

Upphandling från statliga och kommunala företag



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

Beställningsadress:
Fritzes kundtjänst
106 47 Stockholm
Orderfax: 08-598 191 91
Ordertel: 08-598 191 90
E-post: order.fritzes@nj.se
Internet: www.fritzes.se

*Svara på remiss. Hur och varför. Statsrådsberedningen,
(SB PM 2003:2, reviderad 2009-05-02)*

– En liten broschyr som underlättar arbetet för den som ska svara på remiss.
Broschyren är gratis och kan laddas ner eller beställas på
<http://www.regeringen.se/remiss>

Tryckt av Edita Sverige AB
Stockholm 2009

ISBN 978-91-38-23258-3
ISSN 0284-6012

Innehåll

1	Sammanfattning	7
2	Författningsförslag	9
2.1	Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling	9
2.2	Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling	11
3	Krav på upphandling från fristående juridiska personer.....	13
3.1	Förutsättningar för upphandlingsskyldighet	13
3.2	Regeringsrättens avgörande om upphandling från eget bolag – SYSAV-domen	15
3.3	Konsekvenser av SYSAV-avgörandet	17
3.4	Tidigare utredningar	18
4	EG-domstolens rättspraxis.....	21
4.1	Inledning.....	21
4.2	Domen i Teckal-målet	23

4.3	Teckal-kriterierna.....	25
4.3.1	Tolkning av begreppet kontrakt	25
4.3.2	Kontrollkriteriet	26
4.3.3	Verksamhetskriteriet	39
5	Kontrollmöjligheter över egen förvaltning och företag	43
5.1	Aktiebolag	43
5.2	Ekonomiska och ideella föreningar.....	45
5.3	Offentligrättsliga samverkansformer för kommuner och landsting	48
5.4	Kommuners och landstings kontroll	51
5.4.1	Kommuners och landstings möjligheter att bedriva verksamhet i företagsform	51
5.4.2	Kommuners och landstings kontroll över den egna förvaltningen	53
5.4.3	Kommuners och landstings kontroll över sina företag.....	55
5.5	Statens kontroll	57
5.5.1	Statens kontroll över den egna förvaltningen	58
5.5.2	Statens kontroll över sina bolag.....	59
6	Kontroll- och verksamhetskriterierna i finsk rätt.....	61
7	Överväganden och förslag.....	65
7.1	Behov av en temporär lösning	65
7.2	Kontrollkriteriet och svenska aktiebolag och föreningar	70
7.3	Reglerna om statsstöd.....	75

7.4	Kontroll- och verksamhetskriterierna införs i lagen om offentlig upphandling	79
7.5	Upphandling och kommunal samverkan i offentligrättslig form	84
8	Ikraftträdande.....	91
9	Konsekvenser	93
9.1	Ekonomiska konsekvenser	93
9.1.1	Stockholms läns landsting.....	94
9.1.2	Kommunala avfallsbolag.....	95
9.1.3	Ekonomiska konsekvenser för staten.....	96
9.2	Konsekvenser för den kommunala självstyrelsen	96
9.3	Konsekvenser för näringslivet.....	97
10	Författningskommentar.....	99
10.1	Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling	99
10.2	Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling	102

1 Sammanfattning

I denna promemoria föreslås att en ny bestämmelse införs i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (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. kontroll- och verksamhetskriterierna (Teckal-kriterierna) som har slagits fast i EG-domstolens rättspraxis. Kriterierna innebär dels att den upphandlande myndigheten måste utöva en kontroll över den juridiska personen som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, dels att den juridiska personen måste utföra huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de upphandlande myndigheter som innehar eller är medlem i den juridiska personen. 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.

Bakgrunden till förslaget är att Regeringsrätten i ett avgörande prövat om det är förenligt med LOU att en upphandlande myndighet (i det aktuella fallet en kommun) utan formellt upphandlingsförfarande köper tjänster från ett aktiebolag som den upphandlande myndigheten äger (RÅ 2008 ref. 26). Genom Regeringsrättens avgörande står det klart att den praxis som EG-domstolen utvecklat i form av kontroll- och verksamhetskrite-

rierna inte är möjlig att tillämpa såvida det inte införs en uttrycklig bestämmelse om detta i svensk lagstiftning. Stat, kommuner och landsting är enligt gällande rätt således skyldiga att genomföra upphandling i enlighet med LOU när de anskaffar varor och tjänster från bolag som de äger själva eller som de äger tillsammans med andra kommuner, landsting eller statliga myndigheter. Avgörandet har betydelse även för andra företagsformer än aktiebolag, såväl statliga som kommunala, och även för offentlighetsrättsliga kommunala samverkansformer som kommunalförbund och gemensamma nämnder.

Eftersom en betydande del av den kommunala verksamheten har organiserats i bolagsform, något som även förekommer i den statliga sektorn, ställer Regeringsrättens avgörande krav på en mycket snabb och i vissa fall även potentiellt kostsam omvandling av den offentliga sektorns bolagsinnehav. Frågan om det i ett längre perspektiv är lämpligt med en bestämmelse motsvarande kontroll- och verksamhetskriterierna bör utredas mer ingående. Med hänsyn till de stora ekonomiska konsekvenser som sannolikt skulle drabba stat, kommuner och landsting fram till dess att en sådan utredning har presenterat ett förslag och en eventuell bestämmelse av detta slag har införts, är det angeläget att nu vidta åtgärder för att en övergång till en eventuell permanent reglering inte ska leda till onödiga omställningar i den offentliga sektorns bolagsinnehav. Det föreslås därför att det, i avvaktan på resultatet av en mer omfattande utredning, införs en bestämmelse motsvarande kontroll- och verksamhetskriterierna i LOU.

Bestämmelsen föreslås träda i kraft den 1 juni 2010. Eftersom den föreslagna bestämmelsen utgör en temporär lösning föreslås det samtidigt att den ska upphävas från och med den 1 januari 2013.

2 Författningsförslag

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

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

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

2 kap.

10 §

Med *kontrakt* avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som

1. sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer,
2. avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och
3. undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

Med kontrakt avses dock inte ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person som den upphandlande myndigheten helt eller delvis innehar eller är medlem i. Detta gäller under förut-

sättning att

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

2. den juridiska personen utför huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar eller är medlem i den.

Denna lag träder i kraft den 1 juni 2010.

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

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

Lydelse enligt lagförslag 2.1 *Föreslagen lydelse*

2 kap.

10 §

Med *kontrakt* avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som

1. sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer,
2. avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och
3. undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

Med kontrakt avses dock inte ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person som den upphandlande myndigheten helt eller delvis innehar eller är medlem i. Detta gäller under förutsättning att

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

utför huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar eller är medlem i den.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013.

3 Krav på upphandling från fristående juridiska personer

3.1 Förutsättningar för upphandlingsskyldighet

Offentlig upphandling regleras i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), i vilken direktivet om offentlig upphandling (2004/18/EG)¹ i huvudsak genomförs, samt i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF), i vilken direktivet om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (2004/17/EG)² i huvudsak genomförs. I LOU regleras under vilka förutsättningar upphandlande myndigheter, vilket inbegriper bl.a. statliga myndigheter, kommuner och landsting (2 kap. 19 § LOU), är skyldiga att upphandla enligt lagens bestämmelser.

En förutsättning för att upphandlingsskyldighet ska föreligga är att den upphandlande myndigheten har ingått ett kontrakt med en leverantör. Av 2 kap. 10 § LOU framgår att ett kontrakt är ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster (EUT L 134, 30.04.2004 s. 1, Celex 32004L0018) (klassiska direktivet), senast ändrat genom kommissionens förordning (EG) nr 2083/2005 (EUT L 333, 20.12.2005, s. 28, Celex 32005R2083).

² 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 (EUT L 134, 30.04.2004, s. 1-113, Celex 32004L0017) (försörjningsdirektivet), senast ändrat genom kommissionens förordning (EG) nr 2083/2005 (EUT L 333, 20.12.2005, s. 28, Celex 32005R2083).

1. sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer,
2. avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och
3. undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

Lagens definition av kontrakt bygger på artikel 1 i direktiv 2004/18/EG som under rubriken ”Definitioner” anger följande.

2. a) offentliga kontrakt: skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv.

Flertalet domar från EG-domstolen har avsett tolkningen av numera upphävda direktiv; tjänstedirektivet³ och varudirektivet⁴. Någon förändring av definitionen av kontrakt har dock inte varit avsedd i det nya upphandlingsdirektivet.

I de fall t.ex. staten eller en kommun väljer att organisera sin verksamhet i egen regi regleras anskaffning av varor och tjänster från sådan verksamhet inte av LOU. I en sådan situation anses den beställande respektive den utförande enheten som ett och samma rättssubjekt. Eftersom det i dessa fall inte är fråga om ett avtal med ekonomiska villkor som ingåtts med en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person, föreligger inte något upphandlingskontrakt. Därmed uppstår inte heller någon upphandlingskyldighet beträffande dessa interna transaktioner (s.k. in-house). Upphandlingslagstiftningen gäller således inte när tjänster utförs i egen regi, via t.ex. nämnder (jfr NJA 2001 s. 3).

³ Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

⁴ Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor.

En upphandlande myndighet som anskaffar varor eller tjänster från en från myndigheten fristående juridisk person är således normalt sett upphandlingsskyldig. Av EG-domstolens praxis följer dock att det under vissa förutsättningar finns EG-rättslig möjlighet att tillämpa upphandlingsdirektiven på så sätt att vissa sådana avtal inte omfattas av direktiven. I EG-domstolens dom i mål C-107/98 (*Teckal*)⁵ lades grunden för en sådan tillämpning genom de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna (Teckalkriterierna). Dessa kriterier anger när den upphandlande myndigheten och en i formellt hänseende fristående enhet ska ses som ett och samma rättssubjekt på så sätt att det i upphandlingsdirektivets mening inte föreligger något kontrakt. Om kriterierna är uppfyllda är upphandlingsdirektivet följaktligen inte tillämpligt.

3.2 Regeringsrättens avgörande om upphandling från eget bolag – SYSAV-domen

Det har länge rått en viss oklarhet om upphandlingslagstiftningen är tillämplig när kommuner och landsting anskaffar varor och tjänster från företag som de själva äger. Regeringsrätten har, som angetts ovan, prövat om det är förenligt med LOU att upphandlande myndigheter utan formellt upphandlingsförfarande köper tjänster från bolag som på visst sätt är knutet till dem (RÅ 2008 ref. 26).⁶

Omständigheterna i målet var följande. Sydskanes Renhållnings AB (SYSAV) ägdes av 14 skånska kommuner. Mellan kommunerna gällde ett konsortialavtal (som reglerade delägar-kommunernas inbördes förhållanden och skyldigheter), vilket SYSAV inte var part i. SYSAV skulle enligt detta konsortialavtal

⁵ 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 (Teckal)*, REG 1999 s. I-8121.

⁶ Regeringsrätten avgjorde samma dag ett antal andra mål avseende Tomelilla kommun, där förutsättningarna var likartade, med samma utgång. Se Regeringsrättens dom den 17 mars 2008 i mål nr 176–179-06.

bl.a. svara för den regionala återvinningen och avfallshanteringen för delägarkommunerna och driva regionala behandlingsanläggningar. SYSAV:s verksamhet drevs enligt affärsmässiga principer. Till grund för debiteringen skulle ligga en taxa framtagen på närmare angivet sätt. Varje delägarkommun hade förbundit sig att till bolagets anläggningar avlämna allt avfall som kunde tas emot i anläggningarna och som kommunen hade ansvar för enligt lagstiftningen.

Simrishamns kommun (kommunen) tillträdde konsortialavtalet under år 2004 och innehade 1,95 procent av kapitalet och rösterna i bolaget. Kommunen hade samma år överlåtit sin avfallshantering på SYSAV utan att något upphandlingsförfarande enligt LOU hade skett. Några skriftliga avtal mellan kommunen och SYSAV rörande avfallshantering fanns såvitt känt inte.

Sedan ett antal privata avfallsbolag ansökt om överprövning enligt LOU beslutade Länsrätten i Skåne län genom dom meddelad den 4 februari 2005 att bifalla ansökningen om överprövning och förordnade att kommunen skulle göra om upphandlingen.⁷ Kammarrätten i Göteborg avtog kommunens överklagande genom dom meddelad den 22 december 2005.⁸

Hos Regeringsrätten anförde kommunen bl.a. att den inte hade upphandlat några tjänster avseende avfallshantering. Det system som kommunerna i samverkan skapat kunde, enligt kommunen, inte upphandlas i konkurrens. Kommunen hänvisade till ett antal domar från EG-domstolen och menade att det enligt gemenskapsrätten inte är fråga om en upphandling utan om en verksamhet i egen regi. Enligt kommunen hade kommunerna sådan kontroll över SYSAV att Teckal-kriterierna var uppfyllda.

Regeringsrätten konstaterade i sin dom att LOU:s ordalydelse svårigen gav utrymme för en tolkning som innebär att kommunerna när de köper tjänster från kommunala bolag skulle vara undantagna från LOU:s regelverk. Tvärtom torde det, enligt Regeringsrätten, allmänt anses att LOU inte medger att kom-

⁷ Mål nr 15040–15043-04.

⁸ Mål nr 1236–1239-05.

muner och landsting utan formell upphandling köper varor och tjänster från egna bolag.

Regeringsrätten hänvisade till att EG-domstolen i ett antal domar, se t.ex. domen i mål C-295/05 (*Asemfo*)⁹, hade uttalat att direktiv 92/50/EEG inte utgör hinder mot nationell lagstiftning som innebär att företag som på visst sätt är knutna till en upphandlande enhet (Teckal-kriterierna) utför uppdrag åt denna utan iakttagande av direktivets bestämmelser. Då den nationella lagstiftningen i Sverige inte innehåller några sådana undantag från upphandlingsskyldigheten aktualiserades enligt Regeringsrättens mening inte frågan om tillämpning av Teckal-kriterierna i de nu aktuella målen.

Regeringsrätten fann att innebörden av konsortialavtalet var att kommunen skulle köpa tjänster av SYSAV och att kommunen skulle ha upphandlat dessa i konkurrens. Regeringsrätten avslag därför överklagandet. Domen innebar att upphandlingen måste göras om. Kommunen hade även yrkat att Regeringsrätten skulle begära ett förhandsavgörande från EG-domstolen. Regeringsrätten avslag yrkandet med hänvisning till att svensk rätt inte innehåller några undantag som kan aktualisera tillämpning av Teckal-kriterierna.

3.3 Konsekvenser av SYSAV-avgörandet

Vad gäller kommuner och landsting är rätten att fritt organisera sina verksamheter ett grundläggande element i den kommunala självstyrelsen och var en del av reformerna i 1991 års kommunal- lag. Många kommuner har också valt att bolagisera stora delar av sin verksamhet. En fråga som i detta sammanhang har uppkommit är om kommunerna kan anskaffa varor och tjänster från sina bolag utan ett föregående formellt upphandlingsförfarande.

⁹ Se 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.

Före klargörandet av rättsläget genom RÅ 2008 ref. 26 har många haft uppfattningen att upphandlingsskyldighet inte föreligger när t.ex. kommuner anskaffar varor och tjänster från sina hel- eller delägda bolag. Som framgått av föregående avsnitt står det nu klart att upphandlingsskyldighet föreligger i dessa fall.

Avgörandet har bäring även på andra företagsformer än aktiebolag, såväl statliga som kommunala, och även på offentlig-rättsliga kommunala samverkansformer som kommunalförbund och gemensamma nämnder. Vidare har avgörandet betydelse inte bara för delägda företag utan även helägda sådana.

Sammanfattningsvis innebär Regeringsrättens avgörande att en förutsättning för att kontroll- och verksamhetskriterierna och den EG-rättsliga praxis som finns på detta område ska kunna tillämpas är att en sådan reglering införs i svensk lagstiftning.

3.4 Tidigare utredningar

I LOU finns i dag inte någon särskild bestämmelse som rör upphandling från fristående enheter som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger. Frågan om upphandling från hel- och delägda bolag är dock på intet sätt ny. Upphandlingskommittén sammanfattade i delbetänkandet Effektivare offentlig upphandling för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt (SOU 1999:139) rättsläget avseende ”in-house” på följande sätt.

"Lagen är också tillämplig när den upphandlande enheten köper från egna eller andra enheters företag. Om t.ex. en kommun har överfört det kommunala huvudmannskapet för en viss verksamhet till ett kommunalt företag, t.ex. ett bostadsföretag, är lagen inte tillämplig på kommunens ägarroll i förhållandet till företaget. Om däremot kommunen köper tjänster av företaget, till exempel fastighetsförvaltning, får det kommunala företaget inte gynnas på bekostnad av till exempel privata företag på så sätt att kommunen underlåter att infordra anbud enligt LOU:s regler. Detsamma gäller om den

upphandlande enheten bildar ett särskilt företag för t.ex. städning av enhetens lokaler."¹⁰

I slutbetänkandet Mer värde för pengarna (SOU 2001:31) föreslog kommittén att kommuner skulle ges rätt att utanför LOU:s bestämmelser undanta köp från hel- eller delägda bolag. Kommittén gjorde bedömningen att gemenskapsrätten medger att Sverige inför en regel med den innebörden i LOU. Förslaget ledde emellertid inte till någon lagändring. I propositionen Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m. avisades den föreslagna lagändringen med motiveringen att EG-direktiven om offentlig upphandling och EG-domstolens praxis inte ger någon tydlig anvisning om rättsläget vad gäller rätten för kommun att göra anskaffningar utan upphandling från sitt helägda bolag. Regeringen ansåg därför att frågan borde beredas ytterligare (prop. 2001/02:142 s. 84). Någon bestämmelse med innebörden att kommuner undantagsvis skulle medges rätt att anskaffa tjänster från hel- eller delägda bolag utan föregående upphandling har således aldrig införts i svensk lagstiftning.

EG-kommissionen tog upp frågan om "in-house" i samband med översynen av de EG-rättsliga upphandlingsdirektiven. Den föreslog med åberopande av EG-domstolens dom i Teckal-målet att en bestämmelse motsvarande vad som slås fast i domen skulle kodifieras i de nya EG-direktiven. Medlemsstaterna och EG-kommissionen kunde emellertid inte enas om hur en sådan bestämmelse skulle utformas och någon bestämmelse som reglerar köp mellan upphandlande myndigheter och fristående enheter infördes därför inte i det nya upphandlingsdirektivet 2004/18/EG.

I Upphandlingsutredningens slutbetänkande Nya upphandlingsregler 2 (SOU 2006:28) uttalades följande i frågan.

"Utredningen finner det rimligt att en enskild kommun inte kan utöva samma kontroll över en delägd juridisk person som den kan utöva över sin egen förvaltning. Det är därför svårt att föreställa sig

¹⁰ Se bet. s. 71.

att den första av de förutsättningar som ställdes upp av EG-domstolen i Teckal kan ha varit uppfylld i målet. Om ett gemensamt ägande alltid skulle utesluta möjligheten till interna transaktioner mellan ägarna och den ägda juridiska personen kunde man kanske ha förväntat sig att EG-domstolen skulle ha uttalat detta. Det kan dock tänkas att domstolen, på samma sätt som den vanligen gör, inte uttalat sig om den uppställda förutsättningen var uppfylld eller inte utan låtit ansvaret för denna bedömning vila på den nationella domstolen.”¹¹

I propositionen Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (prop. 2006/07:128) uttalade regeringen följande angående kontroll- och verksamhetskriterierna.

”[D]et som avgör den principiella räckvidden av EG-domstolens dom i Teckal-målet främst är huruvida kontrollkriteriet är uppfyllt och om bolaget i fråga bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de upphandlande myndigheter som äger aktierna eller andelarna i bolaget. Detta är emellertid frågor för rättstillämpningen att ta ställning till.”¹²

¹¹ Se bet. s. 263 f.

¹² A prop. s. 189.

4 EG-domstolens rättspraxis

4.1 Inledning

Upphandlande myndigheters avtal med egna bolag eller andra juridiska personer som myndigheten äger, har vid flera tillfällen ifrågasatts och i många fall underkänts av EG-domstolen. Det har då ofta varit fråga om uteblivna upphandlingsförfaranden och direkttilldelning av kontrakt.

I november 1999 lämnade EG-domstolen med domen i mål C-107/98 (*Teckal*)¹³ visst utrymme för en tillämpning av upphandlingsdirektiven som innebär att en upphandlande myndighet inte behöver upphandla från fristående enheter som är anknutna till myndigheten. Av denna dom följer att en upphandlande myndighet, under vissa omständigheter, får anskaffa varor och tjänster utan föregående upphandling från en enhet som är anknuten till myndigheten, trots att denna enhet formellt sett är fristående i förhållande till den upphandlande myndigheten. EG-domstolen har i domen redogjort för de kriterier som ska vara uppfyllda för att upphandlingsskyldighet i en sådan situation inte ska föreligga. Dessa kriterier, de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna (*Teckal*-kriterierna), anger när den upphandlande myndigheten och den i formellt hänseende från den upphandlande myndigheten fristående enheten ska ses som ett och samma rättssubjekt (*in-house*). I direktivets mening föreligger då inget kontrakt och direktivet är därför inte tillämpligt.

¹³ Dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, *Teckal Srl mot Comune di Viano och Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia (Teckal)*, REG 1999 s. I-8121.

EG-domstolen har i en rad efterföljande domar utvecklat hur kontroll- och verksamhetskriterierna ska tillämpas och har hittills avgjort 17 mål¹⁴ som berör frågan om stat, region och kommuners anskaffning av varor och tjänster m.m. från fristående enheter som är knutna till myndigheten. Det finns för närvarande tre mål som väntar på domstolens avgörande.¹⁵

I det följande redogörs kort för innehållet i den s.k. Teckaldomen. Därefter följer en redovisning av Teckal-kriterierna där kontrollkriteriet och verksamhetskriteriet behandlas i varsitt avsnitt.

¹⁴ 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 Consorziale 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 Restabfall- und 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 Cingia 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*), REG 2008 s. I-0000, dom av den 18 december 2008 i mål C-337/07, Ibrahim Altun mot Stadt Böblingen, REG 2008 s. I-0000 och dom av den 9 juni 2009 i mål C-480/06, Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland, REG 2009 s. I-0000.

¹⁵ Mål C-573/07, C-91/08 och C-17/09.

4.2 Domen i Teckal-målet

EG-domstolen behandlade i Teckal-målet en fråga som gällde en kommuns tilldelning av ett kontrakt till en av flera kommuner gemensamt bildad sammanslutning. Föremålet för tvisten i den nationella domstolen gällde anskaffning av vissa produkter och tjänster.

Kommunstyrelsen i Viano kommun hade utan föregående upphandling anförtrott AGAC (en sammanslutning i enlighet med föreskrifterna om speciella företag som bildats av flera kommuner) driften och underhållet av värmeanläggningar för vissa kommunala byggnader, inklusive nödvändiga underhållsarbeten, samt leverans av bränsle för ett år mot en ersättning av 122 miljoner ITL, varav 86 miljoner ITL utgjorde värdet av bränsleleveransen. Avtalet innehöll en förlängningsperiod om tre år, som kunde utlösas under vissa förutsättningar. Ytterligare en förlängning föreskrevs.

Teckal, ett privat företag inom uppvärmningsbranschen, väckte talan mot beslutet och menade att kommunen skulle ha upphandlat uppdraget enligt bestämmelserna i EG:s upphandlingsdirektiv. Den nationella domstolen vände sig till EG-domstolen med en begäran om förhandsbesked om vilket av direktiven 92/50/EEG (tjänstedirektivet)¹⁶ och 93/36/EEG (varudirektivet)¹⁷ som skulle tillämpas i den aktuella situationen.

EG-domstolen konstaterade inledningsvis att varudirektivet var tillämpligt. Vidare förklarade domstolen att de undantag från direktivet som medges är uttömmande angivna och att det undantag som anges i artikel 6 i tjänstedirektivet, beträffande anskaffning från en annan upphandlande myndighet som enligt lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten, inte har någon motsvarighet i varudirektivet.

¹⁶ Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

¹⁷ Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor.

Domstolen konstaterade att Vianos kommun var en upphandlande myndighet. Beträffande frågan huruvida ett avtal föreligger anförde domstolen att den nationella domstolen ska kontrollera om det finns en överenskommelse mellan två skilda personer.¹⁸ Enligt domstolen är det enligt varudirektivets artikel 1 a i detta avseende 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 enhet. ”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.”¹⁹

Frågan som ställdes till domstolen besvarades därför så, att ”[varudirektivet] är tillämpligt när en upphandlande myndighet, såsom en lokal myndighet, avser att sluta ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor om leverans av produkter med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet, oberoende av om denna enhet själv är en upphandlande myndighet”.²⁰

För att en s.k. in-house-situation ska föreligga och någon upphandlingsskyldighet inte ska uppstå krävs enligt domen i Teckal-målet således att följande kriterier är uppfyllda.

- Den upphandlande enheten ska utöva en kontroll över den fristående enheten som motsvarar den som den 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).

¹⁸ Se domen i mål C-107/98 (*Teckal*) punkt 49.

¹⁹ Se domen i mål C-107/98 (*Teckal*) punkt 50.

²⁰ Se domen i mål C-107/98 (*Teckal*) punkt 51.

Begreppet "fristående juridisk person" har i flera fall använts i den svenska översättningen av EG-domstolens domar, se t.ex. punkt 50 i mål C-107/98 (*Teckal*), punkt 49 i mål C-26/03 (*Stadt Halle*), punkt 34 i mål C-29/04 (*Mödling*) och punkt 55 i mål C-295/05 (*Asemfo*). Den svenska översättningen förefaller dock inte överensstämma med de begrepp som använts på rättegångsspråket. I målet *Teckal* har i den italienska versionen av domen begreppet "una persona giuridicamente distinta" använts, i målen *Stadt Halle* och *Mödling* återfinns i den tyska versionen begreppet "rechtlich unterscheidet" och i målet *Asemfo* lyder den spanska versionen "una persona jurídica distinta". Motsvarande engelska översättningar lyder "a person legally distinct" och "an entity legally distinct".

I flera mål har i den svenska översättningen begreppet "fristående enhet" också använts vid sidan av begreppet "fristående juridisk person", se bl.a. punkt 51 i *Teckal*, punkt 49 i *Stadt Halle*, punkt 57 i mål C-458/03 (*Parking Brixen*), punkt 34 i *Mödling* och punkt 55 i *Asemfo*. Begreppet "fristående enhet" har använts i den svenska översättningen av den senast meddelade domen (se mål C-480/06, Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland). I målet C-324/07 (*Coditel*) används begreppet "l'entité" på rättegångsspråket och "enhet" i den svenska översättningen, se punkt 26 i domen.

Sammanfattningsvis synes EG-domstolens praxis inte begränsa sig till juridiska personer. EG-domstolens praxis bör därför vara tillämplig även på andra enheter som är fristående från den upphandlande myndigheten.

4.3 Teckal-kriterierna

4.3.1 Tolkning av begreppet kontrakt

EG-domstolen har i *Teckal*-domen tolkat vad som avses med begreppet offentligt varuupphandlingskontrakt i artikel 1 a i direktiv 93/36/EEG (varudirektivet). Enligt artikel 1 a i nämnda

direktiv avses med ”offentliga varuupphandlingskontrakt” skrivna avtal med ekonomiska villkor mellan en leverantör (fysisk eller juridisk person) och en upphandlande myndighet, som omfattar köp, leasing, hyra eller hyrköp med eller utan köpoption av produkter.

Enligt EG-domstolen föreligger inget kontrakt i direktivets mening när de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna (Teckalkriterierna), är uppfyllda. Den upphandlande myndigheten och den i formellt hänseende fristående enheten ska då ses som ett och samma rättssubjekt. Om ett kontrakt inte föreligger i direktivets mening är direktivet inte heller tillämpligt.

EG-domstolen har i senare domar bekräftat att kontroll- och verksamhetskriterierna även är tillämpliga vid upphandlingar enligt direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet).²¹ Av senare avgöranden framgår dessutom att inte ens EG-fördragets grundläggande regler (artikel 12, 43 och 49 EG) eller principerna om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet och lika-behandling är tillämpliga vid anskaffning av varor och tjänster eller tilldelning av koncession om kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda.²² Kriterierna är således tillämpliga även vid koncessionstilldelning.²³

EG-domstolen har genom sin rättspraxis understrukit att kontroll- och verksamhetskriterierna ska tolkas strikt och att det är den som åberopar kriterierna som har bevisbördan för att de är uppfyllda.²⁴

4.3.2 Kontrollkriteriet

Det första villkoret som ska vara uppfyllt är att den offentliga myndigheten ska utöva en kontroll över den fristående enheten

²¹ Se bl.a. domarna i mål C-94/99 (*ARGE*) och mål C-26/03 (*Stadt Halle*).

²² Se bl.a. domarna i mål C-324/07 (*Coditel*) punkt 26, mål C-458/03 (*Parking Brixen*) punkterna 61 och 62, och mål C-231/03 (*Coname*) punkterna 16–19.

²³ Se t.ex. domen i mål C-458/03 (*Parking Brixen*).

²⁴ Se bl.a. domarna i mål C-26/03 (*Stadt Halle*), mål C-458/03 (*Parking Brixen*) och mål C-410/04 (*ANAV*).

motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet).

Vid bedömningen av om detta villkor är uppfyllt ska samtliga relevanta bestämmelser och omständigheter beaktas.²⁵ I mål C-371/05 (*Coditel*) behandlade EG-domstolen såsom relevanta omständigheter andelsinnehavet i den fristående enheten (som var en kooperativ mellankommunal sammanslutning), sammansättningen av de beslutande organen i sammanslutningen och de befogenheter som sammanslutningens styrelse hade.

Kontrollen över den fristående enheten ska motsvara den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning, men det krävs enligt domstolen inte att den i alla aspekter är identisk med denna. Det är enligt domstolen däremot viktigt att kontrollen som utövas över den fristående enheten är effektiv, men det är inte nödvändigt att den är individuell.²⁶ Att kontrollen inte behöver vara individuell innebär att det inte finns något som hindrar att kontrollen utövas gemensamt av flera offentliga myndigheter.

Frågan om vilken som är den relevanta tidpunkten för bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt har behandlats i EG-domstolens dom i mål C-29/04 (*Mödling*). I denna dom framhöll domstolen att det inte var den faktiska tidpunkten för tilldelningen av det offentliga kontraktet som var den relevanta tidpunkten för bedömningen av om direktivet skulle tillämpas. Domstolen ansåg att de särskilda omständigheter som förelåg i målet krävde att även senare händelser beaktades, även om det enligt domstolen i allmänhet är lämpligt att av rättssäkerhetsskäl bedöma en eventuell upphandlingsskyldighet utifrån de förutsättningar som gäller när det offentliga kontraktet i fråga tilldelas.²⁷

²⁵ Se domarna i mål C-324/07 (*Coditel*), punkt 28, mål C-458/03 (*Parking Brixen*), punkt 65, och mål C-340/04 (*Carbotermo*), punkt 36.

²⁶ Jfr domen i mål 324/07 (*Coditel*), punkt 46, och domen i mål C-458/03 (*Parking Brixen*), punkt 62.

²⁷ Se domen i mål C-29/04 (*Mödling*), punkt 38.

I ovan nämnda mål var det utrett att Mödlings kommun tilldelat ett offentligt tjänstekontrakt till ett företag (Abfall) som kort efter tilldelningen kom att ägas till 49 procent av ett privat bolag. Tilldelningen hade skett genom en artificiell konstruktion bestående av flera separata moment, nämligen bildandet av Abfall, ingående av kontraktet med detta bolag samt överlåtelse av 49 procent av aktierna till det privata bolaget. Bolaget Abfall inledde dessutom sin verksamhet först efter det att det privata bolaget tagit över en del av aktierna i Abfall. EG-domstolen slog fast att tilldelningen skulle bedömas med beaktande av samtliga dessa moment jämte deras syfte. Domstolen menade att om det skulle vara tillåtet för de upphandlande myndigheterna att tillgripa kringgående åtgärder för att dölja att offentliga kontrakt tilldelas halvoffentliga bolag, skulle detta äventyra förverkligandet av tjänstedirektivets syfte, dvs. fri rörlighet för tjänster och icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater.²⁸

Frågan om vilken som är den relevanta tidpunkten för bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt har även behandlats i mål C-371/05 (*Mantua*). Kommissionen anförde i detta mål att kontrollkriteriet inte var uppfyllt eftersom det bl.a. redan vid bolagets bildande uttryckligen var tillåtet med privat deläggande i bolaget. Domstolen konstaterade dock följande.

”Beträffande det andra skälet som kommissionen anför bör det påpekas att möjligheten för enskilda personer att tillskjuta kapital till det bolag som tilldelats kontraktet, särskilt med hänsyn till det bolagets företagsform, inte är tillräcklig för att i avsaknad av en effektiv medverkan från deras sida vid den tidpunkt då ett avtal av det slag som det rör sig om i detta fall ingåtts, dra slutsatsen att det första villkoret, som rör myndighetens kontroll, inte skulle vara uppfyllt. Av rättssäkerhetsskäl bör den eventuella skyldigheten för den upphandlande myndigheten att utlysa ett anbudsförfarande i princip bedömas mot bakgrund av de förhållanden som rådde den dag då det offentliga anbudet i fråga tilldelades (för ett liknande resonemang, se domen den 10 november 2005 i målet C-29/04,

²⁸ Se domen i mål C-29/04 (*Mödling*), punkterna 38–42.

Kommissionen mot Österrike, REG s. I-9705, punkt 38)[egen översättning].”²⁹

Domstolen slog således fast att bedömningen av om en eventuell upphandlingsskyldighet föreligger av rättssäkerhetsskäl måste ske utifrån de förutsättningar som gäller när det offentliga kontraktet i fråga tilldelas. Enbart det förhållandet att privat ägande i bolaget är möjligt utesluter enligt domstolen inte att kontrollkriteriet kan anses uppfyllt.

EG-domstolen har ett flertal gånger uttalat att den omständigheten att den upphandlande myndigheten ensam eller tillsammans med andra offentliga myndigheter äger samtliga aktier i det bolag som tilldelats kontraktet som regel tyder på, utan att vara av avgörande betydelse för bedömningen, att kontrollkriteriet är uppfyllt.³⁰ I mål C-340/04 (*Carbotermo*) ansåg domstolen dock, trots att bolaget ägdes enbart av offentliga organ, att kontrollkriteriet inte var uppfyllt eftersom bolaget hade långtgående befogenheter avseende den löpande och icke-löpande förvaltningen.

Ur domstolens rättspraxis går det att urskilja ett antal faktorer som ska bedömas vid en prövning av om kontrollkriteriet ska anses vara uppfyllt. Dessa kan i stora drag sammanfattas enligt följande.

- Strategiska mål och viktiga beslut.
- Privata intressen i den fristående juridiska personen.
- Delägarskap.

Strategiska mål och viktiga beslut

Vid undersökningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt ska det framgå att den fristående enhet som tilldelats kontraktet är underställd en kontroll som gör det möjligt för myndigheten att

²⁹ Se domen i mål C-371/05 (*Mantua*), punkt 29.

³⁰ Se domarna i mål C-295/05 (*Asemfo*), punkt 57, mål C-340/04 (*Carbotermo*), punkt 37, och mål C-324/07 (*Coditel*), punkt 31.

påverka de beslut som fattas av nämnda enhet.³¹ 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.³²

Vid sin bedömning i mål C-458/03 (*Parking Brixen*) kom EG-domstolen fram till att kontrollkriteriet inte var uppfyllt. Den italienska kommunen Gemeinde Brixen hade tilldelat sitt kommunala bolag, Stadtwerke Brixen AG (Stadtwerke), ett uppdrag att sköta driften av två avgiftsfinansierade offentliga parkeringsplatser. Tilldelningen av uppdraget hade inte föregåtts av någon annonsering. EG-domstolen konstaterade att Stadtwerke hade fått en marknadsmissig inriktning som, enligt domstolen, gjorde det osäkert om kommunen kunde utöva kontroll.³³ Vid sin bedömning av om kontrollkriteriet var uppfyllt och om kommunen hade möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande i fråga om bolagets strategiska mål och viktiga beslut tog EG-domstolen bl.a. fasta på följande omständigheter:

- att Stadtwerke hade omvandlats till ett aktiebolag och karaktären av denna bolagstyp,
- att föremålet för Stadtwerkes verksamhet hade utvidgats till att omfatta nya viktiga verksamhetsområden,
- att det inom kort skulle bli möjligt för utomstående att köpa aktier i Stadtwerke,
- att utvidgningen av bolagets verksamhetsområde hade skett till hela Italien och utlandet, samt
- att väsentliga befogenheter hade tilldelats styrelsen i Stadtwerke utan att kommunen i princip utövade någon förvaltningskontroll över Stadtwerke.³⁴

³¹ Se domarna i mål C-340/04 (*Carbotermo*), punkt 36, mål C-458/03 (*Parking Brixen*), punkt 65, och mål C-324/07 (*Coditel*), punkt 28.

³² Se bl.a. domen i mål C-324/07 (*Coditel*), punkt 28.

³³ Se domen i mål C-458/03 (*Parking Brixen*), punkt 67.

³⁴ Se domen i mål C-458/03 (*Parking Brixen*), punkterna 65–71.

Vad gäller de befogenheter som styrelsen i Stadtwerke tilldelats framgick det att styrelsen hade givits mycket långtgående befogenheter avseende förvaltningen av bolaget eftersom den hade rätt att företa alla handlingar som den ansåg nödvändiga för att företagens ändamål skulle uppnås. Styrelsen hade befogenhet att ställa upp säkerhet på upp till fem miljoner euro eller att genomföra transaktioner utan att dessförinnan få ett godkännande av bolagsstämman. Detta visade enligt EG-domstolen att bolaget var mycket självständigt i förhållande till sina aktieägare.³⁵ Vidare framgick att Brixens kommun hade rätt att utnämna majoriteten av ledamöterna i styrelsen i Stadtwerke, men den kontroll som kommunen kunde utöva över Stadtwerke var huvudsakligen begränsad till den som majoriteten av aktieägarna gavs enligt bolagsrätten. Enligt EG-domstolen minskade detta förhållande väsentligt det beroendeförhållande som fanns mellan kommunen och Stadtwerke, särskilt med hänsyn till de vidsträckta befogenheter som styrelsen i Stadtwerke hade.³⁶ En helhetsbedömning av alla omständigheter talade emot att kontrollkriteriet kunde anses vara uppfyllt.

I mål C-340/04 (*Carbotermo*) behandlades bl.a. en upphandlande myndighets kontrollmöjlighet över företag som direkttilldelats kontrakt, när styrelsen i företaget hade omfattande förvaltningsbefogenheter. Comune di Busto Arsizio (kommunen) hade tilldelat ett kontrakt till aktiebolaget AGESP avseende leverans av bränsle samt underhåll och anpassning till gällande bestämmelser och teknisk anpassning av värmesystemen i kommunens byggnader. AGESP ägdes till 100 procent av företaget AGESP Holding. Detta företag ägdes i sin tur till 99,98 procent av kommunen. Övriga aktier ägdes av sex kommuner med en aktie var. Företagen Carbotermo och Consorzio Alisei överklagade tilldelningsbeslutet i den nationella domstolen som begärde förhandsavgörande av EG-domstolen.

³⁵ Se domen i mål C-458/03 (*Parking Brixen*), punkt 68.

³⁶ Se domen i mål C-458/03 (*Parking Brixen*), punkt 69.

En av frågorna i målet var om ett kontrakt kunde tilldelas direkt till ett bolag som till 100 procent ägdes av ett annat bolag som i sin tur till 99,98 procent ägdes av den upphandlande myndigheten. Resterande 0,02 procent ägdes av andra lokala eller regionala myndigheter.

Domstolen inledde med att uttala att man vid bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt ska beakta samtliga relevanta lagbestämmelser och omständigheter. Av denna undersökning ska det, enligt domstolen, 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, och det ska då vara fråga om en möjlighet att utöva en avgörande påverkan i fråga om såväl strategiska mål som bolagets viktiga beslut. Domstolen yttrade vidare att ”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 motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning”.³⁷ Detta faktum fick dock ingen avgörande betydelse i målet. Domstolen uttalade i frågan följande.

”Av handlingarna i målet framgår att AGESP Holdings och AGESP:s stadgar ger styrelsen för vart och ett av dessa bolag långtgående befogenheter avseende den löpande och den icke-löpande förvaltningen. Enligt dessa stadgar förbehålls inte kommunen Busto Arsizio någon särskild kontrollbefogenhet eller rösträtt för att begränsa den handlingsfrihet som styrelserna har getts. Den kontroll som kommunen Busto Arsizio 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. Vidare utövas det inflytande som kommunen Busto Arsizio eventuellt har över AGESP:s beslut genom ett holdingbolag. Förekomsten av detta mellanled kan under omständigheterna i

³⁷ Se domen i mål C-340/04 (*Carbotermo*), punkterna 36 och 37.

målet försvaga den kontroll som den upphandlande myndigheten eventuellt utövar till följd av att den äger en del av aktiekapitalet.”

Domstolen slog fast att den upphandlande myndigheten inte har möjlighet att utöva en avgörande påverkan i fråga om såväl strategiska mål som bolagets viktiga beslut när den kontroll som myndigheten utövar i princip motsvarar den som majoriteten av aktieägarna har enligt bolagsrätten. Detta begränsade enligt domstolen i betydande mån kommunens möjlighet att påverka dessa bolags beslut.³⁸ Det inflytande som den upphandlande myndigheten i målet hade över bolagets beslut utövades genom ett holdingbolag. Enligt domstolen kunde förekomsten av ett sådant mellanled, under omständigheterna i målet, försvaga den kontroll som den upphandlande myndigheten eventuellt utövade till följd av att den ägde en del av aktiekapitalet.³⁹ Kontrollkriteriet ansågs således inte vara uppfyllt.

I mål C-371/05 (*Mantua*) rörande kommunen Mantua ansågs kontrollkriteriet uppfyllt eftersom kommunen tillsammans med de andra delägande kommunerna hade en kontroll över bolaget som motsvarade den de utövade över egen förvaltning. Kriteriet uppfylldes genom att Mantua hade rätt att utse ledamöter i företagens styrelse och styra över företagens verksamhet. Den ekonomiska ersättning som bolaget mottog beslutades av kommunen och kommunen hade genom avtalet rätt att godkänna verksamhetens mål. Kommunen hade vidare möjlighet att utse en kommunal tjänsteman att övervaka verksamheten.

I mål C-324/07 (*Coditel*) ansågs en belgisk mellankommunal kooperativ sammanslutning uppfylla kontroll- och verksamhetskriterierna. Målet rörde en tilldelning av en tjänstekoncession för förvaltningen av ett lokalt och regionalt kabel-tv-nät. Kommunen Uccle hade beslutat att ansluta sig till och upplåta driften av kommunens kabel-tv-nät till Brutélé, som var ett mellankommunalt kooperativ som inte var öppet för privat kapital. Domstolen poängterade återigen att den omständigheten att den

³⁸ Se domen i mål C-340/04 (*Carbotermo*), första punkten i sammanfattningen.

³⁹ Se domen i mål C-340/04 (*Carbotermo*), första punkten i sammanfattningen.

koncessionsgivande myndigheten ensam eller tillsammans med andra offentliga myndigheter äger hela kapitalet i det bolag som tilldelats koncessionen tyder på, utan att vara av avgörande betydelse för bedömningen, att den koncessionsgivande myndigheten utövar en kontroll över bolaget motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning.⁴⁰

Den omständigheten att Brutélés beslutande organ bestod av representanter från myndigheter som var anslutna till Brutélé tydde enligt domstolen på att dessa myndigheter styrde Brutélés beslutande organ och därigenom utövade ett bestämmande inflytande såväl avseende sammanslutningens strategiska mål, som avseende dess viktiga beslut. Det framhölls att Brutélé inte var ett aktiebolag som kunde besluta om sitt verksamhetsföremål utan aktieägarnas inblandning, utan en kooperativ mellankommunal sammanslutning som reglerades enligt den belgiska lagen om mellankommunala sammanslutningar, samt att den inte var näringsidkare. Domstolen konstaterade också att det av lagen och Brutélés stadgar framgick att sammanslutningens verksamhetsföremål var att utföra den uppgift i kommunalt intresse för vilken sammanslutningen hade bildats och att sammanslutningen inte hade något särskilt eget intresse i förhållande till de offentliga myndigheter som var anslutna till den.⁴¹ Trots att sammanslutningens styrelse hade långtgående befogenheter, hade inte styrelsen ett utrymme för självbestämmande som gjorde det omöjligt för kommunerna som var anslutna till sammanslutningen att utöva en kontroll över sammanslutningen motsvarande den som dessa myndigheter utövade över sin egen förvaltning.⁴² Domstolen konstaterade att "när beslut om verksamheten avseende en kooperativ mellankommunal sammanslutning som endast ägs av offentliga myndigheter fattas av stadgeenliga organ som består av representanter för de anslutna offentliga myndigheterna, kan den kontroll som nämnda offentliga myndigheter utövar över dessa beslut anses möjliggöra för de

⁴⁰ Se domen i mål C-324/07 (*Coditel*), punkt 31.

⁴¹ Se domen i mål C-324/07 (*Coditel*), punkt 38.

⁴² Se domen i mål C-324/07 (*Coditel*), punkt 39.

sistnämnda att utöva en kontroll över den kooperativa sammanslutningen motsvarande deras kontroll över sin egen förvaltning”.⁴³

Privata intressen i den fristående enheten

EG-domstolen har klargjort att det faktum att ett privat företag ingår som delägare i den fristående enheten, oavsett storleken på ägarandelen, helt utesluter att den upphandlande myndigheten kan anses utöva en kontroll över denna som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet, se bl.a. domen i mål C-26/03, *Stadt Halle*, punkt 49.⁴⁴ EG-domstolen anmärkte att sambandet mellan en offentlig myndighet, som är en upphandlande myndighet, och dess egen verksamhet styrs av överväganden och krav som är specifika för ett sammanhang där mål av allmänintresse eftersträvas, medan privata investeringar i företag däremot alltid styrs av överväganden som är specifika för privata intressen och som har andra syften. Domstolen menade att direktupphandlingar från sådana bolag undergräver målsättningen om fri, icke snedvriden konkurrens och principen om likabehandling.⁴⁵

Frågan om vilken som är den relevanta tidpunkten för bedömningen har behandlats ovan. I domen i mål C-29/04 (*Mödling*) framhöll EG-domstolen att det inte var den faktiska tidpunkten för tilldelningen av det offentliga kontraktet som var den relevanta tidpunkten i detta fall för bedömningen av om direktivet skulle tillämpas. Domstolen ansåg att de särskilda omständigheter som förelåg i målet krävde att även senare händelser beaktades.⁴⁶ Frågan behandlades även i domen i mål C-371/05 (*Mantua*) i vilken domstolen slog fast att bedömningen

⁴³ Se domen i mål C-324/07 (*Coditel*), andra strecksatsen i punkt 42.

⁴⁴ Se även domarna i mål C-29/04 (*Mödling*), punkt 46, mål C-410/04 (*ANAV*), punkterna 30–32, och mål C-324/07 (*Coditel*), punkt 30.

⁴⁵ Se domen i mål C-26/03 (*Stadt Halle*), punkterna 49–51. Se även domen i mål C-29/04 (*Mödling*), punkterna 46–49.

⁴⁶ Se domen i mål C-29/04 (*Mödling*), punkterna 38–42.

av om en eventuell upphandlingsskyldighet föreligger, av rätts-säkerhetsskäl måste ske utifrån de förutsättningar som gäller när det offentliga kontraktet i fråga tilldelas.⁴⁷

Det kan således konstateras att om det till någon del finns privat kapital i ett offentligt företag är kontrollkriteriet inte uppfyllt. Om det finns planer på att föra in privat kapital i ett sådant företag torde även det utesluta att kriteriet är uppfyllt. Enbart det förhållandet att privat ägande är möjligt utesluter däremot inte att kriteriet kan anses uppfyllt.

Delägarskap

Av EG-domstolens praxis framgår vidare att den kontroll som offentliga myndigheter måste utöva över den fristående enheten för att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt kan utövas gemensamt av flera myndigheter. Kontrollen ska, som tidigare nämnts, motsvara den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning, men den behöver inte vara identisk med denna.⁴⁸ Det är enligt domstolen viktigt att kontrollen som utövas över den fristående enheten är effektiv men det är inte nödvändigt att kontrollen är individuell.⁴⁹ EG-domstolen har utvecklat detta på följande sätt.

”I det fall som flera offentliga myndigheter väljer att tillhandahålla offentliga tjänster genom en gemensam koncessionsinnehavare är det vanligtvis uteslutet att en av dessa myndigheter, om den inte innehar majoriteten av andelarna i denna enhet, ensam utövar en avgörande kontroll över koncessionsinnehavarens beslut. Om det krävdes att den kontroll som en offentlig myndighet utövar i ett sådant fall ska vara individuell, skulle det få till följd att det skulle bli nödvändigt med ett anbudsförfarande i de flesta fall som en offentlig myndighet avser att ansluta sig till en sammanslutning bestående av andra offentliga myndigheter, såsom en kooperativ mellankommunal sammanslutning. Ett sådant resultat stämmer

⁴⁷ Se domen i mål C-371/05 (*Mantua*), punkt 29.

⁴⁸ Se domen i mål C-324/07 (*Coditel*), punkt 46.

⁴⁹ Se domen i mål C-324/07 (*Coditel*), punkt 46.

emellertid inte överens med de gemenskapsrättsliga reglerna om offentlig upphandling och om koncessioner. En offentlig myndighet har nämligen möjlighet att med egna medel – administrativa, tekniska och andra – utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger denna, utan att behöva vända sig till enheter utanför sin organisation (domen i det ovannämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau, punkt 48). Denna möjlighet som offentliga myndigheter har att använda sig av egna medel för att tillhandahålla offentliga tjänster kan utövas i samarbete med andra offentliga myndigheter (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Asemfo, punkt 65).⁵⁰

Det har även slagits fast att det, vad gäller ett kollegialt organ, saknar betydelse vilket beslutsförfarande, bl.a. majoritetsbeslut, som används.⁵¹ Det innebär att även en minoritetsägare i en fristående enhet kan uppfylla kontrollkriteriet. Det är således tillräckligt med en kollektiv och majoritetsstyrd kontroll. Av avgörande betydelse torde vara om de deltagande upphandlande myndigheterna tillsammans innehar kontrollen över den fristående enheten.

Frågan om det finns någon nedre gräns för hur liten en upphandlande myndighets ägarandel i den fristående enheten kan vara utan att det utesluter att kontrollkriteriet är uppfyllt har berörts i flera domar, bl.a. i *Asemfo*.

I mål C-295/05 (*Asemfo*) var det fråga om ett statligt bolag, Tragsa, som enligt nationell rätt skulle utgöra ägarnas, dvs. statens och de autonoma gemenskapernas, genomförandeorgan och tekniska enhet. Tragsa var enligt nationell rätt skyldig att utföra de beställningar som lämnades av myndigheterna och kunde inte avböja sig uppdraget eller bestämma de ekonomiska villkoren för uppdraget. Staten ägde 99 procent av aktierna direkt, genom holdingbolag eller garantifonder, och resterande en procent ägdes av fyra regioner (autonoma gemenskaper). Trots denna begränsade ägarandel ansåg EG-domstolen att

⁵⁰ Se domen i mål C-324/07 (*Coditel*), punkterna 47–49.

⁵¹ Se domen i mål C-324/07 (*Coditel*), punkt 51.

inflytandet var tillräckligt för att kontrollkriteriet skulle anses vara uppfyllt.

Frågan om vilka generella slutsatser som kan dras av denna dom har berörts av generaladvokat Trstenjak i förslag till avgörande i mål C-324/07 (*Coditel*).

”I den mån frågan om ett enskilt offentligt organs kontrollbefogenhet över en enhet för ren samverkan mellan offentliga organ haft betydelse i här relevant rättspraxis kan följande utläsas. Redan målet Teckal gällde en situation med mellankommunal samverkan där frågan om kontrollen berördes mot bakgrund av ägarandelarnas storlek. Frågan gällde nämligen ett konsortium bestående av 45 kommuner i Reggio Emilia i vilket den berörda kommunen Viano ägde 0,9 procent. Enligt generaladvokaten Cosmas kunde detta ’knappast anses innebära att kommunen Viano utövar en kontroll över konsortiet som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet’. I domen i målet sägs ingenting om denna fråga och framför allt gick domstolen inte in på aspekten när den formulerade kontrollkriteriet i punkt 50. Men det kan ändå konstateras att domstolen i domen i vart fall inte på förhand negativt besvarade frågan huruvida det förelåg en kontrollbefogenhet för en kommun med en relativt liten ägar- och röstandel, och att den nationella domstolen därigenom gavs möjlighet att i målet vid den nationella domstolen göra bedömningen att kontrollkriteriet var uppfyllt. I domen i målet Coname år 2005 fick denna fråga visserligen motsatt svar eftersom en ägarandel på 0,97 procent av bolagskapitalet bedömdes som otillräcklig för att möjliggöra en kontroll. Med domen i målet Asemfo klargjordes emellertid att storleken på den ägarandel som ett enskilt offentligt organ har i en samverkan mellan olika offentliga organ inte (längre) fungerar som mätare av kontrollmöjligheten. Domstolen klargjorde uttryckligen att även en så liten ägarandel som 0,25 procent (1 procent av aktiekapitalet ägdes av fyra autonoma regioner med en aktie vardera) inte hindrade att det var fråga om en ’kvasiintern tilldelning’ beträffande samtliga deltagande offentliga organ. Vårt att lägga märke till för målet vid den nationella domstolen i den nyss nämnda domen i målet Asemfo är dessutom att det uppenbarligen var centralförvaltningen som var huvudägare som hade kontrollbefogenheten över den enhet som hade fått tilldelningen och inte de fyra autonoma regioner som tillsammans ägde 1 procent av kapitalet. Detta hindrade inte domstolen från att uttryckligen anse att det

första Teckalkriteriet var uppfyllt inte endast beträffande den spanska staten utan även beträffande de autonoma regioner som innehade en del av aktiekapitalet. Av domen går dock inte att utläsa huruvida slutsatsen i fråga om de autonoma regionernas kontroll innebar en ändring av rättspraxis eller om det som jag förmodar snarare var de särskilda omständigheterna i detta enskilda fall som var avgörande. Under alla omständigheter är det tydligt att betydelsen av frågan om de inre kontroll- och beslutsbefogenheterna hos en enhet för ren samverkan mellan offentliga organ inte ska övervärderas.”⁵²

4.3.3 Verksamhetskriteriet

Det andra kriteriet som ska vara uppfyllt för att upphandlingskyldighet inte ska föreligga är verksamhetskriteriet. Kriteriet innebär att den fristående enheten ska utföra huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den.

Det har inte utvecklats en lika omfattande rättspraxis om hur detta kriterium ska tolkas som i fråga om kontrollkriteriet. EG-domstolen har emellertid bl.a. i mål C-340/04 (*Carbotermo*) utvecklat hur verksamhetskriteriet ska tillämpas.

Enligt EG-domstolen har verksamhetskriteriet särskilt till syfte att säkerställa att upphandlingsdirektiven är tillämpliga i det fall då ett företag, som kontrolleras av en eller flera myndigheter, är aktivt på marknaden och således kan konkurrera med andra företag.⁵³ Ett företag berövas nämligen, enligt domstolen, inte nödvändigtvis sin handlingsfrihet endast på grund av att kontrollkriteriet är uppfyllt om företaget fortfarande kan utöva en betydande del av sin ekonomiska verksamhet tillsammans med andra aktörer.⁵⁴

För att verksamhetskriteriet ska vara uppfyllt måste det ifrågavarande företaget därför bedriva huvuddelen av sin

⁵² Förslag till förhandsavgörande av generaladvokat Trstenjak föredraget den 4 juni 2008 i mål C-324/07 (*Coditel*), punkterna 68–71.

⁵³ Se domen i mål C-340/04 (*Carbotermo*), punkt 60.

⁵⁴ Se domen i mål C-340/04 (*Carbotermo*), punkt 61.

verksamhet tillsammans med den myndighet som innehar den. Enligt domstolen är så fallet om företaget huvudsakligen utövar verksamhet åt denna myndighet och all annan verksamhet endast är av marginell karaktär.⁵⁵ Företagets varor eller tjänster ska således huvudsakligen vara avsedda enbart för denna myndighet. Den nationella domstolen ska, enligt EG-domstolen, vid denna bedömning beakta alla omständigheter i målet, såväl kvalitativa som kvantitativa.⁵⁶

Om det ifrågavarande företaget ägs gemensamt av flera olika myndigheter ska, enligt domstolen, vid bedömningen av om företaget bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet som innehar det, all den verksamhet som detta företag bedriver tillsammans med samtliga dessa myndigheter beaktas.⁵⁷

All den verksamhet som det ifrågavarande företaget bedriver inom ramen för en tilldelning som gjorts av den upphandlande myndigheten ska beaktas, oberoende av vem som betalar denna verksamhet – den upphandlande myndigheten eller de som använder de tillhandahållna tjänsterna. Det saknar enligt domstolen i detta avseende betydelse på vilket territorium verksamheten bedrivs.⁵⁸

I mål C-295/05 (*Asemfo*) ansågs det ifrågavarande bolaget Tragsa bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med de offentliga sammanslutningar och organ som innehade det. I målet framgick att Tragsa bedrev i genomsnitt mer än 55 procent av sin verksamhet tillsammans med de autonoma gemenskaperna

⁵⁵ Se domen i mål C-340/04 (*Carbotermo*), punkt 63.

⁵⁶ Se domen i mål C-340/04 (*Carbotermo*), punkt 64. Se även generaladvokat Stix-Hackls förslag till avgörande i samma mål föredraget den 12 januari 2006, punkterna 76–115.

⁵⁷ Se domen i mål C-340/04 (*Carbotermo*), punkt 70.

⁵⁸ Se domen i mål C-340/04 (*Carbotermo*), punkten 3 i domslutet.

och närmare 35 procent tillsammans med staten, dvs. sammanlagt cirka 90 procent.

5 Kontrollmöjligheter över egen förvaltning och företag

EG-domstolen har inte begränsat kontroll- och verksamhetskriterierna till enbart aktiebolag utan använder sig bl.a. av skrivningen ”en i formellt hänseende fristående enhet”.⁵⁹ Detta medför att kontroll- och verksamhetskriterierna kan uppfyllas även vad avser andra juridiska personer än aktiebolag, såsom ekonomiska och ideella föreningar.

I det följande redogörs därför först för hur aktiebolag, ekonomiska och ideella föreningar samt kommunalförbund och gemensamma nämnder är uppbyggda och organiserade. Därefter behandlar promemorian kommuners och landstings respektive statens kontroll över egen förvaltning och över egna företag.

Eftersom kontrollkriteriet inte torde kunna uppfyllas när det gäller stiftelser, då stiftarens möjligheter till kontroll och inflytande är mycket begränsade, kommer denna typ av juridisk person inte att behandlas. Handelsbolag behandlas inte heller i promemorian eftersom stat, kommuner och landsting i regel inte bedriver företag i form av handelsbolag.

5.1 Aktiebolag

Aktiebolag regleras i aktiebolagslagen (2005:551), ABL. Ett aktiebolag är en juridisk person. Bolaget kan således förvärva rättigheter och ådra sig förpliktelser, medan ägarna av ett aktie-

⁵⁹ Se EG-domstolens mål C-107/98 (*Teckal*), punkt 51.

bolag inte har något ansvar för bolagets förpliktelser (1 kap. 3 § ABL). Aktiebolag kännetecknas av att ägarna har ett begränsat ansvar för bolagets verksamhet medan styrelseledamöter och verkställande direktör har ett långtgående ansvar.

Bolaget företräds av sin styrelse, firmatecknare och/eller verkställande direktör beroende på vilken fråga som är för handen.

Ett aktiebolag har olika organ för sin styrning. Bolagsstämman är ett forum i vilket bolagets ägare kan utöva formell ägarstyrning. Bolagsstämman är aktiebolagets högsta beslutande organ och består av aktieägarna (7 kap. 1 § ABL). I princip är ett aktiebolags organisation strikt hierarkisk. Frånsett sådana frågor där bolagsstämman måste fatta beslut har bolagsstämman i princip rätt att fatta beslut även i alla andra angelägenheter.

Styrelsen, som utses av bolagsstämman (8 kap. 8 § ABL), ansvarar för organisationen och förvaltningen av bolagets angelägenheter i enlighet med gällande lagar och andra regler som gäller för bolaget (8 kap. 4 § ABL). Det är också styrelsen som kallar till bolagsstämma (7 kap. 17 § ABL).

Alla aktiebolag har rätt att utse en verkställande direktör. Om det är fråga om ett publikt aktiebolag ska styrelsen utse en verkställande direktör (8 kap. 27 § ABL). Om ett aktiebolag har en verkställande direktör ska denna sköta den löpande förvaltningen enligt styrelsens riktlinjer och anvisningar (8 kap. 29 § ABL).

I aktiebolag kan bolagsstämman med i princip omedelbar verkan avsätta en styrelseledamot (8 kap. 14 § ABL).

Ett aktiebolag ska ha minst en revisor (9 kap. 1 § ABL). Revisorn, som utses av bolagsstämman (9 kap. 8 § ABL), ska granska bolagets årsredovisning och bokföring samt styrelsens och den verkställande direktörens förvaltning (9 kap. 3 § ABL). Revisorn ska följa bolagsstämmans anvisningar, om de inte strider mot lag, bolagsordningen eller god revisionssed (9 kap. 4 § ABL). Revisorn ska efter varje räkenskapsår lämna en revisionsberättelse till bolagsstämman (9 kap. 5 § ABL). Revisorn är skyldig att lämna bolagsstämman de upplysningar

som stämman begär, i den mån det inte skulle vara till väsentlig skada för bolaget (9 kap. 45 § ABL).

Ägarens styrning sker genom bolagsordning och olika bolagsstämmobeslut såsom ägardirektiv. Genom aktieägaravtal kan ägare komma överens om att rösta på visst sätt på bolagsstämman.

Bolagsordningen ska innehålla grundläggande regler om det enskilda bolaget, t.ex. bolagets firma, syfte och verksamhetsföremål, aktiekapitalets storlek och hur styrelsen ska utses om den ska utses av någon annan än stämman. Bolaget får i princip inte frångå bolagsordningen. Om ett aktiebolag ska ha annat syfte än att bereda sina aktieägare vinst så ska detta andra syfte framgå av bolagsordningen (3 kap. 3 § ABL). Alla aktiebolag ska dessutom ha ett verksamhetsföremål (3 kap. 1 § tredje stycket ABL). Verksamhetsföremålet ska ange bolagets verksamhet till sin art och vara någorlunda preciserat.

Aktieägardirektiv är reglerade i lagen. Bolagsstyrelsen och verkställande direktör ska följa direktiv från bolagsstämman så länge de inte strider mot ABL eller bolagsordningen (8 kap. 41 § ABL). Denna lydnessplikt är förenad med skadeståndsansvar (29 kap. 1 § ABL). Sådana ägardirektiv kan omfatta både verksamhetsmål och ekonomiska mål. Ägardirektiven måste fastställas på bolagsstämman för att kunna binda bolaget.

5.2 Ekonomiska och ideella föreningar

Ekonomiska föreningar

En ekonomisk förening har till ändamål att främja sina medlemmars ekonomiska intressen genom ekonomisk verksamhet i vilken medlemmarna deltar. Ekonomiska föreningar regleras i lagen (1987:667) om ekonomiska föreningar (LEF).

För att en ekonomisk förening ska utgöra en juridisk person krävs att den registreras, vilket ska ske i föreningsregistret hos Bolagsverket (1 kap. 2 § LEF). För att registrering ska kunna ske

krävs att föreningen har minst tre medlemmar. Därutöver krävs att medlemmarna har antagit stadgar och valt styrelse och minst en revisor.

En ekonomisk förening är en företagsform där medlemmarnas ansvar begränsas till det kapital som satsas i föreningen.

Enligt lagen gäller att stadgarna bl.a. ska innehålla uppgift om föreningens firma, ändamålet med föreningens verksamhet och verksamhetens art, vilka ekonomiska förpliktelser som medlemskapet medför eller kan komma att medföra, vissa uppgifter om styrelseledamöter och revisorer, när och hur kallelser och meddelanden till medlemmar ska företas och vilka ärenden som ska behandlas på ordinarie stämma (2 kap. 2 § LEF). Stadgarna kan även innehålla andra uppgifter som föreningsmedlemmarna beslutar, under förutsättning att de inte står i strid med lag.

De ekonomiska föreningarnas organisationsstruktur är hierarkisk, där föreningsstämman utgör det organ som står överst. Stämman fattar de grundläggande besluten och kan i princip ge förhållningsorder åt organ och andra som befinner sig lägre i hierarkien. Stämman kan med andra ord kräva att styrelsen och annan ställföreträdare för föreningen ställer sig till efterrättelse de särskilda föreskrifter som den meddelar.⁶⁰ Stämman fattar sina beslut genom majoritetsbeslut. I 7 kap. LEF regleras hur kallelse till och formerna för genomförande av föreningsstämma ska ske. Bland annat finns en bestämmelse om att medlem har rätt att få ett ärende behandlat vid föreningsstämman (7 kap. 6 § LEF).

En ekonomisk förening företräds av sin styrelse. Styrelsen ska ha minst tre ledamöter (6 kap. 1 § LEF). Styrelsen väljs av stämman, om det inte föreskrivs i stadgarna att en eller flera styrelseledamöter ska utses på annat sätt. Styrelsen ansvarar för föreningens organisation och förvaltningen av föreningens angelägenheter (6 kap. 6 § LEF). I vissa fall ska även en verkställande direktör utses (6 kap. 3 § LEF).

⁶⁰ Carl Hemström, Organisationernas rättsliga ställning, sjunde uppl., 2007, s. 49.

I en ekonomisk förening ska det finnas minst en revisor (8 kap. 1 § LEF). Revisorerna väljs av stämman, om det inte föreskrivs i stadgarna att en eller flera revisorer ska utses på annat sätt. Revisorerna ska granska föreningens årsredovisning jämte räkenskaperna samt styrelsens och verkställande direktörens förvaltning (8 kap. 10 § LEF). Vad gäller ekonomiska föreningar som en kommun eller ett landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande över ska revisorerna på begäran lämna upplysningar om föreningens angelägenheter till de förtroendevalda revisorerna i kommunen eller landstinget (8 kap. 16 § tredje stycket LEF).

Ideella föreningar

En ideell förening kännetecknas av att ändamålet är ideellt och/eller att dess verksamhet är ideell. En förening som främjar sina medlemmars ekonomiska intressen anses inte ha ett ideellt ändamål. Det finns ingen särskild lagstiftning som rör ideella föreningar som sådana, däremot finns viss vägledning i bl.a. förarbetena till LEF och i rättspraxis.

En ideell förening blir en juridisk person i och med att den har bildats. För att en ideell förening ska anses ha bildats krävs att medlemmarna har fattat beslut om bildande, antagit stadgar av viss fullständighet och valt en styrelse som kan företräda föreningen mot tredje man. Stadgarna ska innehålla föreningens namn och ändamål samt bestämmelser om hur beslut i föreningens angelägenheter åstadkoms.⁶¹ En ideell förening är som juridisk person själv ansvarig för de förbindelser som ingås i föreningens namn av behörig företrädare. Enskilda medlemmar har inte något betalningsansvar för föreningens skulder eller andra förpliktelser. En företrädare för föreningen, vanligtvis en styrelseledamot, kan dock i vissa fall bli betalningsansvarig för föreningens skatter och avgifter.

⁶¹ NJA 1987 s. 394.

För de flesta föreningar är det vanligt med tre grundläggande funktioner:

- den beslutande funktionen (föreningsmötet),
- den verkställande funktionen (styrelsen), och
- den kontrollerande funktionen (revisorerna).

5.3 Offentligrättsliga samverkansformer för kommuner och landsting

Kommunalförbund

Enligt kommunallagen (1991:900), KL, kan kommuner och landsting bilda kommunalförbund och överlämna vården av kommunala angelägenheter till sådana förbund (3 kap. 20 § första stycket KL). Samverkan i kommunalförbund är möjlig för alla kommunala angelägenheter.

Kommunalförbundet är en offentligrättslig juridisk person som är fristående i förhållande till sina medlemskommuner eller medlemslandsting. Kommunalförbundet blir huvudman för de frågor som medlemmarna flyttar över till förbundet. De frågor som medlemmarna överlämnar till förbundet faller efter överlämnandet utanför deras egen kompetens. Förbundet har ungefär samma organisatoriska uppbyggnad som en kommun eller ett landsting.

Ett kommunalförbund kan organiseras med fullmäktige eller med direktion (3 kap. 23 § första stycket KL). I det förstnämnda fallet tillsätts både fullmäktige, styrelse och eventuellt nämnder. I kommunalförbund med direktion är direktionen både beslutande församling och verkställande organ (3 kap. 25 § första stycket KL). Valet av organisationsform styrs bl.a. av verksamhetens art, antal kommuner eller landsting, behovet av politiskt inflytande och kravet på representativitet.

Av förbundsordningen ska exempelvis framgå uppgifter om förbundets organisation, antal ledamöter och ersättare i den beslutande församlingen och förbundsmedlemmarnas representation i den beslutande församlingen (3 kap. 28 § KL). Förbundsordningen fastställs genom samstämmiga beslut i medlemmarnas fullmäktige (3 kap. 27 § KL). Ändring av förbundsordningen sker i princip på samma sätt. Det gäller t.ex. om medlemmarna vill föra över nya uppgifter till förbundet.

År 2006 fanns det totalt 94 kommunalförbund i Sverige.⁶²

Gemensam nämnd

Kommuner och landsting kan samverka i gemensam nämnd (3 kap. 3 a–3 c §§ KL). En gemensam nämnd tillsätts i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen (s.k. värdkommun) och ingår i denna kommuns eller detta landstings organisation (3 kap. 3 a § tredje stycket KL). Till skillnad från ett kommunalförbund är en gemensam nämnd inte någon egen juridisk person. Varje kommun eller landsting bibehåller sitt huvudmannaskap för de frågor som överlämnas till den gemensamma nämnden.

De samverkande kommunerna eller landstingen ska ha en överenskommelse om samverkan (3 kap. 3 c § KL). Liksom andra kommunala nämnder ska den gemensamma nämnden också ha ett reglemente. Reglementet ska antas av fullmäktige i samtliga samverkande kommuner eller landsting (6 kap. 32 § andra stycket KL).

Av reglementet ska bl.a. framgå vilka uppgifter som överläts till den gemensamma nämnden. En gemensam nämnd kan, med några få undantag, i princip samverka kring alla kommunala angelägenheter. Den gemensamma nämnden kan, liksom andra nämnder, dock inte ges uppgifter som faller inom ramen för fullmäktiges exklusiva beslutanderätt (3 kap. 10 § KL). Lag-

⁶² Tommy Rosén och Staffan Wikell, *Kommunalförbund och gemensamma nämnder*, 2007, s. 4.

stiftningen hindrar emellertid inte att obligatoriska uppgifter som innefattar myndighetsutövning förs över till den gemensamma nämnden. En och samma gemensamma nämnd kan samverka kring flera olika uppgifter.

En gemensam nämnd ska i princip kunna tilldelas uppgifter i samma omfattning som en inomkommunal nämnd. Uppgifterna som överlämnas måste dock vara gemensamma⁶³ för de samverkande kommunerna eller landstingen.

Ledamöterna och ersättarna i den gemensamma nämnden väljs av fullmäktige i de samverkande kommunerna eller landstingen. Var och en av de samverkande kommunerna eller landstingen ska vara representerade med minst en ledamot och en ersättare (6 kap. 9 § tredje stycket KL). Fullmäktige i värdkommunen utser ordförande och vice ordförande. Det finns dock inget som hindrar att fullmäktige utser en nämndledamot från någon annan av de samverkande kommunerna eller landstingen till ordförande.

En gemensam nämnd får uppdra åt en anställd i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen att besluta på nämndens vägnar i ett visst ärende eller en grupp av ärenden (6 kap. 33 § andra stycket KL). Liksom för övriga kommunala nämnder finns vissa begränsningar för delegeringen, t.ex. när det gäller ärenden som rör myndighetsutövning mot enskilda, om de är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt (6 kap. 34 § KL).

År 2006 fanns det totalt 70 gemensamma nämnder i Sverige.⁶⁴

⁶³ Att uppgifterna ska vara gemensamma definieras i förarbetena som att uppgiften som lämnas till den gemensamma nämnden ska vara en kommunal angelägenhet för var och en av de samverkande kommunerna (prop. 1996/97:105 s. 41). Samverkan behöver inte gälla gemensamma uppgifter men däremot krävs att varje samverkanspart lämnar över någon uppgift inom det i lagen uppräknade området till den gemensamma nämnden.

⁶⁴ Tommy Rosén och Staffan Wikell, Kommunalförbund och gemensamma nämnder, 2007, s. 5.

5.4 Kommuners och landstings kontroll

5.4.1 Kommuners och landstings möjligheter att bedriva verksamhet i företagsform

Av 8 kap. 5 § regeringsformen (RF) följer att grunderna för kommunernas och landstingens organisation och verksamhetsformer ska bestämmas i lag. Regler om detta finns huvudsakligen i 3 kap. KL.

Kommuner och landsting har frihet att organisera sin verksamhet. De får tillsätta de nämnder som behövs för verksamheten. Ibland brukar man tala om att kommuner och landsting utför viss uppgift eller verksamhet ”i egen regi”. Detta begrepp brukar beteckna verksamhet eller uppgifter som kommunen eller landstinget utför med egna medel inom den egna interna organisationen utan att vända sig till externa juridiska personer (som kan vara offentliga eller privata).

Kommuner och landsting får även bilda företag för att driva verksamheter. Kommuner och landsting får efter beslut av fullmäktige lämna över vården av en kommunal angelägenhet, för vars handhavande särskild ordning inte föreskrivits, till ett aktiebolag, ett handelsbolag, en ekonomisk förening, en ideell förening, en stiftelse eller en enskild individ (3 kap. 16 § KL). I KL används begreppet företag som samlingsbegrepp för näringsverksamhet som bedrivs i annan form.

Regleringen i KL avser de företag som av kommunerna och landstingen används för att fullgöra en kommunal uppgift som annars hade kunnat utföras av en nämnd (prop. 1990/91:117 s. 52). Konstitutionsutskottet erinrade om att bred enighet råder om att den kommunala verksamheten i största möjliga utsträckning bör bedrivas i nämndform (bet. 1990/91:KU38 s. 14 och 44). Själva lagen ger dock inte nämndformen företräde. Kommunal verksamhet kan därför bedrivas både i nämndform och i företagsform. Undantag gäller, enligt lagen, för myndighetsutövning, som ska bedrivas av nämnd om det inte finns stöd

i lag för annat, och om det är stadgat en särskild ordning för handhavandet av de kommunala uppgifterna.

Det främsta motivet för att använda kommunala företag för kommunal verksamhet är ekonomisk effektivitet. Gemensamma företag är också en viktig form för kommunal samverkan. Det är vanligt att kommuner och landsting tillsammans bildar företag för att driva verksamheter som de behöver samverka kring, t.ex. gemensamma avfallsbolag. Rätten att fritt organisera sina verksamheter är ett grundläggande element i den kommunala självstyrelsen och var en del av reformerna i 1991 års kommunallag.

Kommunernas och landstingens kompetens avseende möjligheten att driva näringsverksamhet regleras i 2 kap. 7 § KL. Av bestämmelsen framgår att kommuner och landsting får driva näringsverksamhet, om den drivs utan vinstsyfte och om den går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget.

En grundläggande princip i bestämmelserna i 3 kap. KL angående de kommunala företagen är att den verksamhet som överlämnas till privaträttsliga organ ska falla inom den kommunala kompetensen. Det ankommer på fullmäktige att se till att de kommunalrättsliga principerna blir bindande för företaget.

Högsta domstolen har i NJA 2008 s. 120 slagit fast att 8 kap. 3 c § KL (självkostnadsprincipen) inte gäller för kommunägda aktiebolag. Det blir i stället kommunens sak att genom avtal, bolagsordningar och andra liknande styrmedel införliva självkostnadsprincipens tillämpning i ett kommunägt bolags verksamhet. Enligt KL åligger det en kommun att med hjälp av tillgängliga instrument i t.ex. ABL se till att de kommunalrättsliga principerna blir gällande för det kommunala företaget. Om en kommun vill garantera att det kommunala ändamålet och principerna ska gälla måste det anges i bolagsordning eller liknande styrdokument.

5.4.2 Kommuners och landstings kontroll över den egna förvaltningen

I 3 kap. KL finns bestämmelser som reglerar kommunernas och landstingens organisation och fördelningen av uppgifter mellan de olika kommunala organen. Det främsta kommunala organet är fullmäktige som är en direktvald beslutande politisk församling. Vid sidan av fullmäktige finns det en eller flera nämnder, som fullmäktige tillsätter och som är kommunens eller landstingets förvaltande organ. Nämnderna har, utöver vissa beslutsfunktioner, beredande och verkställande uppgifter. Av nämnderna intar styrelsen ställningen som det ledande förvaltningsorganet. Fullmäktige ska välja revisorer som har till uppgift att granska verksamheten.

Kommunallagen kan sägas bygga på en dualism mellan å ena sidan fullmäktige och å andra sidan styrelsen och övriga nämnder. Relationen mellan fullmäktige och nämnderna får dock inte uppfattas som renodlat hierarkisk, i det att fullmäktige skulle vara ett i förhållande till nämnderna överordnat och i samtliga frågor beslutande organ. Fullmäktige bär visserligen det övergripande politiska ansvaret för kommunens verksamhet och dess utveckling. Nämnderna är också i flera hänseenden beroende av fullmäktige – de är ju bl.a. skyldiga att i sin förvaltande verksamhet följa de riktlinjer och anvisningar, som fullmäktige slagit fast i anslagsbeslut och beslut om reglementen. Men när nämnderna i enlighet med gällande författningar och reglementen handlägger konkreta förvaltningsärenden agerar de i princip självständigt och på eget ansvar (Alf Bohlin, *Kommunalrättens grunder*, femte upplagan, s. 36).⁶⁵

I varje kommun och landsting finns det en beslutande församling: kommunfullmäktige i kommunerna och landstingsfullmäktige i landstingen (3 kap. 1 § KL). Fullmäktige ska tillsätta en styrelse och de övriga nämnder som behövs för att fullgöra kommunens eller landstingets uppgifter (3 kap. 2 och

⁶⁵ Frågan har även behandlats av Johan Höök, *Intern kommunal kompetensfördelning*, 2000, s. 102 ff.

3 §§ KL). Kommunfullmäktiges möjligheter att återkalla uppdraget för en förtroendevald är begränsade (4 kap. 10 och 10 a §§ KL). Fullmäktige ska också utfärda reglementen med närmare föreskrifter om nämndernas verksamhet och arbetsformer (6 kap. 32 § KL). Ett sådant reglemente är obligatoriskt för varje nämnd.

Fullmäktige beslutar i ärenden av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt för kommunen eller landstinget, främst

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

Fullmäktige beslutar också i andra frågor som anges i KL eller i andra författningar (3 kap. 9 § KL).

Fullmäktige får delegera sin beslutanderätt till en nämnd. Ärenden som anges i 3 kap. 9 § första stycket KL eller som enligt lag eller andra författningar ska avgöras av fullmäktige får dock inte delegeras till nämnderna (3 kap. 10 § KL).

Nämndens uppgifter innefattar att besluta i frågor som rör förvaltningen och i frågor som nämnden enligt lag eller andra författningar ska handha. Nämnderna beslutar också i frågor som fullmäktige har delegerat till dem (3 kap. 13 § KL). Nämnderna ska bereda fullmäktiges ärenden och ansvara för att fullmäktiges beslut verkställs (3 kap. 14 § KL). Nämnderna ska redovisa till fullmäktige hur de har fullgjort bl.a. uppdrag som fullmäktige har delegerat till dem. Fullmäktige ska besluta om omfattningen av redovisningen och formerna för den (3 kap. 15 § KL).

I 6 kap. KL finns bestämmelser som särskilt reglerar styrelsens uppgifter. Styrelsen ska leda och samordna förvaltningen av kommunens eller landstingets angelägenheter och ha uppsikt över övriga nämnders och eventuella gemensamma nämnders

verksamhet. Styrelsen ska också ha uppsikt över kommunal verksamhet som bedrivs i sådana företag som avses i 3 kap. 17 och 18 §§ KL och sådana kommunalförbund som kommunen eller landstinget är medlem i (6 kap. 1 § KL). Styrelsen ska uppmärksamt följa de frågor som kan inverka på kommunens eller landstingets utveckling och ekonomiska ställning (6 kap. 2 § KL).

Nämnderna ska var och en inom sitt område se till att verksamheten bedrivs i enlighet med de mål och riktlinjer som fullmäktige har bestämt samt de föreskrifter som gäller för verksamheten. De ska också se till att den interna kontrollen är tillräcklig samt att verksamheten bedrivs på ett i övrigt tillfredsställande sätt. Detsamma gäller när vården av en kommunal angelägenhet med stöd av 3 kap. 16 § har lämnats över till t.ex. ett bolag (6 kap. 7 § KL).

5.4.3 Kommuners och landstings kontroll över sina företag

Regleringen av kommunala företag i KL är inriktad på att ge kommuner och landsting möjlighet att kontrollera företagen.

Kommuner och landsting får efter beslut av fullmäktige lämna över vården av en kommunal angelägenhet, för vars handhavande särskild ordning inte föreskrivits, till ett aktiebolag, ett handelsbolag, en ekonomisk förening, en ideell förening, en stiftelse eller en enskild individ. Om angelägenheten innefattar myndighetsutövning får den överlämnas endast om det finns stöd för det i lag (3 kap. 16 § KL).

Kommunalrättsliga regler gäller i princip inte för kommunala företag. Kommunallagen gäller dock när kommunen bildar eller hanterar företaget. Kommunen har som ägare olika styrmedel till sitt förfogande och kan genom dessa kräva att exempelvis kommunalarättsliga regler efterlevs. För t.ex. de kommunala aktiebolagen gäller ABL och kommunen får i fråga om dessa som aktieägare använda sig av olika aktiebolagsrättsliga instrument.

Kommunen kan exempelvis vid bolagsbildning lägga fast direktiv för bolagets verksamhet i bolagsordningen.

I lagen uppställs villkor i fråga om kommunala aktiebolag och stiftelser som kommunen bildat ensam (3 kap. 17 § KL). Reglerna är även tillämpliga när det finns fler delägare men där övriga delägare är kommuner och landsting.⁶⁶ Enligt dessa bestämmelser ska fullmäktige fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten (3 kap. 17 § första stycket 1 KL). Syftet är att minimera risken för kompetensöverskridanden. Därutöver ska enligt ABL föremålet för bolagets verksamhet anges i bolagsordningen. För att tillgodose intentionerna i KL och förhindra kompetensöverskridanden bör ändamålet preciseras så att det blir klart att de grundsatser som gäller för kommunal verksamhet – t.ex. likställighetsprincipen, självkostnadsprincipen och den omständigheten att verksamheten inte ska drivas i vinstsyfte – skrivs in. På så sätt ska fullmäktige precisera syftet med bolagets verksamhet och ange vad bolaget ska ägna sig åt. En jämförelse kan göras med den precisering av en nämnds uppgifter som görs i det obligatoriska reglementet för varje nämnd. Kommunen kan också genom av bolagsstämman beslutade ägardirektiv utveckla hur ändamålet med bolagets verksamhet ska uppnås.

Fullmäktige ska vidare utse samtliga styrelseledamöter i bolaget (3 kap. 17 § första stycket 2 KL). Även här kan en jämförelse göras med att fullmäktige väljer ledamöter i nämnderna. Fullmäktige ska numera också utse minst en lekmannarevisor i bolaget (3 kap. 17 § andra stycket KL). En koppling finns till granskningen av verksamheten i nämnderna såtillvida att till lekmannarevisor ska väljas någon av de revisorer som valts för att granska nämndernas verksamhet (3 kap. 17 § fjärde stycket KL).

Fullmäktige ska också se till att den får ta ställning innan sådana beslut fattas i företaget som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt (3 kap. 17 § första stycket 3 KL). Även

⁶⁶ Sveriges Kommuner och Landsting, Kommunallagen – Kommentarer och praxis, s. 167.

i detta fall kan en jämförelse göras med verksamhet som nämnderna driver. En nämnd ska föra upp principiella ärenden eller frågor av större vikt till fullmäktige för att där avgöras med stöd av 3 kap. 9 § KL. Som exempel på viktiga ärenden som en nämnd ska föra till fullmäktige och som fullmäktige ska ta ställning till i fråga om företags verksamhet kan nämnas försäljning av en fastighet över en viss beloppsgräns eller förändring av olika taxor.

Kommun- eller landstingsstyrelsen har i sin samordnande och ledande roll samma uppsiktsplikt över företagen som över övriga nämnder (6 kap. 1 § andra stycket KL). Företagen kan genom särskilda ägardirektiv åläggas att lämna de uppgifter som styrelsen anser sig behöva. Ett av kommunen utsett ombud tillvaratar kommunens intressen vid bl.a. bolagsstämmor. Ombudets uppdrag preciseras efter beslut i fullmäktige eller styrelsen, beroende på frågans vikt.

I 3 kap. 16 § sista stycket KL erinras om bestämmelserna i 2 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) angående allmänhetens rätt att ta del av allmänna handlingar. Av detta lagrum framgår att offentlighetsprincipen även gäller i företag som kommuner och landsting har ett rättsligt bestämmande inflytande över. I princip gäller således samma regler oavsett om verksamheten bedrivs i nämnd- eller företagsform.

5.5 Statens kontroll

EG-domstolens rättspraxis begränsar sig inte endast till kommunalägda företag utan omfattar även företag som ägs av staten (jfr t.ex. mål C-295/05, *Asemfo*). Den svenska staten har ett antal bolag som finansieras helt eller delvis via anslag och där relationen mellan staten och bolaget kan aktualisera frågan om det föreligger ett upphandlingsrättsligt kontrakt.

5.5.1 Statens kontroll över den egna förvaltningen

Av 1 kap. 6 § RF framgår att regeringen styr riket och är ansvarig inför riksdagen. I 1 kap. 8 § RF anges att det för den offentliga förvaltningen finns statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter. Enligt 11 kap. 6 § RF lyder Justitiekanslern, Riksåklagaren, de centrala ämbetsverken och länsstyrelserna under regeringen. Annan statlig förvaltning lyder under regeringen, om myndigheten inte lyder under riksdagen enligt regeringsformen eller annan lag. Enligt samma lagrum kan förvaltningsuppgifter överlämnas till bolag, förening, samsällighet, stiftelse, registrerat trossamfund eller någon av dessa organisatoriska delar eller till enskild individ. Innefattar uppgiften myndighetsutövning ska det ske med stöd av lag.

Innebörden av detta är att de statliga förvaltningsmyndigheterna under regeringen har att förverkliga regeringens politik. Myndigheterna har en lydnadsplikt gentemot regeringen, men inte gentemot riksdagen, medborgarna eller ett enskilt statsråd. Det är regeringen som lämnar uppdraget till förvaltningen.

Enligt 11 kap. 7 § RF får ingen myndighet, inte heller riksdagen eller kommuns beslutande organ, bestämma hur förvaltningsmyndigheten i enskilda fall ska besluta i ärenden rörande myndighetsutövning mot enskilda eller mot kommun eller som rör tillämpningen av lag.

Hur mycket en regering vill styra en enskild myndighet varierar mellan en regering till en annan, från myndighet till myndighet, från verksamhet till verksamhet och från tid till en annan.⁶⁷ Det är därför inte enkelt att ge en entydig bild av hur staten styr sin förvaltning.

Styrningen kan riktas mot processer, prestation och samhälleliga effekter. Regeringen har ett antal styrmedel till sitt förfogande för att påverka myndigheten att handla på ett visst sätt. Det kan handla om tvingande krav i form av påbud eller förbud men det kan också vara fråga om att ekonomiska resurser

⁶⁷ SOU 2007:75 s. 46.

tilldelas på grundval av vissa prestationer. En förutsättning för styrning är att den förmedlas till myndigheten genom t.ex. lagar, förordningar, regleringsbrev, andra regeringsbeslut och informella kontakter.⁶⁸

När man diskuterar statens styrning av förvaltningen brukar man göra skillnad på formell och informell styrning. Formell styrning bedrivs på flera sätt. Förvaltningen påverkas av innehållet i de lagar som gäller för alla myndigheter, t.ex. förvaltningslagen (1986:223). Formell styrning kan också ske i form av regeringsbeslut som gäller för en eller några få myndigheter såsom regleringsbrev eller instruktioner. Genom instruktionen fastställs de grundläggande institutionella förhållandena, exempelvis myndighetens ledningsform. Genom regleringsbrev meddelar regeringen sedan myndighetens ekonomiska förutsättningar. Regeringens utnämningar av i första hand myndighetschefer och i vissa fall andra befattningshavare samt styrelserna, fungerar som en del av den direkta myndighetsstyrningen.

Med den informella styrningen avses kontakter mellan regeringen och dess myndigheter. Ett centralt inslag i denna form av styrning är mål- och resultatdialogen mellan den politiska ledningen och myndighetsledningarna.

5.5.2 Statens kontroll över sina bolag

Regeringen utser styrelseledamöter och revisorer i de statligt ägda bolagen. Regeringen har även i vissa bolag tjänstemän, anställda i Regeringskansliet, som styrelseledamöter. Denna styrelsemedverkan innebär bl.a. att statens krav på insyn i verksamheten och möjligheten till aktiv förvaltning tillgodoses. Statens ägarstyrning över bolagen utövas främst genom aktivt styrelsearbete, dialog med styrelseordförande och deltagande på bolagsstämma. Uppföljning och utvärdering av företagen sker bl.a. genom ekonomiska analyser, branschanalyser och olika

⁶⁸ SOU 2007:75 s. 55.

typer av rapporter från företagen. Regeringen redogör för förvaltningen av företag med statligt ägande i sin årliga skrivelse till riksdagen. Skrivelsen består huvudsakligen av verksamhetsberättelsen för företag med statligt ägande.

Någon motsvarande bestämmelse om allmänhetens rätt att ta del av allmänna handlingar hos vissa kommunala företag enligt 2 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen finns inte avseende statliga företag.

För företag som uppnår viss omsättning per år och som mottar medel eller andra förmåner från det allmänna, gäller dock särskilda regler för redovisning av finansiella förbindelser. En öppen redovisning ska gälla för vilka medel som tillförts och hur de används. Krav på särredovisning finns också för verksamhet som bedrivs av bland annat monopolföretag och företag i särställning, när dessa även bedriver konkurrensutsatt verksamhet. Regler om detta finns i lagen (2005:590) om insyn i vissa finansiella förbindelser m.m. Ett exempel på särredovisning är bolaget SOS Alarm som anslagsfinansieras för nödnummerverksamheten 112. De lämnar varje år en utförlig verksamhetsrapport till Försvarsdepartementet.

6 Kontroll- och verksamhetskriterierna i finsk rätt

Vid en internationell jämförelse kan konstateras att vissa länder har infört kontroll- och verksamhetskriterierna i den nationella lagstiftningen. Så är fallet i t.ex. Frankrike, Italien, Spanien och Österrike. I andra länder, t.ex. Danmark, Nederländerna, Norge och Belgien har bedömningen gjorts att någon särskild nationell lagstiftning inte behövs för att kriterierna ska kunna tillämpas.

Frågan om kontroll- och verksamhetskriterier har också aktualiserats i finsk rätt. Finska kommuner samverkar i stor utsträckning i samkommuner, vilket närmast motsvarar svenska kommunalförbund. Finska kommuner har också möjlighet att äga kommunala företag. I den finska lagen om offentlig upphandling (2007/348) anges i 10 § följande.

”Denna lag tillämpas inte på upphandling som den upphandlande enheten företar hos sådana enheter som är formellt fristående från den och självständiga med tanke på beslutsfattandet, om den upphandlande enheten ensam eller tillsammans med andra upphandlande enheter övervakar enheten på samma sätt som den övervakar egna verksamhetsställen och om enheten bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med de upphandlande enheter som utövar ett bestämmande inflytande över den.”

I den finska regeringens proposition med förslag till lag om offentlig upphandling och lag om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster (RP 50/2006) redogörs för EG-domstolens rättspraxis om Teckal-kriteriernas

tillämpning. Det konstateras att EG-rätten på området är under utveckling och att det därför kan bli nödvändigt att justera den nationella lagstiftningen när praxis utvecklas.

I propositionen konstateras att kommunerna är självständiga juridiska personer, vilkas organisation består av enheter som lyder under de organ som utövar kommunens beslutanderätt. Kommunernas interna uppdrag hos avdelningar, affärsverk och andra enheter som hör till deras organisation ska enligt propositionen i allmänhet inte betraktas som sådana upphandlingskontrakt som avses i lagförslaget och de ska därmed inte omfattas av konkurrensutsättningsskyldigheten. Däremot är kommunernas bolag formellt fristående från sina ägare. Prövningen av deras ställning som anknutna enheter ska därmed göras på basis av de villkor som gäller kontrollbehörigheten och verksamhetens inriktning. Om villkoren uppfylls ska bedömas från fall till fall.

Det finska Handels- och industriministeriet begärde hos kommissionen på huvudstadsregionens kommuners initiativ ett utlåtande om olika alternativ till samarbetsformer mellan kommunerna med tanke på regleringen av den offentliga upphandlingen. Kommissionen konstaterade i sitt utlåtande (MARKT C 3/JK/mm d [2005] 16206) bl.a. följande.

”Ifall tjänsterna upphandlas på marknaden, lämpar sig EG:s upphandlingsdirektiv för de kontrakt som de upphandlande myndigheterna har ingått mot ekonomisk ersättning oberoende av om ett upphandlingskontrakt ingås med ett privat företag eller med en annan upphandlande myndighet. Samma princip har också fastställts i EG-domstolens rättspraxis, som gäller de upphandlande enheternas skyldighet att iaktta tillräcklig öppenhet också i kontrakt som inte hör till upphandlingsdirektivens tillämpningsområde eller som endast delvis hör till det. Därför omfattas upphandling mellan kommuner i princip av skyldigheten att ordna ett öppet anbudsförfarande. Denna skyldighet skall därför sättas i kraft i den nationella lagstiftningen. I samband med detta är det dock skäl att konstatera att kommunerna kan agera tillsammans när de upphandlar tjänster på marknaden t.ex. genom att grunda en myndighet för gemensam upphandling eller genom att ordna ett

gemensamt upphandlingsförfarande. Å andra sidan lämpar sig upphandlingsbestämmelserna inte för en sådan situation där kommunerna beslutar omorganisera sina verksamheter och överföra behörigheten att producera en viss tjänst till en separat juridisk person, såsom en samkommun, som har grundats för detta ändamål. I detta fall är det inte fråga om att upphandla tjänster på marknaden.”

I propositionen anges att bildandet av en samkommun i gemenskapsrätten har ansetts vara en administrativ omorganisering där samkommunen befullmäktigas att utöva makt å kommunens vägnar på basis av en befogenhetsöverföring. Vidare anges att det, enligt Europeiska gemenskapernas kommissions tolkning, åtminstone i fråga om samkommunernas lagstadgade uppgifter inte är fråga om att överföra kommunens verksamhet utanför kommunen. Situationen ger däremot, enligt propositionen, rum för tolkning i fråga om idkande av sådan verksamhet som står utanför den maktöverföring som gjorts till samkommunen.

7 Överväganden och förslag

7.1 Behov av en temporär lösning

Promemorians bedömning: Det finns på kort sikt behov av en reglering som innebär att statens, kommuners och landstings anskaffning från egna företag (in-house) under vissa förutsättningar inte behöver upphandlas enligt lagen om offentlig upphandling. Motsvarande behov finns inte såvitt gäller sådana upphandlingar som regleras i lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

En särskild utredning bör tillsättas för att undersöka förutsättningarna för om, och i så fall på vilka områden, en sådan bestämmelse bör införas i ett längre perspektiv. Utredningen bör även analysera om en sådan bestämmelse, av bl.a. konkurrensskäl, bör ha vissa avgränsningar. Den nu aktuella regleringen bör utgöra en temporär lösning fram till dess att resultatet av denna utredning har presenterats.

Skälen för promemorians bedömning: EG-domstolen har genom sin praxis slagit fast en möjlighet till tillämpning av upphandlingsdirektiven som innebär att ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor inte omfattas av direktiven när den upphandlande myndigheten anskaffar varor och tjänster från en enhet som i formellt hänseende är fristående från myndigheten. Detta gäller dock endast om de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda. I sådana fall föreligger inte något kontrakt i upp-

handlingsdirektivens mening och direktiven är därför inte tillämpliga. Som framgått av tidigare avsnitt (4.1 och 4.2) lades i domen i mål C-107/98 (*Teckal*) för första gången grunden för en sådan tillämpning av direktiven. För att dessa kriterier ska vara uppfyllda krävs, för det första, att den upphandlande enheten utövar en kontroll över den fristående enheten som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet) och, för det andra, att den fristående enheten utför huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den (verksamhetskriteriet).

Genom Regeringsrättens avgörande i SYSAV-målet (RÅ 2008 ref. 26) står det klart att EG-domstolens praxis i form av de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna inte är möjlig att tillämpa såvida det inte införs en uttrycklig bestämmelse om detta i svensk lagstiftning. Stat, kommuner och landsting är enligt gällande rätt således skyldiga att genomföra upphandling i enlighet med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) när de anskaffar varor och tjänster från t.ex. bolag som de äger själva eller som de äger tillsammans med andra kommuner, landsting eller statliga myndigheter.

Regeringsrättens avgörande ställer krav på en mycket snabb och i vissa fall även potentiellt kostsam omställning i den offentliga sektorn. Avgörandet medför att stat, kommuner och landsting är tvungna att antingen genomföra upphandling i enlighet med LOU eller att avbolagisera sin verksamhet.

En betydande del av den kommunala verksamheten har organiserats i bolagsform, något som även förekommer i den statliga sektorn. I stort sett alla kommuner och landsting har någon verksamhet i bolagsform. Totalt finns 1 622 aktiva hel- eller delägda företag med kommunalt ägande. Mycket stora värden finns i dag i den kommunala bolagssektorn. Verksamheten i dessa företag omsätter drygt 145 mdkr 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 bostadsföretag och många

har det kompletterande ägandet av fastigheter i ett annat aktiebolag. På avfallsområdet finns både helägda aktiebolag och bolag som samägs av flera kommuner. Företag finns också i flera andra sektorer, t.ex. drivs flera stora sjukhus, bl.a. Danderyds sjukhus, i bolagsform.

Att avbolagisera en verksamhet medför normalt kostnader för stat, kommuner och landsting. Kostnaderna kan t.ex. bestå i kostnader för det administrativa arbetet. I avsnitt 9.1.1 ges ett exempel på vilka kostnader som skulle kunna aktualiseras enbart för Stockholms läns landsting. Skattekonsekvenserna av att avbolagisera en verksamhet och återföra den till kommunal förvaltningsform är också i normala fall betydande.

Upphandling är ett viktigt verktyg för att säkerställa fri rörlighet för varor och tjänster. Varje år köper staten, kommuner och landsting varor och tjänster för omkring 450–535 mdkr, vilket motsvarar cirka 16–19 procent av Sveriges BNP.

En utgångspunkt är att upphandlingen ska vara effektiv och rättssäker och ha till syfte att tillvarata konkurrensen på marknaden så att skattemedlen används på bästa sätt till nytta för medborgarna, för den offentliga sektorn och för näringslivet. Rätt genomförd leder konkurrensutsättningen i upphandlingen till högre kvalitet och lägre kostnader för det allmänna och för konsumenterna. Upphandlingslagstiftningen syftar även till att förhindra korruption genom att upphandlande myndigheter tar ovidkommande hänsyn vid anskaffning av varor och tjänster. Fördelarna av upphandling och den konkurrensutsättning upphandling innebär måste dock stå i proportion till andra värden. Kommunallagen (1991:900), KL, 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 det kommunala självstyret. Avgörandet i SYSAV-målet innebär att den kommunala organisationsfriheten kraftigt begränsas. Avgörandet får även konsekvenser för statens möjligheter att organisera sin verksamhet.

Även om värdet av statens, och särskilt kommuners och landstings, möjligheter att fritt organisera sin verksamhet för att kunna uppnå en ändamålsenlig och effektiv förvaltning väger tungt, är det inte givet att bl.a. statliga och kommunala bolag ska undantas från kravet på att konkurrensutsättas. Det är angeläget att ta tillvara 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. Frågan om en eventuell permanent reglering bör införas måste därför utredas mer ingående.

Med hänsyn till de stora ekonomiska konsekvenser som sannolikt skulle drabba framför allt kommuner och landsting fram till dess att en sådan utredning har presenterat ett förslag eller en eventuell bestämmelse har införts, är det angeläget att nu vidta åtgärder för att en övergång till en eventuell permanent bestämmelse inte ska leda till onödiga och kostsamma omställningar i statens, kommuners och landstings bolagsinnehav. Särskilt angeläget blir detta med hänsyn till att de bestämmelser som syftar till att genomföra ändringsdirektivets bestämmelser om rättsmedel, enligt förslag i en departementspromemoria, föreslås träda i kraft den 1 juni 2010 (Ds 2009:30). Dessa bestämmelser kommer enligt förslaget att vara tillämpliga på upphandlingar som påbörjats efter ikraftträdandet och innebär bl.a. att en marknadsskadeavgift kan påföras en upphandlande myndighet som genomför en otillåten direktupphandling. Syftet med promemorians förslag är således att förebygga eventuellt onödiga kostnader eller omställningar i avvaktan på en mer permanent lösning. Även om en permanent reglering inte skulle komma att införas är det rimligt att stat, kommuner och landsting, som i sådana fall kan behöva avbolagisera verksamhet, ges tid och förutsättningar för att klara denna omställning på ett bra och effektivt sätt.

Med hänsyn till att frågan måste hanteras skyndsamt är det därför, i avvaktan på slutsatser från en mer omfattande utredning, nödvändigt med en tillfällig lösning. På kort sikt bör det således införas en bestämmelse motsvarande kontroll- och verk-

samhetskriterierna i upphandlingslagstiftningen. I det längre perspektivet bör det dock, med hänsyn bl.a. till de potentiellt negativa effekterna för konkurrensen och konsumenterna som en utebliven upphandling i förlängningen kan ge upphov till, tillsättas en utredning för att närmare undersöka förutsättningarna för om, och i så fall på vilka områden, en mer varaktig reglering bör införas i LOU. Uppdraget bör omfatta en analys av vilka ekonomiska och organisatoriska konsekvenser ett krav på upphandling skulle medföra samt vilka effekter detta medför på konkurrensen och på små och medelstora företag. I de förslag som lämnas bör särskilt behovet av en väl fungerade konkurrens och den kommunala nivåns behov av organisatorisk frihet beaktas. En sådan utredning bör även analysera om bestämmelsen av bl.a. konkurrenshänsyn bör avgränsas i något avseende.

SYSÄV-domen gäller kontrakt som tilldelas inom den klassiska sektorn, dvs. kontrakt som omfattas av LOU. För försörjningssektorerna finns bestämmelser i 1 kap. 15–17 §§ lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) som medger undantag bl.a. för kontrakt som en upphandlande enhet tilldelar ett till enheten anknutet företag. Vidare finns bestämmelser om undantag för kontrakt som tilldelas av ett s.k. samriskföretag. Ett samriskföretag är bildat uteslutande av upphandlande enheter som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna. Undantaget gäller kontrakt som ett samriskföretag tilldelar ett till en av de upphandlande enheterna anknutet företag. Bestämmelserna gäller under förutsättning att de byggtreprenader, varor och tjänster som levereras till den upphandlande enheten eller samriskföretaget motsvarar minst 80 procent av det anknutna företagets genomsnittliga omsättning av byggtreprenader, varor respektive tjänster under de föregående tre åren. Utöver dessa bestämmelser medger 1 kap. 17 § LUF undantag under vissa förutsättningar för kontrakt mellan upphandlande enhet och samriskföretag bildat uteslutande av upphandlande enheter för att bedriva verksamhet inom försörjningssektorerna.

Med hänsyn till att LUF innehåller bestämmelser som under angivna omständigheter medger undantag för kontrakt som tilldelas ett anknutet företag, som i stort täcker den situation som avses med förslaget i denna promemoria, görs bedömningen att något omedelbart behov inte föreligger i LUF för den föreslagna regeln. Förslaget gäller därför endast LOU. Den ovan nämnda utredningen som bör få i uppgift att undersöka om, och i så fall på vilka områden, en permanent bestämmelse bör införas i svensk lagstiftning bör också överväga om det finns skäl att införa en motsvarande bestämmelse i LUF.

Det bör redan här understrykas att en bestämmelse i LOU motsvarande kontroll- och verksamhetskriterierna inte innebär någon automatisk befrielse från upphandlingsskyldighet. Frågan om kriterierna kan anses vara uppfyllda måste prövas i varje enskilt fall av den upphandlande myndigheten. Eftersom kriterierna ställer stora krav på den upphandlande myndighetens kontroll över den fristående juridiska personen och att verksamheten i huvudsak bedrivs tillsammans med ägaren, kommer detta sannolikt att medföra att bl.a. många bolag inte kommer att omfattas av en sådan bestämmelse. I sådana fall kommer de upphandlande myndigheterna tvingas att antingen avbolagisera verksamheten, förändra bolagets organisation och inriktning, eller upphandla enligt bestämmelserna i LOU.

7.2 Kontrollkriteriet och svenska aktiebolag och föreningar

Promemorians bedömning: Den svenska aktiebolagsrätten bör inte utesluta att ett villkor motsvarande kontrollkriteriet kan uppfyllas. Kriteriet bör därför kunna uppfyllas i fråga om svenska aktiebolag. Inte heller bör regleringen avseende ekonomiska föreningar utesluta att kontrollkriteriet kan uppfyllas. Någon avvikande bedömning torde inte kunna göras i fråga om ideella föreningar.

Skälen för promemorians bedömning: Det har i den juridiska diskussionen resonerats kring frågan om den nationella aktiebolagsrätten utesluter att den upphandlande myndigheten kan utöva en kontroll över bolaget som motsvarar den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet). Detta är en fråga som är avgörande för om kontrollkriteriet överhuvudtaget bör införas i svensk rätt.

Professor Lars Pehrson har i ett rättsutlåtande den 3 juni 2005 till Kammarrätten i Göteborg i SYSAV-målet, angående om och i vilken mån kommunalägda aktiebolag är självständiga i förhållande till ägaren eller ägarna, gjort bedömningen att ett aktiebolag alltid är självständigt i förhållande till sin ägare, oavsett vem som äger bolaget. Pehrson anger vidare att frågan om hur självständigt ett bolag är i förhållande till sin eller sina ägare naturligtvis bl.a. beror på hur många ägare bolaget har. När ett aktiebolag ägs av två eller flera kommuner är det enligt hans uppfattning, på grund av vissa principer och bestämmelser i aktiebolagslagen (2005:551), ABL, uppenbart att bolaget måste anses självständigt i förhållande till ägarna.

Efter att detta yttrande skrevs har dock ytterligare mål avgjorts av EG-domstolen. Domstolen har bl.a. slagit fast att den kontroll som den upphandlande myndigheten utövar över den fristående enheten ska motsvara den kontroll som den utövar över egen förvaltning men att den inte i alla aspekter behöver vara identisk med denna. Domstolen har även uttalat att det inte är nödvändigt att kontrollen är individuell, utan att den kan utövas gemensamt av flera offentliga myndigheter. Vidare har EG-domstolen inte i något av fallen underkänt en in-house-situation med hänvisning till att den nationella aktiebolagslagstiftningen eller motsvarande i sig hindrar en kontroll över verksamheten motsvarande den man har över egen förvaltning. EG-domstolen har i sin praxis behandlat olika former av juridiska personer. I mål C-107/98 (*Teckal*) var det fråga om ett "särskilt företag" (som anges vara en "inrättning inom en lokal enhet som är en juridisk person och ett självständigt företag med

sina egna av kommunstyrelsen eller provinsstyrelsen godkända stadgar”). Även i mål C-458/03 (*Parking Brixen*) var det fråga om ett s.k. ”särskilt företag”. I mål C-349/97 (*Tragsa*) rörde det sig om ett spanskt statligt aktiebolag. Målen C-231/03 (*Coname*), C-340/04 (*Carbotermo*), C-410/04 (*ANAV*) och C-371/05 (*Mantua*) rörde aktiebolag i italiensk rätt (SpA). Mål C-26/03 (*Stadt Halle*) handlade om ett tyskt aktiebolag (GmbH) och mål C-29/04 (*Mödling*) ett österrikiskt aktiebolag (GmbH). I mål C-324/07 (*Coditel*) var det fråga om en belgisk kooperation.

I sitt förslag till avgörande i mål C-340/04 (*Carbotermo*) uttalade generaladvokat Stix-Hackl följande.

”Enligt min mening är det inte tillräckligt att göra en abstrakt prövning angående möjligheterna enligt civillagen för aktieägarna att utöva inflytande på aktiebolaget och bolagets möjlighet att utöva inflytande på sitt dotterbolag. Avgörande är som jag redan har berört den konkreta utformningen av förhållandet mellan moderbolaget och dotterbolaget respektive mellan moderbolaget och dotterbolaget. Aktiebolagets juridiska form, exempelvis den enligt italiensk rätt, är således inte en nackdel i sig. Detta framgår av domen i målet *Parking Brixen*, där det också var fråga om ett aktiebolag enligt italiensk rätt. Endast det faktum att domstolen inte ansåg att den omständigheten utgör tillräckligt stöd för att anse att bolaget var självständigt, och att det därför inte förelåg någon kontrollsituation, ger vid handen att den juridiska form som ett italienskt aktiebolag utgör, inte i sig utesluter möjligheten att kontrollen kan anses vara tillräcklig.”⁶⁹

För att kunna avgöra kontrollkriteriets innebörd i svensk rätt för kommunala aktiebolags vidkommande har det i den juridiska litteraturen gjorts gällande att två jämförelser bör göras, dels en mellan svensk aktiebolagsrätt och nationell aktiebolagsrätt i de länder som förekommer i EG-domstolens praxis, dels en mellan styrnings- och kontrollmöjligheterna i kommunala bolag och kommunala förvaltningar (se Daniel Stattin, *Kommunal aktiebolagsrätt*, andra upplagan, Uppsala universitet, 2007). Stattin

⁶⁹ Förslag till avgörande av generaladvokat Stix-Hackl föredraget den 12 januari 2006 i mål C-340/04 (*Carbotermo*), punkterna 59 och 60.

har vad gäller jämförelsen mellan svensk aktiebolagsrätt och nationell aktiebolagsrätt i andra länder jämfört den svenska med den italienska.

”Av de citerade utdragen ur de italienska bolagens bolagsordningar förefaller det som om bolagsstyrelsens kompetens är obegränsad. Det torde innebära att det saknas effektiva möjligheter för aktieägaren att genom direktiv påverka bolaget. Det är också att anmärka att de bolag som var föremål för prövning i avgörandena inför EG-domstolen var publika bolag [...]. I den vid bolagsbildningarna rådande italienska aktiebolagsrätten stod bolagsorganen i ett italienskt publikt bolag i ett så kallat paritetsförhållande till varandra. Det innebär att bolagsorganen har en strikt funktionsindelning och att aktieägarna inte har laglig rätt att påverka bolagsstyrelsen i andra fall än när det uttryckligen är tillåtet. I de bolag som var föremål för prövning inskränkte sig alltså kommunernas påverkansmöjligheter till att fatta beslut om bolagsordning och utse styrelseledamöter. När EG-domstolen citerar nationella italienska domstolarna som uttalar att verksamhetsformen ’aktiebolag’ och dess karaktär tyder på att kontroll inte kan uppnås, skall det alltså läsas som ’publika aktiebolag där bolagsorganen har i lag uppdelade funktioner’.”

Enligt Stattin är slutsatsen av det sagda att det i svensk rätt finns betydligt bättre möjligheter att kontrollera ett aktiebolags verksamhet än i italiensk aktiebolagsrätt eftersom bolagsorganen, enligt svensk rätt, står i hierarkiskt förhållande till varandra.⁷⁰

Som framgår av redovisningen i avsnitt 5.1 innebär den aktiebolagsrättsliga regleringen att aktiebolagen har en hierarkisk struktur där ägaren har en stark ställning och relativt stora möjligheter att utöva formell styrning av bolaget. Ägarens styrning sker genom t.ex. bolagsordning och olika bolagsstämmbeslut såsom aktieägardirektiv. Bolaget och dess företrädare är i princip bundna av bolagsordningen och direktiv från bolagsstämman. Med hänsyn till hur den svenska aktiebolagsrätten är utformad är bedömningen att den aktiebolagsrättsliga regleringen i sig inte bör utesluta att kontrollkriteriet

⁷⁰ Daniel Stattin, Kommunal aktiebolagsrätt, andra upplagan, Uppsala universitet, 2007, s. 87 f.

kan uppfyllas i fråga om aktiebolag. Det är i stället 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 här måste göras en samlad bedömning av samtliga omständigheter. Det kan även nämnas att vissa länder som har snarlika aktiebolagsrättsliga system som Sverige tillämpar kontroll- och verksamhetskriterierna, t.ex. Finland (se kapitel 6) och Danmark.

Vad gäller ekonomiska föreningar är lagen (1987:667) om ekonomiska föreningar (LEF) uppbyggd med ABL som förebild och det finns många likheter mellan de olika associationsformerna. Både aktiebolag och ekonomiska föreningars grundläggande struktur är hierarkisk där stämman, i vilken ägarnas eller medlemmarnas beslutanderätt utövas, utgör det främsta organet. Det finns inget i LEF som hindrar medlemmarna från att utöva ett starkt inflytande över föreningens verksamhet. Regleringen av ekonomiska föreningar bör därför inte i sig hindra att kontrollkriteriet kan uppfyllas. Bedömningen torde inte avvika i fråga om ideella föreningar.

Det bör noteras att det finns ett krav på att en ekonomisk förening måste ha minst tre medlemmar. Det finns dock inget som hindrar att exempelvis tre kommuner går samman och bildar en ekonomisk förening, varvid kontrollkriteriet bör kunna uppfyllas. Enligt EG-domstolens praxis är en majoritetsstyrd kontroll dessutom tillräcklig för att kriteriet ska kunna uppfyllas. Det räcker således att två av medlemmarna agerar samfällt.

Verksamhetskriteriet är inte på samma sätt som kontrollkriteriet beroende av hur nationell rätt är utformad. Någon motsvarande bedömning av nationell rätt i förhållande till detta kriterium behöver därför inte göras.

7.3 Reglerna om statsstöd

Promemorians bedömning: Det förhållandet att kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda utesluter inte att det kan vara fråga om otillåtet statsstöd. Statsstödsreglerna måste därför beaktas även om kriterierna är tillämpliga.

Bakgrund: Reglerna om statligt stöd är en del av EG-rättens konkurrensregler. Den grundläggande statsstödsbestämmelsen finns i artikel 87.1 EG-fördraget som stadgar att statligt stöd som snedvrider konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, är oförenlig med den gemensamma marknaden om det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

Stöd som kommer från offentliga medel, bl.a. stat, kommuner, landsting, offentligt ägda bolag eller stiftelser, eller privata bolag som hanterar offentliga medel, omfattas av begreppet. Med offentligt stöd räknas alla insatser av ekonomisk art som innebär fördelar för enskilda företag eller branscher. Stödet ska på något sätt gynna eller ge en ekonomisk fördel för ett företag, dvs. ett organ som bedriver någon form av ekonomisk aktivitet. Med begreppet ekonomisk aktivitet avses köp och försäljning av varor eller tjänster på en marknad. Detta innebär att även icke-vinstdrivande företag eller ideella föreningar omfattas av statsstödsreglerna om de bedriver någon form av ekonomisk aktivitet, där det finns kommersiella konkurrenter. Både offentlig och privat sektor är att anse som företag när de utövar ekonomisk aktivitet.

Kravet på att stödet ska snedvrیدا eller hota att snedvrیدا konkurrensen innebär att det potentiellt eller faktiskt ska stärka stödmottagaren i förhållande till konkurrenterna. Enligt rättspraxis är nästan allt selektivt stöd konkurrensnedvidande, oavsett omfattning eller stödmottagarens marknadsandelar.⁷¹

⁷¹ Se t.ex. EG-domstolens dom av den 19 september 2000 i mål C-156/98, Förbundsrepubliken Tyskland mot Europeiska kommissionen, REG 2000 s. I-06857, punkt 30.

Stödet ska vidare påverka handeln mellan medlemsstaterna. Enligt rättspraxis kan mycket små stödbelopp påverka handeln.⁷²

Grundprincipen är att allt stöd är otillåtet, men fördraget anger ett antal undantag från denna förbudsprincip. I fördraget anges ett antal stödåtgärder som är eller kan vara tillåtna. I artikel 87.2 och 87.3 anges ett antal situationer där stöd är tillåtet eller kan anses tillåtet.

Många tjänster som stat, kommuner och landsting tillhandahåller sina medborgare är s.k. allmännyttiga tjänster. I EG-rätten används begreppet ”tjänster av allmänt ekonomiskt intresse” (artikel 16 och 86.2). Statsstödsreglerna omfattar även tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. I artikel 86.2 i EG-fördraget anges dock följande.

”Företag som anförtrots att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol skall vara underkastade reglerna i detta fördrag, särskilt konkurrensreglerna [inklusive statsstödsreglerna], i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse.”

När ersättning från staten utgör ”nödvändig” ersättning för en allmännyttig tjänst omfattas ersättningen inte av statsstödsreglerna. Kommissionen har antagit regler och riktlinjer för hur medlemsländerna får finansiera tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Genom beslut 2005/842/EG – om tillämpningen av artikel 86.2 i EG-fördraget på statligt stöd i form av ersättning för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse – har kommissionen fastställt närmare villkor för sådan ersättning som inte behöver förhandsanmälas (notifieras) till kommissionen. Kommissionens regler kompletterar de kriterier som EG-domstolen slagit fast för att bedöma om en ersättning överhuvudtaget är att anse som ett statsstöd. EG-domstolen har i ett förhandsavgörande den

⁷² Se t.ex. EG-domstolens dom av den 19 september 2000 i mål C-156/98, Förbundsrepubliken Tyskland mot Europeiska kommissionen, REG 2000 s. I-06857, punkt 32.

24 juli 2003 i mål C-280/00 (*Altmark*) angivit att ersättningen för en offentlig, icke-upphandlad, tjänst inte är statsstöd om vissa kriterier är uppfyllda.⁷³ Av domen följer att det inte är fråga om statligt stöd om följande villkor är uppfyllda.

- För det första ska det mottagande företaget faktiskt ha ålagts skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, och dessa skyldigheter ska vara klart definierade.
- För det andra ska de kriterier på grundval av vilka ersättningen beräknas vara fastställda i förväg på ett objektivt och öppet sätt.
- För det tredje får ersättningen 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 grundval av fullgörandet av dessa skyldigheter.
- För det fjärde ska, när det företag som ges ansvaret för att tillhandahålla de allmännyttiga tjänsterna inte har valts ut efter ett offentligt upphandlingsförfarande, storleken av den nödvändiga ersättningen ha fastställts på visst sätt. Ersättningen ska fastställas på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag som är lämplig 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.

Om kriterierna i *Altmark*-domen är uppfyllda utgör således stödet överhuvudtaget inte något statligt stöd i fördragets mening.

EU-kommissionen har vidare antagit beslut om vissa andra undantagsbestämmelser, s.k. gruppundantag. Kommissionen har även antagit en förordning som innebär att stöd till företag som

⁷³ EG-domstolens dom i mål C-280/00 *Altmark Trans GmbH* och *Regierungspräsidium Magdeburg* mot *Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* (*Altmark*), REG 2003 s. I-7747.

sammanlagt inte uppgår till mer än 200 000 euro under en treårsperiod inte behöver notifieras till kommissionen (de minimis-reglerna).⁷⁴

Skälen för promemorians bedömning: 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 offentligt 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 konkurrens-

⁷⁴ Europeiska 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.

förhållandet på marknaden och sannolikt påverka samhandeln negativt.

Det kan således konstateras att det förhållandet att kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda inte utesluter att det kan vara fråga om otillåtet statsstöd. Statsstödsreglerna måste därför beaktas även om kriterierna är uppfyllda.

7.4 Kontroll- och verksamhetskriterierna införs i lagen om offentlig upphandling

Promemorians förslag: En ny bestämmelse införs i lagen om offentlig upphandling 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 villkoren i bestämmelsen är uppfyllda. Villkoren i bestämmelsen har sin direkta motsvarighet i kontroll- och verksamhetskriterierna (de s.k. Teckal-kriterierna).

Promemorians bedömning: Såväl statligt som kommunalt ägda aktiebolag bör formellt sett kunna uppfylla villkoren i bestämmelsen (kontroll- och verksamhetskriterierna). Det samma bör gälla även i fråga om ekonomiska föreningar. Någon avvikande bedömning torde inte kunna göras beträffande ideella föreningar. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma om bestämmelsen är tillämplig.

Skälen för promemorians förslag och bedömning: Som ovan nämnts bör villkor motsvarande kontroll- respektive verksamhetskriterierna i och för sig kunna uppfyllas i fråga om svenska aktiebolag och ekonomiska och ideella föreningar. För att kunna konstatera om det generellt sett är möjligt för stat, kommuner och landsting att uppfylla kontrollkriteriet i fråga om

statligt och kommunalt ägda företag måste dock en jämförelse göras mellan deras kontroll och styrning över den egna förvaltningen och deras kontroll över det ifrågasvarande företaget.

Uppdrag till kommunalt och statligt ägda företag bör kunna omfattas av den föreslagna bestämmelsen

Vad först gäller kommuner och landsting är förhållandet mellan kommun- eller landstingsfullmäktige och deras nämnder, till skillnad från ett aktiebolag och dess ägare, inte renodlat hierarkiskt. Nämnderna har en mer självständig roll i förhållande till fullmäktige jämfört med vad styrelsen i ett aktiebolag har i förhållande till sin bolagsstämma. Förvaltning och verkställighet av beslut hör inte till fullmäktiges ansvarsområde och fullmäktige kan inte lagligen gå utöver de uppgifter som anges i 3 kap. 9 § KL. Fullmäktige utser samtliga ledamöter i nämnderna, men möjligheten att avsätta ledamöterna är begränsad. En analys av KL visar att fullmäktiges möjligheter att styra sina nämnder inte är oinskränkta.

I aktiebolag har ägarna däremot långt större möjligheter att, genom olika styrinstrument som bl.a. bolagsordning och aktieägardirektiv, tillförsäkra sig en stark kontroll och styrning över verksamheten. Bolagsstämman har i princip rätt att fatta beslut i bolagets samtliga angelägenheter. I ett aktiebolag kan bolagsstämman, dvs. ägaren, ge tämligen långtgående ägardirektiv som binder styrelsen och verkställande direktör. Denna lydnesskyldighet är också förenad med en skadeståndsskyldighet. Bolagsstämman kan vidare avsätta styrelseledamöter med i princip omedelbar verkan. Av 3 kap. 17 § KL följer också att kommuner och landsting är skyldiga att, beträffande ett aktiebolag som kommunen eller landstinget äger ensamt, vidta vissa åtgärder för att kontrollen över företaget ska säkras. En kommun eller ett landsting ska bl.a. fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten, utse samtliga styrelseledamöter och se till att fullmäktige får ta ställning innan beslut som är av

principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas i verksamheten.

Jämförelsen 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.⁷⁵ Bedömningen är därför att kommunala aktiebolag bör kunna organiseras och styras på ett sådant sätt att kontrollkriteriet uppfylls. Beträffande ekonomiska föreningar finns det stora likheter mellan å ena sidan sådana föreningar och å andra sidan aktiebolag när det gäller den grundläggande strukturen och hierarkiska uppbyggnaden. Det finns därför i fråga om ekonomiska föreningar liknande möjligheter till styrning och kontroll som i aktiebolag. Bedömningen är därför att kontrollkriteriet även bör kunna uppfyllas i fråga om ekonomiska föreningar som en kommun eller ett landsting är medlem i. Det torde dock vara sällan förekommande att kommuner och landsting är medlemmar i ekonomiska föreningar. Någon avvikande bedömning torde inte kunna göras beträffande ideella föreningar.

Vad sedan gäller staten har, som redogjorts för ovan i avsnitt 5.5.1, de statliga förvaltningsmyndigheterna under regeringen en lydnessplikt gentemot regeringen. Regeringen har möjlighet till formell styrning genom t.ex. instruktioner och regeringsbeslut. I regleringsbrev, som är en form av regeringsbeslut, anges myndigheternas ekonomiska förutsättningar och mål för verksamheten. Regeringen utnämner även myndighetschefer och ledamöter i styrelserna. De statliga förvaltningsmyndigheterna intar formellt sett inte en lika självständig ställning i förhållande till regeringen som kommunala nämnder gör i förhållande till fullmäktige. De statliga förvaltningsmyndigheterna har dock en viss självständighet enligt bestämmelsen i 11 kap. 7 § regeringsformen (RF) som anger att ingen myndighet, inte heller riksdagen eller kommuns beslutande organ, får bestämma hur för-

⁷⁵ Se även Stattin, Daniel, *Kommunal aktiebolagsrätt*, andra upplagan, Uppsala universitet, 2007, s. 88 f.

valtningsmyndigheten i enskilda fall ska besluta i ärenden rörande myndighetsutövning mot enskilda eller mot kommun eller som rör tillämpningen av lag.

Beträffande statens kontroll över sina företag utser regeringen styrelseledamöter och revisorer i de statligt ägda bolagen. I vissa bolag har regeringen även statliga tjänstemän som styrelseledamöter. Statens ägarstyrning av bolagen utövas främst genom aktivt styrelsearbete, dialog med styrelseordförande och deltagande på årsstämman.

Vid en jämförelse av statens formella möjligheter till styrning över den egna förvaltningen och de långtgående möjligheter till styrning över de statliga företagen som finns i bl.a. ABL blir bedömningen att även statliga företag bör kunna organiseras och styras på ett sådant sätt att kontrollkriteriet uppfylls.

Utformningen av den nya bestämmelsen

Det föreslås att en ny bestämmelse införs i LOU som innebär att ett kontrakt i LOU:s 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 två villkor eller kriterier är uppfyllda. Dessa kriterier har sin motsvarighet i de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna (Teckal-kriterierna) som utvecklats genom EG-domstolens praxis.

Det första villkoret som måste vara uppfyllt för att ett kontrakt inte ska anses föreligga enligt den föreslagna bestämmelsen är att den upphandlande myndigheten ska utöva en kontroll över den juridiska personen som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning. Det andra villkoret som måste vara uppfyllt innebär att den juridiska personen ska utföra huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar eller är medlem i den.

Genom bestämmelsen införs en möjlighet för upphandlande myndigheter att ge en juridisk person ett uppdrag utan före-

gående upphandling utan att det strider mot upphandlingslagstiftningen.

Som redogjorts för ovan i avsnitt 4.2 begränsar sig EG-domstolens praxis inte till juridiska personer, utan bör vara tillämplig även på andra enheter som är fristående från den upphandlande myndigheten. Det begrepp som använts i EG-domstolens praxis är vidare än det svenska begreppet juridisk person. Promemorians förslag begränsar sig dock till att avse juridiska personer eftersom stat, kommuner och landsting, när de har valt att organisera sin verksamhet i annan form än förvaltningsform, främst använt sig av aktiebolag och andra typer av juridiska personer. Denna begränsning medför att bestämmelsen inte är tillämplig på relationer mellan statliga myndigheter eftersom de inte utgör skilda juridiska personer i förhållande till varandra. Med hänsyn till att det inte torde föreligga någon upphandlingsskyldighet statliga myndigheter emellan bedöms det för närvarande inte vara nödvändigt med en bestämmelse som även omfattar dessa situationer. Som ovan nämnts bör en särskild utredning tillsättas för att analysera om en bestämmelse av detta slag bör finnas även framöver och i så fall vilka avgränsningar en sådan bestämmelse bör ha.

Bestämmelsen innebär inte någon möjlighet till automatisk befrielse från upphandlingsskyldigheten, utan det ankommer på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall göra en bedömning av om villkoren i bestämmelsen är uppfyllda. Det är viktigt att upphandlande myndigheter går igenom sina bolagskonstruktioner och gör en analys av om villkoren i bestämmelsen kan anses vara uppfyllda eller om några förändringar behöver göras. Villkoren i bestämmelsen ställer stora krav på den upphandlande myndighetens kontroll av den juridiska personen och att verksamheten i huvudsak bedrivs tillsammans med ägaren. Detta medför att många bolag eller andra former av juridiska personer som i dag finns sannolikt inte är organiserade på ett sådant sätt att dessa villkor är uppfyllda.

Bestämmelsen ska tolkas strikt och det är den som åberopar bestämmelsen som har bevisbördan för att villkoren i den är

uppfyllda. Vid bedömningen av om dessa villkor är uppfyllda måste EG-domstolens praxis beaktas. I kapitel 4 finns en översiktlig genomgång av den praxis som hittills har utvecklats av EG-domstolen i fråga om kontroll- och verksamhets-kriterierna.

Vid bedömningen ska samtliga relevanta omständigheter beaktas. Det måste således göras en helhetsbedömning för att kunna avgöra om villkoren är uppfyllda i det enskilda fallet. Enligt EG-domstolen måste det av rättssäkerhetsskäl vara de omständigheter som förelåg vid tidpunkten för den aktuella kontraktstilldelningen som är relevanta för bedömningen (se domen i målet C-371/05, *Mantua*). Detta utesluter dock inte att det i undantagsfall finns särskilda omständigheter i det enskilda fallet som skulle kunna leda till att även senare inträffade händelser tas i beaktande (jfr domen i målet C-29/04, *Mödling*).

7.5 Upphandling och kommunal samverkan i offentligrättslig form

Promemorians bedömning: Kommuners och landstings överlåtelse av uppgifter (som innebär att uppgiften helt överlämnas) till kommunalförbund, och värdkommuners eller värdlandstings anskaffning av varor och tjänster m.m. från gemensamma nämnder, utgör inte ett kontrakt i den mening som avses i lagen om offentlig upphandling. Någon upphandlingskyldighet föreligger därmed inte i dessa fall.

I fråga om kommuners och landstings anskaffning av varor eller tjänster m.m. från kommunalförbund, eller gemensamma nämnder för vilka kommunerna eller landstingen inte är värd, kan en prövning enligt den föreslagna bestämmelsen behöva göras.

Skälen för promemorians bedömning: Frågan om hur avtal om anskaffning av varor eller tjänster m.m. mellan å ena sidan

kommuner och landsting och å andra sidan kommunalförbund och gemensamma nämnder ska behandlas upphandlingsrättsligt har uppkommit som en följd av Regeringsrättens avgörande RÅ 2008 ref. 26. Tidigare har ofta gjorts gällande att upphandlingsplikt inte föreligger när kommuner eller landsting anskaffar varor eller tjänster från ett kommunalförbund i vilket kommunen eller landstinget är medlem. Uppfattningen har varit densamma beträffande kommuners och landstings anskaffning från sina gemensamma nämnder.

Eftersom ett kommunalförbund är en i förhållande till sina medlemmar fristående juridisk person uppkommer frågan om det inte föreligger en skyldighet för medlemskommunerna eller medlemslandstingen att upphandla. En gemensam nämnd utgör inte någon egen juridisk person i den kommunala organisationen i värdkommunen (den kommun i vilken den gemensamma nämnden är inrättad). I förhållande till annan kommun, som utöver värdkommunen innehar den gemensamma nämnden, är nämnden dock fristående eftersom den ingår i den juridiska person som värdkommunen utgör. Även här uppkommer frågan om det föreligger en upphandlingsskyldighet.

Vad gäller kommunalförbund övertar förbundet i vissa fall uppgifter från sina medlemskommuner eller medlemslandsting. Kommunalförbundet övertar i dessa fall helt uppgiften, inklusive huvudmannaskapet, från sina medlemmar. Frågorna faller därmed utanför medlemmarnas kompetens. I dessa fall sker inte någon anskaffning av varor eller tjänster och därmed föreligger inte heller något kontrakt i LOU:s mening. Det kan således konstateras att någon upphandlingsskyldighet enligt LOU inte föreligger i sådana situationer. När medlemmarna däremot anskaffar varor eller tjänster m.m. från kommunalförbundet, vilket som ovan nämnts är en i förhållande till medlemmarna fristående juridisk person, torde ett kontrakt normalt sett föreligga och därmed också upphandlingsskyldighet. I dessa fall kan dock en prövning enligt den föreslagna bestämmelsen göras. Om villkoren i bestämmelsen är uppfyllda föreligger inte något

kontrakt i LOU:s mening, och inte heller någon upphandlings-skyldighet.

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

I mål C-324/07 (*Coditel*) prövade EG-domstolen om kontrollkriteriet kunde anses uppfyllt i fråga om en belgisk kooperativ mellankommunal sammanslutning som var en offentligrättslig juridisk person. Sammanslutningens medlemmar bestod av olika kommuner och ett kommunalförbund, vilket i sin tur endast bestod av kommuner. Sammanslutningen var inte öppen för privata företag. I domen slogs det (återigen) fast att omständigheten att den, i detta fall, koncessionsgivande myndigheten ensam eller tillsammans med andra offentliga myndigheter äger hela kapitalet i det bolag som tilldelats koncessionen tyder på, utan att vara av avgörande betydelse för bedömningen, att den koncessionsgivande myndigheten utövar en kontroll över detta bolag motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning.⁷⁶ Därefter noterade domstolen att sammanslutningens (Brutélé) styrelse hade mycket vidsträckta befogenheter. Domstolen framhöll dock att sammanslutningen inte var ett aktiebolag som kan besluta om sitt verksamhetsföremål utan

⁷⁶ Domen i mål C-324/07 (*Coditel*), punkt 31.

aktieägarnas inblandning, utan var en kooperativ mellan-kommunal sammanslutning som reglerades enligt den belgiska lagen om mellankommunala sammanslutningar. Enligt denna lag ska ett sådant organ inte anses vara näringsidkare. Av lagen och sammanslutningens stadgar ansåg domstolen det framgå att denna inte hade något särskilt eget intresse i förhållande till de offentliga myndigheter som var anslutna till den.⁷⁷ Av detta ansåg domstolen det framgå ”att Brutélé, trots att sammanslutningens styrelse har långtgående befogenheter, inte har ett utrymme för självbestämmande som gör det omöjligt för kommunerna som är anslutna till sammanslutningen att utöva en kontroll över sammanslutningen motsvarande den som dessa myndigheter utövar över sin egen förvaltning”.⁷⁸ Domstolen besvarade därför frågan på följande sätt.

”Med förbehåll för den hänskjutande domstolens efterföljande kontroll av vilket utrymme för självbestämmande som den mellanstatliga sammanslutningen i fråga förfogar över under sådana omständigheter som dem som är i fråga i tvisten vid den nationella domstolen, när beslut om verksamheten avseende en kooperativ mellankommunal sammanslutning som endast ägs av offentliga myndigheter fattas av stadgeenliga organ som består av representanter för de anslutna offentliga myndigheterna, kan den kontroll som nämnda offentliga myndigheter utövar över dessa beslut anses möjliggöra för de sistnämnda att utöva en kontroll över den kooperativa sammanslutningen motsvarande deras kontroll över sin egen förvaltning.”⁷⁹

Domstolen slog även fast att kontrollen som de offentliga myndigheterna utövade över den kooperativa mellankommunala sammanslutningen kunde utövas gemensamt av myndigheterna genom majoritetsbeslut.⁸⁰

I sitt förslag till avgörande i målet *Coditel* uttalade generaladvokat Trstenjak följande.

⁷⁷ Domen i mål C-324/07 (*Coditel*), punkt 38.

⁷⁸ Domen i mål C-324/07 (*Coditel*), punkt 39.

⁷⁹ Domen i mål C-324/07 (*Coditel*), andra strecksatsen i punkt 42.

⁸⁰ Domen i mål C-324/07 (*Coditel*), punkt 54.

”Av den rättsliga analysen framgår att en rent mellankommunal verksamhet i regel inte kräver anbudsinfordran, såvida det inte föreligger flera särskilda omständigheter som visar att graden av marknadsmässig inriktning och graden av självständighet hos den mellankommunala enheten går utöver gränserna för vad som gäller för en mellankommunal samverkan som inte omfattas av upphandlingsreglerna för utförande av uppgifter av allmänintresse. Hittills har ännu ingen rättssäkerhet uppnåtts i fråga om den närmare definitionen av kriterier som ’graden av marknadsmässig inriktning’ och ’graden av självständighet’, varvid gränserna för vad som är en mellankommunal samverkan som inte omfattas av upphandlingsreglerna för utförande av uppgifter av allmänt intresse alltså inte är närmare klarlagda. Trots detta finns inget stöd för att påstå att den samverkan som sker inom Brutélé överskrider dessa gränser.”⁸¹

Generaladvokatens uppfattning synes således vara att ren mellankommunal verksamhet som huvudregel inte omfattas av upphandlingsskyldighet, men att det från denna huvudregel kan finnas undantag, dock endast om det föreligger särskilda omständigheter. Det är dock tveksamt om det går att dra så långtgående slutsatser av EG-domstolens dom i *Coditel*-målet.

EG-domstolen har nyligen avgjort ytterligare ett mål, C-480/06, Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland, som rör mellankommunal samverkan. I målet var fråga om fyra kommunala organ (Landkreise) som utan föregående upphandling hade slutit ett avtal med Hamburgs stad renhållningstjänst (Hamburgs stad) avseende bortskaffande av avfall i en ny avfallsbehandlingsanläggning, Rugenberger Damm. Hamburgs stad förband sig genom avtalet att ställa en kapacitet till förfogande för de fyra kommunala organen. Betalningen skulle ske till den som bedrev anläggningen genom förmedling av Hamburgs stad. Den som bedrev anläggningen var avtalspart med Hamburgs stad. Avtalet skulle gälla i 20 år.

⁸¹ Förslag till avgörande av generaladvokat Trstenjak föredraget den 4 juni 2008, punkterna 75 och 76.

EG-domstolen konstaterade att kontrollkriteriet inte var uppfyllt i fråga om de fyra berörda kommunala organens kontroll över Hamburgs stad.⁸² Domstolen framhöll dock att det genom avtalet inrättats ett samarbete mellan lokala myndigheter som syftade till att säkerställa att ett allmännyttigt uppdrag (återvinning av avfall) som var gemensamt för myndigheterna skulle fullgöras. Domstolen erinrade om att uppdraget hade ett samband med genomförandet av ett direktiv på avfallsområdet.⁸³ Enligt EG-domstolen utgjorde avtalet ”såväl grunden som den rättsliga ramen för ett framtida inrättande och drift av en anläggning genom vilken en allmännyttig tjänst [var] avsedd att fullgöras”. Domstolen förtydligade att avtalet hade ingåtts uteslutande av offentliga myndigheter, utan inblandning av någon privat avtalspart, och att den offentliga upphandling som eventuellt skulle vara nödvändig för inrättandet och driften av anläggningen Rugenberger Damm inte i något avseende hade angetts eller föregripits i avtalet.⁸⁴

Kommissionen gjorde gällande att om samarbetet hade tagit sig uttryck i bildandet av ett organ som lyder under offentlig rätt, som av de olika berörda myndigheterna hade getts i uppgift att fullgöra det allmännyttiga uppdraget att bortskaffa avfall, skulle avtalet inte ha omfattats av bestämmelserna om offentlig upphandling. Eftersom någon sådan kooperativ mellankommunal sammanslutning inte fanns borde avtalet, enligt kommissionen, ha varit föremål för en anbudsinfordran.⁸⁵ EG-domstolen, som ogillade kommissionens talan, slog dock fast följande.

”I gemenskapsbestämmelserna föreskrivs inte någon skyldighet för offentliga myndigheter att använda sig av en särskild rättslig form för att gemensamt kunna säkerställa att en allmännyttig uppgift fullgörs. Vidare innebär ett sådant samarbete mellan offentliga

⁸² Domen i mål C-480/06, Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland, punkt 36.

⁸³ Domen i mål C-480/06, punkt 37.

⁸⁴ Domen i mål C-480/06, punkt 44.

⁸⁵ Domen i mål C-480/06, punkt 46.

myndigheter inte att det huvudsakliga syftet med gemenskapsbestämmelserna på området för offentlig upphandling, nämligen fri rörlighet för tjänster och icke-snedvriden konkurrens i samtliga medlemsstater ifrågasätts, om genomförandet av samarbetet utslutande styrs av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse och om principen om likabehandling av intresserade personer som föreskrivs i direktiv 92/50 säkerställs, så att inget privat företag ges någon fördel i förhållande till sina konkurrenter (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Stadt Halle och RPL Lochau, punkterna 50 och 51). Det ska dessutom konstateras att det inte framgår av någon av de handlingar som ingetts till domstolen att myndigheterna i fråga, i förevarande mål, skulle ha gjort ett konstlat upplägg i syfte att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling.”⁸⁶

Som framgått ovan fann EG-domstolen att kontrollkriteriet inte var uppfyllt i fråga om de fyra berörda kommunala organens kontroll över Hamburgs stad. Exakt vilka konsekvenser denna dom får för t.ex. kommunalförbund och gemensamma nämnder är för närvarande oklart.

⁸⁶ Domen i mål C-480/06, punkterna 47 och 48.

8 Ikraftträdande

Promemorians förslag: Den föreslagna bestämmelsen som innebär att kontroll- och verksamhetskriterierna införs i lagen om offentlig upphandling träder i kraft den 1 juni 2010. Den föreslagna lagändringen som innebär att denna bestämmelse upphävs träder i kraft den 1 januari 2013.

Skälen för promemorians förslag: Den föreslagna ändringen i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, som innebär att kontroll- och verksamhetskriterierna införs i lagen bör träda i kraft samtidigt som övriga ändringar görs i LOU enligt förslag i Ds 2009:30, dvs. den 1 juni 2010. Eftersom promemorians förslag utgör en temporär lösning föreslås samtidigt att den nu föreslagna bestämmelsen ska upphävas från och med den 1 januari 2013.

9 Konsekvenser

9.1 Ekonomiska konsekvenser

De nya rättsmedel som föreskrivs i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EG och 92/13/EG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet) ska vara införlivade i svensk lagstiftning senast den 20 december 2009. Ändringsdirektivet är tillämpligt på upphandlingar enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF).

När ändringsdirektivets bestämmelser om rättsmedel genomförs i svensk lagstiftning kommer, enligt de förslag som lämnas i Ds 2009:30, allmän förvaltningsdomstol att ges möjlighet att i vissa fall ogiltigförklara ett avtal mellan den upphandlande myndigheten och leverantören. Domstolen kommer enligt förslagen vidare att kunna påföra en upphandlande myndighet som genomför en otillåten direktupphandling en marknadsskadeavgift.

Om kontroll- och verksamhetskriterierna inte införs i svensk lagstiftning leder det till att många kommuner och landsting, samt eventuellt även staten, blir tvungna att avbolagisera verksamheter, dvs. likvidera bolag, återta verksamhet i förvaltningsform eller konkurrensutsätta den. Hur stora kostnader detta kommer att medföra för framför allt kommuner och landsting är svårt att bedöma. Det saknas underlag för att uppskatta de totala kostnaderna i den kommunala sektorn som om-

fattar mer än 1 600 bolag. Det är dock endast de bolag som det anskaffas varor och tjänster från som berörs av detta. En avbolagisering aktualiserar både skatteeffekter och administrativa kostnader i samband med att verksamheten återförs i förvaltningsform. Nedan redovisas ett par exempel på uppskattade kostnader för vissa sektorer.

9.1.1 Stockholms läns landsting

Ett exempel på ekonomiska konsekvenser av att inte införa kontroll- och verksamhetskriterierna i svensk rätt har tagits fram av Stockholms läns landsting (SLL).

Kostnader i samband med avbolagisering

Ett sätt att uppskatta en del av kostnaden för en avbolagisering är att utgå från det arbete som måste göras för att utreda och handlägga befintliga avtal. Utredningen kan innebära att parterna kan överlåta, teckna nya avtal eller säga upp avtal men också att bolagen tvingas att efterleva avtal under avtalens löptid. Att bryta avtal eller tvingas fortsätta att tillämpa vissa avtal innebär icke planerade kostnader för bolaget. En genomgång av avtalskatalogerna i bolag som ägs av landstinget ger följande information om antal avtal som måste hanteras vid en avbolagisering.

- SÖS AB: cirka 500 avtal
- Danderyds sjukhus AB: cirka 120 avtal
- S:t Eriks ögonsjukhus AB: 84 avtal
- Locum AB (fastighetsförvaltning): 4 500–5 000 avtal
- AB SL: cirka 3 500 avtal
- Waxholms Ångfartygs AB: cirka 300 avtal

Vid en avbolagisering måste ett antal skattefrågor hanteras. Det gäller bl.a. uttagsbeskattning, inkomstskatt och mervärdesskatt.

Vidare kommer en avbolagisering att innebära kostnader som rör ekonomisk redovisning:

- start av nya redovisningsföretag, uppläggning av nya kontoplaner, reskontror, rapporter etc.,
- nyupplägg av koncernrapporteringssystem,
- omarbetning av statistikinformation för att få jämförbarhet mellan åren,
- omkonsolidering av årsbokslut och månadsbokslut för att erhålla full jämförbarhet med den nya organisatoriska uppbyggnaden samt
- dubbeladministration av bolag och de nya förvaltningarna.

För vissa verksamheter, t.ex. kollektivtrafiken, krävs tillstånd från myndigheter som Transportstyrelsen och Elsäkerhetsverket. Dessa tillstånd måste sökas på nytt. Det kan inte uteslutas att det krävs helt ny dokumentation för en ny ansökan.

I de fall bolagen äger fastigheter måste ny lagfart sökas med stämpelskattekonsekvenser som följd.

Vissa övriga administrativa frågor måste också hanteras såsom pensionsåtaganden, likvidationskostnader för bolagen, försäkringsavtal och drift och förvaltning av IT.

Rent administrativa kostnader för hantering av icke komplicerade avtal har av Stockholms lokaltrafik (SL) i en utredning år 2006 om konsekvenser av en avbolagisering grovt uppskattats till 200 mnkr. I uppskattningen ingår inte kostnaderna för utredning och hantering av komplicerade avtal och övriga verksamhetspåverkningar som ett sådant arbete medför.

9.1.2 Kommunala avfallsbolag

Öhrlings PricewaterhouseCoopers har på uppdrag av Avfall Sverige gjort en uppskattning av bl.a. skattekonsekvenserna av att avbolagisera de kommunala avfallsbolagen. Den exakta skattemässiga konsekvensen kräver en genomgång av varje bolag

men Öhrlings PricewaterhouseCoopers gör uppskattningen att skattekonsekvenserna (skatt på realisationsvinst) skulle bli 2,9 mdkr för de kommuner som äger avfallsbolag.

- 25 kommuner får skattekonsekvenser i ett intervall på 0–10 mnkr,
- 23 kommuner hamnar i ett intervall på 10–100 mnkr,
- 4 kommuner hamnar i ett intervall på 100–200 mnkr, och
- 4 kommuner hamnar i ett intervall överstigande 200 mnkr.

Vidare har en uppskattning i fråga om ett antal andra specifika kostnader i samband med en avbolagisering av avfallsverksamheten gjorts. Kostnaderna i samband med hantering av avtal, ansökningar om tillstånd samt övriga administrativa kostnader uppskattas uppgå till sammanlagt 200 mnkr.

9.1.3 Ekonomiska konsekvenser för staten

Staten äger ett tiotal bolag som erhåller ekonomiskt anslag från staten, och som således inte är helt affärsdrivande. Anskaffning som staten gör från dessa bolag utan att genomföra ett formellt upphandlingsförfarande skulle, beroende av hur relationen mellan ägaren (staten) och bolaget ser ut, i något enstaka fall kunna bedömas som en otillåten direktupphandling. Kostnaderna för staten att avbolagisera denna verksamhet bedöms vara låg.

9.2 Konsekvenser för den kommunala självstyrelsen

Kommuner och landsting har bedrivit verksamhet i bolagsform sedan decennier. Om en bestämmelse motsvarande kontroll- och verksamhetskriterierna inte införs innebär det att kommuner och landsting blir tvungna att upphandla all verksamhet som de enligt kommunallagen (1991:900), KL, har full frihet att bedriva i

bolagsform. Detta kan ses som ett ingrepp i den kommunala organisationsfriheten och den kommunala självstyrelsen. Införandet av bestämmelsen påverkar därför den kommunala självstyrelsen positivt.

Den föreslagna bestämmelsen innebär dock inte något automatiskt undantag från upphandlingsskyldigheten. En prövning av om villkoren i bestämmelsen är uppfyllda måste alltid göras i varje enskilt fall. I många fall kommer dessa villkor sannolikt inte att vara uppfyllda. Kommuner och landsting kommer därför, i de fall de väljer att inte upphandla, att behöva se över ägarstyrningen av sina bolag, dvs. hur bl.a. bolagsordning och bolagsstämmebeslut är utformade för att försäkra sig om att framför allt kontrollkriteriet kan uppfyllas.

9.3 Konsekvenser för näringslivet

Den föreslagna bestämmelsen innebär att stat, kommuner och landsting i vissa fall inte behöver genomföra upphandling enligt LOU. Detta skulle kunna medföra att upphandling genomförs i mindre utsträckning, vilket i sin tur kan leda till sämre förutsättningar för det privata näringslivet och en sämre konkurrens. Trots detta kommer en sådan bestämmelse i förhållande till dagens situation sannolikt att medföra att kommuner och landsting, samt i viss utsträckning även staten, i större omfattning kommer att genomföra offentlig upphandling enligt lagen. En allmän uppfattning har fram till Regeringsrättens avgörande RÅ 2008 ref. 26 varit att stat, kommuner och landsting inte behöver genomföra offentlig upphandling när de tilldelar kontrakt till t.ex. egna bolag. Eftersom kontrollkriteriet ställer höga krav på den upphandlande myndighetens kontroll över den juridiska personen kommer det sannolikt i många fall inte att vara uppfyllt. Om den upphandlande myndigheten inte väljer att t.ex. avbolagisera verksamheten i dessa fall kommer den att

behöva konkurrensutsätta avtalen, något som i många fall hittills inte skett.

Om den föreslagna bestämmelsen inte införs kan kommuner och landsting förväntas avbolagisera verksamhet och lägga denna i förvaltningsform. En i nu aktuellt avseende oförändrad lagstiftning behöver därför nödvändigtvis inte medföra att stat, kommuner och landsting i ökad utsträckning konkurrensutsätter sin verksamhet eller väljer privata utförare.

10 Författningskommentar

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

2 kap. 10 §

Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

I paragrafen regleras vad som avses med kontrakt i LOU:s mening. Paragrafen får ett nytt *andra stycke* med en bestämmelse som innebär att ett kontrakt i LOU:s mening inte föreligger när ett avtal med ekonomiska villkor sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person som myndigheten helt eller delvis innehar eller är medlem i. Detta gäller dock endast under förutsättning att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, och den juridiska personen utför huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar eller är medlem i den.

Om villkoren i bestämmelsen är uppfyllda utgör det aktuella avtalet inte något kontrakt och därmed föreligger inte heller någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att genomföra en offentlig upphandling enligt lagen. Bestämmelsen har sin motsvarighet i de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna (Teckal-kriterierna) som har utvecklats genom EG-domstolens rättspraxis.

Vad som avses med upphandlande myndighet framgår av 2 kap. 19 § LOU. Såväl statliga som kommunala myndigheter kan vara upphandlande myndigheter. Bestämmelsen är tillämplig

när en upphandlande myndighet anskaffar varor eller tjänster från en juridisk person som myndigheten helt eller delvis innehar eller är medlem i. Det kan i princip vara fråga om vilken juridisk person som helst. Det kan exempelvis vara fråga om aktiebolag och ekonomiska föreningar, men det kan även vara fråga om offentligrättsliga juridiska personer såsom kommunalförbund enligt kommunallagen (1991:900). En gemensam nämnd är ingen egen juridisk person i förhållande till den värdkommun i vilken den är inrättad. När en annan kommun än värdkommunen anskaffar varor och tjänster från sin gemensamma nämnd är nämnden dock att anse som en fristående juridisk person i förhållande till denna kommun. Bestämmelsen är därför i sådana situationer tillämplig även i fråga om gemensamma nämnder.

Den juridiska personen måste vara knuten till den upphandlande myndigheten på så sätt att myndigheten innehar den, dvs. att den upphandlande myndigheten äger aktier eller andelar i eller på annat sätt innehar den juridiska personen. Kommuners och landstings samverkan i gemensam nämnd omfattas av bestämmelsen. Av bestämmelsen följer även att en juridisk person kan vara knuten till den upphandlande myndigheten genom att myndigheten är medlem i den juridiska personen. Här avses t.ex. medlemskap i kommunalförbund. Samverkansformerna kommunalförbund och gemensam nämnd behandlas i avsnitt 5.3. Det har ingen betydelse hur stor andel den upphandlande myndigheten innehar i den juridiska personen. Storleken av andelsinnehavet kan dock komma att få betydelse vid bedömningen av om det första villkoret (kontrollkriteriet) i bestämmelsen är uppfyllt.

Prövningen av om villkoren i bestämmelsen är uppfyllda måste ske i varje enskilt fall. Bestämmelsen ska tolkas strikt och det är den som åberopar bestämmelsen som har bevisbördan för att villkoren i den är uppfyllda. Vid bedömningen av om villkoren är uppfyllda måste EG-domstolens praxis beaktas. Samtliga relevanta omständigheter ska beaktas. Det måste således göras en helhetsbedömning av samtliga omständigheter för att kunna avgöra om villkoren är uppfyllda i det enskilda fallet. Det

är i regel de omständigheter som förelåg vid tidpunkten för den aktuella kontraktstilldelningen som är relevanta för bedömningen.

Vad gäller det första villkoret, som motsvarar kontrollkriteriet, krävs det inte att den kontroll som den upphandlande myndigheten ska utöva över den juridiska personen i alla avseenden är identisk med den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning. Kontrollen som utövas måste dock vara effektiv på så sätt att det finns en faktisk kontroll som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att utöva ett avgörande eller bestämmande inflytande i fråga om såväl strategiska mål som viktiga beslut hos den juridiska personen.

Det är inte nödvändigt att den kontroll som utövas är individuell, utan kontrollen kan utövas gemensamt av flera offentliga myndigheter. I organ med kollegialt beslutsfattande är det tillräckligt om kontrollen är kollektiv och majoritetsstyrd. Detta innebär att även en minoritetsägare i den juridiska personen kan uppfylla kontrollkriteriet.

Det förhållandet att den upphandlande myndigheten ensam eller tillsammans med andra offentliga myndigheter helt äger den juridiska personen som tilldelats kontraktet tyder, enligt EG-domstolen, i regel på att det första villkoret är uppfyllt. Det är dock inte av avgörande betydelse för bedömningen, utan bedömningen måste som nämnts ske med hänsyn till samtliga omständigheter. Förekomsten av privata intressen i den juridiska personen, exempelvis genom att ett privat aktiebolag ingår som delägare, utesluter däremot att villkoren i bestämmelsen kan uppfyllas.

Vad gäller det andra villkoret i den föreslagna bestämmelsen, som motsvarar verksamhetskriteriet, måste den ifrågavarande juridiska personen bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar eller är medlem i den. Vid bedömningen av om detta villkor är uppfyllt ska samtliga omständigheter beaktas.

Den juridiska personens varor eller tjänster ska således huvudsakligen vara avsedda enbart för denna eller dessa myndig-

heter för att villkoret ska vara uppfyllt. Om det förekommer annan verksamhet får den endast vara av marginell karaktär.

All den verksamhet som den juridiska personen bedriver inom ramen för en tilldelning som gjorts av den upphandlande myndigheten ska beaktas, oberoende av vem som betalar denna verksamhet – den upphandlande myndigheten eller de som använder de tillhandahållna tjänsterna. Det saknar betydelse på vilket geografiskt område verksamheten bedrivs.

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

2 kap. 10 §

I paragrafen regleras vad som avses med kontrakt i LOU:s mening. Ändringen innebär att den bestämmelse som infördes den 1 juni 2010 i paragrafens *andra stycke* upphävs.

Departementsserien 2009

Kronologisk förteckning

1. Förstärkt integritetsskydd vid signalspaning. Fö.
2. Skyddade beteckningar på jordbruksprodukter och livsmedel. Jo.
3. Fordonsbesiktning. N.
4. Översyn av vissa mediemyndigheter – en effektivare administration. Ku.
5. Författningsändringar med anledning av VIS-förordningen. Ju.
6. Ekonomiska villkor för ledamöter av Europaparlamentet. Ju.
7. Effektivare regler och bättre beslutsunderlag för arbetsmarknadspolitiken. A.
8. Genomförandet av delar av Prömrådsbeslutet. Ju.
9. Förbättrad utslussning från slutna ungdomsvård och ändrade gallringsregler i belastningsregistret. Ju.
10. Stärkt finanspolitiskt ramverk – översyn av budgetlagens bestämmelser om utgiftstak. Fi.
11. Oberoendet i den kommunala revisionen. Fi.
12. Registrering av personuppgifter vid katastrofer utomlands. Ju.
13. Konsumenttjänster m.m. Ju.
14. Konsumentombudsmannen – en översyn IJ.
15. En enklare ledighetslagstiftning. A.
16. Produktsäkerhet vid offentliga tjänster. IJ.
17. Straffrättsliga åtgärder till förebyggande av terrorism. Ju.
18. Behovsbedömning av annat än ekonomiskt bistånd enligt socialtjänstlagen. S.
19. Insatser för en alkohol- och narkotikafri graviditet. S.
20. Rätt till gymnasial vuxenutbildning och gymnasial särvtux. U.
21. Bortom krisen. Om ett framgångsrikt Sverige i den nya globala ekonomin. U.
22. Genomförande av FN:s vapenprotokoll m.m. Ju.
23. Det nya punktskattedirektivet. Fi.
24. Effektivare skatter på klimat- och energiområdet. Fi.
25. Den nya skollagen – för kunskap, valfrihet och trygghet. Del 1+2. U.
26. Förbättringar i arbetslöshetsförsäkringen. A.
27. Ny lag om ekologisk produktion. Jo.
28. Ny delgivningslag m.m. Ju.
29. Återbetalningsskyldighet i straffrättsliga förfaranden, m.m. Ju.
30. Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet. Fi.
31. Patientnämnderna – begränsning av sekretessbrytande bestämmelse. S.
32. Teknisk sprit m.m. S.
33. Förändringar i Lex Sarah-bestämmelsen m.m. S.
34. Ett undantag från skyldigheten att upprätta koncernredovisning. Ju.
35. Vad kräver krisen av främjandet? UD.
36. Upphandling från statliga och kommunala företag. Fi.

Departementsserien 2009

Systematisk förteckning

Justitiedepartementet

- Författningsändringar med anledning av VIS-förordningen. [5]
Ekonomiska villkor för ledamöter av Europaparlamentet. [6]
Genomförandet av delar av Prümrådsbeslutet. [8]
Förbättrad utslusning från sluten ungdomsvård och ändrade gallringsregler i belastningsregistret. [9]
Registrering av personuppgifter vid katastrofer utomlands. [12]
Konsumenttjänster m.m. [13]
Straffrättsliga åtgärder till förebyggande av terrorism. [17]
Genomförande av FN:s vapenprotokoll m.m. [22]
Ny delgivningslag m.m. [28]
Återbetalningsskyldighet i straffrättsliga förfaranden, m.m. [29]
Ett undantag från skyldigheten att upprätta koncernredovisning. [34]

Utrikesdepartementet

- Vad kräver krisen av främjandet? [35]

Försvarsdepartementet

- Förstärkt integritetsskydd vid signalspaning. [1]

Socialdepartementet

- Behovsbedömning av annat än ekonomiskt bistånd enligt socialtjänstlagen. [18]
Insatser för en alkohol- och narkotikafri graviditet. [19]
Patientnämnderna – begränsning av sekretessbrytande bestämmelse. [31]
Teknisk sprit m.m. [32]
Förändringar i Lex Sarah-bestämmelsen m.m. [33]

Finansdepartementet

- Stärkt finanspolitiskt ramverk – översyn av budgetlagens bestämmelser om utgiftstak. [10]
Oberoendet i den kommunala revisionen. [11]
Det nya punktskattedirektivet. [23]
Effektivare skatter på klimat- och energiområdet. [24]
Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet. [30]
Upphandling från statliga och kommunala företag. [36]

Utbildningsdepartementet

- Rätt till gymnasial vuxenutbildning och gymnasial särvox. [20]
Bortom krisen. Om ett framgångsrikt Sverige i den nya globala ekonomin. [21]
Den nya skollagen – för kunskap, valfrihet och trygghet. Del 1 + 2. [25]

Jordbruksdepartementet

- Skyddade beteckningar på jordbruksprodukter och livsmedel. [2]
Ny lag om ekologisk produktion. [27]

Näringsdepartementet

- Fordonsbesiktning. [3]

Integrations- och jämställdhetsdepartementet

- Konsumentombudsmannen – en översyn. [14]
Produktsäkerhet vid offentliga tjänster. [16]

Kulturdepartementet

- Översyn av vissa mediemyndigheter – en effektivare administration. [4]

Arbetsmarknadsdepartementet

- Effektivare regler och bättre beslutsunderlag för arbetsmarknadspolitik. [7]
En enklare ledighetslagstiftning. [15]
Förbättringar i arbetslöshetsförsäkringen. [26]