Regeringen överlämnar denna proposition till riksdagen.

Stockholm den 15 mars 2012

Fredrik Reinfeldt

Peter Norman
(Finansdepartementet)

Propositionens huvudsakliga innehåll


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

Lagändringarna föreslås träda i kraft den 1 januari 2013.
Innehållsförteckning

1 Förslag till riksdagsbeslut................................................................. 5

2 Lagförslag............................................................................................. 6
   2.1 Förslag till lag om ändring i kommunallagen (1991:900).......................... 6
   2.2 Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling...... 8
   2.3 Förslag till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter... 9
   2.4 Förslag till lag om ändring i lagen (2010:570) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.......................... 11

3 Ärendet och dess beredning................................................................. 12

4 Undantag från upphandlingsskyldighet i in house-situationer............ 13
   4.1 Förutsättningar för upphandlingsskyldighet och vissa definitioner ......................... 13
       4.1.1 Regleringen om upphandling – en överblick.............................................. 13
       4.1.2 Vissa definitioner .......................................................... 14
       4.1.3 Avtal mellan två parter som förutsättning för upphandlingsskyldighet........ 15
   4.2 EU-domstolens praxis om in house-undantaget m.m........................... 16
       4.2.1 Inledning ..................................................................... 16
       4.2.2 Teckal-målet .................................................................. 17
       4.2.3 En närmare formulering av in house-undantaget........................................... 18
       4.2.4 Kontrollkriteriet ....................................................... 20
       4.2.5 Verksamhetskriteriet .................................................. 23
       4.2.6 Viss samverkan oberoende av Teckal-kriterierna................................. 26
   4.3 SYSAV-målen och det temporära undantaget.............................. 27
       4.3.1 RÅ 2008 ref. 26 ........................................................... 27
       4.3.2 Det temporära undantaget ............................................. 27
   4.4 Offentligt ägda företag i Sverige m.m......................................... 28
       4.4.1 Privaträttsliga organisationsformer i offentlig verksamhet......................... 28
       4.4.2 Kommunalrättsliga organisationsformer för samverkan.......................... 35
       4.4.3 Handel mellan det offentliga och dess företag ............................................ 38
       4.4.4 Kontroll över svenska privaträttsliga associationer................................. 40
       4.4.5 Kontroll över svenska kommunalförbund och gemensamma nämnder......... 45
   4.5 Ett in house-undantag införs i svensk rätt.............................. 48
       4.5.1 Ett undantag införs i LOU .............................................. 48
4.5.2 Ett undantag införs inte i övrig upphandlingslagstiftning eller i lagen om valfrihetssystem........................................... 51

4.6 Utformningen av undantaget ........................................... 53
4.6.1 Ett generellt utformat in house-undantag........ 53
4.6.2 Undantaget gäller för avtal mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd............... 57
4.6.3 Undantaget gäller under förutsättning att kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda......................................................... 62
4.6.4 In house-undantagets räckvidd ...................... 65

5 De kommunala företagens befogenheter................................. 72
5.1 Problem med bristande bundenhet .................................. 72
5.2 De kommunala befogenheterna och de kommunala företagen................................................................. 73
5.2.1 Den kommunala kompetensen.......................... 73
5.2.2 De kommunala företagens kompetens........ 78

5.3 Säkerställande av att de kommunala företagen binds av de kommunala befogenheterna ........................................ 80
5.3.1 Det kommunala ändamålet och de kommunala befogenheterna ska komma till uttryck i bolagsordningarna för kommunala aktiebolag........................................ 80
5.3.2 Förstärkt uppsiktsplikt för kommun- och landstingsstyrelser ........................................ 86

6 Insyn i kommunala företag och entreprenader........................ 90
6.1 Regelverket om insyn i kommunala företag och entreprenader................................................................. 90
6.1.1 Kommunala företag ........................................ 90
6.1.2 Kommunala entreprenader .......................... 91
6.2 Behov av åtgärder...................................................... 93

7 Extern delegation av kommunala upphandlingsbeslut .......... 95
7.1 Problem med avsaknad av en extern delegationsmöjlighet ................................................................. 95
7.2 Överföring av kommunal beslutanderätt och inköpscentraler ................................................................. 96
7.2.1 Kommunallagens bestämmelser om delegation ................................................................. 96
7.2.2 Bestämmelser om extern delegation i annan lagstiftning ................................................................. 98
7.2.3 Kommuners och landstings möjligheter att använda sig av fullmakt................................. 99
7.2.4 Särskilt om upphandlingsärenden........................ 100
7.2.5 Inköpscentraler ...................................................... 101
7.3 Behov av en möjlighet att överföra beslutanderätten externt................................................................. 103
7.3.1 Administrativt merarbete m.m............................ 103

Prop. 2011/12:106
7.3.2 Till vilka bör överföring av beslutanderätt kunna ske? ..................................................... 104
7.4 Ny extern delegationsmöjlighet införs ........................................ 106
7.4.1 Nya delegationsbestämmelser införs ........................................ 106
7.4.2 Den närmare utformningen av den nya regleringen .................. 110
8 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser .................................. 115
8.1 Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling m.m. ........................................ 115
8.2 Förslaget till lag om ändring i kommunallagen (1991:900) ................................................................. 116
8.3 Förslaget till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter .............................. 117
9 Konsekvenser ................................................................................ 118
9.1 Undantag från upphandlingsskyldighet ...................................... 118
9.2 De kommunala företagens befogenheter .................................. 119
9.3 Extern delegation av kommunala upphandlingsbeslut ................. 120
10 Författningskommentar ................................................................. 122
10.1 Förslaget till lag om ändring i kommunallagen (1991:900) ................................................................. 122
10.2 Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ........................................ 124
10.3 Förslaget till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter .................................. 127
10.4 Förslaget till lag om ändring i lagen (2010:570) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ........................................ 129
Bilaga 1 Sammanfattning av betänkandet Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor (SOU 2011:43) ................................................................. 130
Bilaga 2 Lagförslag i betänkandet Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor (SOU 2011:43) ................................................................. 145
Bilaga 3 Förteckning över remissinstanserna .................................. 152
Bilaga 4 Lagrådsremissens lagförslag ............................................. 153
Bilaga 5 Lagrådets yttrande ......................................................... 159
Utdrag ur protokoll vid regeringssammanträde den 15 mars 2012 ........ 163
Förslag till riksdagsbeslut

Regeringen föreslår att riksdagen antar regeringens förslag till
1. lag om ändring i kommunallagen (1991:900),
2. lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
3. lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter,
2 Lagförslag

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

Härigenom föreskrivs i fråga om kommunallagen (1991:900)\(^1\) dels att 3 kap. 17 § ska ha följande lydelse,

dels att det i lagen ska införas två nya paragrafer, 6 kap. 1 a och 1 b §§, av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

3 kap. 17 §

Om en kommun eller ett landsting med stöd av 16 § lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehåller samtliga aktier, skall fullmäktige 1. fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten,

2. utse samtliga styrelseledamöter,

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

Fullmäktige skall också utse minst en lekmannarevisor i aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehåller samtliga aktier. 1. Om en kommun eller ett landsting med stöd av 16 § lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehåller samtliga aktier, ska fullmäktige 2. se till att det fastställda kommunala ändamålet och de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten anges i bolagsordningen,

3. utse samtliga styrelseledamöter, och

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

Fullmäktige ska också utse minst en lekmannarevisor i aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehåller samtliga aktier. Första stycket tillämpas också när kommunen ensam eller landstinget ensamt bildar en stiftelse för en kommunal ange-

\(^1\) Lagen omtryckt 2004:93.

\(^2\) Senaste lydelse 2006:369.
lägenhet. Fullmäktige skall även utse minst en revisor i en sådan stiftelse.

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

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

6 kap.

1 a §
Styrelsen ska i årliga beslut för varje sådant aktiebolag som avses i 3 kap. 17 och 18 §§ pröva om den verksamhet som bolaget har bedrivit under föregående kalenderår har varit förenlig med det fastställda kommunala ändamålet och utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna. Om styrelsen finner att så inte är fallet, ska den lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder.

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

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013.
2. För stiftelser som har bildats före ikraftträdandet gäller 3 kap. 17 § i sin äldre lydelse.
2.2 Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

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

Nuvarande lydelse

<table>
<thead>
<tr>
<th>Nuvarande lydelse</th>
<th>Föreslagen lydelse</th>
</tr>
</thead>
</table>
| 2 kap. 10 a §1 | Med kontrakt enligt 10 § avses dock inte avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om
|   | 1. den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, och
|   | 2. den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den. |

---

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013 och ska tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet.

---

1 Tidigare 2 kap. 10 a § upphävd genom 2010:570.
2.3 Förslag till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter

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

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

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

Nuvarande lydelse Föreslagen lydelse

6 kap.

Upphandling

4 §

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

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

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

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

5 §

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

6 §

Beslut som anställda i en inköpscentral fattar på en nämnds vägnar ska anmälas till den som har lämnat uppdraget.
7 §

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013.
2.4 Förslag till lag om ändring i lagen (2010:570) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling


Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013.

\[1 \text{ Ändringen innebär bl.a. att punkten 2 upphävs.}\]
Ärendet och dess beredning

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

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

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


Betänketandet har remissbehandlats. En förteckning över remissinstanserna finns i bilaga 3. Remissytrandena och en sammantällning av remissvaren finns tillgängliga i Finansdepartementet (dnr Fi2011/2235).

Lagrådet

Regeringen beslutade den 16 februari 2012 att inhämta Lagrådets yttrande över de lagförslag som finns i bilaga 4.

Lagrådets yttrande finns i bilaga 5. Lagrådet har i fråga om förslaget till ett nytt in house-undantag ansett att det i det fortsatta beredningsarbetet bör övervägas att fylla ut lagtexten så att oklarheterna så långt möjligt elimineras. Lagrådet har även satt i fråga om den begränsning som föreslås i 6 kap. 4 § lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter fyller någon funktion. Regeringen gör i dessa delar en annan bedömning än vad Lagrådet har gjort.

Lagrådet har vidare föreslagit att det s.k. verksamhetskriteriet ska formuleras så att det i paragrafen uttryckligen anges att undantaget förutsätter att den verksamhet som den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten endast får vara av marginell karaktär. Regeringen har inte följt Lagrådets förslag i denna del. Lagrådets förslag i övrigt har följts.
4 Undantag från upphandlingsskyldighet i in house-situationer

4.1 Förutsättningar för upphandlingsskyldighet och vissa definitioner

4.1.1 Regleringen om upphandling – en överblick


Lagbestämmelser på upphandlingsområdet finns även i lagen (2008:962) om valfrihetssystem, förkortad LOV. I denna lag finns regler om vad som gäller för de kommuner och landsting som vill konkurrens-utsätta kommunala verksamheter genom att överlåta valet av utförare av

1 EUT L 134, 30.4.2004, s. 114 (Celex 32004L0018).
2 EUT L 134, 30.4.2004, s. 1 (Celex 32004L0017).
3 EUT L 216, 20.8.2019, s. 76 (Celex 32009L0081).

4.1.2 Vissa definitioner

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

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

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

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

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

Med leverantör avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader (2 kap. 11 § LOU). Begreppet innefattar också grupper av leverantörer.
Begreppet *tjänstekoncession* definieras som ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten (2 kap. 17 § LOU).

### 4.1.3 Avtal mellan två parter som förutsättning för upphandlingsskyldighet


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

4.2.1 Inledning


I avsnitten nedan beskrivs EU-domstolens praxis om in house-undantaget. De avgöranden, förutom domen i mål C-107/98, Teckal, som hittills finns på området är särskilt EU-domstolens
– dom av den 7 december 2000 i mål C-94/99, ARGE Gewässerschutz mot Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft (ARGE), REG 2000 s. I-11037,
– dom av den 8 maj 2003 i mål C-349/97, Konungariket Spanien mot Europeiska gemenskapernas kommission (Tragsa), REG 2003 s. I-3851,
– dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (Stadt Halle), REG 2005 s. I-1,
– dom av den 13 januari 2005 i mål C-84/03, Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Spanien, REG 2005 s. I-139,
– dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Consorzio Aziende Metano mot Comune di Cingia de’ Botti (Coname), REG 2005 s. I-7287,
– dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen och Stadtwerke Brixen AG (Parking Brixen), REG 2005 s. I-8585,
– dom av den 10 november 2005 i mål C-29/04, Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Österrike (Mödling), REG 2005 s. I-9705,
– dom av den 6 april 2006 i mål C-410/04, Associazione Nazionale Autotrasiporto Viaggiatori mot Comune di Bari och AMTAB Servizio SpA (ANAV), REG 2006 s. I-3303,
– dom av den 11 maj 2006 i mål C-340/04, Carbotermo SpA och Consorzio Alisei mot Comune di Busto Arsizio och AGESP SpA (Carbotermo), REG 2006 s. I-4137,
– dom av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, Jean Auroux m.fl. mot Commune de Roanne (Auroux), REG 2007 s. I-385,
– dom av den 19 april 2007 i mål C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales mot Transformación Agraria SA och Administración del Estado (Asemfo), REG 2007 s. I-2999,
– dom av den 18 december 2007 i mål C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia mot Administración General del Estado, REG 2007 s. I-12175,
– dom av den 17 juli 2008 i mål C-371/05, Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Italien (Mantova), REG 2008 s. I-110,
– dom av den 13 november 2008 i mål C-324/07, Coditel Brabant SA mot Commune d’Uccle och Région de Bruxelles-Capitale (Coditel), REG 2008 s. I-8457,
– dom av den 8 april 2008 i mål C-337/05, Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Italien, REG 2008 s. I-2173,
– dom av den 9 juni 2009 i mål C-480/06, Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland (Hamburg), REG 2009 s. I-4747,
– dom av den 10 september 2009 i mål C-573/07, Sea Srl mot Comune di Ponte Nossa (Sea), REG 2009 s. I-8127,

4.2.2 Teckal-målet

I domen i mål C-107/98, Teckal, tolkade EU-domstolen definitionen av varuupphandlingskontrakt som fanns i artikel 1 a i det nu upphävda direktiv 93/36/EEG (det äldre varudirektivet)\(^4\). Bakgrunden i målet var att kommunstyrelsen i den italienska kommunen Viano hade beslutat att anförtro handhavandet av uppvärmningen av vissa kommunala byggnader åt AGAC. Beslutet föregicks inte av något anbudsförande.

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

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

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

4.2.3 En närmare formulering av in house-undantaget

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

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

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

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

Prop. 2011/12:106

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

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

Är innehav ett krav?

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

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

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

Lokala och andra myndigheter som upphandlande myndigheter

Av EU-domstolens praxis följer att in house-undantaget kan vara tillämpligt såväl då den upphandlande myndigheten är en lokal myndighet, t.ex. en kommun (se bl.a. domen i mål C-107/98, Teckal) som då den upphandlande myndigheten är en statlig myndighet (se bl.a.
Prop. 2011/12:106

domen i mål C-295/05, Asemfo). Däremot har EU-domstolen hittills inte uttryckligen behandlat frågan om också upphandlande myndigheter som inte är offentliga myndigheter kan tillämpa in house-undantaget (se vidare avsnitt 4.6.2).

Formulering enligt hittillsvarande praxis

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

1. den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den fristående enheten som motsvarar myndighetens kontroll över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet), och

2. den fristående enheten bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar enheten (verksamhetskriteriet).

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

4.2.4 Kontrollkriteriet

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

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

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

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

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

**Olika former av fristående enheter**

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

**Olika innehavare av den fristående enheten**

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

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

Om ett **privatägt företag är delägare** i en fristående enhet, om än i minoritetsställning, är det enligt EU-domstolen i princip uteslutet att den upphandlande myndigheten kan utöva en kontroll över enheten som motsvarar dess kontroll över den egna förvaltningen (se bl.a. domarna i mål C-26/03, Stadt Halle, punkt 49, mål C-29/04, Mödling, punkt 46, mål C-220/05, Auoux, punkt 64, mål C-324/07, Coditel, punkt 30, mål C-573/07, Sea, punkt 46, och mål C-231/03, Coname, punkt 26. Jfr dock domen i mål C-196/08, Acozet, punkterna 53–62). EU-domstolen har emellertid uttalat att det faktum att det finns en möjlighet för privata
Investera att köpa in sig i bolaget, bara kan beaktas om det vid den tidpunkt då kontraktet i fråga tilldelas bolaget, konkret framgår att en sådan möjlighet kommer att erbjudas på kort sikt (se domen i mål C-573/07, Sea, punkt 50).


Relationen mellan den upphandlande myndigheten och den fristående enheten

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

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

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

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

4.2.5 Verksamhetskriteriet

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

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

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

Att den fristående enheten ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet som innehar (kontrollerar) enheten medför enligt EU-domstolen att den enheten huvudsakligen måste utöva verksamhet åt denna myndighet. All annan verksamhet får endast vara av marginal karaktär (punkt 63). I bedömningen av om så är fallet ska alla omständigheter beaktas, dvs. såväl kvalitativa som kvantitativa (punkt 64).

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

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

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

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

Domen i mål C-295/05, Asemfo, ger även viss ytterligare vägledning om vad som krävs enligt verksamhetskriteriet. I denna dom ansåg EU-domstolen att verksamhetskriteriet var uppfyllt. Den aktuella fristående enheten var ett spanskt aktiebolag (Tragsa) vars aktiekapital ägdes till 99 procent av den spanska staten, antingen direkt eller genom holdingbolag och garantifonder. Aktiekapitalet i övrigt ägdes av fyra (av 17) autonoma gemenskaper till vardera lika andelar. Enligt EU-domstolen framgick det av handlingarna att Tragsa bedrev i genomsnitt mer än 55 procent av sin verksamhet tillsammans med de autonoma gemenskaperna och närmare 35 procent tillsammans med staten. EU-domstolen ansåg därför att Tragsa bedrev huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med de offentliga sammanslutningar och organ som inneha bolaget (punkt 63).

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

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

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

En helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet ska göras. Såväl kvalitativa som kvantitativa omständigheter ska beaktas. Sådan verksamhet som den fristående enheten bedriver tillsammans med den upphandlande myndigheten inbegriper all den verksamhet som bedrivs inom ramen för tilldelning som gjorts av den upphandlande

4.2.6 Viss samverkan oberoende av Teckal-kriterierna

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

EU-domstolen har dock även i domen i mål C-480/06, Hamburg, prövat om ett avtal mellan flera offentliga myndigheter om visst samarbete, som inte skedde genom en fristående enhet, borde ha föregåtts av ett upphandlingsförfarande. Trots att ingen av myndigheterna utövade kontroll i enlighet med kontrollkriteriet över någon av de andra myndigheterna, bedömde EU-domstolen att det saknades upphandlingsskyldighet i den aktuella situationen. Enligt EU-domstolen utgjorde avtalet såväl grunden som den rättsliga ramen för ett framtida inrättande och drift av en anläggning genom vilken en allmännyttig tjänst var avsedd att fullgöras. Avtalet hade enligt domstolen ingåtts uteslutande av offentliga myndigheter, utan inblandning av någon privat avtalspart, och i avtalet angavs eller föregreps inte i något avseende den offentliga upphandling som eventuellt skulle vara nödvändig för inrättandet och driften av avfallsanläggningen (punkt 44).

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

4.3 SYSAV-målen och det temporära undantaget

4.3.1 RÅ 2008 ref. 26

I SYSAV-målen (RÅ 2008 ref. 26) ställdes Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen) inför frågan om den svenska upphandlingslagstiftningen gav utrymme för undantag från upphandlingsskyldighet när kommuner köper tjänster från kommunala bolag. Regeringsrätten konstaterade att den svenska lagens ordalydelse svårigen gav utrymme för tolkningen att kommunerna skulle vara undantagna från lagens regelverk när de köper tjänster från kommunala bolag. Med hänvisning till bl.a. vissa förarbeten anförde Regeringsrätten att det tvärtom allmänt torde anses att den svenska lagstiftningen inte medgav att kommuner och landsting köper varor och tjänster från sina egna bolag utan formell upphandling. Regeringsrätten anförde vidare att EG-domstolen (numera EU-domstolen) i ett antal domar, t.ex. i domen i mål C-295/05, Tragsa, har uttalat att direktiv 92/50 inte utgör hinder mot nationell lagstiftning som innebär att företag som på visst sätt är knutna till en upphandlande enhet (de s.k. Teckal-kriterierna) utför uppdrag åt enheten utan iakttagande av direktivets bestämmelser. Då den nationella lagstiftningen i Sverige inte innehöll några sådana undantag från upphandlingsskyldigheten aktualiserades dock enligt Regeringsrättens mening inte frågan om tillämpning av Teckal-kriterierna i de nu aktuella målen. Regeringsrättens bedömning var därmed att kommunen varit skyldig att upphandla den aktuella tjänsten.

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

4.3.2 Det temporära undantaget

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


Mot bakgrund av de stora ekonomiska konsekvenser som sannolikt skulle drabba framför allt kommuner och landsting fram till dess att

4.4 Offentligt ägda företag i Sverige m.m.

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

4.4.1 Privaträttsliga organisationsformer i offentlig verksamhet

Aktiebolag

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

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

Aktiebolagets interna organisation består av bolagsorgan som står i ett hierarkiskt förhållande till varandra. Bolagsstämman är det högsta bolagsorganet och det forum där aktieägarna formellt utövar sin rätt att besluta i bolagets angelägenheter (7 kap. 1 § ABL). I alla aktiebolag finns också en styrelse som svarar för bolagets organisation och förvaltningen av bolagets angelägenheter (8 kap. 1 och 4 §§ ABL). En verkställande direktör är obligatorisk i publika bolag och får utses i privata bolag (8 kap. 27 och 50 §§ ABL). Den verkställande direktören är underordnad styrelsen och har i uppgift att sköta den löpande förvaltningen (8 kap. 29 § ABL). Som huvudregel ska det finnas minst en revisor i ett aktiebolag (9 kap. 1 § första stycket ABL). I bolagsordningen för ett privat aktiebolag får dock under vissa förutsättningar anges att bolaget inte ska ha någon revisor (samma paragraf, andra stycket). Detta undantag är tillämpligt för små bolag utifrån vissa villkor om antal anställda, balansomslutning och nettoomsättning (samma paragraf, tredje visstfjärde styckena). Om inte bolagsordningen anger något annat, får även en eller flera personer utses att vara lekmannarevisorer (10 kap. 1 § ABL). Revisorer och lekmanna-revisorer har i uppgift att granska bolaget och dess åtgärder i olika avseenden.

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

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

I de bolag som har en verkställande direktör utses denne av styrelsen. Den verkställande direktören har till uppgift att sköta den löpande
Prop. 2011/12:106


Ägarens styrning av bolaget sker på olika sätt. Bolagsstämman kan genom anvisningar skapa skyldighet för styrelsen och den verkställande direktören att besluta på visst sätt eller att underställa bolagsstämman vissa frågor innan beslut tas. Anvisningsrätten följer indirekt av 8 kap. 41 § andra stycket ABL och gäller på motsvarande sätt för styrelsen i förhållande till den verkställande direktören. Möjligheterna att ge anvisningar är långtgående men inte obegränsade. Kompetensfördelningen i ABL mellan bolagsstämman, styrelsen och den verkställande direktören är tvingande och utgör i sig en gräns för möjliga anvisningar till underordnade organ. I ett aktiebolag som har en revisor och lekmannarevisor kan bolagsstämman även ge anvisningar till dessa (9 kap. 4 § och 10 kap. 4 § ABL). För viss typ av frågor kan ett alternativ till att bolags-
Prop. 2011/12:106

stämman ger anvisningar vara att bestämmelser tas in i bolagsordningen. På likartat sätt som för anvisningar gäller i fråga om bolagsordningen att den inte får innehålla föreskrifter som i praktiken berövar styrelsen eller den verkställande direktören deras ställning enligt kompetensfördelningen i ABL. Av 3 kap. 1 § första stycket 3 ABL framgår att en viss regel av kompetensbegränsande natur alltid ska finnas i bolagsordningen, nämligen bestämmelsen om bolagets verksamhetsföremål, angivet till sin art. Likaledes ska det anges i bolagsordningen om bolagets verksamhet helt eller delvis ska ha ett annat syfte än att ge vinst till fördelning mellan aktieägarna (3 kap. 3 § ABL). I viss utsträckning kan också särskilda organ inrättas för att bistå t.ex. bolagsstämman eller styrelsen. Ett exempel på detta är valberedningar eller nomineringskommittéer för beredning inför val av styrelseledamöter. Genom aktieägaravtal kan även styrning ske genom att alla eller några av aktieägarna till ett bolag kommer överens om att agera samfällt i frågor som gäller bolaget, t.ex. genom att rösta på ett visst sätt på bolagsstämman.

Ekonomiska föreningar

kompetensbegränsning, som är bindande för samtliga föreningsorgan (2 kap. 2 § första stycket 3 FL).

**Ideella föreningar**

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


**Försäkringsföretag**

ska ha minst en revisor. I försäkringsaktiebolag och ömsesidiga
försäkringsbolag får vidare utses en eller flera lekmannarevisorer.

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

Andra privaträttsliga organisationsformer

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

Särskilt om statligt ägda företag

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

Som huvudregel gäller att regeringen förvaltar och förfogar över
statens tillgångar (9 kap. 8 § första stycket regeringsformen). Detta inne-
bär att ågarollen i statligt ägda företag, t.ex. aktiebolag, ytterst utövas av
regeringen. Något hinder för regeringen att överlåta åt underordnade
myndigheter att utöva ågarrollen i statligt ägda aktiebolag finns dock
inte. Vissa begränsningar i regeringens dispositionsrätt finns, dels på
grund av bestämmelser i budgetlagen (2011:203), dels som följd av
beslut som riksdagen fattat för ett visst bolag. Regeringen får exempelvis
inte utan riksdagens bemyndigande genom försäljning eller på annat sätt
minska statens ägarandel i företag där staten har hälften eller mer än
hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar (8 kap. 4 § andra
stycket budgetlagen).
De verktyg som staten kan använda för att styra statliga privaträttsliga företag är desamma som för privata ägare till sådana företag. För exempelvis aktiebolag kan styrning alltså ske genom bl.a. bestämmelser i bolagsordningen och anvisningar av bolagsstämman.

Särskilt om kommunalt ägda företag

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


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

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

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

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

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

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

4.4.2 Kommunalrättsliga organisationsformer för samverkan

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


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

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

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

**Gemensamma nämnder**

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


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

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

Ledamöter och ersättare i den gemensamma nämnden väljs av fullmäktige i de samverkande kommunerna eller landstingen. Var och en av de samverkande kommunerna eller landstingen ska vara representerade med minst en ledamot och en ersättare (6 kap. 9 § tredje stycket KL). Den uppsiktsplikt över nämnder som gäller för styrelsen i en kommun eller ett landsting omfattar även gemensamma nämnder (6 kap. 1 § första stycket KL). Uppvisktsplikten gäller för styrelserna i samtliga samverkande kommuner eller landsting.
När det gäller gemensamma nämnder är det svårare att göra en bedömning av om kommuners och landstings anskaffning från dessa ska anses falla inom LOU:s tillämpningsområde eller inte. Det bör dock stå klart att någon upphandlingsskyldighet inte föreligger när värdkommunen anskaffar varor eller tjänster m.m. från den gemensamma nämnden. I och med att dessa formellt sett utgör en och samma juridiska person (verksamheten bedrivs då i egen regi) uppstår inte något kontrakt i upphandlingsrättslig mening och därmed inte heller någon upphandlingsskyldighet. När däremot en kommun som har tillsatt den gemensamma nämnden men som inte är värdkommun, anskaffar varor eller tjänster m.m. från nämnden görs anskaffningen i förhållande till denna kommun från en annan juridisk person. I dessa fall skulle det därför kunna bli aktuellt att göra en prövning om undantag från upphandlingsskyldigheten enligt EU-domstolens praxis om Teckalkriterierna föreligger (prop. 2009/10:134 s. 50).

4.4.3 Handel mellan det offentliga och dess företag

Företag som ägs av staten, kommuner och landsting bedriver i viss utsträckning handel med sina ägare. Sammantaget är det till största delen inom kommuner och landsting som sådan handel sker. Handel mellan offentligt ägda bolag och deras ägare finns i flera riktningar, dvs. såväl fall där ägaren köper från bolag som fall där bolaget köper från ägaren. Till viss del är denna handel baserad på upphandlingskontrakt enligt upphandlingslagstiftningen.

Statens företag


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

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

Kommunalt ägda företag


Verksamhet i kommunalförbund och gemensamma nämnder

Nästan alla kommuner och landsting samverkar i någon form av kommunalförbund. Ett stort antal kommuner och landsting ingår också i flera förbund. År 2008 var det 246 kommuner eller 86 procent av kommunerna som ingick i något kommunalförbund. Samma år fanns 104 förbund registrerade som redovisat resultat- och balansräkning (SOU 2011:43 s. 287 f.). Kommunalförbunden är verksamma på olika områden, t.ex. utbildningsverksamhet, räddningstjänst, näringslivsfrämjande åtgärder, vattenförsörjning, avfallshantering, vård och omsorg samt individ- och familjeomsorg. Största delen av samverkan i kommunal-
Prop. 2011/12:106

förbund och gemensamma nämnder sker inom det skattefinansierade området och endast en mindre del inom de avgiftsfinansierade verksamheterna som renhållning, vatten och avlopp.


4.4.4 Kontroll över svenska privaträttsliga associationer


Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

säkerställande av kontrollrekvisitet på. En ny offentligrättlig associationsform bör därför enligt dem införas i svensk lagstiftning, något som även SITA Sverige AB förordar. Svensk Försäkring anser att det behövs en fördjupad analys av om en kommun kan anses ha en sådan kontroll över ett försäkringsföretag att det s.k. kontrollkriteriet kan anses uppfyllt.

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

När det gäller aktiebolag framgår av den beskrivning över den svenska aktiebolagsrätten, som lämnats i avsnitt 4.4.1, att det finns ett antal omständigheter i svensk rätt som är relevanta vid en bedömning av om kontrollkriteriet kan anses uppfyllt eller inte. Exempelvis kan nämnas möjligheterna för aktieägare att styra ett aktiebolag genom bolagsstämmoanvisningar eller att bolagsorganen i ett aktiebolag har en självständig ställning i förhållande till ägaren. Regeringen gör nedan en bedömning av i vad mån dessa omständigheter kan möjliggöra uppfyllande av kontrollkriteriet. Det är dock viktigt att poängtera att det, som Konkurrensverket anför, vid bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt ska göras en samlad bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet och att det är den som avser att åberopa in house-undantaget som har bevisbördan. Det kan inte heller uteslutas att det i det enskilda fallet också kan finnas andra omständigheter än de som nämns här som kan skapa eller hindra kontroll och som därför kan vara relevanta vid den samlade bedömningen.

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

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

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

En i viss mån kontrollskapande åtgärd får också bedömas vara att ägaren, direkt eller genom bolagstsämmans, utser en eller flera lekmannarevisorer. Lekmannarevisorernas betydelse får dock antas vara begränsad i jämförelse med betydelsen av t.ex. en aktiv användning av bolagstsämmoanvisningar eller att bolagets verksamhet syftar till att tillgodose ett allmänt intresse.

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

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

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

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

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

Som framgår av avsnitt 4.4.1 finns det inga bestämmelser i FL om lekmannarevisorer. I övrigt motsvarar emellertid det associationsrättsliga regelverket för ekonomiska föreningar i fråga om styrningsmöjligheter väsentligen det som gäller för aktiebolag enligt ABL. Möjligheterna för offentliga medlemmar i en ekonomisk förening att åstadkomma avgörande påverkan på föreningens strategiska mål och viktiga beslut bör därför bedömas på samma sätt som för offentliga ägare till aktiebolag enligt ABL. Bedömningarna i avsnittet ovan är alltså av relevans även för ekonomiska föreningar.
I jämförelse med vad som är möjligt för aktieägare i ett aktiebolag enligt ABL, får medlemmarna i ideella föreningar anses ha större möjligheter att genom bestämmelser i stadgarna eller stämmobeslut åstadkomma avgörande påverkan på föreningens strategiska mål och viktiga beslut. Detsamma gäller i fråga om handelsbolag, till följd av de stora möjligheterna att avtala om bl.a. formerna för bolagets förvaltning. I ett handelsbolag där alla delägare deltar i förvaltningen har varje delägare en direkt ledande och styrande ställning. Det får därför anses vara möjligt för upphandlande myndigheter som är medlemmar i en ideell förening eller som är delägare i ett handelsbolag att skapa tillräcklig kontroll enligt kontrollkriteriet. Vad som angetts i avsnittet rörande aktiebolag kan tjäna till ledning för den närmare bedömningen av vilka åtgärder som kan krävas.

Möjligheterna till styrning av försäkringsföretag enligt FRL motsvarar i hög grad vad som gäller för aktiebolag enligt ABL respektive ekonomiska föreningar enligt FL. Bolagsordningen eller stadgarna för ett försäkringsföretag och ändringar av dessa instrument ska dock godkännas av Finansinspektionen eller i vissa fall av regeringen (2 kap. 8 och 9 §§ FRL.). Prövningen i samband med detta är inriktad på att bolagsordningen eller stadgarna överensstämmer med bl.a. FRL och att den i övrigt innehåller de särskilda bestämmelser som behövs med hänsyn till omfattningen och arten av verksamheten (2 kap. 4 § första stycket 1 och 9 § första stycket FRL). I fråga om styrelseledamöter och verkställande direktör görs också en bedömning av deras kvalifikationer för uppdraget (2 kap. 4 § första stycket 4 FRL). Prövningen hindrar däremot inte i sig att det i bolagsordningen eller stadgarna tas in t.ex. bestämmelser om att vissa extraordinära beslut inte får fattas utan godkännande av stämmans. Sammantaget får kontrollmöjligheterna för offentliga aktieägare eller delägare i ett försäkringsaktiebolag eller mötesperiod möjligheterna att utövas på samma sätt som för offentliga aktiebolag enligt ABL. Motsvarande gäller i fråga om försäkringsföreningar. Regeringen anser därför, till skillnad från Svensk Försäkring, att bedömningarna i avsnittet ovan om aktiebolag har relevans även för försäkringsföretag.


Sammanfattningsvis gör regeringen således bedömningen att det finns förutsättningar för att kontroll enligt kontrollkriteriet kan åstadkommas över aktiebolag och flera andra av dagens privaträttsliga associationsformer. Regeringen anser som en följd av detta, till skillnad från bl.a. Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet och Juridiska institutionen vid Umeå universitet, att det inte finns behov av att i svensk fält
4.4.5 Kontroll över svenska kommunalförbund och gemensamma nämnder

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


**Skälen för regeringens bedömning**

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

Liksom vid bedömmningen av om kontrollkriteriet kan uppfyllas avseende privaträttsliga associationer finns det ett antal omständigheter i svensk rätt avseende kommunalförbund och gemensam nämnd som kan vara relevanta vid en bedömning av om kontrollkriteriet kan anses uppfyllt eller inte. Exempelvis kan nämnas sådana omständigheter som att den upphandlande myndigheten utser ledamöter i den fristående enhetens styrende organ, att det styrande organet har begränsade befogenheter samt att den fristående enhetens syfte är att utföra en uppgift i kommunalt intresse som alltså kan tala för att kontrollkriteriet är uppfyllt. Regeringen gör nedan en bedömning av i vad mån dessa omständigheter kan möjliggöra uppfyllande av kontrollkriteriet. Det är dock viktigt att poängtera att det vid bedömmningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt ska göras en samlad bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Det kan inte heller uteslutas att det i
Prop. 2011/12:106
46

det enskilda fallet också kan finnas andra omständigheter än de som nämns här som skapar eller hindrar kontroll och som därför kan vara relevanta.

Kommunalförbund

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

Om förbundet däremot är organisatoriskt med fullmäktige är detta organ som tillsätter styrelsen, dvs. inte medlemmarna. Detta skulle möjligen kunna tala mot att medlemmarna utövar kontroll. EU-domstolens praxis ger dock enligt regeringens mening inte stöd för att det i sig skulle ha någon avgörande betydelse för kontrollkriteriet om ledamöterna i ett kommunalförbunds styrelse tillsätts av medlemmarna eller av fullmäktige.

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

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

I övrigt kan även bl.a. kommun- eller landstingsstyrelsens uppsiktsplikt i viss mån tala för att medlemmarna utövar kontroll (6 kap. 1 § KL). Sammantaget bedömer regeringen att det finns goda förutsättningar för medlemmarna i ett kommunalförbund att, i enlighet med kommunal-
rätten, åstadkomma möjlighet till bestämmande inflytande över förbundets strategiska mål och viktiga beslut. Därtill framstår möjligheterna till gemensamt utövat kontroll över ett kommunalförbund inte som mindre än kommuners och landstings möjligheter att utöva kontroll över den egna förvaltningen.

**Gemensam nämnd**

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

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

I övrigt kan även bl.a. kommun- eller landstingsstyrelsens uppsiktspålit i viss mån tala för att den gemensamma nämnden står under kontroll av de kommuner eller landsting som bildat den (6 kap. 1 § KL). Enligt regeringens mening innebär det nu anförda att det finns goda förutsättningar för de kommuner eller landsting som bildat en gemensam nämnd att i enlighet med kommunalrätten åstadkomma möjlighet till bestämmande inflytande över dess strategiska mål och viktiga beslut. Möjligheterna till gemensamt utövat kontroll över en gemensam nämnd kan vidare sammantaget inte bedömas vara mindre för de kommuner eller landsting som bildat den än deras möjligheter att utöva kontroll över nämnder som de tillsatt själva.
4.5 Ett in house-undantag införs i svensk rätt

4.5.1 Ett undantag införs i LOU

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

**Utredningens bedömning** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** En mycket stor majoritet av remissinstanserna instämmer i eller har inga invändningar mot bedömningen, bl.a. Statskontoret, Linköpings universitet, Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet, Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet, Juridiska institutionen vid Umeå universitet, Konkurrensverket, Skåne läns landsting, Stockholms läns landsting, Sveriges advokatsamfund och Sveriges Kommuner och Landsting. En remissinstans, Kommerskollegium, avstyrker dock ett permanent undantag med motiveringen att upphandlingsreglernas tillämplingsområde bör vara så brett som möjligt för att möjliggöra konkurrens.

**Svensk Försäkring** anser att undantaget inte bör omfatta försäkringsverksamhet eftersom det föreligger särskilda omständigheter för denna verksamhet. Kammarkollegiet delar visserligen uppfattningen att EU-domstolens praxis avseende in house-situationer bör gälla i Sverige, men förordar att frågan löses genom en direktivkonform tolkning av begreppet upphandlingskontrakt. Detta kräver enligt myndigheten inte någon lagstiftning utan det vore tillräckligt om det togs fram en vägledning. Myndigheten anser att skäl talar för att de s.k. SYSAV-domarna inte är tillämpliga på nu gällande LOU eftersom Regeringsrättens (numera Högsta förvaltningsdomstolen) tolkning gällde den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, förkortad ÅLOU. Konkurrensverket anser även att det bör övervägas om möjligheten till förhandsinsyn (7 kap. 4 § respektive 15 kap. 5 a § LOU) bör utvidgas till att omfatta även avtal som ingås med stöd av Teckal-kriterierna samt avtal som är undantagna upphandlingsskyldighet enligt bestämmelserna i 1 kap. LOU och LUF.

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

Regeringsrätten har i sitt avgörande i SYSAV-målen (RÅ 2008 ref. 26) bedömt att EU-domstolens praxis i form av kontroll- och verksamhetskriterierna inte är möjlig att tillämpa i Sverige såvida det inte inför en uttrycklig bestämmelse om detta i svensk lagstiftning. Regeringsrätten avgörande gällde tillämpningen av ÅLOU. Till skillnad från Kammarkollegiet, anser dock regeringen att domstolens uttalanden

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

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


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

Av betydelse för bedömningen av om det finns behov av ett undantag är även i vilken utsträckning det i dag förekommer köp och försäljning mellan det offentliga och dess företag. Av avsnitt 4.4.3 framgår att det i dag finns offentligt ägda företag, särskilt i aktiebolagsform, i stor utsträckning både på statlig och kommunal nivå och inom de flesta verksamhetsområden. När det gäller handeln mellan det offentliga och dess företag har det framkommit att företag som ägs av kommuner och landsting i stor utsträckning bedriver handel i form av försäljning till sina ägare. För de kommunägda företagen avser ca en tredjedel av den sammanlagda nettoomsättningen försäljning till den ägande kommunen eller till bolag i samma koncern. Flertalet verksamhetsområden är i olika utsträckning berörda. De landstingsägda bolagen, förutom transportföretagen, domineras av Stockholms läns landstings bolag inom vårdsektorn vars försäljning i mycket stor utsträckning sker till det egna landstinget. Beträffande de offentligt ägda transportföretagen, vanligen de s.k. trafikhuvudmännerna, finns oftast inget uttalat sälj- och köpbehörande i relation till landstinget eller kommunen. De statligt ägda bolagen är de som generellt sett i minst utsträckning har försäljning till sina ägare. Här är dock vissa företag ändå berörda av in house-undantaget. Inom nästan alla verksamhetsområden förekommer även den omvända situationen med försäljning till de officiellt ägda företagen från deras ägare. Sammantaget kan konstateras att ett uteblivet i house-undantag skulle medföra stora förändringar i förutsättningarna för offentlig sektor inom både statlig och kommunal sektor och inom flertalet näringsgrenar. Ett uteblivet undantag skulle innebära att det officiella skulle välja mellan att upphandla enligt LOU, vilket i vissa fall skulle innebära att de officiellt ägda bolagen förlorade upphandlingskontrakten, eller att avbolagisera den verksamhet som bedrivs in bolagsform. Såväl avbolagiserings som förlorade upphandlingskontrakt innebär stora omställningskostnader för staten, landsting och kommuner.


50
kommer i överensstämmelse med EU-rätten. Vidare kan det konstateras att ett införande av ett in house-undantag inte heller hindrar att upphandling görs, om den upphandlande myndigheten tycker det är önskvärt av politiska eller ekonomiska skäl.


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

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

| Regeringens bedömning: Något undantag från kravet på upphandling bör inte införas i övrig upphandlingslagstiftning eller i lagen (2008:962) om valfrihetssystem. |
| Utredningens bedömning: Bedömningen överensstämmer med regeringens avseende LUF och LOV. Utredningens direktiv omfattade inte LUFS. |
**Skälen för regeringens bedömning**

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

**Försörjningssektorerna**

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

När det vidare gäller behovet av ett undantag i LUF måste framhållas de särskilda regler som redan finns i LUF om undantag för bl.a. ankunnta företag. Dessa regler ger bl.a. möjlighet för en upphandlande enhet att under vissa förutsättningar tilldela kontrakt till fristående enheter utan upphandling. Ämnet om vissa situationer som skulle kunna vara undantagna enligt EU-domstolens praxis om in house-undantaget är därför undantagna från försörjningsdirektivet oberoende av denna praxis. Med hänsyn till detta regelverk framstår behovet av ett undantag i den lagen som väsentligt mindre än behovet av ett undantag i LOU. Regeringen anser därför, till skillnad från bl.a. Luftfartsverket och Sveriges Kommuner och Landsting, att det sammantaget finns övervägande skäl som talar mot att ett in house-undantag inför i LUF.

**Försvars- och säkerhetsområdet**

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

Valfrihetssystem

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

4.6 Utformningen av undantaget

4.6.1 Ett generellt utformat in house-undantag

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


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

De remissinstanser som instämmer i eller inte har haft några invändningar mot utredningens bedömning är bl.a. Riksdagens ombudsmän (JO), Svea Hovrätt, Stockholms tingsrätt, Kammarrätten i

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

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


Ett antal av de remissinstanser, bl.a. Almega, Företagarna, Svensk Handel, Svenskt Näringsliv och Sveriges advokatsamfund, som inte instämmer i utredningens bedömning anser att det nuvarande, temporära
Prop. 2011/12:106


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

Skälen för regeringens bedömning: Regeringen har i avsnitt 4.5.1 gjort bedömningen att det i LOU bör införas ett permanent undantag från kravet på upphandling i enlighet med EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna. Frågan uppstår därmed hur detta undantag lämpligast bör regleras i svensk rätt. Utredningen har valt en utformning av undantaget som innebär att EU-domstolens praxis skulle göras tillämplig i Sverige genom en kodifiering av Teckal-kriterierna med den preciseringen att dessa endast kan tillämpas av vissa upphandlande myndigheter gentemot vissa slags leverantörer. En majoritet av remissinstanserna har invänt mot denna utformning av undantaget i svensk rätt. Ett stort antal remissinstanser, däribland Sveriges Kommuner och Landsting, flertalet av de kommuner och landsting som besvarat remissen, Linköpings universitet, Juridiska fakultetns nämnden vid Uppsala universitet, och Konkurrensverket, förordar en mer generell utformning av undantaget än...
Prop. 2011/12:106

vad utredningen föreslagit. De anser att utredningens förslag innebär en alltför detaljerad reglering som försvårar inhämtande av förhandsavgöranden från EU-domstolen, medför olika spelregler i olika stater samt innebär en risk för att den svenska lagstiftningen i framtiden kommer att behöva ändras till följd av förändrad praxis av EU-domstolen. Ett öppnare undantag skulle, enligt remissinstansen, täcka in såväl nuvarande som blivande praxis från EU-domstolen.

Regeringen instämmer i den remisskritik som framförts avseende riskerna med en alltför detaljerad lagstiftning. Det framstår inte som lämpligt att i den nationella lagstiftningen använda begrepp eller en systematik som inte överensstämmer med vad EU-domstolen uttalat i den praxis som är avsedd att kodiferas i lagstiftningen. Lagrådet har dock ansett att det är mycket otydlighet att det fortfarande många år efter den grundläggande Teckal-domen är 1999 återstår så många oklarheter vid tillämpningen på detta område. Oklarheterna leder till bristande förutsebarhet och rättsosäkerhet. Enligt Lagrådets mening synes en del av dessa oklarheter mera bero på att EU-domstolen (ännu) inte uttalat sig på frågan än på att det skulle vara tveksam om en viss tillämpning står i överensstämmelse med direktivet och de grundläggande principerna bakom regelverket om den offentliga upphandlingen. Lagrådet, som även hänvisar till att kommissionen inte har ställt upp en upphandlingsdirektiv och att flera av de frågor som nu betecknas som oklara behandlas i det arbetet, har ansett att det i det fortsatta beredningsarbetet bör övervägas att fylla ut lagtexten så att oklarheterna så långt möjligt elimineras.


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

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

Ett anbudsförarande krävs inte vid ett avtal med ekonomiska villkor som ingås med en – i förhållande till den offentliga myndighet som är upphandlande myndighet – fristående enhet, om
1. den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den fristående enheten som motsvarar myndighetens kontroll över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet), och
2. den fristående enheten bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar enheten (verksamhetskriteriet).

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

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

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

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

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

**Remissinstanserna:** När det gäller såväl frågan om vilka slags upphandlande myndigheter som ska kunna tillämpa undantaget som frågan gentemot vilka slags fristående enheter undantaget ska kunna
tillämpas, tillstyrker en majoritet av remissinstanserna förslaget eller framför inga invändningar mot det.


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

Skälen för regeringens förslag

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

Avtal mellan två parter är en förutsättning för upphandlingsskyldighet

En förutsättning, enligt såväl den svenska lagstiftningen om upphandling som unionsrätten, för att upphandlingsskyldighet ska uppkomma är att det föreligger ett avtal mellan två, i förhållande till varandra, fristående parter. Krav finns således inte på att en upphandlande myndighet ska vända sig utanför sin organisation för att utföra sina uppgifter. Det står i stället myndigheten eller enheten fritt att utföra sina uppgifter med egna resurser, dvs. i egen regi (se bl.a. domen i mål C-26/03, Stadt Halle).
På motsvarande sätt kommer det föreslagna undantaget endast vara tillämpligt när en upphandlande myndighet vidtar åtgärder för att anskaffa t.ex. varor och tjänster utanför den egna organisationen. Utförs verksamheten i egen regi upptar ingen upphandlingsskyldighet och något behov av undantag från upphandlingsskyldigheten finns därmed självfallet inte.

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

Alla slags upphandlande myndigheter ska kunna tillämpa undantaget

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

Regeringen konstaterar att EU-domstolen visserligen använt sig av uttrycken "lokal myndighet" (se bl.a. domen i mål C-107/98, Teckal, punkt 50) och "den offentliga myndigheten" (se bl.a. domen i mål C-480/06, Hamburg, punkt 34) i formuleringen av kontrollkriteriet. Det måste dock framhållas att EU-domstolens avgöranden om in house-undantaget har gällt anskaffning som gjorts av just lokala eller andra offentliga myndigheter. För att avgöra målen har domstolen alltså inte behövt uttala sig om in house-undantagets tillämplighet då anskaffning görs av upphandlande myndigheter av annat slag. När det gäller Teckaldomen bör det också särskilt framhållas att EU-domstolen i domslutet använde uttrycket "lokal myndighet" endast som ett exempel på vad som är en upphandlande myndighet. Regeringen anser därför att domslutet antyder att Teckal-kriteriernas tillämpning inte är begränsad till
situationer då den upphandlande myndigheten är en lokal eller en annan offentlig myndighet.

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


Detta resonemang om förutsättningarna för att det ska finnas ett avtal är allmängiltigt på så sätt att det kan anföras också för upphandlande myndigheter som inte är offentliga myndigheter. Definitionen av vad som är ett avtal är nämligen densamma för samtliga upphandlande myndigheter, dvs. oavsett om de är offentliga myndigheter eller av annat slag.

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

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

Undantaget ska kunna tillämpas gentemot juridiska personer och gemensamma nämnder

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

Regeringen föreslår med hänsyn till detta att den svenska regleringen av in house-undantaget ska omfatta avtal som ingås mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person. Regleringen får därmed ett något snävare tillämpningsområde än inom unionsrätten. Bakgrunden till ställningstagandet är dock regeringens bedömning, att det inte finns stöd för att upphandlingsrättsliga avtal normalt sett uppkommer mellan enheter inom en och samma juridiska person. Med juridisk person avses såväl privaträttsliga associationsformer, exempelvis aktiebolag och
ekonomiska föreningar, som offentligrättsliga juridiska personer såsom kommunalförbund enligt KL.


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

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

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

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

**Remissinstanserna:** En majoritet av remissinstanserna instämmer i eller har inga invändningar mot utredningens förslag. När det gäller kontrollkriteriet har remissinstanserna inte särskilt kommenterat förslaget, men däremot kommenterat frågan om i vad mån kontrollkriteriet kan vara uppfyllt i svenska rättsförhållanden, se avsnitt 4.4.4 ovan. När det gäller verksamhetskriteriet anför Kammarrätten i Göteborg bl.a. att föreslagen lydelse kan uppfattas som om det är kvaliteten som är avgörande, trots att det vid en bedömning av verksamhetskriteriet ska tas hänsyn både till kvalitativa och kvantitativa omständigheter. Advokatfirman Lindahl anför att verksamhetskriteriet bör utformas på det sätt som EU-domstolen definierat kriteriet, dvs. utifrån den verksamhet som bedrivs mot ägarna och inte utifrån hur stor verksamhet som bedrivs mot utomstående. Sydskånes avfallsaktiebolag anför att man delar bedömningen att verksamhetskriteriet ska bedömas utifrån såväl kvantitativa som kvalitativa aspekter. Stockholms läns landsting anser att verksamhetskriteriet borde ses över då det kan ge
inträck av att utesluta situationer då dotterbolaget samägs med någon annan. Sveriges Allmännyttiga Bostadsföretag anser att det behöver tydliggöras under vilka förutsättningar verksamhetskriteriet är uppfyllt.

**Skälen för regeringens förslag**

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

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

**Kontrollkriteriet**

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

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

Regeringen har vidare, i avsnitt 4.4.4 och 4.4.5, tagit ställning till om den svenska lagstiftningen generellt sett ger en möjlighet att utöva tillräcklig kontroll enligt kontrollkriteriet över juridiska personer som staten, landsting och kommuner använder sig av i sådana fall där verksamheten bedrivs utanför den egna juridiska personen. Regeringen har gjort bedömningen att svenska rättsförhållanden medger att en upphandlande myndighet kan skapa möjlighet att uppfylla villkoren i kontrollkriteriet avseende ett aktiebolag, en ekonomisk förening, en ideell förening, ett försäkringsbolag eller ett handelsbolag. Kontrollkriteriet kan enligt regeringen sannolikt inte uppfyllas avseende
Prop. 2011/12:106

stiftelser. Vidare har regeringen även gjort bedömningen att svenska rättsförhållanden medger att kommuner och landsting kan skapa möjlighet att uppfylla villkoren i kontrollkriteriet avseende ett kommunalförbund eller en gemensam nämnd. Även om de rättsliga förutsättningarna således finns är det dock, som tidigare nämnts, de faktiska förhållandena i det enskilda fallet som är avgörande för om det finns tillräcklig kontroll.

Verksamhetskriteriet

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


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


64
Regeringen anser att det visserligen hade varit en fördel om den svenska lagtexten hade kunnat preciseras på så sätt att EU-domstolens uttalanden kring "marginell karaktär" hade kunnat föras in. Regeringen konstaterar dock att en sådan precisering inte kan göras utan att hela verksamhetskriteriet omformuleras i förhållande till hur det har definierats av EU-domstolen, eftersom verksamhetskriteriet enligt EU-domstolen definieras utifrån den verksamhet som bedrivs mot ägarna och inte utfriån hur stor del av verksamheten som bedrivs mot utomstående.

Med hänsyn till att den svenska lagstiftningen i detta hänseende endast ska vara en länk till unionsrätten och därmed möjliggöra en tolkning även i enlighet med framtida utveckling av EU-domstolens praxis, anser regeringen att det inte är lämpligt att omformulera verksamhetskriteriet på sätt som krävs för att kunna föra in EU-domstolens uttalanden om "marginell karaktär". Det kan också noteras att verksamhetskriteriet inte är lika utvecklat som kontrollkriteriet i EU-domstolens praxis och därför mycket väl skulle kunna komma att ytterligare förtäglas av EU-domstolen. Det är därför enligt regeringen även av det skälet lämpligt att endast låta de grundelement som kommer till uttryck i EU-domstolens praxis återspeglas i lagtexten. Sammantaget kommer därför regeringen till en annan slutsats än Lagrådet och anser att verksamhetskriteriet bör formuleras på så sätt att den fristående juridiska personen ska utföra "huvuddelen" av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den.

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

4.6.4 In house-undantagets räckvidd

<table>
<thead>
<tr>
<th>Regeringens bedömning: Övervägande skäl talar för att in house-undantaget enligt unionsrätten kan tillämpas när anskaffning görs av en fristående enhet från en upphandlande myndighet, när den fristående enheten står under den upphandlande myndighetens kontroll och bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med myndigheten. Det är oklart om in house-undantaget enligt unionsrätten gäller för anskaffning som görs inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation i andra fall än då anskaffningen görs i rakt ned- eller uppstigande led. Den närmare tolkningen av den svenska regleringen av in house-undantaget i LOU vid situationer där rättsläget enligt unionsrätten är oklart, är ytterst en fråga för rättstillämpningen.</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>Utredningens förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens bedömning. Utredningen föreslår dock en annorlunda lagteknisk lösning och kodifierar den s.k. omvända situationen i lagtexten. Utredningen gör vidare bedömningen att lagtexten på grund av</td>
</tr>
</tbody>
</table>
Prop. 2011/12:106


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


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

De remissinstanser som inte instämmer i utredningens bedömning är bl.a. Linköpings universitet, Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet, Konkurrensverket, Sveriges Kommuner och Landsting, flertalet av de kommuner och landsting som besvarat remissen, Sveriges advokatsamfund, Sveriges Allmänntgta Bostadsföretag, Sveriges Offentliga Inköpare, Sveriges Radio AB, Sveriges universitets- och högskoleförbund, AB Svenska Spel och Advokatfirman Lindahl.

Linköpings universitet, Konkurrensverket och Sveriges universitets- och högskoleförbund anför bl.a. att det faktum att förslaget endast
omfattar koncerninterna köp i rakt upp- och nedstigande led skapar oklarhet kring andra former av koncerninterna köp. Det är inte osannolikt att en bestämmelse där vissa ageranden explicit tillåts kommer att tolkas som att de ageranden som inte tillåts per se är förbjudna, vilket sannolikt inte är avsikten bakom regleringen. Göteborgs Upphandlings AB anser att utredningen har övertolkat praxis, eftersom det inte finns någon praxis som hindrar ett undantag. 


AB Svenska Spel anför bl.a. att statliga koncerner bör få hantera sina koncerninterna transaktioner som vilken kommersiell koncern som helst, dvs. utan att behöva konkurrensutsätta utbytet av tjänster mellan de olika koncernbolagen. Sveriges Kommuner och Landsting anser att det är oacceptabelt att tvinga den offentliga sektorn att slå sönder sina koncerner för att man inte vet hur EU-domstolen skulle bedöma ett koncernfall. Det är inte uteslutet att EU-domstolen skulle godta ett konkernforhållande, varför undantaget bör göras direktivkonformt och ta höjd för att koncerninterna transaktioner i framtiden godtas av EU-domstolen.

Sveriges advokatsamfund och Sveriges Allmännyttiga Bostadsföretag anför bl.a. att det är bättre att lämna denna fråga till domstolarna, än att möjligheten helt avfärdas på så sätt som sker enligt utredningens förslag. Sveriges Radio AB, Sveriges Television AB och Sveriges Utbildningsradio AB har i ett gemensamt yttrande påstått att anskaffning mellan systerbolag inte strider mot EU-rätten. Enbart det förhållandet att EU-domstolen ännu inte har prövat frågan om anskaffning mellan systerbolag bör inte hindra att ett undantag införs i svensk rätt. Advokatfirman Lindahl anför bl.a. avseende tolkningen av unionsräten i detta hänseende att stöd finns för ett funktionellt synsätt i EU-domstolens praxis.

Många av kommunerna och landstingen, bl.a. Göteborgs kommun, Stockholms kommun, Stockholms läns landsting, Helsingborgs kommun, Lunds kommun och Täby kommun, anför att förslaget avseende koncerner innebär en inskränkning av självstyret samt att förslaget innebär att stora omstruktureringsar och avbolagiseringar kommer att behöva göras. Stockholm läns landsting poängterar även att det i landstingets koncern ingår ett flertal sjukhus som i dag köper tjänster av varandra. För att denna högskulbricka skulle kunna vara högkvalitativ, kompetent och kostnadseffektiv krävs tjänsteköp mellan sjukhusen. Om landstinget inte längre har friheten att organisera sig på ett för vården bästa sätt kommer landstinget inte att klara av nuvarande eller planerad framtida
vård. Landstinget kommer att tvingas avbolagisera de sjukhus som i dag drivs i aktiebolagsform. Även Advokatfirman Lindahl anför att de statsfinansiella konsekvenserna av ett begränsat undantag bör beaktas.

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

**Skälen för regeringens bedömning**

**Inledning**

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

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

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

**Omvända situationen**

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

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

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

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

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

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

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

**Koncerninterna köp**

Som nämnts ovan har EU-domstolen ännu inte heller prövat om in house-undantaget kan tillämpas på anskaffningar inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation. Av de bedömningar som regeringen gjort ovan framgår dock att regeringen anser att ett moderbolag kan åberopa undantaget vid anskaffning från ett dotterbolag. Vidare anser regeringen att också den omvända situationen, dvs. dotterbolagets anskaffning från moderbolaget, borde kunna anses vara undantaget från upphandlingsskyldighet enligt unionsrätten. Frågan kan dock uppkomma i vad mån anskaffning som görs inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation i andra fall än dessa, kan anses omfattas av in house-undantaget i unionsrätten. Det rör således...
anskaffningar inom en koncern i andra fall än då anskaffningen görs i rakt ned- eller uppstigande led. Exempelvis kan frågan ställas om upphandling måste ske när ett aktiebolag som är en upphandlande myndighet och som ägs och kontrolleras av en kommun anskaffar tjänster från ett annat aktiebolag, ett systerbolag, som även det ägs och kontrolleras av kommunen.

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


Enligt EU-domstolen skulle det inte vara möjligt att anskaffning som den offentliga myndigheten gör från en bolag, men därmed inte för anskaffning som ett av dessa gör från det andra bolaget. Materiellt sett, utifrån funktionala innebördernas innehåll, skulle inte det inte höra till in house-undantaget. Detta gäller särskilt det s.k. kontrollkriteriet i in house-undantaget. Enligt EU-domstolen praxis är kontrollkriteriet uppfyllt om det fristående enheten står under kontroll av den upphandlande myndigheten. Båda bolagen kan visserligen, vara för sig, stå under den offentliga myndighetens kontroll men ingetandra av bolagen kan anses kunna utöva kontroll över de andra bolagen.

Det kan dock noteras att European Commissionen i sitt förslag den 20 december 2011 till revidering av det klassiska direktivet (KOM (2011) 896 slutlig), föreslår ett in house-undantag som bl.a. i vissa fall
Prop. 2011/12:106


Sammantaget bedömer regeringen att när det gäller anskaffningar inom ramen för en koncern eller ett koncernliknande förhållande kan ett moderbolag åberopa undantaget vid anskaffning från ett dotterbolag. Vidare anser regeringen att också den omvända situationen, dvs. dotterbolagets anskaffning från moderbolaget, borde kunna anses vara undantagen från upphandlingsskyldighet enligt unionsrätten. Regeringen anser däremot, i likhet med många remissinstanser, att det utifrån EU-domstolens hittillsvarande praxis är mer oklart om anskaffning som görs inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation i andra fall än dessa, kan anses omfattas av in house-undantaget i unionsrätten.


Detta för att undvika att den svenska regleringen, i samma omfattning som unionsrätten, kommer att vara är oklar i detta hänseende. De argument som kan föras fram för och mot att sådana anskaffningar kan omfattas av in house-undantaget enligt unionsrätten, kan således även föras fram för och mot att sådana anskaffningar kan omfattas av den svenska lagstiftningen. Det finns dock enligt regeringens bedömning inget i den svenska lagstiftningen som innebär att en annorlunda tolkning av den svenska regleringen av in house-undantaget ska göras i jämförelse med den tolkning som ska göras av unionsrätten i detta hänseende, utan avsikten är att bestämmelsen endast ska tillämpas i den svenska bestämmelsen, är tillämplig i dessa situationer. Frågan om unionsrätten, och därmed den svenska bestämmelsen, är tillämplig i dessa situationer. Den svenska regleringen är en fråga för rättstillämpningen, ytterst för EU-domstolen genom förhandsavgörande.

5 De kommunala företagens befogenheter

5.1 Problem med bristande bundenhet

En betydande del av den kommunala verksamheten organiiseras i bolagsform. I stort sett alla kommuner och landsting har någon verksamhet i sådan form. En grundförutsättning när kommuner och

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

5.2 De kommunala befogenheterna och de kommunala företagen

5.2.1 Den kommunala kompetensen


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

Kommunallagens andra kapitel innehåller bestämmelser om kommunernas befogenheter och den första paragrafen i detta kapitel innehåller den grundläggande bestämmelsen om kommunernas och landstingens allmänna kompetens. 1 2 kap. 1 § KL slås fast att kommuner och landsting själva får ha hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar och som inte ska handhas enbart av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller någon annan. Allmäntintresset
Prop. 2011/12:106

101

bedöms ytterst utifrån om det är lämpligt, ändamålsenligt och skäligt att kommunen eller landstinget befattar sig med angelägenheten. Vid sidan av denna allmänna kompetensbestämmelse finns även bestämmelser om kommunernas och landstingens kompetens i näringslivsfrågor i 2 kap. 7 och 8 §§ KL.

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

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

Lokaliseringsprincipen

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

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

En kommuns eller ett landstings befogenhet att samverka kan ge ett särskilt innehåll till lokaliseringsprincipen. Vad gäller de offentlig-rättsliga samverkansformerna kommunalförbund och gemensam nämnd är samverkan inom deras gemensamma geografiska område förenligt med lokaliseringsprincipen. Kompetensenheten av samverkan i avtalsform får däremot bedömas utifrån den allmänna kompetensregeln i 2 kap. 1 § KL. En kommun får t.ex. inte vidta en åtgärd uteslutande eller väsentligen i en annan kommuns intresse.
På vissa områden finns undantag från lokaliseringsprincipen. Sådana undantag finns exempelvis för kommunala företag som bedriver produktion av och handel med el (7 kap. 1 § ellagen [1997:857]), för kommunala företag som bedriver fjärrvärmeverksamhet (39 § fjärrvärmelagen [2008:263]) och för företag som bedriver handel eller distribution av naturgas (5 kap. 1 § naturgaslagen [2005:403]).

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


**Förbudet mot att understödja enskilda personer och företag**


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


Genom bestämmelser i lagen om vissa kommunala befogenheter har kommunernas möjligheter att tillgodose företags behov av lokaler i vissa avseenden preciserats och utökats (3 kap. 6 §, jfr 1 kap. 3 §).

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

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

Förbudet mot att driva spekulativa företag


Att verksamheten enligt 2 kap. 7 § KL ska gå ut på att betjäna de egna medlemmarna för att den ska vara tillåten, hindrar inte att anläggningarna eftersom tjänsterna i praktiken också utnyttjas av andra än kommunmedlemmar. Vidare är det inget som hindrar att kommunerna eller landstingen bildar egna internföretag som endast betjänar kommunen eller landstinget, t.ex. ett internstädslbolag (prop. 1990/91:117 s. 151).

Förbudet mot att driva verksamhet i vinstsyfte tar sikte på sådana fall då huvudsyftet med den kommunala verksamheten är att ge vinst. Något absolut vinstförbud gäller däremot inte. Bedömningen av i vad mån en kommunal verksamhet får generera överskott och hur detta får användas
Självkostnadsprincipen

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

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

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

Likställighetsprincipen

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

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

Förbudet mot retroaktiva beslut

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

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


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

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

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

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


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

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


innebär enligt 3 kap. 27 § att staten, en kommun eller ett landsting får förbjudas att i en sådan säljverksamhet tillämpa ett visst förfarande om det snedvrider, eller är ägnat att snedvrida, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden eller om det hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Förbud får inte meddelas när det gäller förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt. Vidare får enligt 3 kap. 27 § en kommun eller ett landsting även förbjudas att bedriva en viss säljverksamhet om denna är konkurrenssnedvridande, dock inte om verksamheten är förenlig med lag.

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

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

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

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

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

**Utredningens förslag** överensstämmer i sak med regeringens.


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

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

Visserligen finns en möjlighet för kommunmedlemmar att överklaga t.ex. kommunfullmäktiges beslut att överlämna kommunala angelägenheter till ett bolag och det kan också antas att ett sådant beslut – eller senare kommunala beslut angående bolaget – skulle upphävas om de kommunalrättsliga principerna inte gjorts bindande för bolaget. Laglighetsprövningsinstitutet kan dock inte fullt ut kompensera för risken att de kommunala befogenheterna inte görs bindande för de kommunala företagen. Det finns därför anledning att närmare överväga hur de kommunala företagens bundenhet av befogenheterna kan säkerställas bättre än enligt dagens regelverk. Bedömningen att det finns ett behov av att bättre säkerställa bundenheten av de kommunala befogenheterna är således inte baserad utifrån upphandlingsrättsliga utgångspunkter även om en ökad bundenhet, på så sätt som Kammarkollegiet anför, visserligen kan påverka möjligheten att uppfylla kontrollkriteriet i det föreslagna in house-undantaget (jfr avsnitt 4.2.4 och 4.4.4). 

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

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

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

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

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

Av 3 kap. 17 § första stycket 3 KL framgår att om fullmäktige lämnar över en kommunal angelägenhet till ett helägt aktiebolag ska fullmäktige se till att få ta ställning innan bolaget fattar sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt. Något krav på hur detta ska säkerställas finns inte. Skyldighet för bolaget att inhämta fullmäktiges ställningstagande kan i stället åstadkommas på olika sätt, t.ex. genom bestämmelse i bolagsordningen eller genom bolagsstämmanvisningar. Att fullmäktige ska ta ställning inför beslut som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt är en grundläggande kommunalrättslig förutsättning för verksamhet i kommunala företag och har också sin motsvarighet i rollfördelningen mellan fullmäktige och kommunala nämnder. Enligt 3 kap. 9 § KL ankommer det på fullmäktige att besluta i ärenden av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt för kommunen eller landstinget. Mot den bakgrunden anser regeringen att skyldigheten för helägda kommunala bolag att inhämta fullmäktiges ställningstagande bör säkerställas genom bestämmelse i bolagsordningen.

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

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

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

Såvitt gäller sådana bolag och föreningar som avses i 3 kap. 18 § första stycket KL ligger det i sakens natur att bundenhet genom bestämmelser i bolagsordningen endast kan skapas för aktiebolag. För föreningar kan bundenhet i stället skapas genom bestämmelser i stadgarna och för handelsbolag genom bestämmelser i bolagsavtalet. När det gäller de lekmannarevisorer som tillsätts enligt 3 kap. 17 § andra stycket KL respektive 3 kap. 18 § första stycket KL, innebär förslagen ett i viss mån utökat uppdrag. En lekmannarevisor har enligt 10 kap. 3 § ABL bl.a. i uppgift att granska om bolagets verksamhet sköts 85

5.3.2 Förstärkt uppsiktsplikt för kommun- och landstingsstyrelser

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

**Styrelsens ansvar:** Att vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de krav som anges i 3 kap. 17 och 18 §§ KL är uppfyllda innebär att granskningen inbegriper de förhållanden som nu föreslås ska tas in i bolagsordningen. Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår dock en annorlunda lagteknisk utformning. Utredningen föreslår även en reglering som innebär att det årliga beslutet ska lämnas över till fullmäktige samtidigt med årsredovisningen för samma kalenderår.

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


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


**Skälen för regeringens förslag:** Enligt 6 kap. 1 § andra stycket KL är styrelsen i en kommun eller ett landsting skyldig att ha uppsikt över kommunal verksamhet som bedrivs i sådana företag som avses i 3 kap. 17 och 18 §§ KL. Lagstiftningen innehalt inte några krav på hur styrelsens uppsikt ska genomföras eller på att resultatet ska redovisas på något särskilt sätt. Det är styrelsen som bestämmer formerna för hur tillsynen ska gå till. Exempelvis kan den bestå i krav på kontinuerliga ekonomiska rapporter, riskbedömningar av borgensåtaganden eller stickprovsvisa granskningar. Det finns inte någon rätt i KL för styrelsen att inhämta upplysningar från kommunala bolag. Skyldigheten för företagen att tillhandahålla styrelsen uppgifter får i stället skapas genom exempelvis direktiv från bolagsstämman.

Det ligger i sakens natur att uppsiktens enligt 6 kap. 1 § andra stycket KL b.l.a. ska omfatta att den bedrivna verksamheten hos kommunens eller landstingets företag är förenlig med det kommunala ändamålet för verksamheten enligt 3 kap. 17 § första stycket 1 KL och med de kommunala befogenheter som gäller för verksamheten i fråga.
Även om kommun- respektive landstingsstyrelsen, vilket bl.a. Stockholms läns landsting påpekat, således redan i dag har ett ansvar att följa upp verksamheten är det enligt regeringens mening en brist att det inte finns något krav på redovisning av resultatet av uppsiktsploiken såvitt gäller kompetensenligheten av de kommunala företagens verksamhet. Såväl för fullmäktiges som för allmänhetens del får det anses vara av intresse att de kommunala företagens verksamhet inte bara står under styrelsens uppsikt utan också att utfallet av uppsikten återkommande redovisas. Mot denna bakgrund anser regeringen att en sådan redovisning bör ske i årliga beslut av styrelsen. Förslaget innebär således att styrelsen i årliga beslut dels ska bedöma verksamheten i förhållande till det ändamål fullmäktige har fastställt, dels verksamheten i förhållande till de kommunala befogenheterna. Uppskitsplikten kommer då, förutom att redovisas, att leda fram till beslut som kan överklagas enligt 10 kap. KL. Därmed stärks även möjligheterna till rättslig prövning av kompetensenligheten av de kommunala företagens verksamhet. Förslaget om att styrelsens uppsiktsploikt i nu aktuellit avseende ska redovisas i årliga beslut innebär i övrigt ingen ändring av styrelsens löpande uppsiktsploikt över bolagen enligt 6 kap. 1 § andra stycket KL.

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


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

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

Statskontoret fick även i uppdrag att undersöka hur reglerna i KL om verkställighet av icke lagakraftvunna beslut tillämpats vid beslut som senare upphävts av domstol. Statskontoret redovisade sitt uppdrag den 14 februari 2012 (dnr Fi2011/1356) och lämnade i sin rapport vissa förslag på åtgärder. Ärendet bereds inom Regeringskansliet. I sådana fall där kommunala företags agerande anses innebära att konkurrenssproblem uppstår mellan offentlig och privat sektor finns vidare möjlighet genom bestämmelserna i 3 kap. 27–32 §§ konkurrenslagen att förbjuda kommunen eller landstinget att tillämpa ett konkurrenssnedvridande förfarande eller bedriva en viss säljverksamhet om denna är konkurrenssnedvridande. De nu föreslagna bestämmelserna står, enligt regeringens mening, väl i linje med konfliktlösningsregeln i konkurrenslagstiftningen. Vid en samlad bedömning av ovan nämnade omständigheter ser regeringen inte i nuläget något behov av att utreda frågan om sanktioner eller inrättandet av ett oberoende tillsynsorgan inom detta område.

6 Insyn i kommunala företag och entreprenader

6.1 Regelverket om insyn i kommunala företag och entreprenader

6.1.1 Kommunala företag

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

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

Enligt 2 kap. 3 § andra stycket OSL anses ett rättsligt bestämmande inflytande utövat av kommuner och landsting om de ensamma eller tillsammans äger aktier i ett aktiebolag eller andelar i en ekonomisk förening med mer än hälften av samtliga röster i bolaget eller föreningen eller på något annat sätt förfoga över så många röster i bolaget eller föreningen, har rätt att utse eller avsätta mer än hälften av ledamöterna i styrelsen för ett aktiebolag, en ekonomisk förening eller en stiftelse, eller utgör samtliga obegränsat ansvariga bolagsmän i ett handelsbolag. Som exempel på juridiska personer som omfattas av dessa insynsregler kan nämnas aktiebolag som helt ägs av en eller flera kommuner.
Det rättsligt bestämmande inflytandet kan även utövas indirekt.
Insynsrätten gäller vidare även handlingar hos sådana bolag, föreningar och stiftelser där kommuner eller landsting tidigare har utövat ett rättsligt bestämmande inflytande och där en kommun eller ett landsting medgett att handlingarna förvaras hos den juridiska personen för viss bestämd tid.


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

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

I förarbetena till bestämmelsen uttalades bl.a. följande. En tillämpning av offentlighetsprincipen i sådana kommunala företag som inte omfattas av sekretesslagen kommer att vilja på privaträttslig grund och kommer till uttryck i avtal, bolagsordningar, stadgar eller liknande handlingar. Insynen i sådana kommunala företag kommer alltså att vara beroende av beslut som företagen fattar. Regleringen i 3 kap. 18 § KL innebär endast en skyldighet för fullmäktige att verka för handlingsoffentlighet i de delägda företagen, inte en reglering av handlingsoffentligheten som sådan. Att insynsmöjligheterna kan bli mer begränsade i de delägda kommunala företag där kommuner eller landsting inte har ett rättsligt bestämmande inflytande måste godtas, inte minst med hänsyn till de privata intressenterna i dessa företag (prop. 1993/94:48 s. 41 f.).

6.1.2 Kommunala entreprenader

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

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


I förarbetena till insynsbestämmelsen anfördes att utgångspunkten är att allmänhetens möjligheter till insyn i kommunal verksamhet inte ska vara beroende av på vilket sätt kommuner och landsting väljer att låta utföra verksamheten. Allmänheten bör tillförsäkras insyn i kommunal verksamhet som bedrivs på entreprenad. Utgångspunkten måste vara att allmänheten ska vända sig till kommunen eller landstinget när den vill utnyttja sin rätt till insyn i kommunal verksamhet som bedrivs på entreprenad. Detta innebär att det är kommunens eller landstingets ansvar att tillsa att allmänheten kan få den insyn i verksamheten som är befogad. Det närmare ansvaret bör ligga på den kommunala part som sluter entreprenadavtalet, dvs. normalt den kommunala nämnden (a. prop. s. 103 f.). När det gäller omfattningen av insynen anfördes vidare i förarbetena att insyn i verksamhet som bedrivs på entreprenad inte kan ha samma omfattning som insynen i den verksamhet som en kommun eller ett landsting bedriver i egen regi. Bestämmelserna om insyn får inte utformas så att de snedvriper konkurrensen mellan berörda aktörer. Vid tecknande av entreprenadavtalet bör naturligen en avvägning göras mellan å ena sidan allmänhetens intresse av hur verksamheten bedrivs och å andra sidan entreprenörenrets intresse av att inte behöva lämna ut viss information som kan vara till nackdel för företaget och snedvrida konkurrensen (a. prop. s. 104 f.).
6.2 Behov av åtgärder


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


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

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

Regeringen instämmer i utredningens bedömning att förfrågningar om att få ta del av en allmän och offentlig handling synes ha hanterats på ett otillfredsställande sätt hos en alltför stor andel av de tillfrågade kommunala företagen. Detta otillfredsställande resultat indikerar, såsom Justitiekanslern påpekar, att det finns problem som bör åtgärdas. Regeringen utgår från att företräder för den kommunala sektorn aktivt kommer att öka kunskapen och medvetenheten hos de kommunala bolagen avseende offentlighetsprincipen och de skyldigheter denna för med sig. Regeringen avser att följa utvecklingen noga och vid behov återkomma i frågan.

Även när det gäller de kommunala entreprenaderna instämmer regeringen i att resultatet av undersökningen indikerar att överlämnande av kommunal verksamhet på entreprenad synes ske utan att allmänhetens intresse av att få information om verksamheten beaktas i tillräckligt hög utsträckning.
Prop. 2011/12:106

7 Extern delegation av kommunala upphandlingsbeslut

7.1 Problem med avsaknad av en extern delegationsmöjlighet

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

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

7.2 Överföring av kommunal beslutsunderätt och
inköpscentraler

7.2.1 Kommunallagens bestämmelser om delegation

Intern delegation

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

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

I förrådet till KL anges att begreppet beslut i delegerings-
bestämmelserna endast avser beslut i KL:s mening (prop. 1990/91:117
s. 204). Kännetecknande för ett beslut är bl.a. att det föreligger alterna-
tiva lösningar och att beslutsfattaren måste göra vissa överväganden eller
bedömningar. I den kommunala förvaltningen fattas inte endast beslut i
lagens mening utan det vidtas också en mängd andra åtgärder som är av
rent förberedande eller rent verkställande karaktär. En mycket stor del av
den kommunala verksamheten hör praktiskt till området ren verk-
ställighet. Sådan verksamhet ankommer normalt på de anställda. Rätten
för de anställda att vidta sådana åtgärder grundas inte på delegering utan
följer i stället av den arbetsfördelning mellan de förtroendevalda och de
anställda som måste finnas för att den kommunala verksamheten ska
kunna fungera.


**Extern delegation**

Av 3 kap. 10 § KL följer att fullmäktiges möjlighet att delegera beslutanderätt är begränsad till att avse kommunens eller landstingets egna nämnder eller gemensamma nämnder för vilken kommunen eller landstinget är en av huvudmännena. Enligt bestämmelserna i KL kan fullmäktige därmed inte delegera sin beslutanderätt vare sig till andra interna organ än nämnder eller till externa organ. En annan sak är att fullmäktige kan besluta att vården av kommunala angelägenheter ska överlämnas från kommunen eller landstinget till juridiska personer och enskilda individer enligt 3 kap. 16 § KL. Härigenom ges bl.a. förutsättningar för fullmäktige att utforma den kommunala organisationen så att förvaltningen avseende ett visst verksamhetsområde ombesörjs av ett kommunalt företag i stället för av en nämnd. Vården av kommunala angelägenheter kan även överlämnas till kommunalförbund eller
ombesörjas av nämnder som är gemensamma för flera kommuner eller landsting (3 kap. 3 a och 20 §§ KL).


### Bestämmelser om extern delegation i annan lagstiftning

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


Delegation av beslutanderätt från överförmyndarnämnder och överförmyndare regleras i 19 kap. 14 § föräldrabalken. Även denna bestämmelse


7.2.3 Kommuners och landstings möjligheter att använda sig av fullmakt


Att KL i övrigt saknar särskilda bestämmelser om de kommunala organens möjlighet att använda fullmaktsinstitutet väcker frågan om och i så fall i vilken utsträckning ombud kan anlitas för fullgörande av kommunala uppgifter. Det står klart att ombud inte endast kan anlitas i rättegångar och liknande förfaranden utan att så också kan ske i vissa andra förhandlingssituationer, t.ex. för utövande av kommunens eller landstingets ägarroll på bolagsstämman i ett kommunalt aktiebolag (fj

7.2.4 Särskilt om upphandlingsärenden


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

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

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

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

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

7.2.5 Inköpscentraler

Ramavtals- och ombudsfall

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

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

1. ingår ramavtal om byggentreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter, eller

2. medverkar vid en offentlig upphandling i egenskap av ombud åt flera upphandlande myndigheter.

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

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

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

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

De två roller som en inköpscentral kan ha enligt definitionerna i LOU och LUF ger upphov till olika fördelning av bl.a. ansvaret för att regelverket följs.
En viktig frågeställning beträffande inköpscentraler är vilken aktör som är ansvarig för att bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen följs och som ska vara motpart vid en eventuell domstolsprövning då en leverantör ansökt om överprövning eller väckt talan om skadestånd. Ansvarsfördelningen ser olika ut beroende på om inköpscentralens roll är att ingå ramavtal för andra upphandlande myndigheter eller enheter (ramavtalsfallet) eller om dess roll i stället är att vara ombud i upphandlingen (ombudsfallet).

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

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

7.3 Behov av en möjlighet att överföra beslutanderätten externt

7.3.1 Administrativt merarbete m.m.

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

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

7.3.2 Till vilka bör överföring av beslutanderätt kunna ske?

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

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

**Utredningens bedömning** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Halmstads kommun anser att det måste vara möjligt att delegera beslutanderätt till anställd i en annan upphandlande myndighet eftersom samarbete mellan upphandlande myndigheter eller enheter blir onödigt tungrott om inte denna möjlighet också införs. Göteborgs Stads Upphandlings AB uttalar att extern delegation även borde tillåtas i fråga om ett enskilt upphandlingsuppdrag från kommunen till ett eget in house-företag.

**Skälen för regeringens bedömning**

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

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

Beslutanderätten bör kunna överföras till inköpscentraler

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

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

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

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

Beslutanderätten bör inte kunna överföras till andra än inköpscentraler

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


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

_Halmstads kommun_ efterlyser en möjlighet att delegera beslutanderätt till anställd i en annan upphandlande myndighet eftersom samarbete mellan upphandlande myndigheter eller enheter enligt kommunen annars blir onödigt tungt. _Göteborgs Stads Upphandlings AB_ menar att extern delegation även borde tillåtas i fråga om ett enskilt upphandlingsuppdrag från kommunen till ett eget in-house-företag. _Regeringen_ anser dock att behovet av en delegationsmöjlighet i dessa fall inte är så framträdande att en reglering anses påkallad.

**7.4 Ny extern delegationsmöjlighet införs**

**7.4.1 Nya delegationsbestämmelser införs**

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

**Utredeingsens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** En mycket stor majoritet av remissinstanserna är positiva till förslagen eller har inga invändningar mot dem. En remissinstans, _Göteborgs kommun_, avstyrker förslagen. Av de remissinstanser som är positiva till förslagen anför ett stort antal, däribland _Solna kommun_, _Ystads kommun_, _Jönköpings läns landsting_ och

Mölnadals kommun, som avstyrker förslagen, anser att förslagen kan komma att innebära att den politiska kontrollen över beslutet förloras. Kommunen menar att denna kontroll är viktig utifrån ett demokratiskt perspektiv och även säkerställer att politiska ambitioner inte går förlorade, såsom krav på sociala kriterier, Fair Trade osv. Mölnadals kommun, som tillstyrker förslagen, poängterar också att förslaget inte förenklar överprövningsprocesserna, då det fortfarande är myndigheterna som blir motpart i domstol, inte inköpscentralen. Halmstad kommun, som också tillstyrker förslagen, anser att det är viktigt att tydligt definiera vad som är en inköpscentral.

Skälen för regeringens förslag

Vissa kommunalrättsliga och konkurrensmässiga aspekter

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

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

Vad gäller de konkurrensmässiga aspekterna har en sådan delegationsbestämmelse i sig inte någon omedelbar betydelse för konkurrensen eller för små och medelstora företag. En indirekt betydelse kan däremot uppkomma om den förenklade administrationen, till följd av därmed frigjorda resurser eller ändrade incitament, leder till en ökning av den samordnade upphandlingen. Det kan visserligen antas att en viss ökning av antalet samordnade upphandlingar skulle kunna uppkomma om en möjlighet att överföra beslutanderätt införs. Även om detta skulle inträffa så är det emellertid därmed inte givet att konkurrensen eller små och medelstora företag påverkas. En ökning av den samordnade upphandlingen har inte alltid negativa effekter för konkurrensen. Om minskad
administration hos en inköpscentral möjliggör genomförandet av en sam-
ordnad upphandling av t.ex. vissa tjänster som annars skulle ha utförts i
egen regi, eller inte alls, av de deltagande kommunerna eller landstingen,
ar detta av godo för konkurrensen. I vad män negativa eller positiva
effekter uppkommer beror bl.a. på förhållandena på olika marknader och
på utformningen av upphandlingar i enskilda fall. Det bör också beaktas
att en ökad samordning av upphandlingar kan ge förutsättningar för ökad
specialisering av upphandlare och därmed förbättrade förutsättningar för
bl.a. adekvata marknadsanalyser.

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

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

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

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

Överföring av beslutanderätt bör ske genom delegation

De befintliga reglerna i kommunalrätten om överföring av beslutanderätt
från överordnade organ till underlydande organ eller till anställda innebär
att överföringen, när den är tillåten, ska ske genom delegation. Detta
gäller både intern och extern överföring av beslutanderätt. Möjigheterna
till överföring av kompetens genom fullmäkt omfattar enligt regeringens
bedömning inte beslut i KL:s mening, t.ex. tilldelningsbeslut i en upp-

Prop. 2011/12:106

108
Prop. 2011/12:106

109

handling. Regeringen anser mot denna bakgrund att överlämnandet av den kommunala beslutanderätten vid anlitande av en inköpscentral ska ske genom kommunalrättslig delegation, inte genom användning av det civilrättsliga fullmaktsinstitutet.

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

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

Ansvarsfördelningen påverkas inte

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

Att delegationen ger förutsättningar för inköpscentralen att fatta ett enda beslut saknar betydelse för en eventuell överprövningsprocess. Varje upphandlande myndighet eller enhet som har anlitat inköpscentralen anses i processuell mening ha genomfört var sin upphandling med inköpscentralen som ombud. En konsekvens av detta är att en anbudsgivare som ifrågasätter upphandlingen kan behöva ge in ansökningar om överprövning till flera olika förvaltningsrätter. Mölndals kommun poängterar att förslaget inte förenklar överprövningsprocesserna då det fortfarande är myndigheterna som blir motpart i domstol, inte inköpscentralen. Detta förhållande beror dock på regleringen av inköpscentraler liksom på att huvudmannen är ansvarig för de åtgärder som utförts av ett ombud och därmed är den aktör mot vilken en talan ska
föras. Att en delegationsmöglich införs påverkar därför inte i sig de processuella förutsättningarna för en missnöjd leverantör.

7.4.2 Den närmare utformningen av den nya regleringen

| Regeringsens förslag: | En nämnd i en kommun, i ett landsting eller i ett kommunalförbund får, efter överenskommelse med en inköpscentral, uppdra åt anställda i inköpscentralen att i en upphandling besluta på nämndens vägnar. Detta gäller under förutsättning att nämnden har anlitat inköpscentralen för att medverka vid upphandlingen i egenskap av ombud enligt LOU eller LUF. En nämnd får uppdras att ett utskott, åt en ledamot eller ersättare eller åt en anställd hos kommunen, landstinget eller kommunalförbundet att på nämndens vägnar fatta beslut om delegation av beslutanderätt till anställda i en inköpscentral. En gemensam nämnd får även uppdra åt en anställd i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen att fatta sådana beslut på nämndens vägnar.

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

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

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

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


Skälen för regeringens förslag

Enligt regeringens mening bör en delegationsbestämmelse avseende upphandlingsbeslut utformas med ledning av andra befintliga regler om extern delegation. En genomgång av andra bestämmelser om extern delegation av kommunala beslut i annan lagstiftning visar att de i olika hög grad har utformats med anknytning till KL:s regelverk om intern delegation. Enligt regeringens mening är det, för att undvika oavsedda tillämpningsproblem, viktigt att delegationsreglerna inte är utformade på olika sätt i olika regelverk. Det är därför eftersträvansvärt att också nu
aktuell reglering anknyter till reglerna i KL. Mot den bakgrunden bör vissa frågeställningar särskilt beaktas. Dessa inbegriper bl.a. frågan om både fullmäktiges och nämnders beslutanderätt bör kunna delegeras, liksom frågan om delegation bör ske till inköpscentraler såsom organisationer eller till anställda i inköpscentraler. Vidare bör övervägas huruvida delegationsmöjligheten bör begränsas genom undantag för upphandlingsären sedan av t.ex. viss art. Ytterligare frågor gäller huruvida regleringen bör förenas med hänvisningar till KL:s bestämmelser om jäv och om anmälan av beslut till delegerande nämnd.

**Endast nämnders beslutanderätt ska kunna delegeras**

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

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


*Kammarkollegiet* anser att det tydligare bör framgå av lagtexten att tildelningsbeslut fattas av inköpscentralen när en sådan anlitas som ombud av en kommun, ett landsting eller ett kommunalförbund. Eftersom gränsdragningen mellan vad som är att anse som beslut i kommunalrättslig mening och andra åtgärder i vissa fall kan vara svårbedömd är det enligt regeringen inte lämpligt att i lagen uttryckligen ange vilka beslut som omfattas av delegationsbestämmelsen.
Frågan kan ställas om delegation vid anlitandet av en inköpscentral bör innebära att beslutanderätten överförs till anställda i centralen, i stället för till inköpscentralen som organisation.


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


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

Rätten att fatta beslut om delegation ska kunna vidaredelegeras

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

Av 6 kap. 37 § KL framgår att en nämnd eller gemensam nämnd som delegerar beslutsunderätt till en förvaltningschef inom nämndens verksamhetsområde, får överlåta åt förvaltningschefen att i sin tur uppdras åt en annan anställd inom kommunen eller landstinget eller i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen att besluta i stället. Sådana

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

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

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

Mot nu angiven bakgrund anser regeringen att det bör införas en möjlighet att vidaredelegera rätten att fatta beslut om delegation även till andra anställda än förvaltningschefer. Enligt regeringens mening bör därför en nämnd kunna lämna sådana uppdrag åt såväl utskott som andra anställda och eventuellt utskott eller andra anställda att fatta beslut om delegation av besluterätten till en inköpscentral. Regeringen föreslår vidare att även en gemensam nämnd får uppdrag åt en anställd i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen att fatta sådana beslut på nämndens vägnar.
Undantag för vissa slag av ärenden

Av 6 kap. 34 § KL framgår att intern delegation av beslutanderätt från nämnder inte får ske i ärenden av vissa slag, bl.a. ärenden som avser verksamhetens mål, inriktning, omfattning eller kvalitet. I den övervägande merparten av upphandlingsärendena hos en kommunal nämnd bör delegation av beslutanderätt kunna ske utan hinder av 6 kap. 34 § KL. Det kan emellertid inte uteslutas att vissa ärenden är av sådant slag att begränsningar enligt denna bestämmelse aktualiseras. Enligt regeringens mening bör delegation till anställda i inköpscentraler inte vara tillåten i dessa fall. Lagrådet har ifrågasatt om en sådan begränsning fyller någon funktion. Eftersom t.ex. kvaliteten i en upphandlad vara eller tjänst många gånger kan vara mycket viktig kan, enligt Lagrådet, den föreslagna regleringen skapa osäkerhet om räckvidden av det föreslagna undantaget. Enligt Lagrådet torde det emellertid stå klart att undantaget knappast tar sikte på t.ex. kvaliteten i den upphandlade varan eller tjänsten. Lagrådet anser att det över huvud taget är tveksamt om de undantag från delegeringsmöjligheten som anges i 6 kap. 34 § KL kan bli aktuella i ett upphandlingsärende. Regeringen instämmer i att de undantag som anges i 6 kap. 34 § KL normalt sett inte blir aktuella i ett upphandlingsärende. Det skulle dock undantagsvis kunna förekomma att en upphandling exempelvis är av en sådan art och omfattning att upphandlingsbesluten kan komma att påverka kvaliteten på den delegerande nämndens verksamhet. Enligt förarbetena till lagen innebär undantaget i 6 kap. 34 § KL att rätten att delegera inte får utnyttjas på ett sätt som kan rubba nämndernas övergripande ansvar för verksamheten (se prop. 1990/91:117 s. 103). Eftersom det inte kan uteslutas att sådana situationer kan uppstå, och med hänsyn till att en sådan begränsning gäller om samma upphandlingsbeslut delegeras intern till exempelvis en anställd hos kommunen, anser regeringen att regleringen i 6 kap. 34 § KL ska gälla även när beslut delegeras till en anställd i en inköpscentral.

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

Jäv och anmälningsplikt


Av 6 kap. 35 § KL framgår att beslut som fattas med stöd av intern delegation från en nämnd enligt 6 kap. 33 § KL ska anmälas till nämnden. Nämnden bestämmer i vilken ordning detta ska ske. Av 6 kap.

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

8 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

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

Regeringens förslag: Den föreslagna regleringen om ett undantag i LOU ska träda i kraft den 1 januari 2013. Undantaget ska tillämpas även i fall då avtal har slutfits före ikraftträdandet.

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

Utredningens förslag: Överensstämmer delvis med regeringens förslag. Utredningen har valt en annorlunda lagteknisk lösning som innebär att lagen varigenom undantaget i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, upphör att gälla den 1 januari 2013 utgår och att undantaget enligt utredningens förslag införs genom ändring av 2 kap. 10 a § LOU.


Skälen för regeringens förslag: Det temporära undantaget enligt nuvarande 2 kap. 10 a § LOU upphör enligt lagen (2010:570) om ändring
Prop. 2011/12:106


Vad gäller behovet av övergångsbestämmelser anser regeringen, i likhet med utredningen, att de föreslagna bestämmelserna med ett i förhållande till den temporära bestämmelsen mer utvidgat undantag, ska tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet. Eftersom upphävandelagen enligt regeringens förslag kommer att bestå måste övergångsbestämmelsen till upphävandelagen, som innebär att det temporära och mer snäva in house-undantaget fortfarande ska gälla i fall då avtal har slutits före den 1 januari 2013, utgå.

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

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

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

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

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens förslag.

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

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

Regeringens förslag om ändringar i KL har i flera avseenden samband med förslaget om ett in house-undantag i LOU på så sätt att de berör tillämpningen av kontrollkriteriet. De föreslagna ändringarna i KL bör därför lämpligen träda i kraft samtidigt med ändringarna i LOU, dvs. den 1 januari 2013.

Avsikten med bestämmelserna är, som Mölndals kommun påpekat, att de ska få omedelbart genomslag vid det föreslagna ikraftträdandet den 1 januari 2013. För varje sådant bolag som omfattas av förslagen innebär detta att fullmäktige senast den 1 januari 2013 ska ha sett till att kraven är uppfyllda. Särskilt förslagen om fullmäktiges skyldigheter innebär att en översyn av bolagsordningarna kan behöva göras för samtliga berörda bolag. Regeringen, som bedömer att det med ett ikraftträdande den 1 januari 2013 finns skälig tid för omställning, anser att det saknas anledning att förena förslagen med övergångsbestämmelser.

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

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

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

<table>
<thead>
<tr>
<th>Utredningens förslag</th>
<th>överensstämmer med regeringens.</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>Remissinstanserna:</td>
<td>Remissinstanserna uttalar sig inte särskilt i dessa frågor.</td>
</tr>
</tbody>
</table>

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

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

9.1 Undantag från upphandlingsskyldighet


Det finns i dag offentligt ägda företag, särskilt i aktiebolagsform, i stor omfattning både på statlig och kommunal nivå och inom de flesta verksamhetsområden. När det gäller handeln mellan det offentliga och dess företag har framkommit att företag som ägs av kommuner och landsting i stor utsträckning bedriver handel i form av försäljning till sina ägare. De kommunägda företagen har störst andel av den sammanlagda nettoomsättningen som avser försäljning till den ägande kommunen eller till bolag i samma koncern. Flera avverksamhetsområden är i olika utsträckning berörda. De landstingsägda bolagen, förutom transportföretagen, domineras av Stockholms läns landstings bolag inom vårdsektorn vilka riktar nästan all sin försäljning till landstinget. De statligt ägda bolagen är de som generellt sett i minst utsträckning säljer till sina ägare. Inom nästan alla verksamhetsområden förekommer även försäljning till de offentligt ägda företagen från deras ägare.


Osäkerheten kring de offentliga aktörernas val mellan avbolagisering och konkurrensprövning vid ett uteblivet undantag innebär vidare att även de ekonomiska konsekvenserna av den föreslagna regleringen om


9.2 De kommunala företagens befogenheter

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

Ovan nämnda skyldighet för styrelsen att fatta årliga beslut om kommunala bolags verksamhet medför även att det i högre utsträckning än i dag kommer att fattas överklagbara beslut beträffande de kommunala bolagen, vilket i sin tur sannolikt leder till att fler beslut de facto överklagas. Antalet laglighetsprövningsmål hos de allmänna förvaltningsdomstolarna kan därför öka något. Ökningen får dock antas vara marginell.
Omfattningen av lekmannarevisorernas granskning kan påverkas som följd av förslaget att det kommunala ändamålet och de kommunala befogenheterna ska tas in i bolagsordningarna för kommunala aktiebolag. Kostnaderna för lekmannarevisionen kan därmed också komma att öka marginellt.

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

När det gäller förslagens påverkan på den kommunala självstyrelsen innebär förslagen bl.a. att kommuner och landsting blir skyldiga att i högre utsträckning än i dag se till att det tas in bestämmelser om det kommunala ändamålet och de kommunala befogenheterna i bolagsordningarna för kommunala aktiebolag. Detta innebär en inskränkning av kommunernas och landstingens nuvarande möjlighet att själva kunna välja på vilket sätt bolagens bundenhet ska åstadkommas, exempelvis genom att skriva in sådana regler i bolagsordningen, ägardirektiv eller avtal. Förslagen kan därför möjligt uppfattas som att den kommunala självstyrelsen inskränks något. Inskränkningen är dock marginell och kan inte heller anses oproportionerlig i förhållande till dess ändamål.

9.3 Extern delegation av kommunala upphandlingsbeslut

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

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

förslaget genomförs skulle även bl.a. den sekretessproblematik som uppstår när tilldelningsbeslut fattas vid olika tidpunkter kunna upphöra.

Vad gäller små och medelstora företag har förslaget ingen omedelbar påverkan. En indirekt betydelse kan däremot uppkomma om den förenklade administrationen, till följd av därmed frigjorda resurser eller ändrade incitament, leder till en ökning av den samordnade upphandlingen. Det kan visserligen antas att en viss ökning av antalet samordnade upphandlingar skulle kunna uppkomma om en möjlighet att överföra beslutanderätt införs. Även om detta skulle inträffa så är det emellertid därmed inte givet att konkurrenserna eller små och medelstora företag påverkas. En ökning av den samordnade upphandlingen har inte alltid negativa effekter för konkurrensen. Om minskad administration hos en inköpscentral möjliggör genomförandet av en samordnad upphandling av t.ex. vissa tjänster som annars skulle ha utförts i egen regi, eller inte alls, av de deltagande kommunerna eller landstingen, är detta av goda för konkurrensen. I vad mån negativa eller positiva effekter uppkommer beror bl.a. på förhållandena på olika marknader och på utformningen av upphandlingar i enskilda fall. Det bör också beaktas att en ökad samordning av upphandlingar kan ge förutsättningar för ökad specialisering av upphandlare och därmed förbättrade förutsättningar för bl.a. adekvata marknadsanalyser.

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


Förslaget väntas inte ha någon påverkan på sysselsättningen.

Förslaget innebär enbart att kommuner och landsting får en möjlighet att delegera sin beslutanderätt och innebär inte något krav på att delegation också sker. Kommuner och landsting får således utökade möjligheter att organisera sin verksamhet, vilket är positivt för den kommunala självstyrelsen.
Förslaget till lag om ändring i kommunallagen
(1991:900)

3 kap. 17 §

Paragrafen behandlas i avsnitt 5.3.1.

Ändringen i första stycket andra punkten innebär att fullmäktige ska se till att vissa förhållanden anges i bolagsordningen för sådana helägda aktiebolag som avses i paragrafen. Det gäller dels det kommunala ändamålet med verksamheten som fullmäktige är skyldig att fastställa enligt första stycket första punkten, dels de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten i fråga. Det ligger i sakens natur att de kommunala befogenheterna som gäller för en viss verksamhet i de flesta fall framgår genom det fastställda kommunala ändamålet för bolaget. Genom ändringen förtydligas i lagtexten att såväl det kommunala ändamålet som de kommunala befogenheterna ska framgå av företagets bolagsordning. Det torde många gånger vara tillräckligt att bolagets verksamhetsföremål och syfte anges på ett sätt som återspeglar det kommunala ändamålet och de kommunala befogenheterna. Vad som kan krävas beträffande det närmare innehållet i bolagsordningen får emellertid bedömas utifrån omständigheterna i varje enskilt fall och beror bl.a. på vad som är föremålet för bolagets verksamhet. Bestämmelsen har utformats i enlighet med Lagrådets förslag.

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

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

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

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

Tredje stycket i paragrafen innehåller bestämmelser om skyldigheter för fullmäktige när kommunen ensam eller landstinget ensamt bildar en stiftelse för en kommunal angelägenhet. I stycket görs ett tillägg som innebär att det som anges om bolagsordningen i de ändrade bestämmelserna i första stycket i stället ska avse stiftelseförordnandet eller stiftelseurkunden. De förhållanden som ska tas in i bolagsordningen för aktiebolag ska alltså i stället tas in i stiftelseförordnandet för sådana
Prop. 2011/12:106 stiftelser som bildas enligt stiftelsetiden (1994:1220) respektive i stifteurkunden för sådana stiftelser som bildas enligt lagen (1967:531) om trygga av pensionsutfästelse m.m.

Övriga ändringar i paragrafen är endast språkliga.

6 kap. 1 a §

Paragrafen, som är ny, behandlas i avsnitt 5.3.2.

Paragrafen anger vissa skyldigheter för styrelsen i en kommun eller ett landsting beträffande sådana kommunala aktiebolag som avses i 3 kap. 17 och 18 §§. Skyldigheterna har samband med bestämmelsen i 6 kap. 1 § andra stycket. Paragrafen behandlas i avsnitt 5.3.2. Paragrafen anger vissa skyldigheter för styrelsen i en kommun eller ett landsting beträffande sådana kommunala aktiebolag som avses i 3 kap. 17 och 18 §§. Skyldigheterna har samband med bestämmelsen i 6 kap. 1 § andra stycket. Paragrafen behandlas i avsnitt 5.3.2.

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

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

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

123
6 kap. 1 b §

Paragrafen, som är ny, behandlas i avsnitt 5.3.2.

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

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

2 kap. 10 a §

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

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

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

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

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

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

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

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


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

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

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

Den fristående enhetens möjligheter att agera självständigt i förhållande till den eller de upphandlande myndigheterna som innehar enheten har i EU-domstolens praxis tillsammans med andra myndigheter gemensamt med dessa myndigheter (se domen i mål C-324/07, Coditel, punkterna 45 och 46). Om ett privatägt företag är delägare i en fristående enhet, om än i minoritetsställning, är det dock enligt EU-domstolen i princip uteslutet att den upphandlande myndigheten kan utöva en kontroll över enheten som motsvarar dess kontroll över den egna förvaltningen (se bl.a. domarna i mål C-26/03, Stadt Halle, punkt 49, mål C-29/04, Mödling, punkt 46, mål C-220/05, Auroux, punkt 64, mål C-324/07, Coditel, punkt 30, mål C-573/07, Sea, punkt 46, och mål C-231/03, Coname, punkt 26).

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

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

Vad gäller villkoret i andra punkten, som motsvarar verksamhetskriteriet, framgår att ett villkor för att undantaget ska vara tillämpligt är att den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den. Regeringen har avvikit från den formulering av verksamhetskriteriet som Lagrådet har förordat (se bilaga 4 och avsnitt 4.6.3).

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

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


Ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna

Förslaget behandlas i avsnitt 8.1.


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

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

6 kap. 4 §

Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

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

Av första stycket framgår att vissa villkor måste vara uppfyllda för att delegation ska kunna ske. Delegation förutsätter att nämnden har anlitat
Prop. 2011/12:106

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


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

Enligt andra stycket får beslutanderätt inte delegeras i de fall som avses i 6 kap. 34 § KL, t.ex. ärenden som avser verksamhetens mål, inriktning, omfattning eller kvalitet. Lagrådet har ifrågasatt behovet av denna bestämmelse (se avsnitt 7.4.2).

6 kap. 5 §

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

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

6 kap. 6 §
Paragrafen behandlas i avsnitt 7.4.2.
Paragrafen, som är ny, innehåller en bestämmelse om skyldighet för anställda i inköpscentraler, som fått i uppdrag att besluta på en nämnds vägnar, att anmäla de beslut som fattats med stöd av uppdraget. Beslut ska anmälas till den som har lämnat uppdraget, dvs. antingen till nämnden om uppdraget har lämnats med stöd av 4 § första stycket eller till t.ex. en kommunanställd eller ett utskott om uppdraget har lämnats efter delegation med stöd av 5 §. Om uppdraget till den anställden i inköpscentralen har lämnats av t.ex. upphandlingschefen i en kommun på en nämnds vägnar, ska beslut som fattas av den anstälde i inköpscentralen anmälas till upphandlingschefen.
Bestämmelsen reglerar inte vidareanmälan av beslut.

6 kap. 7 §
Paragrafen behandlas i avsnitt 7.4.2.
Av paragrafen, som är ny, framgår att bestämmelserna om jäv i 6 kap. 24–27 §§ KL är tillämpliga på anställda i inköpscentraler som fattar beslut på en nämnds vägnar. Detta gäller oavsett om uppdraget till den anstälde i inköpscentralen har lämnats direkt av nämnden eller på delegation av t.ex. ett utskott.

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

Förslaget behandlas i avsnitt 8.1.
Av ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till denna lag följer att nuvarande 2 kap. 10 a § upphör att gälla den 1 januari 2013. Enligt andra punkten i dessa ikraftträdande- och övergångsbestämmelser gäller den upphävda paragrafen, dvs. det nuvarande temporära undantaget, dock fortfarande i fall då avtal har slutfats före den 1 januari 2013. Nuvarande 2 kap. 10 a § innehåller ett i förhållande till den föreslagna nya 2 kap. 10 a § mer snävt undantag. Eftersom den nya 2 kap. 10 a § ska tillämpas även i fall då avtal har slutfats före ikraftträdandet den 1 januari 2013 utgår den andra punkten i ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna.
Sammanfattning av betänkandet Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor (SOU 2011:43)

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

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

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

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

Undantag från upphandlingsskyldighet i in house-situationer

Utredningens förslag


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

En förutsättning för att undantaget ska vara tillämpligt är att två villkor är uppfyllda. Dessa har sin direkta motsvarighet i EU-domstolens praxis.
om det s.k. in house-undantaget och villkoren för detta, de s.k. Teckal-
Utredningen föreslår att bestämmelserna ska träda i kraft den 1 januari 2013 och att de ska tillämpas även i fall då avtal har slutfits före ikraft-
träandet.

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


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

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

Offentligt ägda företag m.m. i Sverige
Kommuner och landsting kan samverka i de kommunalrättsliga organisa-
tionsformerna kommunalförbund och gemensam nämnd. Staten, kom-
muner och landsting kan även använda sig av samtliga slags privat-


_Ett permanent in house-undantag bör införas i LOU men inte i LUF eller LOV_

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

Såvitt gäller LOU anser OFUKI-utredningen att det bör införas ett permanent undantag från kravet på upphandling, i enlighet med EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna. Argument som talar för detta är bl.a. de faktiska förhållandena i fråga om hur den offentliga verksamheten organiseras och förekomsten av upphandlande myndigheters anskaffning från fristående enheter. Redan gjorda infrastrukturliga investeringar i offentliga företag kan äventyras om deras varor och
tjänster måste upphandlas. Upphandlingskrav kan även försvåra framtida sådana satsningar, t.ex. som del i kommunal samverkan. Dessutom kan ett krav på upphandling bli verkningslöst om verksamhet som i dag bedrivs i t.ex. aktiebolag överförs till statlig eller kommunal förvaltningsform.


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

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

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


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

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

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

Teckal-kriterierna i förhållande till svenska organisationsformer

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

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


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

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

Modell för utformningen av ett in house-undantag i LOU

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


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

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

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

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

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

Alternativa åtgärder och frågor om statligt stöd

OFUKI-utredningen anser att det saknas rättsliga förutsättningar för förslag om alternativa åtgärder till ett in house-undantag. Utredningen har dock undersökt om tillämpningen av vissa befintliga regelverk skulle kunna ge ett resultat som motsvarar in house-undantaget. Denna analys avser reglerna om undantag från upphandlingsskyldighet för tjänste-
kontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten (1 kap. 7 § LOU). Vidare avser analysen EU-rätten beträffande s.k. tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Enligt OFUKI-utredningens mening kan inget av dessa regelverk bedömas medföra att det saknas behov av ett in house-undantag enligt utredningens förslag.

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

Kommunalrättsliga principer och de kommunala företagen

Utredningens förslag

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

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

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

Förslaget innebär att kommun- respektive landstingsstyrelsen i årliga beslut för varje kommunalt aktiebolag ska ta ställning till om företagets verksamhet har utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna. När fullmäktige har fastställt ett kommunalt ändamål med verksamheten ska styrelsen, enligt förslaget, även ta ställning till om verksamheten har
varit förenlig med detta ändamål. Styrelsens beslut ska enligt utredningens förslag lämnas över till fullmäktige samtidigt med årsredovisningen för samma kalenderår.

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

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

**Bakgrund**

OFUKI-utredningens uppdrag omfattar att analysera om det förhållandet att de kommunala bolagen inte direkt binds av de kommunalrättsliga principerna medför principiella eller andra problem i förhållande till regleringen av annan kommunal verksamhet. Vid behov ska utredningen lämna författningsförslag.


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

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

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

Problem med att de kommunalrättsliga principerna inte är direkt bindande

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

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

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

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

OFUKI-utredningen anser att det är en brist att det inte finns något krav på att bolagsordningen för kommunala aktiebolag innehåller samtliga kommunalrättsliga principer i den män de är tillämpliga för den aktuella verksamheten. Principerna utgör grundläggande förutsättningar för verksamheten i ett kommunalt aktiebolag och bör därför enligt utredningens mening också göras bindande genom att komma till uttryck i det
centrala styrande dokumentet för bolaget. Motsvarande gäller i fråga om det kommunala ändamål som fullmäktige ska fastställa enligt 3 kap. 17 § KL. Även skyldigheten för helägda kommunala bolag att inhämta fullmäktiges ställningstagande innan beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas, bör enligt utredningens mening säkerställas av fullmäktige genom att bestämmelser tas in i bolagsordningen. OFUKI-utredningen anser därför att fullmäktiges ansvar att fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten i helägda aktiebolag ska kompletteras med en skyldighet att se till att detta ändamål och de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten kommer till uttryck i bolagsordningen. Vidare anser utredningen att fullmäktiges ansvar att se till att få ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt ska kompletteras med ett krav på att skyldigheten för bolaget att inhämta ställningstagande ska anges i bolagsordningen. Motsvarande bedömning görs av utredningen beträffande sådana stiftelser som bildas av en ensam kommun eller ett ensamt landsting. Det som i fråga om aktiebolag ska tas in i bolagsordningen får för stiftelser tas in i stiftelseförordnandet eller stiftelseurkunden.

Någon ändring av i vilken grad de kommunalrättsliga principerna ska göras bindande för kommunala aktiebolag är inte avsedd. Ändringen avser endast det sätt på vilket bundenheten ska åstadkommas. Genom att fullmäktiges skyldigheter avseende helägda aktiebolag ändras, påverkas även fullmäktiges skyldigheter avseende sådana bolag och föreningar där kommunen eller landstinget bestämmer tillsammans med någon annan, t.ex. delägda aktiebolag. Att bl.a. det kommunala ändamål som fullmäktige fastställt för verksamheten ska anges i bolagsordningen liksom de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten, påverkar också lekmannarevisorernas granskning i kommunala aktiebolag.

**Kommun- och landstingsstyrelsernas ansvar för de kommunala aktiebolagens verksamhet**

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

Enligt utredningens mening bör en redovisning av styrelsens uppsiktsplicht ske i årliga beslut för varje kommunalt aktiebolag, med ställnings- tagande till om den verksamhet som bedrivits under viss tid har varit kompetensenlig och, i förekommande fall, legat inom ramen för det kommunala ändamål som fastställts av fullmäktige. Uppsiktsplichten kommer då, förutom att redovisas, att leda fram till beslut som kan
överklagas enligt reglerna om laglighetsprövning i KL. Beslutet bör överlämnas till fullmäktige.

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

Insyn i kommunala bolag och entreprenader

_Bakgrund_

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


_Utredningens undersökning och utvärdering_

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

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

Överföring av rätten att fatta upphandlingsbeslut från kommuner och landsting

Utredningens förslag

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

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


Bakgrund

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

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

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

Samordnad upphandling förekommer i olika grupperingar


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

Kommuner och landsting bör kunna överföröla beslutanderätt vid anlitande av inköpscentraler som ombud

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

OFUKI-utredningens förslag innefattar bl.a. bestämmelser om att beslut som fattats av anställda i inköpscentraler på delegation från en kommunal nämnd ska anmälas till nämnden.
Lagförslag i betänkandet Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor (SOU 2011:43)

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

Härigenom föreskrivs i fråga om kommunallagen (1991:900) 1

dels att 3 kap. 17 § ska ha följande lydelse,

dels att det i lagen ska införas en ny paragraf, 6 kap. 1 a §, av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

<table>
<thead>
<tr>
<th>Förslagen lydelse</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td><strong>3 kap. 17 §</strong></td>
</tr>
<tr>
<td>Om en kommun eller ett landsting med stöd av 16 § lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier, <strong>skall</strong> fullmäktige</td>
</tr>
<tr>
<td>1. fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten,</td>
</tr>
<tr>
<td>2. utse samtliga styrelseledamöter</td>
</tr>
<tr>
<td>3. se till att fullmäktige får ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas.</td>
</tr>
</tbody>
</table>

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

Vad som anges i första stycket gäller, när kommunen ensam eller landstinget ensamt bildar en 1 Lagen omtryckt 2004:93.

2 Senaste lydelse 2006:369.
stiftelse för en kommunal angelägenhet. Fullmäktige skall även utse minst en revisor i en sådan stiftelse.

Till lekmannarevisor i aktiebolaget eller revisor i stiftelsen skall fullmäktige utse någon av de revisorer som enligt 9 kap. 1 § valts för granskning av styrelsen och övriga nämnders verksamhet. 6 kap.

1 a §

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

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

Vid behov ska styrelsen vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de krav som anges i 3 kap. 17 och 18 §§ är uppfyllda i fråga om sådana aktiebolag som avses i dessa bestämmelser.
1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013.
2. För stiftelser som bildats före ikraftträdandet gäller 3 kap. 17 § i sin äldre lydelse.
Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

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

<table>
<thead>
<tr>
<th>Nuvarande lydelse</th>
<th>Föreslagen lydelse</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td><strong>2 kap.</strong></td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>10 a §¹</td>
<td></td>
</tr>
</tbody>
</table>

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013 och ska tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet.

¹ Senaste lydelse 2010:569.
Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter
dels att det närmast före 6 kap. 3 § ska införas en ny rubrik som ska
lyda ”Arbetsgivarfrågor”,
dels att det ska införas fyra nya paragrafer, 6 kap. 4–7 §§, samt närmast
före 6 kap. 4 § en ny rubrik av följande lydelse.

Nuvarande lydelse  Föreslagen lydelse

6 kap.

Upphandling

4 §
En nämnd i en kommun, ett
landsting eller ett kommunal-
förbund som anlitar en inköps-
central för att medverka i en upp-
handling i egenskap av ombud,
aningen enligt
a) 4 kap. 22 § lagen
(2007:1091) om offentlig
upphandling, eller
b) 4 kap. 4 § lagen (2007:1092)
on upphandling inom områdena
vatten, energi, transporter och
posttjänster,
är efter överenskommelse med
inköpscentralen uppdras att an-
ställda i centralen att besluta i
upphandlingen på nämndens väg-
nar.

Uppdrag enligt första stycket får
inte lämnas i de fall som avses i
6 kap. 34 § kommunallagen

5 §
Föreskrifterna i 6 kap. 33 §
kommunallagen (1991:900) om
upphandling att besluta på nämndens
vägnar är tillämpliga på ärenden
enligt 4 § första stycket.

Föreskrifterna i 6 kap. 35 §
kommunallagen om anmälan av
beslut till nämnd ska tillämpas på
beslut som fattas med stöd av
upphandling enligt första stycket.
6 §
Beslut som anställda i en inköpscentral fattar på en nämnds vägnar ska anmälas till den som har lämnat uppdraget.

7 §
Föreskrifterna i 6 kap. 24–27 §§ kommunallagen om jäv ska tillämpas på anställda i inköpscentraler som fattar beslut på en nämnds vägnar.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013.
Förslag till lag om ändring i lagen (2010:570) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling


_Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013._
Förteckning över remissinstanserna


Riksrevisionen, Falu kommun, Gävle kommun, Haparanda kommun, Kungsbacka kommun, Ljungby kommun, Rättviks kommun, Vellinge kommun, Örnsköldsviks kommun, Norrbottens läns landsting, Fastighetsägarna Sverige, Handelshögskolan i Stockholm, RISE Research Institutes of Sweden Holding AB, SKL Kommentus Inköpscentral AB, Swedavia AB och Telge Inköp AB har inbjudits att lämna synpunkter men har avstått från att yttra sig.
Lagrådsremissens lagförslag

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

Härigenom föreskrivs i fråga om kommunallagen (1991:900)\(^1\) dels att 3 kap. 17 § ska ha följande lydelse,

dels att det i lagen ska införas två nya paragrafer, 6 kap. 1 a och 1 b §§, av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

<table>
<thead>
<tr>
<th>Nuvarande lydelse</th>
<th>Föreslagen lydelse</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td><strong>3 kap.</strong> 17 §(^2)</td>
<td>Om en kommun eller ett landsting med stöd av 16 § lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag där kommunen eller landstinget direkt eller indirekt innehar samtliga aktier, <em>skall</em> fullmäktige</td>
</tr>
<tr>
<td>1. fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten,</td>
<td>2. se till att det fastställda kommunala ändamålet anges i bolagsordningen, liksom de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten i fråga,</td>
</tr>
<tr>
<td>2. utse samtliga styrelseledamöter,</td>
<td>3. utse samtliga styrelseledamöter, och</td>
</tr>
<tr>
<td>3. se till att fullmäktige får ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas.</td>
<td>4. se till att det anges i bolagsordningen att fullmäktige får ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas.</td>
</tr>
</tbody>
</table>

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

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

\(^1\) Lagen omtryckt 2004:93.
\(^2\) Senaste lydelse 2006:369.
utse minst en revisor i en sådan stiftelse.

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

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

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

6 kap.

1 a §

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

1 b §

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

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013.
2. För stiftelser som har bildats före ikraftträdandet gäller 3 kap. 17 § i sin äldre lydelse.
Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

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

<table>
<thead>
<tr>
<th>Nuvarande lydelse</th>
<th>Föreslagen lydelse</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>2 kap. 10 a § 1</td>
<td>2 kap. 10 a § 1</td>
</tr>
</tbody>
</table>
| Med kontrakt enligt 2 kap. 10 § avses dock inte avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om
| 1. den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, och
| 2. den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsamman med den eller de myndigheter som kontrollerar den. |

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

1 Tidigare 2 kap. 10 a § upphävd genom 2010:570.
Förslag till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter dels att det i lagen ska införas fyra nya paragrafer, 6 kap. 4–7 §§, samt närmast före 6 kap. 4 § en ny rubrik av följande lydelse,

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

Nuvarande lydelse Föreslagen lydelse

6 kap.

Upphandling

4 §
En nämnd i en kommun, ett landsting eller ett kommunalförbund får efter överenskommelse med en inköpscentral uppdrag åt anställda i inköpscentralen att i en upphandling besluta på nämndens vägnar. Detta gäller under förutsättning att inköpscentralen har anlitats av nämnden för att medverka vid upphandlingen i egenskap av ombud enligt

1. 4 kap. 22 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, eller
2. 4 kap. 4 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

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

5 §
Föreskrifterna i 6 kap. 33 § kommunallagen (1991:900) om upphandling att besluta på nämndens vägnar tillämpas på ärenden enligt 4 § första stycket.

6 §
Beslut som anställda i en inköpscentral fattar på en nämnds vägnar ska anmälas till den som har lämnat uppdraget.
7 §

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2013.
Förslag till lag om ändring i lagen (2010:570) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling


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

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2012-02-29

Närvarande: F.d. justitierådet Bo Svensson och f.d. regeringsrådet Leif Lindstam samt justitierådet Per Virdesten.

Offentlig upphandling från eget företag – och vissa andra frågor

Enligt en lagrådsremiss den 16 februari 2012 (Finansdepartementet) har regeringen beslutat att inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i kommunallagen (1991:900),
2. lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
3. lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter,

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av kanslirådet Klara Cederlund och kanslirådet Petra Jansson.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

Förslaget till lag om ändring i kommunallagen

3 kap. 17 §
Lagrådet föreslår att första stycket 2 förtydligas genom att ges följande lydelse:

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

6 kap. 1 a §
Lagrådet föreslår att paragrafen förtydligas genom att ges följande lydelse:

Styrelsen ska i årliga beslut för varje sådant aktiebolag som avses i 3 kap. 17 och 18 §§ pröva om den verksamhet som bolaget har bedrivit under föregående kalenderår har varit förenlig med det fastställda kommunala ändamålet och utförts inom ramen för de kommunala befogenheterna. Om styrelsen finner att så inte är fallet, ska den lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder.

Förslaget till lag om ändring i lagen om offentlig upphandling

Inledande synpunkter
I remissen föreslås bl.a. att en bestämmelse ska införas i lagen om offentlig upphandling (LOU) som uttryckligen gör det möjligt för en
Prop. 2011/12:106
Bilaga 5

upphandlande myndighet att sluta avtal med en sådan juridisk person eller en sådan gemensam nämnd enligt kommunallagen, över vilken myndigheten utövar kontroll, utan att iakta bestämmelserna i LOU. En tidsbegränsad bestämmelse i samma ämne ska samtidigt utgå.

Förslaget innebär att de förutsättningar för en sådan fri upphandling som EU-domstolen angett i domen den 18 november 1999 i mål C-107/98 (den s.k. Teckal-domen) tas in i LOU utan tidsbegränsning.

Detta resultat uppnås genom att det anges att ett avtal mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd inte ska anses som ett kontrakt enligt LOU. Förutsättning för att så ska vara fallet är att de två villkor är uppfyllda som EU-domstolen angett i Teckal-domen, nämligen dels att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, dels att den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den.

Teckal-domen har följts av åtskilda domar från EU-domstolen som bekräftar och i någon mån förtydligar det undantag från upphandlingsbestämmelserna som formulerats i den domen. I remissen anges det fortfarande oklarheter vid rättstillämpningen. Det gäller frågan om upphandlingsskyldighet föreligger mellan enheter inom samma juridiska person. Inte heller har domstolen uttryckligen behandlat frågan om anskaffning som görs av upphandlande myndigheter och upphandlande enheter som är offentligt styrda organ men inte offentliga myndigheter. EU-domstolen har inte heller gjort något direkt uttalande om betydelsen av att anskaffning sker indirekt, t.ex. från ett aktiebolag som ägs av ett av den upphandlande myndigheten ägt bolag. Rättsläget anges vidare vara oklart när det gäller anskaffning som en fristående men av en myndighet kontrollerad enhet gör från myndigheten och när det gäller transaktioner inom koncerner eller koncernliknande organisationer.

Som nyss framgått finns det fortfarande oklarheter beträffande den rätta innebörden av unionsrätten och i remissen anges korrekt att det oklara rättläget blir en fråga för rättstillämpningen och ytterst för EU-domstolen. Genom att utforma undantaget från upphandlingskyldigheten i enlighet med de kriterier som angetts i Teckal-domen konstateras i remissen att den svenska lagstiftningen kommer att vara lika oklar som EU-domstolens praxis.

Genom att i den föreslagna bestämmelsen återge endast de två förutsättningar som framgår av Teckal-domen och inte ta ställning till de oklara frågor som fortfarande kvarstår överlämnas åt myndigheter, andra aktörer på upphandlingsområdet och domstolar att tolka regelverket. Enligt Lagrådets mening synes en del av dessa oklarheter mera bero på att EU-domstolen (ännu) inte uttalat sig i frågan än på att det skulle vara tveksam att en viss tillämpning står i överensstämme med direktivet och de grundläggande principerna bakom regelverket om den offentliga upphandlingen. Det framgår också av remissen att kommissionen inlet ett arbete med nya upphandlingsdirektiv och att flera av de frågor som nu betecknats som oklara behandlas i det arbetet.

Lagrådet anser att det i det fortsatta beredningsarbetet bör övertygas att fylla ut lagtexten så att oklarheterna så långt möjligt elimineras.

2 kap. 10 a §

I den temporära lagstiftning som infördes genom lagen (2010:569) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling formulerades verksamhetskravet på förslag av Lagrådet så att i paragrafen anges att undantaget från skyldigheten att genomföra en upphandling förutsätter att verksamhet som den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten får vara av endast marginell karaktär.

Som Lagrådet anförde (prop. 2009/10:134 s. 69) torde i vanligt språkbruk med ”huvuddelen” närmast avses mer än hälften av verksamheten. Detta skulle innebära att en juridisk person eller en gemensam nämnd som står under kontroll av en upphandlande myndighet skulle kunna bedriva bortåt hälften av sin verksamhet tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten. Även om det utåtriktade verksamheten omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling förefaller det som om EU-domstolen ansett att all annan verksamhet som utövas åt annan än den upphandlande myndigheten får vara av endast ”marginell” karaktär (se domen den 11 maj 2006 i mål C-340/04, Carbotermo, punkt 63).

Med hänsynvisning till vad som nu har anförs förordar Lagrådet att punkt 2 i paragrafen ges följande lydelse:

2. den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar
den och i endast marginell omfattning bedriver sin verksamhet tillsammans med någon annan.

**Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser**


**Förslaget till lag om ändring i lagen om vissa kommunala befogenheter**

6 kap. 4 §

Enligt paragrafens andra stycke ska uppdrag enligt första stycket inte få lämnas i de fall som avses i 6 kap. 34 § kommunallagen (1991:900). Stycket utgör alltså ett undantag från delegeringsmöjligheten i första stycket. I den angivna paragrafen i kommunallagen anges att beslutanderätten inte får delegeras i ett antal närmare angivna slag av ärenden, bl.a. ärenden som avser verksamhetens mål, inriktning, omfattning och kvalitet. Eftersom t.ex. kvaliteten i en upphandlad vara eller tjänst många gånger kan vara mycket viktig kan den föreslagna regleringen skapa osäkerhet om räckvidden av undantaget i det föreslagna andra stycket. Det torde emellertid stå klart att undantaget knappast tar sikte på t.ex. kvaliteten i den upphandlade varan eller tjänsten. Över huvud taget är det tveksamt om de undantag från delegeringsmöjligheten som anges i 6 kap. 34 § kommunallagen kan bli aktuella i ett upphandlingsärende. Lagrådet vill därför sätta ifråga om andra stycket fyller någon funktion.

**Övrigt lagförslag**

Lagrådet lämnar förslaget utan erinran.
Finansdepartementet

Utdrag ur protokoll vid regeringssammanträde den 15 mars 2012

Närvarande: Statsministern Reinfeldt, ordförande, och statsråden Ask, Larsson, Erlandsson, Hägglund, Carlsson, Borg, Sabuni, Billström, Adelsohn Liljeroth, Tolgfors, Björling, Ohlsson, Norman, Attefall, Engström, Kristersson, Elmsäter-Svärd, Ullenhag, Hatt, Ek, Lööf

Föredragande: statsrådet Norman

Regeringen beslutar proposition 2011/12:106 Offentlig upphandling från eget företag – och vissa andra frågor