad analys av hur ett eventuellt undantag rättsligt bör utformas.

Kontroll och insyn i kommunala bolag

Bestämmelserna om allmänhetens möjlighet att få tillgång till handlingar i kommunala bolag har varit i kraft i 15 år. Det har dock inte gjorts någon utvärdering av hur de praktiskt har tillämpats. Det finns därför ett behov av att undersöka om regelverket tillämpas på ett sätt som ger medborgarna tillfredsställande insyn i de kommunala bolagen. Frågan om hur kravet på att allmänheten ska få insyn i kommunala entreprenader enligt 3 kap. 19 a § kommunallagen har tillämpats har inte heller utvärderats.

Vidare finns behov av 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.

Uppdraget

En särskild utredare ska 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 utredaren finner att ett undantag bör införas ska det motsvara den EG-rättsliga praxis i form av de s.k. Teckal-kriterierna som utvecklats av EG-dom-

stolen. Utredaren 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. Utredaren ska även beakta sannolikheten för att kommuner och landsting avbolagiserar och återför verksamhet till den kommunala förvaltningen om ett undantag inte införs.

Om utredaren finner att undantag bör införas ska utredaren lämna författningsförslag och förslag till andra eventuella åtgärder. I de förslag som lämnas ska utredaren särskilt beakta behovet av en väl fungerande konkurrens och den kommunala nivåns behov av organisatorisk frihet. Utredaren ska särskilt belysa om det bl.a. av konkurrenshänsyn finns behov av sektoriella undantag eller inte. För det fall utredaren anser att det bör införas ett undantag från kravet på upphandling ska utredaren lämna förslag på alternativa åtgärder för att säkerställa att samhällets resurser används på ett effektivt sätt och att de EG-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.

Utredaren ska vidare 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 och vid behov lägga fram författningsförslag. Slutligen ska utredaren utvärdera hur det regelverk som finns kring insyn i kommunala bolag och entreprenader har tillämpats i praktiken.

Utredaren ska redovisa sitt uppdrag senast den 30 november 2010.

(Finansdepartementet)

Kommittédirektiv



Tilläggsdirektiv till Utredningen om offentliga företag – upphandling, kontroll, insyn (Fi 2009:08)

**Dir.
2010:115**

Beslut vid regeringssammanträde den 28 oktober 2010

Sammanfattning

Med stöd av regeringens bemyndigande den 3 september 2009 gav ansvarigt statsråd en särskild utredare i uppdrag att bl.a. utreda frågan om behovet av ett undantag från kravet på att staten, kommuner och landsting ska vara skyldiga att tillämpa lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, när de anskaffar varor eller tjänster från företag som de helt eller delvis innehar eller är medlemmar i (dir. 2009:81).

Regeringen ger nu utredaren i uppdrag att, utöver det som omfattas av de ursprungliga direktiven, också bl.a.

- 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,
- 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, samt
- utarbeta nödvändiga författningsförslag.

Enligt de ursprungliga direktiven ska utredarens uppdrag redovisas senast den 30 november 2010. Utredningstiden förlängs. Uppdraget ska i stället redovisas senast den 29 april 2011.

Utökade delegationsmöjligheter för kommuner och landsting vid samordnade upphandlingar

Extern delegation inte möjlig i dag

När kommuner och landsting samverkar på området offentlig upphandling är det vanligt förekommande att de överlåter åt någon annan att upphandla för deras räkning, s.k. samordnad upphandling. Som exempel kan nämnas att Kammarkollegiet och SKL Kommentus AB genomför samordnade upphandlingar för kommuner och landsting inom en mängd olika produktområden. Ramavtal träffas ofta efter samordnade upphandlingar. Ett problem är dock att kommuner och landsting enligt bestämmelserna i kommunallagen (1991:900) inte får överlåta sin beslutanderätt till någon annan, s.k. extern delegation. I dag finns inte heller någon reglering i speciallagstiftning som gör det möjligt att kommunalrättsligt delegera upphandlingsbeslut till någon annan utanför kommunen eller landstinget. Även om en upphandling har samordnats och i övrigt ombesörjs av någon annan, som genomför de olika stegen i upphandlingen och tecknar avtal, fattas de formella besluten i upphandlingsprocessen av varje kommun och landsting som deltar i den samordnade upphandlingen.

De problem som har framhållits med nuvarande ordning är bl.a. att avsaknaden av en delegationsmöjlighet innebär ett administrativt merarbete för kommunerna, landstingen och samordnaren. Tilldelningsbeslutet måste t.ex. fattas av alla de deltagande kommunerna och landstingen i likalydande versioner för att sedan skickas in till samordnaren som har att hantera alla besluten. Det har vidare påpekats att en leverantör kan bli tvungen att hantera ett potentiellt mycket stort antal tilldelningsbeslut när den vill angripa en samordnad upphandling.

Tidigare förslag om en ny delegationsbestämmelse

Dåvarande Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet (numera Sveriges Kommuner och Landsting, SKL) har hos regeringen hemställt att det genom en särskild lag skapas rättsliga möjligheter för kommuner och landsting att överlåta rätten att fatta s.k. tilldelningsbeslut till andra upphandlande enheter och till kommunala företag (dnr Fi2003/3502). SKL menar att möjlig-

heterna för kommuner och landsting att använda sig av fullmakt är begränsade.

I promemorian Samordnad upphandling (Ds 2004:37) föreslogs en ny bestämmelse i den numera upphävda lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, som skulle ge kommuner och landsting möjlighet att delegera beslutanderätten gällande en upphandling till en annan upphandlande enhet. Promemorian remissbehandlades och en majoritet av remissinstanserna var i grunden positiva till förslaget. Promemorians förslag ledde dock inte till någon lagstiftning, bl.a. på grund av att det ansågs olämpligt att föregå ett eventuellt införande av bestämmelser om inköpscentraler.

Den 15 juli 2010 infördes bestämmelser om inköpscentraler i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, förkortad LUF. Bestämmelserna syftar till att delvis genomföra bestämmelserna om inköpscentraler i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster¹ och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet)² (prop. 2009/10:180). Bestämmelserna innebär i korthet att en upphandlande myndighet eller enhet kan anlita en inköpscentral utan att behöva upphandla den tjänst som inköpscentralen utför. Bestämmelserna begränsas till fall då inköpscentralen ingår ramavtal om byggtreprenader, varor eller tjänster och då den medverkar vid en offentlig upphandling i egenskap av ombud åt de upphandlande myndigheterna eller enheterna. Inköpscentralen måste själv vara en upphandlande myndighet, dvs. en upphandlande enhet kan inte agera som inköpscentral. När inköpscentralen agerar ombud måste den vara ombud åt flera upphandlande myndigheter eller enheter samtidigt, dvs. den kan inte agera ombud åt en enskild upphandlande myndighet eller enhet.

Vid remissbehandlingen av de utredningar som föregick införandet av bestämmelserna om inköpscentraler (Upphandlingsutredningens slutbetänkande *Nya Upphandlingsregler 2*, SOU 2006:28, och promemorian *Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet*, Ds 2009:30) ansåg flera remissinstanser att det är

¹ EUT L 134, 30.4.2004, s. 114 (Celex 32004L0018).

² EUT L 134, 30.4.2004, s. 1 (Celex 32004L0017).

angeläget att en kommunalrättslig delegationsbestämmelse införs så snart som möjligt och att detta är en förutsättning för att bestämmelserna om inköpscentraler ska bli riktigt ändamålsenliga för kommuner och landsting. Det kan även nämnas att Statskontoret i en delredovisning av ett regeringsuppdrag (promemoria daterad den 17 november 2008, dnr Fi2008/4012) även berört frågan om kommuners och landstings möjligheter att delegera tilldelningsbeslut och föreslagit att delegationsbestämmelser införs. Regeringen tog inte ställning till frågan om en ny delegationsbestämmelse med hänvisning till att förslaget i promemorian Samordnad upphandling ansågs kräva ytterligare beredning (prop. 2009/10:180 s. 266 f.).

Utvidgning av uppdraget

En särskild utredare har tidigare fått i uppdrag att bl.a. utreda frågan om behovet av ett undantag från kravet på att staten, kommuner och landsting ska vara skyldiga att tillämpa LOU när de anskaffar varor eller tjänster från företag som de helt eller delvis innehar eller är medlemmar i (dir. 2009:81). Utöver det ursprungliga uppdraget ska utredaren

- 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,
- 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,
- 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 utredaren finner det lämpligt föreslå en sådan delegationsbestämmelse, samt
- utarbeta nödvändiga författningsförslag.

Utredningstiden förlängs. Utredaren ska redovisa sitt uppdrag senast den 29 april 2011.

(Finansdepartementet)

Uppsala den 12 december 2009

Jurist Docent Daniel Stattin
Botvidsgatan 4 C
753 29 Uppsala

Rättsutlåtande om kontrollkriteriet vid upphandling från hel- och delägda juridiska personer i EG-domstolens praxis

1. Uppdraget

Jag har fått i uppdrag av Utredningen om offentliga företag – upphandling, kontroll, insyn (Fi 2009:8) att avge ett rättsutlåtande avseende hur tillämpningen av så kallade Teckal-kriterier¹ borde ske i svensk rätt. Närmare bestämt formuleras uppdraget som:

”I rättsutlåtandet ska redovisas en motiverad analys av i vad mån svensk associations- och kommunalrätt ger utrymme för att kontrollkriteriet (se avsnitt 2 i detta avtal), såsom kriteriet utvecklats av EG-domstolen, kan vara uppfyllt i det fall en svensk upphandlande myndighet anskaffar varor eller tjänster från en fristående enhet som är knuten till myndigheten.”

Jag har fått vissa ytterligare instruktioner beträffande omfattningen av rättsutlåtandet,² bland annat att det skall omfatta situationen att staten, en kommun eller ett landsting (”upphandlande myndighet”) anskaffar varor eller tjänster från ett direkt eller indirekt ägt aktiebolag eller en ekonomisk förening där den upphandlande myndigheten är medlem samt den motsatta situationen, att bolaget eller föreningen anskaffar varor eller tjänster från den upphandlande myndigheten.

Med anledning av uppdraget får jag avge följande rättsutlåtande.

¹ Jfr avsnitt 2.

² Avtal daterat den 10 nov. 2009.

2. Kontrollkriteriet i EG-domstolens praxis

Det finns en relativt omfattande praxis från EG-domstolen om anskaffande av varor och tjänster från aktiebolag som i större eller mindre grad ägs av upphandlande myndigheter. Ur praxis brukar två kriterier för när upphandling *inte behöver ske* extraheras, så kallade Teckalkriterier, som kan sammanfattas som att

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

Mitt uppdrag består endast i att utreda hur kontrollkriteriet skall uppfattas, varför jag i det följande lämnar verksamhetskriteriet å sido.

Teckal-kriterierna har utvecklats av EG-domstolen i målet *Teckal SRL v. Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*³ ("Teckal-målet"). I Teckal-målet uttalade domstolen att om en juridisk person kontrolleras av en kommun och bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med kommunen, finns det möjlighet att sluta avtal direkt utan att först göra en upphandling. I domen heter det bland annat:

"Vianos kommun i egenskap av lokal myndighet är en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 93/36. Det ankommer således på den nationella domstolen att kontrollera om förhållandet mellan den lokala myndigheten och AGAC även uppfyller de andra villkoren som föreskrivs i direktiv 93/36 för att utgöra ett offentligt varuupphandlingskontrakt./.../

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."⁴

³ C-107/98.

⁴ Avsnitten 46 och 50.

Av domen följer alltså två kriterier som skall vara uppfyllda för att upphandling inte skall behöva ske, dels ett kontrollkriterium ("kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning") och ett verksamhetskriterium ("bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den").

Kontrollkriteriet utvecklas endast fragmentariskt i Teckal-målet och närmare slutsats än att en tämligen omfattande kontroll skall kunna utövas låter sig inte dras av domen. Kontrollkriteriet har utvecklats i senare mål – i *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei v. Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA*⁵ konstaterade domstolen att:

"Vid bedömningen av om den upphandlande myndigheten utövar en kontroll motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, skall samtliga relevanta lagbestämmelser och omständigheter beaktas. Av denna undersökning skall framgå att det bolag som tilldelats kontraktet är underställt en kontroll som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att påverka de beslut som fattas av nämnda bolag. Det skall vara fråga om en möjlighet att utöva en avgörande påverkan i fråga om såväl strategiska mål som bolagets viktiga beslut /.../.

Den omständigheten att den upphandlande myndigheten ensam eller tillsammans med andra offentliga myndigheter äger hela aktiekapitalet i det bolag som tilldelats kontraktet tyder som regel på, utan att vara av avgörande betydelse för bedömningen, att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över detta bolag /.../.

Av handlingarna i målet framgår att [bolagsordningarna] ger styrelsen /.../ långtgående befogenheter avseende den löpande och den icke-löpande förvaltningen. Enligt dessa stadgar förbehålls inte [kommunen] någon särskild kontrollbefogenhet eller rösträtt för att begränsa den handlingsfrihet som styrelserna har getts. Den kontroll som [kommunen] utövar över dessa två bolag motsvarar i princip den som majoriteten av aktieägarna har enligt bolagsrätten, vilket i betydande mån begränsar kommunens möjlighet att påverka dessa bolags beslut."⁶

Enligt bolagsordningen i bolaget hade "[s]tyrelsen /.../ vidsträckta och obegränsade befogenheter vad avser den löpande och den icke-löpande förvaltningen av bolaget." Bolagsstyrelsens kompetens kom därmed att begränsas endast av verksamhetsföremålet. På den

⁵ C-340/04.

⁶ Utdrag ur punkterna 36–38.

grunden kunde inte kommunen anses utöva kontroll över bolaget. Den associationsform som var föremål för diskussion i domen var ett italienskt *Società per Azioni*, vilket inte motsvarar ett svenskt aktiebolag i fråga om bolagets styrning och kontroll. Den italienska bolagslagstiftningen (i dess nuvarande lydelse, artikel 2364 i den italienska civilkoden) anger att bolagsstämman kompetens inskränker sig till att (a) besluta om kapitalfrågor, (b) utse styrelseledamöter, (c) besluta om ersättning och (d) besluta i frågor som förbehållits eller hänskjutits till stämman.⁷

Det som anförs i domen om att kommunen inte förbehålls någon särskild kontrollrätt torde få läsas i ljuset av rättsreglerna i italiensk rätt om styrning och kontroll i *Società per Azioni*. Någon motsvarighet till den svenska direktivrätten (8 kap. 41 § 2 st. ABL) förekommer inte i italiensk rätt.

I *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*⁸ ("Stadt Halle-målet") prövades om kommunfullmäktiges beslut att överlämna uppdrag på avfallsområdet till ett aktiebolag som ägdes till 75,1 procent av staden och 24,9 procent av en privat aktör var förenligt med upphandlingsreglerna. I EG-domstolen behandlades frågan om ett aktiebolag delvis ägt av en kommun, delvis av en privat aktör kunde anses vara en del av kommunen i upphandlingshänseende. Domstolen besvarade frågan nekande – alltså finns inget utrymme att frångå upphandlingsreglerna i förhållande till ett aktiebolag som delägs av en privat aktör.

Utgången blev likartad i målet *Europeiska Gemenskapernas kommission v. Republiken Österrike*.⁹ I fallet hade en kommun bildat ett bolag, tecknat kontrakt med bolaget och därefter överlåtit 49 procent av aktierna till en privat aktör. Det konstaterades att i sådana kringgångsfall skall upphandlingsreglerna tillämpas.

Av stort intresse är det så kallade Parking Brixen-målet – *Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*.¹⁰ Tvisten rörde huruvida flera fall av direkta upplåtelser att bedriva parkeringsrörelse inom kommunen var av den arten att de borde upphandlats. Det kommunala bolaget (Stadtwerke Brixen AG) hade bildats av kommunen (Gemeinde Brixen) genom om-

⁷ Den tyska versionen (för Sydtyrolen) av den italienska civilkoden biläggs detta yttrande.

⁸ C-26/03.

⁹ C-29/04.

¹⁰ C-458/03.

vandling av ett kommunalt affärsverk. I bolagsordningen framgick bland annat

”/.../ att bolagets styrelse har följande befogenheter:

1) Styrelsen har full behörighet att i vidsträckt mening sköta bolagets löpande förvaltning, med befogenhet att företa alla handlingar som den finner lämpliga eller nödvändiga för att bolaget skall kunna uppnå sitt ändamål.

2) Om bolagsstämman inte har givit sitt tillstånd till detta får styrelsen inte ställa säkerhet avseende mer än 5 (fem) miljoner euro samt inte heller underteckna eller acceptera växlar avseende ett högre belopp.

3) I den löpande förvaltningen ingår 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 5 (fem) miljoner euro per affärstillfälle.

4) Styrelsen är ensam behörig att fatta sådana beslut som avser fastställelse och/eller förändring av ersättning såsom särskilda utgifter i den mening som avses i artikel 2389.2 i den italienska civillags-samlingen.”

Domstolen uttalade:

”65. Vid denna bedömning skall samtliga relevanta lagbestämmelser och omständigheter beaktas. Av denna undersökning skall framgå att den ifrågavarande enheten underställs en kontroll som gör det möjligt för den offentliga myndigheten att påverka de beslut som fattas av nämnda enhet. Det skall vara fråga om en möjlighet till avgörande påverkan på såväl strategiska mål som viktiga beslut.

/.../

67. [Bolaget har] fått en marknadsmässig inriktning som gör det osäkert om kommunen kan utöva kontroll. För detta talar följande:

a) Omvandlingen av [affärsverket /.../] till ett aktiebolag (Stadtwerke Brixen AG) och karaktären av denna bolagstyp.

b) Utvidgningen av verksamhetsföremålet. Bolaget har inlett verksamhet på nya viktiga områden, bland annat på områdena persontransporter och transport av varor samt på informationsteknologi- och telekommunikationsområdet. Det skall erinras om att bolaget har behållit de många olika verksamheter som tidigare utövades av det särskilda företaget, däribland vattentillförsel och rening av avloppsvatten, värme- och energiförsörjning, bortskaffande av avfall och vägbyggen.

c) Det skall inom kort bli möjligt för utomstående att köpa aktier i bolaget.

d) Utvidgningen av bolagets verksamhetsområde till hela Italien och till utlandet.

e) Väsentliga befogenheter har tilldelats styrelsen utan att kommunen i princip utövar någon förvaltningskontroll.

68. [Bolagsstyrelsen /.../] har rätt att företa alla handlingar som den anser nödvändiga för att företagets ändamål skall kunna uppnås. Den i artikel 18 föreskrivna befogenheten att ställa säkerhet på upp till fem miljoner euro eller att genomföra andra transaktioner utan att dessförinnan få ett godkännande av bolagsstämman visar att bolaget är mycket självständigt i förhållande till sina aktieägare.”¹¹

Även i detta fall rör det sig om ett italienskt *Società per Azioni* (beteckningen på ett sådant i det tyskspråkiga Sydtyrolen är ”Aktiengesellschaft”, ”AG”) som alltså bygger på helt andra styrnings- och kontrollprinciper än ett svenskt aktiebolag. Att EG-domstolen beaktat den aktuella bolagsformens specifika karaktärsdrag framkommer enligt min uppfattning i lokutionen ”/.../ karaktären av denna bolagstyp /.../”.

Sammanfattningsvis kan följande slutsatser dras om innebörden i kontrollkriteriet från EG-domstolens domar.

1. Om den upphandlande myndigheten ensam eller tillsammans med andra upphandlande myndigheter äger samtliga aktier i ett aktiebolag tyder det på att kontrollkriteriet är uppfyllt.¹² Om det finns en privat aktieägare i ett aktiebolag synes kontrollkriteriet däremot inte vara uppfyllt, oavsett storleken på det privata ägandet.¹³

2. Den upphandlande myndigheten eller de upphandlande myndigheterna skall åtminstone kunna utöva kontroll över aktiebolaget. Med kontroll torde avses möjlighet att ge direktiv i förvaltningsfrågor.¹⁴ Det tycks inte vara tillräckligt att ha rätt att utse styrelseledamöter, om styrelsen sedan har en självständig rätt att utöva kontroll över bolaget.

När kontrollkriterierna har diskuterats i EG-domstolen har den aktuella associationens legala kontext, till exempel hur lagstiftningen är utformad, beaktats. I de fall där det ansetts att kontrollkriteriet inte är uppfyllt har det rört sig om associationer vars styrnings- och kontrollfunktioner avviker från motsvarande funktioner i svenska aktiebolag såtillvida att ingen direktivrätt föreligger.

EG-domstolens redovisade praxis har följts upp i ett relativt stort antal mål, som i huvudsak bekräftar de dragna slutsatserna.¹⁵

¹¹ Utdrag ur punkterna 65 till 70.

¹² C-340/04, *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei v. Comune di Busto Arsizio*, AGESP SpA.

¹³ C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*.

¹⁴ C-458/03, *Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*.

¹⁵ Praxis om teckal-kriterierna är totalt sett omfattande. Se utöver i detta utlåtande refererad praxis *Arnhem*, C-360/96, 10 november 1998, *Kommissionen mot Spanien*, C-84/03, 13 januari 2005, *Kommissionen mot Österrike*, C-29/04, 10 november 2005, *Auroux*, C-220/05,

Av särskilt intresse kan kanske anses vara att det i det sist refererade fallet kan anses klart att kontrollkriteriet kan vara uppfyllt även med avseende på en upphandlande enhet som äger en liten del av ett aktiebolag, om övriga ägare är andra upphandlande enheter.¹⁶

3. Svensk praxis – RÅ 2008 ref. 26

Frågor liknande dem som blivit föremål för EG-domstolens domar i de refererade målen har behandlats av Regeringsrätten i RÅ 2008 ref. 26 ("SYSAV-målet"). Det ingår inte i mitt uppdrag att analysera SYSAV-målet, men det kan konstateras att Regeringsrätten inte finner skäl att analysera kontrollkriteriet i sin dom. SYSAV-målet har därmed inget förklaringsvärde för de frågor som diskuteras i detta rättsutlåtande.

4. En upphandlande myndighets anskaffning av varor och tjänster

Frågan uppkommer nu om kontrollkriteriet skall anses vara uppfyllt vid en upphandlande myndighets anskaffning av varor och tjänster från ett aktiebolag eller en ekonomisk förening eller vid en sådan juridisk persons anskaffning av varor och tjänster från en upphandlande myndighet.

4.1 *Anskaffning av varor och tjänster från aktiebolag*

I det föregående konstaterades att för att kontrollkriteriet skall vara uppfyllt beträffande aktiebolag krävs att ifrågavarande aktiebolag skall vara helägt av den upphandlande myndigheten eller ägas av flera upphandlande myndigheter, utan att det finns privata delägare. Ett sådant aktiebolag har i den internationella diskussionen om upphandling stundom kallats för ett "in-house bolag", men kommer i det följande att benämnas "helägt bolag".

18 januari 2007, *Tragsa*, C-295/05, 19 april 2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto*, C-220/06, 18 december 2007, *Kommissionen mot Italien*, C-412/04, 21 februari 2008, *Kommissionen mot Italien*, C-337/05, 8 april 2008, *Coditel*, C-324/07, 13 november 2008 och *Hamburgs stads renhållningstjänst*, 9 juni 2009, C-480/06.

¹⁶ Jfr för diskussion konkurrensverkets referat 2009-06-24.

I EG-domstolens domar finns inte täckning för någon slutsats om huruvida ägandet kan vara hur litet som helst men ändå ge en upphandlande myndighet rätt att tillämpa Teckalundantaget. Enligt min mening kan det vara rimligt att förutsätta att ägarna kommer överens om hur kontrollen skall utövas, till exempel i ett aktieägaravtal, om ägandet är uppdelat mellan ett stort antal upphandlande myndigheter.

Om ett helägt bolag föreligger skall det dessutom finnas förutsättningar för den upphandlande myndigheten, eventuellt tillsammans med andra upphandlande myndigheter, att utöva kontroll över bolaget. Kontroll torde kunna utövas på flera sätt. I den svenska aktiebolagslagen finns en direktivrätt för överordnade bolagsorgan, med korresponderande lydnessplikt för underordnade bolagsorgan, i 8 kap. 41 § 2 st. aktiebolagslagen. Genom att fatta beslut om så kallade aktieägardirektiv på stämman kan alltså aktieägarna styra ett aktiebolag genom rättsligt bindande styrmedel.

Direktivrätten innebär att styrelsen och verkställande direktören skall rätta sig efter ett direktiv som beslutas av stämman om direktivet är förenligt med aktiebolagslagen, tillämplig lag om årsredovisning, bolagsordningen, reglerna om funktionsfördelning mellan bolagsorganen i deras huvuddrag och bolagets intresse.¹⁷ Direktivrätten i den svenska aktiebolagslagen är i internationell jämförelse relativt långtgående och kan jämföras med rättsläget beträffande *Società per Azioni*, där utgångspunkten är den motsatta.

Om styrelsen eller verkställande direktören inte rättar sig efter lagenliga direktiv som beslutats av stämman kan de bli skadeståndsskyldiga gentemot bolaget, eventuellt direkt gentemot aktieägarna. Stämman kan givetvis också besluta att välja en ny styrelse eller utse en ny verkställande direktör.¹⁸ Direktivrätten är således försedd med en sanktionsmöjligheter. Redan av den svenska aktiebolagslagen torde alltså följa att aktieägarna har en god möjlighet att styra ett aktiebolag. I många offentligt ägda aktiebolag beslutar stämman om stående aktieägardirektiv till styrelsen och verkställande direktören. Ett sådant stående aktieägardirektiv omfattar regelmässigt styrnings- eller kontrollfrågor och kan därigenom sägas förstärka den legala styrningen av aktiebolaget.¹⁹

¹⁷ Stattin, Företagsstyrning. En studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning, 2 uppl., Uppsala, 2008, kap. 5.

¹⁸ Beträffande det senare jfr NJA 1960 s. 698.

¹⁹ Stattin, Kommunal aktiebolagsrätt. Bolagsrätt och bolagsstyrning för kommun- och landstingsägda bolag, 2 uppl., 2007, s. 44 ff.

Utöver det sagda gäller att det kan finnas behov för styrelsen i ett offentligt ägt aktiebolag att underställa stämman beslut i bolaget som är ingripande eller förändrar förutsättningarna för det offentliga ägandet i bolaget enligt doktrinen om oregerad exklusiv bolagsstämmokompetens.²⁰

Vid en jämförelse med verksamhet som bedrivs i förvaltningsform framstår styrningsmöjligheterna som större om verksamheten drivs i aktiebolagsform. Den mer effektiva styrning som kan utövas i aktiebolagsform föreligger eftersom styrinstrumentet (aktieägar-direktiv) är rättsligt bindande och försett med effektiva sanktioner (skadestånd enligt 29 kap. aktiebolagslagen).

Sammantaget tycks svensk rätt innebära att kontrollkriteriet är uppfyllt beträffande aktiebolag som ägs av en upphandlande myndighet eller flera upphandlande myndigheter. Möjligen bör det ställas ett krav på att en överenskommelse träffas om hur kontrollen skall utövas om ägandet är fragmentiserat, men ett sådant krav har då inte något uttryckligt stöd i EG-domstolens domar. Det finns i övrigt inte anledning att ställa krav på några särskilda styrinstrument, utan aktiebolagslagens regler torde vara tillräckliga för att anse att kontrollkriteriet är uppfyllt.

EG-domstolen har inte prövat frågan om kontrollkriteriet kan anses vara uppfyllt i koncernförhållanden. Enligt min uppfattning borde detta emellertid vara fallet. Så länge bolagen i en koncern är indirekt helägda, genom andra koncernbolag, av en upphandlande myndighet torde inte kontrollen vara sämre. Tvärtom kan en koncernbildning ge upphov till bättre praktisk kontroll över en diversifierad verksamhet.²¹

4.2 *Anskaffning av varor och tjänster från ekonomiska föreningar*

Ekonomiska föreningar kan per definition inte innehas av en upphandlande myndighet, eftersom de måste ha flera medlemmar. Det finns emellertid inget som hindrar att alla medlemmar i föreningen är upphandlande myndigheter. Om så är fallet uppfyller föreningen kriterierna på att vara helägd såsom beträffande ett aktiebolag.

I övrigt är rättsläget likartat i ekonomiska föreningar som i aktiebolag. I 6 kap. 13 § 2 st. föreningslagen finns en direktivrätt som motsvarar direktivrätten i 8 kap. 41 § 2 st. aktiebolagslagen.

²⁰ A.a., s. 19 f.

²¹ Jfr a.a., s. 50 ff.

Det finns alltså möjlighet att lämna bindande direktiv till styrelse och verkställande direktör som de senare måste följa vid äventyr av skadeståndsskyldighet.

Sammantaget torde således rättsläget vara detsamma beträffande ekonomiska föreningar som beträffande aktiebolag.

4.3 *Aktiebolags och ekonomiska föreningars anskaffning av varor och tjänster*

Den praxis som finns från EG-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 förhållandet, 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.

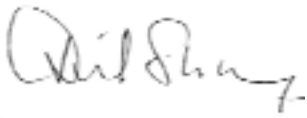
5. Sammanfattande synpunkter

Sammanfattningsvis drar jag följande slutsatser utifrån EG-domstolens praxis och annat tillgängligt material.

1. En upphandlande myndighet torde kunna anses utöva kontroll över ett aktiebolag eller en ekonomisk förening som den upphandlande myndigheten äger eller är medlem i tillsammans med andra upphandlande myndigheter i svensk rätt.
2. Det torde inte ha någon betydelse om kontrollen kan utövas direkt eller genom ett annat aktiebolag eller en annan ekonomisk förening över vilken den upphandlande myndigheten kan utöva kontroll.
3. 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.

Därmed är mitt uppdrag avslutat.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Daniel Stattin". The signature is written in a cursive, somewhat stylized script.

Daniel Stattin

Italienska civilkoden

2364. (*Ordentliche Gesellschafterversammlung bei Gesellschaften ohne Aufsichtsrat*) Die ordentliche Gesellschafterversammlung bei Gesellschaften ohne Aufsichtsrat:

- 1) genehmigt den Jahresabschluß;
- 2) bestellt die Verwalter und beruft sie ab; bestellt die Mitglieder und den Vorsitzenden des Überwachungsrats und, sofern dies vorgesehen ist, jene Person, der die Rechnungsprüfung übertragen wird;
- 3) bestimmt die Vergütung der Verwalter und Überwachungsratsmitglieder, wenn diese nicht in der Satzung festgesetzt ist;
- 4) beschließt über die Haftung der Verwalter und der Überwachungsratsmitglieder;
- 5) beschließt über die anderen vom Gesetz in die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung verwiesenen Angelegenheiten sowie über Genehmigungen, die allenfalls von der Satzung für die Vornahme von Rechtshandlungen der Verwalter verlangt werden, wobei in jedem Fall deren Haftung für die vorgenommenen Handlungen aufrecht bleibt;
- 6) genehmigt eine allfällige Geschäftsordnung für die Gesellschafterversammlung. Die ordentliche Gesellschafterversammlung muß wenigstens einmal im Jahr auf einen Tag einberufen werden, der innerhalb der von der Satzung festgesetzten Frist liegen und jedenfalls spätestens der einhundertzwanzigste Tag nach Ende des Geschäftsjahres sein muß. Die Satzung kann eine längere Frist, die aber jedenfalls hundertachtzig Tage nicht übersteigen darf, festsetzen, wenn die Gesellschaft einen konsolidierten Jahresabschluß aufzustellen hat und wenn besondere Erfordernisse im Zusammenhang mit der Struktur und dem Gegenstand der Gesellschaft dies verlangen; in diesen Fällen haben die Verwalter in dem in Artikel 2428 vorgesehenen Bericht die Gründe für die spätere Einberufung anzugeben.

2364bis. (*Ordentliche Gesellschafterversammlung bei Gesellschaften mit einem Aufsichtsrat*) Die ordentliche Gesellschafterversammlung bei Gesellschaften, in denen ein Aufsichtsrat vorgesehen ist:

- 1) bestellt die Mitglieder des Aufsichtsrats und beruft sie ab;
- 2) bestimmt die ihnen gebührende Vergütung, wenn sie nicht in der Satzung festgesetzt ist;
- 3) beschließt über die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder;
- 4) beschließt über die Verteilung des Gewinns;
- 5) bestellt den Rechnungsprüfer.

Der zweite Absatz des Artikels 2364 findet Anwendung.

Löberöd 2010-01-29

Jörgen Hettne

Rättsutlåtande ang. införlivning av de s.k. Teckal-kriterierna i svensk upphandlingsrätt

Utlåtandet avges på uppdrag av Utredningen om offentliga företag – upphandling, kontroll, insyn (Fi 2009:08). Utlåtandet har utarbetats av Jörgen Hettne, doktor i europeisk integrationsrätt och forskare vid Svenska institutet för europapolitiska studier (Sieps).

I yttrandet används för enkelhets skull Lissabonfördragets terminologi även vad gäller förhållanden som har ägt rum före fördragets ikraftträdande. Sålunda används beteckningen EU-domstolen och EU-rätt (unionsrätt) i princip genomgående. Fördraget om Europeiska unionen och Europeiska unionens funktionssätt förkortas EU-fördraget (FEU) resp. EUF-fördraget (FEUF).

Sammanfattning

Genom Teckaldomen och efterföljande rättspraxis (Teckal-kriterierna) avgränsas tillämpningsområdet för EU:s upphandlingsrätt. Medlemsstaterna har därför ett självständigt utrymme att reglera krav på upphandling i de fall kriterierna är uppfyllda. Det strider inte mot EU-rätten att kräva att ett formaliserat anbuds förfarande genomförs inom ett område som ligger utanför EU-rättens tillämpningsområde, eftersom syftet med EU:s upphandlingsrätt därav inte förfelas. Medlemsstaterna kan välja att införa (kodifiera) Teckal-kriterierna i nationell rätt. Från

EU-rättslig utgångspunkt är det därvid av synnerlig vikt att kriterierna överensstämmer med EU-domstolens rättspraxis och fortsätter att tillämpas i enlighet med denna i framtiden.

1. Bakgrund

Detta yttrande rör frågan vilka EU-rättsliga aspekter som bör beaktas om de s.k. Teckal-kriterierna ska införas i svensk rätt. Dessa kriterier följer av EU-domstolens dom målet Teckal,¹ och flera efterföljande domar. I Teckal-domen lämnade EU-domstolen ett visst utrymme för upphandlande myndigheter att anskaffa varor och tjänster utan föregående upphandling. Anskaffningen ska då ske från en fristående enhet som är knuten till myndigheten enligt två kriterier.

- Den upphandlande myndigheten ska utöva en kontroll över den fristående enheten som motsvarar den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet), och
- Den fristående enheten ska utföra huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den (verksamhetskriteriet).

1.1 Närmare om Teckaldomen

I domen i målet C-107/98, Teckal, tolkade EU-domstolen definitionen av varuupphandlingskontrakt som fanns i artikel 1 a i det nu upphävda direktivet 93/36/EEG (varudirektivet). Domstolen konstaterade att definitionen innefattar att det ska vara fråga om ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor och angav att det för frågan huruvida ett avtal föreligger ska kontrolleras om det finns en överenskommelse mellan två skilda personer (punkt 47 och 49). EU-domstolen uttalade 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

¹ Dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal, REG 1999, s. I-8121.

juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla.

I domen öppnade sålunda EU-domstolen för ett undantag från att tillämpa det aktuella direktivet i fråga om avtal som en tilldelande myndighet ingår med vissa offentliga organ som är knutna till denna myndighet.² I ett flertal domar efter Teckal-domen har EU-domstolen bekräftat sin bedömning och också slagit fast att samma överväganden gäller i fråga om tillämpningsområdet för de två andra äldre direktiven på det klassiska området.³ EU-domstolen har även uttalat att denna rättspraxis är relevant för tolkningen av det nu gällande direktivet 2004/18/EG.⁴

1.2 *Teckal-kriterierna i förhållande till försörjningsdirektivet*

På motsvarande sätt som i det klassiska direktivet finns en definition av kontrakt (varu-, byggtreprenad- och tjänstekontrakt) i artikel 1.2 a i försörjningsdirektivet (2004/17/EG). Definitionen har på likartat sätt som definitionen i det klassiska direktivet betydelse som grund för avgränsning av försörjningsdirektivets tillämpningsområde. I artikel 16 anges att försörjningsdirektivet ska tillämpas på alla upphandlingskontrakt som inte ska undantas enligt artiklarna 19–26 eller artikel 30 när det gäller utövande av verksamheten i fråga, och vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till de föreskrivna tröskelvärdena.

Ett särdrag i jämförelse med det klassiska direktivet finns genom att försörjningsdirektivet enligt artikel 16 och 23 inte är tillämpligt på kontrakt som tilldelas *ett anknutet företag, ett samföretag eller en upphandlande enhet som ingår i ett samföretag*. Innebörden av direktivets bestämmelser i detta avseende är i korthet bl.a. att en upphandlande enhet under vissa förutsättningar kan tilldela ett kontrakt direkt till företag som är knutna till enheten på vissa angivna villkor.

Trots dessa särskilda undantagsregler i försörjningsdirektivet för vissa kontrakt har EU-domstolen uttalat att det finns utrymme för

² Se dom av den 8 maj 2003 i mål C-349/97, Spanien mot kommissionen, REG 2003, s. I-0385, punkt 204.

³ Se bl.a. dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parken Brixen, REG 2005, s. I-8585, punkt 59.

⁴ Se bl.a. domen av den 10 september 2009 i mål C-573/07, Sea, punkt 37, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen.

undantag från upphandlingskyldighet även i enlighet med Teckal-kriterierna.⁵

1.3 *Teckal-kriterierna i förhållande till EUF-fördraget*

Det är inte bara tillämpningsområdet för upphandlingsdirektiven på det klassiska området och försörjningsområdet som har avgränsats i enlighet med resonemanget i Teckal-domen. Ett flertal av EU-domstolens domar har gällt avtal om tjänstekoncessioner, som i princip inte omfattas av varken de äldre direktiven på det klassiska området eller direktiv 2004/18/EG. Tjänstekoncessioner omfattas inte heller av direktiv 2004/17/EG. I dessa fall har EU-domstolen funnit att inte heller artiklarna 12, 43 och 49 i fördraget och de allmänna principer som artiklarna ger uttryck för är tillämpliga om Teckal-kriterierna är uppfyllda.⁶

1.4 *Teckal-kriterierna i förhållande till svensk rätt (RÅ 2008 ref. 26)*

I rättsfallet SYSAV (RÅ 2008 ref. 26) prövade Regeringsrätten om det är förenligt med LOU att upphandlande myndigheter utan formellt upphandlingsförfarande köper tjänster från bolag som på visst sätt är knutet till dem. Regeringsrätten fann att frågan om tillämpning av Teckal-kriterierna inte aktualiserades eftersom den nationella lagstiftningen i Sverige inte innehåller några undantag från upphandlingskyldigheten som motsvarar EU-domstolens praxis i form av Teckal-kriterierna.

En följd av Regeringsrättens bedömning i SYSAV-målet är att ett upphandlingsförfarande krävs enligt LOU även om Teckal-kriterierna i och för sig skulle vara uppfyllda. Svensk rätt kräver alltså i dessa fall att upphandlingsförfarande genomförs trots att EU-rätten inte uppställer motsvarande krav.

I Ds 2009:36 föreslås en temporär lagändring i LOU. Förslaget innebär att ett undantag från upphandlingskyldighet som är baserat på Teckal-kriterierna ska gälla under perioden den 1 juni 2010–31 december 2012.

⁵ Jfr dom av den 15 oktober 2009 i mål C-196/08, Acoset, punkt 52, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen.

⁶ Se bl.a. domen av den 10 september 2009 i mål C-573/07, Sea, punkt 37, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen.

2. Uppdraget

I rättsutlåtandet ska redovisas en motiverad analys av huruvida Sverige, mot bakgrund av bl.a. Regeringsrättens tolkning av LOU i RÅ 2008 ref. 26, har genomfört direktiv 2004/18/EG och direktiv 2004/17/EG på ett fullständigt sätt. Frågeställningen inbegriper i vad mån direktiven och unionsrätten i övrigt innebär antingen skyldighet, möjlighet eller förbud för Sverige att ha nationella regler motsvarande undantaget enligt Teckal-kriterierna. Följande frågor föreligger.

1. Måste svensk rätt innehålla ett undantag från upphandlingskyldighet enligt Teckal-kriterierna för att direktiv 2004/18/EG respektive direktiv 2004/17/EG ska anses ha genomförts fullt ut? Frågan kan omformuleras enligt följande. Tillåter eller förbjuder direktiven och gemenskapsrätten i övrigt att svensk lagstiftning (LOU respektive LUF) kräver att upphandlingsförfarande genomförs i sådana fall då sådant förfarande inte är obligatoriskt enligt EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna?
2. Om EU-rätten tillåter att svensk lagstiftning kräver upphandlingsförfarande enligt bestämmelserna i LOU respektive LUF (jfr punkt 1), inbegriper det då en valfrihet för Sverige att uppställa ett sådant krav för endast exempelvis vissa sektorer (branscher) eller måste ett sådant krav uppställas generellt?
3. Om EU-rätten innebär krav på införande av ett svenskt undantag från upphandlingskyldighet i enlighet med Teckal-kriterierna (jfr punkt 1), är det då tillräckligt att undantag införs i den svenska regleringen i LOU respektive LUF för sådan upphandling som i övrigt skulle omfattas av direktiven (dessa gäller exempelvis inte för upphandling understigande tröskelvärdena)? Eller måste undantag även införas i regleringen i LOU respektive LUF för sådan upphandling som inte omfattas av direktiven?

En näraliggande frågeställning, som rättsutlåtandet ska behandla, tar sikte på vad EU-rätten innebär för svenskt vidkommande i fråga om tjänstekoncessioner.⁷ Om Teckal-kriterierna är uppfyllda så är enligt EU-domstolens praxis fördraget och dess grundläggande principer inte tillämpliga på tjänstekoncessioner – och sådana omfattas i princip inte heller av upphandlingsdirektiven. Följande fråga föreligger.

4. Om Teckal-kriterierna är uppfyllda i en situation då en tjänstekoncession tilldelas, skulle det då kunna strida mot EU-rätten om svensk lagstiftning kräver att ett upphandlingsförfarande genomförs, dvs. trots att EU-rätten inte innefattar ett sådant krav?

En ytterligare frågeställning, som rättsutlåtandet ska behandla, tar sikte på eventuell kodifiering av Teckal-kriterierna i nationell rätt. EU-domstolen har i domen i mål C-410/04, ANAV, uttryckt att nationell lagstiftning i vilken Teckal-kriterierna upprepas ordagrant, såsom var fallet i den italienska reglering som var aktuell i målet, i princip överensstämmer med unionsrätten. Som förutsättning angavs 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. Med hänsyn till att EU-domstolen inte närmare angett i domarna vilka krav i EU-rätten som avses i sammanhanget finns följande fråga.

5. Vilka krav i unionsrätten kan det bedömas att tolkningen av en nationell lagstiftning som kodifierar Teckal-kriterierna ska överensstämma med?

3. Inledande synpunkter

Innan jag svarar på frågorna vill jag först förklara vissa EU-rättsliga principer och sammanhang som ligger till grund för mina svar. Den principiella fråga som aktualiseras är om det är möjligt att införliva direktiv på ett sätt som gör att deras tillämpningsområde blir mer omfattande än enligt EU-rätten och på vilka villkor detta får ske. Mot denna bakgrund finns anledning att gå in på vilka skyldigheter som föreligger vid införlivande av direktiv och särskilt vad gäller

⁷ Viss svensk reglering av tjänstekoncessioner finns i lagen (2008:962) om valfrihetssystem, jfr prop. 2008/09:29, s. 52 och 55 ff.

s.k. överskjutande implementering eller ”gold-plating”. Jag tar också upp frågan om s.k. omvänd diskriminering eftersom jag finner den vara av visst intresse i detta sammanhang.

3.1 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 länderna 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.⁸

Skyldigheten att införliva direktiv följer av direktivet som sådant men också av artikel 288 FEUF och 4.3 FEU. 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 kravet på rättssäkerhet och i synnerhet förutsebarhet viktigt. Enskilda individer måste få full kännedom om sina rättigheter och vid behov kunna göra gällande dessa vid domstolar och andra myndigheter. EU-domstolen har sålunda 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.⁹ Direktiv kan därför inte genomföras genom administrativ praxis som fritt kan ändras av myndigheten¹⁰ och knappast heller med stöd av domstolspraxis som överensstämmer med direktiv innehåll.¹¹ Däremot ska såväl administrativ praxis som domstolspraxis vägas in vid bedömningen om ett direktiv har införlivats på ett riktigt sätt.¹²

⁸ Jfr domstolen resonemang i sin dom av den 26 juni 2003 i mål C-233/00, kommissionen mot Frankrike, REG 2003, s. I-6625, punkt 75 ff.

⁹ Se bl.a. dom av den 19 maj 1999 i mål C-225/97, kommissionen mot Frankrike, REG 1999, s. I-3011, punkt 37.

¹⁰ Se bl.a. dom av den 11 november 1999 i mål C-315/98, kommissionen mot Italien, REG 1999, s. I-8001, punkt 10.

¹¹ Se dom av den 10 maj 2001 i mål C-144/99, kommissionen mot Nederländerna, REG 2001, s. I-3541, punkt 21.

¹² Se dom av den 8 juni 1994 i mål C-382/92, kommissionen mot Förenade kungariket, REG 1994, s. I-2435, punkt 36, svensk specialutgåva, volym 15, s. 169, av den 29 maj 1997 i mål C-300/95, kommissionen mot Förenade kungariket, REG 1997, s. I-2649, punkt 37 och av den 24 januari 2002 i mål C-372/99, kommissionen mot Italien, REG 2002, s. I-819, punkt 20.

Medlemsstaterna väljer medel för att genomföra direktiven men det ställs samtidigt krav på att de medel som används tillgodoser direktivets avsedda syfte. I målet Royer¹³ 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.

Det är viktigt att komma ihåg att 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 medlemsländerna 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.¹⁴

En sammanhängande fråga är i vilken 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 som kommer att beröras längre fram är det mycket viktigt att beakta syftet med det aktuella direktivet.¹⁵ Den nationella genomförandeåtgärden får vidare inte begränsa sig till att respektera direktivets bestämmelser i snäv mening utan måsta vara förenlig med EU-rätten i dess helhet.¹⁶ Av särskild vikt är att säkerställa direktivets effektiva genomslag, vilket

¹³ Dom av den 8 april 1976 i mål 48/75, Royer, REG 1976, s. 497, Svensk specialutgåva, s. 73, punkt 75.

¹⁴ Jfr dom av den 28 mars 1990 i de förenade målen C-206/88 och 207/88 Vessoso och Zanetti, REG 1990, s. I-1461. Jfr också t.ex. prop. 2007/08:25, Förlängd redovisningsperiod och vissa andra mervärdesskattefrågor, s. 152.

¹⁵ Se dom av den 23 november 1989 i mål C-150/88, Kommanditgesellschaft in Firma Eau de Cologne & Parfümerie-Fabrik, REG 1989, s. 3891, svensk specialutgåva, s. 249 och dom av den 16 november 2000 i mål C-214/98, kommissionen mot Grekland, REG 2000, s. I-9601.

¹⁶ Jfr Simon, D., *Le système juridique communautaire*, 3:e uppl., PUF 2001, s. 332.

åvilar hela den nationella förvaltningen inbegripet landets domstolar och kommuner.¹⁷

EU-domstolen har sålunda uttalat att skyldigheten för medlemsstaterna att uppnå det resultat som föreskrivs i ett direktiv:

å ligger alla myndigheter i medlemsstaterna, även domstolarna inom ramen för deras behörighet. Härav följer 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 artikel 189 [nu artikel 288 FEUF] tredje stycket uppnås.¹⁸

Detta uttalande för oss in på principen om direktivkonform tolkning som berörs i det följande.

3.2 *Direktivkonform tolkning*

Om EU-rätten ska fylla sitt syfte och få ett likartat genomslag i alla medlemsländer räcker det naturligtvis 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 medlemsländernas 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.¹⁹ Det är viktigt att påpeka att den nationella rätten inte bara ska 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.²⁰ I

¹⁷ När det gäller kommunala myndigheter, se bl.a. dom av den 13 juli 1989 i mål 380/87, *Enichem Base m.fl. mot Comune di Cinisello Balsamo*, REG 1989, s. 2491, punkt 17.

¹⁸ Dom av den 10 april 1984 i mål 14/83, *von Colson*, REG 1984, s. 1891, svensk specialutgåva, volym 7, s. 577, punkt 26.

¹⁹ Se domar av den 10 april 1984 i mål 14/83, *von Colson*, REG 1984, s. 1891; svensk specialutgåva, volym 7, s. 577, av den 13 november 1990 i mål C-106/89, *Marleasing*, REG 1990, s. I-4135; svensk specialutgåva, volym 10, s. 575, av den 16 december 1993 i mål C-334/92, *Wagner Miret*, REG 1993, s. I-6911; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-477 och av den 27 juni 2000 i mål C-240/98 – C-244/98, *Océano m.fl.*, REG 2000, s. I-4941.

²⁰ Jfr dom av den 11 juli 2002 i mål C-62/00, *Marks & Spencer*, REG 2002, s. I-6325. Se Hettne, J., *Rättsprinciper som styrmedel – Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol*, Norstedts juridik 2008, s. 204 ff.

målet *Pfeiffer*²¹ framhöll 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 *bela 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.²² 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.²³

²¹ Dom av den 5 oktober 2004 i mål C-397/01-C-403/01, *Pfeiffer* m.fl., REG 2004, s. 0000.

²² EG-domstolen har emellertid uttalat att motstridiga nationella förarbetetsuttalanden inte utgör hinder för en direktivkonform tolkning (se dom av den 29 april 2004 i mål C-371/02, *Björnekulla*, REG 2004, s. I-5791, punkt 13). Det samma gäller nationell rättspraxis.

²³ Se domar av den 26 september 1996 i mål C-168/95, *Arcaro* REG 1996, s. I-4705, punkt 42, och av den 8 oktober 1987 i mål 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, REG 1987, s. 3969; svensk specialutgåva, volym 9, s. 213, punkterna 13 och 14.

3.3 *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 utbytets behov som lägger hinder i vägen för den inre marknadens funktion och som därför måste avhjälpas genom harmonisering.²⁴

Direktivformen har använts på vitt skilda områden. Vissa, 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.²⁵ Andra är så detaljerade att de knappast lämnar medlemsstaterna någon valfrihet beträffande reglernas innehåll.²⁶ De innehåller så klara och entydiga materiella bestämmelser att de i själva verket medför en unifisering av medlemsstaternas nationella rätt. Självfallet finns också direktiv som innehåller en blandning av principiella och mer detaljerade bestämmelser.²⁷

Det eventuella utrymmet för nationella bestämmelser, dvs. nationell regleringskompetens, är därför svårt att bestämma utan att först ha studerat direktivets innehåll och syfte.

3.4 *Överskjutande implementering eller s.k. gold-plating*

Under den senaste 10-års perioden 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 en lång skara av försök till regelförenkling har lagts fram på EU-nivå.²⁸ Kommissionen regelförenklingsstrategi talar om en reduktion av de administrativa kostnaderna med 25 % till 2012.

²⁴ Se SOU 2009:71, EU, Sverige och den inre marknaden, s. 157.

²⁵ Se t.ex. rådets direktiv 75/442/EEG av den 15 juli 1975 om avfall (EGT L 194, 25.7.1975, s. 39).

²⁶ Se t.ex. rådets direktiv 76/756/EEG av den 27 juli 1976 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om montering av belysning av ljussignalsanordningar på motorfordon och släpvagnar till dessa fordon (EGT L 262, 27.9.1976, s. 1).

²⁷ Se t.ex. rådets direktiv 80/987/EEG av den 20 oktober 1980 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens (EGT L 283, 28.10.1980, s. 23).

²⁸ Se t.ex. 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 och Arbetsdokument

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. Dessa tillägg påstås orsaka onödiga administrativa kostnader och konkurrensmässiga nackdelar i de länder där EU-direktiv genomförs på detta sätt. I Storbritannien har detta kallats ”gold-plating”. Härmed menas att det nationella genomförandet av unionsrätten går utöver vad tillämplig rättsakt fordrar utan att för den skull överskrida gränsen för vad som är rättsligt godtagbart. Även om termen ibland används i en vidare bemärkelse än den angivna, bör sålunda gold-plating skiljas från direktivstridigt genomförande, vilket kan angripas av kommissionen genom fördragsbrottsförfarandet. En svensk term som använts för detta är överskjutande implementering eller ”överskjutande införlivande av direktiv”.²⁹

En liknande företeelse är ”double banking”, vilket föreligger när EU-lagstiftningen reglerar helt eller delvis samma fråga som nationell lagstiftning men där EU-lagstiftningen och den nationella lagstiftningen inte är ett helt sammanhängande och kan leda till inkonsekvent tillämpning.³⁰

Det kan naturligtvis tänkas finnas goda skäl att nationellt genomföra en rättsakt på sådant sätt att genomförandet kan bedömas innebära gold-plating. Tillfogas ska emellertid att företeelsen, ehuru rättsenlig, inte av kommissionen anses vara god genomförandesed, eftersom det kan föranleda kostnader som annars hade kunnat undvikas.³¹

3.5 Gränsen mellan EU-rätt och nationell rätt

En intressant fråga är hur den överskjutande delen av nationell rätt ska betraktas. Är det fråga om 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

från kommissionen - Minskade administrativa bördor i EU - Lägesrapport för 2007 och utsikter för 2008 KOM (2008) 35 slutlig.

²⁹ Se Bernitz, U. och Kjellgren, A., *Europarättens grunder*, 3:e uppl., Norstedts Juridik 2007, s. 355 och Bjerke, C., *Överskjutande införlivande av direktiv*, ERT 2006, s. 644.

³⁰ Se Voermans, W., *Gold-plating and double banking: an overrated problem?* Publicerad i Snijders, H. och Vogenauer, S. (eds.), *Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law*. Sellier European Law Publishers; München 2009, s. 79-88.

³¹ Jfr t.ex. European Commission; Better Regulation; Glossary (http://ec.europa.eu/enterprise/policies/better-regulation/glossary/index_en.htm). Se också SOU 2009:71, *EU, Sverige och den inre marknaden*, s. 168.

(förhållandet till EU-rätten i övrigt tas upp längre fram). Det en medlemsstat gör som går utöver de skyldigheter den har kan inte betraktas som EU-rätt. I så fall skulle den fastslagna kompetensfördelningen mellan EU och medlemsstaterna rubbas.³²

Detta har dock inte hindrat att EU-domstolen i en rad relativt uppmärksammade fall har svarat på nationella domstolars tolkningsfrågor rörande tolkningen av nationell rätt som inte är 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.³³

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 (se nedan), utvidgats till att gälla även belgiska medborgares utländska makar. EU-domstolen fann att gemenskapsrätten ej var direkt tillämplig på förhållanden som var helt interna för en medlemsstat men att den i det aktuella fallet var indirekt tillämplig.

EU-domstolen uttalade att:

[d]et framgår varken av ordalydelsen i artikel 177 [numera artikel 267 FEUF] eller av syftet med det förfarande som införts genom denna artikel att fördragets upphovsmän skulle ha avsett att från domstolens behörighet undanta en begäran om förhandsavgörande angående en gemenskapsrättslig bestämmelse i det särskilda fall då det i en medlemsstats nationella rätt hänvisas till innehållet i denna bestämmelse för att fastställa de regler som är tillämpliga på förhållanden som är helt och hållet interna för den staten Tvärtom så är det av uppenbart intresse för gemenskapens rättsordning att, för att undvika framtida tolkningsavvikelser, ge varje gemenskapsrättslig bestämmelse en enhetlig tolkning oavsett under vilka omständigheter den kommer att tillämpas. Eftersom domstolens behörighet enligt artikel 177 [numera

³² EU-domstolen har fastslagit att förhållanden som är helt interna – och som gemenskapsrätten bara är tillämplig på i kraft av den nationella lagstiftningen – *faller under nationell rätt och därigenom under de nationella domstolarnas exklusiva behörighet*. Se de förenade målen C-297/88 och C-197/89 *Dzodzi*, punkt 42.

³³ Se Bjerke, C., *Överskjutande införlivande av direktiv*, ERT 2006, s. 647 och Kaleda, S. K., *Extension of the preliminary rulings procedure outside the scope of Community law: 'The Dzodzi line of cases'*, European Integration online Papers (EIoP) Vol. 4 (2000) N° 11; <http://eiop.or.at/eiop/texte/2000-011a.htm>.

artikel 267 FEUF] syftar till att säkerställa att gemenskapsrättsliga bestämmelser ges en enhetlig tolkning i alla medlemsstater, inskränker sig domstolen till att utifrån de ifrågavarande bestämmelsernas bokstav och anda utläsa deras innebörd.

[...] Att ta hänsyn till de begränsningar som den nationella lagstiftaren kan ha fastställt för tillämpningen av gemenskapsrätten på förhållanden som är helt interna – och som gemenskapsrätten bara är tillämplig på i kraft av den nationella lagstiftningen – faller under nationell rätt och därigenom under de nationella domstolarnas exklusiva behörighet.³⁴

Den principiella frågan om EU-rättens tillämpning i nationella sammanhang ställdes på sin spets i målen *Leur-Bloem* och *Giloy* som meddelades samma dag.³⁵ 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 finns en klar nationell önskan från den nationella domstolen att tillämpa en EU-rättslig lösning på ett internt problem.³⁶ EU-dom-

³⁴ Se de förenade målen C-297/88 och C-197/89 *Dzodzi*, p 36–38 och 42.

³⁵ Domar av den 17 juli 1997 i mål C-28/95, *Leur-Bloem*, REG 1997, s. I-4161 och i mål C-130/95, *Giloy*, REG 1997, s. I-4291.

³⁶ Se Hettne J. och Otken Eriksson, O. (red.), *EU-rättslig metod*, Norstedts juridik 2005, s. 162.

stolen vidhåller numera enligt fast praxis³⁷ att det i princip utslutande ankommer på de nationella domstolarna att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall bedöma såväl om ett förhandsavgörande 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.³⁸

Det bör noteras att EU-domstolens förhandsavgöranden i dessa mål inte blir 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 sålunda inte bindande utan fakultativt.³⁹ Det ska dock sägas att EU-rättens tillämpningsområde i vissa fall kan vara svår att avgränsa,⁴⁰ vilket kan förklara EU-domstolens bredvillighet att lämna svar på nationella domstolars frågor som ligger i gränslandet.⁴¹

Härtill kommer att vi hittills 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-

³⁷ Dom av den 18 oktober 1990 i de förenade målen C-297/88 och C-197/89, Dzodzi (REG 1990, s. I-3763; svensk specialutgåva, volym 10, s. 531), punkt 36 samt dom av den 8 november 1990 i mål C-231/89, Gmurzynska-Bscher (REG 1990, s. I-4003), punkt 25, av den 17 juli 1997 i mål C-28/95, Leur-Bloem (REG 1997, s. I-4161), punkt 25, och i mål C-130/95, Giloy (REG 1997, s. I-4291), punkt 21, av den 11 januari 2001 i mål C-1/99, Kofisa Italia (REG 2001, s. I-207), punkt 21, av den 17 mars 2005 i mål C-170/03, Feron (REG 2005, s. I-2299), punkt 11, av den 16 mars 2006 i mål C-3/04, Poseidon Chartering (REG 2006, s. I-2505), punkt 15, och av den 14 december 2006 i mål C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (REG 2006, s. I-11987), punkt 19. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 januari 2003 i mål C-306/99, BIAO (REG 2003, s. I-1), punkt 90.

³⁸ Se rörande fri rörlighet för arbetstagare och artikel 39 EG, dom av den 6 juni 2000 i mål C-281/98, Angonese, REG 2000 s. I-4139, punkt 18.

³⁹ Jfr Bjerke, C., *Överskjutande införlivande av direktiv*, ERT 2006, s. 650.

⁴⁰ Exempelvis ansåg domstolen i målet Carpenter (Dom av den 11 juli 2002 i mål 60/00, Carpenter, REG 2002, s. I-6279) att en brittisk medborgare som drev ett företag etablerat i Förenade kungariket och som sålde annonsplatser i olika medicinska och vetenskapliga tidskrifter, vilka också var etablerade i Förenade kungariket, omfattades av artikel 49 i EG-fördraget om fri rörlighet för tjänster, eftersom en "beaktansvärd" andel av företagets affärer genomfördes med annonsörer som var etablerade i andra medlemsstater och eftersom personen i fråga "i bland" å sitt företags vägnar reste till andra medlemsstater.

⁴¹ Se Hette J. och Otken Eriksson, O. (red.), *EU-rättslig metod*, Norstedts juridik 2005, s. 161 ff.

fördragen, i synnerhet EUF-fördraget. I dessa fall har fördragsbestämmelserna normalt ett vidare tillämpningsområde än direktivet. Så är uppenbarligen fallet med tjänstedirektivet⁴² som syftar till att åstadkomma ökat genomslag få fördragsbestämmelserna om fri rörlighet för tjänster och etableringsfrihet. Detsamma gäller utstationeringsdirektivet⁴³ som syftar till att klargöra fördragets innebörd när en tjänsteutövare använder sig av utstationerad arbetskraft för att utföra en tjänst i ett annat medlemsland.⁴⁴ Av störst betydelse i detta sammanhang är dock att upphandlingsdirektiven, trots sin detaljrikedom, i grunden uttrycker vad som i princip följer av fördragsbestämmelserna om varor, tjänster och etablering.⁴⁵

Som framgått kan EU-rätten tillämpas i rent nationella situationer om det finns ett nationellt intresse av eller önskan om att tillämpa EU-rätten i dessa situationer. För svensk del aktualiseras här både konkurrens- och upphandlingsområdet.⁴⁶ När det gäller konkurrensrätten finns principer i EU:s lagstiftning om att den nationella rätten måste tolkas EU-konformt. Detta har blivit tydligt sedan förordning (EG) nr 1/2003 trädde i kraft.⁴⁷ 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, men 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 en situation som innefattat överskjutande implementering. Frågan har varit uppe en gång i Regeringsrätten (RÅ 2000 ref. 23, Asea/ABB) och två gånger i Högsta domstolen. Det ena fallet i

⁴² Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden (EUT, L 376, s. 36).

⁴³ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, (EGT L 18, s. 1).

⁴⁴ Jfr t.ex. dom av den 18 december 2007 i mål C-341/05, Laval.

⁴⁵ Jfr Drijber, B. J. och Stergiou, H., *Public Procurement Law and Internal Market Law*, CMLrev 2009, s. 805.

⁴⁶ Se Wahl, N, *EG-domstolen tolkar nationell rätt*, JT nr 2, 1997/98, s. 499 och Bjerke, C., *Överskjutande införlivande av direktiv*, ERT 2006, s. 644.

⁴⁷ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 1, s. 1). Genom förordning nr 1/2003 moderniserades tillämpningsbestämmelserna till artiklarna 81 EG och 82 EG (nu 101 och 102 EUF), och de nationella myndigheterna och domstolarna gjordes mer delaktiga i tillämpningen av de europeiska konkurrensreglerna. Jämför bland annat skälen 6, 7 och 15 i förordning nr 1/2003 liksom artiklarna 5 och 6 i förordningen.

HD gällde offentlig upphandling under tröskelvärdena⁴⁸ och det andra konkurrenslagen.⁴⁹

3.6 *Problemet med omvänd diskriminering*

EU-rätten omfattar inte situationer där det uppstår s.k. omvänd diskriminering, dvs. EU-rätten hindrar inte att en medlemsstat behandlar sina egna medborgare sämre än andra EU-medborgare.

Under senare tid har det emellertid rests invändningar mot att inhemska rättssubjekt, som inte faller inom unionsrättens tillämpningsområde, behandlas sämre än rättssubjekt som i kraft av sitt unionsmedborgarskap eller sin anknytning till den grundläggande principen om fri rörlighet kan göra gällande det rättsskydd som garanteras genom unionsrätten. På uppmaning av nationella domstolar har EU-domstolen, i enlighet med den liberala rättspraxis som berördes ovan, bistått med tolkningsbesked i sådana situationer. Detta betyder dock inte i sig att EU-rättens tillämpningsområde vidgas. EU-rättens snabba utveckling och påtagliga expansion gör emellertid att det blir allt svårare att finna s.k. rent interna situationer där EU:s diskrimineringsförbud inte gäller. Ett exempel av relevans på upphandlingsområdet (tjänstekoncessioner) är generaladvokat Colomers klargörande i mål C-169/08, Acoset,⁵⁰ där han anför att det förhållandet att alla berörda företag hade säte i Italien inte innebar att det uppstod en intern situation eftersom det mot bakgrund av de omtvistade tjänsternas betydelse inte kunde uteslutas att något företag som var etablerat i en annan medlemsstat skulle vara intresserat av att tillhandahålla dem, vilket innebar att det fanns ett gemenskapsintresse.

4. De ställda frågorna

Jag återkommer nu till de frågor som jag har ombetts besvara och som det redogörs för i detalj under avsnitt 2, ovan. Jag kommer först att anföra några allmänna synpunkter på de uppkomna problemställningarna, för att därefter besvara de specifika frågorna.

⁴⁸ NJA 2003 s 82, Ljusdals Kabel TV.

⁴⁹ NJA 2004 s 804, Boliden.

⁵⁰ Förslag till avgörande av generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer av den 2 juni 2009 i mål 169/08, Acoset, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen.

4.1 Allmänna synpunkter

Vid förverkligandet av 1992 års inre marknadsprogram uppmärksammades offentlig upphandling särskilt. Tanken var att konkurrensutsätta offentliga marknader i hela EU. De bärande principerna var att transparens, icke-diskriminering och objektivitet skulle respekteras vid tilldelning av kontrakt som härrörde från den offentliga sektorn.⁵¹ Upphandlingsreglerna ansågs utgöra nödvändiga och integrerade beståndsdelar i den fria rörligheten för varor och tjänster, etableringsrätten samt förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet.⁵² Mot denna bakgrund har ett omfattande regelverk byggts upp på upphandlingsområdet. En uppdatering och kodifiering skedde den 31 mars 2004 när direktiven 2004/18/EG om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster⁵³ och 2004/17/EEG om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling på området vatten, energi, transport och posttjänster, de så kallade försörjningssektorerna,⁵⁴ antogs.

Upphandlingsrättens komplexitet, detaljrikedom och autonoma utformning gör att det lätt glöms bort att den i grunden uttrycker centrala EU-rättsliga inre marknadsprinciper. Upphandlingsrätten måste ses som en del av det samlade regelverket för EU:s inre marknad och tolkas mot denna bakgrund.⁵⁵ Detta är skälet till att vissa upphandlingsprinciper gör sig gällande utanför de specifika direktivens tillämpningsområde. Bl.a. ska kravet på likabehandling och transparens vara uppfyllt även på upphandlingsförfaranden som inte omfattas av direktiven.⁵⁶

I *Teckaldomen* och efterföljande rättspraxis framhåller EU-domstolen att ett avtal om offentlig upphandling måste ingås av fristående personer eller enheter.⁵⁷ Resonemanget i domen an-

⁵¹ Jfr Bovis, C., *EC Public Procurement: case law and regulation*, OUP 2005, s. 12.

⁵² Ibid. s. 13.

⁵³ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, EUT L 134, s. 114.

⁵⁴ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet), EUT L 134, s. 1.

⁵⁵ Jfr Slavicek, *Upphandlings olika ansikten*, ERT 2002, s. 17 och Drijber, B. J. och Stergiou, H., *Public Procurement Law and Internal Market Law*, CMLrev 2009, s. 805.

⁵⁶ Se dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, *Telaustria och Telefonadress*, REG 2000, s. I-10745, punkt 60, samt beslut av den 3 december 2001 i mål C-59/00, *Vestergaard*, REG 2001, s. I-9505, punkt 20.

⁵⁷ Se punkt 49 i *Teckaldomen*: "När det gäller frågan huruvida ett avtal föreligger, ska den nationella domstolen kontrollera om det finns en överenskommelse mellan två enskilda

knyter till själva upphandlingskonstruktionen eller annorlunda uttryckt avtalsbegreppet i EU:s upphandlingsrätt. Ett avtal mellan sinsemellan beroende personer är inte ett upphandlingskontrakt i direktivens mening.⁵⁸

Detta innebär t.ex. att kommuner, i vissa fall, skulle kunna genomföra köp från egna bolag, utan att tillämpa de föreskrivna förfarandena. Sådana köp i egenregi benämns vanligen *In House Providing* och avser avtal som en myndighet ingår med vissa offentliga organ vilka är knutna till den egna myndigheten. EU-domstolen har inte själv närmare förklarat varför den avgränsar skyldigheterna enligt upphandlingsrätten på detta sätt. Det har hävdats att undantaget kan ses som en avvägning mellan två motstående intressen, dvs. å ena sidan intresset av upphandling i fri konkurrens och å andra sidan offentliga aktörers intresse av att fritt kunna organisera sin verksamhet.⁵⁹

Domstolen har sammanfattat innebörden av undantaget på följande sätt:

[...] Undantaget för egenregi, kallat *In House Providing*, avser avtal som en tilldelande myndighet ingår med vissa offentliga organ vilka är knutna till denna myndighet. Gränserna för detta undantag har klart och tydligt formulerats i bland annat dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121), punkt 50, och av den 7 december 2000 i mål C-94/99, ARGE Gewässerschutz (REG 2000, s. I-11037), punkt 40. Av dessa domar följer att det, såvida inte annat uttryckligen har angetts, för att utgöra ett offentligt avtal i princip räcker att avtalet har ingåtts mellan en lokal myndighet och en med denna myndighet fristående person. Det kan endast förhålla sig på annat sätt om den lokala myndigheten utövar en kontroll över personen i fråga motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, samtidigt som nämnda person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den.⁶⁰

De båda rekvisiten – kontroll och verksamhet – är svårtillämpade och föremål för snabb och omfattande rättsutveckling vid EU-

personer.” Om man beaktar flera språkversioner och efterföljande rättspraxis är det uppenbart att vad som avses är alla enheter eller personer som är fristående från den upphandlande myndigheten. Jfr Ds 2009:36, s. 25.

⁵⁸ Jfr Bovis, C., *EC Public Procurement: case law and regulation*, OUP 2005, s. 354 och 368.

⁵⁹ Se Pedersen, *Upphandlingskrönika*, ERT 2008, s. 543 ff.

⁶⁰ Dom av den 8 maj 2003 i mål C-349/97 Spanien mot Kommissionen, REG 2003 s. I-03851.

domstolen.⁶¹ Denna rättspraxis har störst praktisk betydelse för den klassiska sektorn eftersom upphandlingsbestämmelserna för försörjningssektorerna som framgått innehåller särskilda undantag för vissa typer av köp från närstående bolag. Teckal-kriterierna har dock betydelse som yttre avgränsning av tillämpningsområdet även för EU:s upphandlingsrätt inom försörjningssektorn.⁶²

Vad denna rättsutveckling innebär för svenska förhållanden har varit föremål för livlig debatt. Kommunala företrädare har gjort gällande att de två ovan nämnda rekvisiten i normalfallet är uppfyllda i relationen mellan kommuner och deras bolag, medan såväl den tidigare tillsynsmyndigheten, Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som företrädare för leverantörer intagit en mer kallsinnig inställning till förutsättningarna för att tillämpa undantaget i Sverige.⁶³ Mot denna bakgrund var Regeringsrättens domar i de s.k.

⁶¹ Se dom av den 5 december 1989 i mål C-3/88, Europeiska gemenskapernas kommission mot Italienska republiken, REG 1989 s. 4035, dom av den 10 november 1998 i mål C-360/96, Gemeente Arnhem och Gemeente Rheden mot BFI Holding BV (Arnhem), REG 1998 s. I-06821, dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal Srl mot Comune di Viano och Azienda Gas-Acqua Consorziata di Reggio Emilia (Teckal), REG 1999 s. I-08121, 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 kommissionen (Tragsa), REG 2003 s. I-03851, dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfallund Energieverwertungsanlage TREA Leuna (Stadt Halle), REG 2005 s. I-00001, dom av den 13 januari 2005 i mål C-84/03, Europeiska kommissionen mot Konungariket Spanien, REG 2005 s. I-00139, dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Consorzio Aziende Metano mot Comune di Ginja de' Botti (Coname), REG 2005 s. I-07287, 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-08585, dom av den 10 november 2005 i mål C-29/04, Europeiska kommissionen mot Republiken Österrike (Mödling), REG 2005 s. I-09705, 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-03303, 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-04137, 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-02999, dom av den 17 juli 2008 i mål C-371/05, Europeiska kommissionen mot Italienska republiken (Mantua), REG 2008 s. I-0000, dom av den 13 november 2008 i mål C-324/07, Coditel Brabant SA mot Commune d'Uccle och Région de Bruxelles-Capitale (Coditel), ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen, dom av den 18 december 2008 i mål C-337/07, Ibrahim Altun mot Stadt Böblingen, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen och dom av den 9 juni 2009 i mål C-480/06, Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen.

⁶² Jfr dom av den 15 oktober 2009 i mål C-196/08, Acoset, punkt 52, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen.

⁶³ Se Pedersen, *Upphandlingskrönika*, ERT 2008, s. 545 f.

SYSAV-målen den 17 mars 2008 av stor betydelse (REG 2008 ref. 26).⁶⁴

Regeringsrätten uttalade att:

[...] LOU:s ordalydelse svårligen ger utrymme för en tolkning innebärande att kommunerna när de köper tjänster från kommunala bolag skulle vara undantagna från LOU:s regelverk. Tvärtom torde det allmänt anses att LOU inte medger att kommuner och landsting utan formell upphandling köper varor och tjänster från sina egna bolag [...].

Beträffande relevansen av det av kommunerna åberopade *In House Providing-undantaget*, konstaterade Regeringsrätten att detta undantags tillämpning inte kunde aktualiseras eftersom något sådant undantag inte fanns i den nationella lagstiftningen samt att skäl för att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen därför saknades.

Regeringsrättens dom har kritiserats. Bland annat har anförts att förarbetena till den svenska upphandlingslagstiftningen (både den äldre och den nu gällande) visar att den svenska lagstiftaren genomgående utgått från att lagstiftningen ska tolkas i enlighet med EU-rätten och att EU-domstolens praxis ska vara vägledande.⁶⁵

Även om Regeringsrättens dom utgör utgångspunkten för detta utlåtande måste jag för egen del instämma i delar av denna kritik. EU-domstolen har knutit Teckal-kriterierna till upphandlingsrättens definition av upphandlingskontrakt. Domstolen har alltså inte infört något nytt undantag i EU:s upphandlingsdirektiv i egentlig mening, även om denna rättspraxis kallas för *In House Providing-undantaget*. Domstolen har i flera domar preciserat upphandlingsdirektivens tillämpningsområde genom att som kriterium för att ett upphandlingskontrakt ska föreligga ange att det måste ingås av personer eller enheter som är fristående från varandra. Mot denna bakgrund är det förvånande att Regeringsrätten hävdar att EU-domstolens rättspraxis inte är aktuell med motiveringen att motsvarande undantag inte finns i den nationella lagstiftningen. Den svenska upphandlingslagen som tillämpades i målet,⁶⁶ liksom

⁶⁴ Målen avgjordes med tillämpning av den äldre lagen om offentlig upphandling (SFS 1992:1528), men utgången torde ha blivit densamma med tillämpning av någon av de nya upphandlingslagarna. Jfr Pedersen a.a., s. 546.

⁶⁵ Se Pedersen, *Upphandlingskrönika*, ERT 2008, s. 543 ff.

⁶⁶ Se lagen (1992:1528) om offentlig upphandling som under 5 § Definitioner definierar "Upphandlingskontrakt" som "skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag och som undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur." Jfr rådets direktiv 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid

nuvarande regelverk,⁶⁷ förutsätter precis som EU:s direktiv, förekomsten av ett upphandlingskontrakt.

Regeringsrätten hade alltså möjlighet att precisera den svenska lagens tillämpningsområde på samma sätt som EU-domstolen gjorde med EU:s upphandlingsdirektiv. Detta hade varit naturligt med hänsyn till kraven på direktivkonform tolkning som Regeringsrätten är skyldig att iaktta och överensstämmer dessutom med den svenska lagstiftarens uttryckliga vilja. Jag har svårt att se att den aktuella bestämmelsen i upphandlingslagen var utformad på ett sådant sätt att det var omöjligt för Regeringsrätten att tolka bestämmelsen till ett EU-konformt resultat. Den svenska lagbestämmelsen överensstämde som framgått väl med direktivbestämmelsen. Det kan inte heller sägas att en enskild skulle åläggas en ny skyldighet eller straffrättsligt ansvar om Regeringsrätten hade tolkat den svenska upphandlingslagen i enlighet med Teckal-kriterierna, vilket är de accepterade undantagen för att underlåta att tolka nationell lagstiftning direktivkonformt.

En analogi kan för övrigt dras till EU:s konkurrensrätt där avtal mellan bolag i samma företagsgrupp eller koncern inte anses utgöra avtal i konkurrensrättslig mening enligt vad som kallas *principen om ekonomisk enhet*.⁶⁸ I detta fall handlar det om att precisera och begränsa konkurrensrättens tillämpningsområde i enlighet med dess bakomliggande syften. Det hade varit mycket märkligt om denna rättspraxis inte skulle beaktats vid tillämpningen av den svenska konkurrenslagen, t.ex. därför att principen om ekonomisk enhet inte har skrivits in som ett särskilt undantag i konkurrenslagen. EU-domstolen har inte hänvisat uttryckligen till konkurrensrätten när den preciserat upphandlingsrättens tillämpningsområde och de båda situationerna är naturligtvis olika, men det kan ändå antas att denna väl etablerade princip på konkurrensområdet var en inspirationskälla för EU-domstolen i Teckalmålet.

upphandling av offentliga kontrakt för bygg- och anläggningsarbeten som definierar "offentliga varuupphandlingskontrakt" som "skrivna avtal med ekonomiska villkor mellan en leverantör (fysisk eller juridisk person) och en av de nedan under b angivna upphandlande myndigheterna, som omfattar köp, leasing, hyra eller hyrköp med eller utan köpoption av produkter.

⁶⁷ Se 2:10 i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster: "Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som 1. sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, ..."

⁶⁸ Se t.ex. Bernitz, U., Svensk och europeisk marknadsrätt 1, andra uppl., Norstedts juridik 2009, s. 107 ff.

Av Teckaldomen och efterföljande rättspraxis framgår, enligt min mening, att de resonemang EU-domstolen för är allmängiltiga och har betydelse vid all typ av upphandling, även när upphandling äger rum under upphandlingsdirektivens tröskelvärden och vid s.k. tjänstekoncessioner.⁶⁹ EU-domstolen har preciserat EU:s upphandlingsrätts tillämpningsområde generellt, oavsett om det finns enskilda direktiv eller om skyldigheten följer direkt av bestämmelserna i EUF-fördraget.

4.2 *Tillåter eller förbjuder direktiven och unionsrätten i övrigt att svensk lagstiftning kräver att upphandlingsförfarande genomförs*

Som framgått anser jag att Teckal-kriterierna är allmängiltigt och har betydelse vid all typ av upphandling. Den fråga som inställer sig är om detta innebär att 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 när Teckal-kriterierna inte respekteras.

Vid redovisningen ovan om vad som krävs vid införlivande av ett EU-direktiv har angetts att ett ofullständigt genomförande normalt inte är tillåtet, men att syftet med det aktuella direktivet måste beaktas. Den nationella genomförandeåtgärden får inte heller 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.

Upphandlingsdirektivens syfte sammanfaller helt med EUF-fördragets syfte. Detta framgår mycket tydligt av ingressen till direktiv 2004/18/EG.⁷⁰

(2) 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 lika-

⁶⁹ Se t.ex. dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen, REG 2005, s. I-8585.

⁷⁰ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, EUT L 134, s. 114.

behandling, 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 man måste ställa sig är därför 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? Jag kan inte se annat än 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. Situationen kan alltså liknas vid s.k. överskjutande implementering med den skillnaden att den svenska lagstiftaren inte har gjort ett tydligt val i denna riktning (valet kan istället sägas ha gjorts av Regeringsrätten). 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.

Det finns säkerligen kommuner eller andra offentliga organ som till följd av denna utveckling känner sig diskriminerad i förhållande till motsvarande organ i andra medlemsstater, eftersom den utsträckta skyldigheten att iaktta upphandlingsregelverket upplevs som en belastning. Detta är dock ett intresse som tillmäts mycket liten betydelse i ett EU-rättsligt perspektiv och kan jämföras med den tidigare berörda omvända diskrimineringen.

Man kan naturligtvis också kritisera det faktum att den rättsliga situationen är påtagligt oklar i Sverige, eftersom det är svårt att veta hur långt Regeringsrättens rättspraxis sträcker sig. Denna oklarhet

ligger dock utanför EU-rättens tillämpningsområde och kan därför inte utgöra ett skäl till att det svenska genomförandet skulle betraktas som ofullständigt eller felaktigt.

Från *rättslig* utgångspunkt anser jag således att direktiven och unionsrätten i övrigt tillåter att svensk lagstiftning (LOU respektive LUF) kräver att upphandlingsförfarande genomförs i sådana fall då sådant förfarande inte är obligatoriskt enligt EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna.

En annan fråga är om det är *lämpligt* att situationen i Sverige är så pass oklar som just har beskrivits. Kommissionens utgångspunkt är som framgått att överskjutande implementering ska undvikas på grund av att detta ofta leder till onödiga kostnader. Det är denna aspekt som enligt min mening bör stå i fokus för utredningens bedömning av den uppkomna situationen. Ett tydliggörande av rättsläget leder i regel till minskade kostnader och ökad ekonomisk effektivitet.

4.3 *Finns valfrihet för Sverige att uppställa krav för endast vissa sektorer (branscher) eller måste ett sådant krav uppställas generellt?*

Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan konstateras att tillämpningen av EU:s upphandlingsrätt utanför dess rättsliga tillämpningsområde är uteslutande en fråga för svensk rätt. EU-rätten kan emellertid få betydelse om den rent nationella tillämpningen försvårar eller skadar den enhetliga EU-rättsliga tillämpningen. Det är dock svårt att se att så skulle kunna bli fallet.

Från rättslig utgångspunkt finns således en valfrihet för Sverige att uppställa ett krav på upphandlingsförfarande trots att Teckal-kriterierna är uppfyllda för exempelvis vissa sektorer (branscher), eftersom man då befinner sig utanför EU-upphandlingsrättens tillämpningsområde.

Om vi återigen återgår till lämplighetsaspekter förefaller det emellertid tveksamt att skapa en sådan ordning. Normalt vill man undvika att denna typ av skillnader uppstår, eftersom den rättsliga situationen tenderar att bli förvirrad och onödiga kostnader då kan uppstå.⁷¹ Detta är dock hänsyn som i huvudsak inte dikteras av EU-rätten i detta fall. Det är emellertid tänkbart att Europeiska

⁷¹ Jfr generaladvokat Geelhoed förslag till avgörande i mål C-3/04, Poseidon Chartering, REG 2006, s. I-2505, punkt 16, där generaladvokaten diskuterar överskjutande direktivimplementering i nederländsk rätt.

kommissionen skulle finna en sådan lösning olämplig om det saknas objektiva skäl för en särbehandling av vissa sektorer.

4.4 *Är det tillräckligt att undantag införs i LOU respektive LUF för sådan upphandling som omfattas av direktiven?*

Som framgått anser jag inte att EU-rätten kräver att Sverige inför Teckal-kriterierna, varför behovet av att besvara denna fråga egentligen bortfaller. Jag har också anfört att en selektiv användning av Teckal-kriterierna är juridiskt möjligt, men kanske inte så lämpligt.

Det förefaller emellertid passande att något kommentera räckvidden av Regeringsrättens dom i detta sammanhang. Domen rör formellt bara den tidigare upphandlingslagen även om det är troligt att Regeringsrätten skulle komma till samma slutsats vid prövning av de nya upphandlingslagarna LOU (2007:1091) och LUF (2007:1092). Detsamma kan bli fallet om upphandling sker enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem. I denna lag ges heller inte uttryck för Teckal-kriterierna. Regeringsrättens resonemang har alltså potentiell bärkraft inom hela den svenska regleringen, dvs. även den som avser upphandling utanför direktivens tröskelvärden och ligger helt utanför direktiven.

För att Regeringsrättens resonemang ska gälla måste det dock finnas någon form av svensk reglering. Det är svårt att se att SYSAV-domen har betydelse utanför en sådan reglering, eftersom resonemanget i den grundas på i Sverige föreskrivna krav på upphandling utan uttryckliga undantag för s.k. *In House Providing*. EU-domstolens rättspraxis omfattar dock ett vidare område än som är reglerat i Sverige, närmare bestämt hela EUF-fördragets tillämpningsområde för framför allt tjänster och etablering.⁷² Utanför den svenska regleringen, där likväl fördragsförpliktelserna gäller, bör därför Teckal-kriterierna rimligen gälla.

⁷² I rättspraxis har artiklarna 12 EG, 43 EG och 49 EG samt de allmänna principer som följer av dessa inte tillämpats när den tilldelande myndigheten utövar en kontroll över den enhet som innehar koncessionen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, under förutsättning att denna enhet bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den enhet som kontrollerar den (Se t.ex. dom av den 13 november 2008 i mål C-324/07, Coditel Brabant SA, REG 2008, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 26.)

4.5 *Skulle det kunna strida mot EU-rätten om svensk lagstiftning kräver att ett upphandlingsförfarande genomförs vid en tjänstekoncession trots att EU-rätten inte innefattar ett sådant krav?*

Det följer av mina svar ovan att det inte strider mot EU-rätten om svensk lagstiftning kräver att ett upphandlingsförfarande genomförs, trots att EU-rätten inte innefattar ett sådant krav. Detta gäller även i fråga om tjänstekoncessioner. För tjänstekoncessioner som inte omfattas av lagen (2008:962) om valfrihetssystem bör dock som framgått Teckal-kriterierna gälla om inte motsatsen kommer till tydligt uttryck.

4.6 *Vilka krav i unionsrätten kan det bedömas att tolkningen av en nationell lagstiftning som kodifierar Teckal-kriterierna ska överensstämma med?*

EU-domstolen har i domen i mål C-410/04, ANAV, funnit att nationell lagstiftning i vilken Teckal-kriterierna upprepas ordagrant i princip överensstämmer med EU-rätten. Som förutsättning angavs att tolkningen av denna lagstiftning *också överensstämmer med gemenskapsrättens krav* (punkt 25).⁷³

Vad EU-domstolen här rimligen syftar på är den alltmer omfattande rättspraxis som gäller Teckal-kriteriernas tillämpning i konkreta fall. Från EU-rättslig utgångspunkt är det synnerligen viktigt att dessa kriterier inte tillämpas olika i medlemsstaterna, utan fortsätter att överensstämma med den rättsutveckling som sker i EU-domstolen. Det rör sig om kriterier som avgränsar tillämpningsområdet för EU:s upphandlingsrätt, med avseende på såväl tillämpliga direktiv som själva EUF-fördraget. När EU-domstolens rättspraxis kodifieras i ett medlemsland finns naturligtvis en risk att den precisering som kodifieringen ofta innebär påverkar innehållet i gällande rätt.⁷⁴ Detta ansluter till vad som allmänt gäller vid genomförande av direktiv och som har berörts tidigare. Det resultat som direktivet åsyftar kan förfelas om inte direktivet får samma genomslag i alla länder. Det är viktigt att medlemsländerna respekterar de koncept och principer som finns i EU-rätten.

⁷³ Ett likartat uttalande mot bakgrund av samma italienska lagstiftning finns i domen av den 10 september 2009 i mål C-573/07, Sea, ej ännu publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 68.

⁷⁴ Se allmänt härom, Hettne, J., *Rättsprinciper som styrmedel – Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol*, Norstedts juridik 2008, kap. 7, Kodifiering av EU:s allmänna rättsprinciper, s. 226 ff.

Länken mellan EU-rätten och den nationella rätten får inte suddas ut. 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.⁷⁵ Det är viktigt att det vid behov ställs tolkningsfrågor till EU-domstolen (förhandsavgöranden) för att undvika att det uppstår en nationellt avvikande rättsutveckling.

I promemorian Ds 2009:36 föreslås att en ny bestämmelse ska införas i LOU som innebär att ett kontrakt i lagens mening inte föreligger om en upphandlande myndighet anskaffar varor eller tjänster från en juridisk person, som myndigheten helt eller delvis innehar eller är medlem i, under förutsättning att de två Teckalkriterierna (kontroll och verksamhet) är uppfyllda.

Mot bakgrund av vad som påpekats ovan är det viktigt att dessa kriterier verkligen tillämpas i enlighet med EU-domstolens befintliga och framtida rättspraxis i fortsättningen.⁷⁶ Detta anförs också i promemorian. Det står att bestämmelsen är avsedd att tolkas strikt, med beaktande av EU-domstolens praxis. Jag skulle dock heller säga att bestämmelsen är avsedd att tolkas i överensstämmelse med EU-domstolens rättspraxis eftersom det är denna praxis man i själva verket gör tillämplig inom ramen för svensk rätt. Under dessa förutsättningar är ”gemenskapsrättens krav” uppfyllda som angavs i mål C-410/04, ANAV.

5. Slutsats

Genom Teckaldomen och efterföljande rättspraxis (Teckalkriterierna) avgränsas tillämpningsområdet för EU:s upphandlingsrätt. EU-domstolen anser att ett avtal om offentlig upphandling måste ingås av fristående personer eller enheter. Denna avgränsning gäller för hela den EU-rättsliga upphandlingsrätten och avser sålunda all typ av upphandling, även när upphandling äger rum under upphandlingsdirektivens tröskelvärden och vid s.k. tjänstekoncessioner.

⁷⁵ Jfr SOU 2009:71, EU, Sverige och den inre marknaden, s. 330 ff. och t.ex. prop. 2007/08:25, Förlängd redovisningsperiod och vissa andra mervärdesskattefrågor, s. 152.

⁷⁶ Man bör i görligaste mån undvika den situation som förutses i den finska regeringens proposition med förslag till lag om offentlig upphandling och lag om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster (RP 50/2006), nämligen att det kan bli nödvändigt att justera den nationella lagstiftningen när praxis utvecklas. Den nationella lagstiftningen bör vara en länk till EU-domstolens rättspraxis och inte en omskrivning av den samma.

Inom det område som täcks av Teckal-kriterierna har medlemsstaterna ett självständigt handlingsutrymme. Det strider inte mot EU-rätten att kräva att ett formaliserat anbudsförfarande genomförs inom detta område. Att förfara så kan liknas vid s.k. överskjutande implementering av direktiv eller s.k. *gold-plating*. Det är därför rättsligt möjligt att enbart tillämpa Teckal-kriterierna inom vissa områden, även om det kan vara olämpligt från andra utgångspunkter.

Medlemsstaterna kan välja att införa (kodifiera) Teckal-kriterierna i nationell rätt. Från EU-rättslig utgångspunkt är det därvid av synnerlig vikt att kriterierna överensstämmer med EU-domstolens rättspraxis och fortsätter att tillämpas i enlighet med denna i framtiden. Teckal-kriterierna avgränsar EU-rättens tillämpningsområde, vilket måste ske på samma sätt i alla medlemsstater. Länken mellan EU-rätten och den nationella rätt som återspeglar Teckal-kriterierna får därför inte gå förlorad.

Löberöd som ovan

Jörgen Hettne

Yttrande på uppdrag av Utredningen om offentliga företag – upphandling, kontroll, insyn (Fi 2009:08)

Professor Tom Madell och doktorand/advokat Andrea Sundstrand

Yttrande avseende ett eventuellt behov av ett generellt eller sektoriellt undantag från kravet på att stat, kommuner och landsting ska vara skyldiga att tillämpa bestämmelserna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), när de anskaffar varor eller tjänster från företag som de helt eller delvis innehar eller är medlemmar i (dir. 2009:81).

Sammanfattning

Sammanfattningsvis framstår det enligt vår mening klart att svenska aktiebolag såsom de regleras i aktiebolagslagen (2005:551), ABL, inte uppfyller kontrollkriteriet såsom det hittills har definierats i EU-domstolens rättspraxis. Vi anser därför att det i dag inte är möjligt för en upphandlande myndighet att som ägare till ett svenskt aktiebolag utöva en kontroll över bolaget som gör det möjligt för myndigheten att påverka de beslut som fattas i aktiebolaget, vare sig över bolagets strategiska mål eller över dess viktiga beslut.

Det framgår av EU-domstolens rättspraxis att de fall där upphandlande myndigheter har haft en kontroll över ett aktiebolag motsvarande det som den upphandlande myndigheten har över sin egen förvaltning, har varit i de fall där det finns en nationell lagstiftning om att sådan kontroll över aktiebolag är tillåten. Det synes innebära att en medlemsstat som har en aktiebolagsrättslig lagstiftning som inte medger en ägarkontroll utöver den som gäller för privata aktiebolag, har svårt att hävda att dess aktiebolag uppfyller kontrollkriteriet. Att enbart förlita sig på vad som följer av bolagsordningar och ägardirektiv samt överväganden i varje enskilt fall ter sig som en allt för osäker grund att bygga ett säkerställande av kontrollrekvisitet på. Sådana direktiv kan därutöver visa sig stå i strid mot bestämmelserna i den svenska aktiebolagslagen.

För att möjliggöra för statliga och kommunala myndigheter att organisera delar av sin verksamhet i bolagsform, bör därför en ny offentlighetsrättslig associationsform införas i svensk lagstiftning. Det bör i den nya associationsformen klart framgå att kontrollkriteriet är uppfyllt. Det kan ske genom att ägarna till bolaget ges ett direkt inflytande som innebär att de kan gå förbi bolagsstämman och bolagets styrelse och direkt fatta beslut utan att dessa organ har möjlighet att motsätta sig besluten, men en skyldighet att genomföra dem. Närmare om hur undantaget från reglerna i ABL bör utformas, överlåtes till lagstiftaren att besluta om.

Innehållsförteckning

1.	Bakgrund.....	798
2.	Uppdragets omfattning.....	799
3.	EU-rätten om köp från eget företag.....	800
3.1	In house/ex house	800
3.1.1	Gemensamma upphandlingar.....	801
3.1.2	Teckal-kriterierna	801
3.1.3	Institutionella offentlig-privata partnerskap, IOPP.....	802
3.2	Teckal.....	803
3.3	Vad innebär Teckal-kriterierna och när är kontrollkriteriet uppfyllt?.....	804
3.3.1	Strategiska mål och viktiga beslut.....	805
3.3.2	Privata intressen i den fristående juridiska personen	809
3.3.3	Delägarskap.....	809
3.3.4	Övriga frågor	809
4.	Teckal-kriterierna i svensk rätt	810
5.	Kontrollkriteriet och svenska aktiebolag	811
5.1	Svenska aktiebolag och offentliga ägare	811
5.2	Aktiebolagets rätt att fatta självständiga beslut	813
5.3	Rätten att verkställa beslut – firmateckningsrätten.....	818
5.4	Närmare om aktiebolagets intresse	821
5.5	Kommunalägda aktiebolag.....	822
6.	Svenska aktiebolag och kontrollkriteriet	823
6.1	Rekvisit för att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt	823
6.2	Är kontrollkriteriet uppfyllt när en upphandlande myndighet äger samtliga andelar i ett aktiebolag?	824
6.3	Är kontrollkriteriet uppfyllt när den upphandlande myndigheten endast äger andelar i ett aktiebolag?	825
6.4	Är kontrollkriteriet uppfyllt när vissa andelar ägs av privata företag?.....	825
6.5	Är kontrollkriteriet uppfyllt när den upphandlande myndighetens andelar ägs indirekt av myndigheten?	826
6.6	Kan ägardirektiv, aktieägaravtal eller bestämmelser i bolagsordning uppfylla kontrollkriteriet?.....	826
7.	Finns det behov av en särskild offentligrättslig associationsform?	827
8.	Sammanfattande slutsatser.....	829

1. Bakgrund

De EU-rättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling bygger på presumtionen att en anskaffning av varor och tjänster utanför den egna juridiska personen ska konkurrensutsättas. Sådana anskaffningar resulterar nämligen i tecknandet av ett kontrakt mellan två juridiskt fristående personer, och kontrakt avseende leverans av varor och tjänster som tecknas av upphandlande myndigheter omfattas av det upphandlingsrättsliga regelverket. EU-domstolen fastställde emellertid i målet *Teckal*¹ att anskaffningar mellan olika juridiska personer under vissa förutsättningar inte skulle betraktas som kontrakt enligt upphandlingslagstiftningen, utan i stället betraktas som anskaffningar vilka genomfördes inom samma juridiska person, s.k. *in house*.

I Sverige har emellertid RegR i RÅ 2008 ref. 26, SYSAV, konstaterat att det undantag från konkurrensutsättning som EU-domstolen medger enligt *Teckal* inte utan uttryckligt lagstöd är tillämpligt i Sverige. RegR håller med EU-domstolen om att nationell lagstiftning kan medge undantag från upphandling, men konstaterar att några sådana undantagsbestämmelser inte införts i LOU. RegR fann därför i det aktuella målet att en svensk kommun inte kunde köpa varor eller tjänster från ett helägt aktiebolag utan att affären först konkurrensutsattes i en offentlig upphandling.

För att undantaget från *Teckal* ska kunna tillämpas i Sverige, har regeringen föreslagit en temporär lagstiftning som anpassar svensk lag till EU-domstolens tolkning. I prop. 2009/10:134, Upphandling från statliga och kommunala företag, föreslås att de undantag från upphandling vid köp från hel- eller delägda (interkommunala) aktiebolag, kommunförbund eller andra utförandeorgan som EU-domstolen godkänt ska gälla från den 1 juni 2010 till den 1 januari 2013.

Regeringen har även tillsatt en särskild utredare för att utreda behovet av ett eventuellt generellt eller sektoriellt undantag från kravet på att stat, kommuner och landsting ska vara skyldiga att konkurrensutsätta sina upphandlingar enligt bestämmelserna i LOU när de köper varor och tjänster från företag som de helt eller delvis äger, även efter den 1 januari 2013.² Enligt direktiven ska utredaren ta ställning till om ett undantag eller begränsat undantag ska införas permanent i Sverige. Utredaren ska bl.a. väga vikten av

¹ Mål C-107/98, *Teckal*.

² Se Utredningen om offentlig företag – upphandling, kontroll, insyn (Fi 2009:08).

en väl fungerande konkurrens mot den offentliga sektorns behov av organisatorisk frihet. Utredaren ska även analysera om det finns behov av ett sådant undantag i fråga om kommunal samverkan i offentligrättslig form som t.ex. kommunalförbund. I uppdraget ingår även att utreda behovet av att de kommunalrättsliga principerna får större genomslag i de kommunala företagen. Slutligen ska utredaren utvärdera hur det regelverk som finns kring insyn i kommunala bolag och entreprenader har tillämpats i praktiken. Utredningen ska redovisa uppdraget senast den 30 november 2010.

2. Uppdragets omfattning

Utredningen om offentliga företag har gett professor Tom Madell vid Juridiska institutionen, Umeå universitet, i uppdrag att upprätta ett skriftligt rättsutlåtande. Utlåtandet ska vara utredningen tillhanda senast den 31 mars 2010. Vid upprättandet av utlåtandet får professor Tom Madell ta hjälp av doktoranden och advokaten Andrea Sundstrand.

I rättsutlåtandet ska redovisas en motiverad analys av i vad mån svensk associations- och kommunalrätt m.m. ger utrymme för att kontrollkriteriet, såsom kriteriet utvecklats i EU-domstolens rättspraxis, kan vara uppfyllt i fall en svensk upphandlande myndighet anskaffar varor eller tjänster från en fristående enhet som är knuten till myndigheten.

Analysen ska ta sikte på att en upphandlande myndighet (staten, en kommun, ett landsting eller ett kommunalförbund) anskaffar varor eller tjänster från ett svenskt aktiebolag som den upphandlande myndigheten äger

- a) samtliga andelar i, eller
- b) vissa andelar i (då övriga andelar ägs av en eller flera andra upphandlande myndigheter alternativt då övriga eller vissa andelar ägs av privata företag).

Den upphandlande myndighetens andelar kan ägas antingen

1. direkt av myndigheten, eller
2. indirekt av myndigheten (via t.ex. ett annat aktiebolag – holdingbolag – som den upphandlande myndigheten äger andelarna i).

Om uppfyllelse av kontrollkriteriet bedöms förutsätta särskild ägarstyrning eller liknande genom t.ex. ägardirektiv, aktieägaravtal eller bestämmelser i bolagsordning ska det beskrivas i analysen. Vidare ska i analysen belysas i vad mån olika förutsättningar kan föreligga beträffande kontrollkriteriet när det gäller

- a) statens möjligheter att kontrollera fristående enheter (aktiebolag), och
- b) kommuners, landstings och kommunalförbunds möjligheter att kontrollera fristående enheter (aktiebolag).

Det s.k. verksamhetskriteriet omfattas således inte av uppdraget, varför det inte heller har behandlats i yttrandet.

3. EU-rätten om köp från eget företag

3.1 *In house/ex house*

Då en upphandlande myndighet, i stället för att konkurrensutsätta driften av en viss verksamhet, väljer att utföra de aktuella uppgifterna i egen regi behöver någon offentlig upphandling givetvis inte genomföras. Om en uppgift kan skötas internt talas vanligtvis om *in house-verksamhet*. Vare sig reglerna om offentlig upphandling eller de allmänna EU-rättsliga principerna, kan enligt EU-domstolen aktualiseras då en myndighet väljer en sådan lösning.³ *In house*-produktion omfattas följaktligen inte av upphandlingsreglerna, i motsats till vad som gäller angående s.k. *ex house*-produktion, och det står därför t.ex. en kommun helt fritt att själv avgöra om den väljer att konkurrensutsätta en verksamhet eller att tillhandahålla den i egen regi.

Någon definition av begreppet *in house* återfinns inte i direktiven, men en utgångspunkt är att det rör sig om *in house* om både beställaren och utföraren befinner sig inom samma juridiska enhet, t.ex. om det rör sig om olika enheter inom en myndighet. En kommunal eller statlig nämnd kan därför "köpa" en tjänst av en annan del av förvaltningen utan att någon upphandling behöver aktualiseras. Inte heller om en offentlig enhet låter en annan del av samma offentliga verksamhet utföra en tjänst inom ramen för en

³ Se mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 48.

beställar- och utförarmodell behöver således upphandlingsreglerna beaktas. Det rör sig med i dessa fall om s.k. intraprenader, vilka inte omfattas av upphandlingsbestämmelserna och därför inte behöver konkurrensutsättas.

När en offentlig enhet däremot vänder sig till en annan juridisk person för anskaffning av varor och tjänster, *ex house*, är huvudregeln att anskaffningen ska konkurrensutsättas. Det går dock att identifiera tre undantag från skyldigheten att genomföra en offentlig upphandling i enlighet med LOU och LUF.

3.1.1 *Gemensamma upphandlingar*

Det finns för det första inget som hindrar att flera upphandlande myndigheter tillsammans genomför en upphandling och överlåter till den ena av dem att sköta det praktiska. Det anses även vara möjligt för övriga upphandlande myndigheter eller enheter att ersätta den som sköter det praktiska för dess kostnader, utan att det anses vara ett köp enligt upphandlingsbestämmelserna. EU-domstolen fastställde nämligen i mål C-480/06, *Kommissionen mot Tyskland*, att EU:s regelverk om offentlig upphandling inte omfattar samarbete om offentliga upphandlingar mellan upphandlande myndigheter, där en av dem åtar sig att utföra vissa allmännyttiga uppgifter utan syfte att generera vinst. Skulle å andra sidan leverantören befinna sig utanför den kommunala enheten måste däremot upphandlingsreglerna som huvudregel följas i den anskaffningen.⁴

3.1.2 *Teckal-kriterierna*

EU-domstolen har som ett andra undantag genom de s.k. *Teckal*-kriterierna utvidgat *in house*-bestämmelserna till att även omfatta externa rättssubjekt.⁵ Undantag från upphandlingsplikten kan medges om den upphandlande myndigheten har kontroll över det

⁴ Se mål C-480/06, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 57 ff. Se även Pedersen & Olsson, *Commission v Germany: A new Approach on In-house Providing?*, *Public Procurement Law Review*, 2010, s. 33–45, Kotsonis, *Co-operative agreements between public authorities in the pursuit of a public interest task: Commission of the European Community v Federal Republic of Germany (C-480/06)*, *Public Procurement Law Review*, 2009, s. NA 216, samt Naundrup Olesen & Steinicke, *EU-retlige rammer for offentlig organisering af opgaverne*, *UfR*, s. 80–87.

⁵ Kriterierna anges i mål C-107/98, *Teckal*, där 45 kommuner tillsammans ägde ett bolag, AGAC.

aktuella företaget motsvarande en sådan kontroll som man har över den egna verksamheten, kontrollkriteriet, och leverantören utövar huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med eller åt den upphandlande myndigheten, verksamhetskriteriet.⁶

De kriterier som uppställdes i mål C-107/98, Teckal, för att det ska rör sig om in house är inte helt klara – även om de senaste årens avgöranden från EU-domstolen i viss utsträckning förtydligat rättsläget. Problem som måste beaktas i sammanhanget är dock vilken typ av kontroll den upphandlande myndigheten ska kunna ha över leverantören och vad som avses med huvuddelen av verksamheten. Kontrollkriteriet, enligt EU-domstolen uttryckt som att en upphandlande myndighet ”utövar en kontroll över den ifrågasvarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning”, har efter domstolens avgörande i Teckal vidareutvecklats av EU-domstolen i ytterligare 16 domar, se avsnitt 3.2.

3.1.3 Institutionella offentlig-privata partnerskap, IOPP

En tredje modifiering av möjligheterna till undantag gällande upphandlingsskyldigheten följer av mål C-196/08, Acoset.⁷ I målet fastställer EU-domstolen det som kommissionen tidigare angett i ett tolkningsmeddelande om institutionella offentlig-privata partnerskap, s.k. IOPP.⁸ EU-domstolen menar att i de fall en upphandlande myndigheten följt de EU-rättsliga principerna vid valet av partner för ett offentlig-privat företag, behöver tilldelning av en koncession eller anskaffning av varor och tjänster inte ske enligt upphandlingsbestämmelserna. Anledningen är att ett andra anbudsförfarande för att välja koncessionshavare inte skulle vara funktionellt eller motiverat. Om den upphandlande myndigheten skulle välja att använda ett förfarande i två steg för att först utse den privata delägaren i det halvoffentliga bolaget för att därefter tilldela bolaget den aktuella koncessionen skulle det kunna avhålla privata aktörer och myndigheter från att bilda institutionella

⁶ Vad gäller det s.k. verksamhetskriteriet, se närmare mål C-340/04, Carbotermo, samt mål C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparación y Manipulación de Correspondencia*.

⁷ Se mål C-196/08, *Acoset*.

⁸ Se kommissionens tolkningsmeddelande K(2007)6661 om tillämpningen av EU-rätten om offentlig upphandling och koncessioner på institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP).

offentlig-privata partnerskap. Dessa skulle kunna anse att förfarandet skulle ta för lång tid och vara alltför rättsligt osäkert.

Förutsättningen för att slippa ett andra anbuds förfarande och i stället kunna direkt tilldela den aktuella koncessionen till det gemensamägda företaget var att privata delägare valdes ut genom ett offentligt anbuds förfarande. Vidare skulle den aktuella tjänsten utgöra företagets enda verksamhetsföremål och företaget skulle behålla samma verksamhetsföremål under hela koncessionstiden, dvs. alla väsentliga förändringar av kontraktet skulle medföra att nya anbud måste inhämtas.⁹

3.2 *Teckal*

Av de tre ovan nämnda undantagen, är det endast det andra undantaget, dvs. det undantag som följer av mål C-107/98, *Teckal*, som är relevant för denna analys. EU-domstolen har såväl i det målet som i flera andra mål fastställt att en kommun eller en sammanslutning av kommuner under vissa förutsättningar kan tilldela ett kontrakt ett företag som den eller de äger utan att först genomföra en offentlig upphandling.¹⁰ Begreppet *in house* utgår från den s.k. instruktionsbefogenheten och har hämtats från bolagsrätten. Ur ett konkurrensrättsligt perspektiv är ett dotterbolag sålunda inte att betrakta som självständigt om moderbolaget har rätt att bestämma över dotterbolaget.¹¹ Denna rätt eller möjlighet att bestämma över dotterbolaget har vad avser offentlig upphandling mynnat ut i det s.k. kontrollkriteriet, vilket innebär att en upphandlande myndighet ska ha motsvarande kontroll över en juridiskt fristående person som den har över sin egen förvaltning.

EU-domstolens rättspraxis har efter *Teckal* gradvis förtydligat och utvidgat kommunernas möjligheter att själva välja hur de organiserar sin verksamhet. Kontrollkriteriet är emellertid inte helt logiskt ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv, men ligger väl i linje med de möjligheter en kommun i enlighet med såväl kommunal-

⁹ Se även mål C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur*, p. 34.

¹⁰ Mål C-107/98, *Teckal*, mål C-94/99, *ARGE*, mål C-26/03, *Stadt Halle*, mål C-84/03, *kommissionen mot Spanien*, mål C-231/03, *Coname*, mål C-458/03, *Parking Brixen*, mål C-29/04, *kommissionen mot Österrike*, mål C-410/04, *ANAV*, mål C-340/04, *Carbotermo*, mål C-220/05, *Aurox*, mål C-295/05, *Asemfo*, mål C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, mål C-337/05, *Augusta Bell*, mål C-371/05, *kommissionen mot Italien*, C-480/06, *kommissionen mot Tyskland*, mål C-324/07, *Coditel Brabant*, mål C-573/07, *Sea*, samt mål C-17/09, *kommissionen mot Tyskland*.

¹¹ Se t.ex. Jones & Sufrin, *EC Competition Law*, 2008, s. 141 ff.

lagens regler som konventionen om lokalt och regionalt självstyre måste anses ha för att reglera sin verksamhet på ett så funktionellt sätt som möjligt – utan att för den skull behöva lägga över driften av en viss verksamhet på enskilda aktörer.¹² EU-rätten beskylls ofta i sin strävan att uppnå en effektiv konkurrens för att vara blind för den kommunala verksamheten och den kompetens att organisera den egna verksamheten på ett funktionellt sätt som bl.a. följer av konventionen om kommunal och regionalt självstyre. EU-rätten sägs helt enkelt lida av *Kommunalblindheit*.¹³ EU-domstolens avgörande i mål C-480/06, *Kommissionen mot Tyskland*, samt i de femtontal avgöranden som preciserar Teckal-kriterierna utgör dock två exempel på motsatsen.¹⁴

Samtidigt är det så att de inte helt logiska effekterna av EU-domstolens rättspraxis blir att om en kommun finner det mest ändamålsenligt och funktionellt att tillgodose ett visst behov genom ett s.k. institutionellt offentlig-privat partnerskap, IOPP, där kommunen äger 99 procent av aktierna, måste en upphandling göras, medan en sådan inte behöver göras om kommunen går in som aktieägare med 1 procent av aktierna i ett bolag som till 99 procent ägs av andra kommuner. Man kan med fog fråga sig om inte EU-domstolens utvidgning av kontrollkriteriet snarast är att se som en rättsfiktio som syftar till att försöka legitimera att situationen kan anses vara in house, snarare än en reell kontroll över verksamheten.¹⁵

3.3 Vad innebär Teckal-kriterierna och när är kontrollkriteriet uppfyllt?

Teckal-kriterierna innebär att a) den upphandlande myndigheten eller enheten ska utöva en kontroll över den fristående enheten som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, *kontrollkriteriet*, och b) den fristående enheten ska utföra huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, *verksamhetskriteriet*. Den föreliggande utred-

¹² Se närmare Steinicke, Den udbudsretlige in house-regel – en kritik af udviklingen i EF-Domstolens praksis, 2009, s. 260–273.

¹³ Se t.ex. Faber, Die Zukunft kommunaler Selbstverwaltung, Deutsches Verwaltungsblatt 1991, s. 1132, Schefold, Zur Gestalt der Regionen, 2005, s. 292 not 23, s. 293 not 25, och s. 306 not 76.

¹⁴ Se mål C-480/06, *kommissionen mot Tyskland*.

¹⁵ Se Steinicke, Den udbudsretlige in house-regel – en kritik af udviklingen i EF-Domstolens praksis, 2009, s. 272 f.

ningen omfattar endast kontrollkriteriet, varför verksamhetskriteriet inte vidare kommer att utredas.

Ur domstolens rättspraxis går det att urskilja ett antal faktorer som ska bedömas vid en prövning av om kontrollkriteriet ska anses vara uppfyllt, bl.a.: a) *strategiska mål och viktiga beslut*, b) *privata intressen i den fristående juridiska personen* samt c) *delägarskap*.¹⁶

3.3.1 *Strategiska mål och viktiga beslut*

För att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt ska den fristående enheten vara underställd en kontroll som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att påverka de beslut som fattas i den fristående enheten. Det ska vara fråga om en möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande i fråga om såväl den fristående enhetens strategiska mål som dess viktiga beslut. Kontrollkriteriet anses vara uppfyllt om den upphandlande myndigheten har rätt att utse ledamöter i den fristående enhetens styrelse, har möjlighet att styra över företagets verksamhet, kan besluta över den fristående enhetens ekonomiska ersättning, om den genom avtal har rätt att godkänna verksamhetens mål samt kan utse en tjänsteman eller liknande att övervaka verksamheten.

Kontrollkriteriet anses däremot inte vara uppfyllt när sammansättningen av de beslutande organen i den fristående enheten och de befogenheter som sammanslutningens styrelse har innebär att dessa har en betydande självständighet i förhållande till den upphandlande myndigheten.

Av avgörande betydelse för om en upphandlande myndighet kan utöva bestämmande inflytande över ett fristående aktiebolag, är bestämmelserna i den nationella associationsrättsliga lagstiftningen. De befogenheter och den självständighet som en bolagsstyrelse har i förhållande till bolagets ägare torde med stor sannolikhet variera mellan olika rättsordningar. Det kan därför inte uteslutas att i länder där styrelsen i den nationella lagstiftningen har getts mycket långtgående befogenheter avseende förvaltningen av bolaget, t.ex. då bolagsstyrelsen har rätt att företa alla handlingar som den anser nödvändiga för att företagets ändamål skulle uppnås, kan kontrollkriteriet inte anses vara uppfyllt. Det kan även konstateras att EU-domstolen endast har ansett att kontrollkriteriet har varit uppfyllt i

¹⁶ Se mål C-340/04, *Carbotermo*, p. 36, mål C-324/07, *Coditel Brabant*, p. 28, samt mål C-573/07, *Sea*, p. 65.

de fall där *den nationella lagstiftningen har medgett undantag* från den självständighet som aktiebolag normalt har enligt nationell aktiebolagsrätt.

I mål C-410/04, *ANAV*, fastställde EU-domstolen att artiklarna 43, 49 och 86 EG (artiklarna 49, 56 och 106 EUF-fördraget), liksom principerna om likabehandling, om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet och om insyn, inte utgjorde hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken det är tillåtet för en myndighet att direkt tilldela ett kontrakt avseende offentliga nyttigheter till ett bolag som ägs helt av denna myndighet, under förutsättning att Teckal-kriterierna var uppfyllda.¹⁷ Det var den italienska staten som hade skrivit in möjligheten att inskränka fristående aktiebolag genom att kriterier motsvarande de i Teckal angivits i lagstiftningen.

I mål C-295/05, *Asemfo*, uttalade EU-domstolen att det följde av artikel 88.4 i den spanska lagen nr 66/1997, samt av artiklarna 3.2–3.6, 4.1 och 4.7 i det kungliga dekretet nr 371/1999, att det spanska företaget Tragsa skulle utföra de beställningar som lämnats av dess ägare, i dess egenskap av genomförandeorgan och teknisk enhet, inte självt kunde bestämma priset för de tjänster som skulle utföras att Tragsas kontakter med ägarna inte var av avtalsrättslig karaktär. Domstolen menade att Tragsa därför inte skulle betraktas som tredje man i förhållande till sina ägare.¹⁸

I mål C-371/05, *Kommissionen mot Italien*, menade EU-domstolen att kontrollkriteriet var uppfyllt när kommunen hade rätt att utse ledamöterna i styrelserna för förvaltningen av det fristående företaget och kunde utse en kommunal tjänsteman som kunde styra och övervaka verksamheten i företaget och kontrollera dess räkenskaper.¹⁹ Det var enligt domstolen tillräckligt för att åtgärderna skulle innebära en strukturell och funktionell kontroll över företaget liknande det som kommunen hade över sina egna förvaltningar. Värt att notera är att EU-domstolen redan i mål C-410/04, *ANAV*, se ovan, konstaterade att det i den italienska lagstiftningen fanns möjlighet att inskränka enskilda aktiebolags självstyre i förhållande till deras offentliga ägare.

I mål C-324/07, *Coditel*, fastställde EU-domstolen att de upphandlande myndigheter som ägde den aktuella föreningen utövade

¹⁷ Se mål C-410/04, *ANAV*, p.33.

¹⁸ Se mål, C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparación y Manipulación de Correspondencia*, p. 60 f.

¹⁹ Se mål C-480/06, *Kommissionen mot Tyskland*, p.25.

en kontroll över denna, som motsvarade den kontroll de utövade över sina egna förvaltningar. Myndigheterna kunde bl.a. tillsätta representanter i kontrollorgan inne i föreningen, och därmed direkt påverka olika beslut. Domstolen konstaterade även att ”I detta avseende ska det framhållas att Brutélé inte är ett aktiebolag som kan besluta om sitt verksamhetsföremål utan aktieägarnas inblandning, utan är en kooperativ mellankommunal sammanslutning som regleras enligt lagen om mellankommunala sammanslutningar. Enligt artikel 3 i denna lag ska en mellankommunal sammanslutning vidare inte anses vara näringsidkare.”²⁰

Även mål C-573/07, *Sea*, behandlade den italienska lagstiftningen och dess möjligheter för offentliga ägare att tillsätta organ för att styra och kontrollera bolagens verksamhet, vilket utgör ett undantag från de italienska aktiebolagsreglerna. I målet konstaterade EU-domstolen att de upphandlande myndigheterna i enlighet med italienska lagstiftningen hade upprättat en gemensam kommitté och flera tekniska kommittéer i det fristående bolaget, vilka alla innehöll representanter för delägarna. Varje delägare har en röst i dessa kommittéer. Vidare hade dessa kommittéer enligt bolagsordningen omfattande kontroll- och beslutsbefogenheter. I bolagsordningen begränsades i gengäld bolagsstämmans befogenheter, genom att stämman måste beakta de riktlinjer och instruktioner som kommittéerna lämnade och genom att den endast fick låta styrelsen vidta vissa åtgärder om det först tillstyrkts av den gemensamma kommittén. Bolagsordningen begränsade även styrelsens utrymme för självständigt beslutsfattande genom att ålägga den att iaktta de befogenheter som förbehölls kommittéerna. Styrelsen kunde dessutom endast fatta beslut med iakttagande av de instruktioner som kommittéerna hade lämnat. Mot denna bakgrund menade EU-domstolen att kontrollkriteriet var uppfyllt.

I mål C-458/03, *Parken Brixen*, påpekar EU-domstolen att om den kontroll som en upphandlande myndighet utövar över ett aktiebolag huvudsakligen begränsar sig till den som majoriteten av aktieägarna ges enligt bolagsrätten, minskar det väsentligt det beroendeförhållande som fanns mellan kommun och bolaget, särskilt med hänsyn till de vidsträckta befogenheter som styrelsen för bolaget dessutom har. Även i mål C-340/04, *Carbotermo*, anger EU-domstolen att den kontroll som kommunen utövade över två fristående bolag i princip motsvarade den som majoriteten av aktie-

²⁰ Mål C-324/07, *Coditel Brabant*, p. 37.

ägarna har enligt bolagsrätten, och att det i betydande mån begränsade kommunens möjlighet att påverka bolagens beslut. Av målet framgick att bolagens stadgar gav styrelsen för vart och ett av bolagen långtgående befogenheter avseende den löpande och den icke-löpande förvaltningen. Enligt stadgarna förbehålls inte kommunen någon särskild kontrollbefogenhet eller rösträtt för att begränsa den handlingsfrihet som styrelserna hade getts.²¹ Slutligen påpekar EU-domstolen även i mål C-537/07, *Sea*, att om de upphandlande myndigheternas möjlighet till påverkan av en fristående juridisk person huvudsakligen är begränsad till den som majoriteten av aktieägarna ges, är kontrollkriteriet inte uppfyllt, eftersom detta faktum i betydande mån begränsar upphandlande myndigheters möjlighet att påverka aktiebolagens beslut.²²

Slutsats av det anförda under denna punkt är att det inte per automatik är så att ett aktiebolag som ägs av en eller flera upphandlande myndigheter uppfyller kontrollkriteriet, snarare tvärtom. Om kontrollen huvudsakligen är begränsad till den som majoriteten av aktieägarna har enligt den nationella bolagsrätten, torde det tyda på, utan att vara avgörande, att någon tillräcklig kontroll inte föreligger, eftersom det i betydande mån begränsar den upphandlande myndighetens möjlighet att påverka de fristående enheternas beslut. Inte heller då bolagsstyrelsen har långtgående befogenheter avseende den löpande och den icke-löpande förvaltningen och enhetens bolagsordning inte förbehåller den upphandlande myndigheten någon särskild kontrollbefogenhet eller rösträtt för att begränsa den handlingsfrihet som styrelsen getts, torde kontrollkriteriet anses vara uppfyllt.

Som ett exempel på självständighet kan nämnas att EU-domstolen i mål C-458/03, *Parking Brixen*, fastställde att om en styrelse har rätt att företa alla handlingar som den anser nödvändiga för att företagets ändamål ska kunna uppnås och som har befogenheten att ställa säkerhet på upp till fem miljoner euro eller att genomföra andra transaktioner utan att dessförinnan få ett godkännande av bolagsstämman, visar det på att bolaget är mycket självständigt i förhållande till sina aktieägare.²³

²¹ Se mål 340/04, *Carbotermo*, p. 38.

²² Mål C-537/07, *Sea*, p. 87.

²³ Se mål C-458/03, *Parking Brixen*, p. 68.

3.3.2 *Privata intressen i den fristående juridiska personen*

I mål C-26/03, *Stadt Halle*, konstaterade EU-domstolen att det aldrig kan röra sig om in house då en leverantör till viss del är privatägt, oavsett om den upphandlande myndigheten äger den allra största delen, 75 procent, av företaget.²⁴ Orsaken är att privata ägare drivs av andra intressen än offentliga, t.ex. av ett uttalat vinstintresse.

3.3.3 *Delägarskap*

EU-domstolen prövade i mål C-573/07, *Sea*, frågan huruvida en kommun som var minoritetsägare i ett offentligt ägt italienskt aktiebolag kunde anses utöva en kontroll över bolaget som motsvarade den kontroll som kommunen utövar över sin egen förvaltning. EU-domstolen konstaterade att aktiebolagsformen som sådan inte utesluter att *Teckal*-undantaget kan tillämpas.²⁵ Domstolen uttalar vidare att den rättspraxis som slogs fast i mål C-324/07, *Coditel*, att myndigheter kan utöva gemensam kontroll över ett kommunalt kooperativ, även är tillämplig beträffande aktiebolag. På motsvarande sätt förefaller det som om en kommuns inflytande och andel av aktiekapitalet saknar avgörande betydelse för bedömningen.²⁶

3.3.4 *Övriga frågor*

Det finns även ett antal övriga omständigheter som måste vara uppfyllda för att kontrollkriteriet ska anses vara uppfyllt. Som exempel kan nämnas de följande två.

Indirekt ägande

Som EU-domstolen fastställde i mål C-340/04, *Carbotermo*, att förekomsten av ett mellanled kan under omständigheterna i målet försvaga den kontroll som den upphandlande myndigheten

²⁴ Se mål C-26/03, *Stadt Halle*.

²⁵ Jfr mål C-410/04, *ANAV*.

²⁶ Se mål C-573/07, *Sea*, p. 61 och 62 och de hänvisningar som görs till mål C-231/03, *Coname*, och mål C-295/05, *Asemfo*.

eventuellt utövar till följd av att den äger en del av aktiekapitalet.²⁷ I målet utövade en kommun inflytande över ett fristående bolag genom ett holdingbolag.

Relevant tidpunkt för bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt

Det är den faktiska tidpunkten för tilldelningen av det offentliga kontraktet som är den relevanta tidpunkten för bedömningen av om direktivet ska tillämpas, men även senare händelser ska beaktas, se mål C-29/04, *Kommissionen mot Österrike*.²⁸

4. Teckal-kriterierna i svensk rätt

I RÅ 2008 ref. 26 (SYSAV) hänvisade Regeringsrätten till EU-domstolens dom i mål C-295/05, *Asemfo*. Där menade EU-domstolen att upphandlingsdirektiven inte utgjorde hinder för direktköp från det statligt/regionalt ägda företaget Tragsa, eftersom företaget i lag ansågs ha en rättslig ställning som gjorde att bolaget uppfyllde *Teckal*-kriterierna. Regeringsrätten tolkade emellertid avgörandet som innebärande att det var själva *Teckal*-undantaget som var införlivade i den spanska lagtexten, inte möjligheten att för vissa bolag tillämpa undantag från den nationella aktiebolagsrättsens krav på självständighet. Därefter fastställde Regeringsrätten att *Teckal*-kriterierna inte kan tillämpas i Sverige innan de införlivats i svensk lagstiftning.²⁹ Utgången i målet har bl.a. fått till följd att Konkurrensverket i sin tillsynsverksamhet har fastställt att upphandlande myndigheter som utan konkurrensutsättning köper varor och tjänster från sina egna företag bryter mot LOU.³⁰

Ett mera tilltalande alternativ hade emellertid varit om Regeringsrätten konstaterat att *Teckal*-kriterierna var tillämpliga i Sverige genom EU-domstolens rättspraxis och sedan undersökt huruvida de svenska aktiebolagen enligt bestämmelserna i aktiebolagslagen (2005:551), ABL, uppfyllde *Teckal*-kriterierna. Det var

²⁷ Se mål C-340/04, *Carbotermo*, p.39.

²⁸ Se mål C-29/04, *kommissionen mot Österrike*, p. 38.

²⁹ Det bör påpekas att det redan innan Regeringsrättens avgörande i SYSAV rådde tveksamhet om huruvida kontrollkriteriet var i överensstämmelse med den svenska aktiebolagsrätten. Vad gällde kommunala bolag har t.ex. såväl Kammarrätten i Göteborg (mål nr 5032-5033-2002) som Kammarrätten i Stockholm (mål nr 7677-03) funnit att kontrollkriteriet inte var uppfyllt.

³⁰ Se t.ex. KKV:s beslut den 15 juli 2009, dnr 25/2009, bilaga 1.

nämligen en sådan bedömning som EU-domstolen menade skulle utföras i mål C-295/05, *Asemfo*. Utgången i målet hade i så fall avgjorts av utformningen av bestämmelserna i ABL, dvs. om bestämmelserna om svenska aktiebolag kan anses uppfylla *Teckal*-kriterierna. Någon diskussion om *Teckal*-kriteriernas eller EU-domstolens avgöranden tillämplighet i Sverige hade därmed aldrig behövt uppstå.

EU-domstolens avgöranden är direkt tillämpliga i samtliga medlemsstater. Domstolens tolkning av i vilka fall ett kontrakt enligt upphandlingsdirektiven föreligger utgör tolkning av befintlig EU-lagstiftning och ska omedelbart beaktas i alla medlemsländer och av alla offentliga organ. Enligt vår bedömning är det inte således nödvändigt att införliva *Teckal*-kriterierna i svensk lag för att de ska vara tillämpliga i Sverige. Kriterierna är därför, under förutsättning att de materiellt kan anses vara uppfyllda i det enskilda fallet, tillämpliga även utan ett uttryckligt införande i LOU. Samtidigt kan det med anledning av Regeringsrättens avgörande möjligtvis ses som ett förtydligande att *Teckal*-kriterierna kodifieras i svensk rätt. På grund av utformningen av avgörandet i SYSAV saknas det emellertid fortfarande vägledande avgöranden från Regeringsrätten avseende innebörden av *Teckal*-kriterierna.

5. Kontrollkriteriet och svenska aktiebolag

5.1 Svenska aktiebolag och offentliga ägare

I ju större omfattning en upphandlande myndighet genom styrelser eller andra organ kan styra ett fristående bolags beslut, desto större är möjligheten att kontrollkriteriet är uppfyllt. Frågan är om den svenska aktiebolagslagen medger att en utomstående enhet att gå in och styra ett aktiebolag på så sätt som behövs för att uppfylla kontrollkriteriet. Frågan är alltså om det i svensk lagstiftning finns möjlighet att begränsa den självständighet som ett svenskt aktiebolag har, så att det *de facto* är t.ex. en kommun eller staten som fattar besluten i bolaget, och inte bolaget självt. Frågan är också om en uppfyllelse av kontrollkriteriet förutsätter särskild ägarstyrning eller liknande genom t.ex. ägardirektiv, aktieägaravtal eller genom införda bestämmelser i bolagsordningen. En annan fråga är om det blir någon skillnad beträffande kontrollkriteriet vad gäller statens möjligheter att kontrollera ett aktiebolag i förhållande till kom-

muners, landstings och kommunalförbunds möjligheter till kontroll.

Av 2 kap. 25 § ABL följer att ett aktiebolag är en fristående juridisk person. I egenskap av ett eget rättssubjekt kan bolaget såväl förvärva rättigheter som ådra sig förpliktelser. I sakens natur gäller också att ägarna av ett aktiebolag, med vissa undantag, inte har något ansvar för bolagets förpliktelser, 1 kap. 3 § ABL. Redan i definitionen av ett aktiebolag föreligger alltså en självständigt i förhållande till aktieägarna.³¹

Av ABL följer dessutom att ett aktiebolag ska ha en viss organisation med en bolagsstämma och en styrelse, 7 kap. 1 § respektive 8 kap. 1 § ABL. Ett aktiebolags organisation är strikt hierarkisk och ABL innehåller regler om vilka bolagsorgan som är behöriga att fatta olika beslut. Således är vissa beslut förbehållna bolagsstämman, även om den som sådan får anses vara omnipotent att fatta beslut i alla typer av angelägenheter.³² Vidare ansvarar bolagets styrelse för bolagets organisation och förvaltningen av bolagets angelägenheter, 8 kap 3 § ABL. Bolagsstämman kan ge instruktioner till styrelsen, men saknar formellt sett möjlighet att kräva att styrelsen agerar på visst sätt, så till vida det inte framgår av ett bolagsstämmobeslut. Slutligen, om ett aktiebolag har en verkställande direktör ansvarar denne för den löpande förvaltningen enligt styrelsens riktlinjer och anvisningar, 8 kap. 29 § ABL.

Av EU-domstolens rättspraxis framgår att domstolen i flertalet mål har konstaterat att om aktieägarna till bolag endast kan utöva den kontroll över bolaget som framgår av respektive lands aktiebolagsrätt, skulle denna kontroll inte vara tillräcklig för att kontrollkriteriet skulle vara uppfyllt³³. I stället krävs att den nationella lagstiftningen innehåller bestämmelser som möjliggör att införa särskilda bestämmelser i aktiebolagen vilka ger aktieägare större inflytande än vad som är det normala enligt respektive lands aktiebolagslagstiftning. EU-domstolen har konstaterat att i de fall aktieägarna har avtalat om extra kommittéer och andra kontrollorgan som strider mot bestämmelserna i den nationella lagstiftningen om aktiebolag, kan dessa överenskommelser eventuellt

³¹ Samtidigt går det inte att komma ifrån att reglerna i huvudsak tar sikte på en situation med flera, eller rent av många, aktieägare. För aktiebolag med bara en ägare, dvs. s.k. enmansföretag, är det nog många gånger så att reglerna om bolagsstämma och styrelsemöten helt saknar betydelse och enbart existerar på papperet. Se Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, 2005, s. 171.

³² Se Johansson, Bolagsstämman, 1990, s. 149.

³³ Se mål C-458/03, *Parking Brixen*, p. 69, mål C-340/04, *Carbotermo*, p. 38 samt mål C-324/07, *Coditel Brabant*, p. 37.

sakna giltig verkan³⁴. Därmed skulle heller inte kontrollkriteriet kunna vara uppfyllt.

Det som således har varit fallet i en övervägande del av de mål som prövats i EU-domstolen är situationer där de upphandlande myndigheterna i den nationella lagstiftningen har getts möjlighet att införa striktare bestämmelser för hel- eller delägda aktiebolag än de som varit tillämplig på övriga nationella aktiebolag eller då det varit fråga om en särskild offentlig bolagsform. I hela nio av domarna har EU-domstolen bedömt huruvida de begränsningar som de olika medlemsstaterna infört för vissa typer av aktiebolag uppfyller kontrollkriteriet.³⁵ Det tyder på att det inte är möjligt att i strid mot nationell lagstiftning avseende aktiebolags självständighet genom interna överenskommelser begränsa denna självständighet. Enligt vår bedömning innebär det att då en medlemsstat har strikta bestämmelser avseende ett aktiebolags självständighet, krävs det en lagändring för att de nationella aktiebolagen ska kunna uppfylla kontrollkriteriet, oavsett om det görs genom särskilda kommittéer eller andra extra kontrollorgan.

5.2 Aktiebolagets rätt att fatta självständiga beslut

Ytterligare ett exempel på aktiebolagets möjlighet att fatta självständiga beslut som binder dess ägare följer av de särskilda bestämmelser som reglerar tredje mans goda eller onda tro i förhållande till bolagsföreträdarnas beslutsrätt. Enligt 8 kap. 42 § ABL regleras när de externa rättshandlingar som bolagsföreträdare – styrelsen, VD eller särskild firmatecknare – företagit för bolagets räkning inte ska gälla mot detta. Bestämmelsen har delvis sin grund i EG:s första bolagsdirektiv, det s.k. publicitetsdirektivet (68/151/EEG). Bolagsorganens behörighet motsvaras i detta fall av bolagsföreträdarens rätt att, på grund av ABL:s regler om funktionsfördelning mellan bolagsorganen, företa rättshandlingar för bolagets räkning i förhållande till tredje man – det yttre förhållandet.

Med bolagsföreträdarnas *befogenhet* avses den rätt att agera för bolagets räkning som följer av förhållandet mellan bolaget och bolagsföreträdaren, antingen enligt lag eller enligt föreskrift i

³⁴ Mål C-537/07, *Sea*, p. 87.

³⁵ Mål C-107/98, *Teckal*, p. 9 ff., mål C-349/97, *Tragsa I*, p. 205, mål C-84/03, *kommissionen mot Spanien*, p. 7, mål C-458/03, *Parken Brixen*, p. 9 ff., mål C-410/04, *ANAV*, p. 7 ff., mål C-340/04, *Carbotermo*, p. 7 ff., mål C-295/05, *Asemfo*, p. 8 ff., mål C-324/07, *Coditel*, p. 3 ff., mål C-537/07, *Sea*, p. 8 ff.

bolagsordningen – det inre förhållandet. Bestämmelsen gäller dock bara i förhållande till bolaget utomstående parter, t.ex. avtalsparter, och rör inte relationer mellan bolaget och aktieägarna.³⁶

Vid befogenhetsöverskridande är bolaget inte bundet av rättshandlingen om motparten var i ond tro, dvs. insåg eller borde ha insett att befogenheten överskreds. Som exempel kan nämnas då ställföreträdaren – vare sig det är styrelsen i sin helhet, en VD eller en särskild firmatecknare – har överträtt de befogenhetsinskränkningar som följer av lag. Sådana legala befogenhetsinskränkningar är t.ex. de jävsregler som rör VD, 8 kap. 34 § ABL, och generalklausulen om generella inskränkningar i ställföreträdarens kompetens, 8 kap. 41 § ABL. Om tredje man insåg eller borde ha insett de förhållanden som gjorde ställföreträdaren jävig eller rättshandlingen otillbörlig, kan rättshandlingen således inte göras gällande mot bolaget. Även överträdelser av andra associationsrättsliga regler kan vara att bedöma på detta sätt.³⁷

De legala befogenheter som följer av ABL är ofta – låt vara att de förvisso kan vara svårtillämpade – lätta för en motpart att sätta sig in i. Å andra sidan kan de befogenheter som följer av bolagsordningen och olika interna beslut, instruktioner och direktiv – dvs. befogenhetsnormer av kontraktuell natur – vara svårare att känna till och sätta sig in i för bolagsmotparten. Även om bolagets verksamhet förvisso ska skrivas i bolagsordningen och registreras hos Bolagsverket för att därigenom bl.a. visa på begränsningar i bolagsföreträdarnas befogenhet kan det trots allt vara svårt att avgöra hur en rättshandling förhåller sig till bolagets verksamhet. Verksamhetsbeskrivningen ger t.ex. oftast inte så stor vägledning för en researrangör eller hotellägare när det gäller att avgöra om bolaget ska ha rätt att anordna en lyxig personalresa för sina anställda.³⁸

Bestämmelsen i 8 kap. 42 § ABL utgår från att styrelsen, VD och de särskilda firmatecknarna har förmåga att binda bolaget i relation till tredje man när de rättshandlar på bolagets vägnar. Från huvudregeln finns emellertid en rad undantag för vissa fall där olika bolagsorgan eller ställföreträdare överskridit sin behörighet eller sin befogenhet.³⁹ Bolaget är således inte bundet av rättshandlingen

³⁶ Se bl.a. Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten, 1997, kapitel 4, bl.a. s. 158, s. 161 och s. 289 f., samt Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, 2007, s. 229 ff.

³⁷ Se Svensson & Danelius, Aktiebolagslagen, 2002, s. 141 f.

³⁸ Se Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, 2007, s. 231 f.

³⁹ I NJA 1995 s. 437 hade en VD som också bemyndigats att vara särskild firmatecknare för bolagets räkning förhandlat om köp av en stor post värdepapper. HD fann att motparten

om styrelsen eller en särskild firmatecknare handlar i strid med ABL:s bestämmelser om bolagsorganens behörighet, dvs. går utöver den kompetens som de kan tillerkännas enligt ABL.⁴⁰

I motiven till bestämmelsen anförs att "[d]epartementsförslaget bygger på att det finns en viss funktionsfördelning mellan bolagets olika organ, till exempel mellan styrelsen och bolagsstämman. Denna funktionsdelning innebär en begränsning av de olika organens behörighet att företräda bolaget. Skulle exempelvis styrelsen vidta en åtgärd med överträdande av de gränser som funktionsfördelningen innebär, medför inte åtgärden rättsverkan gentemot bolaget alldeles oavsett huruvida tredje man var i god tro eller inte."⁴¹ Som exempel kan nämnas att varken styrelsen eller någon särskild firmatecknare på egen hand kan förplikta bolaget att t.ex. ändra sin bolagsordning, träda i likvidation eller träffa uppgörelser om skadestånd till bolaget enligt 29 kap. ABL, eftersom sådana beslut enbart kan fattas av bolagsstämman. Andra typer av behörighetsöverskridanden kan utgöras av överträdelser av klara förbudsregler i ABL och i vissa fall rättshandlingar i strid med brottsbalken.⁴²

Förståelsen av 8:42 ABL underlättas om man försöker se regeln som en avvägning mellan å ena sidan aktieägarnas intresse av att bolaget inte skall bindas av ett kontrakt (som firmatecknare ingått i strid mot ABL) och å andra sidan utomstående tredje mans önskan att kontraktet skall bli verkningsfullt. Vid avvägningen finns det ett antal argument som typiskt sett knyter an till vardera sidans intresse, dvs. påståenden om vad man rimligtvis kan kräva av motparten.⁴³ Som exempel kan nämnas det faktum att firmatecknare ska registreras. En registrering medför att bolagsföreträdarens behörighet ska anses vara känd av tredje man. Rättshandlar tredje man med en företrädare som inte är registrerad saknar denne således skyddsvärde, medan bolaget blir bundet om någon rättshandlar med en avgången firmatecknare för det fall att avgången inte offentliggjorts. Samtidigt måste man ha i

bort inse att bolagsföreträdaren överskridit sin behörighet som VD, eftersom agerandet inte kunde anses utgöra ett led i den löpande förvaltningen. I egenskap av särskild firmatecknare innehade personen förvisso samma vida behörighet som styrelsen, men eftersom det saknades ett uttryckligt uppdrag från styrelsen att genomföra värdepappersköpet saknade VD:n också rätt att binda bolaget. HD:s majoritet påpekar att uppdraget som VD inte tillfört någon extra befogenhet i rollen som särskild firmatecknare, 8 kap. 29 § och 8 kap. 42 § 1 st. ABL. Minoriteten menade att ond tro inte visats och menade också att kontrahenten haft visst fog för att tro att VD:n givits ett uppdrag.

⁴⁰ Se prop. 1993/94:196, s. 168.

⁴¹ Prop. 1975:103, s. 383. Se även Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten, 1997, s. 128 ff.

⁴² Se Svensson & Danelius, Aktiebolagslagen, 2002, s. 140 f.

⁴³ Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, 2007, s. 232 f.

minnet att bestämmelsen till sin karaktär är omsättningsfrämjande och att skyddet för tredje man innebär att bolaget generellt sett får anses bära ansvar för brister i organföreträdarnas rättshandlande och lämpligheten hos de personer som utsetts till firmatecknare. Bevisbördan för om motparten varit i ond eller god tro ligger hos bolaget, som måste visa vilken insyn motparten bort ha i bolagets inre förhållanden.⁴⁴

Syftet med reglerna om behörighetsöverskridanden är att bereda aktieägarna ett effektivt skydd mot att bolagsstämman's legala beslutsbefogenheter inskränks. Principen anses vara så självklar att "[a]lla som rättshandlar med ett aktiebolag kan därför förväntas känna till funktionsfördelningen mellan organen".⁴⁵

Vad gäller behörighetsöverskridande beslut inom aktiebolag så gäller t.ex. att ett efter klandertalan upphävt bolagsstämmobeslut verkar *ex tunc*. Beslutet anses alltså vara ogiltigt redan från den tidpunkt då det fattades och om beslutet hunnit verkställas, så ska verkställigheten såvitt möjligt återgå.⁴⁶ Reglerna om klander och ogiltighet av stämmobeslut har dock ingen motsvarighet i fråga om styrelsebeslut. Om ett styrelsebeslut inte tillkommit på rätt sätt, t.ex. om beslutet till sitt innehåll innebär en överträdelse av styrelsens befogenhet, är beslutet ogiltigt. Det innebär också att ingen bolagsföreträdare har skyldighet eller rätt att verkställa det. "Ogiltigheten kan också i vissa fall ha betydelse i förhållande till utomstående. Om beslutet gäller ingående av ett avtal med tredje man, kan beslutets ogiltighet i vissa situationer göra avtalet ogiltigt."⁴⁷

Rörande den närmare innebörden av 8 kap. 42 § ABL kan i korthet sägas att 1 st. 1 p. rör behörighetsöverskridande i form av att t.ex. styrelsen eller särskild firmatecknare fattat ett beslut som rätteligen borde ha fattats av bolagsstämman. I dessa inträder alltid ogiltighet. Det andra fallet av befogenhetsöverskridande, 1 st. 2 p., avser de fall där VD överskrider vad som faller inom ramen för den löpande förvaltningen, dvs. handlat på ett sätt som gjort intrång i styrelsens kompetensområde. Eftersom det kan vara svårt för tredje man att avgöra vad som egentligen ligger inom ramen för den löpande förvaltningen inträder ogiltighet endast om bolaget kan visa att motparten var i ond tro. Huvudregeln vad gäller

⁴⁴ Se Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, 2007, s. 236 f. och där anvisad rättspraxis och litteratur.

⁴⁵ Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten, 1997, s. 164.

⁴⁶ Se Johansson, Nials svensk associationsrätt, 2001, s. 185.

⁴⁷ Se Johansson, Nials svensk associationsrätt, 2001, s. 195.

befogenhetsöverskridanden är att rättshandlingen bli ogiltig om bolaget kan visa att motparten var i ond tro, 2 st. 1 p.⁴⁸

En motpart måste göra en översiktlig kontroll av organföreträdarens rätt att agera för bolagets räkning enligt det inre förhållandet i bolaget. Om befogenhetsöverskridandet slutligen rör överskridanden av s.k. kontraktuell natur, 2 st. 2 p., blir rättshandlingen gällande mot bolaget oavsett om motparten var i god eller ond tro. Bestämmelsen bygger på den omsättningsvänliga föreställningen att tredje man bör kunna lita på att bolagsorganen handlar omdömesgilt. Det är vidare många gånger omöjligt för en motpart att veta om en rättshandling håller sig inom ramen för verksamheten och denne är därför alltid skyddsvärd vid den här typen av befogenhetsöverskridanden. Bestämmelsen har sitt ursprung i artikel 9 publicitetsdirektivet (68/151/EEG), vilken stadgar en från tysk rätt härstammande omsättningsvänlig lösning som på det EU-rättsligt reglerade associationsrättsliga området i stor utsträckning slagit ut den från den engelska rätten härstammande *ultra vires*-doktrinen.⁴⁹

Föreställningen om *ultra vires* bygger på att associationen inte är bunden av en rättshandling som företagits utanför bolagets verksamhet och i strid mot det syfte som anges i bolagsordningen. *Ultra vires*-doktrinen är alltså betydligt strängare för en motpart än godtrosreglerna eftersom den vid ett materiellt kompetensöverskridande leder till ogiltighet även om alla formalia är uppfyllda.⁵⁰ Ett sådant synsätt skulle stärka ägarna inflytande och möjligheter till kontroll, men är som sagt överspelat i svensk och EU-rättslig associationsrätt.

⁴⁸ Regeln påminner i stor utsträckning om vad som i allmänhet gäller för befogenhetsöverskridanden enligt 11 § 1 st. AvtL, 2 kap. 18 § lagen (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag, 6 kap. 14 § lagen (1987:667) om ekonomiska föreningar, samt 2 kap. 17 § stiftelselagen (1994:1220).

⁴⁹ Se närmare den pedagogiska framställningen i Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, 2007, s. 232–239.

⁵⁰ Se Werlauff, Selskabsret, 2003, s. 516 ff. Han framhåller att ”[h]erefter må det stå fast, at selve urkilden til ultra vires doktrinen: selskabets formålsbestemmelse, er så usikker som instrument til at definere selskabets retsevne, og tillige så usikkert til at udgøre en begrænsning af den ydre legitimation for selskabsorganene, at der i nutidig selskabsret kun kan være yderst ringe plads for ultra vires doktrinen. Derimod kan den udgøre et nyttig hjælperedskab ved afgørelsen af, om der er handlet inden for en persons stillingsfuldmagt, og om tredjemand kan have været i god tro om dette spørgsmål, jf. *UfR 2002.2644 H*, Herning Elektro A/S.” A.a., s. 519.

5.3 Rätten att verkställa beslut – firmateckningsrätten

Aktiebolagslagen innehåller regler om fem olika bolagsorgan. Dessa är bolagsstämman, styrelse, verkställande direktör, revisor och lekmannarevisor. Kompetensfördelningen mellan organen kan i korthet beskrivas som att bolagsstämman är det överordnande och i sista hand beslutande organet. Bolagsstämman har – i likhet med dess motsvarighet i föreningar, föreningsstämman – principiellt exklusiv beslutskompetens eller beslutsbehörighet i en rad viktiga frågor och kan alltså sägas vara omnipotent, medan styrelsen har hand om förvaltningen av bolagets angelägenheter. Bolagsstämman som sådan saknar *företrädarbehörighet*, men kan samtidigt ge styrelsen i uppdrag att verkställa ett beslut. I RH 1992:41 ansågs därmed en bolagsstämman sakna behörighet att utse en särskild firmatecknare. Skälet var en sådan möjlighet skulle kunna kringgå de regler om minoritetsskydd som finns i ABL. Problemet i det aktuella fallet var att stämman var enig i sitt beslut – därmed torde det heller inte finnas någon risk för att åsidosätta minoritetens intressen. På samma sätt borde stämman kunna utse en firmatecknare om styrelsen t.ex. av någon anledning upphävt sig själv. Alternativet skulle – om en sådan möjlighet saknades – endast vara att begära bolaget i likvidation. Exemplet visar dock med tydlighet på den strikta syn som gäller avseende ABL:s kompetensregler.

En VD handhar endast den löpande förvaltningen medan förvaltningen i övrigt tillkommer styrelsen. Styrelsen har därför en företrädarbehörighet eller representationskompetens, medan en VD endast undantagsvis kan sägas ha en sådan ställning.

Kan några andra representera bolaget i förhållande till tredje man? Kan t.ex. en revisor anses ha någon form av behörighet? Nej, inte enligt NJA 2005 s. 175. Har suppleanter i en styrelse någon företrädarbehörighet – nej, normal sett inte. På motsvarande sätt sakar ägarna möjlighet till kontroll och styrning i förhållande till tredje man.

I ett samhällsperspektiv har det inte bara ansetts vara viktigt utan rent av nödvändigt med tydliga regler om vem som har rätt att representera ett aktiebolag. Enligt ABL finns det två grundprinciper för att bestämma vem som har kompetens att agera för ett aktiebolags räkning. För det första innehåller 8 kap. 35–39 §§ ABL standardiserade och generella behörighetsregler som gäller för alla aktiebolag. Enligt ABL har således styrelse och VD, dvs. bolagets ledningsorgan, behörighet att rättshandla för bolagets räkning och

rätt att teckna bolagets firma. För det andra har bolaget enligt 8 kap. 43 § ABL en skyldighet att såväl registrera ställföreträderskap som kungöra dessa uppgifter. Bolagets medkontrahenter ska alltså kunna vända sig till VD för att få information om vem som är behörigt att företräda bolaget. Tredje man ska också kunna förlita sig på en uppgift som blivit registrerad och kungjord.⁵¹

Enligt ABL:s behörighetsregler svarar styrelsen i egenskap av högsta verkställande organ för bolagets organisation och förvaltningen av bolagets angelägenheter, dvs. den exekutiva makten. Behörigheten är i princip obegränsad vad gäller rättshandlingar inom ramen för bolagets verksamhet och syfte, 8 kap. 35 § ABL. Behörigheten är alltså knuten till själva bolagsorganet och inte till de enskilda styrelseledamöterna. För dessa följer firmateckningsrätten av styrelseuppdraget. Styrelsens behörighet att företa rättshandlingar på grund av den legala funktionsfördelningen mellan bolagsorganen är snävare än rätten att teckna bolagets firma när det gäller stämмоåtgärder då själva firmateckningsrätten även i dessa angelägenheter ligger hos styrelsen, se även NJA 2005 s. 729.⁵²

Den verkställande direktörens uppgift är bl.a. att handha den löpande förvaltningen enligt de riktlinjer och anvisningar som styrelsen meddelar. Därjämte får VD utan styrelsens bemyndigande vidta extraordinära eller viktiga åtgärder om styrelsens beslut inte kan avvaktas utan väsentlig olägenhet för bolagets verksamhet. VD:s firmateckningsrätt inom ramen för den *löpande förvaltningen* enligt 8 kap. 29 § 1 st. ABL sammanfaller till sin omfattning med dennes legala behörighet att företräda bolaget enligt 8 kap. 36 § ABL. En VD har alltså en begränsad behörighet att företräda bolaget, vilken kanske inte alltid är så uppenbar för en motpart. ABL innehåller dock relativt generösa regler till skydd för bolagets medkontrahenter.⁵³

Slutligen kan styrelsen även utse en eller flera enskilda styrelseledamöter, t.ex. VD eller styrelsens ordförande, till särskild firmatecknare med rätt att vid sidan av styrelsen företräda bolaget och teckna dess firma, 8 kap. 37 § ABL. I de fall en sådan särskild firmatecknare utsetts erhåller denne samma vida behörighet som

⁵¹ Se Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, 2007, s. 223 f.

⁵² Se Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten, 1997, s. 302 f., Svensson & Danelius, Aktiebolagslagen, 2002, s. 141, samt Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, 2007, s. 224.

⁵³ Se Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten, 1997, s. 302 f., Svensson & Danelius, Aktiebolagslagen, 2002, s. 141, samt Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, 2007, s. 224.

styrelsen. Rättsfiguren får alltså vissa likhetsdrag med en traditionell fullmaktsrelation. Ett bekymmer är dock att den enskilde firmatecknarens beslutsrätt – befogenhet – är tänkt att variera med hänsyn till bolagets behov. En sådan särskild firmatecknare saknar med andra ord legalt grundad befogenhet att besluta om något för bolagets räkning och befogenheten är därför beroende av det uppdrag som erhållits, den självständiga beslutanderätt som delegerats eller som tillkommer firmatecknaren till följd av särskild tjänsteställning. Kombinationen av en vidsträckt registrerad behörighet och en oklar beslutsrätt, eller befogenhet, kan därför orsaka problem. En följd av uppräknningen av firmatecknare i 8 kap. 37–39 §§ ABL jämfört med 8 kap. 42 § ABL är därför också att bolagsstämma, enskilda aktieägare och revisorer, bortsett från vissa i lag särskilt reglerade undantag, såvida de inte utsetts till särskild firmatecknare, saknar rätt att med bindande verkan i förhållande till tredje man företräda bolaget och teckna dess firma.⁵⁴ Det är därför också viktigt att komma ihåg att en särskild firmatecknare måste ha ett särskilt uppdrag från styrelsen, en befogenhet att rättshandla, för att denne också ska ha möjlighet att göra det – saknas en sådan befogenhet saknar också firmateckningsrätten något värde.

Det finns därför vad gäller aktiebolag alltid en risk att en särskild firmatecknare, trots att denne saknar befogenhet, binder bolaget i förhållande till en godtroende medkontrahent. Samtidigt kan tredje man råka ut för att en rättshandling som firmatecknaren företagit inte blir bindande eftersom denne borde ha insett att befogenheten överskreds, t.ex. på grund av att det saknades ett konkret uppdrag osv.⁵⁵ För att förvissa sig om att en rättshandling faktiskt blir gällande mot bolaget bör motparten därför undersöka vilken beslutsrätt, eller vilket uppdrag, den särskilde firmatecknaren getts av styrelsen. Det måste därför anses föreligga en viss undersökningsplikt av firmatecknarens befogenhet och att enbart

⁵⁴ Se Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten, 1997, avsnitt 5.5, samt Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, 2007, s. 225.

⁵⁵ Se t.ex. NJA 1995 s. 437. En VD som också bemyndigats att vara särskild firmatecknare hade för bolagets räkning förhandlat om köp av en stor post värdepapper. HD fann att motparten bort inse att bolagsföreträdaren överskridit sin behörighet som VD, eftersom agerandet inte kunde anses utgöra ett led i den löpande förvaltningen. I egenskap av särskild firmatecknare innehade personen förvisso samma vida behörighet som styrelsen, men eftersom det saknades ett uttryckligt uppdrag från styrelsen att genomföra värdepappersköpet saknade VD:n också rätt att binda bolaget. HD:s majoritet påpekar att uppdraget som VD inte tillfört någon extra befogenhet i rollen som särskild firmatecknare. Minoriteten menade att ond tro inte visats och menade också att kontrahenten haft visst fog för att tro att VD:n givits ett uppdrag.

förlita sig på att den egna goda tron ska reparera alla brister kan många gånger visa sig vara otillräckligt.⁵⁶

5.4 Närmare om aktiebolagets intresse

Syftet med ett system med olika rättssubjekt, juridiska personer och associationsformer är att dessa har olika syften, intressen och ändamål med verksamheten. Syftet med ett aktiebolag är i huvudsak att bereda aktieägarna vinst, 3 kap 3 § ABL. Skulle syftet vara något annat ska bolagsordningen innehålla en uppgift om vilket annat syfte som bolaget ska ha. Samtidigt bedriver såväl staten som kommunerna en omfattande företagsverksamhet med användande av associationsformer som framtagits för näringsverksamhet med vinstsyfte. Flera stora statliga bolag som t.ex. AB Svenska Spel och Systembolaget AB drivs delvis med vinstsyfte och delvis med syftet att avhålla kunderna från att överkonsumera företagets produkter. Med undantag för vissa specialreglerade områden är samtidigt de kommunala bolagen förhindrade att driva verksamhet med vinstsyfte. Kommunala bolag får enligt kommunallagen (1991:900), (KL) inte ha vinstsyfte vilket innebär att alla sådana bolag måste ha en bestämmelse i bolagsordningen om vilket syfte bolaget ska ha.⁵⁷

I Sverige anses ett aktiebolags intresse vara detsamma som aktieägarnas samlade intressen.⁵⁸ Intresset är således relativt enkelt att fastställa om ett aktiebolag bara har en aktieägare. Oavsett antalet aktieägare måste dock ABL:s regler följas, t.ex. avseende beslutskompetens och rätten att företräda aktiebolaget. Däremot är det avsevärt svårare att fastställa aktieägarnas samlade intressen i bolag med två än flera aktieägare, eftersom det är svårt att väga olika aktieägares intressen mot varandra. Samtliga intressenter till företag som drivs med helt eller delvis andra syften än vinstgenerering har dock ett intresse av att känna till vilka riskerna är för att i första hand använda kunskapen vid beslut om att engagera sig i sådan verksamhet och i andra hand för att undvika att riskerna utlöses. I kommunal bolagsverksamhet kan ägarna ytterst likställas med kommuninvånarna och dessa har självfallet intresse av att förstå syftet med verksamheten för ställningstagande om verksamheten är förenlig med KL respektive de uttalade politiska målen. En annan

⁵⁶ Se Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, 2007, s. 225.

⁵⁷ Stattin, Kommunal aktiebolagsrätt, 2007, s. 28.

⁵⁸ Se t ex Johansson, Bolagsstämman, 1990, s. 97.

intressentgrupp som är påtagligt exponerad är funktionärer och ställföreträdare för bolaget som utöver kravet på att känna till de rättsliga inskränkningarna, t.ex. avseende avvikelse från vinstsyfte, också måste se till att de har korrekt uppfattat ägarnas instruktioner och dessutom säkerställa att instruktionerna är förankrade hos samtliga ägare.

5.5 Kommunalägda aktiebolag

Då det i Sverige inte finns någon speciallagstiftning avseende kommunalägda bolag är ABL, enligt 1 kap 2 § 3 st. ABL, fullt ut tillämplig på bolag som ägs av en eller flera kommuner.⁵⁹ Eftersom ABL inte reglerar vilka rättssubjekt som kan vara innehavare av aktier i ett aktiebolag är ABL tillämplig oavsett det är fråga om ett bolag som ägs av staten, en eller flera kommuner eller ett bolag som ägs av privata rättssubjekt.⁶⁰

Samtidigt finns regler avseende kommunala bolag i KL. Av 3 kap. 16 § KL följer att en kommun kan överlämna vissa kommunala angelägenheter till t.ex. ett aktiebolag eller till andra uppräknade rättssubjekt. När en kommun direkt eller indirekt äger samliga aktier i bolag ska fullmäktige enligt 3 kap. 17 § KL a) fastställa det *kommunala ändamålet med verksamheten*, b) *utse samtliga styrelseledamöter*, c) *se till att fullmäktige får ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas*, samt d) *utse minst en lekmannarevisor*. Vidare ska kommunen se till reglerna om helägda aktiebolag i rimlig utsträckning – dvs. med hänsyn till andelsförhållandena, verksamhetens art och omständigheterna i övrigt – också iakttas vad gäller delägda aktiebolag, 3 kap. 18 § KL.

Av kommunallagen framgår alltså att kommunen ska fastställa det kommunala ändamålet med ett aktiebolags verksamhet och att kommunen ska se till att fullmäktige får ta ställning till sådana beslut i verksamheten inom ett bolag som är av principiell beskaffenhet eller som annars är av större vikt.

Det är dock viktigt att komma ihåg att de beslut som en kommun meddelar med anledning av ovanstående regler *inte* har någon aktiebolagsrättslig verkan. För att sådan verkan ska uppkomma

⁵⁹ Se t ex Stattin, Kommunal aktiebolagsrätt, 2007, s. 19.

⁶⁰ Däremot regleras vilka rättssubjekt som kan vara stiftare, se 2 kap. 1 § ABL.

krävs att samma beslut tas internt inom bolaget.⁶¹ Aktiebolagsrättsligt är det därmed viktigt att slå fast att de beslut som kommunen har tagit också måste fattas internt inom bolaget. Skulle t.ex. bolagsstyrelsen fatta ett annat beslut än kommunens, eller helt underlåta att fatta beslut i enlighet med kommunens beslut är det ur ett aktiebolagsrättsligt perspektiv styrelsens beslut som gäller. Det enda kommunen (aktieägaren) i en sådan situation kan göra för att driva igenom den kommunala viljan är att låta bolagsstämman byta ut styrelseledamöterna och därefter se till att de nya fattar ett beslut som ligger i linje med kommunens önskemål. Så länge en ny styrelse inte fattar ett nytt beslut som ersätter det gamla gäller alltså detta, oavsett kommunen så önskar eller inte. Det är alltså värt att ha i åtanke att styrelseledamöterna i ett aktiebolag vid utförandet av sitt uppdrag ska ha bolagets bästa för ögonen, dvs. den lojalitet som följer av uppdraget riktar sig mot bolaget oavsett vem som utsett honom eller henne.

Högsta domstolen fastställde i mål NJA 2008 s. 120 att regleringen i ABL utgår från att bolagets verksamhet bedrivs i syfte att bereda aktieägarna vinst. Av 3 kap. 3 § ABL framgår dock att det är tillåtet att i bolagsordningen ta in föreskrifter om att bolaget helt eller delvis ska ha annat syfte. Genom sådana föreskrifter åläggs bolaget skyldigheter i förhållande till sina ägare, men emellertid inte mot någon annan, eftersom bolagsordningens föreskrifter inte kan åberopas mot bolaget av en utomstående tredje man. Av det följer att t.ex. den kommunala självkostnadsprincipen och lokaliseringssprincipen inte kan åberopas av kommuninvånarna gentemot ett kommunalt bolag.

6. Svenska aktiebolag och kontrollkriteriet

6.1 *Requisit för att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt*

Kontrollkriteriet innebär som nämnts ovan att en upphandlande myndighet ”utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning”. För att tilldelningskriteriet ska vara uppfyllt avseende aktiebolag, krävas att den nationella bolagsrätten medger en sådan extern kontroll. Nedan görs en analys av hur kontrollkriteriet förhåller sig till den svenska aktiebolagsrätten. Analysen utgår ifrån de

⁶¹ Se Stattin, 2007, s. 31 f.

frågor som ställts av Utredningen om offentliga företag, se avsnitt 2.

6.2 *Är kontrollkriteriet uppfyllt när en upphandlande myndighet äger samtliga andelar i ett aktiebolag?*

I prop. 2009/10:134, Upphandling från statliga och kommunala bolag, anförs att det förhållande att bolagsorganen enligt ABL står i ett hierarkiskt förhållande till varandra medför att det finns bättre möjligheter för ägaren att kontrollera ett bolags verksamhet än vad t.ex. italiensk rätt medger. Vidare framhålls att vare sig det faktum att vissa beslutsregler eller regler som har till syfte att skydda borgenärsintressen uttryckligen är fastslagna i ABL eller aktiebolagsrättsliga minoritetsregler bör utesluta att kontrollkriteriet är uppfyllt.⁶²

Som tidigare angetts tyder en strikt tolkning av ABL enligt vår mening på att kontrollkriteriet vid svenska aktiebolag inte är uppfyllt i förhållande till den upphandlande myndighet som äger bolaget, oavsett det rör sig om ett statligt ägt bolag eller ett kommunalt eller landstingsägt bolag. Skälet är de olika bolagsorganens självständiga ställning i förhållande till ägaren. Teoretiskt sett är bolagsstämmans möjlighet att påverka bolagsstyrelsen till att fatta ett visst beslut begränsad till att byta ut styrelsen till en styrelse som är mera "lydig" i förhållande till ägaren. I det läget kan emellertid bolaget, genom den sittande styrelsen, redan ha fattat ett för bolaget bindande beslut. Det torde vara uppenbart att kontrollkriteriet i en sådan situation inte är uppfyllt. I realiteten kan det emellertid vara så att en bolagsstyrelse i ett statligt eller ett kommunalt bolag är lyhörd för ägarens önskemål och att det därför inte uppstår några problem. Trots den hierarki som finns mellan de olika bolagsorganen finns det dock enligt ABL inte några formella hinder mot att bolagsstyrelsen agerar självständigt i förhållande till ägaren; ABL förutsätter dessutom i vissa fall också att så sker. Mot bakgrund av nuvarande utformning av ABL är vår bestämda uppfattning att kontrollkriteriet för svenskt vidkommande inte per automatik är uppfyllt när staten eller kommunerna äger aktiebolag.

⁶² Se prop. 2009/10:134, s. 36 f.

6.3 *Är kontrollkriteriet uppfyllt när den upphandlande myndigheten endast äger andelar i ett aktiebolag?*

EU-domstolens rättspraxis visar att flera upphandlande myndigheter tillsammans kan äga ett bolag eller ingå i ett kommunförbund och att kontrollkriteriet fortfarande kan vara uppfyllt. Frågeställningen om huruvida kontrollkriteriet är uppfyllt i svenska aktiebolag kan dock inte besvaras genom att beakta antalet ägare, dvs. om det är en eller flera upphandlande myndigheter som äger andelarna i ett aktiebolag. Problemet är i stället svenska aktiebolags starka och självständiga ställning i förhållande till sina ägare. Det är därför en naturlig följd av vårt tidigare resonemang, att en kommun som äger ett aktiebolag tillsammans med en eller flera andra kommuner inte har motsvarande kontroll över bolaget som kommunen har över sin egen förvaltning.

Ifall utredningen skulle anse att en upphandlande myndighet kan utöva tillräcklig kontroll över ett aktiebolag, kan konstateras att EU-domstolen menar att det är tillräckligt med en kollektiv och majoritetsstyrd kontroll för att kontrollkriteriet ska anses vara uppfyllt i förhållande till varje enskild ägare.

6.4 *Är kontrollkriteriet uppfyllt när vissa andelar ägs av privata företag?*

EU-domstolens rättspraxis må i vissa avseenden vara otydlig. Detta gäller dock inte synen på vad som gäller om en upphandlande myndighet äger andelar i ett aktiebolag tillsammans med privata intressenter. I dessa fall är kontrollkriteriet aldrig uppfyllt. En privat ägarandel i ett i övrigt offentligt ägt bolag omöjliggör således alltid ett uppfyllande av kontrollkriteriet. Endast möjligheten för enskilda personer att tillskjuta kapital är emellertid inte tillräckligt för att kontrollkriteriet inte skulle kunna vara uppfyllt.⁶³

⁶³ Se t.ex. mål C-17/09, *Sea*, där EU-domstolen fastställde att det inte skulle vara förenligt med rättssäkerhetsprincipen om redan möjligheten till privat ägande skulle göra det omöjligt att någonsin definitivt avgöra huruvida ett bolag som tilldelas ett offentligt kontrakt ska anses vara offentligt ägt.

6.5 *Är kontrollkriteriet uppfyllt när den upphandlande myndighetens andelar ägs indirekt av myndigheten?*

Som angivits tidigare menade EU-domstolen i mål C-340/04, *Carbotermo*, att ägande genom ett mellanled, holdingbolag, kan försvaga den kontroll som den upphandlande myndigheten utövar. Om det redan i de fall staten eller en kommun ensam är ägare till ett bolag råder oklarhet om kontrollkriteriet är uppfyllt, är det än mer tveksamt om den upphandlande myndigheten kan anses utöva en kontroll över ett indirekt ägt bolag som motsvarar kontrollen över den egna verksamheten.

Det kan vidare noteras att enligt prop. 2009/10:134, Upphandling från statliga och kommunala företag, som ska träda i kraft den 1 juli, ska Teckal-kriterierna endast vara tillämpliga för upphandlande myndigheter som utgör myndigheter. Det innebär att upphandlande myndigheter som är ”organ som lyder under offentlig rätt”, t.ex. statliga och kommunala företag, inte kommer att kunna tillämpa undantaget.

6.6 *Kan ägardirektiv, aktieägaravtal eller bestämmelser i bolagsordning uppfylla kontrollkriteriet?*

I prop. 2009/10:134, Upphandling från statliga och kommunala bolag, anføres att ägaren av ett aktiebolag genom ägardirektiv, aktieägaravtal eller bestämmelser i bolagsordning kan ha möjlighet att uppfylla kontrollkriteriet. Det anses vara ”den konkreta utformningen av bolagsordning och bolagsstämmobeslut etc. i det enskilda fallet som är avgörande för om den upphandlande myndigheten kan anses ha ett tillräckligt inflytande i den juridiska personen. Det bör tilläggas att det i sammanhanget måste göras en samlad bedömning av samtliga omständigheter. Det ankommer således på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma om bestämmelserna är tillämpliga.”⁶⁴

Som fastställdes i mål 17/09, *Sea*, kan bestämmelser i en bolagsordning som strider mot bestämmelserna i nationell lagstiftning vara ogiltiga. Det skulle för svensk räkning medföra att om en kommun skulle försöka skriva in i bolagsordningen att den som ägare skulle ha mer långtgående befogenheter avseende ett helägt aktiebolags interna beslut och verksamhet än som anges i ABL,

⁶⁴ Prop. 2009/10:134, s. 38.

skulle sådana bestämmelser anses vara ogiltiga. I stället skulle bestämmelserna i ABL vara tillämpliga. Enligt vår uppfattning är det därför inte möjligt att genom ägardirektiv, aktieägaravtal eller bestämmelser i ett aktiebolags bolagsordning utöka ägarnas kontroll- och maktbefogenheter utöver de som anges i ABL.

Vidare torde ett kontrollkriterium som endast vilar på den konkreta utformningen av bolagsordning eller bolagsstämmobeslut – och en situation där den upphandlande myndigheten i varje enskilt fall måste ta ställning till och bedöma om bestämmelserna i LOU är tillämpliga eller inte – medföra en osäker situation eftersom en prövning måste ske i varje enskilt fall, dvs. i vart och ett av de närmare 1 700 kommunalt och landstingsägda bolagen samt i de statligt ägda bolagen, varje gång ägaren vill göra en upphandling från bolaget. Risken för brister i bolagsordningen och motstridiga bedömningar torde vara stor. Fördelarna med en särreglering för offentligt ägda bolag borde därför med råge överväga de nackdelar och ekonomiska risker som kan finnas med att behöva göra en bedömning i varje enskilt fall.

7. Finns det behov av en särskild offentlighetslig associationsform?

För att säkerställa att kontrollkriteriet uppfylls vid statligt och kommunalt ägda aktiebolag finns skäl att överväga om det inte bör införas en särskild offentlighetslig associationsform. Som exempel kan t.ex. nämnas att det i Norge under det senaste decenniet genomförts en rad lagändringar och flera nya lagar har tillkommit avseende kommunala företag och s.k. interkommunala bolag. Orsaken är att det ansetts föreligga ett behov av reformer på området. Reglerna rörande de traditionella associationsformerna hade, liksom i Sverige och många andra länder, ursprungligen tillkommit för att användas av enskilda rättssubjekt inom den privata sektorn. Dessa bolags förutsättningar skiljer sig därmed från de speciella situationer som kan uppstå och de rättsliga begränsningar som finns när offentliga rättssubjekt bedriver verksamhet inom de olika associationsformerna.

Utan att fördjupa oss i den aktuella lagstiftningen kan nämnas att det i den norska kommunallagen (lov 25. september 1992 nr. 107, genom lov 29. januar 1999 nr. 5) införts regler om en ny organisationsform för kommunal verksamhet – *det*

kommunale/fylkeskommunale foretaket. Skälet för lagändringen var att lagstiftaren menade att befintliga regler om kommunala bolag inte täckte de organisationsbehov inom kommunal verksamhet som förelåg i de fall där verksamheten inte kunde bedrivas i aktiebolagsform och där det heller inte skulle vara ändamålsenligt att organisera verksamheten inom ramen för den kommunala förvaltningen.

Det kommunale/fylkeskommunale foretaket har sin förebild i aktiebolaget och är tänkt att utgöra en organisationsform där verksamheten i större utsträckning än tidigare bygger på självständighet och ansvar. Tanken är att försöka nå en balans mellan å ena sidan behovet av kommunal styrning och å andra sidan företagsledningens självständiga beslutanderätt. Det står dock kommunen fritt att själv välja organisationsform för en viss typ av verksamhet. Det kommunale/fylkeskommunale foretaket har en egen styrelse men utgör ingen egen juridisk person. Organisationsformen får heller inte användas i fall där andra parter än kommunen är inblandade i verksamheten. Verksamheten utgör alltså en intern kommunal angelägenhet, men själva organisationen för beslutsfattande etc. påminner om vad som gäller för privaträttsliga associationer. Företaget och syftet med dess verksamhet ska, i likhet med uppgifter om styrelse och firmatecknare etc., registreras i företagsregistret.

Vi har inte närmare analyserat den norska lagstiftningen och hävdar därför inte att den till alla delar uppfyller kontrollkriteriet, men vi vill framhålla regleringen som ett exempel på när det ansetts befogat att införa särskilda associationsformer för offentligt reglerad verksamhet. Eftersom det norska regelverket rörande kommunala bolag är betydligt mer detaljerat och särreglerat än vad som är fallet i Sverige, torde det därför kunna fungera som en god inspirationskälla.

Enligt vår uppfattning kan det finnas ett behov för staten, kommuner och landsting att i vissa situationer organisera sin verksamhet i bolagsform. Eftersom enligt vår uppfattning svenska aktiebolag i sin nuvarande form inte kan uppfylla kontrollkriteriet, menar vi att det finns behov av att införa en ny offentlighetsrättslig associationsform. En sådan associationsform skulle kunna uppfylla kontrollkriteriet utan att stå i strid mot bestämmelserna i ABL. Därutöver skulle en sådan ny associationsform kunna säkerställa att de offentlighetsrättsliga principerna om öppenhet och likabehandling och de kommunalrättsliga principerna om lokalisering, själv-

kostnad och möjligheten till överprövning av olika beslut är tillämpliga på all offentlig verksamhet, oavsett organisationsform.

8. Sammanfattande slutsatser

Sammanfattningsvis framstår det enligt vår mening klart att svenska aktiebolag såsom de regleras i ABL inte uppfyller kontrollkriteriet såsom det hittills har definierats i EU-domstolens rättspraxis. Vi anser därför att det i dag inte är möjligt för en upphandlande myndighet att som ägare till ett svenskt aktiebolag utöva en kontroll över bolaget som gör det möjligt för myndigheten att påverka de beslut som fattas i aktiebolaget, vare sig över bolagets strategiska mål eller över dess viktiga beslut.

Det framgår av EU-domstolens rättspraxis att de fall där upphandlande myndigheter har haft en kontroll över ett aktiebolag motsvarande det som den upphandlande myndigheten har över sin egen förvaltning, har varit i de fall där det finns en nationell lagstiftning om att sådan kontroll över aktiebolag är tillåten. Det synes innebära att en medlemsstat som har en aktiebolagsrättslig lagstiftning som inte medger en ägarkontroll utöver den som gäller för privata aktiebolag, har svårt att hävda att dess aktiebolag uppfyller kontrollkriteriet. Att enbart förlita sig på vad som följer av bolagsordningar och ägardirektiv samt överväganden i varje enskilt fall ter sig som en allt för osäker grund att bygga ett säkerställande av kontrollrekvisitet på. Sådana direktiv kan därutöver visa sig stå i strid mot bestämmelserna i den svenska aktiebolagslagen.

För att möjliggöra för statliga och kommunala myndigheter att organisera delar av sin verksamhet i bolagsform, bör därför en ny offentligrättslig associationsform införas i svensk lagstiftning. Det bör i den nya associationsformen klart framgå att kontrollkriteriet är uppfyllt. Det kan ske genom att ägarna till bolaget ges ett direkt inflytande som innebär att de kan gå förbi bolagsstämman och bolagets styrelse och direkt fatta beslut utan att dessa organ har möjlighet att motsätta sig besluten, men en skyldighet att genomföra dem. Närmare om hur undantaget från reglerna i ABL bör utformas, överlätes till lagstiftaren att besluta om.

Tom Madell

Andrea Sundstrand

Statens offentliga utredningar 2011

Kronologisk förteckning

1. Svart på vitt – om jämställdhet i akademien. U.
2. Välfärdsstaten i arbete. Inkomsttrygghet och omfördelning med incitament till arbete. Fi.
3. Sanktionsavgifter på trygghetsområdet. S.
4. Genomförande av EU:s regelverk om inre vattenvägar i svensk rätt. N.
5. Bemanningsdirektivets genomförande i Sverige. A.
6. Missbruket, Kunskapen, Vården. Missbruksutredningens forskningsbilaga. S.
7. Transporter av frihetsberövade. Ju.
8. Den framtida gymnasiesärskolan – en likvärdig utbildning för ungdomar med utvecklingsstörning. U.
9. Barnen som samhället svek. Åtgärder med anledning av övergrepp och allvarliga försummelse i samhällsvården. S.
10. Antidopning Sverige. En ny väg för arbetet mot dopning. Ku.
11. Långtidsutredningen 2011. Huvudbetänkande. Fi.
12. Medfinansiering av transportinfrastruktur – utvärdering av förhandlingsarbetet jämte överväganden om brukaravgifter och lånevillkor. N.
13. Uppföljning av signalspaningslagen. Fö.
14. Kunskapsläget på kärnavfallsområdet 2011 – geologin, barriärerna, alternativen. M.
15. Rehabiliteringsrådets slutbetänkande. S.
16. Allmän skyldighet att hjälpa nödställda? Ju.
17. Förvar. Ju.
18. Strålsäkerhet – gällande rätt i ny form. M.
19. Tid för snabb flexibel inläring. U.
20. Dataskydd vid europeiskt polisiärt och straffrättsligt samarbete. Dataskyddsrambeslutet, Europolanställdas befattning med hemliga uppgifter. Ju.
21. Utrikesförvaltning i världsklass. UD.
22. Spirit of Innovation. UD.
23. Revision av livsmedelskedjans kontrollmyndigheter. L.
24. Sänkt restaurang- och cateringmoms. Fi.
25. Utökat polissamarbete i Norden och EU. Ju.
26. Studiemedel för gränslös kunskap. U.
27. Så enkelt som möjligt för så många som möjligt. – En bit på väg. N.
28. Cirkulär migration och utveckling – förslag och framåtblick. Ju.
29. Samlat, genomtänkt och uthålligt? En utvärdering av regeringens nationella handlingsplan för mänskliga rättigheter 2006–2009. + Lättläst + Daisy + Punktskrift. A.
30. Med rätt att välja – flexibel utbildning för elever som tillhör specialskolans målgrupp. U.
31. Staten som fastighetsägare och hyresgäst. S.
32. En ny upphovsrättslag. Ju.
33. Rapportera, anmäla och avhjälpa missförhållanden – för barns och elevers bästa. U.
34. Etappmål i miljömålssystemet. M.
35. Bättre insatser vid missbruk och beroende – Individen, kunskapen och ansvaret. S.
36. Forskning och utveckling samt försvarslastik – i det reformerade försvaret. Fö.
37. Rovdjurens bevarandestatus. M.
38. Ett myndighetsgemensamt servicecenter. S.
39. Likvärdiga förutsättningar – Översyn av den kommunala utjämnningen + Bilagor. Fi.
40. Månadsavgifter – snabbt och enkelt. S.

41. Alkoholserving på särskilda boenden. S.
42. En reformerad domstolslagstiftning. Ju.
43. Offentlig upphandling från eget företag?!
– och vissa andra frågor. Fi.

Statens offentliga utredningar 2011

Systematisk förteckning

Justitiedepartementet

- Transporter av frihetsberövade. [7]
Allmän skyldighet att hjälpa nödställda? [16]
Förvar. [17]
Dataskydd vid europeiskt polisiärt och straffrättsligt samarbete.
Dataskyddsrambeslutet, Europolanställdas befattning med hemliga uppgifter. [20]
Utökat polissamarbete i Norden och EU. [25]
Cirkulär migration och utveckling
– förslag och framåtblick. [28]
En ny upphovsrättslag. [32]
En reformerad domstolslagstiftning. [42]

Utrikesdepartementet

- Utrikesförvaltning i världsklass. [21]
Spirit of Innovation. [22]

Försvarsdepartementet

- Uppföljning av signalspaningslagen. [13]
Forskning och utveckling samt försvarslogistik
– i det reformerade försvaret. [36]

Socialdepartementet

- Sanktionsavgifter på trygghetsområdet. [3]
Missbruket, Kunskapen, Vården.
Missbruksutredningens forskningsbilaga.
[6]
Barnen som samhället svek.
Åtgärder med anledning av övergrepp och allvarliga försummelse i samhällsvården.
[9]
Rehabiliteringsrådets slutbetänkande. [15]
Staten som fastighetsägare och hyresgäst. [31]
Bättre insatser vid missbruk och beroende –
Individen, kunskapen och ansvaret. [35]
Ett myndighetsgemensamt servicecenter. [38]
Månadsuppgifter – snabbt och enkelt. [40]
Alkoholserving på särskilda boenden. [41]

Finansdepartementet

- Välfärdsstaten i arbete.
Inkomsttrygghet och omfördelning med incitament till arbete. [2]
Långtidsutredningen 2011. Huvudbetänkande.
[11]
Sänkt restaurang- och cateringmoms. [24]
Likvärdiga förutsättningar – Översyn av den kommunala utjämningen + Bilagor. [39]
Offentlig upphandling från eget företag?!
– och vissa andra frågor. [43]

Utbildningsdepartementet

- Svart på vitt – om jämställdhet i akademien. [1]
Den framtida gymnasiesärskolan
– en likvärdig utbildning för ungdomar med utvecklingsstörning. [8]
Tid för snabb flexibel inläring. [19]
Studiemedel för gränslös kunskap. [26]
Med rätt att välja
– flexibel utbildning för elever som tillhör specialskolans målgrupp. [30]
Rapportera, anmäla och avhjälpa missförhållanden – för barns och elevers bästa. [33]

Landsbygdsdepartementet

- Revision av livsmedelskedjans kontrollmyndigheter. [23]

Miljödepartementet

- Kunskapsläget på kärnavfallsområdet 2011
– geologin, barriärerna, alternativen. [14]
Strålsäkerhet – gällande rätt i ny form. [18]
Etappmål i miljömålssystemet. [34]
Rovdjurens bevarandestatus. [37]

Näringsdepartementet

- Genomförande av EU:s regelverk om inre vattenvägar i svensk rätt. [4]

Medfinansiering av transportinfrastruktur
– utvärdering av förhandlingsarbetet
jämfört överväganden om brukaravgifter
och lånevillkor. [12]

Så enkelt som möjligt för så många som
möjligt. – En bit på väg. [27]

Kulturdepartementet

Antidopning Sverige.

En ny väg för arbetet mot dopning. [10]

Arbetsmarknadsdepartementet

Bemanningsdirektivets genomförande i
Sverige. [5]

Samlat, genomtänkt och uthålligt?

En utvärdering av regeringens nationella
handlingsplan för mänskliga rättigheter
2006–2009. + Lättläst + Daisy + Punkt-
skrift. [29]