

Cirkulärnr: 12:50
Diariernr: 12/5722
Handläggare: Lena Dalman
Avdelning: Avdelningen för juridik
Datum: 2012-10-12
OBS! Reviderat 2014-09-09: stycket ”Fatta
tilldelningsbeslut” samt bilaga 6 utgår.
Rubrik: Ändringar i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
– Teckalundantagen – och ändringar i kommunallagen
mm.
Bilagor: SFS 2012:391 och SFS 2012:392

CIRKULÄR 12:50

Juridik
Kommun-/Landsting-/Regiondirektör
Ordförande i kommun-/landsting-
/regionstyrelse
Inköp/upphandling
Kommunala bolag

Ändringar i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – Teckalundantagen - och ändringar i kommunallagen (1991:900) mm.

Inledning

Detta cirkulär behandlar ny lagstiftning i LOU, kommunallagen och lagen om vissa kommunala befogenheter. Den nya lagstiftningen träder ikraft den 1 januari 2013.

Permanent Teckal-undantag

Genom lagändringen har införts ett permanent in house-undantag från kravet på upphandling. Det nya undantaget innebär att avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd inte anses utgöra ett kontrakt enligt LOU. Undantaget gäller endast under förutsättning att kontroll- och verksamhetskriterierna, de s.k. Teckalkriterierna är uppfyllda. Villkoren innebär dels att den upphandlande myndigheten måste utöva en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, dels att den juridiska personen måste bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den. Om dessa villkor är uppfyllda anses relationen mellan parterna som intern, varför upphandling enligt LOU inte behöver ske.

Lagändringarna framgår av SFS 2012:391 och SFS 2012:392. Regleringen ersätter det temporära undantag som infördes den 1 juli 2010 (SFS 2010:569) och som upphör att gälla den 1 januari 2013.

Delegationsrätt till anställda i inköpscentraler

Det har också beslutats att nämnder får möjlighet att delegera beslutandräkten i en upphandling åt anställda i s.k. inköpscentraler. Dessa regler har placerats i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter och finns i SFS 2012:389.

Nya regler i kommunallagen om säkerställande av kommunala principer och förstärkt uppsiktsplikt för kommun- och landstingsstyrelse

Ändringar har också gjorts i kommunallagen som rör de kommunala företagen. Bestämmelserna innebär bl.a. att det i bolagsordningen ska anges det kommunala ändamålet med företaget och att kommun- resp. landstingsstyrelse får en förstärkt uppsiktsplikt över företagen. Lagändringarna finns i SFS 2012:390.

Begrepp

I detta cirkulär används beteckningen kommunstyrelsen som sammanfattningsbegrepp för kommunstyrelse, landstingsstyrelse och regionstyrelse.

LOU och Teckal-undantagen

SYSAV-målen

SYSAV-målen (RÅ 2008 ref. 26) rörde frågan huruvida den svenska upphandlingslagstiftningen gav utrymme för något undantag från upphandlingsskyldighet när kommuner köper tjänster från kommunala bolag. Regeringsrätten konstaterade att den svenska lagens ordalydelse svårligen gav utrymme för tolkningen att kommunerna skulle vara undantagna från lagens regelverk. I stället anförde Regeringsrätten att det allmänt torde anses att den svenska lagstiftningen inte medgav att kommuner och landsting köper varor och tjänster från sina egna bolag utan formell upphandling. Regeringsrätten anförde vidare att EU-domstolen i ett antal domar uttalat att direktiv 92/50 inte utgör hinder mot nationell lagstiftning som innebär att företag som på visst sätt är knutna till en upphandlande enhet (de s.k. Teckal-kriterierna) utför uppdrag åt enheten utan iakttagande av direktivets bestämmelser. Då den nationella lagstiftningen i Sverige inte innehöll några sådana undantag från upphandlingsskyldigheten aktualiserades dock enligt Regeringsrättens mening inte frågan om tillämpning av Teckal-kriterierna i de aktuella målen. Regeringsrättens bedömning var därmed att kommunen varit skyldig att upphandla den aktuella tjänsten.

Det temporära undantaget

Domen från Regeringsrätten vållade stor debatt. Lagstiftaren ansåg att avgörandet skulle kunna medföra stora kostnader för den offentliga sektorn, och att en ändring i LOU var nödvändig. Regeringen snabbtredde därför frågan och lade i mars 2010 fram en proposition i ämnet.¹ Propositionen antogs av riksdagen, och ledde till att en ny paragraf, 2 kap. 10 a §, infördes i LOU.² Paragrafen, som är temporär, har följande lydelse:

¹ Prop. 2009/10:134

² SFS 2010:569

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

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

Första stycket gäller endast

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

2 kap. 10 a § LOU reglerar inte alla situationer när offentligt ägda företag sluter avtal med varandra.

En begränsning är att endast vissa upphandlande myndigheter kan vara köpare; kommunala myndigheter, landstings- eller kommunfullmäktige samt kommunalförbund. Även gemensamma nämnder kan stå som köpare, eftersom en sådan nämnd alltid är införlivad i en värdkommun/landsting. Däremot kan inte kommunala bolag stå som köpare.

Även andra viktiga inskränkningar finns i den temporära bestämmelsen. Bestämmelsen medger inte undantag i den ”omvända situationen”, dvs. när ett kommunalt företag köper av sin ägare. Paragrafen ger heller inte utrymme för köp utan upphandling när två företag köper av varandra.

Det temporära undantaget upphör att gälla den 1 januari 2013.

Det permanenta undantaget

Det permanenta undantaget innebär att 2 kap. 10 a § LOU får en ändrad lydelse, **bilaga 1**. Syftet med paragrafen är att införa ett undantag i LOU i enlighet med EU-domstolens praxis om Teckalkriterierna.³ Denna praxis är långt ifrån tydlig, och många oklarheter kvarstår fortfarande.⁴ I propositionen ges en del vägledning.

I förhållande till den befintliga 2 kap. 10 a § LOU ska några skillnader lyftas fram:

- Alla upphandlande myndigheter, alltså även offentligt styrda organ som kommunala bolag, kan utnyttja in house-undantaget som köpare;

³ Prop. s. 48. I avsnitt 4.2 i propositionen görs en genomgång av EU-domstolens praxis. Se även SOU 2011:43

⁴ Jfr prop. s. 56 där det framhålls att Lagrådet gjort påpekanden om detta

- Den nya bestämmelsen möjliggör även in house-undantag i ”den omvända situationen”; exempelvis att ett bolag köper från sin ägare;
- Den nya bestämmelsen utesluter inte att koncerninterna köp kan anses omfattas av in house-undantaget;
- Verksamhetskriteriet har fått en annan avfattning; fortfarande är dock innebörden att kriteriet ska tolkas enligt EU-rätten.

Kontrollkriteriet

Kommuner och landsting kan i princip använda sig av samtliga förekommande privaträttsliga associationsformer då verksamhet bedrivs utanför den egna juridiska personen.⁵ Den vanligaste formen är aktiebolag.

Aktiebolag

Vad gäller aktiebolag har ägarens möjligheter att ge bolagsstämman anvisningar en viktig roll när det gäller att bedöma om kontrollkriteriet är uppfyllt. I propositionen anges att regeringen – till skillnad från vissa remissinstanser – anser att kontrollkriteriet kan uppfyllas för kommun- och landstingsägda företag.⁶ Det måste dock föreligga en möjlighet för ägaren att få ett bestämmande inflytande över bolagets mål och strategiska beslut. Enligt regeringen ska syftet med bolagets verksamhet vara att tillgodose ett allmänt intresse och bedrivs inom kommunens geografiska verksamhetsområde. Det är enligt regeringens uppfattning klart att kontrollkriteriet inte är uppfyllt om en upphandlande myndighet som äger ett svenskt aktiebolag endast utser styrelseledamöterna, direkt eller genom bolagsstämman, och det i övrigt inte förekommer annan ägarstyrning än vad som följer av att verksamhetsföremålet angetts i bolagsordningen.⁷ Inte heller den omständigheten att bolagsstämman har möjlighet att besluta om bindande anvisningar torde i sig räcka till för att en annan bedömning ska kunna göras. Om det förekommer faktiskt beslutade anvisningar – förenliga med aktiebolagsrätten – kan däremot en högre grad av kontroll uppnås, beroende på den styrning som anvisningarna innebär.⁸ I vilken utsträckning bolagsstämmans anvisningsrätt måste ha utnyttjats är dock svårbedömt.⁹ I bolagsordningen kan det tas in föreskrifter med exempelvis innebörden att extraordinära beslut inte får fattas utan godkännande av bolagsstämman. Även utseende av lekmannarevisorer kan i viss mån anses vara en kontrollskapande åtgärd.¹⁰ Sammanfattningsvis anser dock regeringen att det är förhållandena i det enskilda fallet och hur den upphandlande myndigheten utnyttjat möjligheterna att skapa kontroll, är avgörande för om kriteriet är uppfyllt. De i samma proposition föreslagna reglerna om förtydligande av den kommunala

⁵ Se 3 kap. 16 § kommunallagen

⁶ Prop. s. 42

⁷ Prop. s. 41

⁸ Prop. s. 41

⁹ Prop. s. 42. Se även Svea hovrätts dom 2011-10-10, mål T 10567-10 som gällde ambulansverksamhet i ett landstingsägt bolag. Skadeståndstalan ogillades. Målet överklagades till Högsta Domstolen som ej meddelade prövningstillstånd.

¹⁰ Prop. s. 42

kompetensen i bolagsordningen och kommunstyrelsens förstärkta uppsiktsplikt är också ägnade att stärka kontrollen över bolagen.¹¹

Vad gäller *gemensamt ägda aktiebolag* hindrar inte detta att kommunerna/landstingen utövar en tillräcklig kontroll över den juridiska personen. Det väsentliga är att ägarna utövar ett bestämmande inflytande över bolagets strategiska mål och viktiga beslut.

Det förekommer också att aktiebolag ägs indirekt via t.ex. *holdingbolag*. Inte heller i dessa förhållanden utesluts det att kontrollkriteriet kan vara uppfyllt.

Sammanfattningsvis kan sägas att propositionen tydligt verkar ge uttryck för att kontrollkriteriet kan vara uppfyllt i kommun- och landstingsägda aktiebolag. Man har också i propositionen avvisat tanken på att införa en särskild offentlig företagsform för att säkerställa att kontrollkriteriet kan tillämpas.¹² Det framhålls också – precis som i EU-domstolens praxis – att kontrollen inte behöver vara identisk, men åtminstone ska motsvara den kontroll man utövar över sin egen förvaltning.

Den svenska aktiebolagslagen ger ägaren mycket stora möjligheter att genom stämмо-direktiv styra sina bolag.¹³ Enligt vår uppfattning är i själva verket styrningsmöjligheterna större över ett helägt bolag än över en kommunal nämnd. Nämnderna intar ju en självständig ställning i förhållande till kommunfullmäktige.¹⁴

Ekonomiska föreningar

Ekonomiska föreningar regleras i föreningslagen (FL)(1987:667). Det är ovanligt att kommunal verksamhet drivs i denna form, även om kommunallagen tillåter detta. Även i dessa fall kan kontrollkriteriet vara uppfyllt, även om FL inte innehåller några särbestämmelser om lekmannarevisorer. Enligt propositionen kan aktiebolagslagens kontrollmöjligheter tjäna som vägledning i dessa fall.¹⁵

Ideella föreningar

Enligt propositionen får medlemmarna i en ideell förening i jämförelse med vad som är möjligt för aktieägare i ett aktiebolag, anses ha större möjligheter att genom bestämmelser i stadgarna eller stämmobeslut åstadkomma avgörande påverkan på föreningens strategiska mål och viktiga beslut.¹⁶ Enligt vår uppfattning framstår detta uttalande som alltför generaliserat. Medan ett aktiebolag kan ha enbart en ägare, måste en ideell förening ha flera medlemmar.¹⁷ Även här måste enligt vår uppfattning en helhetsbedömning göras. Det är ovanligt att rent kommunal verksamhet bedrivs inom ramen för en ideell förening.

¹¹ Prop. s. 43

¹² Prop. s. 45

¹³ 8 kap. 41 § aktiebolagslagen (2005:551)

¹⁴ Se Kommunala Samverkansformer, SKL, 2009, s.56

¹⁵ Prop. s. 43

¹⁶ Prop. s. 44

¹⁷ Jfr. 2 kap. 1 § FL, som anger att en ekonomisk förening måste ha minst tre medlemmar

Stiftelser

När det gäller stiftelser har dessa inte några ägare eller medlemmar. Regeringen gör bedömningen att kontrollkriteriet med största sannolikhet inte kan uppfyllas för stiftelser.¹⁸

Försäkringsbolag

På det kommunala området finns ett antal försäkringsbolag. Dessa regleras av försäkringsrörelselagen (FRL) (2010:2043). Kontrollmöjligheterna över dessa motsvarar i hög grad vad som gäller för aktiebolag. Några särbestämmelser finns dock. Bolagsordning, styrelse och VD måste godkännas av Finansinspektionen alternativt Regeringen. Regeringen gör i propositionen bedömningen att kontrollmöjligheterna bör bedömas på samma sätt som vanliga aktiebolag.¹⁹

Kommunala försäkringsbolag är av två typer. Den ena typen ägs av flera kommuner eller landsting.²⁰ Den andra typen ägs av en enda kommun eller landsting och fungerar som ett ”internt” försäkringsbolag.²¹ I lagstiftningsärendet har dessa s.k. captive uppmärksammats. Dessa försäkringsbolag ingår som ett bolag i den kommunala koncernen. Kommunen med dess förvaltningar och bolag köper försäkring av bolaget, som i sin tur tecknar återförsäkring på den internationella marknaden. Frågan har därför uppkommit om exempelvis ett annat bolag i samma koncern kan köpa försäkring av det kommunala försäkringsbolaget. Denna fråga har av lagstiftaren överlämnats till rättspraxis. Se vidare avsnittet om koncernundantag nedan.

Kommunalförbund och gemensamma nämnder

Här betonar regeringen att det liksom vid privaträttsliga organisationer det finns ett antal omständigheter som kan vara relevanta vid en bedömning av om kontrollkriteriet kan anses uppfyllt eller inte. Exempelvis kan nämnas sådana omständigheter som att den upphandlande myndigheten utser ledamöter i den fristående enhetens styrande organ, att det styrande organet har begränsade befogenheter samt att den fristående enhetens syfte är att utföra en uppgift i kommunalt intresse. En totalbedömning ska göras även i dessa fall.²²

När det gäller *kommunalförbund* bedömer regeringen att det finns goda förutsättningar för medlemskommunerna att åstadkomma möjlighet till bestämmande inflytande över förbundets strategiska mål och viktiga beslut. Regeringen pekar på att kommunalförbundet är en juridisk person av offentligrättslig natur som enbart kommuner och landsting kan vara medlemmar i. Vidare ska varje medlem vara representerad i den beslutande församlingen (fullmäktige eller direktion). Samverkan kan vidare enbart avse kommunala angelägenheter, och kommunalförbundet saknar kompetens att

¹⁸ prop. s 44

¹⁹ Prop. s. 44

²⁰ Exempelvis Landstingens Ömsesidiga Försäkringsbolag (LÖF) och Svenska Kommunförsäkrings AB,

²¹ S:t Erik Försäkrings AB (Stockholms stad) och Försäkrings AB Göta Lejon (Göteborgs stad)

²² Prop. s. 45f

utföra uppgifter som inte överlämnats till det från medlemmarna. De kommunalrättsliga principerna är vidare direkt tillämpliga i kommunalförbund. Medlemmarna har också stora möjligheter att genom förbundsordningen styra förbundets möjligheter att agera.

Beträffande *gemensamma nämnder* gör regeringen liknande överväganden som vad gäller kommunalförbund.

Kommuns köp av annan kommun

Det permanenta undantaget tar inte sikte på köp mellan enbart kommuner, landsting och regioner, exempelvis enklare avtal om samverkan. I dessa fall utövar ju köparen inte någon kontroll över säljaren. EU-domstolen har dock i ett fall²³ godtagit att köp av avfallstjänster kunde köpas utan upphandling. Domstolen uttalade:²⁴

”I gemenskapsbestämmelserna föreskrivs inte någon skyldighet för offentliga myndigheter att använda sig av en särskild rättslig form för att gemensamt kunna säkerställa att en allmännyttig uppgift fullgörs. Vidare innebär ett sådant samarbete mellan offentliga myndigheter inte att det huvudsakliga syftet med gemenskapsbestämmelserna på området för offentlig upphandling, nämligen fri rörlighet för tjänster och icke-snedvriden konkurrens i samtliga medlemsstater ifrågasätts, om genomförandet av samarbetet uteslutande styrs av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse och om principen om likabehandling av intresserade personer som föreskrivs i direktiv /---/ säkerställs, så att inget privat företag ges någon fördel i förhållande till sina konkurrenter---”

Domen är svårtolkad, men visar ändå att köp kommuner, landsting och regioner emellan i vissa fall kan ske utan upphandling.²⁵

Verksamhetskriteriet

Verksamhetskriteriet innebär att den fristående enheten ska utföra huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar (kontrollerar) den. Kriteriet har varit uppe till bedömning i några mål i EU-domstolen, främst det s.k. Carbotermo-målet.²⁶ Där uttalas att verksamhetskriteriet har till syfte att säkerställa att upphandlingsdirektivet är tillämpligt i det fall då ett företag som kontrolleras av en eller flera myndigheter är aktivt på marknaden och således kan konkurrera med andra företag (p. 60). Enligt domstolen berövas nämligen inte ett företag nödvändigtvis sin handlingsfrihet endast på grund av att de beslut som berör företaget kontrolleras av den myndighet som innehar det, om företaget fortfarande kan utöva en betydande del av sin ekonomiska verksamhet tillsammans med andra aktörer. Det krävs också att företagets tjänster huvudsakligen är avsedda enbart för denna myndighet, (p. 61 och 62). Den fristående enheten ska huvudsakligen utöva verksamhet åt myndigheten. All annan verksamhet får endast vara av marginell karaktär. I bedömningen av om så är fallet ska alla omständigheter beaktas, d.v.s. såväl kvantitativa som kvalitativa.

²³ C-480/06

²⁴ P. 47

²⁵ Jfr. prop. s. 26

²⁶ C-340/04. En genomgång av EU-domstolens praxis görs i avsnitt 4.2.5 i propositionen

I Carbotermomålet görs även några andra uttalanden. Man angav att den omsättning som var relevant var den omsättning som det ifrågavarande företaget bedrev inom ramen för ett tilldelningsbeslut som antagits av den övervakande myndigheten, däribland den omsättning som härrörde från den verksamhet som det ifrågavarande företaget bedrivit tillsammans med användare vid genomförandet av sådana beslut. EU-domstolen uttalade att all den verksamhet som det företag som tilldelats kontraktet bedriver inom ramen för en tilldelning som gjorts av den upphandlande myndigheten ska beaktas, oavsett om mottagaren är den upphandlande myndigheten själv, eller tjänsteanvändaren (p. 66). Det saknar betydelse vem som betalar det ifrågavarande företaget, dvs. den myndighet som innehar det eller tredje parter som använder tjänster som tillhandahålls enligt koncessioner eller andra rättsförhållanden som upprättats av nämnda myndighet. Likaså saknar det betydelse på vilket territorium nämnda tjänster tillhandahålls (p. 67). Resonemanget summerades på följande sätt:²⁷

Vid bedömningen av om ett företag bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet som innehar det, i syfte att fastställa huruvida direktiv 93/36 är tillämpligt, ska all den verksamhet som detta företag bedriver inom ramen för en tilldelning som gjorts av den upphandlande myndigheten beaktas, oberoende av vem som betalar denna verksamhet – den upphandlande myndigheten själv eller de som använder de tillhandahållna tjänsterna. Det saknar härvid betydelse på vilket territorium verksamheten bedrivs.

Även i målet Asemfo (C-295/05) behandlas verksamhetskriteriet.²⁸ Kriteriet ansågs vara uppfyllt i detta fall. Bolaget (Tragsa) ägdes till 99 % av spanska staten. I övrigt ägdes det av fyra autonoma gemenskaper till lika andelar. Bolaget bedrev 55 % av sin verksamhet tillsammans med de autonoma gemenskaperna och cirka 35 % tillsammans med staten, alltså cirka till ungefär 90 % mot ägarna.

I propositionen konstateras att EU-domstolens uttalanden inte ger förutsättningar för någon närmare precisering av vad kriteriet innebär.²⁹

Närmare om avfattningen av 2 kap. 10 a § LOU

Undantaget motsvarar EU-domstolens praxis

Det permanenta undantaget ska motsvara EU-domstolens praxis om Teckalkriterierna. Regeringen valde att inte införa någon *sektoriell begränsning*, som t.ex. inom försäkringsverksamhet.³⁰ Anskaffningar som skulle kunna omfattas av undantaget förekommer i dagsläget inte endast i en eller ett fåtal sektorer. Det är inte heller enligt regeringen möjligt att peka ut någon sektor där det inte alls eller endast i ringa utsträckning förekommer sådana anskaffningar. Behovet av undantag inom olika sektorer kan dessutom komma att ändras över tid.

²⁷ Domslutet p. 3 i mål C-340/04 Carbotermo och p. 72, prop. s. 24f

²⁸ Prop. s. 25

²⁹ Prop. s. 25

³⁰ Prop. s. 51

Under remissomgången aktualiserade Konkurrensverket frågan om möjligheten till *förhandsinsyn* (7 kap. 4 § resp. 15 kap. 5 a § LOU) borde utvidgas till in house-situationer och anskaffningar som är undantagna från upphandlingsskyldighet enligt 1 kap. LOU och LUF. Regeringen anförde att verkets förslag omfattade även andra situationer än den som behandlats i detta lagstiftningsärende. Frågan om behovet av sådan utvidgning får därför övervägas i annat sammanhang.³¹

Undantaget får en generell avfattning

Allmänt om den generella lydelsen och remisskritiken mot utredningens förslag

Regeringen valde – till skillnad från utredningen i lagstiftningsärendet³² – att ge det permanenta undantaget en generell avfattning som skulle utgöra en kodifiering av EU-domstolens vid var tid gällande praxis. Utredningen hade föreslagit en detaljerad reglering som riskerade att snabbt bli överspelad av ny praxis från EU-domstolen och som också snävade in det föreslagna svenska undantaget i förhållande till EU-rätten. Detta gällde framförallt möjligheten till koncerninterna köp.³³

Flera remissinstanser, bl.a. SKL, framförde kritik mot förslaget och förordade ett mer generellt undantag. Regeringen konstaterade att EU-domstolens praxis är under kontinuerlig utveckling. Den borde därför i möjligaste mån utformas i enlighet med hur domstolen hittills formulerat in house-undantaget. Det ansågs därför mer ändamålsenligt att endast grundelementen kommer till uttryck i bestämmelsen, medan detaljerna får överlåtas till rättstillämpningen, ytterst genom förhandsavgörande från EU-domstolen.³⁴

Verksamhetskriteriet

I linje med att det permanenta undantaget enbart skulle innehålla grundelementen för Teckal-undantagen, valde regeringen att ge 2 kap. 10 a § LOU en ändrad lydelse vad gäller *verksamhetskriteriet*. I den temporära 2 kap. 10 a § LOU anges att sidoverksamheten ”endast är av marginell karaktär”. Denna avfattning har bytts ut mot att ”den juridiska personen eller den gemensamma nämnden *bedriver huvuddelen av sin verksamhet* tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den. Regeringen var dock tydlig med att den ändrade lydelsen inte på något sätt avser att avvika från det uttalande EU-domstolen gjort med avseende på sidoverksamheten och dess omfattning, nämligen att sidoverksamheten endast får vara av marginell karaktär.³⁵

Alla upphandlande myndigheter ska kunna tillämpa undantaget

³¹ Prop. s. 51

³² SOU 2011:43

³³ Se SOU 2011:43, avsnitt 21.5. SKL hade en expert i utredningen, som avgav ett särskilt yttrande i frågan, och förordade ett generellt undantag i nära anslutning till EU-rätten, se SOU 2011:43 s. 731 – 740.

³⁴ Prop. s. 56. Även på andra håll i propositionen framhålls att lydelsen är avsedd att spegla EU-domstolens praxis, ex. s. 70

³⁵ Prop. s. 65, C-340/04, Carbotermo, p. 63

Regeringen för i propositionen ett utförligt resonemang om huruvida även exempelvis offentligt styrda organ ska kunna tillämpa undantaget, och kommer fram till att så är fallet.³⁶ Detta betyder att – till skillnad vad som gäller det temporära undantaget – att *alla* upphandlande myndigheter kan tillämpa undantaget. Undantaget ska också kunna tillämpas av gemensamma nämnder.³⁷

Den omvända situationen

En situation som ännu inte prövats av EU-domstolen är om en fristående enhet som kontrolleras av en upphandlande myndighet anskaffar t.ex. varor eller tjänster från denna myndighet. Situationen kan beskrivas som omvänd i förhållande till de fall som prövats av EU-domstolen och ett exempel är att ett aktiebolag, som ägs och kontrolleras av en kommun anskaffar tjänster från kommunen. Enligt regeringen finns flera skäl som talar för att denna situation omfattas av in house-undantaget enligt unionsrätten. Regeringen pekar på att i Teckal-målet³⁸, domstolen uttryckte sig generellt.³⁹ Även i senare praxis har domstolen gjort på motsvarande sätt.⁴⁰ Regeringen stannar här för ett funktionellt synsätt, och anför att det är relationen mellan parterna som är avgörande, inte vem av de två parterna som köper av vem.⁴¹ Regeringen framhåller dock att rättspraxis inte är helt klar.

Koncerninterna köp

Inte heller har EU-domstolen prövat om in house-undantaget kan tillämpas på anskaffningar inom ramen för en koncern eller en koncernliknande organisation. Som nämnts tidigare innehöll utredningens förslag inget undantag för dessa situationer.⁴² Regeringen ansåg här att det finns skäl som talar såväl för som emot att sådana anskaffningar skulle kunna omfattas av in house-undantaget.

Regeringen pekade bl.a. på att EU-domstolen i sin praxis anlagt ett funktionellt synsätt vid bedömningen. Det är relationen mellan parterna som är avgörande för utfallet. Regeringen har också konstaterat att förslaget till nya upphandlingsdirektiv innehåller vissa undantag i koncernsituationer. Å andra sidan är EU-domstolens praxis långt ifrån klar. Mot den bakgrunden valde regeringen att inte uttryckligen reglera dessa typer av anskaffningar i lagtexten. Denna är således avfattad varken i exkluderande eller i inkluderande riktning. Detta är helt i linje med regeringens ställningstagande att enbart grundelementen i Teckal-läran skulle komma till uttryck i lagtexten. Rent praktiskt betyder detta att kommuner och landsting i nuläget inte av rent lagtekniska skäl behöver avbolagisera eller göra andra kostsamma verksamhetsförändringar. Ett

³⁶ Prop. s. 59-61

³⁷ Prop. s. 62

³⁸ C-107/98

³⁹ Domstolen uttalade bl.a. i domslutet: ”Rådets direktiv --- är tillämpligt när en upphandlande myndighet, såsom en lokal myndighet, avser att sluta ett skriftligt kontrakt --- med en i formellt hänseende fristående enhet---.”

⁴⁰ Prop. s. 69

⁴¹ Prop. s. 69

⁴² Se vid not 30

försvarbart alternativ är alltså att man kan avvakta tills bättre klarhet vunnits i rättsfrågan. Det skall dock än en gång betonas att möjligheten till koncerninterna köp inte är rättsligt prövad.

Något undantag införs inte i LUF och LOV

Det införs inget in house-undantag i LUF eller i LOV.

Vad gäller *LUF* pekar regeringen på att särskilda regler redan finns om undantag för bl.a. anknutna företag. Åtminstone vissa situationer som skulle kunna vara undantagna enligt EU-domstolens praxis är därför undantagna enligt LUF oberoende av denna praxis.⁴³ Mot bakgrund av detta framstår behovet av ett undantag i LUF som väsentligt mindre än behovet av ett undantag i LOU.

SKL förordade i sitt remissvar att motsvarande ändring borde göras i LUF. Reglerna om anknutna företag och samriskföretag är svårlästa. Vidare finns begreppet "kontrakt" även i LUF. Enligt förbundets mening borde de båda lagarna göras likformiga. Förbundet fick dock inte gehör för denna synpunkt.

Vad beträffar *LOV* införs inte heller några undantag. Regeringen pekar här på att syftet med LOV inte är att endast en leverantör eller vissa leverantörer ska ges rättigheter och skyldigheter att bedriva viss verksamhet. Tvärtom innebär LOV att kontrakt ska tecknas med ett stort antal leverantörer. Det finns alltså inte någon konkurrenssituation mellan leverantörerna vid kontraktstidpunkten, utan denna uppkommer efter att kontrakt har tecknats.

Övergångsbestämmelser

Den nuvarande 2 kap. 10 a § LOU upphör att gälla den 1 januari 2013, samtidigt som den nya 2 kap. 10 a § LOU, innefattande ett mer omfattande undantag, börjar gälla. Den nya bestämmelsen ska tillämpas även i fall då avtal slutits före ikraftträdandet.⁴⁴

Äldre kontrakt, som är oförändrade och har ingåtts före den 1 januari 1994, d.v.s. före Sveriges anslutning till EES, påverkas inte av de nya reglerna eller övergångsbestämmelserna till denna.⁴⁵

Ändrade regler i kommunallagen om kommunala företag

Inledning

Regler om säkerställande av kommunala principer i de kommunala företagen har funnits sedan tillkomsten av 1991 års kommunallag. När reglerna, som finns i 3 kap. 16 – 18 §§ KL, infördes, blev många kommuner och landsting tvungna att se över bolagsordningar och andra styrdokument för företagen. Syftet med lagstiftningen var

⁴³ Prop. s. 52

⁴⁴ Övergångsbestämmelserna finns närmare redovisade i prop. s. 116 och s. 162

⁴⁵ Prop. s. 116. Äldre, oförändrade, avtal omfattas inte av LOU:s bestämmelser, varför frågan huruvida kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda saknar betydelse.

att få till stånd en bättre ägarstyrning. Reglerna utformades därför så, att fullmäktige skulle fastställa det kommunala ändamålet med företagen (d.v.s. företagen skulle bli bundna av att enbart ägna sig åt kompetensenlig verksamhet), att fullmäktige skulle få yttranderätt innan viktigare beslut fattades och att styrelsens ledamöter skulle utses av fullmäktige. Vidare skulle kommunfullmäktige utse revisor i företagen. Det infördes också en bestämmelse i 6 kap. 1 § 2 st. KL om att kommunstyrelsen skulle ha uppsikt över företagen. Att företagen inte blir bundna av kommunala principer utan att dessa finns med i bolagsordningar eller andra dokument förefaller lagstiftaren ha varit medveten om.⁴⁶ Detta har också bekräftats i praxis, där ett hamnbolag inte ansetts bundet av självkostnadsprincipen eftersom denna inte var intagen i bolagsordningen, ägardirektiv, avtal eller andra liknande instrument.⁴⁷

Reglerna har stått i princip oförändrade sedan 1992, med undantag från att offentlighetsprincipen blev lagfäst 1995. Beslut angående allmänna handlingar som går sökanden emot blev då överklagbara. I övrigt saknas besvärsmöjlighet över beslut fattade av kommunala företag. Detta har kritiserats. Man har menat att när väl ett bolag är bildat, det är svårt att utöva kontroll över vilken verksamhet som bedrivs i bolagen och att risken finns att icke kompetensenlig verksamhet börjar bedrivas. Häremot kan i och för sig invändas att det åligger bolagens revisorer att granska att verksamheten bedrivs i enlighet med gällande bolagsordning och att beslut om ansvarsfrihet ska fattas årligen av ägaren (kommunen). Lagen tillhandahåller alltså vissa instrument för ägarkontroll.

Rent allmänt kan ändå sägas att de krav på ägarstyrning i kommunallagen ställt upp inte har varit särskilt långtgående. I praktiken har de flesta kommuner och landsting utvecklat ägarstyrningen alltmer och i en omfattning långt utöver lagens minimikrav. De viktigaste principerna har som regel kommit till uttryck i bolagsordningarna. Kommuner och landsting utarbetar också som regel mer detaljerade ägardirektiv.

Nu införs nya regler i kommunallagen.

- Det införs krav på att det kommunala ändamålet förs in i *bolagsordningen* (ägardirektiv eller avtal duger alltså inte längre).
- De kommunala principer som utgör ram för verksamheten skall anges i bolagsordningen (helt nytt).
- Fullmäktiges sedan tidigare gällande möjlighet att ta ställning innan viktigare beslut fattas ska anges i *bolagsordningen* (ägardirektiv eller avtal duger alltså inte längre).

Säkerställandet av de kommunala principerna i kommunala bolag och stiftelser

Enligt 3 kap. 17 § kommunallagen ska en kommun eller ett landsting som överlämnar vården av en kommunal angelägenhet till ett helägt aktiebolag fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten. Enligt gällande regler finns inte angivet på vilket

⁴⁶ Prop. 1990/91:117 s. 162 och Den nya kommunallagen och de kommunala företagen, Svenska Kommunförbundet 1992 s. 10

⁴⁷ NJA 2008 s. 120; jfr. RÅ 1992 ref. 52

sätt detta ska ske. Det vanligaste har dock varit att man anger det kommunala ändamålet i bolagsordningen.

Enligt 3 kap. 1 st. 3 p. aktiebolagslagen krävs för att ett aktiebolag ska få registreras att *föremålet* för bolagets verksamhet anges i bolagsordningen (dvs. vad bolaget ska ägna sig åt).⁴⁸ Kommunala bolagsordningar brukar innehålla dels en paragraf om föremålet för bolagets verksamhet, och därutöver en paragraf om det kommunala ändamålet.

Regeringen konstaterar att den kommunala kompetensen utgör en avgörande förutsättning för verksamheten i ett kommunalt aktiebolag. Man har också ansett det vara en brist att det inte finns något uttryckligt krav på att bolagsordningen ska innehålla samtliga kommunala befogenheter i den mån de är tillämpliga för den aktuella verksamheten, utan att dessa kunnat tas in i exempelvis ägardirektiv. Regeringen har därför kommit fram till att de kommunala befogenheterna ska anges i bolagsordningen för ett kommunalt aktiebolag. Motsvarande ska gälla i fråga om det kommunala ändamål som man fastställt för verksamheten. Förändringen innebär rent lagtekniskt att en punkt lagts till i 3 kap. 17 § KL (tre punkter har blivit fyra) och att en omnumrering skett.

Med det kommunala *ändamålet* (ny p. 1) avses vad verksamheten syftar till att åstadkomma. Det ska röra sig om sådana ändamål som är kompetensenliga enligt lag och praxis. *De kommunala befogenheter som utgör ram för verksamheten* (ny p. 2) tar sikte på vilka kommunalrättsliga principer som gäller för verksamheten. Det kan vara såväl de kompetensbegränsande principerna, t.ex. förbudet mot spekulativ verksamhet (2 kap. 7 § KL) och lokaliseringsprincipen (2 kap. 1 § KL) som de principer som begränsar hur kompetensenlig verksamhet får bedrivas, t.ex. självkostnadsprincipen (8 kap. 3 c § KL) och likställighetsprincipen (2 kap. 2 § KL). De nya kraven innebär dock enbart att de kommunalrättsliga principer som är aktuella för den aktuella verksamheten ska anges. Om självkostnadsprincipen inte gäller för en viss verksamhet, exempelvis handel med el, ska principen inte skrivas in i bolagsordningen.⁴⁹ Vi vill redan här påpeka att det i en del fall är en grannlaga uppgift att avgöra vilka principer som gäller när man skriver en bolagsordning. Man bör varken skriva dit för mycket eller för lite.⁵⁰

När det gäller *stiftelser* anför regeringen att de kommunala principerna ska skrivas in i stiftelseförordnandet. Att ändamålet med en stiftelse måste tas in i stiftelseförordnandet följer redan av stiftelselagen. Observera dock att den nya regeln inte gäller för stiftelser bildade före ikraftträdandet 2013-01-01.⁵¹

⁴⁸ Jfr SKL:s cirkulär 2005:107 om den nya aktiebolagslagen (2005:551) med åtföljande exempel på bolagsordning

⁴⁹ Resonemangen om de kommunala principerna återfinns i prop. s. 83-84

⁵⁰ Jfr exempelvis prop. 1993/94:188 s. 83 där ett resonemang förs om självkostnadsprincipens tillämplighet och NJA 2008 s. 120 och Riberdahl i Festskrift till Hans Ragnemalm, s. 271

⁵¹ Övergångsbestämmelserna p. 2

Fullmäktiges möjlighet att ta ställning till viktiga beslut

Även fullmäktiges rätt att ta ställning till viktiga beslut ska nu skrivas in i bolagsordningen för ett aktiebolag (ny p. 4). Detta torde ha varit det vanligaste förfaringssättet redan.⁵²

Motsvarande ska nu också gälla för stiftelser bildade efter den 1 januari 2013. Äldre stiftelser berörs inte.

Förstärkt uppsiktsplikt för kommun- och landstingsstyrelser

Årliga beslut

Regler om uppsikt över de kommunala företagen finns i 6 kap. 1 § 2 st. KL. Lagtexten ger i sig ingen närmare vägledning i hur uppsikten ska vara ordnad. I stället brukar kommunstyrelsen själv fatta beslut om formerna för uppsikten.

Regeringen anför här att man ser det som en brist att det inte finns något krav på redovisning av resultatet av uppsiktsplikten såvitt gäller kompetensenligheten av den i företagen bedrivna verksamheten. Mot den bakgrunden har regeringen valt lösningen att införa en ny bestämmelse med innebörden att styrelsen i årliga beslut *dels* ska bedöma verksamheten i förhållande till det ändamål fullmäktige har fastställt, *dels* verksamheten i förhållande till de kommunala befogenheterna.⁵³ Prövningen ska alltså ta sikte på verksamhetens förenlighet med såväl kompetensbegränsande principer, som principer som begränsar på vilket sätt kompetenslig verksamhet får bedrivas.⁵⁴ Uppsiktsplikten kommer då, förutom att redovisas, att leda fram till beslut som kan överklagas enligt 10 kap. KL. Därmed stärks även möjligheterna till rättslig prövning av kompetensenligheten av de kommunala företagens verksamhet.⁵⁵ Observera att reglerna om förstärkt uppsiktsplikt – till skillnad från de nya reglerna i 3 kap. 17 § KL – enbart avser aktiebolagen.⁵⁶

Regeringen anför vidare att det i normalfallet får anses lämpligt att styrelsens beslut överlämnas till fullmäktige. En lämplig tidpunkt för detta skulle kunna vara samtidigt som styrelsen överlämnar årsredovisningen enligt 8 kap. 17 § KL, d.v.s. senast den 15 april året efter det år redovisningen avser. Till skillnad från vad utredningen föreslog, har inte några detaljerade regler om återrapportering till fullmäktige tagits in. Man framhåller dock i propositionen att det är av stor vikt att styrelsen fattar årligen återkommande beslut där en bedömning görs av de kommunala bolagens kompetensenlighet. Den närmare tidpunkten och sättet för återrapporteringen bör styrelsen själv kunna besluta om.⁵⁷

En viktig fråga är vilka möjligheter kommunstyrelsen har att skaffa sig underlag för sina årliga beslut. En metod är att genom ägardirektiv se till att styrelsen regelmässigt

⁵² Jfr. SKL:s cirkulär 2005:107

⁵³ Prop. s. 88

⁵⁴ Prop. s. 123

⁵⁵ Prop. s. 88

⁵⁶ Prop. s. 88m

⁵⁷ Prop. s. 88

till kommunstyrelsen rapporterar hur verksamheten bedrivits. Man kan också i ägardirektiv se till att styrelsen i årsredovisningen uttalar sig om verksamhetens förenlighet med bolagsordningen m.m. I bolagsordningen brukar vidare regelmässigt finnas en bestämmelse om att kommunstyrelsen har inspektionsrätt i bolaget. Detta ger styrelsen möjlighet att på plats granska bolagets verksamhet.⁵⁸ En annan viktig informationskälla vid kommunstyrelsens bedömning bör kunna bli lekmannarevisorernas granskningsrapporter. Att notera här är att lekmannarevisorerna har en långtgående skyldighet att följa bolagsstämans anvisningar.⁵⁹ Kommunstyrelsen bör alltså se till att lekmannarevisorerna får i särskilt uppdrag att göra de kontroller som krävs för att kommunstyrelsen ska kunna utöva sin uppsiktsplikt.

En särskild fråga som bör beaktas är det *tidsmässiga sambandet* mellan årsredovisning i bolagen och i kommunen. Kommunstyrelsen ska avge årsredovisning till fullmäktige senast den 15 april året efter det år redovisningen avser. Därefter ska de kommunala revisorerna avge revisionsberättelse. Till denna ska bl.a. granskningsrapporterna från bolagen bifogas. Kommunallagen innehåller ingen bestämmelse om när revisionsberättelsen ska avges. Enligt 5 kap. 25 a § KL ska dock fullmäktige senast vid utgången av juni månad besluta om ansvarsfrihet. I revisionsreglementet kan fullmäktige ge anvisningar om tidpunkten för avlämnande av revisionsberättelse. Det kan finnas anledning att se över dessa bestämmelser, så att revisorerna i kommunen eller landstinget får tillräckligt med tid på sig att hinna med granskningen av lekmannarevisorernas granskningsrapporter. Kommunens revisorer kanske också med stöd av 10 kap. 18 § ABL vill utväxla information inbördes om de kommunala aktiebolagen.

Nödvändiga åtgärder

Om kommunstyrelsen vid sin årliga prövning finner att bolagens verksamhet inte uppfyllt kraven i 3 kap. 17 och 18 §§ KL ska kommunstyrelsen enligt 6 kap. 1 a § KL lämna förslag till kommunfullmäktige om nödvändiga åtgärder. Det är endast fullmäktige som förfogar över maktmedlen för att åstadkomma åtgärder i bolagen. Styrelsens uppgift är således att föreslå fullmäktige konkreta åtgärder för att rätta till felaktigheterna, exempelvis ändrad bolagsordning eller kompletterande direktiv.

Även i övrigt ansvarar kommunstyrelsen för att bevaka att kraven i 3 kap. 17 och 18 §§ KL är uppfyllda. Detta framgår nu av en ny 6 kap. 1 b § KL, där det anges att styrelsen i sådana fall ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att kraven uppfylls. Detta kan exempelvis avse säkerställande av att fullmäktiges beslut verkställs. Det kan också vara så att omvärldsförutsättningarna förändrats och att bolaget inte längre uppfyller kraven i 3 kap. 17 § KL. I så fall bör styrelsen exempelvis föreslå att bolagsordningen ändras för bolaget ifråga.⁶⁰

⁵⁸ Om det kommunala bolaget bedriver affärsverksamhet omfattas dessa uppgifter av sekretess hos kommunstyrelsen, se 19 kap. 1 § OSL

⁵⁹ 10 kap. 4 § ABL

⁶⁰ Prop. s. 89

Övergångsbestämmelser

Reglerna träder ikraft den 1 januari 2013. Några särskilda övergångsregler finns inte. Enligt propositionen ska fullmäktige senast den 1 januari 2013 ha sett till att kraven i 3 kap. 17 § KL är uppfyllda. Regeringen har bedömt detta vara en skälig omställningstid.⁶¹ Bolagsordningar kan alltså behöva ändras innan lagen träder ikraft. I bilaga 2 finns ett förslag till bolagsordning med kommentar. Där har vi beaktat såväl den nya regeln i 2 kap. 10 a § LOU som ändringarna i kommunallagen.

Vad gäller stiftelser gäller reglerna enbart stiftelser bildade efter den 1 januari 2013. Befintliga stiftelser den 1 januari 2013 omfattas inte av reglerna. Bakgrunden till detta är att det enligt stiftelselagen endast finns begränsade möjligheter att genomföra ändringar i stiftelseförordnandena. 3 kap. 17 § KL ska därför gälla i sin äldre lydelse för äldre stiftelser.⁶²

Ingen ändring i 3 kap. 18 § KL

3 kap. 18 § KL har inte ändrats. Paragrafen tar sikte på när en kommun eller ett landsting bestämmer tillsammans med någon annan i en juridisk person. Paragrafen inkluderar, förutom aktiebolag och stiftelser, även ekonomiska föreningar och ideella föreningar. Paragrafen ställer krav på att man, i en omfattning som är rimlig med hänsyn till andelsförhållandena, verksamhetens art och omständigheterna i övrigt ska se till att den juridiska personen blir bunden av principerna i 3 kap. 17 § KL.

Med den nu gällande lydelsen i 3 kap. 17 § KL, där det inte närmare anges på vilket sätt man ska göra aktiebolaget bundet av principerna, kan man utan problem överföra tankegångarna till 3 kap. 18 § KL. Nu har emellertid 3 kap. 17 § KL blivit starkt fokuserad på just aktiebolagen, med följd att det ställts upp krav på att olika klausuler ska skrivas in just i *bolagsordningen*. Detta gör att tillämpningen av 3 kap 18 § KL haltar. Vad innebär således ändringarna i 3 kap. 17 § KL för de ekonomiska föreningar eller de ideella föreningar som en kommun är delaktig i? Dessa organisationer har ju inga bolagsordningar. Eller menar man att det införts krav på att det ska stå i stadgarna? Men då kan man ju fråga sig varför man behövde ändra lagen över huvud taget.

3 kap. 17 och 18 §§ KL har ändrats i olika omgångar, vilket fått oväntade konsekvenser. Redan tidigare har konstaterats att det i 3 kap. 18 § KL flutit in ett ovillkorligt krav på att verka för handlingsoffentlighet, utan att ta hänsyn till andelsförhållandena, verksamhetens art och omständigheterna i övrigt.⁶³ Nu verkar det alltså som om ytterligare en diskrepans uppstått. Om en översyn görs av kommunallagen, finns det anledning att anpassa dessa bestämmelser till varandra.⁶⁴

⁶¹ Prop. s. 117. Omställningstiden är i själva verket oerhört kort med tanke de beredningstider som krävs för fullmäktigebeslut och bolagsstämmor.

⁶² Prop. s. 117

⁶³ HFD 2011 ref. 53; en ledamot var dock skiljaktig och menade att det inte angavs att man måste verka för offentlighet *innan* man fattat beslutet om att överlämna vården av den kommunala angelägenheten.

⁶⁴ Kommunala verksamheter bedrivs dock sällan i föreningsform, så frågan kanske i praktiken inte har så stor betydelse.

Extern delegation av kommunala upphandlingsbeslut

Bakgrund

Det är vanligt förekommande att kommuner och landsting överlåter åt någon annan att upphandla för deras räkning. De kommunalrättsliga möjligheterna för en kommun eller ett landsting att överlåta åt annan att fatta beslut eller att vidta andra åtgärder i ett ärende är dock begränsade. Vid samordnade upphandlingar har man gjort så, att den som sköter upphandlingen fått fullmakt från övriga kommuner eller landsting. Räckvidden av en fullmakt är dock osäker, och det är inte möjligt att fullmaktsvägen överföra beslutsrätt till ombudet. Detta är att betrakta som en form av extern delegation, vilket hittills inte varit tillåtet. I praktiken har ombudet i den samordnade upphandlingen skött hela den praktiska hanteringen, varefter varje upphandlande myndighet fått fatta var sitt tilldelningsbeslut. Detta har lett till att viktiga administrativa samordningsfördelar inte kunna utnyttjas. Vidare händer det att varje upphandlande kommun i en samordnad upphandling skickar ut egna underrättelser till anbudsgivarna om tilldelningsbeslut. Detta har lett till att den s.k. avtalsspärren inte löper samtidigt för samtliga upphandlande myndigheter. Den absoluta sekretessen har också upphört vid skilda tidpunkter.

Nya bestämmelser i 6 kap. 4 – 7 §§ lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter

Genom ändringar i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter införs nu i 6 kap. 4 – 7 §§ möjligheter för nämnder i kommuner, landsting eller kommunalförbund som anlitar en inköpscentral⁶⁵ som ombud i en upphandling att kunna delegera beslutanderätten i ärendet till anställda i inköpscentralen. Delegationsmöjligheten omfattar både upphandlingar enligt LOU och LUF. Bestämmelsen möjliggör endast delegation när inköpscentralen agerar ombud, och inte den s.k. ramavtalssituationen.⁶⁶ Bestämmelsen inkluderar även de fall då en kommun eller ett landsting genomför en upphandling för flera andra kommuner eller landsting.⁶⁷ Däremot omfattar inte regleringen den situationen då upphandlingen inte genomförs samordnat för *flera* kommuner eller landsting eller då man som ombud anlitar sitt eget kommunala företag för upphandlingen. Inte heller omfattas den situationen att man anlitar privat aktör som ombud av undantaget. En inköpscentral kan ju per definition inte utgöras av annat än en upphandlande myndighet och denna måste vara ombud för flera upphandlande myndigheter.⁶⁸ Den nya regleringen innebär enbart en *möjlighet* att delegera beslutanderätt till anställda i inköpscentral, ingen skyldighet.

⁶⁵ 4 kap. 22 § LOU eller 4 kap. 4 § LUF

⁶⁶ 2 kap. 9 a § 1 p. LOU och LUF (ramavtalssituationen), 2 kap 9 a § 2 p. LOU och LUF (ombudssituationen)

⁶⁷ 2 kap. 1 § OSL, prop. s. 105.

⁶⁸ Se 2 kap. 9 a § LOU och 2 kap. 9 a § LUF. Se även prop. s. 108, där man anger att begreppet inköpscentral har den innebörd som framgår av LOU och LUF

Den närmare utformningen

Överlämnandet ska ske genom delegation

Regeringen konstaterar att kommuner och landsting idag i viss utsträckning använder sig av fullmakt för att kunna anlita externa medhjälpare. Regeringen anser dock inte att detta utgör överföring av beslutanderätt. Mot den bakgrunden har regeringen stannat för alternativet att överlämnandet av beslutanderätten ska ske genom extern delegation.

Beslut som fattas med stöd av delegation har formellt fattats av den nämnd som delegerat. Detta leder till att ansvarsfördelningen mellan nämnden och mottagaren av delegationen inte påverkas. Om en kommun delegerat beslutanderätten till en anställd i en inköpscentral är det alltså kommunen som står som motpart för det fall tvist skulle uppstå om upphandlingen. Vid en tvist kan det också bli så att en missnöjd aktör får vända sig mot flera kommuner/landsting. Att delegation skett medför alltså inte att det är inköpscentralen som får stå ansvarig vid tvist.

Delegationen till den anställde vid inköpscentralen påverkar inte anställningsförhållandena för denne. I offentlighets- och sekretesshänseende kommer dock den anställde att betraktas som en del av den delegerande nämnden.⁶⁹ Genom delegationen överförs inte rätten att vidta åtgärder som i KL:s mening är av rent förberedande eller rent verkställande karaktär. En sådan överföring sker i stället till inköpscentralen genom det bakomliggande uppdraget att medverka vid upphandlingen.⁷⁰

Endast nämnders beslutanderätt får delegeras

Regeringen konstaterar att den nya delegationsbestämmelsen för att vara meningsfull måste möjliggöra delegation från nämnder i kommuner, landsting och kommunalförbund. Däremot anser regeringen att upphandlingsärenden som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt, och som enligt 3 kap. 9 § KL alltid måste beslutas av fullmäktige inte ska få delegeras till inköpscentralen. Inte heller andra ärenden som omfattas av fullmäktiges beslutsrätt bör direkt kunna delegeras direkt till inköpscentralen. Detta rimmar bäst med kommunallagens övriga struktur, eftersom fullmäktige enbart kan delegera till nämnd och inte till utskott, förtroendevalda m.fl.⁷¹ Däremot finns inget hinder mot att nämnden i sin tur delegerar beslutanderätten enligt 6 kap. 33 § KL.

Delegation ska endast kunna ske till anställda i inköpscentraler

I likhet med vad som gäller enligt t.ex. lagen om skydd mot olyckor och föräldrabalken ska delegation inte kunna ske till någon i egenskap av förtroendevald hos inköpscentralen. En utgångspunkt har varit att det lagstadgade ansvaret inte ska flyttas från t.ex. en kommun till en annan. En sådan överflyttning kan ifrågasättas från ett kommunaldemokratiskt perspektiv. Delegation ska därför enbart få ske till anställda i

⁶⁹ Prop. s.128

⁷⁰ Prop. s. 128

⁷¹ Se 3 kap. 10 § KL

inköpscentralen. Dessutom bör en förutsättning för extern delegation vara att den kommunala nämnden och inköpscentralen kommit överens om detta.⁷²

Delegation kan inte göras till personer som arbetar som *konsulter* hos inköpscentraler.⁷³ Bakgrunden till detta är att arbetsgivaren – inköpscentralen – genom den arbetsrättsliga lagstiftningen har större kontroll över sina anställda än över sina uppdragstagare.

Vidaredelegering

När det gäller frågan om *vem som ska fatta delegationsbeslutet* skulle inte syftet med mer begränsad administration uppnås om delegationsbeslutet till anställd i inköpscentral måste fattas av nämnden. Det har därför införts en möjlighet till *vidaredelegering*. När det gäller delegering inom en kommun gäller enligt 6 kap. 37 § KL att en nämnd som delegerar beslutanderätten till en förvaltningschef inom nämndens verksamhetsområde, får överlåta åt förvaltningschefen att vidaredelegera beslutanderätten. Sådana beslut ska anmälas till förvaltningschefen. Sådan vidaredelegering är mycket vanlig.

När det gäller upphandlingar är det vanligt att andra anställda än förvaltningschefer enligt 6 kap. 33 § KL av nämnden har fått i uppdrag att besluta om upphandlingar på uppdrag av nämnden. Det kan handla om exempelvis upphandlingschefer. Rätten kan också ha delegerats till ett utskott eller till förtroendevald. Mot den bakgrunden har regeringen funnit att – för att förenkla administrationen – beslut om att delegera till anställda i inköpscentraler ska kunna fattas inte bara av förvaltningschefer utan också av andra anställda liksom av utskott, ledamöter eller ersättare. En förutsättning för ett sådant beslut av t.ex. en anställd i kommunen bör dock vara att nämnden först uppdragit åt denne att besluta om aktuell delegation på nämndens vägnar.⁷⁴ Beslut fattade med stöd av sådan delegation ska enligt 6 kap. 6 § lagen om vissa kommunala befogenheter anmälas till den som har lämnat uppdraget.

Delegeringsmöjligheten omfattar inte ställningstaganden till huruvida ett köp alls ska göras, utan endast efterkommande beslut i ett upphandlingsärende. Beslutanderätten avseende inköpsfrågan är alltså fortsatt förbehållen nämnden eller den interna delegat, exempelvis den anställde, som erhållit uppdrag enligt 6 kap. 33 § KL att besluta på nämndens vägnar.⁷⁵

I 6 kap. 4 § sista stycket lagen om vissa kommunala befogenheter anges att uppdrag inte får lämnas i de fall som avses i 6 kap. 34 § KL (delegeringsförbudsparagrafen). Lagrådet ifrågasatte om detta undantag fyllde någon funktion i upphandlingssituationer. Regeringen delade i princip den bedömningen, men menade att det undan-

⁷² Prop. s. 112

⁷³ Prop. s. 112

⁷⁴ Prop. s. 113

⁷⁵ Prop. s. 113

tagtvis kunde förekomma situationer där arten och omfattningen på upphandlingen kan påverka kvaliteten på den delegerande nämndens verksamhet.⁷⁶

Enligt 6 kap. 7 § lagen om vissa kommunala befogenheter ska jävsreglerna i 6 kap. 24 – 27 §§ KL tillämpas på anställda i inköpscentraler som fattar beslut på en nämnds vägnar.

I propositionen diskuteras om själva beslutet om delegation som fattas på uppdrag av en nämnd, dvs. själva delegationsbeslutet, ska anmälas till nämnden i enlighet med 6 kap. 35 § KL. Regeringen kommer fram till att så inte bör vara fallet.⁷⁷ Såsom lagen konstruerats förefaller det egentligen inte finnas stöd för denna uppfattning. Om någon med stöd av en intern delegation delegerar uppdraget externt, så är det ju ett beslut som fattats enligt KL. 6 kap. 33 och 35 §§ KL. Där görs inte åtskillnad mellan olika typer av beslut. Enligt vår uppfattning gör man därför bäst i att anmäla alla interna beslut som vanligt. Görs detta, kan nämnden hålla sig uppdaterad på i vad mån man delegerat beslutanderätten externt.

Skillnaden mot nuvarande ordning är att idag endast förvaltningschef kan ha möjlighet att vidaredelegera internt enligt 6 kap. 36 § KL. De nya reglerna innebär att fler kategorier (utskott, förtroendevald, anställd) kan delegera beslutanderätten i en upphandling till anställd i en inköpscentral. Intern vidaredelegering kan dock fortfarande enbart förvaltningschefen göra.

Åtgärder i delegationsordningar

De nya reglerna innebär att justeringar måste göras i delegationsordningar, om man vill utnyttja det nya regelverket. Befintliga delegationer kan därför i lämpliga fall kompletteras med en möjlighet för delegaten att vidaredelegera beslutsrätten till anställd i av nämnden anlita inköpscentral. Det bör också anges att besluten ska anmälas till den som har lämnat uppdraget, så att detta inte glöms bort. För den interna kontrollen i nämndens verksamhet är det viktigt att vid varje tidpunkt veta vilka beslut som fattats och av vem.

Övergångsbestämmelser

Reglerna träder ikraft den 1 januari 2013. De får tillämpas oavsett om upphandlingen påbörjats före eller efter ikraftträdandet.⁷⁸

Praktiska åtgärder

Sammanfattningsvis bör följande göras i anledning av den nya lagstiftningen:

⁷⁶ Prop. s. 114 och s. 162

⁷⁷ Prop. s. 115

⁷⁸ Prop. s. 117

- Översyn av bolagsordningar, ägardirektiv och i förekommande fall av konsortialavtal för kommunala aktiebolag; eventuellt även översyn av stadgar i ekonomiska eller ideella föreningar;
- Översyn av delegationsordningar när det gäller delegation till anställda i inköpscentral som anlitas;
- Översyn av kommunstyrelsens reglemente i anledning av den skärpta uppsiktsplikt som gäller efter den 1 januari 2013;
- Fatta tilldelningsbeslut avseende de berörda kommunala företagen.

Översyn av bolagsordningar

Översyn av bolagsordningarna blir nödvändigt att göra av två skäl. Vill man uppnå möjligheten att utnyttja undantaget i 2 kap. 10 a § LOU och inte behöva upphandla, måste bolagsordningen leva upp till kraven i bestämmelsen. Lagändringen är *inte* att uppfatta på det sättet att det efter den 1 januari 2013 utan några särskilda åtgärder är fritt fram att köpa från sina bolag. I denna del bedömer vi att sannolikt en mycket stor andel av de kommunala företagen berörs, och följaktligen bör få sina bolagsordningar ändrade.

Även den nya avfattningen av 3 kap. 17 § KL medför att man måste se över bolagsordningarna. Vår bedömning är att det vanligaste redan nu är att de aktuella principerna skrivs in i bolagsordningen och inte i exempelvis ägardirektiv. Men för de bolag där bolagsordningen saknar de aktuella principerna måste bolagsordningen ändras.

I **bilaga 2** finns ett exempel på bolagsordning med kommentar.

I **bilaga 3** finns ett exempel på ägardirektiv med kommentar.

Något exempel på *konsortialavtal* bifogas inte, då dessa sluts mellan aktieägarna och inte utgör för bolaget bindande dokument. Avtalet reglerar hur parternas samarbete i ett flerägt bolag ska fungera. Konsortialavtal måste noga anpassas från fall till fall. Ett generellt råd är att det inte får finnas motstridigheter mellan de olika dokumenten (bolagsordning, ägardirektiv och konsortialavtal). Då kan Teckal-kriterierna vara i fara.

Översyn av delegationsordningar

Vill man utnyttja möjligheten i 6 kap. 4 – 7 §§ lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter, bör delegationsordningen ses över.

I **bilaga 4** finns ett exempel på *dels* beslut att ge någon rätt att vidaredelegera beslutanderätten i en upphandling till anställd vid inköpscentral, *dels* beslut att delegera beslutanderätten till anställd vid inköpscentral.

Översyn av kommunstyrelsens eller landstingsstyrelsens reglemente

Även om uppsiktsplikten följer direkt av lag, kan det av praktiska skäl vara bra att anpassa reglementet efter de nya reglerna, så att man inte förbiser dessa. I praktiken blir det sannolikt så att arbetet blir mest resurskrävande det första året. Då måste styrelsen skaffa sig ett grepp om bolagens verksamhet och dokumentera detta på

lämpligt sätt i ett beslut. Därefter kan antas att verksamheten i de flesta fall löper på och att styrelsen kan fokusera på eventuella förändringar.

I **bilaga 5** finns ett exempel på hur man kan avfatta ett reglemente

Nytt normalreglemente under utarbetande

I detta sammanhang vill vi informera om att ett utkast till nytt reglemente för styrelsen och övriga nämnder är under utarbetande. Någon genomarbetad avstämning mot det blivande reglementet har inte hunnit göras. Det nya förslaget därför kan komma att innefatta en förändrad lydelse i förhållande till det som redovisas i bilaga 5. Dessa skrivningar är alltså att betrakta som preliminära. Det nya reglementet kommer att skickas ut i cirkulär, preliminärt våren 2013.

Frågor

Frågor i anledning av detta cirkulär besvaras av förbundsjuristerna Lena Dalman, tfn. 08-452 79 73, Helena Linde, tfn. 08-452 79 76, Magnus Ljung, tfn. 08-452 76 58 och Mathias Sylwan, tfn. 08-452 79 84.

Sveriges Kommuner och Landsting
Avdelningen för juridik

Germund Persson

Lena Dalman

Bilagor:

SFS 2012:391 och SFS 2012:392

Bolagsordning med kommentar

Ägardirektiv med kommentar

Delegationsbeslut

Reglemente för styrelsen