



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Maria Cronkvist

Om den upphandlande kommunala
myndighetens upphandlingskyldighet gentemot
hel- och delägt aktiebolag

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Bengt Lundell

Ämnesområde
Offentlig rätt

Vårtermin 2012

Innehåll

SUMMARY	2
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	4
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	7
1.1 BAKGRUND	7
1.2 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR	9
1.3 METOD OCH MATERIAL	10
1.4 AVGRÄNSNINGAR	10
1.5 DISPOSITION	12
2 OM OFFENTLIG UPPHANDLING	13
2.1 ÖVERSIKT AV REGLERINGEN OM OFFENTLIG UPPHANDLING UR ETT EU-RÄTTSLIGT PERSPEKTIV 13	
2.1.1 <i>Regler i EUF-fördraget och grundläggande gemenskapsrättsliga principer</i> 13	
2.1.2 <i>Upphandlingsdirektivet</i>	15
2.2 REGLERING OM OFFENTLIG UPPHANDLING UR ETT NATIONELLT PERSPEKTIV	17
2.2.1 <i>Betydelsefulla definitioner i LOU</i>	17
3 OM DEN UPPHANDLANDE KOMMUNALA MYNDIGHETEN	19
3.1 DEN KOMMUNALA KOMPETENSEN ENLIGT KL	19
3.2 OM KOMMUNAL SJÄLVSTYRELSE	19
3.3 OM DEN UPPHANDLANDE KOMMUNALA MYNDIGHETENS ORGANISATION	20
3.3.1 <i>Intern organisation</i>	20
3.3.2 <i>Om kommunalrättsliga organisationsformer för samverkan</i>	22
3.3.3 <i>Om kommunala aktiebolag</i>	24
4 IN HOUSE - VERKSAMHET	29
4.1 VERKSAMHET I EGEN REGI	29
4.2 GRÄNSER FÖR VERKSAMHET I EGEN REGI	30
5 EU-DOMSTOLENS PRAXIS OM IN HOUSE- UNDANTAGET	32
5.1 INLEDNING	32
5.2 TECKAL-DOMEN	32
5.3 UTVECKLANDE RÄTTSPRAXIS	33
5.4 KONTROLLKRITERIET	35
5.4.1 <i>EU-rättslig praxis där kontrollkriteriet ej ansetts uppfyllt</i>	35
5.4.2 <i>EU-rättslig praxis där kontrollkriteriet ansetts uppfyllt</i>	37
5.4.3 <i>Sammanfattning av kontrollkriteriet</i>	40
5.5 VERKSAMHETSKRITERIET	40
5.5.1 <i>Praxis där EU-domstolen berört verksamhetskriteriet</i>	40
5.5.2 <i>Sammanfattning av verksamhetskriteriet</i>	42
6 OFUKI-UTREDNINGEN OCH REGERINGENS PROPOSITION 2011/12:106	43
6.1 INLEDNING	43
6.2 VISSA FRÅGOR OM IN HOUSE-UNDANTAGETS RÄCKVIDD	43
6.2.1 <i>Måste den upphandlande myndigheten vara en offentlig myndighet?</i>	43
6.2.2 <i>Kan in house-undantaget tillämpas i omvända situationer?</i>	44
6.2.3 <i>In house- undantagets tillämplighet i koncernförhållanden</i>	45
6.3 INFÖRANDET AV ETT IN HOUSE-UNDANTAG I SVENSK RÄTT	46

6.3.1	<i>Avvägning mellan god konkurrens och kommunens möjlighet att välja organisationsform</i>	46
6.3.2	<i>Om behovet av ett permanent in house-undantag</i>	46
6.4	KONTROLL ÖVER ETT SVENSKT AKTIEBOLAG ENLIGT ABL	47
6.4.1	<i>Kan tillräcklig kontroll uppnås över ett svenskt aktiebolag enligt ABL?</i>	47
6.5	OFUKI-UTREDNINGENS LAGFÖRSLAG	50
6.5.1	<i>Lagförslag i LOU</i>	50
6.5.2	<i>Lagförslag till ändring i KL angående de kommunala företagen och de kommunalrättsliga principerna</i>	51
6.6	REGERINGENS LAGFÖRSLAG I PROPOSITION 2011/12:106	52
6.6.1	<i>Lagförslag i LOU</i>	52
6.6.2	<i>Lagförslag till kompletteringar i KL angående de kommunala företagen och de kommunalrättsliga principerna</i>	54
7	ANALYS OCH DISKUSSION	55
7.1	EU-DOMSTOLENS PRAXIS OM IN HOUSE-UNDANTAGET	55
7.2	HUR LÅNGT STRÄCKER SIG IN-HOUSE UNDANTAGET?	56
7.3	UTFORMNINGEN AV IN HOUSE-UNDANTAGET	58
7.4	KAN TILLRÄCKLIG KONTROLL UPPNÅS ÖVER AKTIEBOLAGET?	59
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	62
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	65

Summary

All procurement of goods, services and works made in the public sector shall in principle be preceded by public procurement. Public procurement can be defined as a selection process with some elements that finally leads to that the contracting authority signs a contract with the winning supplier. The procurement legal framework in the EU mainly consists of two directives: directive 2004/18/EC and directive 2004/17/EC. These directives are based in turn on the EUF- treaty which aims to achieve the internal market and ensure there is a good and fair competition within the European Union. The basic principles of Community law must also be considered in all public procurement. This relates for example to the principle of non-discrimination, equal treatment and transparency. This means that no supplier should be discriminated on any basis and they should all receive equal opportunities. The public procurement should also be characterized by openness and transparency.

There are some exceptional situations where the basic rule of public procurement not needs to be observed by the authority. One such exception is when the authority carries on the activity under it's own management which is called in house-managment. There is no direct definition on in house in the directives but the starting point is that it should be a situation where the client and the supplier are in the same juridical person. The European Court of Justice has with its practice created a in house-exception to include detached units which are outside juridical person. This applies only if the so called Teckal-criteria, consisting of control- and activity criteria, are fulfilled in relation to the external unity. The control criteria is fulfilled if the contracting authority has a control over the detached unit that corresponds to the control that the authority itself has over its own activity. The activity criteria is fulfilled if the detached unit is exercising most of its activity with the authority. If these criteria are fulfilled would a contracting authority not need to procurement when the authority buys from a completely or part owned corporation, even if that corporation is a own juridical person. Because of the Teckal-criteria and following practice a temporary in house-exception was established in the Swedish law in chapter 2 10a § LOU. OFUKI-investigation has in its report made proposals on, inter alia, a permanent in house-exception in the LOU. Recently the government presented it's government bill 2011/12:106 which mostly agree with OFUKI-investigation law proposal. The design and reach of the proposed in house-exception can in my opinion be strongly criticized. It excludes the possibility of applying the extended in house-exception in concern situations which is limiting the local self- government whit the freedom to self organize the activities. The OFUKI-investigation also suggests additions to KL about the municipal law principles and the municipal companies.

Sammanfattning

All införskaffning av varor, tjänster och byggtreprenader som görs inom den offentliga sektorn ska som huvudregel föregås av en offentlig upphandling. Offentlig upphandling kan definieras som en urvalsprocess med vissa moment som till sist leder till att den upphandlande myndigheten tecknar avtal med en vinnande leverantör. Det upphandlingsrättsliga regelverket inom EU består främst av två direktiv: direktiv 2004/18/EG och direktiv 2004/17/EG. Dessa direktiv bygger på i sin tur på EUF-fördraget som syftar till att förverkliga den inre marknaden och säkerställa att det finns en god och rättvis konkurrens inom Europeiska unionen. De grundläggande gemenskapsrättsliga principerna ska också beaktas vid all offentlig upphandling. Dessa handlar exempelvis om principen om icke-diskriminering, likabehandling och transparens. Detta innebär att ingen leverantör ska diskrimineras på någon grund utan alla ska få samma förutsättningar. Upphandlingen ska också präglas av öppenhet och transparens.

Det finns dock vissa undantagssituationer när huvudregeln om upphandling inte behöver beaktas av myndigheten. Ett sådant undantag är när myndigheten bedriver verksamheten i egen regi vilket benämns som in house-verksamhet. Någon definition på in house finns inte i direktiven men som utgångspunkt rör det sig om situationer när både beställare och leverantör finns inom samma juridiska person. Genom EU-domstolens praxis har ett så kallat in house-undantag växt fram, vilket innebär att även fristående enheter utanför den juridiska personen omfattas av undantaget från upphandlingsskyldighet. Detta gäller endast om de så kallade Teckalkriterierna bestående av kontroll- och verksamhetskriteriet är uppfyllda gentemot den fristående enheten. För att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt krävs att den upphandlande myndigheten har sådan kontroll över den fristående enheten som motsvarar den kontroll som myndigheten själv har över sin egen verksamhet. Verksamhetskriteriet uppfylls om den fristående enheten utövar huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den upphandlande myndigheten. Om dessa kriterier uppfylls skulle en upphandlande kommunal myndighet ej behöva upphandla vid köp från hel eller delägt aktiebolag, trots att detta aktiebolag är en fristående juridisk person. Med anledning av denna och efterföljande praxis infördes ett temporärt in house-undantag i den svenska rätten genom 2 kap. 10a § LOU. OFUKI-utredningen har i sitt betänkande gett förslag på bl.a. ett permanent in house-undantag i LOU. Nyligen lade regeringen också fram sin proposition 2011/12:106 vilken till stor del instämmer i OFUKI-utredningens lagförslag. Utformningen och räckvidden av det föreslagna in house-undantaget kan enligt min åsikt starkt kritiseras. Det utesluter möjligheten att tillämpa det utvidgade in house-undantaget i koncernsituationer vilket begränsar det kommunala självstyret med friheten att själv organisera sin verksamhet. OFUKI-utredningen och regeringen föreslår också kompletteringar i KL angående de kommunalrättsliga principerna och de kommunala bolagen.

Förord

Att sitta och skriva ett förord till sitt alldeles egna examensarbete känns mycket stort men också lite sorgligt. Detta innebär slutet på en underbar tid i mitt liv men också början på ett nytt äventyr. Studentlivet och tiden på Juridicum i Lund kan inte på ett riktigt rättvist sätt beskrivas med ord. Det är något som måste upplevas på plats. Det handlar om tentaångest, mycket kaffe i receptionen, många timmar i läsesalen, akademisk kvart men också mycket glädje och många skratt. Sett ur backspegeln har det varit en mycket givande tid som har varit med och format mig till den jag är idag och lagt grunden till mitt liv som yrkesverksam jurist.

Jag vill börja med att tacka min kloke handledare Bengt Lundell som gett mig många goda råd och tålmodigt svarat på alla mina frågor. Jag vill också rikta ett stort tack till bibliotekarierna på Juridicum som är mycket kunniga. Tack för att ni hjälpt mig att navigera rätt bland alla databaser och i doktrin.

Jag vill också tacka min gode vän Erik Johansson som har funnits med som ett stort stöd genom hela utbildningen. Tack för all din korrekturläsning och hjälp med tekniska ting. Jag har också en underbar familj där mor och far alltid funnits när det har känts tungt. Utan er hade det inte varit möjligt. Sist men inte minst vill jag tacka min älskade Christian som alltid finns där med uppmuntrande ord och som påmint mig om att det finns annat än in house-undantag i vår värld.

Ängelholm 2012-05-22

Maria Cronkvist

Förkortningar

Förkortning

ABL

Ds

EG

ERT

EU

EUF-fördraget

KL

LOU

LUF

NOU

OFUKI-utredningen

OSL

PBL

RF

RÅ

SCB

SKL

SoL

SOU

Förklaring

Aktiebolagslagen (2005:551)

Departementsserie

Europeiska gemenskapen

Europarättslig tidskrift

Europeiska unionen

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

Kommunallag (1991:900)

Lag (2007:1091) om offentlig upphandling

Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Nämnden för offentlig upphandling

Utredningen om offentliga företag - upphandling, kontroll och insyn

Offentlighet- och sekretesslag (2009:400)

Plan- och bygglagen (2010:900)

Regeringsformen

Regeringsrättens årsbok

Statistiska centralbyrån

Sveriges kommuner och landsting

Socialtjänstlag (2001:453)

Statens offentliga utredningar

TfR

Tidsskrift för Rettsvitenskap

WTO

World trade organisation

1 Inledning

1.1 Bakgrund

All införskaffning av varor, tjänster och byggtreprenader som görs inom den offentliga sektorn ska som huvudregel föregås av en offentlig upphandling. Denna huvudregel om upphandlingsskyldighet aktualiseras dock inte om en myndighet bedriver verksamheten i egen regi, vilket benämns in house-verksamhet. Någon definition på det vedertagna¹ begreppet in house finns inte i nedan nämnda direktiv men en utgångspunkt är att det rör sig om in house när både beställaren och leverantören finns inom samma juridiska person. Det kan exempelvis röra sig om olika enheter inom samma myndighet. En kommunal nämnd kan därför i normalfallet beställa en tjänst av en annan del av den kommunala förvaltningen utan att upphandling behöver komma in i bilden. Genom EU-domstolens praxis har begreppet in house utvidgats genom de så kallade Teckal-kriterierna² till att även omfatta vissa fristående enheter³ utanför den juridiska personen. Teckal-kriterierna består av två kriterier, kontroll- och verksamhetskriteriet. För att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt krävs att den upphandlande myndigheten har sådan kontroll över den fristående enheten som motsvarar den kontroll som myndigheten själv har över den egna verksamheten. För att verksamhetskriteriet ska vara uppfyllt krävs att den fristående enheten utövar huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den upphandlande myndigheten eller de upphandlande myndigheterna.⁴

Offentlig upphandling kan definieras som en urvalsprocess med en rad olika faser. Upphandlingsprocessen tar sin början i att den upphandlande myndigheten identifierar sitt behov och bestämmer sig för att tillfredsställa detta behov genom att vända sig till en eller flera externa leverantörer.

¹ Begreppen in house-verksamhet och in house-undantaget används i doktrinen och i förarbetena och därför avser jag använda dessa i den fortsatta framställningen. Med in house verksamhet avses fallet då myndigheten väljer att bedriva verksamheten i egen regi inom den egna juridiska personen. Med in house-undantaget avses undantaget från huvudregeln om upphandlingsskyldighet när anskaffning sker från en fristående enhet som har ett visst samband med den offentliga myndighet som är upphandlande myndighet.

² Se Mål C-107/98 *Teckal Srl mot Comune di Viano och Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*.

³ Jag är medveten om att jag använder både begreppet fristående enhet och fristående juridisk person. Detta beror på att EU-domstolen i bl.a. Teckal-domen använt begreppet fristående juridisk person. Samtidigt använder EU-domstolen i bl.a. Stadt Halle-domen begreppet fristående enhet istället för eller vid sidan om begreppet fristående juridisk person. Jag sluter mig därför till OFUKI-utredningens bedömning att EU-domstolen inte begränsar in house-undantaget till anskaffning från juridiska personer utan det kan också vara tillämpligt på anskaffning från andra formellt fristående enheter. Det intressanta för min frågeställning är dock i huvudsak begreppet fristående juridisk person men jag nämner även domar där begreppet fristående enhet används eftersom även de domarna kan innehålla resonemang som är betydelsefullt för min frågeställning.

⁴ Se Bergman, Mats m.fl. *Offentlig upphandling på rätt sätt och till rätt pris* s. 43 f. Jag återkommer till EU-domstolens praxis angående Teckal-kriterierna under kap. 5.

Därefter utformas en annons och ett förfrågningsunderlag. Genom annonsen informeras då potentiella leverantörer om att den upphandlande myndigheten har för avsikt att genomföra en upphandling. I förfrågningsunderlaget anges hur upphandlingen kommer att genomföras, vilka krav som ställs på leverantörerna och vilka krav som ställs på det som avser själva upphandlingen. Sedan kvalificeras och utesluts eventuella leverantörer för att i nästa steg utvärdera anbuden som kvalificerade leverantörer lämnat. Den upphandlande myndigheten fattar sedan ett tilldelningsbeslut där det framgår vilket eller vilka företag som den upphandlande myndigheten valt som leverantör. När detta tilldelningsbeslut offentliggjorts inträder avtalsspärren. Avtalsspärren innebär att den upphandlande myndigheten måste avvakta tio dagar, i vissa fall femton, innan ett avtal kan ingås med motparten. Under denna avtalsspärr har potentiella leverantörer som anser att den upphandlande myndigheten inte följt gällande lagstiftning en möjlighet att ansöka om överprövning hos förvaltningsrätten. När avtalsspärren löpt ut kan den upphandlande myndigheten teckna avtal med den vinnande leverantören. Upphandlingsprocessen kan då anses som avslutad.⁵

Den offentliga sektorns inköp inom EU utgör cirka 16 % av unionens bruttonationalprodukt. För år 2002 motsvarade detta en marknad värd 1 500 miljarder euro.⁶ Bara i Sverige omfattar den offentliga upphandlingen omkring 500-600 miljarder kronor per år.⁷ På grund av denna mycket stora volym är den offentliga upphandlingen en viktig del för förverkligandet av den inre marknaden. De normer men också principer som styr den offentliga upphandlingen syftar därför till att öppna upp den inre marknaden där konkurrensen ska vara god och rättvis. De gemenskapsrättsliga principerna om icke-diskriminering och likabehandling är därför mycket viktiga för förverkligandet av den inre marknaden. Dessa principer innebär bland annat att en upphandlande myndighet inte får diskriminera en leverantör på grund av nationalitet. Den upphandlande myndigheten får t.ex. inte ge ett lokalt företag företräde. Alla leverantörer ska behandlas lika och ges lika förutsättningar. Enligt principen om transparens har den upphandlande myndigheten också en skyldighet att skapa öppenhet och insyn i upphandlingen.

Utöver dessa gemenskapsrättsliga principer bygger den gemenskapsrättsliga lagstiftningen i huvudsak på två direktiv: direktiv 2004/18/EG⁸ även kallat det klassiska direktivet och direktiv 2004/17/EG⁹ även kallat

⁵ Se Bergman, Mats m.fl. *Offentlig upphandling på rätt sätt och till rätt pris* s. 16 ff.

⁶ Se <http://www.kommers.se/verksamhetsomraden/Handelsamnen/Handel-och-offentlig-upphandling/> Besöktes 2012-05-22. Kommerskollegium

⁷ Se Konkurrensverket Rapport 2011:5 *Bättre statistik om offentliga upphandlingar* s. 10.

⁸ Direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Benämns i den fortsatta framställningen direktiv 2004/18/EG.

⁹ Direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Benämns i den fortsatta framställningen direktiv 2004/17/EG.

försörjningsdirektivet. Dessa direktiv är införlivade i den svenska lagstiftningen genom lag (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF.

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2008 ref. 26, Sysav-domarna, tagit ställning till om det vore möjligt att tillämpa Teckal-kriterierna i svensk rätt utan uttryckligt lagstöd. Frågan besvarades nekande och upphandlingsskyldighet förelåg enligt då gällande svensk lagstiftning.¹⁰ Den svenska lagstiftaren införde därefter ett uttryckligt undantag i 2 kap. 10a § LOU vilket motsvarar Teckal-kriterierna. Detta undantag är endast temporärt och upphör att gälla den 1 januari 2013 i avvaktan på pågående utredningsarbete. Nyligen presenterade OFUKI -utredningen sitt betänkande¹¹ och där föreslås ett permanent undantag.¹² Regeringens proposition¹³ innehåller också förslag på ett permanent undantag och förslag angående vissa ändringar i KL.

1.2 Syfte och frågeställningar

Mitt huvudsakliga syfte med detta examensarbete är att utreda i vilken utsträckning en upphandlande kommunal myndighet har en skyldighet att upphandla vid införskaffandet av varor, tjänster och byggtreprenader från hel- eller delägt aktiebolag.

Min övergripande frågeställning är därför: i vilken utsträckning kan en upphandlande kommunal myndighet införskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader från hel- eller delägt aktiebolag utan att först genomföra en formell upphandling? Utöver den övergripande frågeställningen avser jag besvara följande delfrågor:

- Vad innebär in house- verksamhet?
- Utvidgning av in house- verksamhet genom Teckal-domen och efterföljande EU-rättslig praxis av Teckal-kriterierna.
- Vad kommer OFUKI -utredningen fram till i sitt betänkande avseende en upphandlande kommunal myndighets upphandlingsskyldighet till hel- eller delägt aktiebolag? Hur långt anser OFUKI -utredningen att in house- undantaget sträcker sig? Hur förhåller sig förslagen i regeringens proposition¹⁴ till OFUKI-utredningens förslag?

¹⁰ Då gällde den nu upphävda lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

¹¹ SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*.

¹² Se Bergman, Mats m.fl. *Offentlig upphandling på rätt sätt och till rätt pris* s. 43 ff.

¹³ Se proposition 2011/12:106 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*.

¹⁴ Se proposition 2011/12:106 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*.

1.3 Metod och material

I mitt arbete med att utreda gällande rätt i EU och Sverige har jag använt mig av traditionell juridisk metod. Begreppet gällande rätt beskrivs i allmänhet som problematiskt och ger upphov till debatt. Gällande rätt existerar inte såsom ett oberoende fenomen eller faktum. Istället är gällande rätt något som följer av allmänt accepterade regler för juridisk argumentation som leder fram till ett resultat som kan betecknas som gällande rätt.¹⁵

Traditionell juridisk metod ur ett EU-rättsligt perspektiv innebär studier av fördragen, EU-domstolens praxis och doktrin. För EU-rättens del är primärrätten (fördragen), rättighetsstadgan, bindande sekundärrätt, internationella avtal samt allmänna rättsprinciper bindande rättskällor. Detsamma gäller i princip EU-domstolens och tribunalens rättspraxis. Kännetecknande för EU-rätten är de oskrivna rättskällorna, domstolarnas rättspraxis och allmänna rättsprinciper är mer omfattande och betydelsefulla än inom ramen för den svenska rättsordningen. I EU-rättens rättsordning återfinns gällande rätt på vissa områden till övervägande del i rättspraxis.¹⁶ Sådant är fallet med det område som jag rör mig inom och på grund av uppsatsens begränsade omfattning kommer jag att beröra ett urval av för min frågeställning intressant praxis.

Traditionell juridisk metod ur ett nationellt perspektiv innebär att rättsläget analyseras med hjälp av lagstiftning, praxis, förarbeten och doktrin. I min uppsats har metoden utvidgats till att även omfatta myndighetsrapporter från Konkurrensverket. Vad gäller svensk praxis av tillämpningen på 2 kap. 10a § LOU har jag ej funnit någon praxis överhuvudtaget. Däremot nämner jag praxis på annan lagstiftning som har betydelse och samband med min frågeställning.

Min ambition med uppsatsen är inte endast att utreda rättsläget utan också att kritiskt granska rättsläget. För att inte blanda ihop begreppen de lege lata och de lege ferenda har jag valt att inte ha kritik eller personliga värderingar i uppsatsens deskriptiva delar. Detta finns istället huvudsakligen i uppsatsens sista del.

1.4 Avgränsningar

Enligt 2 kap. 19 § LOU är det ett stort antal rättssubjekt som berörs av huvudregeln om upphandlingsskyldighet. Min avgränsning ligger i att jag i huvudsak avser beröra en upphandlande kommunal myndighet och dess verksamhetsformer som omfattas av definitionen av en upphandlande kommunal myndighet. Därför kommer jag stundtals in på kommunalrättsliga och associationsrättsliga spörsmål. Jag vill därför redan

¹⁵ Se Sandgren, Claes *Är rättsdogmatiken dogmatisk?* TfR 4-5/2005, s. 650 f.

¹⁶ Se Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida *EU-rättslig metod* s.40 f.

nu poängtera att uppsatsen inte på något sätt är avsedd att vara heltäckande i dessa rättsliga områden. Istället är avsikten att ge en kort bakgrund så läsaren på ett bättre sätt ska förstå frågeställningen.

Stat, kommun och landsting kan i princip använda sig av samtliga förekommande privaträttsliga organisationsformer då verksamheten bedrivs utanför den egna juridiska personen. Vanligast är att sådan verksamhet bedrivs i form av ett aktiebolag enligt ABL.¹⁷ Andra privaträttsliga organisationsformer är ekonomiska föreningar, ideella föreningar, handelsbolag, stiftelser och försäkringsföretag. På grund av uppsatsens begränsade omfattning kommer jag i huvudsak att fokusera på kommunala företag som bedrivs i form av aktiebolag.

Det hade naturligtvis varit lärorikt och intressant att belysa upphandlingens olika delar för att följa hela processen. Min huvudsakliga frågeställning berör dock när en kommunal upphandlande myndighet kan anskaffa varor, tjänster och byggtreprenader från hel- eller delägt aktiebolag utan att först genomföra en upphandling. Jag intresserar mig därför för ett undantag från huvudregeln om upphandlingsskyldighet och själva upphandlingsprocessen kommer därför normalt inte in i bilden. Därför kommer jag endast att belysa de definitioner som är intressanta för min frågeställning.

Som jag nämnt i bakgrunden under 1.1 är det främst i LOU och LUF som den nationella upphandlingslagstiftningen återfinns. Det finns en rad likheter mellan dessa lagar men den största skillnaden är att LUF reglerar upphandling i försörjningssektorerna. På grund av uppsatsens begränsade omfattning kommer jag att avgränsa bort LUF och därmed också direktiv 2004/17/EG.

Utöver upphandlingsdirektiven är EU:s medlemsstater bundna av WTO:s avtal om lojal internationell konkurrens vid offentlig upphandling. Eftersom det avtalet till stor del inarbetats i upphandlingsdirektiven kommer jag inte att behandla avtalet vidare i min uppsats.

Utöver direktiv 2004/18/EG och direktiv 2004/17/EG finns ytterligare EU-direktiv på upphandlingsområdet. Det handlar om rättsmedelsdirektiven¹⁸ som reglerar överprövning och skadestånd i samband med offentlig upphandling. Eftersom mitt fokus i denna uppsats ligger på det specifika in house- undantaget och dess utvidgning och inte själva upphandlingsprocessen med bl.a. överprövning berör jag inte rättsmedelsdirektiven.

¹⁷ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget ägt företag?! – och vissa andra frågor* s. 175.

¹⁸ Direktiv 1989/66/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten och direktiv 1992/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.

Teckal-domen har följts av ett tjugotal domar från EU-domstolen där Teckal-kriterierna har utvecklats och preciserats. På grund av uppsatsens begränsade omfattning avser jag endast beröra några av de dessa domar i kapitel 5.

1.5 Disposition

I kapitel 2 avser jag först översiktligt beskriva regleringen om offentlig upphandling utifrån ett EU-rättsligt och nationellt perspektiv, med bl.a. betydelsefulla definitioner.

I kapitel 3 kommer jag att mycket kort beskriva den kommunala kompetensen, kommunens interna organisation, samverkansformer och regleringen av det kommunala aktiebolaget i ABL och KL?

I kapitel 4 behandlas innebörden av in house-verksamhet och var gränserna för verksamhet i egen regi går.

I kapitel 5 kommer jag att analysera EU-domstolens praxis om in house-undantaget genom Teckal-domen och dess efterföljande praxis på Teckal-kriterierna.

I kapitel 6 presenteras delar ur OFUKI- utredningens betänkande med lagförslag avseende upphandlande kommunal myndighets upphandlingsskyldighet till hel- eller delägt aktiebolag. Jag avser också beröra hur långt OFUKI- utredningen anser att in house-undantaget sträcker sig. Här presenteras också hur förslagen i regeringens proposition¹⁹ förhåller sig till OFUKI-utredningens förslag.

I kapitel 7 avslutar jag med min egen analys och presenterar mina slutsatser om in house- undantaget, dess kriterier och räckvidd.

¹⁹ Se proposition 2011/12:106 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*.

2 Om offentlig upphandling

2.1 Översikt av regleringen om offentlig upphandling ur ett EU-rättsligt perspektiv

2.1.1 Regler i EUF-fördraget²⁰ och grundläggande gemenskapsrättsliga principer

Det finns inga specifika regler i EUF-fördraget som uttryckligen berör offentlig upphandling. Däremot innehåller fördraget flera bestämmelser och principer som utgjort grund för direktiven på upphandlingens område.²¹ EU-domstolen har också utifrån bl.a. dessa bestämmelser utvecklat vissa grundläggande gemenskapsrättsliga principer som jag nu har ambitionen att kort nämna.²²

Artikel 18 är central i sammanhanget eftersom artikeln ger uttryck för att det inom fördragets tillämpningsområde och utan att det påverkar tillämpningen av någon särskild bestämmelse i fördragen ska all diskriminering på grund av nationalitet vara förbjuden. Förbudet mot diskriminering gäller för både fysiska personer och juridiska personer som är medborgare i någon av medlemsstaterna.²³ Utifrån denna bestämmelse har följaktligen principen om icke-diskriminering utvecklats. Därför är det viktigt för den upphandlande myndigheten att agera så att det är möjligt för även andra än svenska företag att vara delaktiga i en upphandling. Den upphandlande myndigheten får inte heller ge ett nationellt lokalt företag företräde framför ett företag som inte är lokalt.²⁴ Detta har bekräftats genom EU-domstolen i Beentjesdomen²⁵ och i Storabältdomen²⁶. Den närliggande principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och ges lika förutsättningar. Det medför bl.a. att alla leverantörer ska få samma information vid ett och samma tillfälle.²⁷

Vidare är artikel 26 enligt min uppfattning viktig i sammanhanget eftersom det anges att unionen ska besluta om åtgärder i syfte att upprätthålla den inre marknaden eller säkerställa dess funktion i enlighet med tillämpliga

²⁰ Fördraget om europeiska unionens funktionssätt.

²¹ Se Bovis, Christopher *EC public procurement law* s. 23 och Trepte, Peter *Public procurement in the EU A Practitioner's Guide* s. 5.

²² Se det klassiska direktivet 2004/18/EG beaktandesats 2 och artikel 2.

²³ Se Trepte, Peter *Public procurement in the EU A Practitioner's Guide* s.5 f.

²⁴ Se Konkurrensverket *Upphandlingsreglerna – en introduktion* s. 9.

²⁵ Se Mål C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV mot Nederländska staten*.

²⁶ Se Mål C-243/89 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Danmark*.

²⁷ Se Konkurrensverket *Upphandlingsreglerna – en introduktion* s. 9.

bestämmelser i fördragen. Det anges vidare att den inre marknaden ska omfatta ett område utan inre gränser, där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital säkerställs i enlighet med bestämmelserna i fördragen. Rådet ska genom beslut på förslag från kommissionen fastställa de riktlinjer och villkor som är nödvändiga för att säkerställa väl avvägda framsteg inom alla berörda sektorer.

Jag uppfattar också artikel 34 och 35 som viktiga i sammanhanget eftersom det anges ett förbud mot kvantitativa importrestriktioner och exportrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan mellan medlemsstaterna.

Som jag förstår det är vidare artikel 49 om etableringsrätt mycket central i sammanhanget. Där anges nämligen att inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstat territorium ska förbjudas. Detta förbud ska även omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag. Etableringsfriheten ska innefatta rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag som de definieras i artikel 54 andra stycket, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare, om inte annat följer av bestämmelserna i kapitlet om kapital.

Jag vill också lyfta fram avdelning 7 i fördraget då det här finns gemensamma regler om konkurrens, beskattning och tillnärmning av lagstiftning. Kapitel 1 i denna avdelning innehåller konkurrensregler och jag vill nämna artikel 101 som ett exempel på en konkurrensregel. Där anges bl.a. att följande är oförenligt med den inre marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den inre marknaden, särskilt sådana som innebär att a) inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs, b) produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras, c) marknader eller inköpskällor delas upp, d) olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel, e) det ställs som villkor för att ingå avtal att den andre parten åtar sig ytterligare förpliktelser, som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet. Sådana avtal eller beslut som är förbjudna enligt ovan är ogiltiga. Det finns dock enligt tredje punkten vissa situationer när t.ex. avtal eller grupper av avtal mellan företag som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor inte är förbjudna.

Principen om transparens innebär en skyldighet för den upphandlande myndigheten att skapa en öppenhet och förutsebarhet i upphandlingen genom att lämna information om upphandlingen och hur den kommer att genomföras.

Principen om ömsesidigt erkännande har utformats av EU-domstolen efter hand och klarlagts i en omfattande rättspraxis²⁸ om fri rörlighet för varor, personer och tjänster. Principen innebär att en medlemsstat ska godta varor och tjänster från ekonomiska aktörer i andra EU-länder om produkterna är jämförbara med dem som denna stat godkänner från inhemska produkter.²⁹

2.1.2 Upphandlingsdirektivet

Som mina avgränsningar ovan under 1.4 visar kommer jag i detta avseende endast beröra direktiv 2004/18/EG, även kallat klassiska direktivet, mycket kort i detta avsnitt. Direktivet är en viktig del i arbetet med förverkligandet av den inre marknaden genom att främja den fria rörligheten för varor och tjänster inom EU och att få marknaden att fungera effektivt.³⁰ Principerna i fördraget ska beaktas vid tilldelning av kontrakt som ingås i medlemsstaterna för statens räkning, för enheter på regional eller lokal nivå samt andra offentligt rättsliga organ.³¹

Avdelning 1 i direktivet innehåller definitioner och allmänna principer. Artikel 1 innehåller en rad olika definitioner och min ambition är här att ta upp de som jag anser vara av stor betydelse för min huvudsakliga frågeställning. Enligt artikel 1 andra punkten a) är ett offentligt kontrakt skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenader, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv.

Hur definieras då en ekonomisk aktör? Enligt artikel 1 åttonde punkten andra stycket betecknar termen ekonomisk aktör såväl en varuleverantör som en tjänsteleverantör och en entreprenör. Termen ekonomisk aktör används enbart i syfte att förenkla texten. En entreprenör, varuleverantör och tjänsteleverantör definieras som fysisk eller juridisk person, offentlig enhet eller grupp av sådana personer och/eller organ som på marknaden erbjuder sig att utföra byggtreprenader och/eller tillhandahåller byggtreprenader, varor eller tjänster.

Upphandlande myndighet är enligt artikel 1 nionde punkten statliga, regionala eller lokala myndigheter och offentligt rättsliga organ samt sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ. Med offentligt rättsliga organ avses alla organ a) som särskilt har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär, b) som är juridiska

²⁸ Se t.ex. Mål C-340/89 *Irene Vlassopoulou mot Ministerium für Justiz, Bundes-und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg* och Mål C-76/90 *Manfred Säger mot Dennemeyer & Co Ltd*.

²⁹ Se Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (2000/C 121/02) 3.1.4.

³⁰ Se Konkurrensverket *Upphandlingsreglerna – en introduktion* s. 6 f.

³¹ Se det klassiska direktivet 2004/18/EG beaktandesats 2.

personer, och c) vars verksamhet till största delen finansieras av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ, eller vars verksamhet står under kontroll av ett sådant organ, eller i vars förvaltningsorgan, styrelseorgan eller kontrollorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ. För att underlätta finns det en icke uttömmande förteckning över sådana offentligrättsliga organ och kategorier av organ som uppfyller villkoren i a), b) eller c) i bilaga 3.

Avdelning 2 i direktivet berör sedan regler om offentliga kontrakt. Enligt artikel 7 ska detta direktiv tillämpas på offentliga kontrakt som inte undantas enligt undantagen i artiklarna 10 och 11 och 12-18 och vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst ett visst tröskelvärde beroende på vilken typ av offentligt kontrakt det rör sig om i det aktuella fallet.³² Exakt hur beräkningen av tröskelvärdet ska göras går att läsa i artikel 9. Direktivet gäller alltså inte för upphandlingar vars värde ligger under det specifika tröskelvärdet. Detta beror på att det antas att det främst är de upphandlingar som har stora ekonomiska värden som attraherar företag utanför det egna landet. Vidare begränsas direktivet till att gälla varor och tjänster som traditionellt sett har ansetts lämpliga för gränsöverskridande handel. Därför ska dessa konkurrensutsättas i den inre marknaden och kallas för A-tjänster.³³

Vidare berör avdelning 2, artiklarna 28-31, i direktivet olika typer av förfaranden som ska användas i den aktuella upphandlingen. Artiklarna 35-37 berör regler för offentliggörande och öppenhet. Artiklarna 44-55 behandlar upphandlingsförfarandets gång.

Avdelning 3 berör koncessioner³⁴ avseende byggentreprenader.

Avdelning 4 redogör för regler om projekttävlingar³⁵ på tjänsteområdet.

Avdelning 5 tar slutligen upp regler om skyldigheter att lämna uppgifter för statistikändamål, verkställighetsbefogenheter och slutbestämmelser.

³² Angående exakta tröskelvärde se Kommissionens förordning 1251/2011 av den 30 november 2011 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG, 2004/18/EG och 2009/81/EG vad gäller de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden.

³³ Se Gertell, Pernilla *Nya lagen om offentlig upphandling – en handbok* s. 43.

³⁴ Med koncession menas av myndighet meddelat tillstånd till viss näringsverksamhet se Bergström, Sture m.fl. *Juridikens termer* s. 99.

³⁵ Se definitionen på projekttävling i artikel 1 punkt 11 e).

2.2 Reglering om offentlig upphandling ur ett nationellt perspektiv

2.2.1 Betydelsefulla definitioner i LOU

LOU bygger på det klassiska direktivet 2004/18/EG som Sverige har implementerat. De regler som beskrivs i direktivet kallas för det direktstyrda området. Den svenska lagstiftaren har valt att gå ett steg längre och införa även andra regler som inte finns reglerade i direktivet.³⁶ Enligt 1 kap. 2 § andra stycket LOU ska endast 15 kap. tillämpas på offentlig upphandling som avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster) eller avser kontrakt vars värde understiger de tröskelvärde som anges i lagen. Det är ändå viktigt att tänka på att de gemenskapsrättsliga principerna som jag redogjort för ovan under 2.1.1 även gäller upphandling för B-tjänster eller upphandling under tröskelvärdet, enligt 1 kap. 9 § LOU.³⁷

Enligt 2 kap. 13 § LOU definieras offentlig upphandling som de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader. Med andra ord kan offentlig upphandling alltså beskrivas som en typ av anskaffningsmetod som görs av upphandlade myndigheter för att göra en affär och få ett kontrakt eller ramavtal med en eller flera leverantörer.³⁸

Vad innefattas i begreppet upphandlande myndighet? Enligt 2 kap. 19 § LOU avses med upphandlande myndighet statliga och kommunala myndigheter. Vid tillämpningen av denna lag ska med myndighet jämföras: 1. beslutande församlingar i kommuner och landsting, 2. offentligt styrda organ som avses i 12 § och 3. sammanslutningar av en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1 eller sammanslutningar av ett eller flera organ enligt 2.

Enligt 2 kap. 12 § LOU definieras offentligt styrda organ som sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och 1. som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet 2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller 3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

Jag kommer alltså att fokusera på de kommunala upphandlande myndigheterna men många delar av detta går att applicera även på

³⁶ Se Gertell, Pernilla *Nya lagen om offentlig upphandling – en handbok* s. 43.

³⁷ Se Gertell, Pernilla *Nya lagen om offentlig upphandling – en handbok* s. 23.

³⁸ Se Gertell, Pernilla *Nya lagen om offentlig upphandling – en handbok* s. 27.

upphandlande statliga myndigheter. Nedan under 3.2 kommer jag att beröra hur den upphandlande kommunala myndigheten kan organisera sig och därmed klargöra vilka rättssubjekt som omfattas av huvudregeln om upphandlingsskyldighet.

Nästa viktiga definition som jag vill beröra är kontrakt. Enligt 2 kap. 10 § LOU avses med kontrakt ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som 1. sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, 2. avser utförandet av byggentreprenader, leverans av varor eller tillhandahållandet av tjänster, och 3. undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur. Med kontrakt enligt nyss nämnda paragraf avses enligt 2 kap. 10a § dock inte avtal som sluts mellan 1. en upphandlande myndighet som är a) en statlig eller kommunal myndighet, b) en beslutande församling i en kommun eller ett landsting, eller c) en sammanslutning av en eller flera sådana myndigheter eller församlingar, och 2. en leverantör som är a) en juridisk person som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i, eller b) en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900). Första stycket gäller dock endast 1. om den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, och 2. i fall då den juridiska personen eller den gemensamma nämnden även utför verksamhet tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten, denna verksamheten endast är av marginell karaktär. Uppfylls dessa kriterier och därmed paragrafen innebär detta att LOU inte blir tillämplig eftersom det anses att det inte uppkommit ett kontrakt mellan parterna. Då handlar det alltså inte om offentlig upphandling enligt definitionen i 2 kap. 13 § LOU.

3 Om den upphandlande kommunala myndigheten

3.1 Den kommunala kompetensen enligt KL

Med kommunal kompetens avses gränserna för den kommunala verksamheten eller en kommuns behörighet att befatta sig med vissa angelägenheter. Utgångspunkten för att en angelägenhet från kommunens sida ska vara kompetenslig är att den är av allmänt intresse enligt 2 kap. 1 § KL. Utanför den kommunala kompetensen faller alltså sådant som enbart är till vissa enskilda intressen. Den kommunala kompetensen grundar sig på bl.a. rättsprinciper som utvecklats i Högsta förvaltningsdomstolens praxis. Dessa principer är numera lagfästa i 2 och 8 kap. KL. Denna kodifiering har gjort att principerna givits extra tyngd och gjort kommunernas allmänna befogenheter tydligare. Avsikten med detta är inte på något sätt att ändra rättstillämpningen. Istället utgör Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden i mål om laglighetsprövning främsta källan för upplysning om principernas närmare innebörd och tillämpning. Det är också viktigt att komma ihåg att det på en rad områden finns specialreglerade kompetenser som grundar sig på specialförfattningar, t.ex. SoL och PBL. Lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter är också viktig att nämna då denna lag ger kommunerna möjlighet att ägna sig åt uppgifter som de annars inte skulle kunna ta i sin befattning pga. de kompetensbegränsande principerna.³⁹

3.2 Om kommunal självstyrelse

Det kommunala självstyret kommer till uttryck redan i 1 kap. 1 § andra stycket RF. Där anges att den svenska folkstyrelsen förverkligas genom ett representativt och parlamentariskt statskick och genom kommunal självstyrelse. Vidare framgår det enligt 14 kap. 2-3 §§ RF att kommuner sköter lokala och regionala angelägenheter av allmänt intresse på den kommunala självstyrelsens grund. Inskränkning i den kommunala självstyrelsen inte bör gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de

³⁹ Se Bohlin, Alf *Kommunalrättens grunder*, s. 87 f. Rättsprinciperna jag syftar på är lokaliseringsprincipen, principen om att ta hand om sådant som inte enbart ankommer på annan, principen om förbud mot understöd åt enskild, principen om förbud mot spekulativ verksamhet, principen om förbud mot understöd åt enskilda företag, självkostnadsprincipen, likställighetsprincipen och förbudet mot retroaktiva beslut. Innebörden av dessa principer finns förklarade i bl.a. Bohlin, Alf *Kommunalrättens grunder*, kap. 4.

ändamål som föranlett den. Innebörden av kommunalt självstyre har i förarbete⁴⁰ anförts att rätten att fritt organisera sina verksamheter är ett grundläggande element i den kommunala självstyrelsen. Vid en eventuell inskränkning i den kommunala självstyrelsen ska proportionalitetsprincipen beaktas. Enligt förarbete⁴¹ borde principen tillämpas på så vis att det innefattar en skyldighet att undersöka det syfte som den tilltänkta regleringen tar sikte på för att se om den regleringen kan uppnås på ett för den kommunala självstyrelsen mindre ingripande sätt än det som föreslås. Om det finns olika möjligheter för att nå samma mål bör riksdagen med hänsyn till principen om kommunala självstyrelsen välja det som lägger minst band på kommunernas självbestämmande.⁴² Sverige har också 1989 ratificerat den europeiska konventionen om kommunal självstyrelse⁴³. Enligt artikel 6.1 i konventionen anges att kommuner själva, utan hinder av mer allmänna regler, ska kunna bestämma om sina inre administrativa strukturer för att anpassa dem till de lokala behoven och för att säkerställa en effektiv förvaltning.⁴⁴

3.3 Om den upphandlande kommunala myndighetens organisation

3.3.1 Intern organisation

Enligt 1 kap. 7 § RF finns det i riket kommuner på lokal och regional nivå. Kommunerna regleras vidare i 14 kap. RF och enligt dess första paragraf utövas beslutanderätten i kommunerna av valda församlingar. Andra paragrafen nyss nämnda kapitel slår fast principen om kommunalt självstyre som gäller för all kommunal verksamhet, dvs. både den verksamheten som omfattas av KL och annan lagstiftning.⁴⁵

3 kap. KL reglerar kommunernas och landstingens organisation och verksamhetsformer. Enligt kapitlets 1-3 paragraf är den beslutande församlingen i kommunen kommunfullmäktige som i sin tur tillsätter en kommunstyrelse. Kommunstyrelsen är en obligatorisk nämnd men i övrigt har kommunfullmäktige stor frihet att själv utforma sin nämndorganisation. Angående en gemensam nämnd i enlighet med 3 kap. 3a § KL se nedan under 3.2.2.

⁴⁰ Se proposition 2009/10:134 *Upphandling från statliga och kommunala företag*, s. 24.

⁴¹ Se SOU 2008:125 *En reformerad grundlag* s. 538 f.

⁴² Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*, s.372 ff.

⁴³ Se proposition 1988/89:119 *Om godkännande av den europeiska konventionen om kommunal självstyrelse* och betänkande 1988/89:KU32 *Godkännande av den europeiska konventionen om kommunal självstyrelse*.

⁴⁴ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*, s. 372 ff.

⁴⁵ Se Eka, Anders läst på http://juridik.karnovgroup.se.ludwig.lub.lu.se/document/527860/3?versid=146-1-2005#SFS1974-0152_N357 Besöktes 2012-05-22.

3 kap. KL innehåller vidare bestämmelser om vilka uppgifter kommunfullmäktige har. 9 § anger bl.a. att kommunfullmäktige ska besluta om mål och riktlinjer för verksamheten, budget, skatt och andra viktiga ekonomiska frågor och nämndernas organisation och verksamhetsformer. Enligt andra stycket beslutar kommunfullmäktige också i andra frågor som anges i denna lag eller i annan författning. Det finns dock en möjlighet för kommunfullmäktige, i enlighet med tionde paragrafen, att delegera viss beslutandemakt till nämnderna. Sådana ärenden som räknas upp i 9 § första stycket får dock inte delegeras.⁴⁶

Nämndernas uppgifter är enligt 3 kap. 13 § KL att besluta i frågor som rör förvaltningen och i frågor som de enligt lag eller annan författning ska handha. Med andra ord har nämnderna en självständig beslutanderätt inom ramen för sin specifika förvaltande verksamhet. Utöver detta kan nämnderna också besluta i frågor som kommunfullmäktige har delegerat till dem. Sådana bemyndiganden intas vanligen i reglementena för nämnderna men det kan också förekomma att det ges genom särskilda delegationsbeslut. Vidare har nämnderna enligt 14 § till uppgift att bereda fullmäktiges ärenden och ansvara för att fullmäktiges beslut verkställs.⁴⁷

Som jag nämnt ovan är kommunstyrelsen en obligatorisk nämnd och därför gäller reglerna för nämnderna även för kommunstyrelsen. Utöver detta finns särskilda regler som endast gäller för kommunstyrelsen enligt 6 kap. 1-6 §§ och 8 kap. 6-7 §§ KL. Här framgår bl.a. att kommunstyrelsen intar en särställning genom att vara kommunens ledande förvaltningsorgan. Det är styrelsen som ska leda förvaltningen och ha uppsikt över de andra nämnderna. Uppsiktsplikten är i princip begränsat till rätten att göra påpekanden, lämna råd och anvisningar samt, om dessa inte följs, påkalla ingripande av fullmäktige om fullmäktige har befogenhet till detta. Styrelsen kan däremot inte besluta i annan nämnds ställe, stoppa verkställigheten av åtgärder som annan nämnd har beslutat eller ingripa i den särskilda myndighetsutövningen som kan ankomma på de specialreglerade nämnderna.⁴⁸

Kommunstyrelsen är vidare enligt 6 kap. 6 § KL i första hand det processbehöriga organet för kommunen. Styrelsen kan alltså som huvudregel själv eller genom ombud föra talan i alla mål och ärenden utom då någon annan ska göra det på grund av lag eller annan författning eller beslut av fullmäktige. Enligt särskilda bestämmelser finns det dock undantag från huvudregeln. Exempel på detta är att det ankommer på byggnadsnämnden att ansöka om handräckning hos Kronofogden när någon vidtagit en byggnadsåtgärd utan erforderligt bygglov, enligt 11 kap. 8 och 39 §§ PBL. Fullmäktige kan inskränka styrelsens processbehörighet,

⁴⁶ Se Bohlin, Alf *Kommunalrättens grunder* s. 38 ff.

⁴⁷ Se Bohlin, Alf *Kommunalrättens grunder* s. 44 ff.

⁴⁸ Se proposition 1975/76:187 *Om kommunal demokrati, ny kommunallag m.m.* s. 432.

antingen generellt eller genom beslut för ett särskilt fall. Fullmäktige kan också återkalla en talan som styrelsen har inlett.⁴⁹

3.3.2 Om kommunalrättsliga organisationsformer för samverkan

Kommuner och landsting kan samarbeta i de offentligrättsliga organisationsformerna kommunalförbund och gemensam nämnd och det är dessa som jag ämnar beskriva i detta avsnitt. Det finns också en annan offentligrättslig organisationsform så kallade samordningsförbund för finansiell samordning av rehabiliteringsinsatser. I ett sådant förbund samverkar normalt ett landsting och minst en kommun samt de statliga myndigheterna Försäkringskassan och Arbetsförmedlingen. På grund av uppsatsens begränsade omfattning kommer jag inte att belysa det vidare i detta avsnitt.⁵⁰

Ett kommunalförbund är en form för samverkan som kommuner och landsting kan använda för praktiskt taget vilken kommunal angelägenhet som helst. Kommunalförbundet är en offentligrättslig juridisk person och som till skillnad från den gemensamma nämnden är fristående i förhållande till sina medlemskommuner. Själva tanken med ett kommunalförbund är att kommuner lägger över sådan kommunal verksamhet som man vill samverka om på ett kommunalförbund. Kommunalförbundet övertar uppgifter från sina medlemmar och blir huvudman för verksamheten med egen budget och räkenskaper. Förbundet har ingen beskattningsrätt men har rätt att debitera medlemmarna för sina kostnader. Medlemmarna har kvar ett yttersta ekonomiskt ansvar för verksamheten och är skyldiga att täcka brister när förbundet saknar tillgångar för att betala sina skulder.⁵¹

Regleringen av ett kommunalförbund finns numera⁵² framför allt i 3 kap. 20-29 §§ KL. Här framgår bl.a. att KL:s regler gäller för ett kommunalförbund om inget annat följer av bestämmelserna om kommuner och landsting enligt KL. Det framgår också att de bestämmelser i lagar eller andra författningar som avser en kommuns eller ett landstings verksamhet gäller fullt ut även när verksamheten har överlämnats till ett kommunalförbund. Detta innebär att bestämmelserna i speciallagstiftningen om kommuner och landsting ska tillämpas på ett kommunalförbund. Exempelvis ska räddningstjänstlagstiftningen tillämpas på räddningstjänstförbund och skollagstiftningen på ett gymnasieförbund. Kommunalförbundet ska ha en förbundsordning med vissa minikrav på innehållet i enlighet med 3 kap. 28 § KL. Förbundsordningen kan till stor

⁴⁹ Se proposition 1990/91:117 *Om en ny kommunallag* s. 196.

⁵⁰ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s. 157.

⁵¹ Se SKL *Kommunala samverkansformer* s. 80.

⁵² Före den 1 januari 1998 fanns reglerna i lagen (1985:894) om kommunalförbund.

del utformas och anpassas till det aktuella fallet och är ett mycket viktigt instrument för regleringen av förbundets förhållanden.⁵³

Samverkan mellan kommuner och landsting kan också ske genom att en gemensam nämnd inrättas i enlighet med 3 kap. 3a-3c §§ KL. Antalet gemensamma nämnder var förr mycket lågt men i februari 2007 fanns 69 gemensamma nämnder i landet. Möjligheten att bilda en gemensam nämnd mellan kommun och landsting har också utvidgats genom lagen (2003:192) om gemensam nämnd inom vård- och omsorgsområdet. En gemensam nämnd anses svara mot ett behov att kunna samverka över kommungränsen i ett offentlighetsrättsligt organ. Alla samverkande parter behåller också ett reellt politiskt inflytande över den verksamheten som nämnden bedriver. Enligt 3 kap. 3b § ska vad som gäller för en nämnd enligt denna lag ska, om inget annat sägs, också gälla för en gemensam nämnd.⁵⁴

Den gemensamma nämnden tillsätts av en av de samverkande kommunerna eller landstingen och ingår då i dennes organisation. Någon ny juridisk person bildas därför inte. Den gemensamma nämnden blir att se som en företrädare för de samverkande huvudmännen och ingår avtal för deras räkning. Det är alltså de samverkande kommunerna och landstingen som ska se till att de civilrättsliga avtalen följs. Om någon utomstående vill rikta civilrättsliga krav på grund av ett avtal som ingåtts mellan honom och de samverkande kommunerna är det dessa, och inte den gemensamma nämnden, som är dennes motparter. En gemensam nämnd kan inte fatta beslut, ingå avtal eller anställa personal i eget namn. Sådana beslut fattas av den kommun eller landsting som tillsatt nämnden men sker på samtliga huvudmäns vägnar.⁵⁵

Just när det gäller den gemensamma nämndens ställning tycker jag att det är intressant att se att SKL anser att förarbetenas uttalande om relationen till huvudmannen och till utomstående bygger på en felsyn. Den gemensamma nämnden har samma möjlighet att ingå avtal eller anställa personal med mera som vilken annan kommunal nämnd som helst i värdkommunen. Några särregler har inte införts på denna punkt och det behövs inte heller. Om en utomstående vill rikta civilrättsliga krav på grund av avtal som den gemensamma nämnden ingått, har han att hålla sig till enbart värdkommunen. Det är en helt annan sak att värdkommunen i vissa lägen kan tänkas ha regressrätt mot övriga samverkande kommuner och på det sättet inta en särställning som mellankommande part i en civilprocess.⁵⁶

En gemensam nämnds behörighet och befogenhet ska närmare preciseras i en överenskommelse mellan de berörda kommunerna, enligt 3 kap. 3c § KL. I detta reglemente bör det framgå vilket syftet är med samverkan, dess

⁵³ Se SKL *Kommunala verksamhetsformer* s. 85 och 157 f.

⁵⁴ Se SKL *Kommunala verksamhetsformer* s. 66 och 69.

⁵⁵ Se proposition 1996/97:105 *Kommunal samverkan* s. 38 f.

⁵⁶ Se SKL *Kommunala verksamhetsformer* s. 69. Särregler för den gemensamma nämnden finns dock om revision och ansvarsfrihet, se 9 kap. 2 § tredje stycket och 5 kap. 25a § fjärde stycket KL.

omfattning, verksamhetens finansiering, prestationskrav på verksamheten samt administrativa frågor.⁵⁷ Enligt 6 kap. 32 § andra stycket KL ska reglementet antas av kommunfullmäktige i var och en av de samverkande kommunerna.

3.3.3 Om kommunala aktiebolag

Det kommunala aktiebolaget är ett aktiebolag precis som andra juridiska personer av samma slag. Därför gäller ABL:s regler även för det kommunala aktiebolaget utom i de fåtal fall där det finns associationsrättsliga särregler för kommunala företag. Ett exempel på en sådan särregel är undantag ifrån låneförbudet i 21 kap. 2 § ABL. KL:s regler är ändå mycket viktiga eftersom det där bl.a. anges under vilka förutsättningar ett kommunalt företag får bildas och vissa åtgärder som måste vidtas av kommunfullmäktige när det rör sådana företag. Det finns också vissa specialregler för kommunala företag som bedriver vissa typer av verksamhet, se bl.a. ellagen (1997:857) och lagen (2010:879) om allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag.⁵⁸ Jag har ovan nämnt lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter och den är viktig eftersom den i vissa avseende ökar befogenheterna i förhållande till vad som gäller enligt KL för ett kommunalt företag. I 1 kap. 2-3 § och 3 kap. 3-5 §§ lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter framgår exempelvis att verksamheten får drivas på affärsmässiga grunder. Det handlar alltså om ett undantag från förbudet mot spekulativ verksamhet, självkostnadsprincipen och lokaliseringsprincipen i KL.⁵⁹

De grundläggande förutsättningarna för att bedriva verksamhet i privaträttsliga former finns i 3 kap. 16-18 §§ KL. 16 § nyss nämnda lag och kapitel utgår ifrån att den verksamhet som företaget ska ägna sig åt faller inom ramen för den kommunala kompetensen enligt 2 kap. KL. Det är därför självklart att om kommunen inte själv får befatta sig med en viss uppgift får inte heller utföras av ett kommunalt företag. När det är klart att det rör sig om en kommunal angelägenhet är huvudregeln att vården av denna kan lämnas över till exempelvis ett aktiebolag. Till denna huvudregel finns det dock två undantag där det ena avser angelägenheter som ska handhas i en särskild ordning. Sådana regler finns exempelvis i SoL (2001:453) och hälso- och sjukvårdslagen (1982:763). Det andra undantaget i 16 § avser förvaltningsuppgifter som innefattar myndighetsutövning. För att vården av myndighetsutövning ska kunna lämnas över till ett företag krävs stöd i lag, se 12 kap. 4 § RF. Sådant lagstöd finns exempelvis i lagen

⁵⁷ Se proposition 1996/97:105 *Kommunal samverkan* s. 98.

⁵⁸ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s. 221.

⁵⁹ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s. 371 f.

(1987:24) om kommunal parkeringsövervakning och i skollagen (2010:800).⁶⁰

I det fall då vården av en kommunal angelägenhet överlämnas till ett aktiebolag eller en stiftelse som helt kontrolleras av kommunen eller landstinget ska 3 kap. 17 § KL tillämpas. I detta fall handlar det om att kommunen innehar direkt eller indirekt samtliga aktier i aktiebolaget eller ensamt har bildat styrelsen. När ett sådant överlämnande sker ska fullmäktige se till att vissa garantier upprätthålls så att bolaget driver kompetensenlig verksamhet och att kommunen får ett inflytande över verksamheten. Enligt paragrafens första stycke första punkten ska fullmäktige först och främst fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten. I detta finns ett krav på att det i bolagsordningen görs en ändamålsbestämning av verksamheten som är förenlig med kommunrätten. Detta hänger ihop med att det måste finnas garantier för att det kommunala bolagets verksamhet inte sträcker sig utanför den kommunala kompetensen. Ett annat, ur kontrollsynpunkt, viktigt krav är att fullmäktige utser samtliga styrelseledamöter i bolaget i enlighet med paragrafens andra punkt. Bolagsordningen ska innehålla en bestämmelse om detta. Enligt paragrafens tredje punkt ska fullmäktige även ta ställning till beslut som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt för verksamheten, innan bolaget beslutar i frågan. Det kan exempelvis röra sig om beslut att bilda ett dotterbolag, ändra i aktiekapitalet eller fusion av företag. Enligt paragrafens andra stycke ska fullmäktige utse minst en lekmannarevisor i aktiebolaget som ska kontrollera den kommunala verksamheten i bolaget.⁶¹

En annan möjlighet för kommunen är att samverka med andra aktörer i sitt ägande av den juridiska personen. I det fallet gäller istället 3 kap. 18 § KL för kommunen vid ett sådant delägt kommunalt bolag. Av denna paragraf följer att kommunfullmäktige ska tillse att den juridiska personen blir bunden av de villkor som anges i 3 kap. 17 § KL i en omfattning som är rimlig med hänsyn till andelsförhållandena, verksamhetens art och omständigheterna i övrigt.⁶²

I de fall där det finns flera delägare i det kommunala aktiebolaget, men också om kommunen är enda delägaren, kan olika former av styrinstrument bli aktuella. Enligt 3 kap. ABL ska en bolagsordning alltid finnas i aktiebolaget och innehålla vissa obligatoriska delar. Bolagsordningen ska vara registrerad hos Bolagsverket och är offentlig där. Ett annat styrinstrument är aktieägardirektiv, även kallat stämmodirektiv, och då dessa är vanliga inom den kommunala bolagsvärlden vill jag belysa detta. Med aktieägardirektiv menas anvisningar till verkställande direktör eller styrelse som beslutas av bolagsstämman. Direktivet är bindande så länge det inte strider mot ABL, bolagsordningen eller lagen om årsredovisning enligt 8 kap. 41 § ABL. Aktieägardirektiv ska skiljas från begrepp som

⁶⁰ Se Bohlin, Alf *Kommunalrättens grunder* s. 63 ff. Och SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s. 222.

⁶¹ Se Bohlin, Alf *Kommunalrättens grunder* s. 66 ff.

⁶² Se Bohlin, Alf *Kommunalrättens grunder* s. 71.

företagspolicy och liknande eftersom sådana riktlinjer antas i fullmäktige. Fullmäktige är ett beslutande organ utanför bolaget och därför har företagspolicy och liknande ingen rättslig verkan mot aktiebolaget. I ett ägardirektiv regleras till exempel:

- Bolagets verksamhetsföremål och ändamål för att precisera vad som står i bolagsordningen.
- Hur kommunstyrelsens uppsiktsplikt ska utformas i förhållande till bolagets verksamhet.
- Vilka frågor som fullmäktige ska beredas tillfälle att ta ställning till.
- Vilka frågor som ska vara förbehållna bolagsstämman.
- Vilken informationsskyldighet bolaget har gentemot kommunen.
- Bolagets skyldigheter att lämna uppgifter för kommunens redovisning.
- Bolagets skyldighet att upprätta budget och handlingsprogram.
- Vilka avkastningskrav ägaren ställer.
- Hur bolagets ska samordna upphandling, upplåning och eventuellt vara anslutet till koncernkonto.
- Om särskilda krav ställs på förvaltningsberättelsens innehåll.

I helägda kommunala bolag handlar ägardirektivet ofta om att samordna bolaget med den övriga verksamheten i kommunen.⁶³

Numera är det vanligt att det finns aktiebolagsrättsliga koncerner i den kommunala organisationen. Därför vill jag lite kort belysa detta ur ett kommunalrättsligt perspektiv. Enligt 1 kap. 11 § ABL uppstår en koncern när ett aktiebolag har ett bestämmande inflytande över ett eller flera aktiebolag. Ett sådant relevant bestämmande inflytande kan uppstå genom att aktiebolaget 1) innehar mer än hälften av rösterna för samtliga aktier i det andra aktiebolaget, 2) äger aktier samt genom avtal förfogar över mer än hälften av samtliga röster i det andra aktiebolaget, 3) äger aktier och har rätt att utse eller avsätta mer än hälften av samtliga styrelseledamöter i det andra aktiebolaget eller 4) äger aktier och har rätt att ensamt utöva ett bestämmande inflytande över det andra aktiebolaget på grund av föreskrifter i detta bolags bolagsordning. En koncern uppkommer också om aktiebolaget tillsammans med andra aktiebolag i samma koncern uppfyller kraven i de tre första punkterna. I och med att en koncern uppkommer kommer ABL:s koncernregler att bli tillämpliga. Koncernreglerna omfattar i stort regler som ska möjliggöra en rättvisande redovisning i koncernen som helhet. Den information som dotterbolaget ska överlämna till moderbolaget ska motsvara den information som moderbolaget i sin tur ska överlämna till kommunen enligt de kommunala redovisningsreglerna.⁶⁴

⁶³ Se SKL *Kommunala samverkansformer* s. 41 och 45 f och Stattin, Daniel *Kommunal aktiebolagsrätt* s. 44. Jag vill här också lyfta fram SKL:s publikation *Principer för styrning av kommun- och landstingsägda bolag Erfarenhet och idéer* för den nyfikne läsaren. Här återfinns principer och värdegrund som SKL förespråkar i kommunala och landstingskommunala bolag.

⁶⁴ Se Stattin, Daniel *Kommunal aktiebolagsrätt* s. 50 f.

Vissa kommunala aktiebolag jämföras enligt 2 kap. 3 § OSL med myndigheter när det gäller regler om handlingsoffentlighet och sekretess. Med andra ord gäller samma regler för de kommunala aktiebolag, där kommunen utövar ett rättsligt bestämmande inflytande över aktiebolaget, som i den kommunala förvaltarorganisationen. I förarbetena⁶⁵ framkommer det att anledningen till att vissa kommunala aktiebolag jämförades med myndigheter var att det ansågs lämpligt ur en kommunaldemokratisk mening att samma regler skulle gälla oavsett vilken verksamhetsform kommunen valt. En kommun eller ett landsting ska enligt nyss nämnda paragraf anses utöva ett rättsligt bestämmande inflytande över aktiebolaget 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 förfogar över så många röster i bolaget eller föreningen eller har rätt att utse eller avsätta mer än hälften av ledamöterna i styrelsen för ett aktiebolag, en ekonomisk förening eller en stiftelse. Det rättsliga bestämmande inflytandet kan också utövas indirekt. I de fall där en kommun inte anses utöva rättsligt bestämmande inflytande över aktiebolaget gäller istället 3 kap. 18 § KL, vilken anger att kommunen i det fallet ska verka för att allmänheten ska få insyn på samma grunder som gäller för myndigheter. Kommunen ska också enligt 3 kap. 19a § KL beakta allmänhetens intresse av att få information om verksamheter som överlämnas på entreprenad, när avtalen med entreprenören skrivs.⁶⁶

Här är det intressant att diskutera hur begreppet rättsligt bestämmande inflytande i OSL förhåller sig till det ena Teckal-kriteriet: kontrollkriteriet. Jag har dessvärre inte hittat någon sådan diskussion vare sig i OFUKI-utredningen eller i regeringens proposition 2011/12:106.⁶⁷ Kontrollkriteriet anses ju vara uppfyllt om den upphandlande myndigheten har en sådan kontroll över den fristående enheten som motsvarar den kontroll som myndigheten själv har över den egna verksamheten. Som jag uppfattar kontrollkriteriet skulle det som krävs för att kommunen i OSL: s mening ska kunna utöva rättsligt bestämmande inflytande, kunna vara omständigheter som kan tala för att kontrollkriteriet skulle kunna vara uppfyllt gentemot ett hel- eller delägt aktiebolag.

De praktiska effekterna av att ett kommunalt aktiebolag, i vissa fall, jämföras med en myndighet är bl.a. att aktiebolaget har en skyldighet att diarieföra inkommande och upprättade handlingar. Aktiebolaget torde också ha en skyldighet att pröva begäran om utlämnande av allmänna handlingar på samma sätt som en myndighet. Reglerna om handlingsoffentlighet kompletteras med regler om sekretess i 19 kap. 1 § och 31 kap. 16 § OSL

⁶⁵ Se proposition 1993/94:48 *Handlingsoffentlighet hos kommunala företag* s. 16 ff.

⁶⁶ Se Stattin, Daniel *Kommunal aktiebolagsrätt* s. 140 ff., SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*, s. 563 ff. och proposition 2011/12:106 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s. 90 ff.

⁶⁷ Däremot tar både OFUKI-utredningen och regeringen i proposition 2011/12:106 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* upp reglerna om offentlighet och sekretess i kommunala aktiebolag.

för kommunala aktiebolags ekonomiska intressen och om enskildas förhållanden när enskilda träder i förbindelse med kommunala aktiebolag.⁶⁸

⁶⁸ Se Stattin, Daniel *Kommunal aktiebolagsrätt* s. 140 ff.

4 In house - verksamhet

4.1 Verksamhet i egen regi

Som jag nämnt ovan under 1.1 behöver den kommunala myndigheten inte nödvändigtvis konkurrensutsätta driften av en kommunal angelägenhet. Den kommunala myndigheten kan välja att driva verksamheten i egen regi och detta kallas i upphandlingssammanhang för in house-verksamhet. I svensk rätt grundar sig denna valfrihet inte direkt på en uttrycklig bestämmelse i LOU men det följer av att lagens tillämplighet förutsätter ett avtal mellan minst en upphandlande myndighet eller enhet och minst en leverantör, se 2 kap. 10 § LOU. Som jag förstår det kan en myndighet inte avtala med sig själv men däremot träffa överenskommelser mellan olika sektioner inom myndigheten. Här är det intressant att nämna RÅ 2009 ref. 43 som rörde frågan om det var riktigt av den upphandlande enheten att avbryta en påbörjad upphandling. Högsta förvaltningsdomstolen uttrycker bl.a. att en upphandlande myndighet har en upphandlingsskyldighet när den avser anskaffa en vara, tjänst eller en byggtreprenad. Det är först då den upphandlande myndigheten behöver öppna sig mot marknaden för att söka upp den konkurrens som finns. Enheten har själv rätt att avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en upphandling behöver avbrytas. Beslutet att avbryta en påbörjad upphandling måste dock grunda sig på sakliga godtagbara skäl. I detta fall ansågs det finnas sakliga godtagbara skäl till att avbryta upphandlingen då tjänsten som skulle upphandlas visade sig vara dyrare än vad enheten hade räknat med.⁶⁹

Unionsrätten sätter inte heller upp något krav på att den upphandlande myndigheten måste konkurrensutsätta en viss kommunal angelägenhet. Stödet för detta följer inte här heller direkt av någon artikel i det klassiska direktivet 2004/18/EG utan det följer av definitionen på begreppet offentligt kontrakt som jag redogjort för under 2.1.2. Även direktivets tillämplighet förutsätter att det rör sig om ett kontrakt mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i direktivet. EU-domstolen har i mål C- 26/03 Stadt Halle⁷⁰ gett uttryck för sin syn på verksamhet i egen regi, se punkt 48, enligt följande:

En offentlig myndighet som är en upphandlande myndighet har möjlighet att utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger denna med egna medel – administrativa, tekniska och andra – utan att behöva vända sig till externa enheter utanför sin organisation. I ett sådant fall kan det inte vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor som ingåtts med en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person. De gemenskapsrättsliga bestämmelserna angående offentlig upphandling ska då inte tillämpas.

⁶⁹ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s. 69 f.

⁷⁰ Mål C-26/03 *Stadt Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*

Domens resonemang avser tillämpningen av det äldre tjänstedirektivet, 92/50/EEG och dess definition av kontrakt. EU-domstolen har dock resonerat på likartade sätt avseende tillämpningen av det nu aktuella direktivet 2004/18/EG. Jag kommer att återkomma till dessa domar senare under kap. 5 i framställningen.⁷¹

4.2 Gränser för verksamhet i egen regi

Om den kommunala myndigheten nu väljer att bedriva verksamheten i egen regi blir nästa intressanta fråga var gränsen för verksamhet i egen regi egentligen går. Utgångspunkten är att det rör sig om in house- verksamhet när beställaren och utföraren finns inom samma juridiska person, med andra ord inom ramen för ett och samma rättssubjekt.⁷² Rättsläget i detta fall är ändock aningen oklart eftersom det i nationell praxis visats att det i vissa fall föreligger upphandlingsskyldighet mellan olika enheter inom samma juridiska person. NJA 2001 s.3 berörde frågan om skadeståndsskyldighet enligt då gällande lagen (1992:1528) om offentlig upphandling gentemot anbudsgivare när ett landsting avbrutit upphandlingsförfarande för att utföra verksamheten i egen regi. Högsta domstolen uttalade att lagen bygger på principen att det inte handlar om offentlig upphandling när en enhet själv väljer att utföra den aktuella tjänsten. Vidare hänvisar domstolen till förarbetet SOU 1999:139. I detta förarbete framkommer det att vid köp av varor och tjänster av en annan enhet inom samma juridiska person uppkommer inte en upphandlingssituation enligt dåvarande lagen om offentlig upphandling. En kommun, ett landsting och staten utgör var för sig en egen juridisk person. Enligt domstolen kan det dock diskuteras om ett sådant antagande är hållbart i alla lägen. När det handlar om offentlig verksamhet kan avtal⁷³ inom samma juridiska person ha en viss civilrättslig betydelse. Det kan också tänkas att enheterna är så fristående i förhållande till varandra att ett köp eller en annan liknande transaktion mellan dessa inte rimligen kan ses som egenregiverksamhet utan istället bör falla in under upphandlingsbegreppet. Skadeståndsskyldighet i det förevarande fallet förelåg inte enligt Högsta domstolens domskäl i det förevarande fallet.⁷⁴

Fram till 2007 fanns den statliga myndigheten NOU som hade till uppgift att utöva tillsyn över offentliga upphandlingar i Sverige. Sedan 2007 ligger

⁷¹ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s. 70 f.

⁷² Se Bergman, Mats m.fl. *Offentlig upphandling på rätt sätt och till rätt pris* s. 43 f.

⁷³ Jag är kritisk till domstolens resonemang i denna del. Som jag förstår det kan en myndighet inte avtala med enheter inom den egna juridiska personen eftersom det då skulle röra sig om att avtala med sig själv. Däremot kan enheter, t.ex. två olika nämnder, i en kommun som är en juridisk person ha överenskommelser mellan varandra. Skulle den ena parten, ena nämnden i detta fall, vilja stämma den andra nämnden i domstol för ej uppfyllda prestationer skulle en domstol högst troligen inte ta upp ett sådant mål eftersom det då skulle handla om att stämma sig själv.

⁷⁴ Se SOU 1999:139 *Effektivare offentlig upphandling för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt* s. 73 f.

detta ansvar på Konkurrensverket. En del av detta arbete var att avge yttranden och jag gör bedömningen att det kan ha betydelse även i detta sammanhang.⁷⁵ I yttrandet dnr 2003/0229-29 anförde NOU att domstolens resonemang i NJA 2001 s. 3 ovan skulle kunna tänkas vara tillämpligt då det är fråga om tilldelning av upphandlingskontrakt mellan enheter som är att betrakta som olika upphandlande enheter inom samma juridiska person. Avgörande för om en transaktion är att betrakta som offentlig upphandling torde enligt NOU vara hurvida tjänstens tillhandahållande eller varuleveransen förutsätter en civilrättslig avtalsreglering.

Kammarrätten i Stockholm har också avgjort ett, för min frågeställning, intressant mål⁷⁶. Även här berördes frågan om den statliga myndigheten Sida haft fog för att avbryta en påbörjad upphandling av ett utbildningsprogram. Beslutet att avbryta upphandlingen motiverades med att det mest fördelaktiga anbudet hade kommit från en annan statlig inrättning, kallad Fojo, och därför tillhör samma juridiska person som Sida. Kammarrätten däremot gjorde bedömningen att Fojo inom den juridiska personen intar en från Sida väsentlig annan roll och därför gentemot den upphandlande enheten en självständig funktion. Fojos utförande av uppdraget som Sida tilldelat dem kunde därför inte ses som verksamhet i Sidas egen regi.

I propositionen 2009/10:134⁷⁷ konstaterar regeringen att trots rättslägets något oklara läge så ger rättspraxis inte stöd för att upphandlingsrättsliga avtal normalt sett uppkommer mellan enheter inom en och samma juridiska person.

Unionsrätten ger inget klart svar på om det föreligger upphandlingsskyldighet vid transaktioner mellan olika enheter inom samma juridiska person.⁷⁸

⁷⁵ Se Konkurrensverket <http://www.kkv.se/t/Page.aspx?id=2096> Besöktes 2012-02-01

⁷⁶ Dom den 24 mars 2004 mål nr 139-04.

⁷⁷ Se proposition 2009/10:134 *Upphandling från statliga och kommunala företag* s. 45.

⁷⁸ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget ägt företag?! – och vissa andra frågor* s. 73.

5 EU-domstolens praxis om in house- undantaget

5.1 Inledning

Som jag redogjort för ovan i avsnitten 1.1 och 4.2 är utgångspunkten att upphandling normalt sett inte behöver ske vid transaktioner mellan olika enheter inom samma juridiska person vilket benämns in house-verksamhet. Genom Teckal-domen⁷⁹ och dess Teckal-kriterier har in house- verksamhet utvidgats till att i vissa fall omfatta fristående enheter utanför den juridiska personen. Om den fristående enheten har ett visst samband med den upphandlande myndigheten krävs alltså inte upphandling vid ett anskaffande mellan dessa parter, i enlighet med in house-undantaget.⁸⁰ Teckal-kriterierna har sedan utvecklats och preciserats i ett tjugotal domar från EU-domstolen. Till viss del rör det sig om rättsregler som ständigt utvecklas och mer och mer klargör gränserna för utvidgningen av in house-undantaget.⁸¹

När det gäller svensk praxis av tillämpningen av undantaget är läget annorlunda. Jag har inte funnit någon svensk praxis som behandlar just tillämpningen av det temporära undantaget i 2 kap. 10a § LOU och Teckal-kriterierna. Däremot är SYSAV-domarna⁸² mycket uppmärksammade. När det avgjordes fanns det inget uttryckligt undantag i då gällande LOU och därför menade Högsta förvaltningsdomstolen att det inte var möjligt att tillämpa Teckal-kriterierna. Som en konsekvens av detta infördes det temporära undantaget i 2 kap. 10a § LOU.⁸³ Rättsfallet ger dock inget förklaringsvärde för det ena Teckal-kriteriet, kontrollkriteriets, tillämpning i och för sig i svensk rätt.⁸⁴

5.2 Teckal-domen

Twisten i den nationella domstolen handlade om att kommunstyrelsen i Viano beslutade att anförtro handhavandet av uppvärmningen av vissa kommunala byggnader åt företaget AGAC utan något som helst

⁷⁹ Mål C-107/98 *Teckal Srl mot Comune di Viano och Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*.

⁸⁰ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget ägt företag?! – och vissa andra frågor* s. 75.

⁸¹ Se Pedersen, Kristian *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna* s. 42.

⁸² RÅ 2008 ref. 26.

⁸³ För mera utförlig beskrivning av det temporära undantaget se dess förarbeten Ds 2009:36 *Upphandling från statliga och kommunala företag* och proposition 2009/10:134 *Upphandling från statliga och kommunala företag*.

⁸⁴ Se Stattin, Daniel *Teckal-kriteriernas kontrollrekvisit* Uppsala Faculty of Law Working Paper 2010:7 s. 12.

anbudsförfarande (punkt 17). Teckal är ett privat företag som är verksamt inom uppvärmningsbranschen. Företaget levererar bl.a. eldningsolja till privatpersoner och offentliga inrättningar som den dessförinnan köpt hos produktionsföretag (punkt 21). Teckal väckte talan vid den nationella domstolen och gjorde gällande att Vianos kommun skulle ha använts sig av ett förfarande för offentlig upphandling som föreskrivs i gemenskapsrätten (punkt 22). Den nationella hänskjutande domstolen vill få ett förhandsavgörande av EU-domstolen för att få klarhet i om de gemenskapsrättsliga föreskrifterna inom området för offentlig upphandling är tillämpliga i fallet då en statlig, regional eller lokal myndighet anförtror leveranser av produkter och tillhandahållandet av tjänster till en sammanslutning som den själv tillhör i en sådan situation som är aktuell i målet vid den nationella domstolen (punkt 35 och 36).

EU – domstolen tar ledning i det då gällanden direktiven 93/36/EEG⁸⁵ och direktiv 92/50/EEG⁸⁶. För att kunna fastställa om den omständigheten att en lokal myndighet anförtror leveransen av produkter till en sammanslutning som den själv deltar i måste leda till ett upphandlingsförfarande enligt direktiv 93/36, måste det först undersökas om denna tilldelning utgör en offentlig upphandling av varor (punkt 41). EU-domstolen finner också skäl att erinra om att de enda undantag från tillämpningen av direktiv 93/36 som är tillåtna är de undantag som uttömmande och uttryckligen är angivna i denna bestämmelse (punkt 43). EU-domstolen konstaterar att det handlar om ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor mellan Vianos kommun och AGAC och det utgör en offentlig upphandling av varor (punkt 46-48). Enligt EU-domstolen är det i princip tillräckligt att avtalet sluts 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 personen bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla (punkt 50). Här framkommer Teckal-kriterierna med kontroll- och verksamhetskriteriet.

5.3 Utvecklande rättspraxis

In house- undantaget och Teckal-kriterierna har bekräftats i en rad efterkommande domar. I Asemfo-domen⁸⁷ (punkt 55) framgår att det finns en fast rättspraxis. Enligt direktiven om offentlig upphandling krävs det inte någon anbudsinfordran, även om avtalspartnern är en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person, om två villkor är

⁸⁵ Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor.

⁸⁶ Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

⁸⁷ Mål C-295/05 *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) mot Transformación Agraria SA (Tragsa) och Administración del Estado*.

uppfyllda. Den myndighet som är upphandlande myndighet ska utöva en kontroll över den fristående enheten motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning, och denna enhet ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den (punkt 50). Här anges också en rad andra avgörande som stöd för denna rättspraxis och jag kommer att kommentera några av dessa fall.

Även i kommissionen mot Tyskland⁸⁸ (punkt 34) hänvisas det till rättspraxis som ger stöd för att anbudsinfordran inte är obligatoriskt när en offentlig myndighet som är en upphandlande myndighet utövar kontroll över den separata berörda enheten på samma sätt som den utövar kontroll över sin egen verksamhet, förutsatt att detta organ utför huvuddelen av sin verksamhet med den myndigheten eller andra lokala eller regionala myndigheter.

I *Stadt Halle*-domen⁸⁹ framkommer också liknande resonemang. Anbudsinfordran är inte obligatorisk om den offentliga myndigheten, som är en upphandlande myndighet utövar en kontroll över den fristående enheten i fråga som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet och denna enhet utför huvuddelen av sin verksamhet för den upphandlande myndigheten som äger enheten. Det ska erinras om att den fristående enheten i nämnda mål ägdes helt av offentliga myndigheter. Att privata företag ingår som delägare, om än i minoritetsställning, i ett bolag som även till viss del ägs av den upphandlande myndigheten i fråga utesluter däremot i alla händelser att denna upphandlande myndighet kan utöva en kontroll över bolaget som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet (punkt 49).

Trots att det finns utvecklande rättspraxis finns det vissa oklarheter. Detta beror till stor del på de olika språkversionerna av domarna. En första oklarhet berör formuleringen fristående juridisk person eller fristående enhet. I flera av EU-domstolens domar har *in house*- undantaget formulerats att gälla för avtal med en fristående juridisk person. Se t.ex. mål C-107/98 *Teckal* (punkt 50), mål C-26/03 *Stadt Halle* punkt 49 och mål C-295/05 *Asemfo* (punkt 55). I bl.a. dessa mål används också termen fristående enhet istället eller vid sidan om termen fristående juridisk person. Dessa både termer används på rättegångsspråken italienska, spanska, tyska, franska och engelska. Mot denna bakgrund av användandet av de olika termerna i EU-domstolen menar OFUKI-utredningen att *in house*- undantaget inte begränsar sig till anskaffning från juridiska personer utan också kan tillämpas på anskaffning från andra formellt fristående enheter.⁹⁰

⁸⁸ Mål C-480/06 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland*.

⁸⁹ Mål C-26/03 *Stadt Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*

⁹⁰ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s. 79 f.

I den svenska språkversionen av EU-domstolens avgöranden anges att den fristående enheten ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den. Se t.ex. mål C-107/98 Teckal (punkt 50), mål C-340/04 Carbotermo (punkt 33) och mål C-295/05 Asemfo (punkt 55). I den svenska versionen av domen i mål C-29/04 kommissionen mot Österrike punkt 34 förekommer uttrycket den eller de upphandlande myndigheter som äger enheten. Samtidigt har det i rättegångsspråken ibland förekommit andra formuleringar där inte direkt ägande uttalas. I vissa fall har domstolen uttryckt det på ett sätt som innebär att huvuddelen av verksamheten ska bedrivas tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den. Sammantaget anser OFUKI-utredningen att de olika språkversionerna ger intrycket av att in house-undantaget inte förutsätter att den eller de upphandlande myndigheterna som kontrollerar den fristående enheten äger eller på annat sätt innehar den. Däremot kan det bli svårare att uppnå tillräcklig kontroll om det saknas ägandeskap mellan den upphandlande myndigheten och den fristående enheten.⁹¹

5.4 Kontrollkriteriet

5.4.1 EU-rättslig praxis där kontrollkriteriet ej ansetts uppfyllt

Stadt Halle-domen⁹² tar sin grund i att Stadt Halle genom ett beslut i stadsfullmäktige tilldelat RPL Lochau uppdraget att utarbeta ett projekt avseende avfallshantering utan föregående upphandling (punkt 14). PRL Lochau ägs till 75,1 procent av Stadtwerke Halle GmbH som i sin tur till 100 procent ägs av Stadt Halle. Resterande 24,9 procent ägs av ett privat aktiebolag (punkt 15). Domstolen poängterar här att ett privat företag ingår som delägare, om än i minoritetsställning, i ett bolag som även till viss del ägs av den upphandlande myndigheten i fråga utesluter i alla händelser att den upphandlande myndigheten kan utöva en kontroll över bolaget som kan motsvara den som den utövar över sin egen verksamhet (punkt 49). Här poängteras också att den upphandlande myndigheten och dess verksamhet styrs av mål för att eftersträva ett allmänintresse medan privata investeringar i företag styrs av specifika privata intressen (punkt 50). Att tilldela ett kontrakt till ett halvoffentligt bolag utan anbudsförfarande skulle undergräva en rad gemenskapsrättsliga principer (punkt 51).

⁹¹ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s. 81 f.

⁹² Mål C-26/03 *Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*.

Carbotermo-domen⁹³ berör ett företag nämnt AGESP Holding SpA vars aktiekapital till 99,98 procent ägs av kommunen Busto Arsizio. Övriga aktieägare är några andra italienska kommuner som äger en aktie vardera (punkt 10). Kommunen Busto Arsizio inledde ett anbudsförfarande, där ett av de klagande företagen lämnade ett anbud, men avbröt efter en tid anbudsförfarandet (punkt 21-23). Istället tilldelade kommunen kontraktet till AGESP Holding SpA direkt eftersom kommunen menade att Teckal-kriterierna var uppfyllda i detta fall (punkt 25). Domstolen menar att den omständigheten att den upphandlande myndigheten ensam eller tillsammans med andra offentliga myndigheter äger hela aktiekapitalet i det bolag som tilldelats kontraktet tyder som regel på, utan att vara av avgörande betydelse för bedömningen, att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över detta bolag motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, iden mening som avses i punkt 50 i Teckal-målet (punkt 37). I AGESP Holding SpA:s stadgar framgår det inte att kommunen har någon särskild kontrollbefogenhet eller rösträtt och kommunens möjlighet att påverka bolaget i dess beslut är begränsat (punkt 38). Kommunens inflytande över bolagets beslut utövas genom ett holdingbolag. Ett sådant mellanled kan under omständigheterna i detta fall försvaga den kontroll som den upphandlande myndigheten utövar till följd av aktieinnehavet (punkt 39). Domstolen kommer därför fram till att kontrollkriteriet inte är uppfyllt i detta fall (punkt 40).

Parking Brixen GmbH- domen⁹⁴ berör kommunen Brixen som vänt sig till Stadtwerke Brixen, ett särskilt företag som ägdes av kommunen, avseende tillhandahållandet av vissa lokala offentliga tjänster som omfattades av dess behörighet (punkt 12). Stadtwerke Brixen är ett företag och en juridisk person med eget ekonomiskt ansvar. Det utgjorde ett kommunalt organ som bildats särskilt för att kunna tillhandahålla lokala offentliga tjänster på ett enhetligt och integrerat sätt (punkt 13). Genom ett beslut gav kommunstyrelsen företaget Stadtwerke Brixen i uppdrag att bygga och driva en offentlig simhall (punkt 21). Vid bedömningen om det är möjligt att tillämpa kontrollkriteriet ska samtliga relevanta lagbestämmelser och omständigheter beaktas. Av undersökningen ska det framgå att den ifrågasvarande enheten underställs en kontroll som gör det möjligt för den offentliga myndigheten att påverka de beslut som fattas av nämnda enhet. Det ska vara frågan om en möjlighet till avgörande påverkan på såväl strategiska mål som viktiga beslut (punkt 65). Enligt domstolen finns det vissa omständigheter som gör att det är osäkert om kommunen kan utöva kontroll i detta specifika fall. Till och börja med har det skett en omvandling av Stadtwerke Brixen från ett av kommunens särskilda företag till ett aktiebolag och karaktären av denna bolagstyp. Det har också skett en utvidgning av verksamhetsföremålet då bolaget inlett verksamhet på nya områden. Det ska inom kort bli möjligt för utomstående att köpa aktier i bolaget. Bolagets verksamhetsområde utvidgas till hela Italien och till

⁹³ Mål C-340/04 *Carbotermo SpA och Consorzio Alisei mot Comune di Busto Arsizio och AGESP SpA*.

⁹⁴ Mål C-458/03 *Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen och Stadtwerke Brixen AG*.

utlandet. Väsentliga befogenheter har tilldelats styrelsen utan att kommunen i princip utövar någon förvaltningskontroll (punkt 67). Domstolen drar därför slutsatsen att denna enhet har ett så stort utrymme för självständighet och den offentliga myndigheten utövar inte en sådan kontroll över den fristående enheten som motsvarar den som den utövar över sin verksamhet (punkt 70).

Coname-domen⁹⁵ tar sin grund i att Cingia de Botti kommun tilldelade ett kontrakt till företaget Padania utan något anbudsförfarande. Kommunen äger 0.97 procent av bolagets kapital och en rad andra kommuner i den aktuella provinsen äger också andelar i företaget (punkt 5). Motiveringen i detta fall till att kontrollkriteriet inte är uppfyllt är att Padania till viss del är privatägd. Det kan således inte anses som en organisation för intern administration av offentlig tjänst för de kommuner som innehar andelar i Padania (punkt 25-27).

Mål kommissionen mot Österrike⁹⁶ tar sin utgångspunkt i att kommunen Mödling bildade en fristående juridisk person som skulle utföra uppgifter inom avfallsområdet. Bolagets kapital kontrollerades till fullo av kommunen och fick exklusiv rätt att bortskafter avfallet från kommunen (punkt 6-8). Efter en tid beslutade kommunen att överlåta 49 procent av aktierna till ett annat bolag (punkt 9). Domstolen bekräftar Stadt Halle-domen ovan och sträcker sig så långt att trots att kontraktet om avfallshantering tilldelats bolaget när kommunen var enda aktieägare uppfylls inte kontrollkriteriet i detta fall (punkt 44-50).

ANAV-domen⁹⁷ berör en kommun som tilldelat ett kontrakt avseende allmänna transporttjänster till ett helägt aktiebolag (punkt 8-11). Domstolen poängterar att det inte finns något hinder för nationell lagstiftning som medger en upphandlande myndighet att direkt tilldela ett kontrakt till ett bolag som myndigheten äger samtliga aktier förutsatt att gemenskapsrättens krav uppfylls (punkt 25). Just i detta fall fanns det dock en osäkerhet om nya privata investerare skulle komma in i bolaget och då skulle kommunen inte längre vara helägt av kommunen (punkt 30). Därför tog domstolen inte ställning till om kontrollkriteriet under just dessa omständigheter var uppfyllt utan bekräftade mest tidigare praxis (punkt 33).

5.4.2 EU-rättslig praxis där kontrollkriteriet ansetts uppfyllt

Asemfomålet⁹⁸ är ett exempel på när kontrollkriteriet ansetts uppfyllt av EU-domstolen. Tragsa är ett statligt bolag som till sin helhet ägs av spanska staten (punkt 12). Ett annat företag, Asemfo, ingav klagomål till spanska

⁹⁵ Mål C-231/03 *Conorzio Aziende Metano (Coname) mot Comune di Cingia de' Botti*.

⁹⁶ Mål C-29/04 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Österrike*.

⁹⁷ Mål C-410/04 *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) mot Comune di Bari och AMTAB Servizio SpA*.

⁹⁸ Mål C-295/05 *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) mot Transformación Agraria SA (Tragsa) och Administración del Estado*.

konkurrensmyndigheten och menade att Tragsa utnyttjade sin dominerande ställning på marknaden eftersom bolaget inte genomförde anbudsförfarande vid offentlig upphandling (punkt 17). Tragsa ska utföra de beställningar som bolaget tilldelas av den allmänna statsförvaltningen (punkt 50). I målet framkommer att Tragsa till 99 procent ägs av den spanska staten direkt eller genom holdingbolag och garantifonder och att fyra autonoma gemenskaper med varsin andel äger en procent av aktiekapitalet. Men som framgått i bl.a. Carbotermo-målet är detta ingen avgörande omständighet för om kontrollkriteriet är uppfyllt utan endast en omständighet som pekar i denna riktning. Det som är avgörande i detta fall är att Tragsa är skyldig att utföra arbete för staten och de autonoma gemenskaperna och hade i heller ingen möjlighet att fastställa priserna för dessa arbeten och att kontakterna inte var av avtalsrättslig karaktär (punkt 57-60).

I mål kommissionen mot Italien⁹⁹ har den italienska kommunen Mantova tilldelat ett kontrakt avseende kommunens datatjänster till ett aktiebolag utan föregående upphandling. Aktiebolagets aktier ägdes till största delen av Mantova kommun och övriga aktier ägdes av de två grannkommunerna (punkt 8-12). Mantova kommun anförde att de som majoritetsägare av aktierna hade rätt att utse styrelseledamöter i bolagets styrande organ och möjlighet att styra över bolagets verksamhet. Det var också kommunstyrelsen som enligt kontraktet bestämde driftkostnaderna för bolaget. Utöver detta hade kommunen förbehållit sig rätten att göra vissa kontroller av bolagets verksamhet. Domstolen ansåg att kontrollkriteriet var uppfyllt med hjälp av dessa åtgärder då kommunen hade en möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande över strategiska mål och viktiga beslut (punkt 26).

Coditel-målets¹⁰⁰ bakgrund är att den belgiska kommunen Uccle beslutat att teckna andelar i Brute'le' en kooperativ mellankommunal sammanslutning. Uccle kommun hade också beslutat att tilldela Brute'le' kontrakt för driften av kommunens nät för kabel-tv. Medlemmarna i Brute'le' var olika kommuner och ett kommunalförbund och var inte öppet för privata rättssubjekt (punkt 8-22). Brute'le's beslutande organ bestod av representanter från de anslutande myndigheterna. Enligt domstolen tyder detta på att de anslutna myndigheterna kan utöva ett bestämmande inflytande över såväl sammanslutningens strategiska mål och viktiga beslut (punkt 34). Samtidigt hade Brute'le's styrande organ mycket vidsträckt befogenheter, bl.a. kunde organet ta beslut om taxor. Frågan för domstolen blev därför om denna omständighet kunde göra det svårt för de offentliga myndigheterna att utöva kontroll över sammanslutningen (punkt 35 och 36). Brute'le' är inget aktiebolag som kan besluta om sitt verksamhetsområde utan aktieägarnas inblandning. Istället rör det sig om en kooperativ mellankommunal sammanslutning som regleras i lagen om mellankommunala sammanslutningar. Enligt denna lag ska en sådan sammanslutning ej anses vara en näringsidkare. Detta gör, tillsammans med

⁹⁹ Mål C-371/05 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Italienska republiken*.

¹⁰⁰ Mål C-324/07 *Coditel Brabant SA mot Commune d'Uccle och Région de Bruxelles-Capitale*.

sammanslutningens stadgar, att verksamhetsföremålet är att utföra uppgifter i kommunalt intresse för vilken sammanslutningen är bildad. Sammanslutningen har därför inget särskilt enskilt intresse i förhållande till de kommuner som är med i sammanslutningen (punkt 37). Därför kommer domstolen fram till att trots att sammanslutningens styrande organ har långtgående befogenheter så gör detta inslag av självbestämmande inte det omöjligt för kommunerna som är anslutna till sammanslutningen att utöva kontroll som motsvarar den kontroll som dessa utövar över sin egen verksamhet (punkt 39).

Sea-målet¹⁰¹ handlar om att den italienska kommunen Ponte Nossa som utan föregående upphandling tilldelat ett kontrakt till aktiebolaget Setco avseende insamlande, transport och bortskaffande av hushållsavfall. Aktiebolaget Setco ägdes av några olika kommuner i det geografiska området Val Seriana. Kommunen Ponte Nossa var minoritetsägare i aktiebolaget (punkt 20-25). I Setcos bolagsordning angavs att bolaget tillhandahöll offentliga tjänster som uteslutande rörde de lokala myndigheterna som tilldelade kontrakt för dessa tjänster. Bolagsordningen angav också att Setco enbart skulle tillhandahålla tjänster för de upphandlande delägarna inom deras olika geografiska områden. (punkt 74-75). Dessa bestämmelser tydde på att den geografiska räckvidden av Setcos tjänster inte sträckte sig utanför de kommuner som ägde bolaget och att Setco endast hade till syfte att tillhandahålla tjänster för dessa kommuner (punkt 76). I Setcos bolagsordning föreskrevs det dock att bolaget också kunde utföra tjänster åt privatpersoner så länge det ej stred mot de sociala målen eller när det bidrog till att dessa kunde genomföras på ett bättre sätt (punkt 77). Frågan blev då om den marknadsmässiga inriktningen hos Setco kunde göra att de upphandlande kommunernas kontroll över Setco äventyrades. EU-domstolen ansåg att de befogenheter som gav Setco rätt att tillhandahålla tjänster för privata personer och aktörer endast var ett komplement till företagets huvudsakliga verksamhet. Detta hindrade alltså inte att bolagets huvudsyfte fortfarande var att tillhandahålla offentliga tjänster. Dessa befogenheter räckte inte för att konstatera att den marknadsmässiga inriktningen hos Setco äventyrade de ägande kommunernas kontroll över bolaget (punkt 79). EU-domstolen resonerade sedan vidare angående kontrollkriteriet utifrån Setcos bolagsordning. De ägande kommunerna hade nämligen gjort ändringar i bolagsordningen för att ge bolagsstämman och styrelsen överbyggande beslutsstrukturer som inte uttryckligen angivits i bolagsordningen. Motiveringen för detta var att säkerställa en kontroll över Setco motsvarande de ägande kommunernas egna förvaltningar. Förändringarna bestod bl.a. i inrättandet av en gemensam kommitté som bestod av representanter för delägarna, där varje delägare hade en röst. Denna rösten var oavsett myndighetens storlek och aktieinnehav i Setco. Denna gemensamma kommitté hade omfattande kontroll- och beslutsbefogenheter som begränsade bolagsstämman och styrelsens befogenheter (punkt 81-85). Med hänsyn till de omfattande kontroll- och beslutsbefogenheterna, och dess utformning, som dessa kommittéer besatt

¹⁰¹ Mål C-573/07 *Sea Srl mot Comune di Ponte Nossa*.

ansåg EU-domstolen att ägarkommunerna kunde utöva ett bestämmande inflytande över bolagets strategiska mål och viktiga beslut (punkt 86).

5.4.3 Sammanfattning av kontrollkriteriet

Nämnda praxis skulle kunna sammanfattas på följande vis:

- Den upphandlande myndigheten ska ha minst samma kontroll över den juridiska personen som sin egen förvaltning. Däremot behöver kontrollen inte vara identisk. Det viktiga är att kontrollen över den fristående enheten är effektiv.
- Kontrollkriteriet kan vara uppfyllt även om det finns flera delägare.
- Kontrollkriteriet kan däremot inte vara uppfyllt om det finns privata intressen i den juridiska personen.
- Privata delägare kan komma in i den juridiska personen efter att tilldelning av kontrakt skett, utan hinder av kontrollkriteriet. Däremot är kontrollkriteriet inte uppfyllt om det privata delägarskapet var förutsatt när kontraktet tilldelades.
- Ägaren/ägarna ska kunna påverka strategiska mål och viktiga beslut i den juridiska personen.
- En helhetsbedömning ska göras av alla relevanta lagbestämmelser och omständigheter för frågan om kontrollkriteriet är uppfyllt.¹⁰²

5.5 Verksamhetskriteriet

5.5.1 Praxis där EU-domstolen berört verksamhetskriteriet

Jag har ovan berört Carbotermo-målet angående kontrollkriteriet men kommer nu att belysa verksamhetskriteriet. För de faktiska omständigheterna se ovan under 5.4.1. Kravet på att den ifrågavarande personen ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de företag som innehar den har till syfte att säkerställa att direktivet är tillämpligt i de fall då ett företag som kontrolleras av en eller flera myndigheter är aktivt på marknaden och således kan konkurrera med andra företag (punkt 60). Ett företag berövas nämligen inte nödvändigtvis sin handlingsfrihet endast på grund av 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 vidare att företagets tjänster i huvudsak endast är avsedda för myndigheten (punkt 61-62). All annan verksamhet får endast vara av marginell karaktär (punkt 63). Vid denna bedömning ska den behöriga domstolen beakta alla omständigheter i målet, både kvalitativa och kvantitativa (punkt 64). Domstolen sammanfattar sin syn i punkt 72 och i domslutet enligt följande:

¹⁰² Se SKL *Kommunala samverkansformer* s. 51.

Av det ovan anförda följer att den andra frågans andra del skall besvaras så att 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, skall all den verksamhet som detta företag bedriver inom ramen för en tilldelning som gjorts av den upphandlande myndigheten beaktas, oberoende av vem som betalar denna verksamhet — den upphandlande myndigheten själv eller de som använder de tillhandahållna tjänsterna. Det saknar härvid betydelse på vilket territorium verksamheten bedrivs.

Asemfo-målet har jag också berört ovan så de faktiska omständigheterna utvecklar jag endast lite kort här. Den aktuella fristående enheten är i detta fall det spanska aktiebolaget Tragsa. Tragsas aktiekapital ägdes till 99 % av den spanska staten. Aktiekapitalet ägdes i övrigt av fyra autonoma gemenskaper till vardera lika andelar. I målet framgick det av handlingarna att Tragsa i genomsnitt bedriver 55 procent av sin verksamhet tillsammans med de autonoma gemenskaperna och närmare 35 procent tillsammans med staten. Tragsa bedriver således huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med de offentliga sammanslutningar och organ som innehar bolaget (punkt 63). Domstolen kan därför med förbehåll för den nationella domstolens bedömning slå fast att de två Teckal-kriterierna är uppfyllda (punkt 64).

Även målet kommissionen mot Italien har varit föremål för behandling ovan. Kort handlade fallet om att den italienska kommunen Mantova tilldelat ett kontrakt avseende kommunens datatjänster till ett aktiebolag utan föregående upphandling. Aktiebolagets aktier ägdes till största delen av Mantova kommun och övriga aktier ägdes av de två grannkommunerna (punkt 8-12). EU-domstolen uttalade att om flera myndigheter äger ett bolag tillsammans, kan verksamhetskriteriet anses vara uppfyllt om bolaget utövar sin verksamhet huvudsakligen tillsammans med sina delägare (punkt 31 och 32).

Sea-målet har även relevans avseende verksamhetskriteriet. Jag har ovan under 5.4.2 redogjort för de faktiska omständigheterna. Mycket kort handlade fallet om kommunen Ponte Nossa som utan föregående upphandling tilldelat ett kontrakt till ett aktiebolag avseende avfallshantering. Det aktuella aktiebolaget hade enligt sin bolagsordning möjlighet att utföra tjänster åt privatpersoner när detta inte stred mot de sociala målen eller när det bidrog till att dessa kunde genomföras på ett bättre sätt (punkt 77). EU-domstolen påpekar att verksamhetskriteriet ger utrymme för att bolaget kan bedriva verksamhet med andra aktörer än de myndigheter som äger bolaget men att detta förutsätter att det endast är av marginell karaktär. Domstolen konstaterar nämligen att verksamhetskriteriet skulle vara utan effekt om kontrollkriteriet tolkades som ett förbud mot all kompletterande verksamhet, innefattande verksamhet med den privata sektorn (punkt 80). Domen ger också uttryck för att verksamhetskriteriet har en självständig betydelse (punkt 49-50).¹⁰³

¹⁰³ Angående tolkningen att verksamhetskriteriet har självständig betydelse se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*, s. 108.

Slutligen ska jag belysa Coditel-målet utifrån verksamhetskriteriet. Jag har ovan under 5.4.2 redogjort för de faktiska omständigheterna. Mycket kort handlande fallet om den belgiska kommunen Uccle som beslutat att teckna andelar i Brutele, en kooperativ mellankommunal sammanslutning. Medlemmarna i Brutele var olika kommuner och kommunalförbund och därmed inte öppet för privata rättssubjekt (punkt 8-22). Enligt EU-domstolen (punkt 44) kan, i det fall flera offentliga myndigheter innehar andelar i en koncessionsinnehavare, kravet avseende huvuddelen av denna enhets verksamhet vara uppfyllt genom att man beaktar enhetens verksamhet tillsammans med samtliga dessa myndigheter (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Carbotermo och Consorzio Alisei, punkterna 70 och 71, och Asemfo, punkt 62).

5.5.2 Sammanfattning av verksamhetskriteriet

Utifrån ovan nämnd praxis kan verksamhetskriteriet sammanfattas på följande vis:

- Verksamheten ska huvudsakligen bedrivas åt ägaren/ägarna inom ramen för tilldelningen.
- All annan verksamhet får endast vara av marginell karaktär. I praxis har 90 procent av bolagets verksamheten gentemot ägaren/ägarna godtagits för att verksamhetskriteriet ska vara uppfyllt.
- Det saknar betydelse vem som betalar för de tjänster som den juridiska personen utför: ägaren/ägarna eller tredje parter som använder tjänster som tillhandahålls enligt koncession eller andra rättsförhållanden som upprättas av ägaren/ägarna.
- Det saknar betydelse på vilket territorium tjänsterna tillhandahålls.
- Flera delägare utesluter inte att verksamhetskriteriet är uppfyllt. Det är den verksamhet som bedrivs tillsammans med/åt delägarna som räknas.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Se SKL *Kommunala samverkansformer* s. 52.

6 OFUKI-utredningen och regeringens proposition 2011/12:106

6.1 Inledning

OFUKI-utredningen har kommit med ett mycket omfattande betänkande¹⁰⁵ och jag har redan hänvisat till detta i vissa avseende ovan. Jag avser nu lyfta fram vissa delar ur detta betänkande som jag anser vara särskilt betydelsefulla för min frågeställning. Först avser jag beröra vissa frågor om in house-undantagets räckvidd. Därefter följer ett avsnitt om införande av ett in house-undantag i svensk rätt. Därefter kommer ett avsnitt där jag berör frågan om tillräcklig kontroll kan uppnås över ett svenskt aktiebolag enligt ABL eller det krävs särskilda åtgärder för att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt. Slutligen tar jag upp OFUKI-utredningens förslag i de delar som berör min frågeställning och presenterar hur regeringens förslag i proposition 2011/12:106 förhåller sig till OFUKI-utredningens förslag.

6.2 Vissa frågor om in house-undantagets räckvidd

6.2.1 Måste den upphandlande myndigheten vara en offentlig myndighet?

Trots att det finns förhållandevis omfattande praxis från EU-domstolen på Teckal-kriterierna och in house-undantaget finns det närliggande situationer som inte prövats av EU-domstolen. En första sådan situation är när ett offentligt styrt organ såsom upphandlande myndighet, alltså inte en offentlig myndighet, gör en anskaffning. Ett exempel på detta är när den upphandlande myndigheten i form av ett offentligt styrda organ som ett aktiebolag anskaffar tjänster från ett dotterbolag. Den nu gällande temporära lagstiftningen i 2 kap. 10a § LOU är begränsad till avtal som sluts av statlig eller kommunal myndighet, en beslutande församling i en kommun eller i ett landsting eller en sammanslutning av en eller flera sådana myndigheter eller församlingar. Med andra ord omfattas inte avtal som sluts av offentligt styrda organ eller sammanslutningar av ett eller flera sådana organ. I övrigt ses offentligt styrda organ som upphandlande myndigheter enligt 2 kap. 19 § andra stycket LOU.¹⁰⁶

Utredningen gör bedömningen att det finns övervägande skäl som talar för att in house-undantaget enligt EU-rätten kan tillämpas inte bara av

¹⁰⁵ SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*.

¹⁰⁶ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s. 119 f. och Falk, Jan-Erik *Lag om offentlig upphandling – en kommentar* s. 97.

upphandlande myndigheter som är lokala eller andra offentliga myndigheter utan också av andra upphandlande myndigheter. Detta grundas på EU-rättslig praxis, som jag tagit upp ovan, och genom definitionen på upphandlande myndighet enligt det klassiska direktivet artikel 1.9. Enligt denna artikel avses med upphandlande myndighet, förutom offentliga myndigheter, offentligrättsliga organ samt sammanslutningar av en eller flera myndigheter eller organ. Vad gäller offentligrättsliga organ som t.ex. kan vara aktiebolag innefattas i definitionen av detta begrepp att organet inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär, 2 kap. 12 § LOU. Det som EU-domstolen uttalat om offentliga myndigheter synes därför kunna anföras för andra upphandlande myndigheter.¹⁰⁷

6.2.2 Kan in house-undantaget tillämpas i omvända situationer?

Den temporära lagstiftningen omfattar i nuläget inte heller situationen då ett aktiebolag som är ägt och kontrolleras av en kommun i enlighet med Teckal-kriterierna anskaffar tjänster från kommunen. Enligt propositionen¹⁰⁸ till den temporära lagstiftningen var rättsläget oklart då EU-domstolen inte prövat denna situation. OFUKI-utredningen konstaterar i likhet med regeringen att EU-domstolen inte behandlat denna situation. Samtidigt menar utredarna att den funktionella innebörden av Teckal-kriterierna när dessa är uppfyllda, är att den fristående enheten är att se som jämställd med enheter som ingår i den upphandlande myndighetens egen 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 den upphandlande myndighetens egna organisation finns det förutsättningar för undantag från upphandlingsskyldigheten. Den avgörande faktorn borde vara relationen mellan parterna och inte vem som är säljare respektive köpare. Mot detta är det mycket viktigt att erinra om att även om en fristående enhet kan betraktas som intern i förhållande till den upphandlande myndigheten som kontrollerar och anskaffar tjänster från den, behöver det omvända nödvändigtvis inte gälla när den fristående enheten anskaffar tjänster ifrån den upphandlande myndigheten. Att den fristående enheten kan ses som intern i förhållande till den upphandlande myndigheten måste inte omvänt innebära att också den upphandlande myndigheten kan ses som intern i förhållande till den fristående enheten. Även i denna del anser utredarna emellertid att övervägande skäl talar för att undantag från upphandlingsskyldighet gäller i omvända situationer förutsatt att Teckal-kriterierna är uppfyllda, även om rättsläget inte är helt klart.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s. 121 ff.

¹⁰⁸ Proposition 2009/10:134 *Upphandling från statliga och kommunala företag* s. 45.

¹⁰⁹ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s.124 ff.

6.2.3 In house- undantagets tillämplighet i koncernförhållanden

Jag har ovan under 3.3.3 redogjort för innebörden av en kommunal koncern. Ovan under 6.2.1 har jag redogjort för utredningens syn på ett moderbolags, i form av ett offentligrättsligt styrt organ, möjlighet att åberopa in house-undantaget vid anskaffning från ett dotterbolag. Under 6.2.2 har jag berört utredningens syn på den omvända situationen, att dotterbolaget anskaffar från moderbolaget. Den nu aktuella situationen handlar istället om frågan om in house-undantaget kan tillämpas även på andra fall än då anskaffningen sker i rakt nedåt- eller uppåtstigande led. Det kan handla om anskaffning som görs av ett bolag från ett systerbolag i samma koncern eller anskaffning som görs av ett bolag som ägs av en offentlig myndighet från ett bolag som ägs av samma myndighet. Enligt OFUKI-utredningen är grunden för att det inte uppkommer ett avtal enligt EU-domstolens praxis att den fristående enheten är att se såsom jämställd med enheter som ingår i den upphandlande myndighetens egna organisation. Frågan är om det finns någon skillnad som skulle motivera att undantag från upphandlingsskyldigheten gäller för anskaffning som den offentliga myndigheten gör från ett fristående enheten men inte för anskaffning som görs mellan de fristående enheterna. I båda fallen skulle anskaffning kunna anses vara utförd inom ramen för den offentliga myndighetens egna organisation, förutsatt att Teckal-kriterierna är uppfyllda mellan den offentliga myndigheten och var och en av de fristående enheterna. Detta behöver dock inte innebära att de fristående enheterna är att anse såsom interna i förhållande till varandra. EU-domstolens praxis, särskilt ifråga om kontrollkriteriet, har inte heller ansetts direkt överförbart till situationer där ett bolag som ägs av en offentlig myndighet anskaffar tjänster från ett annat bolag som ägs av samma offentliga myndighet. Båda bolagen kan var för sig stå under den offentliga myndighetens kontroll på ett sådant sätt att Teckal-kriterierna uppfylls. Däremot torde inget av bolagen utöva tillräcklig kontroll över det andra bolaget i enlighet med kontrollkriteriet. Sammantaget finner därför OFUKI-utredningen att det inte är möjligt att ta ställning till om EU-domstolens hittillsvarande praxis ger stöd för att även göra undantag till upphandlingsskyldigheten då anskaffning sker inom ramen för en koncern. Rättsläget är för oklart för att en sådan bedömning ska kunna göras.¹¹⁰

¹¹⁰ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*, s. 129 ff.

6.3 Införandet av ett in house-undantag i svensk rätt

6.3.1 Avvägning mellan god konkurrens och kommunens möjlighet att välja organisationsform

När OFUKI-utredningen tar ställning till om det finns ett behov av ett permanent in house-undantag i svensk rätt finns det anledning att ta hänsyn till en mängd olika förhållanden. Från kommunens sida finns det ett intresse av att kunna utforma sin verksamhet på ett effektivt sätt utan att påverkas av upphandlingsreglernas tillämplighet på olika organisationsformer. Att kommuner får denna valfrihet i utformningen av sin organisation är en del av det kommunala självstyret. Å andra sidan finns det ett stort intresse av att det allmännas anskaffning konkurrensutsätts genom offentlig upphandling. Generellt sett kan bättre upphandling leda till bättre förutsättningar för det privata näringslivet och effektivitetsvinster för det allmänna. Konkurrens är positivt för välfärden och för den ekonomiska tillväxten. Företag som verkar på den konkurrensutsatta marknaden måste hushålla med sina resurser för att erbjuda bra produkter till låga priser. Rättvis konkurrens gynnar konsumenterna då konkurrens leder till lägre pris, ökad kvalitet och ett bredare utbud av varor och tjänster.¹¹¹

Vid sidan av vikten av god konkurrens har kommunen i stor utsträckning stor frihet enligt gällande regelverk att ta ställning till i vilken form verksamheten ska bedrivas. Det kan finnas vissa fördelar med att bedriva verksamhet i aktiebolagsform i form av en mindre formbundenhet vilket kan leda till högre effektivitet. Kontakter med det privata näringslivet kan också underlättas eftersom aktiebolagsformen är mera känd i dessa kretsar. Bolagsorganens beslut kan inte heller överklagas enligt 10 kap. KL, dock kan bl.a. fullmäktiges ställningstaganden i frågor som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt överklagas. Som jag nämnt ovan under 3.3.3 finns det också specifika regler för viss kommunal verksamhet bedriven i ett kommunalt företag som i vissa fall ökar befogenheterna i förhållande till vad som gäller enligt KL.¹¹²

6.3.2 Om behovet av ett permanent in house-undantag

OFUKI-utredningen har genom egna undersökningar och statistik hämtad från SCB kartlagt omfattningen av handeln mellan det offentliga och dess företag. På grund av utrymmesskäl kan jag ej redogöra för alla dessa siffror med därtill följande diagram och tabeller¹¹³. Sammanfattningsvis

¹¹¹ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*, s. 365 ff.

¹¹² Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*, s. 370 ff.

¹¹³ Se kap. 12-14 i SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* för den fullständiga kartläggningen.

konstaterar OFUKI-utredningen att företag som ägs av kommuner och landsting i stor utsträckning bedriver handel i form av försäljning till sina ägare. För de kommunala företag som besvarat utredningens enkät avser ca en tredjedel av den sammanlagda nettoomsättningen försäljning till den ägande kommunen eller till bolag i samma koncern. Inom nästan alla verksamhetsområden förekommer också försäljning till de offentligt ägda företagen från deras ägare. Kommunernas och landstingens försäljning avser ca 1,5 miljarder kronor enligt de kommuner och landsting som besvarat enkäten. Enligt OFUKI-utredningen skulle ett uteblivet in house-undantag i en rad fall medföra stora förändringar i förutsättningarna för offentliga sektorn. En ökad upphandlingsskyldighet skulle i en rad fall leda till förändringar som kan bestå i ökad effektivitet i offentliga sektorn. Å andra sidan är det viktigt att upphandlingsskyldigheten inte drivs så långt att det medför ökade kostnader och risken att äventyra stordriftsfördelar. Företrädare för kommuner och landsting har framfört att om ett permanent in house-undantag inte införs finns risken att tvingas överväga att driva verksamheten i förvaltningsform istället för i bolagsform. Samtidigt menar utredningen att det är mycket viktigt att komma ihåg att ett permanent in house-undantag inte i alla fall medför undantag från upphandlingsskyldighet. En bedömning av Teckal-kriterierna måste fortfarande göras och i en rad fall kommer dessa säkert inte vara uppfyllda. Därför är det inte omöjligt att många kommuner trots ett permanent in house-undantag kan stå inför valet att upphandla eller bedriva verksamheten i förvaltningsform. Utredningen anser att ett in house-undantag bör införas och att detta ska gälla generellt för samtliga sektorer och branscher.¹¹⁴

6.4 Kontroll över ett svenskt aktiebolag enligt ABL

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

Till sin hjälp i bedömningen av denna fråga har rättsutlåtanden av bl.a. Stattin, Madell och Sundstrand begärts. Stattin anför bl.a. att det i den svenska aktiebolagsrätten finns direktivrätt för överordnade bolagsorgan med lydnaplikt för underordnade bolagsorgan enligt 8 kap. 41 § ABL. Genom att fatta beslut om ett aktieägardirektiv på stämman kan aktieägarna styra ett aktiebolag genom rättsligt bindande styrmedel. Direktivrätten enligt den svenska lagstiftningen är relativt långtgående och även förenad med sanktionsmöjligheter. Om styrelsen eller VD inte rättar sig efter det lagenliga direktivet som beslutats av stämman kan de bli skadeståndsskyldiga mot bolaget och även eventuellt mot aktieägarna. Redan av den svenska aktiebolagslagen torde det följa att aktieägarna har en god möjlighet att styra ett aktiebolag. Ofta innefattas styrnings- och

¹¹⁴ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s. 376 ff.

kontrollfrågor i aktieägardirektivet i ett offentligt ägt aktiebolag och därigenom kan det därför sägas att den legala styrningen av aktiebolaget ytterligare förstärks något. Stattin gör bedömningen att en upphandlande myndighet som äger ett svenskt aktiebolag torde kunna anses utöva kontroll över bolaget i enlighet med kontrollkriteriet.¹¹⁵

Madell och Sundstrand gör motsatt bedömning i sitt rättsutlåtande. De gör bedömningen att en strikt tolkning av ABL tyder på att kontrollkriteriet inte är uppfyllt då en upphandlande myndighet äger ett svenskt aktiebolag, oavsett om det rör sig om ett statligt, kommunalt eller landstingsägt bolag. Detta grundas till stor del på att de olika bolagsorganen i ett svenskt aktiebolag har en självständig roll i förhållande till ägaren. De menar att det redan på definitionen av ett aktiebolag som en fristående juridisk person innebär en självständighet i förhållande till ägarna. Ägarna har med vissa undantag inte något ansvar för bolagets förpliktelser, 1 kap. 3 § och 2 kap. 25 § ABL. Madell och Sundstrand menar också att ABL beskriver rollfördelningen mellan bolagsorganen. Bolagsstämman kan ge instruktioner till styrelsen men bolagsstämman formellt saknar någon möjlighet att kräva att styrelsen ska agera på ett visst sätt, om det inte framgår av ett bolagsstämmobeslut. Teoretiskt sett är bolagsstämmans möjlighet att påverka bolagsstyrelsen till att fatta ett visst beslut begränsad till att byta ut styrelsen till en styrelse som på ett bättre sätt lyder sin ägare. I ett sådant läge kan den sittande styrelsen redan ha fattat ett beslut som är bindande för bolaget. I en sådan situation borde det vara uppenbart att kontrollkriteriet inte är uppfyllt. Däremot kan det i realiteten vara så att en bolagsstyrelse i ett kommunalt ägt bolag är så lyhörd för ägarens önskemål att det därför inte uppstår något problem. Det finns enligt ABL inget formellt hinder mot att bolagsstyrelsen agerar självständigt i förhållande till ägaren och i vissa fall förutsätter ABL att så sker. Det är därför deras bestämda uppfattning att kontrollkriteriet för svenskt vidkommande inte per automatik är uppfyllt när kommunen äger ett aktiebolag. Enligt deras uppfattning är det inte heller möjligt att genom ägaranvisningar såsom aktieägaravtal eller aktieägardirektiv eller i ett aktiebolags bolagsordning utöka ägarnas kontroll- och maktbefogenheter utöver det som anges i ABL.¹¹⁶

OFUKI-utredningen gör bedömningen att det står klart att kontrollkriteriet inte är uppfyllt om den upphandlande myndigheten som äger ett svenskt aktiebolag endast utser styrelseledamöterna direkt eller genom bolagsstämman tillsammans med att det i övrigt inte förekommer annan styrning än vad som följer av verksamhetsföremålet som angetts i bolagsordningen. Att verksamhetsföremålet eller bolagets syfte inte kan ändras av styrelsen torde kunna vara en relevant omständighet men har enligt OFUKI-utredningen ingen avgörande betydelse. Omständigheten att bolagsstämman har möjlighet att besluta om bindande anvisningar torde i sig räcka för att en annan bedömning skulle kunna göras. I det fall det

¹¹⁵ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*, s. 424 f. och 453.

¹¹⁶ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*, s. 426 f. och 453.

förekommer faktiskt beslutande anvisningar, förenliga med bolagsrätten, kan en högre grad av kontroll beroende på vilken styrning anvisningarna innebär. Dessa anvisningar skulle kunna användas för att uppnå ett bestämmande inflytande över vissa av bolagets viktiga beslut. Enligt OFUKI-utredningen är det dock tveksamt om sådana anvisningar som enda tillkommande styrinstrument till de ovan angivna omständigheterna skulle ge upphov till tillräcklig kontroll. Däremot gör OFUKI-utredningen bedömningen att ett bestämmande inflytande över ett svenskt aktiebolags strategiska mål och viktiga beslut kan uppnås om det samtidigt är så att syftet med bolagets verksamhet är att tillgodose ett allmänt intresse som den upphandlande myndigheten ska eller får tillgodose och bolagets geografiska verksamhetsområde sammanfaller med eller är mindre än motsvarande område för den upphandlande myndigheten. Kontrollskapande åtgärder såsom bolagsstämмоanvisningar och aktieägardirektiv inom ramen för ABL torde också skapa möjlighet till avgörande påverkan på strategiska mål och viktiga beslut. Sammantaget gör OFUKI-utredning alltså bedömningen att en upphandlande myndighet som är ägare till ett svenskt aktiebolag kan skapa möjlighet till avgörande påverkan på bolagets strategiska mål och viktiga beslut genom åtgärder som är förenliga med ABL. Det är förhållandena i det enskilda fallet som avgör om det finns tillräcklig kontroll.¹¹⁷

Just för kommunalt ägda aktiebolag finns vissa särskilda aspekter som OFUKI-utredningen tar upp och som jag finner betydelsefullt att nämna. För kommunalt ägda aktiebolag gäller samma aktiebolagsrättsliga möjligheter till ägarstyrning som för vilket annat aktiebolag som helst. Detta påverkas inte av att vissa åtgärder som jag nämnt ovan under 3.3.3 måste vidtas i enlighet med 3 kap. 17-18 §§ KL. Däremot kan dessa åtgärder beaktas i bedömningen om kontrollkriteriet är uppfyllt. OFUKI-utredningen anser därför att under förutsättning att 3 kap. 17-18 §§ KL är uppfyllt står det kommunala bolaget i hög grad under ägarens kontroll. Det kan inte uteslutas att redan dessa förhållanden kan ge ägaren en möjlighet till avgörande påverkan på bolagets strategiska mål och viktiga beslut. Samtidigt är fullmäktiges ställningstagande inte formellt bindande för det kommunalt ägda aktiebolaget och har därför inte samma rättsliga verkningar som ägarstyrning i form av bolagsstämмоanvisningar eller aktieägardirektiv. Därför anser OFUKI-utredningen att det kan vara nödvändigt med även bolagsstämмоanvisningar eller aktieägardirektiv för att uppnå tillräcklig kontroll över det kommunala bolaget. Styrande föreskrifter i bolagsordningen kan också ha betydelse för kontrollkriteriet som likartade bolagsstämмоanvisningar eller aktieägardirektiv.¹¹⁸

När det gäller jämförelsen mellan kommunens kontroll över den egna förvaltningen och över egna bolag konstaterar OFUKI-utredningen att det finns vissa skillnader. Den kommunala nämnden har en mera självständig

¹¹⁷ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*, s. 453 ff.

¹¹⁸ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*, s. 455 ff.

roll i förhållande till kommunfullmäktige jämfört med vad en bolagsstyrelse har i förhållande till bolagsstämman. Fullmäktige har i sin tur exklusiv kompetens att besluta i sådana ärenden i kommunen som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt. Nämnderna har ansvar för förvaltningen och verkställighet av kommunfullmäktiges beslut med följderna att fullmäktige ej beslutar i sådana frågor. Bolagsstämman kan däremot ge bolagsstyrelsen bindande anvisningar i förvaltningsfrågor, dock med begränsningen att sådana anvisningar inte får vara sådana att styrelsens funktion sätts ur spel. En annan tydlig skillnad är möjligheten att avsätta nämndledamöter och styrelseledamöter. En styrelseledamot kan avsättas av bolagsstämman eller den som tillsatt dem med i princip omedelbar verkan utan att detta behöver föregås av några särskilda skäl. Fullmäktiges möjlighet att avsätta en nämndledamot är däremot begränsade på så sätt att det förutsätter vägrad ansvarsfrihet eller att ledamoten dömts för ett grövre brott. Ytterligare en skillnad finns i fullmäktiges och bolagsstämmans relation till externa parter. Fullmäktige kan ta beslut som får direkt verkan gentemot andra rättssubjekt än den egna juridiska personen och fullmäktige kan föra talan i domstol. Bolagsstämman i ett aktiebolag har däremot i princip ingen firmateckningsrätt. Istället ligger denna hos VD, styrelsen eller en särskild firmatecknare. Sammantaget gör OFUKI-utredningen bedömningen att det finns skillnader i de formella möjligheterna för en kommun att utöva kontroll och styra över sin egen förvaltning jämfört med att styra över ett kommunalt bolag. Kontrollmöjligheterna är med andra ord inte identiska. De formella möjligheterna till kontroll och inflytande över verksamheten anses dock inte vara mindre om denna bedrivs i ett kommunalt bolag jämfört med om den bedrivs i egen förvaltning. Mot bakgrund av detta bedömer OFUKI-utredningen att svenska rättsförhållanden inte hindrar att en kommun som ägare till ett aktiebolag kan utöva en kontroll över bolaget motsvarande den kontroll som kommunen utövar över den egna förvaltningen.¹¹⁹

6.5 OFUKI-utredningens lagförslag

6.5.1 Lagförslag i LOU

Som jag nämnt ovan under 6.3.2 gör OFUKI-utredningen bedömningen att ett in house-undantag i enlighet med EU-domstolens praxis på Teckalkriterierna bör införas permanent i LOU utan några sektoriella begränsningar. Det permanenta in house-undantaget bör utformas i enlighet med samma modell som det nuvarande temporära undantaget i 2 kap. 10a § LOU men utvidgat enligt OFUKI-utredningens bedömningar i avsnitt 6.2. OFUKI-utredningen föreslår följande utformning av 2 kap. 10a § LOU:

Med kontrakt enligt 2 kap. 10 § avses dock inte avtal som sluts mellan 1. en upphandlande myndighet, och 2. en leverantör som är a) en juridisk person som

¹¹⁹ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*, s. 462 f.

den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i, b) en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900).

Första stycket gäller endast 1. om den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, och 2. i fall då den juridiska personen eller den gemensamma nämnden även utför verksamhet tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten, denna verksamhet endast är av marginell karaktär.¹²⁰

6.5.2 Lagförslag till ändring i KL angående de kommunala företagen och de kommunalrättsliga principerna

OFUKI-utredningen lämnar alltså förslag till kompletteringar i KL angående de kommunala företagen och de kommunalrättsliga principerna. Anledningen till att jag lyfter fram detta är att det i vissa avseende har samband med in house-undantaget och dess tillämplighet. Många av de föreslagna ändringarna i KL kan ha betydelse i bedömningen av kontrollkriteriet och därför avser jag att i korthet beröra dessa ändringar. De föreslagna ändringarna stärker nämligen den interna kommunala uppsikten över det kommunalt ägda aktiebolaget och förstärker troligen den upphandlande kommunala myndighetens kontroll över aktiebolaget.¹²¹

Utifrån KL: s perspektiv gäller de kommunalrättsliga principerna, när något undantag inte är för handen, all kommunal verksamhet. KL gäller endast för landsting, kommuner och kommunalförbund men inte för privaträttsliga juridiska personer till vilka vården av en kommunal angelägenhet kan ha överlämnats. Därför är ett kommunalt företag inte bunden av KL och därför inte heller de kommunalrättsliga principerna. Därför menar utredningen att det krävs särskilda åtgärder i varje enskilt fall för att göra principerna bindande för de kommunala företagen. En följd av att detta är att det finns en risk att skyldigheten att vidta sådana åtgärder inte efterlevs. Ett kommunägt företag kan därför få mycket mer långtgående kompetens än vad som automatiskt hade gällt om kommunen bedrivit verksamheten i egen regi. Om t.ex. lokaliseringsprincipen inte gjorts bindande för bolaget finns det inget formellt hinder för bolaget att bedriva verksamhet utanför kommunens geografiska område. Därför föreslår OFUKI-utredningen att fullmäktiges ansvar enligt 3 kap. 17 § första stycket KL att fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten ska kompletteras med en skyldighet att se till att detta ändamål och de kommunala befogenheterna som utgör ramen för verksamheten kommer till uttryck i bolagsordningen. Vilka de kommunala befogenheterna som utgör ram för verksamheten får avgöras i varje enskilt fall utifrån vilka kommunalrättsliga principer som är tillämpliga. Fullmäktiges ansvar att se till att få ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av

¹²⁰ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*, s. 46 f.

¹²¹ Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*, s. 490.

större vikt fattas föreslås kompletteras med ett krav på att skyldigheten för bolaget att inhämta ställningstagande ska anges i bolagsordningen. OFUKI-utredningen föreslår vidare att kommunstyrelsen i årliga beslut för varje kommunalt aktiebolag ska ta ställning till om den verksamhet som bedrivits av bolaget under föregående år har varit förenlig med de kommunala befogenheterna och det kommunala ändamål som fastställts av fullmäktige. Detta beslut bör sedan lämnas över till fullmäktige i samband med årsredovisningen för samma år lämnas över. Saknas förenlighet i någon del ska styrelsen lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder. Vid behov ska kommunstyrelsen vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de krav som anges i 3 kap. 17-18 §§ KL är uppfyllda i fråga om sådana aktiebolag som avses i dessa bestämmelser. Kommunstyrelsens beslut kan överklagas enligt den ordning som gäller för laglighetsprövning i enlighet med 10 kap. KL.¹²²

6.6 Regeringens lagförslag i proposition 2011/12:106

6.6.1 Lagförslag i LOU

I likhet med OFUKI-utredningen gör regeringen bedömningen att ett in house-undantag bör införas i LOU i enlighet med EU-domstolens praxis och bör inte ha någon sektoriell begränsning. När det sedan gäller själva utformningen av undantaget menar regeringen att ett in house-undantag bör utformas i enlighet med hur EU-domstolen hittills formulerat in house-undantaget. Därför menar regeringen att endast grundelementen ska komma till uttryck i bestämmelsen medan detaljerna överlåtes till rättstillämpningen. Regeringen föreslår följande formulering:

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.

Skillnaden mellan OFUKI-utredningens och regeringens lagförslag är att det förstnämnda lagförslaget är en kodifiering av Teckal-kriterierna med en precisering att dessa endast kan tillämpas av vissa upphandlande myndigheter gentemot vissa leverantörer.¹²³

¹²² Se SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*, s. 546 ff.

¹²³ Se proposition 2011/12:106 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s. 53 ff.

I likhet med OFUKI-utredningen föreslår också regeringen att in house-undantaget ska gälla för avtal som sluts av alla slags upphandlande myndigheter i enlighet med definitionen i 2 kap. 19 § LOU. Med andra ord föreslås att in house-undantaget kan 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.¹²⁴

När det sedan gäller frågan om in house-undantaget ska omfatta den omvända situationen dvs då ett aktiebolag, som ägs och kontrolleras av en kommun, anskaffar tjänster ifrån den ägande kommunen gör regeringen samma bedömning som OFUKI-utredningen. Regeringens skäl för att den omvända situationen ska omfattas i in house-undantaget är, i likhet med OFUKI-utredningen, bl.a. att det avgörande torde vara relationen mellan parterna och inte vem 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. Det 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 att uppfylla kontroll- och verksamhetskriterierna i den omvända situationen krävs med detta synsätt således inte att den fristående t.ex. ett aktiebolag har kontroll över den upphandlande kommunala myndigheten. Regeringen menar dock att denna omvända situation inte uttryckligen ska kodifieras i den svenska lagstiftningen eftersom det språkligt sett skulle innebära ett för långt avsteg från hur EU-domstolen hittills formulerat in house-undantaget. Den föreslagna lydelsen av den svenska regleringen av in house-undantaget i LOU hindrar dock inte en tolkning motsvarande den som regeringen gjort avseende unionsrätten och den omvända situationen. Slutligen framhåller regeringen ändock att rättsläget, när det inte finns några avgöranden direkt på denna omvända situation, inte är helt klart. Ytterst handlar det därför om en fråga för rättstillämpningen och ytterst för EU-domstolen.¹²⁵

När det sedan handlar om koncerninterna köp gör regeringen samma bedömning som OFUKI-utredningen, nämligen att rättsläget i den delen är oklart. EU-domstolen har hittills inte prövat om in house-undantaget kan tillämpas på anskaffningar inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation. I likhet med OFUKI-utredningen menar regeringen dock att det finns skäl som talar såväl för som emot att anskaffningar inom en koncern skulle kunna ingå i in house-undantaget. Det främsta skälet som talar för att dessa anskaffningar skulle innefattas i in house-undantaget är att det i EU-domstolens praxis finns stöd för ett

¹²⁴ Se proposition 2011/12:106 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s. 61.

¹²⁵ Se proposition 2011/12:106 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s. 68 ff.

funktionellt synsätt på in house-undantaget där relationen mellan parterna är avgörande. En kommun kan t.ex. äga två aktiebolag där Teckal-kriterierna är uppfyllda i förhållande till båda bolagen och båda bolagen kan därför ses som en del av myndighetens egna organisation. Mot detta argument kan det dock invändas att även om vart och ett av bolagen kan anses interna i relation till den offentliga myndigheten, så måste det inte nödvändigtvis innebära att bolagen kan anses interna i förhållande till varandra. Regeringen konstaterar också att det sätt som EU-domstolen hittills formulerat in house-undantaget inte kan anses direkt överförbart på en situation där två systerbolag som ägs av samma upphandlande myndighet anskaffar tjänster ifrån varandra. Detta gäller särskilt kontrollkriteriet i in house-undantaget. Vart av ett av dessa bolag kan var för sig stå under den upphandlande myndighetens kontroll men ingetdera av bolagen kan anses utöva kontroll över det andra bolaget, i vart fall inte direkt kontroll. Regeringen gör därför bedömningen att på grund av det osäkra rättsläget bör in house-undantaget i LOU inte innehålla en uttrycklig reglering av koncerninterna anskaffningar, varken i exkluderande eller inkluderande riktning. Frågan om unionsrätten, och därmed också den svenska bestämmelsen, är tillämplig i koncerninterna situationer är en fråga för rättstillämpningen.¹²⁶

6.6.2 Lagförslag till kompletteringar i KL angående de kommunala företagen och de kommunalrättsliga principerna

OFUKI-utredningens förslag överensstämmer i sak med regeringens bedömning angående kompletteringar i KL avseende de kommunala företagen och de kommunalrättsliga principerna. Regeringen föreslår alltså också att om bl.a. en kommun 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. Skyldigheten för helägda bolag att inhämta fullmäktiges ställningstagande avseende beslut av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt, ska anges i bolagsordningen. Regeringens skäl för detta förslag är till stor del överensstämmande med OFUKI-utredningens skäl för sina förslag och därför avser jag inte utveckla detta vidare. Vidare föreslår regeringen, i likhet med OFUKI-utredningen, en förstärkt uppsiktsplikt för kommun- och landstingsstyrelser. Regeringens förslag skiljer sig dock från OFUKI-utredningens förslag på så sätt att regeringen inte föreslår en specifik tidpunkt då kommunstyrelsen måste överlämna sin återrapportering om de kommunala aktiebolagens kompetensenlighet till kommunfullmäktige. Istället får kommunen själv bestämma exakt vilken tidpunkt på året detta ska ske, i enlighet med den självbestämmanderätt som kommunen har.¹²⁷

¹²⁶ Se proposition 2011/12:106 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s. 70 ff.

¹²⁷ Se proposition 2011/12:106 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s. 80 ff.

7 Analys och diskussion

7.1 EU-domstolens praxis om in house-undantaget

Som jag redogjort för ovan under avsnitt 5 har Teckal-domen och dess kriterier gjort det möjligt för den upphandlande kommunala myndigheten att anskaffa bl.a. varor och tjänster från hel- och delägt aktiebolag utan att först genomföra en upphandling. Detta förutsätter dock att kontroll- och verksamhetskriterierna uppfylls i det enskilda fallet utifrån den efterföljande praxis som preciserat dessa kriterier. Därför handlar det enligt min uppfattning om en bedömning och därför är det mycket svårt att exakt ange i vilken utsträckning den upphandlande kommunala myndigheten kan tillämpa in house-undantaget gentemot sina hel- och delägda aktiebolag. Det är ägaren, i detta fall den upphandlande kommunala myndigheten, som har bevisbördan på att det föreligger tillräcklig kontroll över det kommunalt ägda aktiebolaget för att göra undantag från huvudregeln om upphandlingsskyldighet.¹²⁸ Trots denna nödvändiga bedömning finns det några hållpunkter som den upphandlande kommunala myndigheten kan använda sig av vid bedömningen av Teckal-kriterierna vilka jag också sammanfattat i avsnitt 5. Jag uppfattar rättsläget som att om dessa hållpunkter är uppfyllda finns det omständigheter som talar för att kontrollkriteriet skulle kunna vara uppfyllt. Samtidigt instämmer jag med utredningen i att det är viktigt att tänka på att någon enskild omständighet inte kan anses utgöra ett absolut hinder mot att kontrollkriteriet är uppfyllt. Det handlar istället om att göra en bedömning av den kontroll som ägaren kan utöva och vilken kontroll som faktiskt utövas.

Just när det gäller verksamhetskriteriet uppfattar jag dock rättsläget som mera oklart då detta kriterium inte är lika utrett som kontrollkriteriet av EU-domstolen. Den exakta gränsdragningen för vad som är marginell karaktär avseende den fristående enhetens verksamhet gentemot andra aktörer än den upphandlande myndigheten har ännu inte utkristalliserat sig varken i nationell eller EU-rättslig praxis. Det går också att framföra kritik gentemot verksamhetskriteriet som sådant. Det upplevs ofta som svårt att greppa och är svårt att uppfylla. Ett exempel ur verkligheten är Halmstad kommun som har flera hel- och delägda aktiebolag. Dessa aktiebolag bedriver ofta verksamhet även mot andra aktörer och inte bara gentemot den ägande kommunen. Därför upplevs det ofta ifrån kommunens sida som att man ej har nytta av undantaget.¹²⁹ Å andra sidan tror jag att det är viktigt att ha ett verksamhetskriterium så att konkurrensen på den fria marknaden inte snedvrids. Jag delar experternas bedömning om att det är bra att gå varsamt fram med möjligheten att sälja tjänster utanför ägarsfären just för att inte

¹²⁸ Jämför Konkurrensverkets yttrande 2011-08-25 diarienummer 365/2011 s. 8.

¹²⁹ Denna uppfattning framfördes av Lisbeth Johnson upphandlingschef på Halmstad kommun via mail 2012-03-10.

snedvrída konkurrensen. Syftet med in house-undantaget är att det ska vara möjligt för det offentliga att organisera sig i olika former utan att det upphandlingsrättsliga utfallet påverkas. I det fallet leverantören säljer till andra aktörer än den offentliga ägaren är det inte längre fråga om ett val av organisation och då bör inte heller den offentlige ägaren kunna åberopa undantaget.¹³⁰

7.2 Hur långt sträcker sig in-house undantaget?

I avsnitt 6.2 och 6.6 har jag framfört OFUKI-utredningens och regeringens syn på in-house undantagets räckvidd. Jag delar synen att in-house undantaget inte bara kan tillämpas av upphandlande myndigheter som är lokala eller andra offentliga myndigheter. Det är också rimligt att andra upphandlande myndigheter såsom t.ex. offentligt styrda organ kan tillämpa in house-undantaget. Därför bör det permanenta undantaget utvidgas så att det blir möjligt för ett offentligt styrt aktiebolag att tillämpa in-house undantaget. Detta kan då innebära att i det fallet kontroll- och verksamhetskriteriet är uppfyllt föreligger inte någon upphandlingsskyldighet för det offentligt styrda organet gentemot en fristående enhet.

Jag delar också OFUKI-utredningens och regeringens syn i avsnitt 6.2 och 6.6 att in-house undantaget även bör omfatta situationen då den fristående enheten anskaffar varor och tjänster ifrån den ägande upphandlande myndigheten, och inte endast det omvända. Naturligtvis förutsätter detta att kontroll- och verksamhetskriteriet är uppfyllt så att den fristående enheten står under kontroll av den upphandlande myndigheten och bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med myndigheten. För mig är det viktigt att se till kärnan i in house-undantaget vilken skulle kunna beskrivas som att när en fristående enhet är att se såsom jämställd med enheter som ingår i den egna organisationen föreligger det förutsättningar för undantag från upphandlingsskyldigheten. Därför bör det inte vara avgörande vem som är säljare och köpare i den aktuella situationen, utan istället förhållandet mellan dessa.

När det sedan gäller in house-undantagets tillämplighet i koncernförhållanden delar jag inte OFUKI-utredningens eller regeringens bedömning i avsnitt 6.2 och 6.6 ovan fullt ut. Jag förespråkar ett permanent in house- undantag som inte begränsas till anskaffning som görs av en upphandlande myndighet från en fristående enhet i rakt nedåt- eller uppåtstigande led. Istället bör in house-undantaget även omfatta anskaffning som görs inom ramen för en koncern, t.ex. mellan två systerbolag, förutsatt att kontroll- och verksamhetskriteriet uppfylls och själva anskaffningen inte

¹³⁰ Jämför *Expertpanelen svarar om köp från egna bolag* Offentliga affärer – affärstidningen för offentliga sektorn http://www.offentligaaffarer.se/index.php?option=com_content&view=article&id=601:expertpanelen-svarar-om-koep-fran-egna-bolag&catid=74:expertpanelen-svarar&Itemid=66 Besöktes 2012-03-27.

är marknadsstörande. En sådan lösning föreslås också av både Konkurrensverket och SKL. I likhet med Konkurrensverket anser jag att det inte bör vara den organisatoriska formen som är avgörande för om in house-undantaget kan tillämpas eller ej. Precis som OFUKI-utredningen och regeringen också påpekar är rättsläget osäkert avseende koncerninterna anskaffningar. Det går därför inte att i nuläget utesluta att även koncerninterna köp utan föregående upphandling skulle kunna vara förenliga med EU-rätten. Enligt min åsikt är det därför märkligt att OFUKI-utredningen anser att in house-undantaget omfattar köp av den fristående enheten från den upphandlande myndigheten och samtidigt anför att det inte finns stöd för att köp mellan systerbolag skulle vara tillåtet, utan att precisera skillnaden mellan dessa två koncernsituationer. En logik som bygger på att kontrollkriteriet kan anses uppfyllt genom moderbolagets möjlighet att instruera dotterbolaget bör leda till samma resultat i dessa båda situationer. Det är inte heller möjligt att fastställa hur den framtida EU-rättsliga utvecklingen avseende in house-undantaget i koncernsituationer kommer att se ut. Därför är det bättre att lagstiftningen tar utgångspunkt i vilket syfte som vill uppnås. Jag instämmer därför helt med Konkurrensverket att syftet och utgångspunkten därför bör vara att undvika marknadsstörande upphandlingar inom koncerner och inte att helt utesluta koncernsituationer.¹³¹

En annan anledning till att jag är mycket kritisk mot att utesluta koncerninterna köp är att konsekvenserna av detta inte är önskvärda. Kommunala bolag är idag en mycket vanlig företeelse och de kommunala bolagen omsätter drygt 145 miljarder kronor per år och finns inom en rad olika sektorer. Om OFUKI-utredningens ställningstagande blir verklighet skulle det i praktiken kunna leda till den offentliga sektorn blir tvungna att slå sönder sina koncerner, bara för att lagstiftaren inte vet hur EU-domstolen skulle bedöma anskaffning inom en koncern. En sådan omorganisation skulle medföra avsevärda kostnader som skulle tas ifrån skola, vård och omsorg. Skulle det sedan visa sig, efter en påtvingad omorganisation, att EU-domstolen bedömer att koncernförhållanden inryms i in house-undantaget skulle situationen för kommuner och landsting nästintill bli katastrofal. Att utesluta koncerner skulle också vara en inskränkning i det grundlagsfästa kommunala självstyret. Inskränkningar i självstyret får endast göras om det är nödvändigt med de ändamål som föranlett den. OFUKI-utredningen ville uppnå en regel i överensstämmelse med EU-domstolens praxis utan några begränsningar att tillämpa praxisen i Sverige. Enligt SKL:s och min mening hade detta kunnat vara möjligt med en för kommunerna och landstingen betydligt mindre ingripande åtgärd genom att föreslå ett mera generellt undantag. Därför menar jag att regeringens resonemang, se avsnitt 6.6, är bättre då det föreslås ett in house-undantag i LOU utan uttrycklig reglering av koncerninterna anskaffningar, varken i exkluderande eller inkluderande riktning.¹³²

¹³¹ Jämför Konkurrensverkets yttrande 2011-08-25 diarienummer 365/2011 s. 3 ff.

¹³² Jämför SKL: s yttrande 2011-08-26 diarienummer 11/2824 s. 3 ff.

Kommissionen har också i sitt förslag till revidering av det klassiska direktivet föreslagit ett in house-undantag som i vissa fall även omfattar anskaffning mellan systerbolag i koncernliknande situationer. Detta talar för att anskaffningar inom ramen för en koncern skulle kunna innefattas i in house-undantaget. Inför detta förslag har kommissionen också gjort en analys av rättsläget. Jag uppfattar analysen som att köp mellan två systerbolag som kontrolleras av ett gemensamt moderbolag formellt sett kan vara förenlig med rättspraxis för interna situationer om en upphandlande myndighet med två interna enheter som den äger och kontrollerar exempelvis beställer vissa varor från den ena enheten och styr leveransen till den andra.¹³³

7.3 Utformningen av in house-undantaget

Enligt min uppfattning finns det alltså vissa närliggande situationer som inte prövats av EU-domstolen. In house-undantaget, dess tillämplighet och räckvidd utvecklas ständigt i takt med EU-domstolens rättspraxis. Därför anser jag att den bästa lösningen är att utforma ett mera generellt EU-anknutet in house-undantag. Ett sådant undantag skulle kunna utformas så att det görs ett tillägg till nu gällande 2 kap. 10 § LOU genom att i dess andra stycke klargöra att med kontrakt avses dock inte sådana avtal mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som inte utgör kontrakt enligt direktiv 2004/18/EG. Fördelen med detta tillvägagångssätt är att det då skulle vara fullständig överensstämmelse mellan begreppet kontrakt på nationell och EU-rättslig nivå. Samtidigt skulle nuvarande och framtida rättspraxis täckas in vid denna utformning. Dessutom skulle svenska domstolar i större utsträckning troligen inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen än vad som görs idag. Detta skulle precisera rättsläget allt eftersom. OFUKI-utredningens förslag däremot skulle redan på nationell nivå lagstifta bort möjligheten till att tillämpa in house-undantaget i koncernsituationer utan att EU-domstolen ens prövat frågan.¹³⁴ Där anser jag dock att regeringen, se avsnitt 6.6 ovan, har ett sundare förslag som inte vare sig exkluderar eller inkluderar koncerninterna anskaffningar. Naturligtvis finns det nackdelar även med den utformning av in house-undantaget som jag föreslår. En sådan skulle kunna vara att det skulle råda stor osäkerhet om vad som är gällande rätt då de oklarheter som finns avseende EU-rätten överförs direkt till LOU utan att tolkas eller tydliggöras, inte ens genom ett klart angivande av Teckal-kriterierna. Det blir också de upphandlande myndigheterna som då får bedöma situationer som ännu inte prövats av EU-domstolen i sin bedömning av in house-undantagets tillämplighet. Lagstiftaren har ur ett generellt perspektiv bättre

¹³³ Jämför KOM 2011/896 slutligt (Kommissionens förslag till europaparlamentet och rådets direktiv om offentlig upphandling) och Arbetsdokument från kommissionens avdelningar 2011/1169 slutlig om tillämpning av EU: s upphandlingslagstiftning på relationer mellan upphandlande myndigheter (offentligt-offentligt samarbete) s. 11 f.

¹³⁴ Jämför SKL: s yttrande 2011-08-26 diarienummer 11/2824 s. 1 ff.

förutsättningar att göra detta.¹³⁵ Regeringen instämmer till viss del i remissinstansernas kritik med riskerna för en alltför detaljerad lagstiftning i sin nyligen lagda proposition. Det är inte lämpligt att i den nationella lagstiftningen använda begrepp eller systematik som inte stämmer överens med vad EU-domstolen uttalat i den praxis som är avsedd att kodifieras i nationell rätt. EU-domstolens praxis på in house-undantagets område är dock under kontinuerlig utveckling. Därför menar regeringen att in house-undantagets lagtext bör utformas i enlighet med hur EU-domstolen hittills formulerat in house-undantaget. Regeringen vill därför att lagtexten utformas så att endast grundelementen kommer till uttryck i paragrafen och detaljerna överlämnas till rättstillämpningen.¹³⁶

Min sammanvägda bedömning är ändå att det just när det gäller in house-undantaget som ständigt utvecklas och preciseras är det mycket viktigt att lagstiftaren hela tiden ligger steget före. Det är min bestämda åsikt att trots de oklarheter som kan uppstå med mitt och SKL:s förslag på in house-undantagets utformning ändå är bättre än att Sverige riskerar att utesluta vissa situationer som inte ännu prövats av EU-domstolen. Genom en direkt hänvisning till direktiv 2004/18/EG markeras det från lagstiftarens sida att det rör sig om EU-rätt och att bestämmelsen i LOU endast är en länk till direktiv 2004/18/EG.¹³⁷

7.4 Kan tillräcklig kontroll uppnås över aktiebolaget?

I avsnitt 6.4 berör jag frågan om det överhuvudtaget är möjligt för den upphandlande kommunala myndigheten att utöva tillräcklig kontroll över sitt ägda aktiebolag med dagens gällande lagstiftning. Skulle så inte vara fallet skulle eventuella förändringar i befintlig lagstiftning behöva diskuteras för att Sverige skulle kunna uppfylla EU-rättens krav. I denna del finns det olika bedömningar varvid jag redovisade två av dessa i nyss nämnda avsnitt, där styrelsens självständighet gentemot ägaren är den främsta skiljelinjen. Konkurrensverket gör bedömningen att det är högst osäkert om tillräcklig kontroll över det kommunala aktiebolaget kan uppnås med dagens aktiebolagsrätt. Detta motiveras bl.a. med att bolagsstyrelsen kan utöva ett betydande mått av självständighet gentemot en passiv ägare, enligt 8 kap. 4 § ABL. Därför krävs det att kommunen är en aktiv ägare både vad gäller styrning och kontroll för att den fristående enheten inte ska bli för självständig. I praxis har det också lagts stor vikt vid ägarens möjlighet att påverka bolagets beslut på kort och lång sikt. Därför är det värt att notera att det är relativt få beslut som enligt lag måste underställas

¹³⁵ Jämför SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s. 479 och Mattsson Dag, *Implementering av Europarätten i Sverige – några reflektioner om utvecklingen*, ERT 3/2009 s.422.

¹³⁶ Jämför proposition 2011/12:106 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s. 56 f. För den exakta lydelsen av lagförslaget se under avsnitt 6.6.

¹³⁷ Jämför SKL:s yttrande 2011-08-26 diarienummer 11/2824 s. 3.

bolagsstämman och att bolagets styrelse har vidsträckta befogenheter att fatta beslut angående bolaget och att företräda bolaget utåt.¹³⁸

I denna del delar jag OFUKI-utredningens och regeringens¹³⁹ bedömning i avsnitt 6.4 att det enligt svenska rättsförhållanden är möjligt för den upphandlande kommunala myndigheten att uppnå tillräcklig kontroll över den fristående enheten i enlighet med kontrollkriteriet. Det är dock viktigt att tänka på att tillräcklig kontroll inte på något vis uppnås per automatik utan det krävs att den upphandlande myndigheten utövar ett aktivt ägandeskap och vidtar kontrollskapande åtgärder i varje enskilt fall. Just för de offentligt ägda aktiebolagen tror jag att det finns bra möjlighet att utöva kontroll över aktiebolaget genom att t.ex. den upphandlande myndigheten såsom ägare på stämman beslutar om aktieägardirektiv till bolagsstyrelsen och VD. Genom ett sådant aktieägardirektiv innehållande styrnings- och kontrollfrågor förstärks den legala styrningen av aktiebolaget.¹⁴⁰

Enligt min mening är det trots hållpunkterna i sammanfattningen av kontrollkriteriet i avsnitt 5.4 svårt för den upphandlande myndigheten att på förhand bedöma om den har tillräcklig kontroll över det kommunalt ägda aktiebolaget för att uppfylla kontrollkriteriet. Enligt min mening är denna brist på förutsebarhet inte riktigt bra ur en rättssäkerhetsaspekt. Ett sätt att säkerställa att kontrollkriteriet är uppfyllt och därmed öka förutsebarheten skulle kunna vara att införa en särskild offentlig företagsform omgärdad med regler för detta. Detta är också ett alternativ som OFUKI-utredningen tittar på. Jag, och likaså OFUKI-utredningen, gör bedömningen att det inte bör införas en särskild offentlig rättslig företagsform. Naturligtvis skulle en sådan företagsform ha vissa fördelar i form av ökad förutsebarhet för den offentliga sektorn. Det skulle också säkerställa att de kommunalrättsliga principerna och möjlighet till överprövning blir direkt bindande i all offentlig verksamhet oavsett organisationsform. Enligt min bedömning skulle nackdelarna dock överväga fördelarna eftersom det är förenat med många komplexa problem att införa en ny juridisk person. Det skulle också medföra stora kostnader för den offentliga sektorn att ombilda dagens aktiebolag. Istället anser jag att bristen på förutsebarhet gradvis kommer att öka i takt med att EU-domstolens praxis utvecklas. Förhoppningsvis kommer svenska domstolar också att i större utsträckning begära förhandsavgörande från EU-domstolen vilket också skulle precisera rättsläget på ett ännu bättre sätt.¹⁴¹

Som jag nämnt i avsnitt 6.5 och 6.6 lämnar OFUKI-utredningen och regeringen också förslag till kompletteringar i KL just när det gäller de kommunalrättsliga principerna och kommunala företag. Jag ställer mig

¹³⁸ Jämför Konkurrensverkets yttrande 2011-08-25 diarienummer 365/2011 s. 5 ff.

¹³⁹ Regeringen instämmer i denna del i OFUKI-utredningens bedömning se proposition 2011/12:106 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s. 40.

¹⁴⁰ Jämför Daniel Stattins rättsutlåtande i SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s. 425.

¹⁴¹ Jämför SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor* s. 468 ff.

positiv till förslaget då jag tror att det kan öka den upphandlande kommunala myndighetens möjlighet till kontroll över det ägda aktiebolaget i enlighet med kontrollkriteriet. Förslaget skulle nämligen stärka den upphandlande kommunala myndighetens interna kontroll på det ägda aktiebolaget. Enligt min åsikt är det också positivt att det genom förslaget skulle ställas bättre garantier för att de kommunala bolagen inte skulle gå utanför sin kompetens.¹⁴²

¹⁴² Jämför Statskontoret remissvar 2011-05-09 diarienummer 2011/124-4 s. 2.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Bergman, Mats m.fl. *Offentlig upphandling på rätt sätt och till rätt pris* upplaga 1:1 Studentlitteratur 2011

Bergström, Sture m.fl. *Juridikens termer* upplaga 9:2 Liber 2002

Bohlin, Alf *Kommunalrättens grunder* upplaga 6 Norstedts Juridik AB 2011

Bovis, Christopher *EC Public procurement law* Dorset Press 1997

Falk, Jan-Erik *Lag om offentlig upphandling – en kommentar* upplaga 2 Jure Förlag AB 2011

Gertell, Pernilla *Nya lagen om offentlig upphandling – en handbok* upplaga 1:1 Studentlitteratur 2010

Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida *EU-rättslig metod* upplaga 2:1 Norstedts juridik 2011

Pedersen, Kristian *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna* upplaga 2 Jure Förlag AB 2011

Stattin, Daniel *Kommunal aktiebolagsrätt* upplaga 2 Norstedts juridik 2007

Trepte, Peter *Public procurement in the EU A Practitioner's Guide* upplaga 2 Oxford university press 2007

Artiklar

Mattsson, Dag *Implementering av Europarätten i Sverige – några reflektioner om utvecklingen* ERT 3/2009 s.417 ff.

Sandgren, Claes *Är rättsdogmatiken dogmatisk?* TfR 4-5/2005 s. 650 ff.

Stattin, Daniel *Teckal-kriteriernas kontrollrekvisit* Uppsala Faculty of Law Working Paper 2010:7

Offentligt tryck

Betänkande 1988/89:KU32 *Godkännande av den europeiska konventionen om kommunal självstyrelse*

Ds 2009:36 *Upphandling från statliga och kommunala företag*

Proposition 1975/76:187 *Om kommunal demokrati, ny kommunallag m.m.*

Proposition 1988/89:119 *Om godkännande av den europeiska konventionen om kommunal självstyrelse*

Proposition 1990/91:117 *Om en ny kommunallag*

Proposition 1993/94:48 *Handlingsoffentlighet hos kommunala företag*

Proposition 1996/97:105 *Kommunal samverkan*

Proposition 2009/10:134 *Upphandling från statliga och kommunala företag*

Proposition 2011/12:106 *Offentlig upphandling från eget företag – och vissa andra frågor*

SOU 1999:139 *Effektivare offentlig upphandling för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt*

SOU 2008:125 *En reformerad grundlag*

SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*

Publikationer från EU-kommissionen

KOM 2000/275 slutligt (Kommissionens förslag till europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader)

KOM 2011/896 slutligt (Kommissionens förslag till europaparlamentet och rådets direktiv om offentlig upphandling)

Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (2000/C121/02)

Arbetsdokument från kommissionens avdelningar 2011/1169 slutlig om tillämpning av EU:s upphandlingslagstiftning på relationer mellan upphandlande myndigheter (offentligt-offentligt samarbete)

Övriga publikationer

Konkurrensverket Rapport 2011:5 *Bättre statistik om offentliga upphandlingar*

Konkurrensverket *Upphandlingsreglerna – en introduktion* 2011

SKL *Kommunala samverkansformer* upplaga 2 SKL Kommentus 2009

SKL *Principer för styrning av kommun- och landstingsägda bolag, Erfarenheter och idéer* SKL 2006

Konkurrensverket Yttrande 2011-08-25 diarienummer 365/2011 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor (SOU 2011:43)*

SKL Yttrande 2011-08-26 diarienummer 11/2824 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor (SOU 2011:43)*

Statskontorets remissvar 2011-05-09 diarienummer 2011/124-4 *Betänkande offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor (SOU 2011:43)*

Internet

Alla Internetkällor kontrollerades senast den 22 maj 2012.

<http://www.kommers.se/verksamhetsomraden/Handelsamnen/Handel-och-offentlig-upphandling/>

Författare Kommerskollegiet

http://juridik.karnovgroup.se.ludwig.lub.lu.se/document/527860/3?versid=146-1-2005#SFS1974-0152_N357

Författare Eka, Anders

<http://www.kkv.se/t/Page.aspx?id=2096>

Författare Konkurrensverket

http://www.offentligaaffarer.se/index.php?option=com_content&view=article&id=601:expertpanelen-svarar-om-koep-fran-egna-bolag&catid=74:expertpanelen-svarar&Itemid=66 Författare Offentliga affärer expertpanelen svarar om köp från egna bolag

E-post

E-post från upphandlingschef i Halmstad kommun Lisbeth Johnson 2012-03-10

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

Mål C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV mot Nederländska staten*

Mål C-340/89, *Irene Vlassopoulou mot Ministerium für Justiz, Bundes-und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*

Mål C-243/89, *Europeiska gemenskapernas kommission mot Danmark*

Mål C-76/90, *Manfred Säger mot Dennemeyer & Co Ltd*

Mål C-16/98, *Europeiska gemenskapernas kommission gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike*

Mål C-107/98, *Teckal Srl mot Comune di Viano och Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*

Mål C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S och 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab mot Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri*

Mål C-26/03, *Stadt Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*

Mål C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) mot Comune di Cingia de' Botti*

Mål C-458/03, *Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen och Stadtwerke Brixen AG*

Mål C-29/04, *Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Österrike*

Mål C-340/04, *Carbotermo SpA och Consorzio Alisei mot Comune di Busto Arsizio och AGESP SpA*

Mål C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) mot Comune di Bari och AMTAB Servizio SpA*

Mål C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) mot Transformación Agraria SA (Tragsa) och Administración del Estado*

Mål C-371/05, *Europeiska gemenskapernas kommission mot Italienska republiken*

Mål C-480/06, *Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland*

Mål C-324/07, *Coditel Brabant SA mot Commune d'Uccle och Région de Bruxelles-Capitale*

Mål C-573/07, *Sea Srl mot Comune di Ponte Nossa*

Kammarrätten

Kammarrätten i Stockholm dom den 24 mars 2004, mål nr 139-04

Högsta förvaltningsdomstolen

RÅ 2008 ref. 26

RÅ 2009 ref. 43

Högsta domstolen

NJA 2001 s. 3