

Regeringens proposition

2009/10:134



Upphandling från statliga och kommunala företag

Prop.
2009/10:134

Regeringen överlämnar denna proposition till riksdagen.

Stockholm den 11 mars 2010

Fredrik Reinfeldt

Mats Odell
(Finansdepartementet)

Propositionens huvudsakliga innehåll

I propositionen föreslås att nya bestämmelser införs i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, som innebär att statliga och kommunala myndigheter inte behöver tillämpa LOU när de anskaffar varor eller tjänster m.m. från en leverantör som är en juridisk person som de äger eller är medlemmar i (exempelvis ett aktieföretag), eller en gemensam nämnd som de har tillsatt. 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 EU-domstolens rättspraxis. Villkoren innebär dels att den upphandlande myndigheten måste utöva en kontroll över leverantören som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, dels att, i fall då leverantören även utför verksamhet tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten, denna verksamhet endast får vara av marginell karaktär. Om dessa villkor är uppfyllda kommer avtalet mellan den upphandlande myndigheten och leverantören 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.

Frågan om det i ett längre perspektiv är lämpligt med en reglering motsvarande kontroll- och verksamhetskriterierna är föremål för utredning (dir. 2009:81). Med hänsyn till de stora ekonomiska konsekvenser som sannolikt skulle drabba staten, kommuner och landsting fram till dess att det har presenterats ett förslag och en eventuell reglering 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 av-

vaktan på resultatet av en mer omfattande utredning, införs bestämmelser motsvarande kontroll- och verksamhetskriterierna i LOU. Prop. 2009/10:134

Bestämmelserna föreslås träda i kraft den 1 juli 2010. Eftersom de föreslagna bestämmelserna utgör en temporär lösning föreslås det samtidigt att de ska upphävas från och med visst datum, den 1 januari 2013.

1	Förslag till riksdagsbeslut	5
2	Lagtext	6
2.1	Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling	6
2.2	Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling	7
3	Ärendet och dess beredning	8
4	Upphandling från fristående juridiska personer	8
4.1	Förutsättningar för upphandlingsskyldighet	8
4.2	EU-domstolens rättspraxis	10
4.2.1	Närmare om domen i Teckal-målet	12
4.2.2	Kontrollkriteriet	13
4.2.3	Verksamhetskriteriet	19
5	Kontrollmöjligheter över egen förvaltning och företag	20
5.1	Vissa organisationsformer	20
5.2	Kommuner och landsting	24
5.2.1	Möjligheter att bedriva verksamhet i företagsform	24
5.2.2	Kontroll över egen förvaltning	24
5.2.3	Kontroll över egna företag	26
5.3	Staten	27
5.3.1	Kontroll över egen förvaltning	27
5.3.2	Kontroll över egna företag	28
6	Ett temporärt undantag i lagen om offentlig upphandling	28
6.1	Behovet av en temporär lösning	28
6.2	Kontrollkriteriet och statliga och kommunala företag	34
6.3	Kontroll- och verksamhetskriterierna införs i lagen	40
6.4	Upphandling och kommunal samverkan i offentligrättslig form	49
7	Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser	53
8	Konsekvenser	54
8.1	Ekonomiska konsekvenser	54
8.1.1	Stockholms läns landsting	54
8.1.2	Kommunala avfallsbolag	55
8.1.3	Ekonomiska konsekvenser för staten	55
8.2	Konsekvenser för den kommunala självstyrelsen	56
8.3	Konsekvenser för näringslivet	56
9	Författningskommentar	57
9.1	Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling	57
9.2	Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling	60
Bilaga 1	Sammanfattning av promemorian Upphandling från statliga och kommunala företag (Ds 2009:36)	61

Bilaga 2	Promemorians lagförslag.....	63	Prop. 2009/10:134
Bilaga 3	Förteckning över remissinstanserna	65	
Bilaga 4	Lagrådsremissens lagförslag.....	66	
Bilaga 5	Lagrådets yttrande	68	
	Utdrag ur protokoll vid regeringssammanträde den 11 mars 2010.....	72	

1 Förslag till riksdagsbeslut

Prop. 2009/10:134

Regeringen föreslår att riksdagen antar regeringens förslag till

1. lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, och
2. lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

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

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

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

2 kap.

10 a §

Med kontrakt enligt 10 § avses dock inte avtal som sluts mellan

1. en upphandlande myndighet som är

a) en statlig eller kommunal myndighet,

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

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

2. en leverantör som är

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

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

Första stycket gäller endast

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

2. i fall då den juridiska personen eller den gemensamma nämnden även utför verksamhet tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten, denna verksamhet endast är av marginell karaktär.

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2010 och ska tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet.

2.2 Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling Prop. 2009/10:134

Härigenom föreskrivs att 2 kap. 10 a § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ska upphöra att gälla.

-
1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013.
 2. Den upphävda paragrafen gäller dock fortfarande i fall då avtal har slutits före den 1 januari 2013.

Inom Regeringskansliet har departementspromemorian Upphandling från statliga och kommunala företag (Ds 2009:36) utarbetats. Promemorian innehåller förslag till en ny bestämmelse i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU. Bestämmelsen innebär att en upphandlande myndighet under vissa förutsättningar inte behöver tillämpa LOU när den anskaffar varor eller tjänster m.m. från en juridisk person som myndigheten helt eller delvis innehar eller är medlem i. Bestämmelsen föreslås upphävas den 1 januari 2013. En sammanfattning av promemorian finns i *bilaga 1*. Promemorians lagförslag återges i *bilaga 2*. Promemorian har remissbehandlats. En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 3*. Remissyttrandena och en sammanställning av remissvaren finns tillgängliga i Finansdepartementet (dnr Fi2009/5036).

Lagrådet

Regeringen beslutade den 17 december 2009 att inhämta Lagrådets yttrande över de lagförslag som finns i *bilaga 4*.

Lagrådets yttrande finns i *bilaga 5*. Lagrådet har i sak inget att erinra mot de föreslagna nya bestämmelserna i 2 kap. 10 § LOU, men har i några hänseenden haft erinringar mot lagrådsremissens lagförslag. Regeringen har i sak följt Lagrådets förslag. Lagrådets synpunkter behandlas i avsnitt 6.3 och 7 samt i författningskommentaren. I förhållande till lagrådsremissen har dessutom vissa språkliga och redaktionella ändringar gjorts.

4 Upphandling från fristående juridiska personer

4.1 Förutsättningar för upphandlingskyldighet

Offentlig upphandling regleras i LOU, i vilken direktivet om offentlig upphandling¹ i huvudsak genomförs, och i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, förkortad LUF, i vilken direktivet om upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster² i huvudsak genomförs.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 30.4.2004, s. 114, Celex 32004L0018), senast ändrat genom kommissionens förordning (EG) nr 1177/2009 (EUT L 314, 1.12.2009, s. 64, Celex 32009R1177).

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 (försörjningsdirektivet) (EUT L 134, 30.4.2004, s. 1, Celex 32004L0017), senast ändrat genom kommissionens förordning (EG) nr 1177/2009 (EUT L 314, 1.12.2009, s. 64, Celex 32009R1177).

I LOU regleras under vilka förutsättningar upphandlande myndigheter, vilket inbegriper bl.a. statliga myndigheter, kommuner och landsting, är skyldiga att upphandla enligt lagens bestämmelser. Med upphandlande myndighet avses statliga och kommunala myndigheter. Vid tillämpning av LOU ska med myndighet jämföras beslutande församlingar i kommuner och landsting, offentligt styrda organ och sammanslutningar av en eller flera myndigheter eller församlingar eller sammanslutningar av ett eller flera offentligt styrda organ (2 kap. 19 § LOU). Med offentligt styrda organ avses sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och som 1. till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, 2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller 3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet (2 kap. 12 § LOU).

Med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggentreprenader (2 kap. 13 § LOU). Med ramavtal avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod (2 kap. 15 § LOU). En grundläggande förutsättning för att upphandlings-skyldighet ska föreligga är således att den upphandlande myndigheten avser att ingå ett kontrakt med en leverantör. Detta gäller även sådan offentlig upphandling som regleras i 15 kap. LOU och som avser upphandling som inte omfattas av direktivet. Bygg- och tjänstekoncessioner är definierade i lagen (2 kap. 4 § respektive 2 kap. 17 § LOU) och förutsätter också ett upphandlingsrättsligt kontrakt. Tjänstekoncessioner regleras dock endast delvis i lagen.

Ett kontrakt är 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 (2 kap. 10 § LOU).

Lagens definition av kontrakt bygger på artikel 1 i direktiv 2004/18/EG. Flertalet domar från EU-domstolen har avsett tolkningen av begreppet kontrakt i 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 m.m. från sådan

³ Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, 24.7.1992, s. 1, Svensk specialutgåva: Område 6, Volym 3, s. 139, Celex 31992L0050).

⁴ Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, 9.8.1993, s. 1, Svensk specialutgåva: Område 6, Volym 4, s. 126, Celex 31993L0036).

verksamhet inte av LOU. I denna situation är den beställande respektive den utförande enheten en och samma juridiska person. 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 normalt inte något upphandlingskontrakt. Därmed bör inte heller någon upphandlingsskyldighet uppstå beträffande dessa interna transaktioner (s.k. in-house). Upphandlingslagstiftningen bör således inte bli aktuell när tjänster utförs i egen regi, via t.ex. nämnder.

En upphandlande myndighet som anskaffar varor eller tjänster från en från myndigheten fristående juridisk person är således normalt sett upphandlingsskyldig. Av EU-domstolens praxis följer dock att det under vissa förutsättningar finns EU-rättslig möjlighet att tillämpa upphandlingsdirektiven på så sätt att vissa sådana avtal inte anses omfattas av direktiven. I EU-domstolens dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal Srl mot Comune di Viano och Azienda Gas-Acqua Consorziata di Reggio Emilia (Teckal), REG 1999 s. I-8121, lades grunden för en sådan tillämpning genom de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna (Teckal-kriterierna). Dessa kriterier anger när den upphandlande myndigheten och en i formellt hänseende fristående enhet ska ses som ett och samma rättssubjekt (in-house) på så sätt att det i upphandlingsdirektivets mening inte föreligger något kontrakt då anskaffning sker. Om kriterierna är uppfyllda är upphandlingsdirektivet följaktligen inte tillämpligt.

Regeringsrätten har i det s.k. SYSAV-avgörandet (RÅ 2008 ref. 26) prövat frågan om det är förenligt med den svenska upphandlingslagstiftningen att upphandlande myndigheter utan formellt upphandlingsförfarande köper tjänster från bolag som på visst sätt är knutet till dem. Regeringsrätten fann dock att frågan om tillämpning av Teckal-kriterierna inte aktualiserades eftersom den nationella lagstiftningen i Sverige inte innehåller några undantag från upphandlingsskyldigheten som motsvarar EU-domstolens praxis i form av Teckal-kriterierna.

Före Regeringsrättens avgörande i 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. Av avgörandet följer dock att upphandlingsskyldighet föreligger i dessa fall. Avgörandet har bäring även på andra företagsformer än aktiebolag, såväl statliga som kommunala, och även på offentligrättsliga kommunala samverkansformer som kommunalförbund och gemensamma nämnder. Vidare har det betydelse inte bara för helägda företag utan även delägda sådana.

4.2 EU-domstolens rättspraxis

EU-domstolen har med domen i mål C-107/98, Teckal, lämnat visst utrymme för en tillämpning av upphandlingsdirektiven som innebär att en myndighet inte behöver upphandla från fristående enheter som är anknutna till myndigheten. Av denna dom följer att en 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 myndigheten. EU-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 (Teckalkriterierna), anger när 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.

EU-domstolen har i en rad efterföljande domar utvecklat hur kontroll- och verksamhetskriterierna ska tillämpas, se bl.a.:

- dom av den 7 december 2000 i mål C-94/99, ARGE Gewässerschutz mot Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft (ARGE), REG 2000 s. I-11037,
- dom av den 8 maj 2003 i mål C-349/97, Konungariket Spanien mot Europeiska gemenskapernas kommission (Tragsa), REG 2003 s. I-3851,
- dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (Stadt Halle), REG 2005 s. I-1,
- dom av den 13 januari 2005 i mål C-84/03, Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Spanien, REG 2005 s. I-139,
- dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Consorzio Aziende Metano mot Comune di Cingia de' Botti (Coname), REG 2005 s. I-7287,
- dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen och Stadtwerke Brixen AG (Parking Brixen), REG 2005 s. I-8585,
- dom av den 10 november 2005 i mål C-29/04, Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Österrike (Mödling), REG 2005 s. I-9705,
- dom av den 6 april 2006 i mål C-410/04, Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori mot Comune di Bari och AMTAB Servizio SpA (ANAV), REG 2006 s. I-3303,
- dom av den 11 maj 2006 i mål C-340/04, Carbotermo SpA och Consorzio Alisei mot Comune di Busto Arsizio och AGESP SpA (Carbotermo), REG 2006 s. I-4137,
- dom av den 19 april 2007 i mål C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales mot Transformación Agraria SA och Administración del Estado (Asemfo), REG 2007 s. I-2999,
- dom av den 18 december 2007 i mål C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia mot Administración General del Estado, REG 2007 s. I-12175,
- dom av den 17 juli 2008 i mål C-371/05, Europeiska gemenskapernas kommission mot Italienska republiken (Mantua), REG 2008 s. I-110,
- dom av den 13 november 2008 i mål C-324/07, Coditel Brabant SA mot Commune d'Uccle och Région de Bruxelles-Capitale (Coditel), REG 2008 s. I-8457,

- dom av den 8 april 2008 i mål C-337/05, Europeiska gemenskapernas kommission mot Italienska republiken, REG 2008 s. I-2173,
- dom av den 9 juni 2009 i mål C-480/06, Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland, REG 2009 s. I-0000 (ännu inte publicerad),
- dom av den 10 september 2009 i mål C-573/07, Sea Srl mot Comune di Ponte Nossa (Sea), REG 2009 s. I-0000 (ännu inte publicerad), och
- dom av den 15 oktober 2009 i mål C-196/08, Acoset SpA mot Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa m.fl. (Acoset), REG 2009 s. I-0000 (ännu inte publicerad).

4.2.1 Närmare om domen i Teckal-målet

EU-domstolen har i målet Teckal tolkat vad som avses med begreppet offentligt varuupphandlingskontrakt i artikel 1 a i direktiv 93/36/EEG (varudirektivet). Enligt EU-domstolen anses inte något kontrakt i direktivets mening föreligga när de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda. I detta mål hade en italiensk kommun (Viano kommun) utan föregående upphandling anförtrott en sammanslutning i enlighet med föreskrifterna om speciella företag som bildats av flera kommuner (AGAC) drift och underhåll av värmeanläggningar samt leverans av bränsle.

EU-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. Beträffande frågan om ett avtal föreligger anförde domstolen att den nationella domstolen ska kontrollera om det finns en överenskommelse mellan två skilda personer (se domen i mål C-107/98, Teckal, punkt 49). 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. Enligt domstolen skulle något annat kunna gälla "[e]ndast i det fallet att den lokala myndigheten, samtidigt, utövar en kontroll över den ifrågasvarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och denna juridiska person driver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den" (se punkt 50). 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" (se punkt 51).

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 lokala myndigheten ska utöva en kontroll över den ifrågavarande fristående juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet), och
- denna juridiska person ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den (verksamhetskriteriet).

EU-domstolen har i senare domar bekräftat att kontroll- och verksamhetskriterierna även är tillämpliga vid upphandlingar enligt direktiv 92/50/EEG, tjänstedirektivet (se bl.a. domarna i mål C-94/99, ARGE, och mål C-26/03, Stadt Halle). Av senare avgöranden framgår dessutom att inte ens EG-fördragets grundläggande regler i artiklarna 12, 43 och 49 EG (numera artiklarna 18, 49 och 56 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, EUF-fördraget) eller principerna om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet och likabehandling är tillämpliga vid anskaffning av varor och tjänster eller tilldelning av koncession om kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda (se bl.a. domarna i mål C-324/07, Coditel, punkt 26, mål C-458/03, Parking Brixen, punkterna 61 och 62, mål C-231/03, Coname, punkterna 16–19, och mål C-573/07, Sea Srl mot Comune di Ponte Nossa, punkt 40). Kriterierna är således tillämpliga även vid koncessionstilldelning (se t.ex. domen i mål C-458/03, Parking Brixen).

I flera mål har i den svenska översättningen begreppet ”fristående enhet” också använts vid sidan av begreppet ”fristående juridisk person”, se bl.a. domarna i mål C-107/98, Teckal, punkt 51, mål C-26/03, Stadt Halle, punkt 49, och mål C-29/04, Mödling, punkt 34. Begreppet ”fristående enhet” har använts i den svenska översättningen av domen i mål C-480/06, Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland. I mål C-324/07, Coditel, används begreppet ”l'entité” på rättegångsspråket och ”enhet” i den svenska översättningen, se punkt 26 i domen. Sammanfattningsvis synes EU-domstolens praxis inte begränsa sig till juridiska personer. Denna praxis bör därför vara tillämplig även på andra enheter som är fristående från den upphandlande myndigheten.

EU-domstolen har i flera avgöranden understrukit att kontroll- och verksamhetskriterierna ska tolkas strikt och att det är den som åberopar kriterierna som har bevisbördan för att de är uppfyllda (se bl.a. domarna i mål C-26/03, Stadt Halle, mål C-458/03, Parking Brixen, och mål C-410/04, ANAV).

4.2.2 Kontrollkriteriet

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

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 påverka de beslut som fattas av nämnda enhet (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). 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 (se bl.a. domen i mål C-324/07, Coditel, punkt 28).

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 (jfr bl.a. domen i mål 324/07, Coditel, punkt 46, och domen i mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 62). Se närmare s. 16.

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 företagets styrelse och styra över företagets 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-573/07, Sea, fann domstolen att kontrollkriteriet var uppfyllt i fråga om ett kommunägt aktiebolag. Kommunen (Comune di Ponte Nossa) hade beslutat att utan föregående upphandling tilldela ett kontrakt avseende insamling, transport och bortskaffande av hushållsavfall inom sitt territorium till Setco. Setco var ett aktiebolag som ägdes av ett antal kommuner och i vilket Comune di Ponte Nossa även, kort före tilldelningen, blivit minoritetsdelägare. Före tilldelningen hade ägarkommunerna antagit en bolagsordning för Setco som syftade till att underställa bolaget en kontroll motsvarande den de hade över sina egna förvaltningar, i enlighet med nationell lagstiftning.

I fråga om kontrollkriteriet uttalade domstolen inledningsvis att, bland de relevanta omständigheter som framkom av begäran om förhandsavgörande, först skulle prövas den tillämpliga lagstiftningen (som innehöll en bestämmelse som motsvarade Teckal-kriterierna), därefter frågan om det aktuella bolaget hade en marknadsmässig inriktning och slutligen vilka kontrollmekanismer som föreskrevs i Setcos bolagsordning (se domen i mål C-573/07, Sea, punkt 66).

Vad gällde de kontrollmekanismer som föreskrevs i Setcos bolagsordning, framgick det att delägarna genom ändringar som gjorts i bolagsordningen avsåg att ge bolagsstämman och styrelsen, organ som föreskrivs i italiensk bolagsrätt, överbyggande beslutsstrukturer som inte uttryckligen föreskrevs där, för att säkerställa en kontroll över Setco motsvarande den som utövades över deras egna förvaltningar. Det rörde sig bl.a. om en förstärkt kontroll genom dels en gemensam kommitté, dels en teknisk kommitté för respektive avdelning som svarade för

Setcos olika verksamheter. Med hänsyn till omfattningen av de kontroll- och beslutsbefogenheter som gavs de kommittéer som inrättats och till att dessa kommittéer var sammansatta av företrädare för ägarkommunerna, ansåg domstolen att sådana bestämmelser i bolagsordningen gav ägarna möjlighet att, genom kommittéerna, utöva ett bestämmande inflytande i fråga om såväl bolagets strategiska mål som dess viktiga beslut (se punkt 86).

Marknadsmässig inriktning

Vid sin bedömning i mål C-458/03, Parking Brixen, kom EU-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. EU-domstolen konstaterade att Stadtwerke hade fått en marknadsmässig inriktning som, enligt domstolen, gjorde det osäkert om kommunen kunde utöva kontroll (se domen i mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 67). 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 EU-domstolen bl.a. fasta på följande omständigheter:

- att Stadtwerke hade omvandlats till ett bolag av viss karaktär (aktiebolag),
- 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 (se 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. Detta visade enligt EU-domstolen att bolaget var mycket självständigt i förhållande till sina aktieägare (se punkt 68). 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 EU-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 (se punkt 69). En helhetsbedömning av alla omständigheter talade emot att kontrollkriteriet kunde anses vara uppfyllt.

I mål C-573/07, Sea, fann domstolen att kontrollkriteriet var uppfyllt i fråga om ett kommunägt aktiebolag. Beträffande frågan om det berörda

bolaget hade en marknadsmissig inriktning som hotade ägarnas kontroll över bolaget, prövade domstolen omfattningen av bolagets verksamhet, geografiskt och avseende inriktning, samt vilka möjligheter bolaget hade att skapa relationer till företag inom den privata sektorn. Bestämmelserna i bolagsordningen tydde enligt domstolen på dels att den geografiska räckvidden för bolagets verksamhet inte sträckte sig utanför de kommuner som ägde bolaget, dels att bolaget hade till syfte att tillhandahålla tjänster endast för dessa kommuner. Av bolagsordningen framgick dock att bolaget hade viss befogenhet att utföra tjänster till förmån för privatpersoner. Bolaget förklarade detta med att det var en nödvändig sidoeffekt av bolagets uppgifter inom offentlig sektor. Under förutsättning att befogenheterna bara var ett komplement till företagets huvudverksamhet hindrade, enligt domstolen, inte detta att bolagets huvudsyfte fortfarande var att tillhandahålla offentliga tjänster. Att bolaget hade sådana befogenheter räckte således inte för att kunna konstatera att det hade en marknadsmissig inriktning som hotade ägarnas kontroll över bolaget (se domen i mål C-573/07, Sea, punkt 79).

Kontrollen kan utövas gemensamt

Som framgått ovan behöver kontrollen över den fristående enheten inte vara individuell. Att kontrollen inte behöver vara individuell innebär att det inte finns något som hindrar att kontrollen utövas gemensamt av flera myndigheter. Det har även slagits fast att det vad gäller ett kollegialt organ saknar betydelse vilket beslutsförfarande, bl.a. majoritetsbeslut, som används (se bl.a. domen i mål C-324/07, Coditel, punkt 51). Det innebär att även en minoritetsägare i en fristående enhet kan uppfylla kontrollkriteriet.

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 mål C-295/05, Asemfo. I detta mål 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 skyldigt att utföra de beställningar som lämnades av myndigheterna och kunde inte avböja uppdraget eller bestämma de ekonomiska villkoren för detsamma. 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 om 0,25 procent av kapitalet ansåg EU-domstolen att inflytandet var tillräckligt för att kontrollkriteriet skulle anses vara uppfyllt (se även punkt 62 i domen i mål C-573/07, Sea).

EU-domstolen har ett flertal gånger uttalat att den omständigheten att den upphandlande myndigheten ensam eller tillsammans med andra 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 (se bl.a. domarna i mål C-340/04, Carbotermo, punkt 37, och mål C-324/07, Coditel, punkt 31). I mål C-340/04, Carbotermo, ansåg domstolen dock, trots att bolaget ägdes enbart av offentliga organ, att kontrollkriteriet inte var uppfyllt eftersom

Kontroll som utövas indirekt

Domstolen har i ett mål uttalat att förekomsten av ett mellanled i form av att den upphandlande myndighetens inflytande över bolagets beslut utövades genom ett holdingbolag kunde försvaga den kontroll som den upphandlande myndigheten eventuellt utövade till följd av att den ägde en del av aktiekapitalet (se domen i mål C-340/04, Carbotermo, första punkten i sammanfattningen).

Förekomsten av privata intressen

EU-domstolen har klargjort att det faktum att ett privat företag ingår som delägare i den fristående enheten, oavsett storleken på ägarandelen, utesluter att den upphandlande myndigheten kan anses utöva en kontroll över denna som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet, se domen i mål C-26/03, Stadt Halle, punkt 49. (Se även domarna i bl.a. mål C-29/04, Mödling, punkt 46, och mål C-573/07, Sea, punkt 46. Jfr dock domen i mål C-196/08, Acoset, punkterna 53–62.) EU-domstolen anmärkte att sambandet mellan en 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 (se bl.a. domen i mål C-26/03, Stadt Halle, punkterna 49–51).

Relevant tidpunkt för bedömningen

Frågan om vilken tidpunkt som är den relevanta för bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt har behandlats av EU-domstolen, bl.a. i domarna i mål C-29/04, Mödling, C-371/05, Mantua, och C-573/07, Sea. I det sist nämnda målet, som gällde en begäran om förhandsavgörande, hade frågan ställts om kontrollkriteriet kan uppfyllas när det finns en möjlighet för privata investerare att bli delägare i bolaget i fråga, även om så inte faktiskt skett. Domstolen slog återigen fast att generellt ska frågan om det faktiskt förekommer privata delägare i det bolag som tilldelas kontraktet prövas vid den tidpunkt då det offentliga kontraktet tilldelas. Domstolen uttalade vidare att det även kan vara relevant att ta hänsyn till om det, vid denna tidpunkt, enligt nationell lagstiftning inom kort kommer att bli möjligt för utomstående att förvärva aktier i detta bolag (se domen i mål C-573/07, Sea, punkt 47). I undantagsfall kan det dock, enligt domstolen, finnas särskilda omständigheter som gör att man måste beakta händelser som inträffar efter det att det berörda kontraktet har tilldelats. Så är enligt domstolen bl.a. fallet när andelar i det bolag som har tilldelats kontraktet överläts till ett privat företag kort efter det

att detta bolag tilldelats kontraktet i fråga inom ramen för ett konstlat upplägg avsett att kringgå unionsbestämmelserna på området (se domen i mål C-573/07, Sea, punkt 48).

Domstolen uttalade vidare att det inte kan uteslutas att andelar i ett bolag vid vilket tillfälle som helst kan komma att säljas till tredje man, men att det inte vore förenligt med rättssäkerhetsprincipen om redan den möjligheten skulle göra det omöjligt att någonsin definitivt avgöra om ett bolag som tilldelas ett offentligt kontrakt ska anses vara offentligägt (se domen i mål C-573/07, Sea, punkt 49). Om den upphandlande myndigheten äger samtliga andelar i ett bolag, ensam eller tillsammans med andra myndigheter, vid den tidpunkt då kontraktet i fråga tilldelas detta bolag, kan en möjlighet för privata investerare att köpa in sig i bolaget bara beaktas om det vid den tidpunkten konkret framgår att en sådan möjlighet kommer att erbjudas på kort sikt (se domen i mål C-573/07, Sea, punkt 50). Domstolen uttalade vidare att om ett kontrakt tilldelas ett offentligägt bolag utan anbudsförfarande på dessa villkor, utgör det en ändring av ett grundläggande villkor för kontraktet – vilket då fordrar inbjudan till anbudsgivning – om privata aktieägare i ett senare skede, men fortfarande inom kontraktets giltighetstid, tillåts bli delägare i bolaget (se domen i mål C-573/07, Sea, punkt 53).

Mellankommunala sammanslutningar

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 koncessionsgivande myndigheten ensam eller tillsammans med andra 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 (se domen i mål C-324/07, Coditel, punkt 31).

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 myndigheter som var anslutna till den

(se punkt 38). 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 (se punkt 39). 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 sistnämnda att utöva en kontroll över den kooperativa sammanslutningen motsvarande deras kontroll över sin egen förvaltning?” (se andra strecksatsen i punkt 42).

4.2.3 Verksamhetskriteriet

Det andra kriteriet som ska vara uppfyllt för att upphandlingsskyldighet 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.

Enligt EU-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 (se domen i mål C-340/04, Carbotermo, punkt 60, och domen i mål C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia mot Administración General del Estado, punkt 62). 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 (se domen i mål C-340/04, Carbotermo, punkt 61).

För att verksamhetskriteriet ska vara uppfyllt måste det ifrågavarande företaget därför bedriva huvuddelen av sin 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 (se domen i mål C-340/04, Carbotermo, punkt 63). Den nationella domstolen ska, enligt EU-domstolen, vid denna bedömning beakta alla omständigheter i målet, såväl kvalitativa som kvantitativa (se domen i mål C-340/04, Carbotermo, punkt 64).

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 (se domen i mål C-340/04, Carbotermo, punkt 70).

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 (se domen i mål C-340/04, Carbotermo, tredje punkten i domslutet).

5 Kontrollmöjligheter över egen förvaltning och företag

I detta avsnitt redogörs först för hur vissa organisationsformer som staten, kommuner och landsting använder sig av i sin verksamhet är uppbyggda och reglerade. Därefter behandlas kommuners och landstings respektive statens kontroll över den egna förvaltningen och över egna företag.

5.1 Vissa organisationsformer

EU-domstolen har inte begränsat kontroll- och verksamhetskriterierna till enbart aktiebolag utan använder sig bl.a. av skrivningen ”en i formellt hänseende fristående enhet” (se domen i mål C-107/98, Teckal, punkt 51). Detta medför att kontroll- och verksamhetskriterierna kan uppfyllas även vad avser andra juridiska personer än aktiebolag, såsom ekonomiska och ideella föreningar. I detta avsnitt behandlas aktiebolag, ekonomiska och ideella föreningar samt vissa offentligrättsliga samverkansformer för kommuner och landsting (kommunalförbund och gemensamma nämnder). Vad gäller stiftelser är stiftarens möjligheter till kontroll och inflytande mycket begränsade. Eftersom kontrollkriteriet därmed inte torde kunna uppfyllas i fråga om stiftelser behandlas denna typ av juridisk person inte här. Inte heller handelsbolag behandlas eftersom staten, kommuner och landsting i regel inte bedriver företag i form av handelsbolag.

Aktiebolag

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

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 ange-

lägenheter. Bolaget företräds av sin styrelse, firmateknare och/eller verkställande direktör beroende på vilken fråga som är aktuell.

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 revisions sed (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 formellt genom bolagsordning och olika bolagsstämmobeslut såsom ägardirektiv. Därutöver styrs bolag genom informell styrning, främst genom dialog mellan styrelsen och ägaren. 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 ett annat syfte än att bereda sina aktieägare vinst så ska detta andra syfte framgå av bolagsordningen (3 kap. 3 § ABL). Alla aktiebolag ska 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, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen (8 kap. 41 § ABL). Denna lydningsskyldighet är förenad med skadeståndsansvar (29 kap. 1 § ABL). Ägardirektiven måste fastställas på bolagsstämman för att kunna binda bolaget.

Ekonomiska och ideella 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, förkortad FL, vilken är uppbyggd med ABL som förebild. De ekonomiska föreningarnas organisationsstruktur är liksom aktiebolagens 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 hierarkin. Stämman kan med andra ord kräva att styrelsen och annan ställföreträdare för föreningen ställer sig till efterrättelse de särskilda föreskrifter som den meddelar (Carl Hemström, Organisationernas rättsliga ställning, sjunde uppl., 2007, s. 49).

För att en ekonomisk förening ska utgöra en juridisk person krävs att den registreras, vilket ska ske i föreningsregistret hos Bolagsverket (1 kap. 2 § FL). 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 företräds av sin styrelse. Styrelsen ska ha minst tre ledamöter (6 kap. 1 § FL). 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 § FL). I vissa fall ska även en verkställande direktör utses (6 kap. 3 § FL). I en ekonomisk förening ska det vidare finnas minst en revisor (8 kap. 1 § FL). 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 § FL).

Vad gäller ideella föreningar kännetecknas de av att ändamålet är ideellt och/eller att deras 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 FL 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. För de flesta föreningar är det vanligt med tre grundläggande funktioner: den beslutande funktionen (föreningsmötet), den verkställande funktionen (styrelsen), och den kontrollerande funktionen (revisorerna).

Kommunalförbund

Enligt kommunallagen (1991:900), förkortad 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 över-

lämnar 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).

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.

Gemensamma nämnder

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. En gemensam nämnd ska i princip kunna tilldelas uppgifter i samma omfattning som övriga nämnder. Uppgifterna som överlämnas måste dock vara gemensamma 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.

5.2.1 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, men de 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 än förvaltningsform.

Kommunal verksamhet kan således bedrivas både i nämndform och i företagsform. Enligt lagen gäller undantag 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 men gemensamma företag är också en viktig form för kommunal samverkan. 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 syftar till 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 avgörandet NJA 2008 s. 120 slagit fast att 8 kap. 3 c § KL (självkostnadsprincipen) inte gäller för kommunägda aktiebolag. Det är i stället kommunens sak att genom avtal eller med hjälp av andra tillgängliga instrument i t.ex. ABL se till att de kommunalrättsliga principerna blir gällande för det kommunala företaget.

5.2.2 Kontroll över egen förvaltning

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 (Alf Bohlin, Kommunalrättens grunder, femte uppl., 2007, s. 36). När nämnderna i enlighet med gällande författningar och reglementen handlägger konkreta förvaltningsärenden agerar de i princip självständigt och på eget ansvar.

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 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 och 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).

5.2.3 Kontroll över egna företag

Regleringen av kommunala företag i KL är inriktad på att ge kommuner och landsting möjlighet att kontrollera företagen. 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. 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 – även gäller för bolaget. 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.

Som nämnts i avsnitt 5.2.1 gäller kommunalrättsliga regler 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 kommunalrättsliga regler efterlevs. För t.ex. de kommunala aktiebolagen gäller ABL och kommunen får i fråga om dessa bolag som aktieägare använda sig av olika aktiebolagsrättsliga instrument. Kommunen kan exempelvis vid bolagsbildning lägga fast bestämmelser för bolagets verksamhet i bolagsordningen.

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). En jämförelse kan göras med verksamhet som nämnderna driver. En nämnd ska föra upp principiella ärenden eller frågor av större vikt till fullmäktige för att där beslutas i enlighet med 3 kap. 9 § KL. Som exempel på viktiga ärenden som en nämnd ska föra till fullmäktige och som fullmäktige ska ta ställning till kan nämnas försäljning av en fastighet över en viss beloppsgräns eller förändring av olika taxor. Kommunen måste på motsvarande sätt se till att ett kommunalt företag för över sådana ärenden till fullmäktige för beslut.

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.

5.3 Staten

EU-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). Vad gäller de statligt ägda företagen som förvaltas av Regeringskansliet finns det ett mindre antal bolag som finansieras delvis genom anslag. Fråga kan ställas om relationen mellan staten och dessa bolag skulle kunna aktualisera frågan om det föreligger ett upphandlingsrättsligt kontrakt.

5.3.1 Kontroll över egen förvaltning

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 RF eller annan lag. Enligt samma lagrum kan förvaltningsuppgifter överlämnas till bolag, förening, samfällighet, stiftelse, registrerat trossamfund eller någon av dess 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 uppdragen 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.

Styrningen kan riktas mot processer, prestation och samhällseliga 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 tilldelas på grundval av vissa prestationer. Styrning kan förmedlas till myndigheten genom t.ex. lagar, förordningar, regleringsbrev eller andra regeringsbeslut.

5.3.2 Kontroll över egna företag

Regeringen utser styrelseledamöter och revisorer i de statligt ägda bolagen. Statens ägarstyrning över bolagen utövas främst genom beslut på bolagsstämma och genom dialog med styrelseordförande. Uppföljning och utvärdering av företagen sker bl.a. genom ekonomiska analyser, branschanalyser och olika typer av rapporter från företagen.

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.

6 Ett temporärt undantag i lagen om offentlig upphandling

6.1 Behovet av en temporär lösning

Regeringens bedömning: Fram till dess att Utredningen om offentliga företag – upphandling, kontroll, insyn (Fi 2009:08) har presenterat ett förslag angående frågan om huruvida de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna bör införas mer permanent och fram till dess att en eventuell permanent reglering faktiskt införts, finns det behov av en temporär lösning som innebär att statens, kommuners och landstings anskaffning från egna företag under vissa förutsättningar inte behöver upphandlas enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU. Något motsvarande omedelbart behov av en temporär lösning finns inte såvitt gäller sådana upphandlingar som regleras i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, förkortad LUF.

Promemorians bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: En majoritet av remissinstanserna, bl.a. *Kommerskollegium, Uppsala universitet, Konkurrensverket, Arjeplogs m.fl. kommuner, Skåne läns landsting m.fl. landsting, Sveriges*

Kommuner och Landsting (SKL), Avfall Sverige och Kommunförbundet Stockholms län, är i huvudsak positiva till eller har ingen erinran mot promemorians förslag och bedömningar. Många av dessa remissinstanser, bl.a. *Uppsala universitet*, ett flertal kommuner, *SKL* och *Sveriges Offentliga Inköpare*, anser dock att kontroll- och verksamhetskriterierna bör införas permanent. *Solna kommun* m.fl. anser att det faktum att lagförslaget är tillfälligt leder till ekonomiska konsekvenser och försämrar kommunernas planeringsförutsättningar för lång tid framöver. Kommunen anser även att själva tidsbegränsningen i sig utgör ett intrång i den kommunala självstyrelsen. *Västra Götalands läns landsting* och *SKL* m.fl. instämmer i att det är ytterst angeläget att frågan hanteras skyndsamt, men framhåller att en temporär lagstiftning är att föredra framför ingen lagstiftning alls. *Avesta kommun* menar att det inte är en realistisk tidsplan att fram till den 1 januari 2013 både hinna utreda, fatta beslut och, vid ett eventuellt beslut om att inte tillämpa Teckalkriterierna, avsätta rimlig tid för staten, kommuner och landsting att omorganisera sin verksamhet. Kommunen väcker frågan om det, om bestämmelsen inte permanentas, finns någon plan för motsvarande regelverk under den tid staten, kommuner och landsting behöver för att avbolagisera och organisera om sin verksamhet. *Kommerskollegium* anför att kollegiet i normala fall skulle avråda från att begränsa det område som omfattas av offentlig upphandling, men att det inte är säkert att detta alternativt faktiskt skulle leda till en ökad offentlig upphandling eftersom upphandlande enheter då kan komma att avbolagisera sina verksamheter för att på så sätt komma runt kravet på att genomföra upphandlingar. *Sveriges advokatsamfund (Advokatsamfundet)* har inte någon erinran i och för sig mot promemorians förslag, men anser att det kan ifrågasättas om det inte vore lämpligare att utreda frågan grundligt och avvakta med lagstiftning till dess att ett slutgiltigt förslag kan presenteras. *Advokatfirman Delphi* m.fl. är av uppfattningen att den föreslagna bestämmelsen endast innebär att det oklara rättsläge som förelåg före Regeringsrättens domar i SYSAV-målen återställs. *Uppsala universitet* anför att Regeringsrättens avgörande gör en lagändring nödvändig och anser att rättsläget blir mer förutsebart om promemorians förslag förverkligas.

Ett antal remissinstanser, bl.a. *SKL* och *Avfall Sverige*, förordar att motsvarande reglering även införs i LUF.

Svensk Handel, Svenskt Näringsliv, Återvinningsindustrierna m.fl. avstyrker eller är i huvudsak negativa till promemorians förslag och bedömningar. *Konkurrenskommissionen* anser att regeringen först bör utreda bl.a. kontrollrekvisitets förenlighet med svensk aktiebolagsrätt ytterligare. Kommissionen ifrågasätter det samhällsekonomiskt lämpliga i att inskränka konkurrensen på ett så centralt ekonomiskt betydelsefullt område som kommunal avgifts- eller taxefinansierad verksamhet. *Svensk Handel* och *Svenskt Näringsliv* m.fl. anser att promemorians förslag sannolikt skulle leda till fortsatta brott mot upphandlingsreglerna – framför allt från kommunernas sida – i form av otillåten direktupphandling. De anser att det kan förväntas dröja lång tid innan den svenska prejudikatbildningen fått sådan volym att dess vägledande effekter kan börja påverka upphandlande myndigheters beteenden. Det ifrågasätts också varför det under denna omställningsperiod skulle vara omöjligt att

följa reglerna om offentlig upphandling. *Almega* anser att förslaget innebär att det konserveras en modell med offentliga verksamheter som bolagiseras och tilldelas uppdrag utan konkurrens, även där det finns fungerande marknader. Från flera håll, bl.a. *Svenskt Näringsliv*, har även behovet av en förändring av den offentliga förvaltningens organisation starkt betonats. *Stockholms Handelskammare* ser positivt på ansatsen att bringa klarhet i den situation som råder på detta område men anser att promemorians förslag skulle vara till skada för konkurrensen och den offentliga upphandlingen i sin helhet. Handelskammaren poängterar att många av de kommunalägda bolagen bedriver konkurrensutsatt verksamhet i sådan omfattning att det är tveksamt om de skulle klara det föreslagna verksamhetskriteriet. *Återvinningsindustrierna* anser att en lagändring inte är nödvändig med hänsyn till ny rättspraxis från EU-domstolen. Enligt *Återvinningsindustrierna* har EU-domstolen i den i september 2009 meddelade domen i mål C-573/07 utsträckt de s.k. Teckal-kriterierna till att även omfatta vissa av EG-fördragets bestämmelser och pekar på att domstolen klargjort att artiklarna 12, 43 och 49 EG (numera artiklarna 18, 49 och 56 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, EUF-fördraget), liksom de allmänna principer som dessa ger uttryck för, inte är tillämpliga om kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda. Regeringsrättens avgörande i SYSAV-målen förefaller enligt *Återvinningsindustrierna* därmed överspelat. Med detta synsätt utgör Teckal-kriterierna enligt *Återvinningsindustrierna* inte något formellt och i Sverige icke införlivat undantag från upphandlingsdirektiven, utan preciserar endast upphandlingsdirektivens och fördragets tillämpningsområde.

Återvinningsindustrierna anser vidare att det saknas en självständig utredning i fråga om ekonomiska konsekvenser av en omställning i den offentliga sektorn. *Återvinningsindustrierna* har låtit utföra en granskning av de kommunala avfallsbolagen som visar att Teckal-kriterierna i stort sett saknar betydelse för avfallsbranschen eftersom de kommunala avfallsbolagen är mycket aktiva på den konkurrensutsatta marknaden och därmed inte uppfyller verksamhetskriteriet. *Återvinningsindustrierna* anser att regeringen bör överväga att lagstifta i syfte att öppna för möjligheten att transformera helägda aktiebolag till balansräkningsenheter inom kommunen, och delägda bolag till kommunalförbund, och på så sätt undvika de skattekostnader som sägs försvåra ombildningen. Enligt *Återvinningsindustriernas* uppfattning borde, under alla omständigheter, de påstådda omstruktureringskostnaderna ha vägts mot effektivitetsvinsterna och de därmed förenade besparingarna vid en konkurrensutsättning. *Regelrådet* anser att promemorians konsekvensanalys får anses som godtagbar eftersom förslagen inte innebär annat än en anpassning av lagstiftningen till den praxis som EU-domstolen utvecklat och som faktiskt synes ha tillämpats i Sverige.

Ett flertal remissinstanser, bl.a. *Uppsala universitet*, *Konkurrensverket* och *Stockholms läns landsting*, välkomnar förslaget om en kommande utredning. *Konkurrensverket* anser att det är nödvändigt att Teckal-undantaget i svensk rätt omgärdas av ett regelverk som gör att det inte kan missbrukas och understryker vikten av den kommande utredningens uppdrag att analysera behovet av att de kommunalrättsliga principerna får större genomslag i de kommunala bolagen.

Skälen för regeringens bedömning: EU-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 en myndighet som är en upphandlande myndighet anskaffar varor och tjänster från en enhet som är anknuten till myndigheten, men som i formellt hänseende är fristående i förhållande till den. Detta gäller dock endast om de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda. I sådana fall föreligger inte något kontrakt i upphandlingsdirektivets mening och direktiven är därför inte tillämpliga.

Regeringsrätten har i sitt avgörande i SYSAV-målen (RÅ 2008 ref. 26) bedömt att EU-domstolens praxis i form av de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna inte är möjlig att tillämpa såvida det inte införs en uttrycklig bestämmelse om detta i svensk lagstiftning. Återvinningsindustrierna har anfört att Regeringsrättens avgörande förefaller vara överspelat i och med EU-domstolens nyligen meddelade dom i mål C-573/07, Sea. Återvinningsindustrierna har hänvisat till att EU-domstolen i denna dom utsträckt sin praxis till att även omfatta vissa av EG-fördragets bestämmelser och har pekat på att domstolen klargjort att artiklarna 12, 43 och 49 EG (numera artiklarna 18, 49 och 56 i EUF-fördraget), liksom de allmänna principer som dessa ger uttryck för, inte är tillämpliga om kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda. Detta är dock en upprepning av ett uttalande som EU-domstolen gjort i mål C-458/03, Parking Brixen. Domen i sistnämnda mål meddelades redan år 2005 och förelåg således vid tiden för Regeringsrättens avgörande. Regeringen delar därför inte Återvinningsindustriernas uppfattning att rättsläget har förändrats på så sätt att en lagändring inte längre är nödvändig för att kontroll- och verksamhetskriterierna ska kunna tillämpas i Sverige. Staten, kommuner och landsting är enligt gällande rätt skyldiga att genomföra upphandling i enlighet med LOU när de anskaffar varor och tjänster från t.ex. bolag som de äger själva eller som de äger tillsammans med andra kommuner eller landsting. Regeringsrättens avgörande ställer krav på en mycket snabb och i vissa fall även potentiellt kostsam omställning i den offentliga sektorn eftersom avgörandet medför att staten, kommuner och landsting är tvungna att antingen genomföra upphandling i enlighet med LOU, och då riskera att förlora upphandlingskontrakt vilket kan medföra stora omställningskostnader, eller att avbolagisera sin verksamhet.

En betydande del av den kommunala verksamheten har organiserats i bolagsform. I stort sett alla kommuner och landsting har någon verksamhet i sådan form. För närvarande finns drygt 1 600 aktiva hel- eller delägda företag med kommunalt ägande. Mycket stora värden finns i dag i den kommunala bolagssektorn. Verksamheten i dessa bolag omsätter drygt 145 mdkr och har cirka 45 000 anställda. Även staten är en stor ägare av företag. Mer än 200 000 personer arbetar i företag där staten helt eller delvis är ägare.

Att avbolagisera en verksamhet medför normalt kostnader för staten, kommuner och landsting. Det kan t.ex. avse kostnader för det administrativa arbetet. Skattekonsekvenserna av att avbolagisera en verksamhet och återföra den till kommunal förvaltningsform är också i de flesta fall betydande.

Upphandling är ett viktigt verktyg för att säkerställa fri rörlighet för varor och tjänster. 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 korrupktion 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 ger kommuner och landsting frihet att organisera sin verksamhet. De kan välja om verksamheten ska bedrivas i nämndform eller i företagsform. Denna organisationsfrihet är en mycket viktig del i den kommunala självstyrelsen. Avgörandet i SYSAV-målen innebär att den kommunala organisationsfriheten begränsas och det 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. Med hänsyn bl.a. till de potentiellt negativa effekterna för konkurrensen och konsumenterna som en utebliven upphandling i förlängningen kan ge upphov till anser regeringen att frågan om en mer varaktig reglering bör införas i LOU eller inte måste analyseras mer ingående. Regeringen har därför tillsatt en särskild utredare som har fått i uppdrag att närmare analysera behovet av och förutsättningarna för en sådan reglering (dir. 2009:81). Utredningen om offentliga företag – upphandling, kontroll, insyn (Fi 2009:08) ska redovisa sitt uppdrag senast den 30 november 2010.

Med hänsyn till de stora ekonomiska konsekvenser som sannolikt skulle drabba framför allt kommuner och landsting fram till dess att utredningen har presenterat ett förslag eller en eventuell reglering faktiskt har införts, är det dock angeläget att nu vidta åtgärder för att en övergång till en eventuell permanent reglering 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 ändringsdirektivets⁵ bestämmelser om rättsmedel, enligt regeringens förslag i lagrådsremissen Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, föreslås träda i kraft den 1 juli 2010. Dessa bestämmelser kommer enligt förslaget att vara tillämpliga på upphandlingar som påbörjats efter ikraftträdandet och innebär bl.a. att en

⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (EUT L 335, 20.12.2007, s. 31, Celex 32007L0066), ändringsdirektivet.

marknadsskadeavgift kan påföras en upphandlande myndighet som genomför en otillåten direktupphandling.

Med hänsyn till att frågan måste hanteras skyndsamt är det därför, i avvaktan på resultatet av och ställningstagandet till ovan nämnda utredning, nödvändigt med en tillfällig lösning. Flera remissinstanser, däribland *SKL*, anser dock att en undantagsbestämmelse bör införas permanent redan nu. *Solna kommun* m.fl. har anfört att en tillfällig lösning i sig bl.a. kan leda till ekonomiska konsekvenser och försämrade planeringsförutsättningar.

Regeringen anser att frågan om behovet och omfattningen av en mer varaktig reglering är komplicerad och innefattar många olika intressen som noggrant måste vägas mot varandra. Det är därför av största vikt att frågan analyseras och utreds mer ingående innan ställning kan tas till om en eventuell permanent reglering bör införas. Som framgått ovan har regeringen tillsatt en utredning som fått detta uppdrag.

Sammanfattningsvis anser regeringen att det på kort sikt bör införas en reglering motsvarande kontroll- och verksamhetskriterierna i upphandlingslagstiftningen. Syftet med regeringens förslag är 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 staten, 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. *Avesta kommun* har väckt frågan om det, om regleringen inte permanentas, finns någon plan för motsvarande regelverk under den tid staten, kommuner och landsting behöver för att avbolagisera och omorganisera sin verksamhet. Denna bedömning får enligt regeringen göras när ställning ska tas till eventuella förslag av nämnda utredning.

Avgörandet i SYSAV-målen gäller kontrakt som tilldelas inom den klassiska sektorn, dvs. kontrakt som omfattas av LOU. För försörjningssektorerna finns bestämmelser i 1 kap. 15–17 §§ 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 byggentreprenader, varor och tjänster som levereras till den upphandlande enheten eller samriskföretaget motsvarar minst 80 procent av det anknutna företags genomsnittliga omsättning av byggentreprenader, varor respektive tjänster under de föregående tre åren. Utöver dessa bestämmelser medger 1 kap. 17 § LUF undantag under vissa förutsättningar för kontrakt mellan en upphandlande enhet och ett samriskföretag bildat uteslutande av upphandlande enheter för att bedriva verksamhet inom försörjningssektorerna.

Ett antal remissinstanser, bl.a. *Avfall Sverige*, förordar att en reglering som motsvarar kontroll- och verksamhetskriterierna införs även i LUF. 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 aktuella undantagssituationen, gör

regeringen dock bedömningen att något omedelbart behov av en sådan reglering inte föreligger i fråga om LUF. Den ovan nämnda utredningen som ska undersöka om, och i så fall på vilka områden, en permanent reglering bör införas i svensk lagstiftning ska också överväga om det finns skäl att införa en motsvarande reglering i LUF. Med hänsyn till detta och till att det nu inte föreligger något mer akut behov av en motsvarande reglering anser regeringen att en tillfällig lösning endast bör omfatta LOU.

Stockholms Handelskammare, och även *Återvinningsindustrierna*, poängterar att många kommunalägda bolag bedriver konkurrensutsatt verksamhet i sådan omfattning att det är tveksamt om de uppfyller verksamhetskriteriet. Det är viktigt att understryka att en reglering 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 och det är upp till myndigheten att organisera sin verksamhet på ett sådant sätt att detta möjliggörs. Eftersom kriterierna ställer stora krav på den upphandlande myndighetens kontroll över den fristående juridiska personen och krav på att eventuell sidoverksamhet endast får vara av marginell karaktär, kommer detta sannolikt att medföra att bl.a. många bolag inte kommer att omfattas av en sådan reglering. I sådana fall kommer de upphandlande myndigheterna att behöva antingen avbolagisera verksamheten, förändra bolagets organisation och inriktning eller upphandla enligt bestämmelserna i LOU.

6.2 Kontrollkriteriet och statliga och kommunala företag

Regeringens bedömning: Den svenska aktiebolagsrätten bör inte utsluta att ett villkor motsvarande kontrollkriteriet kan uppfyllas. Inte heller bör regleringen avseende ekonomiska föreningar utsluta att kriteriet kan uppfyllas. Samma bedömning bör kunna göras i fråga om ideella föreningar.

Såväl statligt som kommunalt ägda aktiebolag bör formellt sett kunna uppfylla kontroll- och verksamhetskriterierna. Detsamma bör gälla även i fråga om ekonomiska och ideella föreningar i vilka staten, kommuner eller landsting är medlemmar.

Promemorians bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Det stora flertalet av remissinstanserna yttrar sig inte särskilt i denna del. Av de remissinstanser som yttrat sig ifrågasätter flera att kontrollkriteriet kan uppfyllas i fråga om svenska aktiebolag. *Konkurrensverket* har dock inte någon erinran mot promemorians bedömning, men förordar att den kommande utredningen närmare analyserar frågorna om den svenska aktiebolagsrättens förenlighet med kontrollkriteriet. *Östersunds kommun* anser att kommunen som ägare har ett stort inflytande bl.a. genom aktieägardirektiv och uppföljning och den aktiva ägarstyrning som utvecklats inom kommunsektorn. Flera remissinstanser, däribland *Svenskt Näringsliv*, *Återvinningsindustrierna* och *Juridiska institutionen vid Umeå universitet*, anser att det är tveksamt

om ett svenskt aktiebolag kan uppfylla det s.k. kontrollkriteriet. *Företagarna*, *Återvinningsindustrierna* och *Konkurrenskommissionen* efterfrågar utförligare och mer djuplodande analyser av rättsläget i fråga om svenska aktiebolag och den svenska aktiebolagsrättens förenlighet med Teckal-kriterierna.

Konkurrenskommissionen anser att behovet av ytterligare analys framstår som särskilt angeläget i belysning av EU-domstolens nyligen meddelade dom i det s.k. Sea-målet (C-537/07). Kommissionen menar att EU-domstolen, i mål C-458/03, *Parking Brixen*, avseende ett helägt kommunalt aktiebolag, har uttalat att redan karaktären av denna bolags-typ gör det osäkert om ägarkommunen kan anses utöva en tillräcklig kontroll över bolagets förvaltning för att Teckal-undantaget ska kunna komma ifråga. Vidare anser *Konkurrenskommissionen* att EU-domstolen i Sea-målet upprepat att det vid sidan om bolagets ordinarie styrorgan måste finnas en organisation som säkerställer att ägarna kan utöva ett bestämmande inflytande i fråga om såväl bolagets strategiska mål som för bolaget viktiga beslut. *Konkurrenskommissionen* saknar en djupare analys av på vilket sätt den föreslagna lagändringen överensstämmer med den svenska aktiebolagslagens reglering och i vad mån kommunala ägare av svenska aktiebolag över huvud taget i sina aktiebolag kan införa en organisation som tillförsäkrar dem, vid sidan om ordinarie bolagsstyrelse och stämma, ett direkt och bestämmande inflytande över bolagens strategiska mål och dess viktiga beslut. Kommissionen menar att en dylik ordning med direkt ägarstyrning inte är möjlig i svenska aktiebolag. *Svenskt Näringsliv* m.fl. anser också att det fortfarande på goda grunder måste anses att svensk aktiebolagslagstiftning hindrar att kontrollkriteriet över huvud taget kan uppfyllas. *Stockholms Handelskammare* anser att det, med tanke på den självständiga ställning som styrelsen har i svenska aktiebolag, är en långtgående tolkning att kommunala aktiebolag skulle klara det föreslagna kontrollkriteriet. Även *Juridiska institutionen vid Umeå universitet* anser att det är tveksamt om kommunen kan anses ha den kontroll över svenska aktiebolag som krävs för att uppfylla kontrollkriteriet. *Återvinningsindustrierna*, som också ifrågasätter om ett svenskt aktiebolag kan uppfylla det s.k. kontrollkriteriet, hänvisar till följande omständigheter. Ett aktiebolag är en egen juridisk person och därigenom självständigt i förhållande till sin eller sina ägare. Ägaren måste hålla sig inom de ramar som ABL ställer upp, bl.a. att iaktta de regler som ställs upp till skydd för aktiebolagets borgenärer, vilka kan påverka aktiebolagets möjlighet att prissätta på det sätt som ägaren önskar. Någon möjlighet att genom ett aktieägaravtal eller på något annat sätt, sätta bolagsstämmans eller styrelsens kompetens åt sidan genom sådana åtgärder som beskrivs i mål C-573/07 finns inte i svensk rätt. Om det kontrollkriterium som EU-domstolen har uppställt innebär att en myndighet som i sig är skyldig att upphandla måste utöva en kontroll över ett aktiebolag som helt motsvarar den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning är detta krav inte uppfyllt. Det är uppenbart att en kommun som äger ett aktiebolag tillsammans med en eller flera andra kommuner inte har motsvarande kontroll över bolaget som kommunen har över sin egen förvaltning. Den eller de som representerar majoriteten måste ofta beakta minoritetens krav. Innehar två ägare lika många aktier i

ett aktiebolag kommer bolagets styrning och förvaltning i allt väsentligt att bestämmas genom lottdragning om inte ägarna kommer överens.

Konkurrensverket anser att den kommande utredningens analys även bör innefatta frågan om driften av allmännyttiga verksamheter bör bedrivas inom ramen för en särskild bolagsform och om detta bättre skulle kunna säkerställa att kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda i de enskilda fallen. Även *Juridiska institutionen vid Umeå universitet* och *Konkurrenskommissionen* pekar på behovet av en fördjupad analys av behovet av en särskild bolagsform avsedd för verksamhet i offentlig regi.

Skälen för regeringens bedömning

Svensk aktiebolagsrätt m.m.

Flera remissinstanser, bl.a. *Svenskt Näringsliv*, *Återvinningsindustrierna* och *Juridiska institutionen vid Umeå universitet*, har ifrågasatt om kravet på att den upphandlande myndigheten ska utöva en kontroll över bolaget som motsvarar den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet) över huvud taget går att uppfylla med hänsyn till svensk aktiebolagsrätt. *Konkurrenskommissionen*, och även *Återvinningsindustrierna*, anser att behovet av mer djuplodande analyser av rättsläget framstår som särskilt angeläget i belysning av EU-domstolens nyligen meddelade dom i mål C-537/07, *Sea*. Frågan är avgörande för om kontrollkriteriet över huvud taget bör införas i svensk rätt.

EU-domstolen har i sin praxis inte någon gång 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. Domstolen har i sina avgöranden på området 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”). 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.

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 EU-domstolens praxis, dels en mellan styrnings- och kontrollmöjligheterna i kommunala bolag och kommunala förvaltningar (se Daniel Stattin, *Kommunal aktiebolagsrätt*, andra uppl., Uppsala universitet, 2007). Vid en jämförelse mellan svensk och italiensk aktiebolagsrätt har det konstaterats att det i svensk rätt finns betydligt bättre

möjligheter att kontrollera ett aktiebolags verksamhet än i italiensk rätt. Anledningen till detta är att bolagsorganen i ett svenskt aktiebolag står i hierarkiskt förhållande till varandra till skillnad från vad som gäller i ett italienskt publikt bolag. I ett italienskt publikt bolag har bolagsorganen en strikt funktionsindelning och aktieägarna har inte laglig rätt att påverka bolagsstyrelsen i andra fall än när det är uttryckligen tillåtet (se *Stattin*, s. 87 f).

En förutsättning för att kontroll- och verksamhetskriterierna över huvud taget ska bli aktuella är att det finns en i förhållande till den upphandlande myndigheten i formellt hänseende fristående juridisk person eller enhet. Att ett aktiebolag utgör en egen juridisk person och därmed är självständigt i förhållande till sin ägare kan därför inte i sig medföra att kontrollkriteriet inte kan uppfyllas. Kontrollkriteriet innebär inte att myndigheten *måste* utöva en kontroll över aktiebolaget som *helt* motsvarar den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning. Kontrollkriteriet innebär däremot ett krav på att kontrollen ska motsvara den kontroll som myndigheten utövar över egen förvaltning, men innebär inte att kontrollen i alla aspekter behöver vara identisk med denna, något som EU-domstolen upprepade gånger slagit fast. Det förhållandet att ägaren eller ägarna inte helt kan underlåta att iaktta vissa av ABL:s regler, som t.ex. beslutsregler eller regler som har till syfte att skydda borgenärsintressen, bör därför inte heller utesluta att kontrollkriteriet kan uppfyllas. EU-domstolen har vidare uttryckligen slagit fast att den kontroll som den upphandlande myndigheten utövar över den fristående enheten kan utövas gemensamt av flera myndigheter. Det förhållandet att exempelvis en kommun äger det ifrågakvarande bolaget tillsammans med andra kommuner kan därför inte i sig utesluta att kontrollkriteriet kan uppfyllas. Av EU-domstolens praxis följer även att det i fråga om ett kollegialt organ saknar betydelse vilket beslutsförfarande, bl.a. majoritetsbeslut, som används. Det förhållandet att ägaren eller ägarna måste förhålla sig till bl.a. aktiebolagsrättsliga minoritetsregler kan därför inte heller utesluta att kontrollkriteriet kan uppfyllas.

Konkurrenskommissionen hänvisar till EU-domstolens dom i mål C-537/07, *Sea*, och anser att det vid sidan om ordinarie bolagsstyrelse och stämma krävs en organisation som tillförsäkrar ägaren eller ägarna ett direkt och bestämmande inflytande över bolagen för att kontrollkriteriet ska kunna uppfyllas. Konkurrenskommissionen anser att en sådan ordning med direkt ägarstyrning inte är möjlig i svenska aktiebolag. Enligt regeringen bör det dock beaktas att EU-domstolen inte gav uttryck för att de omständigheter som förelåg i nämnda mål skulle motsvara en lägsta nivå i fråga om vad som krävs för att kontrollkriteriet ska kunna anses uppfyllt. Det gavs i domen inte heller uttryck för att det finns något krav på att det vid sidan av bolagets ordinarie styrorgan måste finnas en särskild organisation, genom vilken ägaren eller ägarna kan utöva ett direkt inflytande över den fristående juridiska personen, för att kontrollkriteriet ska kunna uppfyllas. Domen innebär, enligt regeringens mening, inte att kontrollkriteriet innefattar något krav på att bolagsstämmans eller styrelsens kompetens måste sättas åt sidan på samma sätt som gjordes i detta mål.

Konkurrenskommissionen anser också att EU-domstolen, i mål C-458/03, *Parking Brixen*, avseende ett helägt kommunalt aktiebolag, har

uttalat att redan karaktären av denna bolagstyp gör det osäkert om ägarkommunen kan anses utöva en tillräcklig kontroll över bolagets förvaltning för att Teckal-undantaget ska kunna komma ifråga. Enligt regeringens mening bör i sammanhanget framhållas att omvandlingen till ett aktiebolag och karaktären av denna bolagstyp bara var en av flera omständigheter som EU-domstolen tog hänsyn till i det aktuella målet. När domstolen besvarade tolkningsfrågan togs denna fråga inte upp särskilt (se domen i mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 72). Det kan vidare nämnas att det i målet var fråga om ett italienskt publikt bolag i vilket, som framgått ovan, bolagsorganen, till skillnad från vad som gäller enligt svensk aktiebolagsrätt, har en strikt funktionsindelning och aktieägarna inte har laglig rätt att påverka bolagsstyrelsen i andra fall än när det uttryckligen är tillåtet. EU-domstolen har också slagit fast att det förhållandet att den fristående enheten har formen av ett bolag inte utesluter att kontroll- och verksamhetskriterierna kan tillämpas (se bl.a. punkt 41 i domen i mål C-573/07, Sea).

Den svenska aktiebolagsrättsliga regleringen innebär att aktiebolagen har en hierarkisk struktur där ägaren har en stark ställning och relativt stora möjligheter att utöva formell styrning av bolaget. Bolagsstämman har i princip rätt att fatta beslut i bolagets samtliga angelägenheter. 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. För det fall bolagets styrelse inte skulle följa bolagsstämmans, dvs. ägarens eller ägarnas, direktiv kan bolagsstämman bl.a. avsätta styrelsen med i princip omedelbar verkan. Med hänsyn till hur den svenska aktiebolagsrätten är utformad bedömer regeringen att den aktiebolagsrättsliga regleringen i sig inte bör utesluta att kontrollkriteriet kan uppfyllas i fråga om aktiebolag. Det är i stället den konkreta utformningen av bolagsordning och bolagsstämmbeslut etc. i det enskilda fallet som är avgörande för om den upphandlande myndigheten kan anses ha ett tillräckligt inflytande i den juridiska personen. Det bör tilläggas att det i sammanhanget måste göras en samlad bedömning av samtliga omständigheter. Det ankommer således på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma om bestämmelserna är tillämpliga. Det kan även nämnas att vissa länder som har snarlika aktiebolagsrättsliga system som Sverige tillämpar kontroll- och verksamhetskriterierna, t.ex. Finland och Danmark.

Vad gäller ekonomiska föreningar är FL 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 FL 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. Vad gäller ideella föreningar saknas motsvarande reglering. Det står därför medlemmarna fritt att utforma stadgar och liknande styrinstrument på ett sätt som medger att kontroll kan uppnås. Kontrollkriteriet bör därför kunna uppfyllas också i fråga om ideella föreningar.

Kontroll- och verksamhetskriterierna bör, som nämnts i föregående avsnitt, 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 kommuner och landsting att uppfylla kontrollkriteriet i fråga om kommunalt ägda företag måste dock en jämförelse göras mellan deras kontroll och styrning över den egna förvaltningen och deras kontroll över det aktuella företaget.

Vad 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 den verkställande direktören. 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. Regeringen anser därför, till skillnad från bl.a. *Stockholms Handelskammare* och *Juridiska institutionen vid Umeå universitet*, 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. Detsamma bör gälla ideella föreningar. Det torde dock vara sällan förekommande att kommuner och landsting är medlemmar i ekonomiska föreningar.

De statliga förvaltningsmyndigheterna under regeringen har en lydndsplikt gentemot regeringen. Regeringen har möjlighet till formell styrning genom t.ex. instruktioner och regeringsbeslut. I regleringsbrevet, 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 § RF som anger att ingen myndighet, inte heller riksdagen eller kommuns beslutande organ, får bestämma hur förvaltningsmyndigheten 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 bolag som ägs av staten och förvaltas av Regeringskansliet. Statens ägarstyrning av bolagen utövas främst genom beslut på bolagsstämma och genom dialog med styrelseordförande.

Vid en jämförelse av statens formella möjligheter till styrning över den egna förvaltningen och de möjligheter till styrning över bolag som finns i bl.a. ABL blir bedömningen att även statliga företag, i vissa fall, bör kunna organiseras och styras på ett sådant sätt att kontrollkriteriet uppfylls. Utredningen om offentliga företag – upphandling, kontroll, insyn (Fi 2009:08) kommer närmare att belysa denna möjlighet. Vad gäller frågan om ägardirektiv tillämpas i statliga bolag sådana i begränsad utsträckning.

Några remissinstanser, bl.a. *Juridiska institutionen vid Umeå universitet*, pekar på vikten av en fördjupad analys av behovet av en särskild bolagsform avsedd för verksamhet i offentlig regi. Eftersom regeringens bedömning är att kontroll- och verksamhetskriterierna i princip bör kunna uppfyllas i fråga om svenska aktiebolag och ekonomiska och ideella föreningar saknas skäl att nu, inom ramen för en temporär lösning, behandla denna fråga.

6.3 Kontroll- och verksamhetskriterierna införs i lagen

Regeringens förslag: Nya bestämmelser införs i LOU som innebär att ett kontrakt i lagens mening inte föreligger om en upphandlande myndighet, som är en statlig eller kommunal myndighet eller en beslutande församling i en kommun eller ett landsting, anskaffar varor eller tjänster m.m. från en leverantör som är en juridisk person som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i, eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900). Detta gäller endast under förutsättning att två villkor är uppfyllda. Villkoren har sin direkta motsvarighet i kontroll- och verksamhetskriterierna (de s.k. Teckal-kriterierna).

Regeringens bedömning: De nya bestämmelserna kan även tillämpas i fråga om sådana upphandlingar som regleras i lagens 15 kap., men som inte omfattas av direktivet, och koncessioner.

Promemorians förslag och bedömning: Överensstämmer delvis med regeringens förslag. I promemorian föreslås att de nya bestämmelserna förs in i en befintlig paragraf i LOU. Promemorians förslag är utformat på ett delvis annat sätt som bl.a. innebär att bestämmelserna kan tillämpas även i fråga om avtal som sluts av en upphandlande myndighet som inte är en myndighet, en kommun eller ett landsting utan som är exempelvis ett bolag.

Remissinstanserna: En majoritet av remissinstanserna, bl.a. *Länsrätten i Stockholms län, Kommerskollegium, Statskontoret, Uppsala universitet, Konkurrensverket, Bolagsverket, Arjeplogs, Göteborgs, Stockholms, Trelleborgs* m.fl. kommuner, *Skåne läns landsting* m.fl. landsting, *SKL, Advokatsamfundet, Företagarna, Avfall Sverige, Advokatfirman Delphi* och *Advokatfirman Lindahl KB*, tillstyrker promemorians förslag eller lämnar dem utan erinran. Nio remissinstanser, bl.a. *Svensk Handel, Svenskt Näringsliv* och *Återvinningsindustrierna*, avstyrker eller är i huvudsak negativa till promemorians förslag.

Flera remissinstanser, däribland *Falkenbergs kommun, Västra Götalands läns landsting* och *Sveriges Offentliga Inköpare*, anser att den kommunala organisationsfriheten och den kommunala självstyrelsen inskränks om den föreslagna bestämmelsen inte införs. Från bl.a. *Uppsala universitet* påpekas att rättsläget kommer att vara långt mindre förmånligt för stat och kommun i Sverige jämfört med andra länder om förslagen inte genomförs.

Svenskt Näringsliv m.fl. anser att en sådan lagändring sannolikt skulle leda till fortsatta brott mot upphandlingsreglerna, vilket även *Stockholms Handelskammare* befarar, och anför att promemorian brister i grundlig analys av de juridiska sakförhållandena och i realism avseende de praktiska konsekvenserna av att förse de upphandlande myndigheterna med vad som kan förväntas bli en flitigt utnyttjad förevändning för att undgå tvånget att upphandla enligt lagens regler. *Svenska Järn- och Metalls krothandlareföreningen* anför att producenternas samarbete med kommunerna och deras återvinningsstationer har utvecklats alltmer till förfång för de privata aktörerna och att det kommunala engagemanget kommer att flyttas fram ytterligare på bekostnad av privata inslag.

Företagarna accepterar att EU-rättens Teckal-kriterier införs i svensk lagstiftning och anser det vara naturligt att de bedömningsprinciper som gäller enligt EU-rätten även ska kunna komma i tillämpning i Sverige. *Företagarna* vill dock understryka att det är av största vikt att de svenska reglerna enbart motsvarar Teckal-kriterierna och inte ges en vidare omfattning.

Flera remissinstanser, däribland *Advokatsamfundet* och *Lunds kommun*, anser det önskvärt om bestämmelsen kan utformas på ett sätt som gör dess tillämpning enklare. Vissa, bl.a. *Sveriges Offentliga Inköpare*, anser att bestämmelsen bör förtydligas, bl.a. så att det framgår vilka relationer som omfattas av kriterierna, medan andra, bl.a. *SKL* och *Avfall Sverige*, anser att bestämmelsen bör utformas mer flexibelt så att

den möjliggör att kommande rättspraxis från EU-domstolen beaktas. *Tomelilla kommun* anser att det tydligt bör framgå att alla former av kommunal samverkan omfattas av den nya bestämmelsen. *Umeå universitet* m.fl. lyfter fram problemen med holdingbolag och efterfrågar förtydliganden rörande dessa situationer. *Falu kommun* anser att föreslagen lagtext inte är tillräcklig. Kommunens bedömning är att flertalet kommuner inte klarar verksamhetskriteriet. Kommunen föredrar därför att lagen ändras så att avfallshantering inte omfattas av upphandlings-skyldighet med hänvisning till att avfallshandlingen är ett samhälls-ansvar. *Västra Götalands läns landsting* och *SKL* m.fl. påpekar att det inte är fråga om att de kommuner alternativt landsting som samverkar i en gemensam nämnd innehar denna nämnd. Enligt *SKL* kan en annan kommun inte heller utöva kontroll över värdkommunen. Vad gäller kontrollkriteriet anser *Advokatsamfundet* m.fl. att det bör klargöras att möjligheten till privat ägande inte hindrar att kriteriet är uppfyllt.

Några remissinstanser, bl.a. *SKL* och *Sveriges Offentliga Inköpare*, påpekar att promemorian är otydlig vad gäller den omvända situationen när ett kommunalt företag sluter avtal om köp av varor och tjänster från sin ägare. Enligt dem gör Teckal- domen ingen skillnad mellan de två situationerna. Vissa remissinstanser, däribland *SKL* och *Konkurrenskommissionen*, pekar också på att köp mellan organisationer inom den kommunala koncernen inte heller behandlas i promemorian, men att dessa förhållanden måste klargöras. Enligt *SKL* m.fl. ger EU-domstolens dom i mål C-480/06 stöd för att inte heller sådana köp omfattas av upphandlingsdirektiven.

Advokatfirman Lindahl KB m.fl. anser att enhetliga regler bör införas för upphandlingar inom och utanför det direktivstyrda området och efterfrågar klarlägganden avseende detta. De framhåller att kriterierna bör kunna tillämpas avseende bl.a. tjänstekoncessioner och i fråga om upphandling som regleras i 15 kap. i upphandlingslagarna.

Konkurrensverket förordar att den kommande utredningen analyserar frågan om upphandlingsskyldighet mellan statliga myndigheter. *Advokatsamfundet* anser att riktigheten i promemorians slutsats, att det inte torde föreligga någon upphandlingsskyldighet statliga myndigheter emellan, kan ifrågasättas med hänvisning bl.a. till vad Högsta domstolen anför i avgörandet NJA 2001 s. 3 om möjligheten att träffa avtal även inom en och samma juridiska person i vissa fall. Frågan kan dock enligt samfundet sägas vara av sådan art att den inte behöver bli föremål för en särskild lösning inom ramen för en temporär lagstiftning av det aktuella slaget.

SKL m.fl. vill uppmärksamma att det i 2 kap. 2 § lagen (2008:962) om valfrihetssystem, förkortad LOV, finns en definition på kontrakt som i princip är identisk med 2 kap. 10 § LOU. *Jönköpings läns landsting* pekar även på att det finns oklarheter gällande lagen om ersättnings-etablering.

Vad gäller verksamhetskriteriet anser flera remissinstanser, bl.a. *Linköpings kommun*, att detta ska förtydligas. Enligt kommunen är det inte självklart vad som avses med ”utför verksamhet tillsammans med”. *SKL* m.fl. påpekar att det i promemorian anges att företaget ”ska producera varor och tjänster till sin ägare och inte till den öppna, konkurrensutsatta marknaden.” Förbundet är närmast av uppfattningen

att begreppet ska tolkas som ”på uppdrag av” eller ”åt” ägaren. Eftersom kommuner i många fall har kompetens att verka på en konkurrensutsatt marknad befarar förbundet att påståendet i promemorian kan leda fel. Vad som i stället bör vara avgörande är enligt förbundet om företaget efter eget skön – utan samband med tilldelningen – kan tillhandahålla varor och tjänster till avnämare på en marknad. *Advokatsamfundet* påpekar att kvantifieringen ”huvuddelen av sin verksamhet” antyder att verksamhetskravet skulle vara uppfyllt redan vid en nivå som inte obetydligt understiger den som krävs av EU-domstolen, nämligen att den övriga verksamheten endast får vara av marginell karaktär. *Sveriges Försäkringsförbund* anser att kommuners och landstings s.k. captive-verksamhet inte ingår i en kommuns kärnverksamhet, vilket enligt förbundet är en förutsättning för att verksamhetskravet ska vara uppfyllt, och att detta tydligt bör anges i förarbetena om bestämmelsen införs. Förbundet påpekar vidare att kontrollkriteriet i viss mån kan stå i motsatsförhållande till Finansinspektionens krav på att försäkringsbolag rent formellt ska ha en självständig roll utan ett direkt inflytande från ägarna, vilket kan vara ännu ett skäl till att ange att captive-verksamhet inte omfattas av förslaget.

Juridiska institutionen vid Umeå universitet m.fl. efterlyser en avsevärt mer djuplodande analys av frågan om i vilken form kommunerna kan bedriva sin verksamhet och anser att förslaget inte löser den grundläggande sakfrågan i vilken omfattning och under vilka förutsättningar staten och kommunerna kan göra inköp från hel- eller delägda bolag utan att en konkurrensutsättning behöver göras. *SKL* m.fl. påpekar att lagtexten inte verkar ta sikte på rena samverkanssituationer, dvs. situationer där kommuner eller landsting ingår enkla avtal med varandra. *SKL* m.fl. anser att EU-domstolen genom sitt avgörande i mål C-480/06 nu uttryckligen har förklarat att myndigheter inte behöver använda någon särskild juridisk form för samverkan, utan att detta kan ske genom avtal och att upphandling då inte behöver ske. Det förordas därför att lagtexten justeras så att även nämnda dom beaktas.

Återvinningsindustrierna och *Juridiska institutionen vid Umeå universitet* efterlyser klagöranden och analys avseende vad som gäller i fråga om kommunernas befogenheter att tilldela ensamrätter (1 kap. 7 § LOU).

Konkurrenskommissionen påpekar att undantaget inte begränsar sig till avtal som ingås av ”lokala myndigheter”, utan att även avtal som ingås av ”centrala statliga myndigheter” omfattas. Kommissionen saknar en närmare analys av de konsekvenser som en utvidgning av kretsen av undantagsberättigade kan komma att medföra och menar att ytterligare utredning och analys fordras i fråga om centrala statliga myndigheters föreslagna tillämpning av Teckal-undantag i förhållande till Världshandelsorganisationens (WTO) handelsavtal för den globala handeln, General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) jämte det i avtalet intagna protokollet för offentlig upphandling General Procurement Agreement (GPA).

Återvinningsindustrierna efterlyser en mer genomgripande analys i fråga om att kommunal samverkan i kommunalförbund, i en gemensam nämnd, i ett samägt bolag samt vid avtal mellan organisationer inom en kommunal koncern mycket väl kan omfattas av artiklarna 81, 82 och 86

EG (numera artiklarna 101, 102 och 106 i EUF-fördraget). Även *Linköpings universitet* och *Konkurrenskommissionen* efterfrågar analys och förtydliganden i fråga om statsstödsreglerna.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Det föreslås att nya bestämmelser införs i LOU som innebär att ett kontrakt i LOU:s mening inte anses föreligga om avtalet i fråga sluts mellan å ena sidan en upphandlande myndighet, som är en statlig eller kommunal myndighet eller en beslutande församling i en kommun eller ett landsting, och å andra sidan en leverantör som är en juridisk person som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i, eller en gemensam nämnd enligt KL. Detta gäller dock endast under förutsättning att två villkor eller kriterier är uppfyllda. Dessa kriterier har sin motsvarighet i de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna (Teckalkriterierna) som utvecklats genom EU-domstolens praxis.

Det första villkoret som måste vara uppfyllt för att ett kontrakt inte ska anses föreligga enligt förslaget är att den upphandlande myndigheten ska utöva en kontroll över leverantören som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning. Det andra villkoret som måste vara uppfyllt innebär att, i fall då leverantören även utför verksamhet tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten, denna verksamhet endast får vara av marginell karaktär.

Genom bestämmelserna införs således en möjlighet för staten, kommunerna och landstingen att ge vissa leverantörer ett uppdrag utan föregående upphandling utan att det strider mot upphandlingslagstiftningen.

Det bör understrykas att bestämmelserna inte innebär någon möjlighet till automatisk befrielse från upphandlingsskyldigheten, utan det ankommer på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall göra en bedömning av om de villkor som uppställs är uppfyllda. Det krävs att verksamheten och styrningen av bolaget är utformad på ett sådant sätt att ägaren eller ägarna är tillförsäkrade ett tillräckligt inflytande. Det är därför 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. Det ställs stora krav på den upphandlande myndighetens kontroll av leverantören och att verksamheten i huvudsak bedrivs tillsammans med ägaren, dvs. att all annan sidoverksamhet hos leverantören endast är av marginell karaktär. Detta medför, som flera remissinstanser också påpekat, att exempelvis många bolag som i dag finns sannolikt inte är organiserade på ett sådant sätt att dessa villkor är uppfyllda.

Som redogjorts för ovan i avsnitt 4.2.1 begränsar sig EU-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 EU-domstolens praxis är vidare än det svenska begreppet juridisk person. Frånsett gemensamma nämnder begränsar sig regeringens förslag dock till att avse juridiska personer eftersom staten, 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 regleringen inte är tillämplig på relationer mellan statliga myndigheter eftersom de inte utgör skilda juridiska personer i förhållande till varandra. Enligt promemorians bedömning torde det inte föreligga någon

upphandlingsskyldighet statliga myndigheter emellan varför det inte ansågs nödvändigt med en bestämmelse som även omfattar dessa situationer. *Advokatsamfundet* har dock ifrågasatt riktigheten i denna slutsats med hänvisning bl.a. till vad Högsta domstolen anfört i avgörandet NJA 2001 s. 3, men anser samtidigt att frågan kan sägas vara av sådan art att den inte behöver bli föremål för en särskild lösning inom ramen för en temporär lagstiftning av det aktuella slaget. Regeringen konstaterar att rättsläget är något oklart, men anser inte att rättspraxis ger stöd för att upphandlingsrättsliga avtal normalt sett uppkommer mellan enheter inom en och samma juridiska person. Med hänsyn till detta anser regeringen att det inte finns något uppenbart behov av att den föreslagna regleringen är tillämplig i relationer mellan statliga myndigheter. Regleringen bör därför begränsas till juridiska personer och gemensamma nämnder.

Konkurrenskommissionen har påpekat att det fordras ytterligare utredning och analys i fråga om tillämpningen av det föreslagna undantaget i förhållande till Världshandelsorganisationens (the World Trade Organization) allmänna tull- och handelsavtal (General Agreement on Tariffs and Trade, GATT) och avtalet om offentlig upphandling (Agreement on Government Procurement, GPA). Offentlig upphandling regleras varken i WTO:s varuhandelsavtal, GATT, eller i tjänstehandelsavtalet (The General Agreement on Trade in Services, GATS). Offentlig upphandling regleras dock i GPA som trädde i kraft den 1 januari 1996. EU och samtliga medlemsstater har varit anslutna till detta avtal sedan ikraftträdandet. I bilagor till avtalet anges för varje medlem vilka upphandlande myndigheter som omfattas av avtalet. Avtalet begränsar sig inte till centrala statliga myndigheter utan omfattar även andra myndigheter och organ. Det får förutsättas att EU-domstolen, när den avgjort nu aktuella mål, har tagit hänsyn till EU:s internationella åtaganden på detta område. EU-domstolens praxis i form av kontroll- och verksamhetskriterierna får enligt regeringen anses stå i överensstämmelse med Sveriges skyldigheter enligt GPA.

Några remissinstanser, däribland *SKL*, har påpekat att promemorian är otydlig vad gäller den omvända situationen när t.ex. ett kommunalt företag sluter avtal om köp av varor och tjänster från sin ägare. Förbundet menar att EU-domstolens dom i Teckal-målet inte gör någon skillnad mellan de två situationerna. Regeringen kan konstatera att EU-domstolen hittills inte har prövat denna fråga och att rättsläget får anses oklart. Enligt regeringen bör därför den föreslagna regleringen, som ett led i en temporär lösning, inte utvidgas i detta avseende. Denna fråga torde komma att behandlas av Utredningen om offentliga företag – upphandling, kontroll, insyn (Fi 2009:08).

Av LOU följer att bl.a. bolag och föreningar under vissa förutsättningar också kan anses utgöra upphandlande myndigheter (se definitionen av offentligt styrt organ i 2 kap. 12 § jämfört med definitionen av upphandlande myndighet i 2 kap. 19 § andra stycket 2). *Konkurrenskommissionen* och *SKL* m.fl. har pekat på att det bör klargöras om regleringen även är tillämplig på avtal som sluts mellan exempelvis två eller flera offentligt ägda eller styrda bolag som är upphandlande myndigheter. Denna fråga har inte heller blivit föremål för EU-domstolens prövning. I domstolens praxis förekommer dock formu-

leringar som antyder att den som utövar kontrollen, enligt kontrollkriteriet, inte kan vara exempelvis ett bolag utan måste vara en myndighet (se t.ex. punkt 50 i domen i mål C-107/98, Teckal, där domstolen använder sig av uttrycket ”lokal myndighet” och punkt 34 i domen i mål C-480/06, Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland, där domstolen använder sig av uttrycket ”den offentliga myndigheten”). Det är mot denna bakgrund tveksamt om EU-domstolens praxis är tillämplig även då exempelvis ett bolag, som är en upphandlande myndighet, anskaffar varor eller tjänster m.m. från en juridisk person som bolaget äger. Den föreslagna regleringen bör därför enligt regeringens mening vara tillämplig endast när den upphandlande myndigheten är en statlig eller kommunal myndighet eller en beslutande församling i en kommun eller ett landsting, men inte när den upphandlande myndigheten är t.ex. ett bolag eller en förening. Promemorians lagförslag är emellertid utformat på ett sätt som innebär att bestämmelsen kan tillämpas i fråga om avtal som sluts även av andra upphandlande myndigheter än statliga och kommunala myndigheter och beslutande församlingar i kommuner och landsting. I förhållande till promemorians lagförslag bör därför bestämmelsernas tillämpningsområde inskränkas så att de endast är tillämpliga när den upphandlande myndigheten är en statlig eller kommunal myndighet, en beslutande församling i en kommun eller ett landsting, eller en sammanslutning av en eller flera sådana myndigheter eller församlingar.

Flera remissinstanser, bl.a. *Advokatfirman Lindahl KB*, har efterfrågat klarlägganden avseende frågan om kontroll- och verksamhetskriterierna kan tillämpas även i fråga om bl.a. tjänstekoncessioner. En grundläggande förutsättning för att det ska vara fråga om offentlig upphandling är att ett kontrakt avses att tilldelas. Detta gäller oavsett om upphandlingen avser ett tjänstekontrakt, ett byggentreprenadkontrakt, en byggkoncession eller en tjänstekoncession. Ändringen av definitionen av kontrakt i enlighet med regeringens förslag innebär att kontroll- och verksamhetskriterierna kommer att kunna tillämpas även i fråga om sådana offentliga upphandlingar som regleras i 15 kap. LOU, men som inte omfattas av direktivet, och koncessioner. Detta behöver inte regleras särskilt.

Det kan här nämnas att tjänstekoncessioner i princip inte regleras i LOU. Avtal om sådana koncessioner omfattas inte heller av direktivets tillämpningsområde. Trots detta är de myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta EUF-fördragets grundläggande regler och principerna om förbud mot diskriminering p.g.a. nationalitet och likabehandling och den därav följande skyldigheten att lämna insyn. EU-domstolen har ett flertal gånger slagit fast att dess praxis i form av kontroll- och verksamhetskriterierna även är tillämplig i fråga om tjänstekoncessioner, vilket medför att fördragets bestämmelser inte är tillämpliga om kriterierna är uppfyllda (se t.ex. domen i mål C-324/07, Coditel). I den mån tjänstekoncessioner regleras i LOU är dock, som ovan nämnts, den föreslagna regleringen tillämplig.

Vissa remissinstanser har haft synpunkter på lagtextens utformning och påpekat att det finns behov av preciseringar och förtydliganden för att den ska bli enklare att tillämpa. Flera remissinstanser, bl.a. *Sveriges Offentliga Inköpare*, anser att även verksamhetskriteriet ska förtydligas. Andra remissinstanser anser tvärtom att lagtexten bör utformas så att den

blir så flexibel som möjligt. Med hänsyn till att regleringen avser att i sak uppnå överensstämmelse med EU-domstolens praxis och att denna praxis fortfarande är under utveckling är det enligt regeringen inte lämpligt, och i vissa avseenden inte heller möjligt, att utforma lagtexten alltför precist eller att uttala sig om specifika verksamheter. Enligt regeringen bör utformningen av lagtexten inte skilja sig alltför mycket från vad EU-domstolen klart har uttalat i sina avgöranden. Av detta skäl anser regeringen, till skillnad från bl.a. *Advokatsamfundet*, att det inte bör anges uttryckligen i lagtexten att möjligheten till privat ägande hindrar att kontrollkriteriet är uppfyllt. Men det är inte heller lämpligt att, såsom bl.a. *SKL* förordar, ge lagtexten en alltför generell utformning eftersom det då finns uppenbara risker att regleringen får ett vidare tillämpningsområde än vad som är avsett. Vad gäller verksamhetskriteriet har *Lagrådet* emellertid förordat att begreppet ”huvuddelen av sin verksamhet” ersätts med ett uttryck som innebär att leverantörens sidoverksamhet endast får vara av marginell karaktär. *Lagrådet* har påpekat att i vanligt språkbruk torde med ”huvuddelen” närmast avses mer än hälften av verksamheten, medan EU-domstolen, när den närmare utvecklar begreppet, påtalar att sidoverksamheten får vara endast av marginell karaktär. Detta är något som även *Advokatsamfundet* har uppmärksammat. *Lagrådet* anser att – även om det många gånger kan vara lämpligt att unionsrättsliga begrepp och kriterier införs i nationell lagstiftning i enlighet med den ordalydelse dessa erhållit i skilda unionsrättsliga rättsakter – det i detta sammanhang, när ett visst begrepp närmare preciserats av domstolen, kan framstå som mer lämpligt att använda sig av denna precisering också i den nationella lagstiftningen. Regeringen delar denna bedömning och har därför utformat sitt förslag i enlighet med *Lagrådets* synpunkt. Vidare är det inte möjligt att, såsom *Falu kommun* har förordat, helt undanta avfallshantering från upphandlingsskyldighet eftersom det strider mot unionsrätten. Kommunen menar att flertalet kommuner inte klarar verksamhetskriteriet och att promemorians lagförslag inte är tillräckligt. Det kan här återigen påpekas att kontroll- och verksamhetskriterierna i dag i många fall sannolikt inte är uppfyllda. Det ankommer på varje upphandlande myndighet, som vill åberopa den föreslagna regleringen, att bedöma om villkoren är uppfyllda. Det kommer därmed att krävas av dem att de ser över organisationen och styrningen av sin verksamhet och eventuellt också gör förändringar i den så att villkoren också uppfylls.

Såsom *Lagrådet* har framhållit är regleringen avsedd att vara tillämplig även på gemensamma nämnder enligt KL. Regeringen delar *Lagrådets* uppfattning att detta också bör komma till uttryck i lagtexten och anser att den bör utformas i enlighet med *Lagrådets* förslag.

Villkoren motsvarande kontroll- och verksamhetskriterierna ska tolkas strikt och det är den som åberopar bestämmelserna som har bevisbördan för att villkoren i dem är uppfyllda. Såsom också *Lagrådet* har framhållit måste tolkningen av de nya bestämmelserna göras i belysning av EU-domstolens praxis och unionsrättens krav i övrigt på området. I avsnitt 4.2 finns en översiktlig genomgång av den praxis som hittills har utvecklats av EU-domstolen i fråga om kontroll- och verksamhetskriterierna. 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 EU-domstolen måste det av rättssäkerhetsskäl vara de omständigheter som förelåg vid tidpunkten för den aktuella kontraktstilldelningen som är relevanta för bedömningen (se domen i mål C-371/05, Mantua). Detta utesluter dock inte att det i undantagsfall kan finnas särskilda omständigheter i det enskilda fallet som fordrar att även senare inträffade händelser tas i beaktande (jfr domen i mål C-29/04, Mödling). Vad gäller frågan om kontrollkriteriet kan uppfyllas när det finns en möjlighet för privata investerare att bli delägare i den fristående juridiska personen har EU-domstolen uttalat att denna möjlighet för privata investerare att köpa in sig i bolaget, även om så faktiskt inte har skett, bara kan beaktas om det vid tidpunkten för kontraktstilldelningen konkret framgår att en sådan möjlighet kommer att erbjudas på kort sikt (se domen i mål C-573/07, Sea).

Fråga har uppkommit om det finns något behov av en motsvarande reglering i LOV. Denna lag reglerar vad som ska gälla för de kommuner och landsting som vill konkurrenspröva kommunala verksamheter genom att överlåta valet av utförare till brukaren. Valfrihetssystem enligt LOV är ett frivilligt alternativ till upphandling enligt LOU och kan tillämpas på bl.a. omsorgs- och stödverksamhet för äldre och för personer med funktionsnedsättning samt på hälso- och sjukvårdstjänster. I de avseenden LOV är frivillig för upphandlande myndigheter kan det enligt regeringen i dag inte anses föreligga något behov av en sådan reglering. Från och med januari 2010 har det dock i 5 § hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) införts en skyldighet för landstingen att, med tillämpning av LOV, organisera primärvården så att invånarna i landstinget fritt kan välja utförare av hälso- och sjukvårdstjänster. Det ska alltså finnas vårdvalssystem för primärvården i alla landsting. Med anledning av den nya lagstiftningen som gör vårdvalssystem obligatoriskt i landstingens primärvård finns det behov av att undersöka vilka konsekvenser förändringen av LOU får på tillämpningen av LOV. Frågan har emellertid inte behandlats i promemorian och regeringen kan därför inte nu ta ställning till den. Frågan torde dock komma att behandlas av Utredningen om offentliga företag – upphandling, kontroll, insyn (Fi 2009:08). Det kan även nämnas att regeringen i propositionen Nyanlända invandrades arbetsmarknadsetablering – egenansvar med professionellt stöd (prop. 2009/10:60) föreslår att en ny lag, lagen om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare, ska införas. I denna lag, som föreslås träda i kraft den 1 december 2010, finns regler som innebär att Arbetsförmedlingen i vissa fall är skyldig att tillämpa LOV.

Jönköpings läns landsting har pekat på att det finns oklarheter gällande lagstiftningen om ersättningsetablering. I lagen (1993:1651) om läkarvård ersättning och lagen (1993:1652) om ersättning för sjukgymnastik regleras rätten till och villkoren för ersättning från landstinget för privatpraktiserande läkares och sjukgymnasters verksamhet. Vid ingående av s.k. vårdavtal eller samverkansavtal ska, enligt dessa lagar, landstinget tillämpa LOU eller LOV. I fråga om s.k. ersättningsetablering, när ersättningsberättigad läkare avser att överlåta sin verksamhet och möjliggöra för annan läkare att överta ett samverkansavtal, gäller ett särskilt upphandlingsförfarande enligt lagen om läkarvård ersättning och lagen om ersättning för sjukgymnastik. Nämnade lagar rör emellertid privat-

praktiserande yrkesutövare. Den nu föreslagna regleringen saknar därför betydelse för denna lagstiftning. Det bör i detta sammanhang nämnas att det i Utredningens om patientens rätt slutbetänkande, Regler för etablering av vårdgivare (SOU 2009:84), föreslås att lagen om läkarvårdsersättning och lagen om ersättning för sjukgymnastik ska upphävas och ersättas med ett nytt system för etablering av vårdgivare.

Några remissinstanser har efterlyst en mer genomgripande analys av de EU-rättsliga konkurrens- och statsstödsreglerna. Dessa frågor ligger emellertid utanför ramen för detta lagstiftningsärende. Regeringen vill i sammanhanget påpeka att även om villkoren i den föreslagna regleringen är uppfyllda och upphandlingskyldighet därmed inte föreligger så måste självklart andra bestämmelser som t.ex. statsstödsreglerna beaktas.

Det har även av vissa remissinstanser, bl.a. *Juridiska institutionen vid Umeå universitet*, efterfrågats klargöranden av vad som gäller i fråga om att tilldela ensamrätter (1 kap. 7 § LOU). Vidare har flera remissinstanser gett uttryck för att frågan om i vilken omfattning och under vilka förutsättningar staten och kommunerna kan göra inköp från hel- eller delägda bolag bör hanteras i ett större perspektiv. *SKL* m.fl. påpekar att lagtexten inte tar sikte på rena samverkanssituationer där kommuner och landsting ingår enkla avtal med varandra och hänvisar till att EU-domstolen i mål C-480/06 ger stöd för att upphandling inte behöver ske. Varken denna fråga eller frågan om ensamrätter kan dock hanteras inom ramen för detta lagstiftningsärende som endast syftar till att införa den EU-rättsliga praxis som finns avseende den situationen när en myndighet sluter avtal med en fristående enhet som myndigheten kontrollerar.

6.4 Upphandling och kommunal samverkan i offentligrättslig form

Regeringens 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 LOU. 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 regleringen behöva göras.

Promemorians bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Det stora flertalet av remissinstanserna uttalar sig inte särskilt i dessa frågor. *Konkurrensverket* delar promemorians bedömning. *Västra Götalands läns landsting*, *SKL* m.fl. anser att det aldrig kan bli fråga om upphandling när det gäller samverkan i kommunalförbund och gemensam nämnd, utan att det utgör egen regi enligt EU-rätten. Förbundet anser att EU-domstolens avgörande i mål C-480/06 också pekar i denna riktning. Även *Avfall Sverige* m.fl. gör denna

bedömning och anser att det därför är nödvändigt att undanta sådan samverkan i den lagstiftning som föreslås.

Skälen för regeringens 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.

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 har tillsatt 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 huvudmannskapet, från sina medlemmar och frågorna faller därmed utanför medlemmarnas kompetens. I dessa fall sker inte någon anskaffning av varor eller tjänster och därmed föreligger inte heller något kontrakt i LOU:s mening. Det kan således konstateras att någon upphandlingsskyldighet enligt LOU inte föreligger i sådana situationer. När medlemmarna däremot anskaffar varor eller tjänster m.m. från kommunalförbundet, vilket som ovan nämnts är en i förhållande till medlemmarna fristående juridisk person, torde ett kontrakt normalt sett föreligga och därmed också upphandlingsskyldighet. I dessa fall kan därför en prövning enligt den föreslagna regleringen behöva göras. Om uppställda villkor är uppfyllda föreligger inte något kontrakt i LOU:s mening, och inte heller någon upphandlingsskyldighet.

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 m.m. från den gemensamma nämnden. I och med att dessa formellt sett utgör en och samma juridiska person (verksamheten bedrivs då i egen regi) uppstår inte något kontrakt i upphandlingsrättslig mening och därmed inte heller någon upphandlingsskyldighet. När däremot en kommun som har tillsatt den gemensamma nämnden, men som inte är värdkommun, anskaffar varor eller tjänster m.m. från nämnden görs anskaffningen i förhållande till denna kommun från en annan juridisk person. Även i dessa fall skulle det därför kunna bli aktuellt att göra en prövning enligt nu föreslagna bestämmelser.

I mål C-324/07, Coditel, prövade EU-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 uttalades det att om-

ständigheten att den, i detta fall, koncessionsgivande myndigheten ensam eller tillsammans med andra 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 (se domen i mål C-324/07, Coditel, punkt 31). 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 aktieägarnas inblandning, utan var en kooperativ mellankommunal sammanslutning som reglerades enligt den belgiska lagen om mellankommunala sammanslutningar. Enligt denna lag skulle 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 myndigheter som var anslutna till den. Av detta ansåg domstolen det framgå att Brutélé, trots att sammanslutningens styrelse hade långtgående befogenheter, inte hade 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 (se punkt 39). Domstolen besvarade därför frågan på följande sätt (se andra strecksatsen i punkt 42).

”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.”

Domstolen slog även fast att kontrollen som myndigheterna utövade över den kooperativa mellankommunala sammanslutningen kunde utövas gemensamt av myndigheterna genom majoritetsbeslut (se punkt 54).

EU-domstolens dom i Coditel talar enligt regeringens mening för att en mer generös tolkning kan göras avseende frågan om kontrollkriteriet är uppfyllt i fråga om offentligrättsliga mellankommunala samverkansformer såsom kommunalförbund och gemensamma nämnder. Det bör dock fortfarande krävas att det görs en prövning i varje enskilt fall. Den föreslagna regleringen bör därför även omfatta kommunalförbund och gemensamma nämnder.

EU-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 bortskaftande 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.

EU-domstolen konstaterade att kontrollkriteriet inte var uppfyllt i fråga om de fyra berörda kommunala organens kontroll över Hamburgs stad. Domstolen kom ändå fram till att någon upphandlingsskyldighet inte förelåg. Domstolen framhöll 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 bl.a. om att uppdraget hade ett samband med genomförandet av ett direktiv på avfallsområdet. Det beaktades även att samarbetet mellan Hamburgs stad och de kommunala organen i princip inte gav upphov till några ekonomiska transaktioner mellan dessa enheter. Enligt EU-domstolen utgjorde avtalet ”såväl grunden som den rättsliga ramen för ett framtida inrättande och drift av en anläggning genom vilken en allmännyttig tjänst [var] avsedd att fullgöras”. Domstolen förtydligade att avtalet hade ingåtts utslutande av 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.

EU-domstolen slog vidare fast att det i unionsbestämmelserna inte föreskrivs någon skyldighet för myndigheter att använda sig av en särskild rättslig form för att gemensamt kunna säkerställa att en allmännyttig uppgift fullgörs. Domstolen konstaterade också att det inte framgick att myndigheterna i fråga skulle ha gjort ett konstlat upplägg i syfte att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling (se domen i mål C-480/06, punkterna 47 och 48).

Flera remissinstanser, däribland SKL, anser att EU-domstolens dom i mål C-480/06 ger stöd för att samverkan i kommunalförbund och gemensam nämnd ska betraktas som egenregiverksamhet som inte behöver upphandlas. Regeringen delar dock inte denna uppfattning. Domen kan i viss mån anses tala för att EU-domstolen nu har ett mer öppet förhållningssätt till mellankommunal samverkan. Det bör dock betonas att det i domen var fråga om ett samarbete mellan de lokala myndigheterna som syftade till att säkerställa utförandet av allmännyttiga tjänster som ingick i ett allmännyttigt uppdrag som var gemensamt för samtliga av de samverkande myndigheterna. Domstolen konstaterade även att samarbetet mellan Hamburgs stad och de kommunala organen i princip inte gav upphov till några ekonomiska transaktioner mellan dessa enheter och att det aktuella avtalet inte i något avseende föregrep den

offentliga upphandling som eventuellt skulle vara nödvändig för inrättandet och driften av avfallsbehandlingsanläggningen. I målet förelåg även andra speciella omständigheter som gör det svårt att dra några mer långtgående slutsatser av domen. Mot denna bakgrund är det enligt regeringen inte möjligt att med stöd av nämnda dom utesluta att upphandlingsskyldighet föreligger i fråga om kommunalförbund och gemensamma nämnder.

7 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Regeringens förslag: Den föreslagna regleringen som innebär att kontroll- och verksamhetskriterierna införs i LOU träder i kraft den 1 juli 2010 och ska tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet.

Den föreslagna lagändringen som innebär att ovan nämnda reglering upphävs träder i kraft den 1 januari 2013. Den upphävda regleringen gäller dock fortfarande i fall då avtal har slutits före den 1 januari 2013.

Promemorians förslag: Överensstämmer delvis med regeringens förslag. Promemorians förslag innebär att regleringen genom vilken kontroll- och verksamhetskriterierna införs träder i kraft den 1 juni 2010. Promemorians förslag innehåller inga övergångsbestämmelser.

Remissinstanserna: *Avesta kommun*, som anser att föreslagna kriterier bör införas snarast, ställer sig frågande till om förslaget är tänkt att gälla de upphandlingar som påbörjas efter den 1 juni 2010.

Malmö kommun påpekar att den lag som enligt förslaget ska träda i kraft den 1 januari 2013 inte innehåller några övergångsbestämmelser.

Övriga remissinstanser har inte haft några invändningar mot promemorians förslag.

Skälen för regeringens förslag: Den föreslagna ändringen i LOU som innebär att kontroll- och verksamhetskriterierna införs i lagen bör träda i kraft samtidigt som övriga ändringar görs i LOU enligt regeringens förslag i lagrådsremissen Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, dvs. den 1 juli 2010. Eftersom regeringens förslag utgör en temporär lösning föreslås samtidigt att regleringen ska upphävas från och med den 1 januari 2013.

Såsom *Malmö kommun* påpekat bör lagen som innebär att bestämmelserna upphävs kompletteras med en övergångsbestämmelse. Vad gäller lagen som innebär att regleringen införs är avsikten att bestämmelserna ska kunna tillämpas även i fråga om avtal som gäller vid ikraftträdandet den 1 juli 2010 men som har träffats dessförinnan. *Lagrådet* har anfört att, för att det ska finnas en tydlig koppling till övergångsbestämmelsen till den andra lagen som innebär att regleringen upphävs, det får anses vara av värde att klart redovisa att den första lagen är tillämplig även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet. Regeringen anser att ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna bör kompletteras och utformas på det sätt som Lagrådet har föreslagit.

8.1 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/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet) skulle ha varit införlivade i svensk lagstiftning senast den 20 december 2009. Ändringsdirektivet är tillämpligt på upphandlingar enligt LOU och LUF.

När ändringsdirektivets bestämmelser om rättsmedel genomförs i svensk lagstiftning kommer, enligt regeringens förslag i lagrådsremissen Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, 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 och då eventuellt förlora upphandlingskontrakten. 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 omfattar mer än 1 600 bolag. Det är dock endast de bolag som det anskaffas varor och tjänster m.m. 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.

8.1.1 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.

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.

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.

8.1.2 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.

8.1.3 Ekonomiska konsekvenser för staten

Staten äger ett antal bolag som förvaltas av Regeringskansliet. Ett fåtal av dessa bolag erhåller ekonomiskt anslag från staten. Anskaffning som staten gör från dessa bolag utan att genomföra ett formellt upphandlingsförfarande skulle i vissa fall kunna bedömas som en

otillåten direktupphandling. Om ett undantag inte införs skulle för dessa bolag bl.a. omställningskostnader kunna uppstå för staten.

Förslagen i denna proposition innebär inga negativa ekonomiska konsekvenser för staten.

8.2 Konsekvenser för den kommunala självstyrelsen

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

Den föreslagna regleringen innebär dock inte något automatiskt undantag från upphandlingsskyldigheten. En prövning av om uppställda villkor är uppfyllda måste alltid göras i varje enskilt fall. De kommuner och landsting som avser att åberopa bestämmelserna måste därför se över ägarstyrningen av sina bolag, dvs. hur bl.a. bolagsordning och bolagsstämmobeslut är utformade för att försäkra sig om att framför allt kravet på kontroll kan uppfyllas. I många fall kommer dessa villkor sannolikt inte att vara uppfyllda. Kommuner och landsting kommer därför ändå i många fall att stå inför valet att upphandla eller att återta verksamheten i förvaltningsform.

8.3 Konsekvenser för näringslivet

Den föreslagna regleringen innebär att staten, 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 reglering 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 staten, 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 regleringen inte införs kan kommuner och landsting förväntas avbolagisera verksamhet och lägga denna i förvaltningsform. En i nu aktuellt avseende oförändrad lagstiftning behöver därför inte nödvändigtvis medföra att staten, kommuner och landsting i ökad

9 Författningskommentar

Lagförslagen behandlas i avsnitt 6.3 och 7.

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

2 kap. 10 a §

De föreslagna bestämmelserna har efter inrådan av *Lagrådet* tagits in i en ny paragraf i stället för att inarbetas i 2 kap. 10 §. I 10 § regleras vad som avses med kontrakt i LOU:s mening.

I den nya paragrafen finns bestämmelser som innebär att vissa avtal inte anses utgöra ett kontrakt enligt 10 §. Bestämmelserna innebär att ett kontrakt i LOU:s mening inte föreligger om avtalet i fråga sluts mellan å ena sidan en upphandlande myndighet som är en statlig eller kommunal myndighet, en beslutande församling i en kommun eller ett landsting, eller en sammanslutning av en eller flera sådana myndigheter eller församlingar, och å andra sidan en leverantör som är en juridisk person som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i, eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900). Detta gäller dock endast om den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, och i fall då den juridiska personen eller den gemensamma nämnden även utför verksamhet tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten, denna verksamhet endast är av marginell karaktär.

Om dessa villkor 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.

Denna ändring av definitionen av kontrakt i LOU innebär att även andra definitioner som innehåller ordet kontrakt påverkas, se bl.a. definitionerna av byggkoncession, tjänstekoncession och tjänstekontrakt i 4, 17 och 18 §§. En grundläggande förutsättning för att upphandlings-skyldighet ska föreligga är att den upphandlande myndigheten avser att ingå ett kontrakt med en juridisk person. Regleringen är därför tillämplig även i fråga om sådan offentlig upphandling som regleras i 15 kap. och som inte omfattas av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

Av *första stycket* följer, som berörts ovan, att den upphandlande myndigheten måste vara en statlig eller kommunal myndighet, en beslutande församling i en kommun eller ett landsting, eller en sammanslutning av en eller flera sådana myndigheter eller församlingar.

Bestämmelsen är tillämplig även när fråga är om två eller flera upphandlande myndigheter. Begreppen i bestämmelsen avser att i sak överensstämma med motsvarande begrepp i 19 § där definitionen av upphandlande myndighet ges. Med kommunal myndighet avses myndigheter i såväl kommuner som landsting. Uppräkningen omfattar inte sådana offentligt styrda organ som avses i 12 §. Av detta följer att den upphandlande myndigheten inte kan vara ett offentligt styrt organ eller en sammanslutning av ett eller flera sådana organ.

Av första stycket framgår vidare att leverantören, med vilken avtalet i fråga sluts, måste vara en juridisk person som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i. Det kan exempelvis avse aktiebolag och ekonomiska föreningar, men även andra offentligrättsliga juridiska personer såsom kommunalförbund enligt kommunallagen. Leverantören kan även vara en gemensam nämnd, vilket i enlighet med *Lagrådets* förslag har angetts uttryckligen i lagtexten. Bestämmelser om gemensam nämnd finns bl.a. i 3 kap. 3 a–3 c §§ kommunallagen. Av dessa bestämmelser följer bl.a. att kommuner och landsting genom en gemensam nämnd får fullgöra sådana kommunala uppgifter som ankommer på en nämnd. Med något undantag kan alla kommunala verksamheter komma i fråga för samverkan i en gemensam nämnd. En gemensam nämnd tillsätts i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen och ingår i denna kommuns eller detta landstings organisation. Nämnden är ingen egen juridisk person. I förhållande till den värdkommun i vilken den är inrättad uppkommer därmed ingen upphandlingsskyldighet. När en annan kommun än värdkommunen anskaffar varor och tjänster från sin gemensamma nämnd är nämnden dock att anse som en fristående juridisk person i förhållande till denna kommun och fråga om upphandlingsskyldighet kan därmed uppkomma. Regleringen är därför i sådana situationer tillämplig i fråga om gemensamma nämnder. Samverkansformerna kommunalförbund och gemensam nämnd behandlas i avsnitt 5.1. Bestämmelsen är tillämplig även när fråga är om två eller flera leverantörer.

Det har ingen betydelse hur stor andel den upphandlande myndigheten äger i den juridiska personen. Ägandet eller medlemskapet i den juridiska personen kan vara direkt eller indirekt. Om ägandet eller medlemskapet är indirekt kan detta dock komma att få betydelse vid bedömningen av om det första villkoret (kontrollkriteriet) i bestämmelsen i andra stycket är uppfyllt.

I *andra stycket* anges att första stycket endast gäller om den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, och i fall då den juridiska personen eller den gemensamma nämnden även utför verksamhet tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten, denna verksamhet endast är av marginell karaktär. Dessa villkor har sin motsvarighet i de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna (Teckal-kriterierna) som har utvecklats genom EU-domstolens rättspraxis. Prövningen av om villkoren i andra stycket är uppfyllda måste ske i varje enskilt fall. Bestämmelsen, som är avsedd att tolkas i överensstämmelse med EU-domstolens praxis, ska tolkas strikt och det är den som åberopar bestämmelsen som har bevisbördan för att villkoren i den är uppfyllda. Samtliga relevanta omstän-

digheter 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. Detta utesluter dock inte att det i undantagsfall kan finnas särskilda omständigheter i det enskilda fallet som fordrar att även senare inträffade händelser tas i beaktande (se vidare EU-domstolens domar i mål C-573/07, *Sea*, punkterna 47 och 48, samt C-29/04, *Mödling*, punkt 38).

Vad gäller andra styckets första villkor, som motsvarar kontrollkriteriet, krävs det inte att den kontroll som den upphandlande myndigheten ska utöva över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden 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 eller den gemensamma nämnden.

Det är inte nödvändigt att den kontroll som utövas är individuell, utan kontrollen kan utövas gemensamt av flera myndigheter. I ett kollegialt organ saknar det betydelse vilket beslutsförfarande, exempelvis majoritetsbeslut, som används. Detta innebär att även exempelvis en minoritetsägare i den juridiska personen kan uppfylla kontrollkriteriet.

Det förhållandet att den upphandlande myndigheten ensam eller tillsammans med andra myndigheter helt äger den juridiska personen som tilldelats kontraktet tyder, enligt EU-domstolen, i regel på att det första villkoret är uppfyllt. Det är dock inte av avgörande betydelse för bedömningen, utan den måste som nämnts ske med hänsyn till samtliga omständigheter. Att ett privat företag ingår som delägare i ett bolag som även till viss del ägs av den upphandlande myndigheten i fråga utesluter däremot i princip att myndigheten kan utöva en kontroll över bolaget som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet (se vidare EU-domstolens domar i mål C-573/07, *Sea*, punkterna 46–53, och C-196/08, *Acoset*, punkterna 53–62).

Vad gäller andra styckets andra villkor, som motsvarar verksamhetskriteriet, får, i fall då den ifrågavarande juridiska personen eller den gemensamma nämnden även utför verksamhet tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten, denna verksamhet endast vara av marginell karaktär. Vid bedömningen av om detta villkor är uppfyllt ska samtliga omständigheter beaktas. Bestämmelsen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Innebörden av ”marginell karaktär” avser att överensstämja med EU-domstolens praxis (se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-340/04, *Carbotermo*, punkt 63). EU-domstolen har i nämnda dom närmare utvecklat vad den avser med begreppet ”huvuddelen av sin verksamhet” som introducerades genom domen i mål C-107/98, *Teckal*, punkt 50.

All den verksamhet som den juridiska personen eller den gemensamma nämnden 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 – och oavsett om mottagaren av

varan eller tjänsten är den upphandlande myndigheten själv eller användaren. Det saknar betydelse på vilket geografiskt område verksamheten bedrivs. Om det ifrågavarande företaget ägs gemensamt av flera olika myndigheter ska vid bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt, all den verksamhet som detta företag bedriver tillsammans med samtliga dessa myndigheter beaktas (se domen i mål C-340/04, Carbotermo, punkt 70).

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

Genom denna lag upphävs 2 kap. 10 a §. Detta innebär att de bestämmelser som införs genom lagförslag 2.1 bara kommer att gälla till och med utgången av 2012. Bestämmelserna i 2 kap. 10 a § gäller dock, enligt övergångsbestämmelsen till lagförslag 2.2, fortfarande i fall då avtal har slutits före den 1 januari 2013.

Sammanfattning av promemorian Upphandling från statliga och kommunala företag (Ds 2009:36)

Prop. 2009/10:134
Bilaga 1

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 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 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 offentligrättsliga 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.

Prop. 2009/10:134
Bilaga 1

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.

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 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 juni 2010.

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 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 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.

Efter remiss har yttranden över promemorian Upphandling från statliga och kommunala företag (Ds 2009:36) kommit in från Riksdagens ombudsmän (JO), Riksrevisionen, Svea hovrätt, Stockholms tingsrätt, Kammarrätten i Göteborg, Länsrätten i Stockholms län, Justitiekanslern (JK), Kommerskollegium, Kammarkollegiet, Statskontoret, Uppsala universitet, Umeå universitet, Konkurrensverket, Bolagsverket, Regelrådet, Arjeplogs kommun, Avesta kommun, Eskilstuna kommun, Falkenbergs kommun, Falu kommun, Gävle kommun, Göteborgs kommun, Helsingborgs kommun, Jönköpings kommun, Kalmar kommun, Karlskrona kommun, Linköpings kommun, Lunds kommun, Malmö kommun, Mölndals kommun, Nynäshamns kommun, Rättviks kommun, Simrishamns kommun, Solna kommun, Stockholms kommun, Svedala kommun, Timrå kommun, Tomelilla kommun, Trelleborgs kommun, Umeå kommun, Vellinge kommun, Vännäs kommun, Västerås kommun, Örebro kommun, Örensköldsviks kommun, Östersunds kommun, Jönköpings läns landsting, Skåne läns landsting, Stockholms läns landsting, Uppsala läns landsting, Västra Götalands läns landsting, SOS Alarm Sverige AB, Sveriges Kommuner och Landsting, Sveriges advokatsamfund, Svensk Handel, Svenskt Näringsliv, Företagarna, Avfall Sverige och Återvinningsindustrierna. Därutöver har svar kommit in från Almega, Stockholms Handelskammare, Svenska Järn- och Metallskrothandlareföreningen, Juridiska institutionen vid Umeå universitet, Sveriges Offentliga Inköpare, Linköpings universitet, Sveriges Försäkringsförbund, Advokatfirman Delphi, IT&Telekomföretagen inom Almega, Konkurrenskommissionen, Kommunförbundet Stockholms län, Advokatfirman Lindahl KB, Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet och Sunne kommun.

Naturvårdsverket, Haparanda kommun, Kungsbacka kommun, Ljungby kommun, Söderköpings kommun, Torsby kommun, Täby kommun, Uppsala kommun, Vara kommun, Västerås kommun, Ystads kommun, Norrbottens läns landsting och Sveriges Åkeriföretag har inbjudits att lämna synpunkter men avstått från att yttra sig.

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 sådant avtal, om det sluts mellan

1. en upphandlande myndighet som är

a) en statlig eller kommunal myndighet,

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

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

2. en juridisk person som den upphandlande myndigheten helt eller delvis innehar eller är medlem i.

Andra stycket gäller endast om

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 juli 2010.

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 byggtrepreneurad, 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 sådant avtal, om det sluts mellan

1. en upphandlande myndighet som är

a) en statlig eller kommunal myndighet,

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

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

2. en juridisk person som den upphandlande myndigheten helt eller delvis innehar eller är medlem i.

Andra stycket gäller endast om

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.

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013.

2. För avtal som slutits före ikraftträdandet gäller 2 kap. 10 § i sin äldre lydelse.

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2010-02-09

Närvarande: F.d. justitierådet Staffan Magnusson, f.d. regeringsrådet Lars Wennerström och regeringsrådet Eskil Nord.

Upphandling från statliga och kommunala företag

Enligt en lagrådsremiss den 17 december 2009 (Finansdepartementet) har regeringen beslutat att inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
2. lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av rättssakkunniga Petra Jansson.

Förslagen föranleder följande yttrande av *Lagrådet*:

I lagrådsremissen föreslås att nya bestämmelser införs i 2 kap. 10 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Bestämmelserna innebär att det inte krävs någon anbudsinfordran, även om avtalspartnern är en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående enhet, om två villkor är uppfyllda. Den myndighet som är upphandlande myndighet ska utöva en kontroll över den fristående enheten motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning, och denna enhet ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar eller är medlem i den. Dessa villkor motsvarar de villkor, Teckal-kriterierna (se EU-domstolens dom den 18 november 1999 i mål C-107/98), som EU-domstolen i rättspraxis ställt upp i fråga om vilka kontrakt som omfattas av tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling.

Avsikten är att de nya bestämmelserna i 2 kap. 10 § LOU endast ska utgöra en temporär lösning i avvaktan bl.a. på kommande utredningsförslag på området. Lagtekniskt kommer detta till uttryck på så sätt att bestämmelserna sätts i kraft den 1 juli 2010 genom en särskild lag om ändring i LOU (i det följande kallad införelagen) och att de upphävs i och med utgången av 2012 genom en annan lag om ändring i LOU (upphävandlagen). De båda lagarna avses bli promulgerade samtidigt.

Lagrådet har i sak inget att erinra mot de nya bestämmelserna i 2 kap. 10 § LOU men vill särskilt – vilket också framhålls i remissen – peka på att den ändring som görs, vilken innebär att vissa kontrakt undantas från LOU:s tillämpningsområde, påverkar hela lagstiftningsområdet, dvs. inte bara den del som bygger på en unionsrättslig reglering, samt att tolkningen av de nya bestämmelserna måste göras i belysning av EU-domstolens praxis och unionsrättens krav i övrigt på området.

Införandelagen

I ett nytt andra stycke i 2 kap. 10 § hänvisas i punkt 1 till vilka upphandlande myndigheter som omfattas av de nya bestämmelserna, medan punkten 2 är avsedd att reglera vilka leverantörer som kan komma i fråga när en anbudsinfordran kan underlåtas. I ett nytt tredje stycke har i två skilda punkter tagits in de tidigare berörda kontroll- och verksamhetsrekvisiten.

Enligt vad som framhålls i remissen tar andra stycket punkt 2 i första hand sikte på juridiska personer som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i. Regleringen är emellertid även avsedd att vara tillämplig på gemensamma nämnder enligt kommunallagen (1991:900). Även om en sådan nämnd inte är en juridisk person, skulle den i upphandlingssammanhang, när nämnden uppträder som leverantör, kunna ses som en från kommunen eller landstinget fristående enhet. Det nu anförda bör enligt Lagrådets mening komma till uttryck i lagtexten på sätt som redovisas nedan.

Som anförts inledningsvis måste tolkningen av de nya bestämmelserna göras bl.a. i belysning av EU-domstolens praxis och unionsrättens krav i övrigt på upphandlingsområdet. Detta innebär att det språkbruk och den begreppsapparat som kommit att användas i det nu begränsade lagstiftningsarbetet, i likhet med annan lagstiftning som bygger på en unionsrättslig reglering, inte alltid kan anses överensstämma med vad som förekommer i sedvanlig svensk lagstiftning. Ett tydligt exempel på detta är när verksamhetskriteriet i 2 kap. 10 § tredje stycket punkt 2, i enlighet med vad EU-domstolen uttalat, beskrivs som att en juridisk person/leverantör som är fristående gentemot en myndighet måste utföra ”huvuddelen” av sin verksamhet tillsammans med den eller de upphandlande myndigheter som innehar eller är medlem i den juridiska personen. I vanligt språkbruk torde med ”huvuddelen” närmast avses mer än hälften av verksamheten, medan EU-domstolen, när den närmare utvecklar begreppet, påtalar att sidoverksamheten får vara endast av marginell karaktär (se EU-domstolens dom den 11 maj 2006 i mål C-340/04, *Cabotermo*, punkt 63). Även om det många gånger kan vara lämpligt – för att nå en enhetlig tolkning i samtliga medlemsstater – att unionsrättsliga begrepp och kriterier införs i nationell lagstiftning i enlighet med den ordalydelse dessa erhållit i skilda unionsrättsliga rättsakter, kan det i detta sammanhang, när ett visst begrepp närmare preciserats av domstolen, framstå som mer lämpligt att använda sig av denna precisering också i den nationella lagstiftningen. Lagrådet vill därför förordna att begreppet ”huvuddelen av sin verksamhet” ersätts med ett uttryck som innebär att leverantörens sidoverksamhet endast får vara av marginell karaktär.

Som tidigare nämnts är de nya bestämmelserna endast avsedda att utgöra en temporär lösning i avvaktan bl.a. på kommande utredningsförslag på området. Mot den bakgrunden framstår det enligt Lagrådets mening som lämpligare att låta bestämmelserna bilda en ny egen 10 a § i stället för att inarbeta dem i en befintlig paragraf.

Som framgår av remissen är de nya bestämmelserna i 2 kap. 10 § LOU tänkta att tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet den 1 juli 2010. Enligt vad som uttryckligen sägs i en övergångsbestämmelse till upphävandelagen ska införandelagens bestämmelser också vara tillämpliga efter ikraftträdandet av upphävandelagen i fall då avtal har slutits dessförinnan. För att man ska få en tydlig koppling till övergångsbestämmelsen till upphävandelagen får det anses vara av värde att genom en övergångsbestämmelse till införandelagen klart redovisa att lagen är tillämplig även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet.

Med beaktande av det ovan anförda föreslår Lagrådet att de nya bestämmelserna i LOU samt ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna utformas på följande sätt i införandelagen.

2 kap. 10 a §

Med kontrakt enligt 10 § avses dock inte avtal som sluts mellan

1. en upphandlande myndighet som är
 - a) en statlig eller kommunal myndighet,
 - b) en beslutande församling i en kommun eller ett landsting, eller
 - c) en sammanslutning av en eller flera sådana myndigheter eller församlingar, och
2. en leverantör som är
 - a) en juridisk person som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i, eller
 - b) en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900).

Första stycket gäller endast

1. om den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, och
2. i fall då den juridiska personen eller den gemensamma nämnden även utför verksamhet tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten, denna verksamhet endast är av marginell karaktär.

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2010 och ska tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet.

Upphävandelagen

För det fall Lagrådets förslag till lagtext rörande införandelagen godtas kan upphävandelagen lämpligen erhålla följande lydelse:

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (2007:1091) om offentlig upphandling att 2 kap. 10 a § ska upphöra att gälla.

Prop. 2009/10:134
Bilaga 5

-
1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013.
 2. Den upphävda paragrafen gäller dock fortfarande i fall då avtal har slutits före den 1 januari 2013.

Utdrag ur protokoll vid regeringssammanträde den 11 mars 2010

Närvarande: Statsministern Reinfeldt, ordförande, och statsråden Olofsson, Odell, Bildt, Ask, Husmark Pehrsson, Larsson, Erlandsson, Carlgren, Hägglund, Björklund, Carlsson, Littorin, Borg, Sabuni, Billström, Björling

Föredragande: Mats Odell

Regeringen beslutar proposition 2009/10:134 Upphandling från statliga och kommunala företag.