

## Sammanfattning

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

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

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

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

## Undantag från upphandlingsskyldighet i in house-situationer

### *Utredningens förslag*

OFUKI-utredningen föreslår att permanenta bestämmelser om undantag från upphandlingsskyldighet införs i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Bestämmelserna innebär att en upphandlande myndighet inte behöver genomföra en offentlig upphandling när den anskaffar t.ex. varor eller tjänster från en juridisk person som myndigheten helt eller delvis innehar eller är medlem i. Det kan till exempel avse anskaffning från ett aktiebolag eller ett kommunalförbund. Även anskaffning från en gemensam nämnd kan omfattas av undantaget.

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

En förutsättning för att undantaget ska vara tillämpligt är att två villkor är uppfyllda. Dessa har sin direkta motsvarighet i EU-domstolens praxis om det s.k. in house-undantaget och villkoren för detta, de s.k. Teckal-kriterierna (kontroll- och verksamhets-kriterierna). Villkoren innebär att den upphandlande myndigheten ska utöva en kontroll över leverantören som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning. Vidare får verksamhet som leverantören utför tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten endast vara av marginell karaktär.

Utredningen föreslår att bestämmelserna ska träda i kraft den 1 januari 2013 och att de ska tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet.

### *Bakgrund*

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

Huvudregeln enligt EU-rätten är att en offentlig myndighet som är upphandlande myndighet måste genomföra en upphandling när t.ex. varor eller tjänster anskaffas från någon annan. Enligt EU-domstolens praxis gäller dock undantag från upphandlingsskyldighet när anskaffning sker från en fristående enhet som har ett visst samband med den upphandlande myndigheten. Detta in house-undantag förutsätter dels att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den fristående enheten som motsvarar myndighetens kontroll över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet), dels att den fristående enheten bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar enheten (verksamhetskriteriet). När kriterierna är uppfyllda uppkommer inte något kontrakt i EU-rättens mening mellan den upphandlande myndigheten och den fristående enheten.

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

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

### *Offentligt ägda företag m.m. i Sverige*

Kommuner och landsting kan samverka i de kommunalrättsliga organisationsformerna kommunalförbund och gemensam nämnd. Staten, kommuner och landsting kan även använda sig av samtliga slags privaträttsliga organisationsformer för att bedriva verksamhet utanför den egna juridiska personen. I särklass vanligast är att sådan verksamhet bedrivs i aktiebolag enligt aktiebolagslagen (2005:551), ABL. De associationsrättsliga reglerna, bl.a. om möjligheterna till ägarstyrning, är desamma för ett offentligt ägt företag som för ett privat ägt företag.

Det finns knappt 400 aktiva företag som har staten som huvudägare. De flesta finns i koncerner där moderbolaget förvaltas av Regeringskansliet. De till omsättningen största koncernerna har Vattenfall AB respektive Systembolaget AB som moderbolag. Det finns även företag med inriktning mot forskning, utveckling och utbildning vilka förvaltas av universitet och högskolor samt ett fåtal företag som förvaltas av andra statliga myndigheter.

Landstingens företag bedriver i huvudsak verksamhet inom transportsektorn eller hälso- och sjukvårdssektorn. Det finns ett åttiotal aktiva landstingsägda företag, varav ett trettiotal inom transportsektorn. I fråga om landstingsägda bolag inom hälso- och sjukvården är Stockholms läns landsting helt dominerande.

Knappt 1 600 företag ägs av kommuner. Nästan samtliga kommuner äger ett eller flera företag. Den verksamhet som kommunerna bedriver i företagsform avser i huvudsak områdena transporter, fastigheter, energi, vatten och avlopp samt avfallshantering. Därutöver bedrivs också verksamhet inom bl.a. områdena näringslivsutveckling och turism, kultur och fritid samt försäkring.

Utredningen har genomfört en enkätundersökning avseende de offentligt ägda företagens handel med ägare och företag i samma koncern. Av den sammanlagda nettoomsättningen för de företag som besvarade enkäten avsåg nästan en fjärdedel försäljning till deras ägare (staten, kommuner eller landsting) eller till bolag i samma koncern. Knappt en femtedel av denna försäljning baserades på upphandlingskontrakt. Andelen försäljning till ägare och koncernföretag är högst för de kommunala företagen.

*Ett permanent in house-undantag bör införas i LOU men inte i LUF eller LOV*

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

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

OFUKI-utredningen konstaterar att företag som ägs av kommuner och landsting i stor utsträckning bedriver handel i form av försäljning till sina ägare. Omkring en tredjedel av nettoomsättningen för de kommunägda företagen som besvarat utredningens enkät avser försäljning till den ägande kommunen eller till företaget i samma koncern. Flertalet verksamhetsområden är i olika utsträckning berörda. De landstingsägda företagen domineras i detta avseende av Stockholms läns landstings bolag inom hälso- och sjukvården, vilka säljer nästan all verksamhet till landstinget eller till koncernbolag. Jämförelsevis har de statligt ägda företagen minst handel med ägaren. Vissa statliga företag är dock berörda av in house-frågan.

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

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

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

Argument som talar mot ett in house-undantag i LOU är främst att upphandlingsskyldighet i viss utsträckning kan ge ökade möjligheter för den privata sektorn att konkurrera med offentliga företags säljverksamhet till sina ägare. Dock har redan genom EU-domstolens formulering av Teckal-kriterierna tagits hänsyn till vikten av goda konkurrensförhållanden. Argumenten mot ett undantag framstår enligt OFUKI-utredningens mening inte som tillräckliga för att tillmätas en avgörande betydelse.

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

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

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

#### *Teckal-kriterierna i förhållande till svenska organisationsformer*

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

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

Frågan om kontrollkriteriet kan vara uppfyllt i förhållande till svenska organisationsformer, t.ex. aktiebolag enligt ABL, är bl.a. beroende av innehållet i den svenska associationsrätten och andra regelverk men också av den ägarstyrning som finns i det enskilda fallet. En prövning av om kriteriet är uppfyllt måste alltså göras för varje enskilt fall. Generellt bedömer dock OFUKI-utredningen att svenska rättsförhållanden inte hindrar att kontrollkriteriet kan vara uppfyllt i förhållande till ett aktiebolag enligt ABL. Utredningen bedömer att en upphandlande myndighet som är ägare till ett svenskt aktiebolag enligt ABL kan skapa möjlighet till avgörande påverkan på bolagets strategiska mål och viktiga beslut genom åtgärder som är förenliga med aktiebolagsrätten. Vidare bedömer utredningen att staten, en kommun eller ett landsting som ägare till ett aktiebolag enligt ABL kan utöva en kontroll över bolaget motsvarande den kontroll som staten, kommunen eller landstinget utövar över den egna förvaltningen. I det enskilda fallet kan flera olika slags åtgärder vara av betydelse, bl.a. bolagsordningens innehåll beträffande bolagets syfte och verksamhetsföremål samt i vad mån bolagsstämman beslutat om anvisningar. För kommunala bolag kan det vara av betydelse huruvida åtgärder vidtagits i enlighet med bestämmelserna i kommunallagen (1991:900) om kommunala företag. En kontrollskapande åtgärd torde t.ex. kunna vara att fullmäktige har sett till att få ta ställning innan beslut som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas i bolagets verksamhet.

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

Som följd av bedömningarna anser OFUKI-utredningen att det inte behöver införas någon särskild offentlig företagsform för att säkerställa att kontrollkriteriet kan tillämpas.

Enligt OFUKI-utredningens mening kan inte uteslutas att det i relationen mellan t.ex. en kommun och ett kommunalförbund som kommunen är medlem i kan uppkomma situationer som ger upphov till upphandlingsskyldighet. Detsamma gäller i relationen mellan t.ex. en kommun och en gemensam nämnd som kommunen deltar i. I ett sådant fall uppkommer frågan om situationen kan vara in house enligt EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna. Även om frågan måste prövas för varje enskilt fall, bedömer OFUKI-

utredningen att svensk rätt generellt sett inte hindrar att kontrollkriteriet kan vara uppfyllt i förhållande till ett kommunalförbund eller en gemensam nämnd.

#### *Modell för utformningen av ett in house-undantag i LOU*

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

Genom den förstnämnda utformningen skulle en fullständig överensstämmelse mellan det svenska begreppet kontrakt och motsvarande begrepp i EU:s direktiv kunna åstadkommas för in house-situationer. Detta skulle särskilt kunna ha betydelse för vissa situationer som ännu inte prövats av EU-domstolen. Utformningen skulle nämligen innebära att den svenska lagstiftaren varken tar – eller behöver ta – ställning till om sådana fall kan omfattas av in house-undantaget enligt EU-rätten och därför bör inbegripas eller uteslutas från tillämpningsområdet för en svensk regel. En nackdel är att lagregeln skulle leda till en betydande osäkerhet om vad som är gällande rätt eftersom oklarheterna kring EU-rätten överförs till LOU i princip helt utan att tolkas eller tydliggöras, inte ens genom ett klart angivande av Teckal-kriterierna.

Mot bl.a. denna bakgrund bedömer OFUKI-utredningen att in house-undantaget i LOU bör utformas enligt en annan modell, i likhet med den temporära bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU. Denna utformning innebär att EU-domstolens praxis görs tillämplig i Sverige genom en kodifiering av Teckal-kriterierna med den preciseringen att dessa endast kan tillämpas av vissa upphandlande myndigheter gentemot vissa slags leverantörer. En viss nackdel i



jämförelse med den alternativa utformningen är att försiktighet måste iakttas i bedömningen av om sådana situationer som ännu inte prövats av EU-domstolen bör omfattas av lagregeln.

#### *Den närmare utformningen av ett in house-undantag i LOU*

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

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

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

OFUKI-utredningen anser att ett in house-undantag i LOU inte bör omfatta anskaffning som görs inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation i andra fall än då anskaffningen görs i rakt nedåt- eller uppåtstigande led. EU-domstolen

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

#### *Alternativa åtgärder och frågor om statligt stöd*

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

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

## Kommunalrättsliga principer och de kommunala företagen

### *Utredningens förslag*

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

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

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

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

Utredningen föreslår att styrelsen, om det saknas förenlighet i något avseende som nu angetts, ska lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder. Styrelsen ska även lämna sådana förslag till fullmäktige om det framkommit att det kommunala ändamål med aktiebolagets verksamhet som fastställts av fullmäktige inte är förenligt med de kommunala befogenheterna. OFUKI-utred-

ningen föreslår också att styrelsen vid behov även ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de krav som anges i KL beträffande kommunala aktiebolag är uppfyllda.

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

### *Bakgrund*

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

Kommunernas och landstingens kompetens att bedriva olika slags verksamhet följer av bestämmelser i bl.a. regeringsformen, KL, och författningar för speciella verksamheter. Av särskild betydelse för avgränsningen av den kommunala kompetensen är vissa grundprinciper som utvecklats i rättspraxis och som på 1990-talet togs in i kommunallagstiftningen. Några principer, t.ex. lokaliseringsprincipen och förbudet mot att driva spekulativa företag, är kompetensbegränsande. Andra aktualiseras när en kommun eller ett landsting agerar inom ramen för sin kompetens. Detta gäller för t.ex. likabehandlingsprincipen och självkostnadsprincipen.

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

Enligt 3 kap. 17 § KL gäller skyldighet för fullmäktige att vidta vissa åtgärder avseende helägda aktiebolag och stiftelser som bildats av en ensam kommun eller ett ensamt landsting. Bl.a. ska fullmäktige fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten. Vidare ska fullmäktige se till att få ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av

större vikt fattas. För sådana bolag och föreningar där kommunen eller landstinget bestämmer tillsammans med någon annan ska fullmäktige, enligt 3 kap. 18 § KL, se till att den juridiska personen blir bunden av de villkor som avses i 3 kap. 17 § KL i en omfattning som är rimlig med hänsyn till andelsförhållandena, verksamhetens art och omständigheterna i övrigt. Detsamma gäller om kommunen eller landstinget bildar en stiftelse tillsammans med någon annan.

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

*Problem med att de kommunalrättsliga principerna inte är direkt bindande*

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

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

Enligt OFUKI-utredningens mening skulle ett regelverk som leder till att de kommunala företagen alltid är bundna av de kom-

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

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

OFUKI-utredningen anser att det är en brist att det inte finns något krav på att bolagsordningen för kommunala aktiebolag innehåller samtliga kommunalrättsliga principer i den mån de är tillämpliga för den aktuella verksamheten. Principerna utgör grundläggande förutsättningar för verksamheten i ett kommunalt aktiebolag och bör därför enligt utredningens mening också göras bindande genom att komma till uttryck i det centrala styrande dokumentet för bolaget. Motsvarande gäller i fråga om det kommunala ändamål som fullmäktige ska fastställa enligt 3 kap. 17 § KL. Även skyldigheten för helägda kommunala bolag att inhämta fullmäktiges ställningstagande innan beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas, bör enligt utredningens mening säkerställas av fullmäktige genom att bestämmelser tas in i bolagsordningen.

OFUKI-utredningen anser därför att fullmäktiges ansvar att fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten i helägda aktiebolag ska kompletteras med en skyldighet att se till att detta ändamål och de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten kommer till uttryck i bolagsordningen. Vidare anser utredningen att fullmäktiges ansvar att se till att få ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt ska kompletteras med ett krav på att skyldigheten för bolaget att inhämta ställningstagande ska anges i bolagsordningen. Motsvarande bedömning görs av utredningen beträffande sådana stiftelser som bildas av en ensam kommun eller ett ensamt landsting. Det som i fråga om aktiebolag ska tas in i bolagsordningen får för stiftelser tas in i stiftelseförordnandet eller stiftelseurkunden.

Någon ändring av i vilken grad de kommunalrättsliga principerna ska göras bindande för kommunala aktiebolag är inte avsedd. Ändringen avser endast det sätt på vilket bundenheten ska åstadkommas.

Genom att fullmäktiges skyldigheter avseende helägda aktiebolag ändras, påverkas även fullmäktiges skyldigheter avseende sådana bolag och föreningar där kommunen eller landstinget bestämmer tillsammans med någon annan, t.ex. delägda aktiebolag. Att bl.a. det kommunala ändamål som fullmäktige fastställt för verksamheten ska anges i bolagsordningen liksom de kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten, påverkar också lekmannarevisorernas granskning i kommunala aktiebolag.

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

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

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

I samband med styrelsens prövning eller i annat sammanhang kan framkomma att det kommunala ändamål med ett aktiebolags verksamhet som fastställts av fullmäktige inte är förenligt med de kommunala befogenheterna. Visserligen kan redan i dag finnas anledning för styrelsen att agera i sådana fall, men enligt OFUKI-utredningens mening bör styrelsens ansvar anges i lagen. Utred-

ningen anser att det därför bör gälla skyldighet för styrelsen att lämna förslag till fullmäktige om nödvändiga åtgärder för det fall det framkommit att det ändamål som fastställts av fullmäktige eller den verksamhet som faktiskt bedrivs inte stämmer överens med de kommunala befogenheterna. Det bör även tydliggöras i lagen att styrelsen har skyldighet att vid behov vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de krav som gäller beträffande kommunala aktiebolag är uppfyllda.

## Insyn i kommunala bolag och entreprenader

### *Bakgrund*

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

I 2 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) finns en bestämmelse som innebär att offentlighetsprincipen gäller i aktiebolag, handelsbolag, ekonomiska föreningar och stiftelser där kommuner utövar det rättsligt bestämmande inflytandet. I delägda bolag eller föreningar som inte omfattas av offentlighetsprincipen gäller i stället enligt 3 kap. 18 § tredje stycket kommunallagen (1991:900), KL, att kommunen ska verka för att allmänheten ska få insyn på samma grunder som gäller för myndigheter. Enligt 3 kap. 19 a § KL ska kommuner och landsting vidare, när verksamheter överlämnas på entreprenad, i avtalet beakta allmänhetens intresse av att få information om verksamheten.

### *Utredningens undersökning och utvärdering*

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

Mot bakgrund av dessa undersökningar bedömer utredningen att beslut av kommunala bolag om utlämnande av handlingar endast i låg utsträckning synes ändras av högre instans efter över-



klagande. Utredningen bedömer däremot att kommunala bolag inte i tillräcklig grad synes efterleva det krav på skyndsamhet som gäller då någon begär att få del av en allmän handling. Vad gäller överlämnande av kommunal verksamhet på entreprenad finns indikationer på att detta sker utan att allmänhetens intresse av att få information om verksamheten beaktas i tillräckligt hög utsträckning.

## Överföring av rätten att fatta upphandlingsbeslut från kommuner och landsting

### *Utredningens förslag*

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

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

Beslut som anställda i inköpscentraler fattar på delegation ska, enligt utredningens förslag, anmälas till den som har lämnat uppdraget att fatta beslut. Bestämmelserna om jäv i 6 kap. 24–27 §§ kommunallagen (1991:900), KL, ska tillämpas på anställda i inköpscentraler som fattar beslut på delegation.

Utredningens förslag innebär att nya regler tas in i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter och träder i kraft den 1 januari 2013.

### *Bakgrund*

OFUKI-utredningen har i uppdrag att analysera om det bl.a. mot bakgrund av reglerna om inköpscentraler i upphandlingslagstiftningen finns behov av bestämmelser som gör det kommunalrätts-

ligt möjligt att delegera rätten att fatta upphandlingsbeslut till någon annan. Vid behov ska förslag till en delegationsbestämmelse lämnas. Utredningen ska även bl.a. översiktligt beskriva hur kommuner och landsting genomför samordnade upphandlingar och undersöka i vilken utsträckning de, utöver samordnade upphandlingar, överlåter till någon annan att upphandla för deras räkning.

Vid anskaffning av tjänster är en upphandlande myndighet eller enhet som huvudregel skyldig att genomföra en upphandling. Särskilda bestämmelser om inköpscentraler har dock införts i både lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. Reglerna innebär att det under vissa förutsättningar är möjligt för upphandlande myndigheter och enheter att ta hjälp av en annan upphandlande myndighet – en inköpscentral – vid sin anskaffning utan att denna hjälp först behöver konkurrensutsättas genom upphandling.

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

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

#### *Samordnad upphandling förekommer i olika grupperingar*

I hela landet finns tämligen fast etablerade grupperingar av geografiskt näraliggande kommuner eller landsting som ofta samarbetar om att genomföra upphandlingar. Samarbetet kan ha lösa former eller en mera fast struktur. Mera strukturerat samarbete kan baseras på avtal eller i vissa fall utövas genom ett kommunalför-

bund, en gemensam nämnd eller ett aktiebolag. På ett nationellt plan förekommer samordnad upphandling bl.a. genom möjlighet för kommuner och landsting att ansluta sig till Kammarkollegiets ramavtalsupphandlingar på IT-området. De närmare formerna för hur samordnade upphandlingar genomförs varierar.

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

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

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

OFUKI-utredningens förslag innefattar bl.a. bestämmelser om att beslut som fattats av anställda i inköpscentraler på delegation från en kommunal nämnd ska anmälas till nämnden.