

Till samtliga ägarkommuner

Rättsutlåtande om AB Vårljus uppfyller kontrollkriteriet i 2 kap. 10 a § lagen (2007:1091) om offentligt upphandling (LOU)

AB Vårljus har med anledning av att det emellanåt uppkommer frågor om AB Vårljus uppfyller kontrollkriteriet i LOU gett Sveriges kommuner och landsting (SKL) i uppdrag att göra en rättsutredning. Utredningen har gjorts av SKL:s jurist Mathias Sylvan. Rättsutredningen bifogas.

Rättsutredningens slutsats är att AB Vårljus uppfyller kontrollkriteriet med tanke på det sätt som ägarnas kontroll har säkerställts i bolagsordning och ägardirektiv.

En ägarkommun behöver således inte upphandla vid köp av tjänster från AB Vårljus.

AB Vårljus



Christer Halldelius

VD



Avdelningen för juridik
Mathias Sylwan

AB Vårlyjus uppfyllelse av kontrollkriteriet i 2 kap. 10 a § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

AB Vårlyjus

AB Vårlyjus är ett aktiebolag som ägs av 25 kommuner i Stockholms län. Bolaget är verksamt inom ett antal områden inom barn- och ungdomsvården. Det bedriver kris- och utredningsverksamhet i såväl dygnsvård som öppenvård, jour- och familjehemsverksamhet, öppenvårdsbehandling, längre tids behandling med undervisning för låg- och mellanstadiebarn, samt familjerådgivning på uppdrag av ett antal kommuner i Stockholms län. Sedan hösten 2007 driver bolaget även ungdomsboende för asylsökande och för ungdomar som beviljats permanent uppehållstillstånd.

Uppdraget

AB Vårlyjus har gett mig i uppdrag att pröva om bolaget uppfyller det så kallade "kontrollkriteriet" i undantaget i 2 kap. 10 a § LOU ("Teckalundantaget"). Prövningen sker mot bakgrund av innehållet i bolagsordning och ägardirektiv vars innehåll har ändrats i omgångar. Bland annat till följd av en dom från Kammarrätten i Stockholm, 2011-11-08, mål 7089-10.

Teckalundantaget

Undantaget i 2 kap. 10 a § LOU ändrades genom lagen (2012:392) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling med ikraftträdande den 1 januari 2013. Genom denna ändring ersattes det tidigare temporära undantaget med ett permanent undantag byggt på EU-domstolens så kallade Teckalpraxis. I samband med denna ändring infördes också nya bestämmelser i kommunallagen vilka bland annat innebar att det kommunala ändamålet och de kommunala befogenheter som utgör ram för verksam-



heten ska anges i bolagsordningen för helägda aktiebolag. Vidare infördes en förstärkt uppsiktspflicht för kommun- och landstingsstyrelser¹.

Enligt undantaget i 2 kap. 10 a § LOU behöver en upphandlande myndighet inte upphandla ett avtal som den ingår med en juridisk person eller en gemensam nämnd som den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över som motsvarar den kontroll som myndigheten har över sin egen förvaltning ("kontrollkriteriet"). Den juridiska personen ska också bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den ("verksamhetskriteriet"). Enligt uppgift från AB Vårldus verkställande direktör uppgår bolagets verksamhet riktad till andra än ägarkommunerna till mindre än tio procent. Denna granskning avser därför endast AB Vårldus eventuella uppfyllelse av kontrollkriteriet.

Kontrollkriteriet i EU-domstolens praxis

Kontrollkriteriet har utformats och preciserats av EU-domstolen i ett antal domar. Av denna praxis framgår att en myndighet som själv eller tillsammans med andra myndigheter innehar en fristående juridisk person, till exempel ett aktiebolag, ska ha ett inflytande över de strategiska mål och viktiga beslut som tas i denna juridiska person². Har den juridiska personen en marknadsmässig inriktning kan det, enligt EU-domstolen, ifrågasättas om den eller de myndigheter som innehar den har detta inflytande³. Den omständigheten att den fristående juridiska personen innehas av flera myndigheter hindrar inte att kontrollkriteriet kan vara uppfyllt i förhållandet mellan den fristående juridiska personen och var och en av de myndigheter som innehar den. Även en myndighet som är minoritetsägare kan alltså ha en kontroll för den fristående juridiska personen som motsvarar den kontroll som myndigheten har över sin egen förvaltning⁴. Enligt EU-domstolen måste kontrollen vara "effektiv" men den behöver inte vara "individuell"⁵. Som framgår ovan har AB Vårldus 25 delägare där flera delägare av nödvändighet äger en mycket begränsad andel av aktierna i bolaget. Så som jag tolkar EU-domstolens praxis innebär emellertid inte detta förhållande i och

¹ 3 kap. 17 § samt 6 kap. 1 a § kommunallagen (1991:900).

² C-458/03 (Parken Brixen), p. 65.

³ Ibid., p. 67.

⁴ Se C-295/08 (Asemfo) och C-324/07 (Coditel).

⁵ C-324/07 (Coditel), p. 46.

för sig att bolaget inte kan uppfylla kontrollkriteriet i förhållande till var och en av sina delägare. I en dom från den 29 november 2012, de förenade målen C-182/11 och C-183/11 (Econord) har EU-domstolen utvecklat detta ytterligare. Enligt EU-domstolen kan visserligen också en minoritetsdelägare utöva en tillräcklig kontroll över en fristående juridiska person, till exempel ett aktiebolag. Dock måste även en minoritetsdelägare ha *"möjlighet att vara delaktig i kontrollen över denna enhet"*. En myndighet vars andel är så liten att den endast utgör ett *"rent formellt ägande"* kan, enligt EU-domstolen, inte anses utöva kontroll över den fristående juridiska personen⁶ (EU-domstolens dom i Econord kommenteras ytterligare nedan). Av EU-domstolens praxis framgår vidare att en juridisk person som också innehas av ett privat företag, om än i minoritetsställning, inte uppfyller kontrollkriteriet⁷. AB Vårlyjus har dock inga privata delägare.

Kommunallagen

Enligt nyligen införda ändringar i kommunallagen ska kommunen i bolagsordningen hos ett helägt aktiebolag se till att det kommunala ändamålet och de kommunala befogenheterna som utgör ram för verksamheten anges i bolagsordningen. AB Vårlyjus är inte ett av en kommun helägt kommunalt aktiebolag. Som nämns ovan ägs AB Vårlyjus av 25 kommuner. Av rättspraxis framgår emellertid att fullmäktiges skyldigheter enligt 3 kap. 17 § kommunallagen i tillämpliga delar ska gälla också för aktiebolag som ägs av enbart offentliga aktörer⁸. Så har också skett. Det ska dock påpekas att detta i och för sig inte har någon avgörande betydelse för prövningen om AB Vårlyjus uppfyller kontrollkriteriet vilket är ett begrepp som utformats i EU-rättslig praxis. Ett kommunalt aktiebolag bör kunna uppfylla kontrollkriteriet även om de kommunala befogenheterna inte skulle vara inskrivna på ett fullständigt sätt i bolagsordningen, till exempel om det där står att bolaget bara får ha affärsrelationer med den eller de kommuner som innehar detta och inte till någon del ha andra kunder än ägarkommunerna.

⁶ C-182/11 och C-183/11 (Econord), p. 31.

⁷ C-26/03 (Stadt Halle), p. 49.

⁸ Kammarrätten i Sundsvall, dom 2014-01-14, mål 1001-13.

AB Vårlyjus bolagsordning

Enligt AB Vårlyjus bolagsordning får "[b]olagets tjänster ... endast säljas till kommuner och marginellt till andra kommuner än ägarkommuner". Vidare framgår att bolaget endast får bedriva kompetensenlig verksamhet utan vinstsyfte. Enligt punkt 15 i bolagsordningen ska ägare ha rätt att begära att styrelsen kallar till extra bolagsstämma innan frågor av principiell betydelse fattas samt styrelsen hänskjuta ärenden till stämman som i väsentlig grad kan komma att påverka bolagets framtida inriktning. Av bolagsordningen framgår alltså att AB Vårlyjus AB huvudsakligen ska vara inriktad mot ägarkommunerna samt att bolaget inte får ha någon marknadsmässig inriktning av någon betydelse. Vidare framgår att beslut som i väsentlig grad kan påverka bolagets framtida inriktning ska hänskjutas till stämman där samtliga ägare är representerade. Redan innehållet i AB Vårlyjus bolagsordning borde därmed vara tillräckligt för att uppfylla kontrollkriteriet i 2 kap. 10 a § LOU.

EU-domstolens dom i C- 182/11 och C-183/11 (Econord)

I det ovan nämnda avgörandet från EU-domstolen Econord uttalar sig EU-domstolen emellertid på ett sätt som kan vara problematiskt för kommunala bolag och som innehas av många kommuner. Bakgrunden i Econord var att två italienska kommuner förvärvade en aktie vardera i ett kommunalt renhållningsbolag och därefter tilldelade detta bolag ett kontrakt avseende renhållningstjänster, huvudsakligen deponering av kommunernas sopor⁹. Eftersom den totala aktiestocken i det kommunala renhållningsbolaget uppgick till 173 785 aktier gjorde det privata företaget Econord SpA gällande att de två kommunernas ägarandel var så liten att dessa inte kunde anses utöva kontroll över det kommunala renhållningsbolaget. EU-domstolen konstaterade att en myndighet inte får ha ett så begränsat innehav i en fristående juridisk person att detta endast utgör "ett rent formellt ägande" utan någon "någon möjlighet att vara delaktig i kontrollen" av den fristående juridiska personen eftersom detta skulle öppna för ett "kringgående av unionsrättens regler om offentlig upphandling"¹⁰. För att myndigheter som gemensamt innehar en fristående juridisk person ska anses "gemensamt... utöva en kontroll över denna enhet som motsvarar den som de utövar över sina egna

⁹ C-182/11 och C-183/11 (Econord), p. 10.

¹⁰ Ibid., p. 31.

förvaltningar” måste därför två rekvisit vara uppfylla, nämligen att *”var och en av dessa myndigheter både äger en andel i enheten och deltar i dess styrande organ”*¹¹. Det är osäkert hur det andra rekvisitet – att samtliga ägare måste delta i den fristående juridiska personens styrande organ - kommer att tolkas av svenska domstolar, om det kommer att tolkas så att samtliga ägare måste ha en ordinarie styrelseledamot i ett kommunalt aktiebolag för att anses ”delta i bolagets styrande organ”. En sådan tolkning skulle sannolikt avsevärt försvåra styrelsearbetet i kommunala bolag med många delägare. Enligt AB Vårsljus bolagsordning ska styrelsen bestå av lägst fem och högst sju ledamöter samt av noll till fem suppleanter. Ett bolag kan inte tvingas ha 25 eller fler ordinarie styrelseledamöter utan risk för att styrelsearbetet blir ineffektivt. I EU:s nya direktiv om offentlig upphandling, vilket godkändes av EU-parlamentet genom en omröstning den 15 januari 2014, tacklas därför den problematik som uppstått genom EU-domstolens uttalande i Econord genom följande skrivning:

*”Den kontrollerade juridiska personens beslutsorgan består av representanter från samtliga deltagande upphandlande myndigheter. Enskilda representanter får företräda flera eller samtliga av de deltagande upphandlande myndigheterna.”*¹²

Enligt det nya direktivet ska alltså en styrelseledamot kunna representera fler än en delägare. Det är emellertid tveksamt om detta kommer att vara till någon hjälp för AB Vårsljus med tanke på styrelsens ansvar enligt den svenska aktiebolagslagen (ABL). Det nya direktivet utgår nämligen från att styrelsens ledamöter är ombud för ägarna i ett aktiebolag. Enligt den svenska aktiebolagslagen ska emellertid aktiebolagets styrelseledamöter agera på uppdrag av bolaget och se till bolagets, inte en viss delägars, intresse.

Ägardirektivets betydelse i svensk aktiebolagsrätt

Econord innebär i och för sig en osäkerhet för svenska kommunala aktiebolag som innehas av många kommuner. Det ska dock påpekas att EU-domstolen här utgick från

¹¹ Ibid., p. 33 och domslutet.

¹² Europaparlamentets lagstiftningsresolution av den 15 januari 2014 om förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD)), Artikel 12.3 i)

innehållet i italiensk aktiebolagsrätt. När EU-domstolen bedömer om en myndighet kan anses utöva kontroll över en fristående juridisk person motsvarande den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning ska nämligen EU-domstolen ta hänsyn till alla relevanta lagsbestämmelser och omständigheter¹³. Detta innebär att även innehållet i relevant nationell lagstiftning ska beaktas. Enligt den svenska aktiebolagslagen (ABL) kan ägarna utöva kontroll över ett aktiebolag genom ägardirektiv. Någon motsvarighet till direktivrätten i ABL finns inte i den italienska aktiebolagslagstiftningen¹⁴. Ett ägardirektiv kan vara ett mycket effektivt verktyg för ägarna för att utöva kontroll över ett aktiebolag. Om styrelsen eller den verkställande direktören inte rättar sig efter innehållet i ett ägardirektiv kan dessa bli skadeståndsskyldiga gentemot bolaget, eventuellt direkt gentemot aktieägarna¹⁵.

AB Vårljus ägardirektiv

AB Vårljus ägare har använt sig av möjligheten att styra över bolagets verksamhet också genom ett ägardirektiv. Av detta ägardirektiv framgår bland annat att bolagets styrelse inte utan stämmans godkännande får ta vissa i ägardirektivet särskilt uppräknade beslut som att teckna entreprenadavtal med andra än ägarkommuner och köpa fastigheter över ett visst värde (lämpligt vore om denna punkt kompletterades med en allmän skyldighet för styrelsen att inhämta stämmans godkännande innan också andra beslut av principiell beskaffenhet eller större vikt fattas). Det är mycket möjligt att direktivrätten enligt den svenska aktiebolagslagen och det sätt som AB Vårljus ägare gjort bruk av denna direktivrätt uppväger den omständigheten att inte samtliga delägare är representerade i bolagets styrelse. Detta är dock en fråga som ytterst måste besvaras av EU-domstolen. Det är omöjligt att med säkerhet säga vilken bedömning som en svensk domstol skulle göra här. Det mest lämpliga vore naturligtvis om den svenska domstolen begärde förhandsavgörande hos EU-domstolen. Som bekant har det emellertid aldrig hänt att en svensk domstol gjort detta i ett upphandlingsmål.

¹³ Se t.ex. C-340/04 (Carbotermo), p. 36 och C-324/07 (Coditel), p. 28.

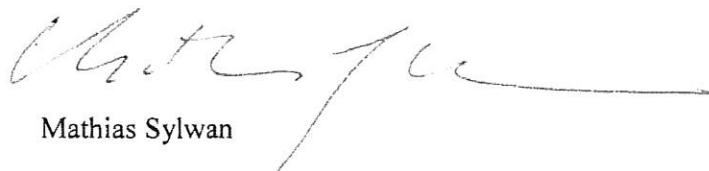
¹⁴ Se rättsutlåtande 2009-12-12, av Daniel Stattin till Utredningen om offentlig företag – upphandling, kontroll, insyn (Fi 2009:28).

¹⁵ Ibid.

Slutsatser

Enligt min bedömning uppfyller AB Vårljus kontrollkriteriet med tanke på det sätt som ägarnas kontroll har säkerställts i bolagsordning och ägardirektiv¹⁶. EU-domstolens avgörande i de förenade målen C-182/11 och C-183/11 (Econord) utgör naturligtvis ett orosmoment men detta avgörande uppvägs, enligt min mening, av den starka direktivrätt som ägare till ett aktiebolag har enligt svensk aktiebolagsrätt.

2014-01-31



Mathias Sylwan

¹⁶ Se dock förslag till komplettering av ägardirektiv ovan.