



Handelshögskolan
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

Tillämpning av Teckal-undantaget på kommunägda aktiebolag

Fallstudie av Göteborg Stad och Gryaab AB.

Författare: Clara Larsson
Handledare: Filip Bladini
Ämne: Offentlig upphandling

Juridiska Institutionen
Programmet för Juris Kandidatexamen
Vårterminen 2011
Tillämpade studier 30 HP

Sammanfattning

I och med det grundlagsstadgade kommunala självstyret kan kommuner bedriva verksamhet i aktiebolagsform. När kommunal verksamhet bedrivs i bolagsform är det aktiebolagsrätten som styr verksamheten och inte kommunallagen, varför kommuner måste införliva kommunalrättsliga krav genom tillämpning av aktiebolagsrättsliga instrument såsom bolagsordning mm. När det gäller kommunala bolag är dessa fristående juridiska personer i förhållande till kommunen varför upphandlingslagstiftningen (LOU) blir tillämplig när kommunen sluter kontrakt med bolagen om anskaffning av varor, tjänster eller byggtreprenad. Sedan slutet av 1990-talet har det i EU-domstolens rättspraxis utvecklats ett undantag från upphandlingskyldighet när offentliga myndigheter upphandlar från bolag som de har en nära anknytning till. För tillämpning av det s.k. Teckal-undantaget förutsätts att två kriterier är uppfyllda, verksamhetskriteriet och kontrollkriteriet. I Sverige har Regeringsrätten i ett avgörande från 2008 fastslagit att det för tillämpning av undantaget i Sverige krävs att undantaget införlivas i svensk rätt. 1 juli 2010 infördes en tillfällig reglering i LOU i väntan på ett slutgiltigt ställningstagande i frågan om behovet av ett permanent laginförande. Regleringen är utformad som en direkt kodifiering av EU-domstolens praxis och lämnar ingen konkret vägledning för tillämpning. En tolkning av EU-domstolens praxis krävs således i varje enskilt fall. Regelns utformning innebär därmed att viss oklarhet föreligger kring vilka krav som ställs i det enskilda fallet för att kriterierna, främst kontrollkriteriet, skall vara uppfyllt. Uppsatsen undersöker hur Göteborgs kommun, tillsammans med andra ägarkommuner, utövar kontroll över det offentligt ägda aktiebolaget Gryaab AB. Bolaget bedriver avloppsrening för ägarkommunernas räkning, och kommunerna köper således denna tjänst från bolaget. Ägarkommunerna köper tjänsterna utan föregående upphandlingsförfarande vilket förutsätter att Teckal-kriterierna är uppfyllda för att transaktionerna inte skall strida mot upphandlingslagstiftningen. Eftersom det råder oklarhet kring undantagets tillämpning är det intressant att försöka konkretisera hur en tillämpning skulle kunna gå till rent praktiskt. Uppsatsarbetet syftar till att försöka tillämpa undantaget i ett konkret fall samt att göra en bedömning av vilka förutsättningar svensk lagstiftning ger offentliga myndigheter att leva upp till kontrollkriteriet.

Abstract

With the constitutional municipal self-government, municipalities can operate as limited companies. When the municipal business is conducted in corporate form, it is however, company law governing the operation and not the local Government Act, why municipalities must incorporate local legal requirements by the application of limited legal instruments such as statutes and more. Municipal corporations are independent legal persons in relation to the municipality therefore the procurement law (LOU) applies where the municipalities conclude contracts for the procurement goods, service or works. Since the late 1990s, the European Court's case law developed an exception to the procurement obligation when public authorities procure from companies that they have a close connection. The Teckal-exemption requires that two criteria are met, the so called control criterion and business criterion. In Sweden, the Supreme Administrative Court in a ruling in 2008 held that for purposes of the

exception in Sweden requires that the exception be incorporated into Swedish law. July 1, 2010 introduced a temporary regulation in the Public Procurement Act, pending a final position on the question of the need for a permanent law imposing. The regulation is designed as a direct codification of the case law from the European Court of Justice and provides no concrete guidance for the application. An interpretation of the European case law is required so in each single case. Rule design means that some ambiguity exists regarding the requirements of the case to the criteria, mainly when the control criterion is met. The essay examines how the municipality of Gothenburg, together with other equity communities, exercising control over the publicly owned company Gryaab AB. The company carries waste water treatment for municipal ownership bill, thus municipalities are buying this service from the company. The municipalities purchase service without tendering which requires that the Teckal-criteria are met. Since there is uncertainty about the exemption application, it is interesting to try to specify how an application could be put to practical. The thesis attempt to apply the exemption in a particular case and also to try to make an assessment of what conditions Swedish legislation allows public authorities to meet the control criterion.

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslagen (2005:551).
BS	Bolagsstämma.
EU-domstolen	Europeiska Unionens domstol, tidigare EG-domstolen.
FL	Förvaltningslagen (1986:223).
Gryaab AB	Göteborgs Ryaverk AB.
KL	Kommunallag (1991:900).
KS	Kommunstyrelsen.
KF	Kommunfullmäktige.
KK	Konkurrenskommissionen.
KKV	Konkurrensverket.
LAV	Lag(2006:412) om allmänna vattentjänster.
LOU	Lag(2007:1091) om offentlig upphandling.
VA	Vatten och Avlopp.
SKL	Intresseorganisationen Sveriges Kommuner och Landsting.

1. Inledning	7
1.1 Bakgrund.....	7
1.2 Problemformulering och frågeställningar.....	8
1.3 Syfte.....	10
1.4 Metod.....	10
1.5 Avgränsningar	11
1.6 Disposition	11
2. Upphandlingslagstiftningen	12
2.1 syfte	12
2.2 EU-rätten.....	12
2.3 Nationell rätt.....	13
3. Kommuners verksamhet och organisation	15
3.1 Kommunal verksamhet och förvaltning	15
3.2 Kommunens organisation i bolagsform	16
3.2.1 Vad en bolagisering innebär	16
3.2.2 Kommunala ändamål och principer.....	18
3.2.3 Motiv för verksamhet i bolagsform	18
4. In-house providing i EU-rätten.....	19
4.1 In-house providing.....	19
4.2 EU-domstolens praxis	20
4.2.1 Teckal-kriterierna	20
4.2.2 Kontrollkriteriet.....	21
5. In-house utvecklingen i Sverige.....	25
5.1 Teckal- och Sysav- avgörandenas inverkan	25
5.2 Ny lagstiftning	26
6. Kommuners ägarstyrning av sina aktiebolag	29
6.1 Allmänt	29
6.2 Aktiebolagsrättsliga styrmedel	30
6.2.1 Bolagsstämman	30
6.2.2 Bolagsordning.....	30
6.2.3 Aktieägardirektiv	31
6.2.4 Bolagsstyrelsen	31
6.2.5 Revisorer	32

6.2.6 Övrigt om kommunens ägarstyrning	32
7. Göteborgs Ryaverk AB (Gryaab AB)	33
7.1 Allmänt om bolaget och dess ägande	33
7.2 Kommunens styrning av bolagets verksamhet.....	35
7.2.1 Strukturer för styrning och ledning av kommunal verksamhet i Göteborgs Stad...35	
7.2.2 Hur den formella styrningen utövas.....	37
7.2.3 Former för informell styrning	38
7.2.4 Den reella styrningen av Gryaab AB	39
7.3 Sammanfattning och synpunkter.....	41
8. Avslutande diskussion och slutsatser	42
Vad lagen ger för möjligheter till inflytande.....	43
Gryaab AB, sammantagen bedömning.....	45
Avslutningsvis, det nya lagförslaget	48
9. källförteckning	49

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Svenska kommuner har i och med det grundlagsstadgade självstyret möjlighet att välja form för bedrivande av verksamhet och kan således bedriva kommunal verksamhet i bolagsform. Kommunallagen (1991:900) (KL) ställer dock upp vissa krav på kommuner vad gäller verksamhet i bolagsform för att tillgodose kommunalrättsliga principer och ändamål. När verksamheten bedrivs i bolagsform blir aktiebolagslagen (2005:551) (ABL) styrande för verksamheten i stället för KL och förvaltningslagen (1986:223) (FL) som styr verksamheten i sedvanlig förvaltningsform, dvs. i nämndform.¹ Detta gör att kommunala principer och ändamål genom Kommunfullmäktiges försorg måste ges bolagsrättslig verkan genom tillämpning av de styrmedel som ABL tillhandahåller.

Kommuner är skyldiga att konkurrensutsätta köp av varor, tjänster och byggtrepenad i enlighet med Lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Regleringen har sin grund i det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet.² Detta innebär att kommuner är upphandlingsskyldiga när de ingår kontrakt med fristående juridiska personer. Utgångspunkten är därför att kommuner även är upphandlingsskyldiga vid köp från hel- och delägda bolag, något som i stor utsträckning ignoreras av flertalet kommuner.

1 juli 2010 infördes en tillfällig reglering i LOU som möjliggör undantag från upphandlingsskyldigheten vid köp från hel- och delägda bolag. Den nya regeln i LOU 2 kap 10a § innebär att upphandlande myndigheter³ kan upphandla varor, tjänster och byggtrepenad av egenägda bolag utan ett föregående upphandlingsförfarande enligt LOU, förutsatt att vissa kriterier är uppfyllda. Detta eftersom köpet då inte anses omfatta ett sådant kontrakt som avses i LOU 2 kap 10§, som är en förutsättning för att LOU skall aktualiseras. De två kriterier (s.k. Teckal-kriterierna) som måste vara uppfyllda är; att (i) myndigheten har kontroll över bolagets verksamhet i motsvarande omfattning som den har över den egna förvaltningen, samt att (ii) bolagets verksamhet endast i marginell omfattning bedrivs för annan aktörs räkning. Regeln är en kodifiering av den EG-praxis som utvecklats på området. I det s.k. Teckal-avgörandet⁴ förklarar domstolen att ett offentligt varuupphandlingskontrakt⁵

¹ ABL 1 kap. 2§ 3 st.

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG, 31 mars, om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtrepenad, även kallat *det klassiska upphandlingsdirektivet*.

³ LOU 2 kap 19§. Kommuner omfattas av begreppet, se förklaring i avsnitt 2.3.

⁴ Dom av den 18 nov 1999 i mål C-107/98, Teckal Srl mot Comune di Viano mfl (*Teckal*), REG 1999 s I-8121.

endast kan anses föreligga mellan en upphandlande myndighet och en s.k. fristående enhet. En fristående enhet anses inte föreligga om Teckal-kriterierna är uppfyllda och uppgörelsen anses vara s.k. in-house.⁶ I regeringsrättens avgörande från 2008, Sysav-domen⁷, kom domstolen fram till att ett uttryckligt undantag i lag var nödvändigt för att Teckal-undantaget skulle kunna åberopas av svenska kommuner, varför undantaget i LOU nu införts. Regleringen är som sagt temporär i väntan på en slutgiltig utredning och upphör 1 jan 2013. Det har genomförts en omfattande utredning, på uppdrag av regeringen, eftersom det förelegat oklarhet huruvida lagstiftningen bör införas permanent eller inte. Utredningsbetänkandet blev färdigställt i slutet av april 2011 och har överlämnats till regleringskansliet för fortsatt beredning. Inom den Europeiska gemenskapen har länder såsom Italien, Frankrike, Spanien och Finland infört Teckalkriterierna i nationell lagstiftning. Medan man i andra länder, såsom Danmark, Österrike, Norge och Nederländerna gjort bedömningen att ingen kodifiering i nationell rätt är nödvändig för att kriterierna skall kunna tillämpas.⁸

1.2 Problemformulering och frågeställningar

Det har förelegat oklarhet beträffande kommunens upphandlingsskyldighet vid upphandling från hel- och delägda bolag fram tills Sysav-avgörandet från 2008.⁹ Svenska kommuner har dock i stor utsträckning underlåtit att tillämpa LOU vid upphandling från sina hel- och delägda bolag trots att bolagen formellt sett är fristående juridiska enheter i förhållande till kommuner. I Sysav-domen slås fast att kommuner inte får direktupphandla från bolagen utan måste iakttä upphandlingslagstiftningen. Regeringsrätten slår vidare fast att Teckal-kriterierna inte kan tillämpas på svenska förhållanden utan att dessa först införts i svensk lagstiftning. Eftersom en stor del av den kommunala verksamheten idag bedrivs i bolagsform befarades domen få stora konsekvenser i form av krav på en snabb och kostsam omorganisering för kommuner och landsting. Innan en avbolagisering skett befaras ekonomiska konsekvenser i form av tappade upphandlingar och skattekonsekvenser. Det kommunala organisations- och självstyret begränsas således till följd av domen. Kommuner och landsting utövar påtryckningar för att den tillfälliga regleringen i LOU från juli 2010 skall införas permanent. Kodifieringen har

⁵ Art. 1a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG, 31 mars, om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggentreprenad, (*Varudirektivet*), Numera ersatt av det *klassiska direktivet*, se not 1.

⁶ Mål C-107/98 (Teckal).

⁷ RÅ 2008 ref 26 (Sysav).

⁸ Ds 2009:36 s. 61.

⁹ NJA 2008 ref. 26 (Sysav).

tillkommit för att dämpa befarade negativa konsekvenser i väntan på att regeringen skall fatta ett slutgiltigt beslut om Teckal-undantagets införande eller inte i svensk lag.

Det råder vidare delade meningar kring huruvida kontrollkriteriet över huvudtaget kan vara uppfyllt i svenska aktiebolag. Vissa, exempelvis Svenskt Näringsliv och konkurrenskommissionen m.fl., är tveksamma till om svensk aktiebolagsrätt medger en sådan kontroll som erfordras för att kontrollkriteriet skall vara uppfyllt.¹⁰ Regeringen anser dock att det inte går att utesluta att kontrollkriteriet kan vara uppfyllt i svenska aktiebolag.¹¹ Även om kontrollkriteriet ur ett formellt perspektiv anses kunna vara uppfyllt i svenska aktiebolag måste kontrollen vara uppfyllt i det enskilda fallet. Huruvida kontrollkriteriet är uppfyllt i det enskilda fallet är beroende av utformandet av de styrmedel som finns att tillgå och om ägaren intar en aktiv roll. Det är således ägarmyndigheten som ansvarar för att kriterierna uppfylls och detta måste prövas i varje enskilt fall.¹²

Eftersom den svenska undantagsregleringen i LOU 2 kap. 10a § är utformad som en direkt kodifiering av Teckalkriterierna som utvecklats i EU-domstolens rättspraxis, riskerar den svenska regelns utformning leda till vissa tillämpningsproblem. Bestämmelsen ger nämligen inga klara direktiv om vilka exakta omständigheter som skall föreligga eller i vilken grad inflytande krävs för att kontrollkriteriet skall vara uppfyllt. Det finns ännu inte heller någon rättspraxis i Sverige som tar sikte på undantaget. Bestämmelsen är således avsedd att tolkas i överensstämmelse med EU-domstolens praxis, vilket innebär att en tolkning krävs vid varje enskild tillämpning.¹³ Detta gör att den oklarhet vid tolkning och tillämpning av Teckal-undantaget som föreligger kring EU-domstolens rättspraxis överförs vid tillämpning av den svenska lagen. Problematiken förstärks också av att EU-domstolens rättspraxis inte omfattar någon prövning av svenska aktiebolag eller svenska sammanslutningar.

Uppsatsarbetet kommer att försöka konkretisera hur en tillämpning av Teckal-undantaget kan se ut i ett enskilt fall. Närmare bestämt hur en bedömning av kontroll- och verksamhetskriterierna skulle kunna gå till rent praktiskt. Följande frågeställning kommer därför att försöka besvaras beträffande kommunen Göteborgs Stad i förhållande till dess delägda aktiebolag Gryaab AB.

- Hur har kommunen säkerställt att den har kontroll över bolagets verksamhet?

¹⁰ Prop.2009/10:134 s. 35.

¹¹ A.prop. s. 38.

¹² Se not 8.

¹³ Prop.2009/10:134, s. 28f.

- hur använder sig kommunen av lagstiftningens verktyg för att utöva kontroll?

- på vilket sätt i övrigt utövar kommunen kontroll över bolagets verksamhet?

1.3 Syfte

Uppsatsarbetet syftar till att undersöka tillvägagångssättet vid en tillämpning av teckal-undantaget på ett kommunägt aktiebolag i Sverige. Följaktligen syftar uppsatsarbetet också till att beskriva regleringen kring kommuners verksamhet i bolagsform och vilka möjligheter lagstiftning och praxis ger att direktilldela till hel- och delägda aktiebolag kontrakt med tillämpning av Teckal-undantaget. Genom att undersöka ett konkret exempel (Gryaab AB) syftar uppsatsarbetet till att visa hur en bedömning av undantagets tillämplighet kan gå till i det enskilda fallet. Detta genom att titta på hur kommunen (Göteborgs Stad) använder styrmedel som lagen tillhandahåller och i övrigt utövar sitt ägande för att kontrollera ett bolag i vilket den bedriver verksamhet.

1.4 Metod

För att besvara uppsatsens frågeställning har jag bland annat använt mig av klassisk juridisk metod i form av studier av relevant svensk lagstiftning, främst LOU, ABL och KL, samt relevanta offentliga tryck i form av propositioner och betänkanden. Även EU-rättsliga direktiv om offentlig upphandling samt fördragen om Europeiska Unionen har använts i uppsatsarbetet. Jag har vidare studerat doktrin samt både svensk och EU-rättslig praxis som berör ämnet, dock till största delen EU-rättslig eftersom svensk endast finns i mycket liten omfattning. Vidare har jag i uppsatsarbetet använt mig av ett antal artiklar och andra skrivelser från olika intresseorganisationer och sakkunniga.

För den mer praktiska delen har jag tittat på både allmänt utformade och riktade styrdokument och riktlinjer såsom bolagsordning, aktieägardirektiv och årsredovisning mm. Jag har dessutom haft förmånen att via personliga kontakter med för uppsatsarbetet aktuella aktörer få information, material och synvinklar till uppsatsen. Personer jag haft kontakt med är bland annat Christina Bertilson, som är anställd på Stadskansliet vid Göteborgs Stad och agerar som s.k. kontaktperson mellan kommunen och Gryaab AB. Christina Bertilson har svarat på frågor via e-mejl och telefon samt bidragit med relevant dokumentation. Vidare har Gryaab AB:s VD, Stig Hård, besvarat frågor vid personligt möte. Dessutom har jag via telefon fått ställa frågor till Agneta Sander, som agerar som förvaltningschef vid Göteborgs Stads kretsloppsnämnd.

1.5 Avgränsningar

I uppsatsarbetet har inte funnits utrymme till att göra någon utförlig utredning kring vilka konsekvenser Teckal-undantaget innebär för konkurrensen på den fria marknaden i helhet eller för syftet bakom upphandlingsreglerna. Konsekvenserna av ett permanent lagstadgat Teckal-undantag i svensk rätt kommer därför inte att beröras i uppsatsen. Uppsatsen kommer inte heller ta ställning till eller mer utförligt analysera om en svensk lagstiftning krävs för att undantaget skall kunna tillämpas i Sverige.

Vad Teckal-undantaget har för tillämpning inom försörjningssektorerna kommer inte att beröras. Likaså kommer inte Teckal-kriteriernas tillämpning på ekonomiska och ideella föreningar tas upp.

Eftersom tillämpningen av verksamhetskriteriet förefaller vara relativt okomplicerad kommer uppsatsen huvudsakligen att behandla kontrollkriteriet. Det kan dock kort konstateras att verksamhetskriteriet innebär att ett företag som en eller flera myndigheter kontrollerar skall bedriva huvuddelen av sin verksamhet för eller tillsammans med de myndigheterna som innehar företaget. I regel är kravet uppfyllt om ca 80-90 % av omsättningen kommer från ägarmyndigheten.¹⁴

Det kan vidare påpekas att uppsatsarbetet kommer att fokusera på Göteborgs Stads ägande och kontroll över Gryaab AB. Detta även om bolaget ägs gemensamt av ett flertal kommuner.

1.6 Disposition

Uppsatsarbetet består i huvudsak av tre delar. Första delen, som består av kapitel 2 till 6, är av mer teoretisk och deskriptiv karaktär och syftar till att ge en bakgrund till uppsatsämnet för att bättre förstå den andra mer praktiska delen i kapitel 7. I Kapitel 7 beskrivs den praktiska undersökningen av kommunens kontroll över aktiebolaget Gryaabs verksamhet. Delen består både av en deskriptiv, analyserade och sammanfattande del. I den tredje och sista delen, i kapitel 8, förs en avslutande diskussion av analyserande karaktär kring vad som framkommit av uppsatsarbetet i förhållande till frågställningen och vilka slutsatser som kan dras.

¹⁴ Mål C-340/04(Carbotermo) p. 60-63, Mål C-290/05 (Asemfo).

2. Upphandlingslagstiftningen

2.1 syfte

På ett EU-rättsligt plan är upphandlingsreglerna ett led i att förverkliga den inre marknaden genom att säkerställa att de EU-rättsliga friheterna om fri rörlighet för varor, tjänster, kapital och fri etablering upprätthålls. Reglerna syftar till att åstadkomma en öppen och konkurrensutsatt marknad i alla betydande sektorer inom upphandlingen. Kontrakt om varor, byggtreprenader och tjänster omfattas.¹⁵ Mer specifikt styr upphandlingsregleringen hur offentliga organ skall agera vid transaktioner av kommersiell karaktär och syftar till att offentliga organ, genom att dra nytta av konkurrens effekter på den fria marknaden, på ett effektivt sätt använder offentliga medel.¹⁶ Att det behövs en sådan reglering beror på att offentliga organ kan justera ökade kostnader genom höjd skatt och saknar därför inbyggda incitament till att vara kostnadseffektiva. Häri ligger en väsentlig skillnad i förhållande till privata företag som riskerar konkurs om tillräcklig hänsyn inte tas till kostnaderna.¹⁷

2.2 EU-rätten

I fördragen om Europiska Unionen¹⁸ regleras generella bestämmelser om medlemsstaternas skyldigheter och rättigheter.¹⁹ Medlemsstaterna har förbundit sig att följa reglerna i fördragen och de bestämmelser som har sitt stöd däri.²⁰ Rättsområdet för offentlig upphandling har inte tagits in i fördraget, men regleringen har likväl sin grund däri. Förutom de i fördraget fastslagna principerna om fri rörlighet för varor och tjänster samt fri etableringsrätt är principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens och ömsesidigt erkännande grundläggande för offentlig upphandling, och har införts särskilt i upphandlingsreglerna.²¹ EU-domstolens rättspraxis ger principerna en mer specifik tillämpning och är därmed av vikt för att vägleda nationella domstolar vid tillämpning av upphandlingsreglerna.²²

EU:s upphandlingsdirektiv tar endast sikte på större upphandlingar, dvs. reglerna i direktiven blir tillämpliga först när värdet på upphandlingen överstiger vissa tröskelvärden.

¹⁵ dir 2004/18/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling.

¹⁶ Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – en introduktion, Oktober 2010, s. 6.

¹⁷ Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 23.

¹⁸ Romfördraget 1957.

¹⁹ Den senaste ändringen av fördraget trädde ikraft i och med Lissabonfördraget 1 december 2009.

²⁰ Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 31.

²¹ LOU 1 kap.9§, Falk, Lag om Offentlig upphandling - en kommentar, s. 24.

²² Sundstrand, Offentlig upphandling, s. 31f.

Värdegränserna är avvägda med tanke på de upphandlingar som kan tänkas vara av intresse ur ett internationellt perspektiv.²³

Tidigare fanns två direktiv på området för upphandling av varor och tjänster; varudirektivet²⁴ och tjänstedirektivet.²⁵ Numera finns reglerna sedan 31 mars 2004 istället samlade i direktiv 2004/18/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling, det s.k. klassiska direktivet.

För att tillförsäkra efterlevandet av upphandlingsreglerna har EU också skapat regler om kontroll och insyn i upphandlingen. Reglerna om skadestånd och överprövning ger övervakningsorgan och enskilda leverantörer verktyg att angripa ett regelstridigt beteende från en upphandlande myndighet.²⁶ Bestämmelserna återfinns i de s.k. rättsmedelsdirektiven.²⁷ Fram tills 1 juli 2010 fanns ett rättsmedelsdirektiv för den klassiska sektorn och ett för försörjningssektorerna²⁸, numera har också ett kompletterande rättsmedelsdirektiv antagits av EU och gäller tillsammans med de äldre.²⁹

2.3 Nationell rätt

1 jan 2008 trädde LOU ikraft och ersatte då den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÄLOU). LOU bygger på det klassiska upphandlingsdirektivet 2004/18/EEG³⁰ och är tillämplig då upphandlande myndigheter skall ingå kontrakt om köp av varor, tjänster eller byggkoncessioner.³¹ Med upphandlande myndighet avses statliga och kommunala myndigheter. Vid tillämpning av lagen skall med myndighet jämsställas beslutande församlingar i kommuner och landsting, offentligt styrda organ samt sammanslutningar

²³ Prop.1992/93:88 s 37.

²⁴ 93/36/EEG om samordning av förfarandena vid offentligupphandling av varor (varudirektivet).

²⁵ 92/50/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (tjänstedirektivet).

²⁶ Prop.1992/93:88 s 36f., (se avsnitt 2.3).

²⁷ Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten(klassiska sektorn), rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna(försörjningsfaktorerna) och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

²⁸ Se försörjningssektorerna i not 6.

²⁹ Sundstrand, Offentlig upphandling s. 34.

³⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG, 31 mars, om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggentreprenad, även kallat det klassiska upphandlingsdirektivet. (2004) OJ L 134/114.

³¹ LOU 1 kapitlet 2§, 2 kapitlet 10§.

mellan flera kommuner eller landsting eller också sammanslutningar av offentligt styrda organ.³²

Den svenska regleringen har tillkommit till följd av de krav som ställs genom EES-avtalet.³³ Sverige har i och med avtalet åtagit sig att införa regler om offentlig upphandling som motsvarar EUs regler om offentlig upphandling inom den inre marknaden.³⁴ Den svenska lagen skall således läsas i ljuset av upphandlingsdirektivet samt den EU-rättspraxis som utvecklats på området. Efter att Sverige blev medlem i EU (f.d. EG) den 1 januari 1995 har man också förbundit sig att följa hela EU:s regelverk och därmed också konkurrensregler vid offentlig upphandling, framförallt artikel 106 (f.d. 86 EGF) om förbud mot statsstöd och artikel 18 (f.d. 12 EGF) om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Sverige har även valt att införa regler för upphandling under tröskelvärdena, för vissa sekretessbelagda upphandlingar och för s.k. B-tjänster.³⁵

Innan EU-direktiven implementerades i svensk nationell rätt fanns redan vissa regler som tog sikte på offentlig upphandling, men dessa omfattade inte den bolagiserade offentliga verksamheten. I och med implementeringen omfattar upphandlingsreglerna numera även stat- och kommunägda bolag som bedriver verksamhet i det allmännas intresse, förutsatt att verksamheten inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Ett kommunägt bolag betraktas då som ett sådant offentligt styrt organ som omfattas av lagen. Detta innebär att även om kommunen bolagiserar en kommunal angelägenhet medför inte detta att upphandlingsreglerna sätts ur spel.³⁶

Kommunen är i egenskap av upphandlande myndighet skyldig att tillämpa upphandlingslagstiftningen vid tilldelning av kontrakt.³⁷ Utgångspunkten är att kommunen också skall upphandla av bolag som den äger eftersom dessa är fristående juridiska personer. Emellertid gäller sedan 1 juli 2010 en ny preliminär undantagsregel i LOU beträffande statliga och kommunägda bolag, som under vissa förutsättningar gör det möjligt att bortse från upphandlingslagstiftningen.³⁸ Undantaget kommer utvecklas mer under avsnitt 5.2.

³² LOU 2 kapitlet 19§.

³³ Prop.1992/93:88 s 1.

³⁴ A.prop.s.1

³⁵ Sundstrand, Offentlig upphandling s. 25, LOU 15 kap.

³⁶ LOU 2 kapitlet 12,19§§, Prop.1992/93:88 s.37.

³⁷ LOU 1 kap. 2,9§§ och 2 kapitlet 19§.

³⁸ LOU 2 kap. 10a§, Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – en introduktion, Oktober 2010, s. 8.

Det finns även andra lagstadgade undantag från LOU:s tillämpningsområde. Bland annat finns en något mer flexibel lag för upphandling inom försörjningssektorerna; lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.³⁹ Vidare är upphandling av vissa teletjänster, finansiella tjänster, förvärv och hyra av fastigheter samt vissa upphandlingar med stöd av regler som ingåtts med internationella organisationer undantagna.⁴⁰ Även så kallad direktupphandling är under vissa förutsättningar tillåtet.⁴¹ Generellt för undantagen gäller att det är den som åberopar ett undantag som har bevisbördan och bestämmelserna om undantag skall tolkas restriktivt.⁴²

3. Kommuners verksamhet och organisation

3.1 Kommunal verksamhet och förvaltning

Kommunfullmäktige (KF) är högsta beslutande organ i kommuner och har det övergripande politiska ansvaret.⁴³ För ombesörjande av den kommunala förvaltningen finns en eller flera nämnder som KF tillsätter efter behov.⁴⁴ KF har till främsta uppgift att besluta i ärenden av allmän karaktär eller annars av större vikt för kommunen. Det rör sig främst om riktlinjer för den kommunala verksamheten, budgeten och instruktioner för nämnderna.⁴⁵ Nämnderna har beslutande, beredande och verkställande funktion. KF utfärdar föreskrifter om hur nämndernas inbördes organisation och hur verksamheten skall bedrivas.⁴⁶ Kommunstyrelsen (KS), som också är en nämnd, är det ledande förvaltningsorganet och skall ha uppsikt över all kommunal verksamhet.⁴⁷ KS saknar direkta maktmedel gentemot förvaltningen att lämna bindande direktiv varför styrelsen måste påkalla KF:s ingripande.⁴⁸ Nämnderna är skyldiga att inom sina områden ansvara för att verksamheten bedrivs enligt de mål, riktlinjer och föreskrifter som fullmäktige beslutat om. Vidare skall de tillse att den interna kontrollen är tillräcklig och att verksamheten bedrivs på ett i övrigt tillfredställande sätt.⁴⁹

Det grundlagsfästa kommunala självstyret innebär att kommuner och landsting fritt skall få organisera sin verksamhet och var en del av de reformer som kom med 1991 års

³⁹ LOU 1 kap. 3§.

⁴⁰ LOU 1 kap. 1-8§§.

⁴¹ LOU 15 kap. 3§. Om tröskelvärde se LOU 3 kap. 1§.

⁴² Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – en introduktion, Oktober 2010, s. 8.

⁴³ RF 1 kap. 7§.

⁴⁴ RF 1 kap. 8§, KL 3 kap. 3§.

⁴⁵ KL 3 kap. 9§.

⁴⁶ 6 kapitlet 32§ KL.

⁴⁷ KL 6 kap. 1,2§§.

⁴⁸ Karnovkommentar till KL 6 kapitlet 1§, Not 190.

⁴⁹ KL 6 kap. 7§.

kommunallag.⁵⁰ Emellertid följer av RF 8 kap. 5 § att grunderna för kommuner och landstingsorganisation och verksamhetsformer skall bestämmas i lag. Den territoriella makten som utövas i kommunerna är alltså underordnad statens övergripande bestämmande och statliga kontrollapparat i form av sanktioner och tillsyn.⁵¹

Kommunens offentligrättsliga uppgifter är både av obligatorisk respektive frivillig art. All kommunal verksamhet måste dock rymmas inom den kommunala kompetensen med iakttagande av offentligrättsliga och kommunala principer, såsom objektivitetsprincipen, likställighetsprincipen och självkostnadsprincipen mfl.⁵² Den kommunala kompetensen består av en allmän och en speciell del. Den allmänna kompetensen, som följer av KL 2 kap.1-2 §§, innebär att kommunen får engagera sig i verksamhet som är av allmänt intresse som har anknytning till kommunen eller dess medlemmar, om uppgiften inte ankommer på någon annan, exempelvis staten.⁵³ Den speciella kompetensen har sin grund i en rad specialförfattningar.⁵⁴ Den specialreglerade verksamheten utgör den största delen, åtminstone rent ekonomiskt, och är i stor utsträckning obligatorisk för kommunen.⁵⁵ I KL 2 kap. 7 § stadgas att kommunen får bedriva näringsverksamhet om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga tjänster.

3.2 Kommunens organisation i bolagsform

Av KL 3 kap. 16§, som anknyter till RF 11 kap. 6§ st.3, framgår att kommuner och landsting efter beslut av fullmäktige under vissa förutsättningar får överlämna kommunal angelägenhet till aktiebolag. KL 3 kap. 16§ tar sikte på företag som fullgör kommunal uppgift som annars kunnat utföras av en nämnd.⁵⁶

3.2.1 Vad en bolagisering innebär

En bolagisering innebär att verksamheten får status som en egen juridisk person.⁵⁷ När verksamheten annars bedrivs i nämndform och ingår avtal om förpliktelser är detta juridiskt sett staten eller kommunen som är förpliktigad. Detta förhållande ändras när verksamheten

⁵⁰ RF 1 kap. 1,7§§, Ds 2009:36 s. 52.

⁵¹ Bohlin, Kommunalrättens grunder, s 26.

⁵² KL 2 kap. 2 §, 8 kapitlet 3c §, Bohlin, förvaltningsrättens grunder s. 28. RF 1 kap. 9 §.

⁵³ KL 2 kap. 1§.

⁵⁴ KL 2 kap. 1,4 §§ , se också exempelvis PBL, SoL och MB mfl.

⁵⁵ Madell & Indén, Offentlig- privat samverkan, s. 68.

⁵⁶ Prop.1990/91:117 s. 52.

⁵⁷ Se ABL 1 kap. 3 § och 2 kap. 25 §.

går över på ett bolag.⁵⁸ En bolagisering medför vidare att flera offentlighetsregler ersätts med privaträttsliga, vilket innebär att ABL i stor utsträckning gäller istället för KL och FL. Detta medför att regler om exempelvis tillsyn, insyn och offentlighet, besvärsmöjligheter, etc. normalt faller bort. Nämnade effekter dämpas dock av särskilda regler i KL 3 kap. 17-19§§.⁵⁹

För att kommunen skall få organisera sin verksamhet i bolagsform måste den således iakttä vissa i KL 3 kap. 17-19 § stadgade krav. För bolag där kommunen direkt eller indirekt äger samtliga aktier ställs krav på att KF skall få (i) fastsätta det kommunala ändamålet med verksamheten, (ii) utse samtliga styrelseledamöter och (iii) se till att KF får ta ställning till sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt.⁶⁰ Vidare skall KF utse minst en lekmannarevisor. Beträffande delägda bolag gäller att reglerna i KL 3 kap. 17§ skall tillämpas i den utsträckning som är rimlig i förhållande till ägarförhållandena, verksamhetens art eller omfattning i övrigt.⁶¹ Att KF skall få ta ställning till beslut av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt innebär ingen vetorätt utan är endast en rätt att yttra sig.⁶² Eftersom kommunalrättsliga regler inte gäller i aktiebolag måste kommunen säkerställa att de kommunalrättsliga kraven blir gällande i bolagen med hjälp av aktiebolagsrättsliga styrmedel såsom bolagsordning och aktieägardirektiv.⁶³

De ekonomiska villkoren för verksamheten förändras också vid en övergång från myndighetsform till aktiebolagsform. Kommunal verksamhet i nämndform finansieras igenom anslag från KF.⁶⁴ I ett aktiebolag finansieras verksamheten i form av lån eller intäkter.⁶⁵ Ett aktiebolag bär alltså sina egna kostnader varför också risk för likvidation finns vid en allt för dålig ekonomi.⁶⁶ I realiteten är emellertid risken för likvidation i kommunägda bolag liten eftersom kommunen i regel skjuter till pengar genom lån eller lämnar borgen vid behov.

⁵⁸ ABL 1kap.3§.

⁵⁹ Bohlin, förvaltningsrättens grunder s.31f, Madell & Indén, Offentlig och privat samverkan, s. 69.

⁶⁰ KL 3 kap. 17§.

⁶¹ KL 3 kap. 18§.

⁶² Prop.1990/91:117 s. 53, Lagstiftaren ansåg detta vara tillräckligt eftersom den utgick från att bolagen inte skulle gå emot ett yttrande av KF.

⁶³ Ds 2009:36 s 55

⁶⁴ RF 1 kap. 8§, KL 8 kap. 3b§.

⁶⁵ Sandberg, Aktiebolagsrätten s. 145.

⁶⁶ ABL 25 kap.13-17§§.

3.2.2 Kommunala ändamål och principer

Kommunala bolag får enligt kommunalrättsliga principer alltså endast bildas ur ett kommunalt ändamål för att tillgodose kommunala uppgifter.⁶⁷ Verksamhetsföremålet måste därför rymmas inom den kommunala kompetensen.⁶⁸ Om verksamhetsföremålet i bolagsordningen inte begränsas till verksamhet som ryms inom den kommunala kompetensen kan KF:s beslut om detta upphävas.⁶⁹ Det kommunala ändmålet omfattar också bolagets syfte varför kommunala bolag inte får ha ett uttalat vinstsyfte. Vinstsyftet, som annars är karakteristiskt för aktiebolag, skulle strida mot den kommunalrättsliga självkostnadsprincipen.⁷⁰ Syftet med verksamheten i kommunala bolag skall istället vara att bringa nytta till kommunmedlemmarna. Eftersom det råder en presumtion om vinstsyfte i aktiebolag skall det framgå av bolagsordningen att bolaget har ett annat kommunalt syfte. Det anses inte vara tillräckligt att reglera syftet i ägardirektiv eller annars i avtal mellan kommunen och bolaget.⁷¹

Verksamhet som läggs över på privaträttsliga organ måste rymmas inom den kommunala kompetensen samt följa kommunalrättsliga principer. Det ankommer på KF att med aktiebolagsrättsliga styrmedel säkerställa att principerna blir gällande för bolaget.⁷²

3.2.3 Motiv för verksamhet i bolagsform

När kommunerna först började bedriva verksamhet i bolagsform under slutet av 1800-talet erbjöd aktiebolagsformen en institutionaliserad form för samarbete mellan kommunen och privata intressenter. Ett av huvudargumenten var då att bolagen inte stod under offentlighetsreglering, och därmed bland annat slapp offentlighet.⁷³ Nuförtiden gäller offentlighetsprincipen även i de bolag där kommunen har ett bestämmande inflytande över verksamheten genom aktieinnehav eller på annat sätt förfogar över röstmajoriteten.⁷⁴ Förvaltningsformen betraktas också som alltför omständlig och tidskrävande när det gäller beslutsfattande i affärsmässiga sammanhang. Numera är det framförallt aktiebolagsformens utförliga organisationsmönster och regler om ägarstyrning, som gör det lättare att samverka

⁶⁷ Stattin, kommunal aktiebolagsrätt, s 81.

⁶⁸ KL 3kap. 1§, prop. 1990/91:117, s. 53

⁶⁹ KL 10 kap. 1,8 §§, Karnovkommentar till KL 3 kap. 17§, not 62.

⁷⁰ KL 8 kap. 3c§, Stattin, bolagsordning i kommun och landstingsägda bolag, s. 312

⁷¹ Prop.1990/91:117 s 162, Stattin, bolagsordning i kommunala- och landstingsägda bolag, s. 312 ,Bohlin, kommunalrättens grunder s 85f.

⁷² Ds 2009:36 s. 52, NJA 2008 s.120, se avsnitt 3.2.1.

⁷³ SOU 2001:31, s.92

⁷⁴ 2 kap. 3§ offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), KL 3 kap. 16§ st.3, Madell & Indén, offentlig- privat samverkan, s. 70, nr 22. Skrifter från juridiska institutionen vid Umeå Universitet, Iustus förlag, 2010.

med olika aktörer, och ekonomiskt effektivitet som lyfts fram som motiv.⁷⁵ Att ett kommunalt bolag är en avgränsad ekonomisk enhet med egen redovisning anses också förhindra korssubventionering mellan skattefinansierad och avgiftsfinansierad verksamhet. Mer generellt framhålls det kommunala självstyret som ett argument för att kommunen fritt skall få organisera sin verksamhet i bolagsform.⁷⁶

4. In-house providing i EU-rätten

4.1 In-house providing

Det klassiska upphandlingsdirektivet innehåller ingen precisering av begreppet offentlig upphandling. I LOU definieras dock begreppet som åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggkoncessioner.⁷⁷ En förutsättning för upphandlingskyldighet är därför att en upphandlande myndighet avser att ingå ett kontrakt med en leverantör.⁷⁸ Kontraktsbegreppet finns däremot definierat i direktivets artikel 1.2 a. Definitionen i direktivet ligger till grund för det svenska kontraktsbegreppet i LOU 2 kap. 10§. Med ett kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som (i) sluts mellan en eller flera myndigheter och en eller flera leverantörer, (ii) avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och (iii) undertecknas av parterna eller signeras av dem med elektronisk signatur.⁷⁹ Ett flertal EU-domar har behandlat begreppet kontrakt. Även om domarna berört kontraktsbegreppet i de numera upphävda tjänste- och varudirektiven⁸⁰ har ingen förändring varit avsedd i det nya klassiska direktivet varför denna praxis fortfarande är relevant för tolkning av begreppet.⁸¹ I fall då offentliga organ som kommuner och landsting väljer att bedriva sin verksamhet i egen regi är varken upphandlingsdirektivet eller LOU tillämpliga på verksamheten. Detta eftersom beställande och utförande organ anses vara samma juridiska person, vilket i sin tur gör att det inte är frågan om ett upphandlingskontrakt i lagens bemärkelse. Den interna transaktionen är s.k. in-house.⁸²

⁷⁵ Stattin, kommunal aktiebolagsrätt, s 22, SOU2001:31s.93, Ds 2009:36 s. 52

⁷⁶ SOU 2001:31, s.93

⁷⁷ LOU 2 kap. 13§,

⁷⁸ Prop.2009/10:134 s. 9

⁷⁹ LOU 2 kap. 10§.

⁸⁰ Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (varudirektivet) och Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (tjänstedirektivet) i ÄLOU år 1994.

⁸¹ Prop.2009/10:134 s. 9.

⁸² A.a. s 10.

4.2 EU-domstolens praxis

4.2.1 Teckal-kriterierna

Som klargjorts ovan är upphandlande myndigheter i regel upphandlingsskyldiga när de anskaffar varor och tjänster från fristående enheter. Emellertid har EU-domstolen i sin praxis öppnat upp för att viss anskaffning från fristående enheter kan undantas från upphandlingsdirektivets tillämpning. Undantaget introducerades 18 november 1999 i mål C-107/98, (Teckal) där domstolen genom de så kallade kontroll- och verksamhetskriterierna (Teckal-kriterierna) anger när upphandlande myndigheter och en formellt fristående enhet skall betraktas som ett och samma rättssubjekt (in-house), vilket gör att ingen upphandlingsskyldighet föreligger. Det kan uttryckas som att EU-domstolen i och med avgörandet utvidgar in-housebegreppet till att under vissa givna förutsättningar även omfatta fristående enheter.

Föremål för domstolens prövning i målet C-107/98 (Teckal) var vad som avsågs med begreppet offentligt varuupphandlingskontrakt i direktiv 93/36/EEG (varudirektivet).⁸³ Omständigheterna i målet var följande. En italiensk kommun, Viano, hade anförtrott en av flera kommuner bildad sammanslutning (i enlighet med föreskrifter om särskilda företag), AGAC, drift och underhåll av värmeanläggningar och leverans av bränsle utan föregående upphandling. Ett privat företag i uppvärmningsbranschen väckte talan mot kommunens överenskommelse med AGAC eftersom denna ansågs strida mot upphandlingsdirektivet.⁸⁴ I målet uttalas att den nationella domstolen, för att avgöra om ett offentligt varuupphandlingskontrakt föreligger, skall kontrollera huruvida överenskommelsen träffats mellan två skilda juridiska personer (enheter).⁸⁵ Utgångspunkten är således att det är tillräckligt att kontrakt slutits med en i förhållande till myndigheten fristående enhet. Domstolen konstaterar dock att om myndigheten utövar en kontroll över enheten motsvarande den som utövas över den egna förvaltningen (kontrollkriteriet) och den fristående enheten bedriver huvuddelen av sin verksamhet för eller tillsammans med myndigheten (verksamhetskriteriet) anses ett varuupphandlingskontrakt i direktivets bemärkelse ändå inte föreligga. Upphandlingsskyldighet föreligger därför inte.⁸⁶

⁸³ Art. 1 a.

⁸⁴ Ds 2009:36 s. 23.

⁸⁵ Mål C-107/98 (Teckal) p.49.

⁸⁶ Mål C-107/98, Teckal, p. 49-51.

Trots att Teckaldomen berörde varuupphandlingsdirektivet har EU-domstolen i senare praxis klargjort att principerna gäller även vid upphandling av tjänster och byggtrepenad, och omfattar således både det gamla tjänstedirektivet och det nya klassiska direktivet.⁸⁷

Sammanfattningsvis kan sägas att ett varuupphandlingskontrakt föreligger när en myndighet avser att träffa ett skriftligt avtal om ekonomiska villkor om leverans av varor eller tjänster med en i formellt hänseende fristående enhet vilken är så pass självständig att den kan fatta egna beslut oberoende av myndigheten.⁸⁸

EU-domstolen har i ett flertal senare domar utvecklat kontroll- och verksamhetskriterierna. Som påpekats inledningsvis förefaller dock tillämpningen av verksamhetskriteriet vara relativt okomplicerad varför fokus i uppsatsen huvudsakligen ligger på kontrollkriteriets tillämpning.

4.2.2 Kontrollkriteriet

Efter Teckaldomen 1999 följde ett antal år då oklarhet rådde beträffande undantagets tillämplighet och särskilt beträffande kontrollkriteriets innebörd och omfattning. 2005 kom fyra nya domar (Stadt Halle, Parking Brixen, Coname samt Carbotermo) som utvecklar och mer precist sätter gränserna för in-house providing. Sedan 2005 har domstolen i stort sett bekräftat sina tidigare avgöranden men även i vissa avseenden utvecklat kriterierna ytterligare, särskilt vad gäller samverkan och gemensamt utövande av kontroll myndigheter emellan.

I målet C-458/03 (Parking Brixen) framgår att *samtliga relevanta lagbestämmelser* d.v.s. nationell bolagsrätt, regleringar såsom bolagsordningar och övriga omständigheter skall beaktas vid bedömningen om kontrollkriteriet är uppfyllt.⁸⁹

Att kontrollen över kommunala bolag skall motsvara den kontroll som utövas över den kommunala förvaltningen innebär *inte* att den *måste vara identisk*.⁹⁰ I flera av EU-domstens avgöranden framhålls istället att den fristående enheten skall vara underställd sådan kontroll att det för ägaren är möjligt att utöva ett bestämmande inflytande över *bolagets strategiska mål och viktiga beslut*.⁹¹

⁸⁷ Mål C-94/99 (Arge) samt C-220/05(Auroux).

⁸⁸ Mål C-107/98 (Teckal) p.51.

⁸⁹ Mål C-324/07(Coditel), p. 28, C-458/03, (Parking Brixen), p.65 mfl., Comba, In-house providing in European law, s 19

⁹⁰ Mål C-324/07 (Coditel), p. 28, mål (Parking Brixen), p. 65.

⁹¹ Mål C-340/04 (Carbotermo), p. 36, Mål C-324/07, (Coditel), p.28,C-458/03, (Parking Brixen), p. 65.

Hur liten en *ägarandel* kan vara för att kontrollkriteriet skall anses vara uppfyllt har behandlats i ett flertal domar. I mål C-295/05 (Asemfo), ansåg EU-domstolen att en ägarandel på endast 0,25 procent var tillräcklig för att kontrollkriteriet skulle vara uppfyllt. Att bolaget var helägt av offentliga organ hade här betydelse för domstolens bedömning. Domstolen har i ett flertal avgöranden uttalat att om samtliga aktier i ett bolag ägs av ett offentligt organ, ensamt eller tillsammans med andra myndigheter, är detta i regel en indikation på att kontrollkriteriet är uppfyllt.⁹² Detta hänger samman med att kontrollen av bolaget inte måste vara individuell. Att *kontrollen inte behöver vara individuell* innebär att kontrollkriteriet kan vara uppfyllt också när flera kommuner tillsammans utövar kontrollen över den fristående enheten.⁹³ Domstolen anses härmed lätta på kravet kring kontrollkriteriet för den enskilda kommunen genom att en kommun med endast en minoritetspost, som inte på ett individuellt plan kan styra över ett bolagets strategiska mål och viktiga beslut ändå kan anses uppfylla kontrollkriteriet.⁹⁴ I mål C-340/04 (Carbotermo) kom domstolen fram till att kontrollkriteriet inte var uppfyllt på grund av att styrelsen hade långtgående befogenheter avseende bolagets förvaltning, detta trots att bolaget ägdes helt av offentliga organ. I målet ansågs det otillräckligt att kommunens kontroll var begränsad till det bolagsrättsliga majoritetsinflytandet.⁹⁵

Den fristående enheten får vidare inte ha en allt för *marknadsmässig inriktning* genom att bolagets verksamhet, mer än i marginell omfattning, omfattar annat än det offentliga syftet.⁹⁶ I målet C-573/07 (Sea) hade bolaget enligt bolagsordningen viss befogenhet att utföra tjänster till förmån för privatpersoner. Under förutsättning att denna befogenhet endast var ett komplement till företagets huvudverksamhet hindrade detta inte enligt EU-domstolen att bolagets *huvudsyfte* var att tillhandahålla offentliga tjänster. Att bolaget hade en sådan befogenhet räckte således inte för att konstatera att det hade en marknadsmässig inriktning som hotade ägarnas kontroll över bolaget.⁹⁷

Förekomsten av *privat ägande* i den fristående enheten, om än minimalt, utesluter enligt EU-domstolen att kontrollkriteriet kan vara uppfyllt.⁹⁸

⁹² Mål C-340/04, (Carbotermo), p. 37 och C-324/07, (Coditel), p. 31.

⁹³ Mål C-324/07(Coditel) p. 46, C-458/03 (Parking Brixen), p.62

⁹⁴ Mål C-324/07(Coditel) p. 46-47.

⁹⁵ P. 86 i målet.

⁹⁶ C-458/03 (Parking Brixen), p. 65-71.

⁹⁷ Mål C-573/07, (Sea), p. 79.

⁹⁸ Mål C-26/03, (Stadt Halle), p. 49, C-573/07, Sea, p. 46, C-29/04, (Mödling), p.46.

Utgångspunkten är att det är förhållandena *vid tilldelningen* av kontraktet som är som är relevant vid bedömningen om kontrollkriteriet är uppfyllt. Men om det finns indikationer på att ägarandelar i bolaget inom snar framtid kommer att bjudas ut till privata aktörer kan det emellertid i undantagsfall blir relevant att iaktta händelser som inträffat efter det att kontraktet ingåtts och om det rör sig om *ett konstlat upplägg* för att kringgå upphandlingslagstiftningen.⁹⁹

Sammanfattningsvis kan följande slutsatser dras avseende kontrollkriteriets innebörd utifrån EU-domstolens praxis. Om samtliga aktier ägs av offentliga organ anses detta vara en indikation, dock utan att vara bestämmande, på att kontrollkriteriet är uppfyllt. Endast ett mindre privat ägande visar å andra sidan att kontrollkriteriet inte kan vara uppfyllt. Vidare måste den offentliga ägaren utöva en reell kontroll genom att i varje enskilt fall kunna påverka bolagets strategiska mål och viktiga beslut. Detta anses inte vara uppfyllt endast genom att myndigheten utser styrelseledamöter, eller annars genom det inflytande som ägaren ges enligt aktiebolagsrätten.

4.2.2.1 Mål C-480/06 kommissionen mot Tyskland

Avgörandet som kom 9 juni 2009 är värt att uppmärksamma då EU-domstolen intog ett nytt förhållningssätt vid bedömning av ett avtals giltighet. Trots att domstolen konstaterar att kontrollkriteriet inte är uppfyllt ogiltigförklaras inte kontraktet. Omständigheterna i målet var följande. Fyra tyska kommuner hade tecknat ett avtal med Hamburgs stads renhållningstjänst. Genom avtalet skulle Hamburgs stad förmedla avfallstjänster mellan ett bolag och de fyra kommunerna. Endast Hamburgs stad var avtalspart med bolaget som skulle tillhandahålla tjänsterna och ingen av kommunerna ägde aktier i bolaget. Hamburgs stad förmedlade betalningen, som endast motsvarade självkostnaderna för renhållningstjänsterna, mellan kommunerna och bolaget. Eftersom kommunerna inte upphandlat avtalet väckte Kommissionen talan mot Tyskland. Trots att EU-domstolen konstaterar att kommunerna inte utövar någon kontroll över bolagets verksamhet eller över Hamburgs stads renhållningstjänst och därmed inte heller utövar någon kontroll motsvarande den som utövas över den egna förvaltningen, bedömer domstolen kontraktet vara tillåtet.

Vid sin bedömning såg domstolen till flera faktorer, exempelvis att ingen privat leverantör särbehandlades, att konkurrensen inte snedvridits och att myndigheterna med samarbetet inte

⁹⁹ Mål C-573/07, (Sea), p. 48-50.

försökte kringgå upphandlingslagstiftningen. I målet konstateras återigen att ingen särskild form krävs för kommunalt samarbete och att det är möjligt för flera kommuner eller myndigheter gemensamt att utöva kontroll. Det kan dock konstateras att ingen kontroll alls utövas vare sig individuellt eller gemensamt av kommunerna.

Vissa har tolkat domen så att alla inter-kommunala samarbeten är undantagna från upphandlingslagstiftningen.¹⁰⁰ Andra menar att ingen förändring av tidigare utvecklad praxis har skett eftersom målet inte behandlat avtalet mellan Hamburgs stad och bolaget, varför det prövade avtalet inte skulle omfatta köp av tjänster.¹⁰¹ Det kan dock konstateras att kommunerna ändå genom det avtalet som prövats tillhandahålls avfallstjänster som de betalar för varför det inte går att utesluta att det ändå rör sig om ett avtal om köp av tjänster, även om tjänsten och betalningen förmedlas via Hamburgs stad.

Kristian Pedersen och Erik Olsson menar i sin artikel i *Procurement Law Review* att EU-domstolen i och med målet inte lättat på kraven för Teckalkriterierna och inte heller undantagit inter-kommunala kontrakt från upphandlingsdirektivets tillämpning.¹⁰² En uppfattning som delas av KKV.¹⁰³ Pedersen och Olsson menar att även om formen för myndigheters samverkan inte är avgörande för upphandlingsdirektivets tillämpning, har det betydelse hur samarbetet utövas. Domstolen har enligt dem intagit ett funktionellt förhållningsätt för tillämpning av undantag från upphandlingsreglerna. EU-domstolen lägger bland annat vikt vid kontraktets icke-kommersiella karaktär. Eftersom ingen vinst genererades ansågs kontraktet inte vara ett sådant som en privat aktör vanligtvis skulle vara intresserad av, utan snarare jämförligt med det särskilda förhållandet inom den kommunala förvaltningen. Detta gjorde att ingen påverkan på konkurrensen skett.¹⁰⁴ I målet inriktar sig EU-domstolen på att rättfärdigandegrunderna bakom Teckal-kriterierna skall vara tillgodosedda där effekten på den fria konkurrensen och de fyra friheterna är det väsentliga.

Det är oklart huruvida EU-domstolen i och med målet förespråkar en ny sorts prövning där domstolar kan frångå kravet på ”Motsvarande kontroll” så länge likhetsprincipen iakttas och konkurrensen inte snedvrids till nackdel för privata aktörer. Det kan dock konstateras att EU-domstolens praxis är under kontinuerlig utveckling. Oavsett vilka slutsatser som kan dras av

¹⁰⁰ Se t.e.x. SKL, Yttrande, dnr09/3178, Ds 2009:36, Avd för juridik, Lena Dalman, 2009.

¹⁰¹ KKV, [http://www.kkv.se/beslut/Referat%20C-480-06%20Hamburg%20inkl%20kommentar%20\(2\).pdf](http://www.kkv.se/beslut/Referat%20C-480-06%20Hamburg%20inkl%20kommentar%20(2).pdf), s.3

¹⁰² Pedersen och Olsson, *Kommission vs. Germany, Approach in-house providing*. Reprinted from public procurement law review, issue 1, 2010, Sweet & Maxwell, Law publishers, London

¹⁰³ KKV, [http://www.kkv.se/beslut/Referat%20C-480-06%20Hamburg%20inkl%20kommentar%20\(2\).pdf](http://www.kkv.se/beslut/Referat%20C-480-06%20Hamburg%20inkl%20kommentar%20(2).pdf), s. 3f

¹⁰⁴ Mål C-480/06 (kommissionen mot Tyskland) p. 39-41.

målet C-480/06 (*Kommissionen mot Tyskland*) kommer uppsatsarbetet att i kommande kapitel utgå från att kravet i kontroll- och verksamhetskriterierna kvarstår.

5. In-house utvecklingen i Sverige

5.1 Teckal- och Sysav- avgörandenas inverkan

Efter Teckal-domen år 1999 har teckalkriteriernas tillämplighet vid svenska kommunala och statliga köp från egna bolag varit föremål för diskussion. Diskussionen har bland annat förts kring huruvida kontrollkriteriet över huvudtaget kan uppfyllas i svenska aktiebolag. Viss ovisshet rådde alltså kring om och i sådana fall under vilka förutsättningar kommunala och statliga myndigheter rätteligen kunde direkttilldela kontrakt till sina hel- och delägda bolag. Innan Sysav-målet¹⁰⁵ avgjordes i regeringsrätten år 2008 var emellertid den mest utbredda och tillämpade uppfattningen i kommunerna att det inte fanns något upphandlingstvång för när dessa slöt kontrakt med egna bolag.¹⁰⁶ I avgörandet fann Regeringsrätten att två kommuner hade brutit mot LOU när dessa tilldelat ett avfallsbolag, i vilket de innehade aktier, ett kontrakt om köp av tjänster utan föregående upphandling. Regeringsrätten gjorde vid avgörandet bedömningen att Teckal-kriterierna inte var tillämpliga på svenska förhållanden eftersom den svenska upphandlingslagstiftningen inte gav utrymme för detta. Därmed slogs i domen fast att en upphandlingskyldighet råder vid kommuners köp från fristående enheter, även från bolag de helt eller till viss del äger. För att kunna tillämpa Teckal-kriterierna i Sverige skulle det alltså vara nödvändigt att dessa först kodifierades i svensk lag.¹⁰⁷

Det har framförts en del kritik gentemot Regeringsrättens bedömning i Sysav-avgörandet, inte minst vad gäller slutsatsen att Teckal-kriterierna inte kan tillämpas utan att först införas i lagen. Vissa anser att bedömningen är felaktig med hänvisning till att den praxis som EU-domstolen utvecklat kring Teckal-kriterierna är en tolkning av det EU-rättsliga upphandlingsdirektivet som Sverige har en skyldighet att efterleva.¹⁰⁸ I Sysav-målet hänvisar Regeringsrätten till mål C-295/05 (*Asemfo*). EU-domstolen uttalar i målet att det dåvarande upphandlingsdirektivet 92/95/EEG inte förhindrar att det finns nationell lagstiftning som medger undantag från upphandling vid köp från egna bolag, det vill säga att teckalkriterierna

¹⁰⁵ RÅ 2008 ref. 26 (Sysav)

¹⁰⁶ Prop.2009/10:134 s. 56

¹⁰⁷ RÅ 2008 ref. 26 (Sysav)

¹⁰⁸ Bernitz-Kjellgren, Europarättens grunder, uppl. 3, s. 86-89

tillämpas. Enligt advokat Andrea Sundstrand¹⁰⁹ gjorde dock Regeringsrätten en feltolkning av målet (Asemfo) då den drog slutsatsen att det var själva införlivandet av Teckalkriterierna i spansk lagstiftning som var avgörande för EU-domstolens godkännande av direkttilldelningen. Andrea Sundstrand menar att det istället var den särskilda spanska aktiebolagsformen som innebar att Teckalkriterierna ansågs uppfylla. En korrekt bedömning hade enligt henne istället varit att Teckalkriterierna är tillämpliga i Sverige i och med EU-domstolens rättspraxis och att en bedömning sedan skulle ha gjorts huruvida de svenska aktiebolagen i ljuset av aktiebolagsrätten uppfyller kriterierna. Andrea Sundstrand menar att det är just en sådan bedömning som EU-domstolen gjort i Asemfomålet.¹¹⁰

Eftersom regeringsrättens dom är vägledande vid tillämpning av svensk lagstiftning utgår dock regeringen ifrån Regeringsrättens bedömning och därmed från att en lagstiftning krävs för undantaget skall kunna åberopas i Sverige. Det kan påpekas att Konkurrensverket (KKV) till följd av Sysav-avgörandet ålagt kommuner, i enlighet med LOU 16 kap. 8 §, att avveckla kontrakt som direkttilldelats till hel- och delägda bolag.¹¹¹

5.2 Ny lagstiftning

Eftersom en stor del av den kommunala verksamheten idag bedrivs i bolagsform befaras att Sysav-domen får stora konsekvenser i form av krav på en snabb och kostsam omorganisation för kommuner och landsting. Detta eftersom de tidigare upphandlat direkt från eget bolag utan att upphandla enligt LOU. Innan en avbolagisering skett befaras ekonomiska konsekvenser i form av bland annat administrativa kostnader vid omorganisering, skattekostnader till följd av avbolagiseringar och tappade upphandlingar. Huruvida Teckal-kriterierna skall införas i svensk lagstiftning är dock någonting som regeringen inte vill ta ställning till utan en mer omfattande utredning och analys och tillsatte därför år 2009 en utredning (Fi 2009:08, OFUKI-utredningen)¹¹² för att utreda behovet av ett lagstadgat undantag. För att dämpa de befarade ekonomiska konsekvenserna för kommuner och landsting fram tills ett slutgiltigt beslut fattas angående lagstiftningen beslutade regeringen att införa en tillfällig reglering i

¹⁰⁹ Andrea Sundstrand är advokat och doktorand i offentlig rätt, f.d. handläggare vid NOU och författare till boken *EG-domstolens domar om offentlig upphandling*.

¹¹⁰ Doktorand och advokat Andrea Sundstrand, Rättsutlåtande, på uppdrag av remissinstansen Återvinnings Industrierna, avseende bestämmelserna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling avseende kontrollkriteriet för direktköp från fristående juridiska personer.
2009-09-25

¹¹¹ Se bl.a. Åläggande av Sundsvalls kommun. KKV, Beslut 2008-08-27, Dnr 245/2008.

¹¹² Utredning om offentliga företag – upphandling, insyn och kontroll (OFUKI- utredningen).

LOU.¹¹³ Den temporära regleringen som trädde ikraft i juli 2010 innebar att kontroll- och verksamhetskriterierna infördes i LOU. Utformningen av regeln går således ut på att EU-domstolens rättspraxis görs tillämplig i Sverige, vilket innebär att en tolkning av EU-domstolens praxis också måste göras i varje enskilt fall.¹¹⁴ Regleringen skall tillämpas även på avtal som ingåtts före ikraftträdandet. Den införda regleringen LOU 2 kap.10 a§ upphör att gälla efter utgången av 2012.¹¹⁵ Emellertid gäller bestämmelsen i och med övergångsbestämmelser fortfarande på avtal som ingåtts före 1 jan 2013.¹¹⁶

OFUKI-utredningen blev klar i slutet av april år 2011 och har nu överlämnat ett betänkande till regeringen, men inga beslut har ännu fattats i frågan.¹¹⁷ Utredningen föreslår att Teckalundantaget skall införas permanent i LOU och att nya bestämmelser skall träda i kraft 1 januari 2013.¹¹⁸ Vidare föreslår utredningen en ändring i KL 3 kap.17§ för att bättre söka säkerställa att kommunala ändamål och befogenheter upprätthålls i kommunägda aktiebolag. Dessutom föreslås en ny paragraf i KL: s 6 kap. (1a §) som syftar till att förstärka KS uppsiktsplikt över att bolagens verksamhet lever upp till de kommunala kraven.

Utredningen föreslår att den permanenta lagregeln i LOU utformas på samma sätt som försöksregeln i LOU 2 kap.10a §, som infördes 1 juli 2010. Det föreslagna undantaget i LOU kommer också att bli gällande i s.k. omvänd situation, då juridiska personer såsom kommunägda aktiebolag anskaffar varor, tjänster eller entreprenad från ägarkommuner. Undantaget gäller däremot inte vid anskaffningar som sker inom en koncern annat än i rakt nedåt- eller uppåtstigande led.¹¹⁹

Förändringen i KL 3 kap.17§ innebär en skyldighet för KF att ”se till” att det i bolagsordningen på kommunägda aktiebolag tas in skrivelser om kommunala ändamål och befogenheter. Vidare skall KF se till att en föreskrift intas i bolagsordningen om att KF skall få ta ställning till beslut i bolagets verksamhet som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt. Det kan konstateras att den föreslagna lagändringen inte innebär någon materiell förändring av de kommunalrättsliga kraven på bolagens verksamhet i egentlig mening. Redan i dagsläget ställs krav på att kommunal verksamhet i bolagsform skall styras av kommunala ändamål och principer samt att KF skall få ta ställning till beslut av principiell

¹¹³ Prop.2009/10:134 s. 28f.

¹¹⁴ A.prop. s.58.

¹¹⁵ Lag(2010:570).

¹¹⁶ Prop.2009/10:134 s. 60.

¹¹⁷ SOU 2011:43, Betänkande av Utredningen om offentliga företag – upphandling, kontroll, insyn. Stockholm 2011.

¹¹⁸ A.bet. s.21.

¹¹⁹ A.bet. s. 22

och viktigare karaktär.¹²⁰ Skillnaden ligger således i kravet på att KF nu skall se till att kommunalrättsliga krav införs i aktiebolagens bolagsordningar. Det bör noteras att ändringen inte omfattar kommunala principer. Säkerställandet av att principerna följs lämnas istället till den kommunala uppföljningen.¹²¹

Vad gäller lagförslaget om förstärkning av uppsiktsplikten över kommunala bolags verksamhet innebär detta att kommun- och landstingsstyrelsen skall åläggas att i årliga beslut ta ställning till om verksamheten bedrivits inom ramen för kommunala krav. Detta innefattar bl.a. ställningstagande till om bolaget följt det kommunala ändamål som KF i enlighet med KL 3 kap.17§ fastställt. Beslutet med eventuella förslag till nödvändiga åtgärder skall överlämnas till KF i samband med att årsredovisningen överlämnas.¹²²

Argument för att göra Teckal-undantaget permanent består exempelvis i att stora infrastrukturella investeringar som gjorts i offentliga företag kommer att riskeras vid ett bestående upphandlingstvång. Vidare kan sådana satsningar i framtiden försvåras, t.ex. vid verksamhet som del i kommunal samverkan. Det påpekas också att ett upphandlingskrav troligtvis kan bli verkningslöst om verksamhet som i dagsläget bedrivs i aktiebolag förs över till förvaltningsform. Vidare hänvisas till vikten av stat, kommuner och landstings valfrihet när det gäller organisationsform ur ett lämplighets- och effektivitetsperspektiv. Ett annat argument är också att svensk rätt i och med undantaget bättre kommer att stämma överens med EU-rätten.¹²³

Utredningsbetänkandet är sedan 2011-04-28 överlämnat till Statsrådet Peter Norman på regeringskansliet för ytterligare beredning och beslutsfattande i riksdagen.

¹²⁰ Se avsnitt 3.2.

¹²¹ A.bet. s.34.

¹²² A.bet.s. 31.

¹²³ A.bet. s. 25.

6. Kommuners ägarstyrning av sina aktiebolag

6.1 Allmänt

Efter ovanstående undersökning i 4.2.2 av kontrollkriteriets innebörd kan detta sammanfattas till ägarens möjlighet att utöva bestämmande inflytande över bolagets strategiska mål och viktiga beslut. Detta förutsatt att det inte förekommer något privat ägande samt att huvudsyftet med bolagets verksamhet är att tillhandahålla offentliga tjänster. Det är därför mer passande att framöver tala om ägarens möjlighet till styrning och inflytande än kontroll.¹²⁴ Avgörande för om en konkurrensutsättning måste ske eller inte är dock beroende av hur styrningen är utformad i det enskilda fallet. Den nationella rättens utformning är betydelsefull för i vilken utsträckning den möjliggör för ägaren att utöva ett bestämmande inflytande över bolagets verksamhet. Som påpekats ovan är det främst ABL som reglerar kontrollverktygen för kommunen. KL har emellertid en indirekt betydelse då denna reglerar kommuners möjlighet att organisera sin verksamhet i bolagsform och sätter upp villkor för detta.¹²⁵ Nedan kommer aktiebolagets styrande organ samt viktiga aktiebolagsrättsliga styrmedel undersökas. Generellt kan sägas att den formella ägarstyrningen sker genom beslut på bolagsstämman medan en mer informell styrning sker genom dialog mellan ägaren och styrelsen.¹²⁶

Formellt gäller att det är KF som skall utöva ägarrollen. KF kan dock fatta beslut om att KS eller, i förekommande fall, moderbolagets styrelse istället skall utöva ägarrollen.¹²⁷ Enligt de principer som utarbetats av SKL i skrivelsen *Principer för styrning av kommun och landstingsägda bolag* (från år 2006) föreslås att KS delegeras denna uppgift, eftersom styrelsen anses vara mest lämpad för uppgiften. KS har redan ett lagstadgat ansvar för att verksamheten bedrivs enligt fullmäktiges mål och gällande föreskrifter samt under tillfredställande intern kontroll.¹²⁸ Observera att SKL:s principer utformades redan år 2006 innan Sysav-avgörandet kom.

¹²⁴ Observera att det dock är det svenska ordet *kontroll* som förhärskande används inom svensk doktrin för att förklara den styrning och inflytande som avses när det i engelskspråkig EU-praxis talas om control i anslutning till Teckal-undantagets kontrollkriterie.

¹²⁵ KL 2 kap. 1§, 3 kap. 16-19§§.

¹²⁶ Prop.2009/10:134 s. 21.

¹²⁷ SKL, Principer för styrning av kommun- eller landstingsägda bolag, 2006.

¹²⁸ KL 6 kap.1,7§§ och 3 kap. 13-15§§.

Beträffande bolag som ägs gemensamt av flera kommuner eller landsting gäller att dessa i aktieägaravtal skall bestämma hur ägandet skall utövas i bolaget.¹²⁹

6.2 Aktiebolagsrättsliga styrmedel

6.2.1 Bolagsstämman

Aktieägares formella styrning av bolagets verksamhet utövas genom bolagsordning och i form av beslutsfattande på bolagsstämman.¹³⁰ På bolagsstämman närvarar i regel kommunen via ombud som valts av KF eller KS. Aktieägaren skall utfärda en ombudsinstruktion enligt vilken ombudet skall rösta på stämman.¹³¹ I svensk rätt har vi ett hierarkiskt system där bolagsstämman är det högsta bolagsorganet. Bolagsstämman är omnipotent i Sverige vilket innebär att bolagsstämman kan ge bindande direktiv inom all verksamhet som bedrivs i bolaget.¹³² Bolagsledningen i form av styrelse och verkställande direktör har således en lydndsplikt i förhållande till bolagsstämman, med sanktion i form av skadestånd och en i stort sätt obegränsad rätt att entlediga styrelseledamöterna.¹³³ Gränsen för bolagsledningens lydndsplikt går dock vid olagligheter eller vid beslut i strid med bolagsordningen.¹³⁴ En enskild aktieägare har i ingen möjlighet att ge direktiv till styrelsen och företagsledningen. Det är endast möjligt i form av deltagande på bolagsstämman.¹³⁵ Aktieägare har dock i och med den s.k. initiativrätten en möjlighet att få en visst fråga behandlad på bolagsstämman. Ytterligare begränsningar i bolagsstämmans bestämmanderätt över styrelsen är att instruktionerna till styrelsen inte får vara så långtgående att styrelsen blir helt osjälvständig. Styrelsen har också vetorätt beträffande vissa särskilda frågor.¹³⁶ Bolagsstämman kan inte företräda bolaget gentemot tredje man utan här har styrelsen och verkställande direktör en exklusiv kompetens att vara ställföreträdare för bolaget.¹³⁷

6.2.2 Bolagsordning

Bolagsordningen är ett aktiebolags regelverk och antas av bolagsstämman, som också har en exklusiv rätt att göra ändringar i densamma.¹³⁸ Bolagsordningen skall bland annat innehålla

¹²⁹ SKL, principer för styrning av kommun- och landstingsägda bolag, 2006. S.8

¹³⁰ ABL 7 kap. 1,7§§.

¹³¹ ABL 7 kap. 3§.

¹³² Prop.2009/10:134 s.20f.Karnovkommentar till ABL, not 589,Per Samuelsson.

¹³³ Dotevall, bolagsledningens skadeståndsansvar, s 41f, 8:14,41 st. 2§§.

¹³⁴ ABL 8 kap. 41§ st 2.

¹³⁵ 7 kap. 16§ Aktiebolagslag(2005:551).

¹³⁶ ABL 20 kap.3§, 18 kap. 1§, Sandberg, Aktiebolagsrätten, s 119.

¹³⁷ ABL 8 kap. 35-36§§.

¹³⁸ ABL 3 kap. 4§.

verksamhetens föremål och syfte, som i kommunala bolag måste vara kommunalt, samt hur styrelsen utses.¹³⁹ Avviker det i bolagsordningen fastställda verksamhetsföremålet från kommunalrättsliga krav och principer kan fullmäktiges beslut om detta komma att överklagas och därmed också upphävas. Talan kan också föras mot senare fattade beslut rörande förhållandet mellan kommunen och dess bolag.¹⁴⁰

6.2.3 Aktieägardirektiv

Ytterligare styrmedel finns för aktieägarna i form av aktieägardirektiv. I aktieägardirektiv, som är bindande för bolagsledningen, kan ägarna lämna ytterligare riktlinjer om verksamheten i bolaget.¹⁴¹ I skrivelsen *Principer för styrning av kommun och landstingsägda bolag* föreslås användandet av aktieägardirektiv just för att bland annat utveckla det kommunala ändamålet. För att ett aktieägaravtal skall bli bindande för bolaget måste detta beslutas på bolagsstämman och får inte heller strida mot ABL, årsredovisningslag (1995:1554) eller bolagsordning.¹⁴²

6.2.4 Bolagsstyrelsen

Styrelsen i aktiebolag utses av bolagsstämman och ansvarar för organisation och förvaltning av bolagets angelägenheter.¹⁴³ Som nämnts ovan utses styrelseledamöterna i kommunägda bolag av KF vilket sedan anmäls på bolagsstämman.¹⁴⁴ I delägda bolag skall dock fullmäktige komma överens med övriga ägare hur styrelsen skall utses.¹⁴⁵ Styrelsen skall också kontrollera och följa upp verkställande direktörs förvaltning, tillse att aktieägare får information om bolagets verksamhet och ekonomiska situation samt tillse att aktieägare får ta ställning till beslut i frågor av principiell beskaffenhet eller annars av principiell art. Det sistnämnda förutsätter dock att kommunen förbehållit sig detta i bolagsordning eller ägardirektiv.

Det är alltså styrelsens roll att utvärdera om bolagets verksamhet följer kommunens anvisningar beträffande mål och riktlinjer. Om styrelsen finner brister i detta avseende skall den anmäla detta till aktieägaren, det vill säga kommunen. Som påpekats ovan har också KS ett ansvar följa upp att verksamheten bedrivs i enlighet med kommunala ändamål och principer.

¹³⁹ ABL 3 kap. 1§.

¹⁴⁰ RÅ 83 2:56, RÅ 1987 ref.52, Laglighetsprövning enligt KL 10 kap. 1-2, 8§§.

¹⁴¹ ABL 8 kap. 41§2st.

¹⁴² Ds 2009:36 s. 45, ABL 8 kap. 41§ 2 st.

¹⁴³ ABL 8 kap. 4,8§§.

¹⁴⁴ KL 3 kap. 17§.

¹⁴⁵ KL 3 kap. 18§.

Som nämnts ovan kan kommunen utöva inflytande över kommunala bolag genom att den i egenskap av ägare kan lämna bindande direktiv till styrelsen samt när som helst entlediga styrelseledamöter som inte sköter sig.¹⁴⁶

6.2.5 Revisorer

I kommunala bolag finns två typer av revisorer; minst en auktoriserad revisor och en lekmannarevisor. Den förstnämnda utses av bolagsstämman och skall i enlighet med god revisorssed granska bolagets räkenskaper i form av årsredovisning och bokföring samt styrelsens och verkställande direktörs förvaltning.¹⁴⁷ Lekmannarevisorn väljs, i helägda kommunala bolag eller i dotterbolag till sådana bolag, av KF som anmäler detta på bolagsstämman.¹⁴⁸ Är bolaget delägt skall kommunen komma överens med övriga aktieägare om hur lekmannarevisoren skall utses.¹⁴⁹ En lekmannarevisors uppgift är att granska huruvida verksamheten i bolaget bedrivs på ett ändamålsenligt och ur ekonomisk synpunkt tillfredställande sätt samt följa upp om den interna kontrollen är tillräcklig.¹⁵⁰ Lekmannarevisorn skall årligen redovisa resultatet av sin granskning i en granskningsrapport till bolagsstämman.¹⁵¹ Lekmannarevisorn gör således en mer allmän granskning som främst bör inriktas på om de särskilda syften som gäller för verksamheten följs av bolaget. Granskningen utgör en viktig del av det svenska offentliga systemet för insyn och kontroll av offentligt bedriven verksamhet.

6.2.6 Övrigt om kommunens ägarstyrning

Slutligen kan sägas att det för ett aktivt ägarskap och för att de kommunala bolagen skall kunna ingå i den kommunala planeringen anses det inte vara tillräckligt med de aktiebolagsrättsliga styrmedlen samt de möjligheter till information och kommunikation som ABL och KL ger. Det är nödvändigt med ytterligare former för informationsutbyte. Det är därför lämpligt att i aktieägardirektiv ange att företagsledningen skall lämna den information som kommunen efterfrågar. I *principer för styrning av kommun- och landstingsägda bolag* sägs att en särskild bolagsstyrningsrapport med frågor om verksamheten, internkontroll, riskbedömning samt ett flertal andra uppräknade frågor skall upprättas av bolagen att lämna till kommunen. Hur rapporten skall utföras skall anges i ett ägardirektiv.¹⁵² Den av KF

¹⁴⁶ ABL 8 kap. 14,41 §§.

¹⁴⁷ ABL 9 kap. 3 §.

¹⁴⁸ KL 3 kap. 17 § 2 st.

¹⁴⁹ KL 3 kap. 18 § 1 st.

¹⁵⁰ KL 9 kap. 9 §.

¹⁵¹ ABL 10 kap. 5 §.

¹⁵² SKL, *Principer för kommun- och landstingsägda bolag* s. 15, Stattin, s. 139.

fastställda budgeten betraktas i allmänhet som kommunledningens viktigaste instrument för styrning av kommunen när det gäller såväl investeringar och kostnader som verksamhetens uppgifter och bedrivande. Budgeten styr därmed också bolagen som har att följa KF:s prioriterade mål och ramar som anges i budgeten.

7. Göteborgs Ryaverk AB (Gryaab AB)

För att åskådliggöra ett tillvägagångssätt vid bedömning av Teckal-kriterierna i ett enskilt kommunägt bolag har jag tittat på ett konkret exempel. Nedan undersöks hur Göteborgs Stad (Göteborgs kommun) styr ett tillsammans med andra kommuner helägt bolag, Gryaab AB, i vilket det bedrivs kommunal verksamhet. Bland annat undersöks hur kommunen använder de formella verktyg som lagstiftningen ger aktieägare för att utöva inflytande. Vidare undersöks hur kommunen i övrigt styr bolagets verksamhet samt hur bolagsledningen upplever att bolagets verksamhet styrs av ägarna. Detta för att få en helhetsbild av ägarstyrningen. Styrdokumentens utformning kommer också bedömas ur ett aktiebolagsrättsligt och kommunalrättsligt perspektiv. Kapitlet inleds emellertid med en kortfattad beskrivning av bolagets verksamhet och ägande samt hur VA-organisationen i Göteborgs Stad är utformad. Vidare följer inledningsvis en mer allmän beskrivning av strukturen för Göteborgs Stads styrning och ledning över kommunal verksamhet.

7.1 Allmänt om bolaget och dess ägande

Aktiebolaget Göteborgs Ryaverk AB grundades 1972. Bolagets verksamhetsföremål är att äga och driva anläggningar för avloppsrening och behandla avloppsvatten och annan därmed förenlig verksamhet. Ändamålet med verksamheten är att verkställa den rening som delägarna i egenskap av huvudmän enligt va-lagstiftningen är skyldiga att vidtaga.¹⁵³ Avloppshantering är en s.k. vattentjänst som styrs av lag (2006:412) om allmänna vattentjänster (LAV). Här framgår att det övergripande ansvaret för tillhandahållandet av vattentjänster åligger landets kommuner.¹⁵⁴ Kommunen får dock upplåta åt annan att sköta driften av verksamheten under förutsättning att kommunen inte förlorar möjlighet till övergripande styrning över verksamheten.¹⁵⁵ Verksamheten styrs också i stor utsträckning av reglerna i miljöbalken. Länsstyrelsen agerar som tillsynsmyndighet och har att kontrollera att kommunerna fullgör

¹⁵³ §3 bolagsordningen, Gryaab AB

¹⁵⁴ 6§ VA-lagen.

¹⁵⁵ 15 § VA-lagen.

sin uppgift.¹⁵⁶ Tjänsterna tillgodoses genom allmänna vattenanläggningar som ägs och drivs genom kommunens försorg till vilka fastigheterna inom kommunens gränser är anslutna.¹⁵⁷ Avloppsrening är en så kallad A-tjänst i LOU: s mening vilket innebär att samtliga regler i LOU (med undantag för kapitel 13 och 14) skall tillämpas vid upphandling över tröskelvärdena.¹⁵⁸

Gryaab AB ägs gemensamt av kommunerna Ale, Göteborg, Härryda, Lerum, Mölndal och Partille. Ägandet är fördelat enligt nedan.¹⁵⁹

<u>Ägare</u>	<u>Antal aktier</u>	<u>%</u>
Ale	307	3,4
Göteborg	6 500	71,4
Härryda	256	2,8
Kungälv	498	5,5
Lerum	435	4,8
Mölndal	720	7,9
Partille	384	4,2
	9 100	100

Enligt 2009 års årsredovisning¹⁶⁰ hade bolaget en total omsättning på 263,2 mkr. Samma år hade bolaget ett aktiekapital 9,1 mkr och en balansomslutning på 1443 mkr. Bolagets intäkter består huvudsakligen av debiterade avgifter från ägarkommunerna. År 2009 uppgick dessa inkomster till 230 115 tkr, varav 185 201 tkr (80,5%) härrör från Göteborgs Stad. Intäkterna från ägarkommunerna i form av debiterade avgifter utgjorde vidare 90% av nettoomsättningen, vilket är en indikation på att det så kallade verksamhetskriteriet torde vara uppfyllt i Gryaab's fall.

Vad gäller Göteborgs Stads ägande så är det KF som rent formellt är att anse som ägare. Själva utövandet av ägandet har fullmäktige via delegation överlåtit på KS.¹⁶¹ Delegationen utövas dock med begränsning av frågor som är särskilt förbehållna KF enligt KL 3 kap.17§.¹⁶² KS har å sin sida tidigare delegerat den aktiva ägarstyrningen till Presidiedelegationen, som

¹⁵⁶ 51§ VA-lagen.

¹⁵⁷ 2§ och 6-7§§ VA-lagen.

¹⁵⁸ LOU 1 kap. 2§, Bilaga 2 (LOU) p. 16

¹⁵⁹ Fördelningen och uppställningen är tagen ur 2009 års årsredovisning för Gryaab, s.4.

¹⁶⁰ 2010 års årsredovisning är ännu inte offentliggjord varför 2009 års årsredovisning används i uppsatsen.

¹⁶¹ KL 3kap.10§.

¹⁶² se 3.1 och 3.2.1.

bestod av kommunstyrelsens ordförande, vice ordförande och ytterligare en ledamot.¹⁶³ Presidiedelegat är sedan 2011-01-01 ersatt med Kommunstyrelsen Arbetsutskott (AU) i vilket samtliga politiska partier är representerade.¹⁶⁴

Gryaab AB ingår i Göteborgs Stads VA-organisation, en organisation som har fått kritik för att vara invecklad och kommer därför troligtvis att förändras under de närmsta åren.¹⁶⁵ Vid slutet av 90-talet infördes en kommunal nämnd, Kretsloppsnämnden, som är en politisk tillsatt beställarnämnd som avsågs ha det övergripande ansvaret för avfallshantering, långsiktig vattenplanering och för vatten- och avloppstaxor. Formellt sett är avsikten att kretsloppsnämnden skall beställa avloppstjänster från Gryaab AB.¹⁶⁶ Detta är dock ingenting som sker i praktiken. Kontakten sker istället direkt mellan KS och Gryaab AB.¹⁶⁷ Däremot är Kretsloppsnämnden den kommunala enhet som Gryaab AB fakturerar för de tjänster bolaget utför för Göteborgs Stad. Faktureringen ligger sedan till grund för förslag till taxebesluten som KF beslutar om. Ytterligare en kommunal aktör som är inblandad i Göteborgs avloppshantering är Göteborgs Vatten. Göteborgs Vatten är en kommunal förvaltning som, på uppdrag av Kretsloppsnämnden, har att förvalta och utöva ägandet av de tunnlar och ledningar för avloppsvatten som Göteborgs Stad äger. Gryaab AB äger själva ett antal avloppsledningar men för att få tillgång till de ledningar och tunnlar som ägs av kommunen köper Gryaab AB denna tjänst av Göteborg Vatten. Det fakturerade beloppet hamnar ändå slutligen på notan till Kretsloppsnämnden. Sammanfattningsvis kan konstateras att Kretsloppsnämnden inte har något bestämmande inflytande över Gryaab AB men påverkar Gryaab AB:s verksamhet genom att till KF lämna förslag till avloppstaxa.

7.2 Kommunens styrning av bolagets verksamhet

7.2.1 Struktur för styrning och ledning av kommunal verksamhet i Göteborgs Stad

Strukturen för styrningen av kommunal verksamhet i Göteborgs Stad har följande uppbygg. Styrning skall ske på tre nivåer; (i) strategisk, (ii) taktisk och (iii) operativ nivå. På den

¹⁶³Göteborgs Stads ägardirektiv för direkt och indirekt ägda bolag, Författningssamlig Göteborgs Stad, se <http://www4.goteborg.se/prod/g-info/ffs.nsf/FrameSet?OpenPage>.

¹⁶⁴ Christina Bertilson, Stadskansliet.

¹⁶⁵ Hänvisar här till uttalanden av Stig Hård, VD på Gryaab AB och Agneta Sander, Förvaltningschef på Kretsloppsnämnden i Göteborgs Stad.

¹⁶⁶ § 1, Göteborgs Stads regler för Kretsloppsnämnden. Författningssamlig Göteborgs Stad, se <http://www4.goteborg.se/prod/g-info/ffs.nsf/FrameSet?OpenPage>

¹⁶⁷ Hänvisar här till uttalanden av Stig Hård, VD på Gryaab AB och Agneta Sander, Förvaltningschef på Kretsloppsnämnden i Göteborgs Stad.

strategiska nivån arbetar KF och KS med övergripande frågor såsom visioner, finansieringsfrågor, utfärdande av direktiv samt mål, inriktning och annat som är övergripande för hela kommunen. På den taktiska nivån utarbetar nämnd eller bolagsstyrelse strategier för verksamheten för att uppnå KF:s mål och direktiv. Vidare kontrolleras att den interna kontrollen är tillfredställande. På den operativa nivån återfinns förvaltningschefer och VD som ansvarar för att förvaltningen inom nämnd eller bolag följer överordnad nivåns mål och riktlinjer. Det föreligger en plikt att kontinuerligt informera överordnad nivå om verksamheten.¹⁶⁸

Göteborgs Stad arbetar utifrån en modell för balanserad styrning där både styrning och uppföljning är viktiga komponenter. Den så kallade styrningen sker uppifrån i form av styrdokument och riktlinjer medan uppföljningen kommer underifrån. Varje nämnd och bolagsstyrelse har att varje år göra en uppföljning av den egna budgeten, uppdrag utifrån ägardirektiv eller reglemente och de mål som KF prioriterat. Det är ett väl utvecklat uppföljningssystem med mycket detaljerade rapporteringsmallar som bolagen har att följa. Uppföljningsrapporterna lämnas till Stadskansliet och utgör grunden för uppföljning och analys och är utgångspunkt för framtida strategiska frågor. Stadskansliet, är förvaltningsorgan till KS, och har som grunduppgift att stödja de ledningsprocesser som KS har ansvar för. Stadskansliet skall utifrån uppföljningsrapporterna göra en analys av risk och väsentlighet ur ett kommunalt ledningsperspektiv.¹⁶⁹ Föreligger brister skall detta rapporteras till KF.

Den av KF årligen utarbetade budgeten utgör det viktigaste styrdokumentet för den kommunala verksamheten. Dokumentet syftar till att styra utvecklingen av hela staden och sätter en ram för de olika verksamheterna som bedrivs inom kommunen. Budgeten anger de mål och de prioriteringar som KF anser vara viktigast. Övriga riktlinjer, planer och policys som antagits är underordnade budgeten.¹⁷⁰ Det framhålls att verksamhetsformen inte på något sätt får påverka hur budgetens inriktningar och prioriterade mål följs.¹⁷¹ Bolagsstyrelserna i Göteborgs Stads bolag har i uppgift att utforma ett så kallat inriktningsdokument för den egna budgeten som skall bygga på KF:s budget.¹⁷² Vidare har bolagsstyrelsen att tillse att de

¹⁶⁸ Dokumentet *struktur och ledning i Göteborgs Stad*. Se; [http://www5.goteborg.se/prod/Miljo/Miljobandboken/dalis2.nsf/vyFilArkiv/Struktur_f_styrning_och_ledning_Gbg_Stad.pdf/\\$file/Struktur_f_styrning_och_ledning_Gbg_Stad.pdf](http://www5.goteborg.se/prod/Miljo/Miljobandboken/dalis2.nsf/vyFilArkiv/Struktur_f_styrning_och_ledning_Gbg_Stad.pdf/$file/Struktur_f_styrning_och_ledning_Gbg_Stad.pdf).

¹⁶⁹ A.a.a.

¹⁷⁰ Riktlinjer för Göteborgs Stad styrdokument, Göteborgs Stads författningssamling, se not 193.

¹⁷¹ Mall för rapportering av årsrapport 2010, Kopia från Christina Bertilsson på stadskansliet. Dokumentet; Struktur för styrning och ledning i Göteborgs Stad, 2005-04-06.

¹⁷² 11§ *Riktlinjer för budget och uppföljning*.

styrdokument och policys KF utfärdat följs samt att frågor som KF skall ta ställning till enligt KL 3 kap.17§ när KF innan beslut fattas.

KS behandlar delårsrapporter från de kommunala bolagen och har huvudansvaret även för de uppgifter som den delegerat till AU, såsom utnämning av kommunala ombud till bolagsstämmor, granskning av bolagens årsredovisningar och beviljande av borgen för bolagen mm.¹⁷³

Stadsrevisionen granskar stadens nämnder och bolag utifrån Göteborgs Stads revisionsreglemente men också utifrån KL och ABL. Lekmannarevisorerna upprättar en granskningsrapport över verksamheten och internkontrollen för varje bolag i kommunen. Rapporten lämnas sedan till KF och bolagen.¹⁷⁴

7.2.2 Hur den formella styrningen utövas

Nedanstående avsnitt kommer att undersöka hur Gryaab AB:s ägare använder sig av de formella styrdokument som ABL tillhandahåller. Det framgår att Göteborgs Stad ihop med övriga delägare beslutat om ett antal till Gryaab AB riktade styrdokument.

Gryaab AB:s bolagsordning innehåller de lagstadgade minimikraven för bolagsordningens innehåll såsom bolagets verksamhetsföremål, antal aktier, aktiekapital och antal ledamöter i bolagets styrelse mm.¹⁷⁵ Emellertid står det ingenting om att det presumerade vinstsyftet som annars gäller i aktiebolag inte skall gälla eller att ett kommunalt syfte gäller istället för ett vinstsyfte.¹⁷⁶ Visserligen stadgas att verksamhetsändamålet är att verkställa den rening som delägarna är skyldiga att vidtaga enligt VA-lagstiftningen, vilket i sig är ett kommunalt åliggande.¹⁷⁷ Därmed omfattar ändamålsbeskrivningen uppfyllande av ett kommunalt intresse. Det är dock tveksamt om denna formulering är tillräcklig för att uppfylla kommunalrättsliga krav eftersom vinstsyftet inte är avreglerat i bolagsordningen. Bolagsordningen saknar också kommentar om att kommunala principer skall vara gällande för verksamheten, att KF skall utse samtliga styrelseledamöter samt övriga förebehåll om att ägarkommunernas KF skall få ta ställning till viktiga och strategiska beslut.¹⁷⁸

¹⁷³ Se KS reglemente 4§ p. 3

¹⁷⁴ Se närmare om revisorerna i 6.3.5. Vad gäller KF och KS roller i övrigt hänvisas till kapitel 3 och avsnitt 6.1.

¹⁷⁵ ABL 3kap.1 §.

¹⁷⁶ ABL 3 kap.3 §.

¹⁷⁷ § 3 i *Bolagsordning för Gryaab AB*.

¹⁷⁸ Se avsnitt 3.2.1 om krav på kommunal verksamhet i bolagsform.

Ägarna till Gryaab AB har istället valt att reglera det kommunala syftet samt kommunala principer i två ägardirektiv. I ett för Renova AB, Grefab AB och Gryaab AB *generellt utfärdat aktieägardirektiv*, som börjar gälla för bolaget först under år 2011, stadgas ett krav på att verksamheten skall skapa nytta för medborgarna i kommunen och att bolagen är bundna av kommunalrättsliga principer som stadgas i KL kapitel 2 respektive 8. I *ägardirektiv för Gryaab AB* från 2007 har ägarkommunerna förbehållit sig att få ta ställning till beslut i verksamheten som är av strategisk eller annars av viktigare karaktär, detta i enlighet med kravet i KL 3 kap. 17§ p.3. I det ännu inte gällande generella ägardirektivet har ägarkommunerna förbehållit sig alla de krav som stadgas i KL 3 kap. 17§, därmed även rätten att utse samtliga styrelseledamöter.¹⁷⁹ Då bolagsledningen har en lydnessplikt i förhållande till ägarna är de skyldiga att följa de direktiv som ägarna utfärdat.¹⁸⁰

I ett aktieägaravtal tecknat mellan ägarkommunerna där ägarskapet av Gryaab AB regleras framgår att Göteborgs Stad skall utse fyra av sju ledamöter i bolagsstyrelsen. Resterande fördelning skall ske efter förslag av det så kallade ägarrådet.¹⁸¹ Ägarrådet består av två representanter från varje ägarkommun och är ett forum för samråd för ägarna. Det skall sammanträda minst en gång per år men har ingen beslutanderätt.¹⁸²

Utöver bolagsordningen och ägardirektiven har bolaget att följa de uppföljningsmallar för kontinuerlig rapportering som nämnts ovan. Det framgår av det generella ägardirektivet att bolagsstyrelsen är skyldig att förhålla sig till de anvisningar, riktlinjer och policys som Göteborgs Stad beslutar om.¹⁸³

Det är KF som beslutar om taxan som skall ligga till grund för avgifternas storlek, däremot beslutar inte KF om det exakta avgiftsbeloppet utan detta gör bolagsstyrelsen.¹⁸⁴

7.2.3 Former för informell styrning

Utöver den styrning som sker genom styrdokumentet har Göteborgs Stad inrättat forum för kontinuerlig kontakt och dialog mellan bolaget och kommunen.

Strategisk dialog innebär att bolagsledningen träffar representanter för stadskansliet för att uppmärksamma frågor som är viktiga ur ett strategiskt och kommunstyrelseperspektiv. De

¹⁷⁹ Göteborgs Stad författningssamling; <http://www4.goteborg.se/prod/g-info/ffs.nsf/FrameSet?OpenPage>

¹⁷⁹ Riktlinjer för Göteborgs Stad styrdokument, Göteborgs Stads författningssamling,

¹⁸⁰ ABL 8 kap. 41§ 2 st.

¹⁸¹ 5,7§§ Ägaravtal mellan ägarna av Gryaab AB, 2007-03-09.

¹⁸² 11§ Ägaravtal mellan ägarna av Gryaab AB, 2007-03-09.

¹⁸³ Se ovan. 7.2.1

¹⁸⁴ LAV 30-31§§och 34§.

frågor som diskuteras kan ha initierats antingen av stadskansliet eller av bolaget. Exempel på frågor som diskuterades vid den strategiska dialogen den 24 januari 2011 var bland annat; hur bolaget bedömer möjligheten att fullfölja sitt uppdrag i relation till befintligt ägardirektiv, framtida investeringsplaner, förväntad ekonomisk utveckling särskilt vad gäller avgifternas utveckling och hur och när bolaget planerar att informera sina ägare om planerad avgiftshöjning mm.¹⁸⁵ Strategisk dialog genomförs uppskattningsvis en gång per kvartal.¹⁸⁶

För en mer fördjupad kompetens och insyn i de olika bolagen och nämndernas verksamhet finns kontaktpersoner inom stadskansliet. Dessa skall fungera som en länk mellan bolagen/förvaltningen och stadskansliet och förmedla ett kommungemensamt perspektiv i olika frågor. För fullgörande av uppgiften skall kontaktpersonen ta del av dokumentation, ha regelbundna möten med bolagsledningen. Respektive bolagschef/ VD har här ett ansvar för att möjliggöra en god insyn för kontaktpersonen.¹⁸⁷ Gryaabns kontaktperson heter idag Christina Bertilson. Christina Bertilson bekräftar att hon har löpande kontakt med Gryaab under året.¹⁸⁸

Det finns också planeringsledare som är särskilt inriktade på verksamhetsområden eller målområden. Samma person agerar ofta som både kontaktperson och planeringsledare. Både kontaktperson och planeringsledare deltar vid den strategiska dialogen.

7.2.4 Den reella styrningen av Gryaab AB

Stig Hård, verkställande direktör för Gryaab AB, är av uppfattningen att kommunen inte styr bolagets verksamhet i egentlig mening.¹⁸⁹ Visserligen sker viss styrning i form av bolagsordning och utfärdat ägardirektiv men enligt Stig Hård kan styrningen betraktas som passiv i den meningen att kommunen inte är engagerad i verksamhetens utveckling eller beslut på saknivå. Inför viktiga beslut om exempelvis stora investeringar som bolaget vidtagit eller planerat att genomföra har man från Gryaabns sida vid ett flertal gånger kallat ägarna (kommunerna) till informationsmöte. Detta i enlighet med kravet på att ägarna skall få ta ställning till viktigare beslut innan dessa fattas av styrelsen. Vid samtliga tillfällen har Göteborgs Stad underlåtit att skicka en representant. Emellertid har bolagsledningen vid senare tillfälle kallats till den nu ersatta Presidiedelegationen för att lämna information till kommunen. Enligt Stig Hård innebär i regel möten med ägarna, i form av möten med

¹⁸⁵ Kallelse från stadskansliet till Gryaab från enheten för statsutveckling och samhällsanalys, 2011-01-20, Christina Bertilson.

¹⁸⁶ Enligt utsaga av Christina Bertilson.

¹⁸⁷ Göteborgs stads skrivelse; *Brev om kontaktpersonens roll*, Undertecknad Åke Jacobsson Statsdirektör.

¹⁸⁸ Intervju via e-mail, 2011-02-14.

¹⁸⁹ Intervju vid personligt möte med Stig Hård, Verkställande Direktör Gryaab AB, 2011-02-17.

representanter för KF, KS eller vid strategisk dialog, mer tillfällen för Gryaab att ensidigt informera kommunen om sina planer än tillfällen för kommunalt styre. Stig Hårds uppfattning är att kommunen varken varit tillräckligt insatt i Gryaabs verksamhet eller haft tillräcklig kompetens för att styra verksamheten på ett reellt sätt. Inblandade politiker, i styrelse och kommunala organ, saknar bland annat teknisk och ekonomisk kompetens samt kunskap kring den lagstiftning som styr verksamheten. Större delen av styrningen vad gäller nya investeringar och annan utveckling sker till följd av miljökrav i och med att miljölagstiftningen skärps.

Stig Hård menar att bolagsledningen vid utformandet av verksamhetsplanen tar hänsyn till kommunens prioriterade mål som anges i kommunens budget samt iakttar vad som står i ägardirektivet. Dessa dokument är emellertid kortfattade och mycket allmänt utformade vilket inte ger direkta anvisningar om hur verksamheten skall bedrivas. Vad gäller de uppföljningskrav i form av regelbunden rapportering till stadskansliets har Gryaab inte fått någon feedback i form av synpunkter på eventuella åtgärder varför Stig Hård utgår ifrån att syftet med rapporteringen endast är insamlade av information.

Det generella ägardirektivet för Renova AB, Grefab AB och Gryaab AB har ännu inte börjat gälla för bolagen utan behandlas fortfarande ute i ägarkommunerna. När direktivet börjar gälla tror Stig Hård att förutsättningarna för Göteborgs Stad att styra kommer att bli bättre. Detta eftersom direktivet ställer större krav på internkontroll och ger Göteborgs Stad större inflytande vad gäller inflytande över verkställande direktörs arbete och lön osv.

På frågan om kommunens styrning av verksamheten skulle skilja sig om Gryaabs verksamhet istället hade bedrivits nämndform är Stig Hård av uppfattningen att det skulle föreligga betydande skillnad vad gäller kommunens inblandning och möjlighet till styrning. Enligt Christina Bertilson behandlar Göteborgs Stad emellertid bolag och nämnder på ett likartat sätt. Samtliga nämnder och bolag följer samma rapporteringssystem och de frågor som skall besvaras av bolag och nämnder är likartade.

På fråga om det s.k. Ägarrådet där representanter för ägarkommunerna skall träffas och diskutera ägarfrågor verkar både Christina Bertilson och Stig Hård relativt frågande till vad ägarrådet egentligen gör. Detta torde betyda att rådet sannolikt inte har någon större inverkan på bolagets verksamhet. Det förefaller som om det är Göteborgs Stad som utformar styrdokument och som även tillskrivs samtliga kontrollfunktioner varför övriga kommuners

inflytande över bolaget verkar vara svagt eller obefintligt, detta är även Stig Hårds uppfattning.

7.3 Sammanfattning och synpunkter

Sammanfattningsvis kan det konstateras att Göteborgs Stad rent formellt har en hög ambition genom att ha en omfattande struktur för styrning och uppföljning. Göteborgs Stad har följt rekommendationen i *Principer för kommunal- och landstingsägda bolag* och upprättat ett system för bolagsstyrningsrapporter och intagit bestämmelser om detta i ett ägardirektiv för Göteborgs Stads direkt och indirekt ägda bolag. Utöver styrningen i form av bolagsordning och ägardirektiv har kommunen också inrättat komplement till de skriftliga styrdokumenterna i form av kontaktperson och strategisk dialog för ytterligare kommunikation mellan kommunen och bolaget. Huruvida strukturen för styrning samt övrigt inrättade forum verkligen innebär en aktiv styrning kan dock ifrågasättas med hänvisning till intervjun med Gryaabs VD Stig Hård.

Beträffande styrdokumentens utformning råder viss tveksamhet kring bolagsordningens utformning för att det kommunala ändamålet skall vara tillfredställande ur ett kommunalrättsligt perspektiv. För att ett kommunalt ändamål skall vara tillfredställande ur ett kommunalrättsligt perspektiv bör detta vara förankrat på tre olika sätt. Dels en beskrivning av de kommunala ändamålen som skall uppnås, alltså kommunnyttan, dels en hänvisning till kommunala principer samt en skrivelse som förtydligar att vinstsyftet inte är gällande för bolagets verksamhet.¹⁹⁰ Vad gäller de två första kraven får dessa anses vara uppfyllda med hänvisning till ändamålsbeskrivningen i bolagsordningen (§ 3) och det generella ägardirektivet som binder bolaget till kommunala principer. Emellertid föreligger en brist i förhållande till det sista kravet om syftet eftersom detta inte är reglerat i bolagsordningen. Det anses inte tillräckligt att ett kommunalt syfte uttrycks i ägardirektiv.¹⁹¹ Eftersom ett annat syfte än vinst enligt ABL 3 kap. 3 § måste komma till uttryck i bolagsordningen anses vinstsyftet gälla enligt bolagsordningen. Ett vinstsyfte faller utanför den kommunala kompetensen. Att vinstsyftet inte regleras bort i bolagsordningen kan således få effekt av att bolaget inte anses

¹⁹⁰ Stattin, Bolagsordning i kommun- och landstingsägda bolag, s. 313.

¹⁹¹ Prop.1990/91:117 s. 162, Stattin, A.a. s. 306, 313, SKL, *Principer* för styrning av kommun- och landstingsägda bolag, s. 18f.

vara bildat på ett kompetensenligt sätt, vilket i förlängningen skulle kunna leda till att KF:s beslut i bolagets angelägenheter kan komma att överklagas enligt KL 10 kap.¹⁹²

Att ägarkommunerna inte i något ännu gällande styrdokument har förbehållit sig rätten att utse samtliga styrelseledamöter är till viss del anmärkningsvärt eftersom detta är ett krav för att kommuner skall få bedriva kommunal verksamhet i bolagsform.¹⁹³ Det bör enligt doktrin och förarbete finnas en föreskrift i bolagsordningen härom.¹⁹⁴ Emellertid går det att sluta sig till att ägarkommunerna ändå utsett samtliga styrelseledamöter eftersom bolagsstämman fullt ut består av representanter för ägarkommunerna och det i aktieägaravtalet framgår att samtliga sju styrelseledamöter utses av kommunerna. Det är dock att föredra att saken regleras så att det blir aktiebolagsrättsligt gällande.

Ur ett rent aktiebolagsrättsligt eller kommunalrättsligt perspektiv har jag inga ytterligare synpunkter än ovan nämnda på utformandet av styrdokument eller annars kommunens upplägg för styrning och uppföljning.

Huruvida en domstol skulle finna In-house providing mellan Göteborgs Stad och dess delägda bolag Gryaab AB vara tillåten, med hänvisning till Teckal-undantaget, kommer att diskuteras under nästkommande kapitel. Därmed också huruvida kontrollkriteriet kan anses uppfyllt i Gryaabs fall.

8. Avslutande diskussion och slutsatser

Uppsatsarbetet har undersökt hur en tillämpning av Teckal-undantaget kan gå till i ett konkret fall. Granskning av Teckal-undantaget är intressant av den anledningen att det föreligger relativt oklara förutsättningar kring tillämpningen av undantaget. Den tillfälliga utformningen av undantaget i LOU lämnar tillämparen till att i varje enskilt fall göra en tolkning av den EU-praxis som finns på området, men som ännu tycks vara under utveckling. Det har visat sig att det därför föreligger en rad motstridiga uppfattningar kring vad som krävs för att Teckal-kriterierna skall vara uppfyllda, då framförallt kontrollkriteriet.

För att besvara uppsatsens frågeställning har det inledningsvis varit nödvändigt med en undersökning av vilka förutsättningar svensk lagstiftningen ger myndigheter att leva upp till

¹⁹² KL 3 kap.17§, Stattin, A.a. s. 306, 313, SKL, Principer för styrning av kommun- och landstingsägda bolag, s. 18f, Karnovkommentar KL, not 50, författare Alf Bohlin.

¹⁹³ Prop.1990/91:117 s. 54.

¹⁹⁴ A.prop. s. 162, Bohlin, Kommunalrättens grunder, s 67.

kontrollkriteriets krav i relation till svenska aktiebolag. Uppsatsen har därför haft som syfte att bedöma hur svensk lagstiftning, då främst KL och ABL, skapar förutsättningar för att uppfylla kontrollkriteriet i det enskilda fallet. Nedan kommer en diskussion föras kring vad jag fått för uppfattning om detta under uppsatsarbetet. Vidare har uppsatsarbetet undersökt hur den enskilda kommunen, Göteborgs Stad, använt sig av lagstiftningens verktyg för att utöva inflytande och kontroll över Gryaab AB samt hur kommunen i övrigt påverkar och utövar inflytande över bolagets verksamhet. Nedan kommer en diskussion föras kring vad det går att dra för slutsatser av materialet kring kommunens kontroll ur ett in-house perspektiv och således en bedömning kring tillåtligheten av in-house providing mellan Göteborgs Stad och Gryaab AB med hänvisning till Teckal-undantaget. Slutligen kommenteras kortfattat OFUKI-utredningens lagförslag i relation till den problematik som uppmärksammats i uppsatsen samt vilka effekter förslagen kan få för Gryaab AB.

Vad lagen ger för möjligheter till inflytande

Vid en bedömning av kontrollkriteriet har EU-domstolen klargjort att all relevant lagstiftning såsom nationell bolagsrätt och regleringar i bolagsordning och samtliga andra omständigheter skall beaktas.¹⁹⁵ Av EU-rättslig praxis framgår att den nationella aktiebolagsrätten i sig inte kan vara tillräcklig för att kontrollkriteriet skall vara uppfyllt.¹⁹⁶ Däremot är det viktigt hur den nationella aktiebolagsrätten är utformad och därmed vilka möjligheter den ger ägarna möjlighet att utöva inflytande över bolagets verksamhet. Den nationella lagstiftningen skall således möjliggöra att ägarna kan förbehålla sig större inflytande än vad ägarna har i utgångsläget enligt bolagsrätten.¹⁹⁷

De nationella aktiebolagsreglerna skiljer sig i många avseenden mellan medlemsstaterna. Både vad gäller möjlighet för ägarna att tillskansa sig beslutanderätt på övriga bolagsorgans bekostnad men även hur kontrollen över den egna förvaltningen ser ut. Detta måste också innebära att kraven för att EU-domstolen skall finna att kontrollkriteriet är uppfyllt skiljer sig åt från nation till nation och även mellan olika typer av bolag inom en nation.

Vad gäller KL ger denna lag ingen direkt beslutanderätt eller rätt till inflytande över kommunala aktiebolag eftersom dessa inte styrs av KL utan av ABL. Då reglerna i KL, som är bindande för kommunerna, ålägger kommunerna att betinga sig visst inflytande över

¹⁹⁵ Mål C-458/03, (Parking Brixen), p. 65.

¹⁹⁶ Mål C-458/03, Parking Brxen, p.69 och C-324/07, Coditel, p.37.

¹⁹⁷ Se Parking Brixen, p.69, Carbotermo p. 38 och Coditel Brabant p. 37.

bolagen ger lagen emellertid kommunerna ett indirekt inflytande över bolagen.¹⁹⁸ I realiteten är det dock enbart ABL som kan ge kommunerna direkt inflytande över bolagens verksamhet.

Om kommunerna genom aktiebolagsrättsliga styrmedel förbehåller sig inflytande i den utsträckningen KL kräver är det emellertid inte säkert att detta inflytande räcker för att kontrollkriteriet skall vara uppfyllt. Kontrollkriteriet kräver som sagt att upphandlande myndigheter (kommuner) i varje enskilt fall skall ha möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande över bolagens viktiga beslut och strategiska mål.¹⁹⁹ Införlivar myndigheten de kommunalrättsliga kraven i KL 3 kap.17§ p. 3 aktiebolagsrättsligt innebär detta att myndigheten endast förbehållit sig en yttranderätt. När regleringen infördes i KL fann lagstiftaren det dock osannolikt att ett bolag skulle frångå ett sådant yttrande.²⁰⁰ Formellt sett är det ändå möjligt för kommunägda bolag (bolagsstyrelsen) att frångå kommunens yttrande. Den obegränsade rätten till entledigande av styrelsen enligt ABL 8 kap.14§ får dock anses ha en viss bromsande effekt i detta avseende, men behöver inte nödvändigtvis påverka styrelsen i ett enskilt beslut. Om inte beslutanderätt förbehålls kommunen innebär KL 3 Kap. 17§ att viktiga och strategiska frågor beslutas av styrelsen. Det går än så länge endast att spekulera i hur EU-domstolen vid en prövning skulle bedöma yttranderätten ur kontrollsynpunkt.

Vad gäller ABL anser jag att den ger kommunen i egenskap av ägare stora möjligheter att utöva inflytande över ett aktiebolags verksamhet. Med tanke på den omnipotenta ställningen som bolagsstämman har enligt svensk aktiebolagsrätt finns det enligt mig goda möjligheter för ägarna att i styrmedel förbehålla sig makt, beslutanderätt, eller mer generellt stort inflytande över bolagets verksamhet. Detta förutsätter visserligen att ägaren är aktiv och utformar detaljerade bolagsordningar och ägardirektiv. ABL i sig ger alltså inte ägaren beslutanderätt över bolagens viktiga beslut och strategiska mål men den möjliggör detta. I formellt hänseende möjliggör ABL således att kommuner i egenskap av aktieägare har kontroll över kommunala aktiebolag men detta förutsätter som sagt att de styrmedel som tillhandahålls ges ett innehåll som ger kommunen inflytande.

Sammanfattningsvis anser jag att den svenska aktiebolagsrätten ger förutsättningar för KF att utöva inflytande och styrning över sina bolag som motsvarar den som utövas över den sedvanliga förvaltningen. Jag anser att den svenska lagstiftningen i dess nuvarande utformning skapar förutsättningar för kommunen att utöva bestämmande inflytande över

¹⁹⁸ KL 3 kap. 16-19 §§.

¹⁹⁹ Parking Brixen p. 65, Coditel p. 28 och Carbotermo p.36.

²⁰⁰ Prop.1990/91:117 s 51-53.

kommunala bolags verksamhet motsvarande kontrollkriteriets krav. Huruvida kontrollkriteriet är uppfyllt i det enskilda fallet är beroende av hur kommunen utformat styrdokumentet och således hur kommunen genom dessa förbehållit sig möjlighet att utöva bestämmande inflytande över bolagets strategiska mål och viktiga beslut samt huruvida kommunen förbehållit sig rätten till information och kontroll, eftersom en effektiv styrning kräver insyn i bolagets verksamhet. Jag anser därför inte att det är nödvändigt med en ändring i ABL och KL för att kontrollkriteriet skall kunna uppfyllas. Emellertid skulle det kanske vara att föredra eftersom detta skulle underlätta för kommuner att leva upp till kraven. Ett införande av de kommunalrättsliga kraven i ABL skulle innebära att kommunerna inte aktivt behöver göra dessa aktiebolagsrättsligt gällande genom bolagsordning och ägardirektiv. Den privaträttsliga formen förändras då till viss del men det gör den ändå om kommunen vill leva upp till Teckalkriterierna. För att försäkra sig om att leva upp till kontrollkriteriets krav kanske kommunen också borde förbehålla sig en beslutanderätt istället för den yttranderätt som följer av KL 3 kap. 17§ p. 3.

Gryaab AB, sammantagen bedömning

Inledningsvis kan konstateras att verksamhetskriteriet inte tycks föranleda några problem för undantagets tillämpning. Det beror på att det framgått att cirka 90% av omsättningen kommer från verksamhet som bedrivs för ägarkommunernas räkning. Vad däremot gäller kontrollkriteriets uppfyllande är det mer oklart hur detta skall bedömas. Efter intervju med Gryaab's VD Stig Hård får man uppfattningen att det inte hittills skett någon reell styrning av Gryaab's verksamhet. Inte heller beträffande viktigare beslut såsom större investeringar eller andra större förändringar i bolagets verksamhet har Göteborgs kommun på ett aktivt sätt varit delaktig. Bolagets verksamhet får därmed anses bedrivas på ett i förhållande till kommunen relativt självständigt sätt av bolagsledningen. Detta visar att styrningen i stort sätt består av en rent formell styrning i form av bolagsordning och ägardirektiv. Emellertid är styrelseledamöterna utsedda av kommunen, men har troligtvis inte rätt kompetens för att vara aktiva på saknivå i bolagets angelägenheter. Att styrelsen enbart består av representanter för ägaren anses, oavsett kompetens, inte vara tillräckligt för att kontrollkriteriet skall anses vara uppfyllt.

Huruvida denna formella styrning i form av ägardirektiv, rapporteringssystem mm är tillräckligt för att kontrollkriteriet skall anses vara uppfyllt är oklart. Det väsentliga är vad en domstol vid en prövning skulle komma till för slutsats. Möjligtvis kan den digra informationsinsamlingen om bolaget betraktas som om kommunen har kontroll över bolagets

verksamhet? Detta beror dock på vad som ligger i begreppet kontroll. Som konstaterats tidigare innebär begreppet ett krav på att kommunen skall ha möjlighet att utöva ett betydande inflytande över den fristående enhetens strategiska mål och viktiga beslut. Rent formellt har kommunen genom ägardirektivet tillförsäkrat sig möjlighet att ta ställning till sådana beslut genom krav på att bolaget skall vända sig till ägarna vid vissa viktigare beslut. Huruvida denna möjlighet de facto måste utnyttjas framgår inte av praxis. Det kan också konstateras att kommunen inte förbehållit sig någon beslutanderätt beträffande beslut av principiell eller annars viktigare karaktär, utan endast den yttranderätt som stadgas i KL 3 kap.17§ (se diskussion ovan). Huruvida en domstol skulle bedöma att detta i sig föranleder bristande inflytande är beroende av om en domstol anser att hotet om styrelsens entledigande enligt ABL 8 kap.14§ är tillräckligt för att ägaren skall anses ha bestämmande inflytande eller inte (se ovan diskussion).

Bolaget kan inte heller anses ha en sådan marknadsmässig inriktning att möjlighet till kontroll inte föreligger. Visserligen bedriver bolaget viss gasförsäljning men denna är av så pass liten omfattning att bolagets verksamhet huvudsakligen är kommunal.

Eventuellt skulle EU-domstolen tycka att det räckte med den rent formella styrningen som kommunen vidtagit i form av ägardirektiv, uppföljningsrapporter samt initiativet till strategisk dialog samt kontaktpersoner, även om de två sistnämnda forumen eventuellt inte i realiteten innebär någon styrning från kommunens sida. Detta förutsatt att domstolen inte vidtar en närmare granskning av den reella styrningen i det enskilda fallet. EU-domstolens rättspraxis ter sig som om den rent formella styrningen och därmed möjligheterna att ta ställning till viktiga beslut och strategiska frågor varit tillräckligt för att kontrollkriteriet skall anses vara uppfyllt. Visserligen betonar EU-domstolen Mål C-458/03 (Parking Brixten) att det inte främst är den rent formella möjligheten till kontroll av ett bolag som är avgörande för huruvida kontrollkriteriet kan anses vara uppfyllt utan snarare huruvida den upphandlande myndigheten faktiskt alltid har möjlighet att påverka viktiga beslut. Det tycks dock inte ha skett någon fallstudie eller uppföljning av enskilda beslut för att undersöka om ägarkommunen de facto påverkat besluten, utan snarare tycks fokus ligga på den rent formella möjligheten att påverka besluten.

Beträffande Gryaab förtydligas kommunens möjligheter att få ta ställning till större investeringar e.d. i bolaget i och med det nya generella ägardirektivet. Det är dock oklart om detta kommer att påverka kommunens engagemang när en sådan situation uppstår. Detta

förutsätter ju ett intresse och engagemang från kommunens sida som kanske saknas även om kommunen försäkrat sig om att formellt förbehålla sig yttranderätt. Saknas kompetens inom verksamhetsområdet kanske det är lättare att låta bolagsledningen mfl. besluta i bolagets angelägenheter.

Är det avgörande att kommunen de facto beslutar i bolagets viktiga frågor eller kan det vara tillräckligt att kommunen rent formellt i styrmedel förbehållit sig möjlighet att ta ställning till bolagets viktiga beslut och strategiska mål? En frågeställning kvarstår således obesvarad för att kunna ta ställning till huruvida in-house providing är tillåten mellan Göteborgs Stad och Gryaab AB. En frågeställning som endast kan besvaras utifrån en domstolsprövning och därmed inte av detta uppsatsarbete.

Eftersom det ännu inte finns någon svensk praxis på området kring den nya lagstiftningen går det inte att säga hur pass högt kravet kommer att vara på styrningen av bolagen och på vilken nivå kommunen måste vara inblandad i bolagens verksamhet i det enskilda fallet. Dessutom är EU:s rättspraxis under utveckling och det är svårt att uttala sig om hur kontrollkriteriets krav kommer att se ut om fem år.

Intressant för bedömningen är dock EU-domstolens argumentation i Mål C-480/06 (Kommissionen mot Tyskland) som kom år 2009.²⁰¹ Domstolen tittade på hur syftena bakom upphandlingslagstiftningen kom att påverkas. Bland annat lade domstolen vikt vid om privata leverantörer påverkades negativt ur konkurrenssynpunkt av konstellationen samt att myndigheterna inte försökte kringgå upphandlingslagstiftningen. En relevant frågeställning är då huruvida privata aktörer skulle vara intresserade av upphandlingskontraktet mellan Göteborgs kommun/ägarkommunerna och Gryaab AB? VA-lagstiftningen, som gäller för verksamheten, begränsar alla bolag att sätta högre priser än kostnaderna för verksamheten varför det är tveksamt om privata aktörer skulle vara intresserade av att bedriva VA-verksamhet. Emellertid får man beakta att bolaget i och med verksamheten genererar gas som kan säljas med vinst på en privat marknad. Samma förutsättningar gällde också i målet men detta är ingenting som EU-domstolen valt att lägga vikt vid, utan tittar endast på den av kommunerna beställda verksamheten i sig. Vid en likadan bedömning skulle alltså in-house providing mellan Göteborgs Stad och Gryaab AB kunna tillåtas oavsett om kontrollkriteriet anses uppfyllt eller inte.

²⁰¹ Se avsnitt 4.2.2.1.

Avslutningsvis, det nya lagförslaget

Slutligen kan följande sägas om OFUKI -utredningens lagförslag. Det kan konstateras att den problematik som uppmärksammats i uppsatsarbetet, vad gäller tillämpningen av undantaget, kvarstår i och med den föreslagna undantagsbestämmelsen.²⁰² Tillämpningen förutsätter således även fortsättningsvis en tolkning av EU-domstolens rättspraxis på området i väntan på att en svensk rättspraxis växer fram.

Det kan vidare konstateras att den i uppsatsen uppmärksammade problematiken med att ställningstagandet enligt KL 3 kap. 17§ endast innebär en yttranderätt och inte någon beslutanderätt kvarstår i och med den föreslagna förändringen. Ett ställningstagande från KF beträffande beslut av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt kommer således även fortsättningsvis inte att vara rättsligt bindande för bolagen.

För Gryaabs del innebär lagförslaget, om det genomförs, att vissa justeringar och ändringar kommer att krävas i bolagets bolagsordning. Då kommer att krävas att en skrivelse intas om att ägarkommunerna skall få ta ställning till beslut av principiell beskaffenhet eller annars av viktigare karaktär. Än så länge uttrycks detta endast i aktieägardirektiv. Gryaab kommer också att behöva iaktta eventuella förändringar i KL 6 kap.

²⁰² Se avsnitt 5.2.

9. källförteckning

Lagstiftning

Nationell

Aktiebolagslag(2005:551).

El-lagen(1997:857).

Kommunallag(1991:900).

Lag(2006:412)om allmänna vatten tjänster.

Regeringsformen(1974:152).

Lag(2007:1091)om offentlig upphandling.

Offentlighet- och sekretesslag(2009:400).

Miljöbalk(1998:808).

Unionsrätt och övrig

Romfördragen, 25 mars 1957.

Direktiv

Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 *om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster* (varudirektivet).

Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 *om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor* (tjänstedirektivet)

Rådets direktiv 2004/18/EG 31 mars, *om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggentreprenad, även kallat det klassiska upphandlingsdirektivet*. (2004) OJ L 134/114.

Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 *om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten*.

Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 *om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna*.

Rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december *om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling*.

Rättsfall från svensk domstol

RÅ 1974 ref.41.

RÅ 1983 2:56.

RÅ 1987 ref.52.

RÅ 2008 ref. 26.

NJA 2008 s.120

Rättsfall från EU-domstolen

Mål C-107/98, (Teckal).

Mål C-94/99, (ARGE).

Mål C-231/03 (Coname).

Mål C-26/03, (Stadt Halle).

Mål C-458/03, (Parking Brixen).

Mål C-29/04, (Mödling).

Mål C-340/04 (Carbotermo).

Mål C-410/04, (ANAV).

Mål C-295/05, (Tragsa).

Mål C-220/05 (Aroux)

Mål C-324/07, (Coditel Brabant).

Mål C-480/06,(Kommissionen mot Tyskland).

Mål C-573/07 (Sea).

Offentliga tryck

Prop. 1990/91:117, *Om en ny kommunallag.*

Prop. 1992/93:88, *Om offentlig upphandling.*

Prop.2004/05:85, *Ny aktiebolagslag.*

Prop. 2009/10:134, *Upphandling från statliga och kommunala företag.*

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

SOU 2001:31, *Mer värde för pengarna.*

SOU 2011:43, *Betänkandet av utredning om offentliga företag - upphandling, insyn och kontroll (OFUKI-utredningen).*

Litteratur

- Bernitz, U, Kjellgren, A, *Europarättens grunder*, Upplaga 3, Nordstedts Juridik 2007.
- Bohlin, A, *Kommunalrättens grunder*, Upplaga 5:1, Norstedts Juridik 2007.
- Bohlin, A, *Förvaltningsrättens grunder*, Upplaga 2, Norstedts Juridik 2007.
- Comba, M, & Treumer, S, *The in-house providing in European law*, European Procurement Law Series Volume I. Upplaga 1, Djoef Publishing, Copenhagen 2010.
- Dotevall, R, *Bolagsledningens Skadeståndsansvar*, Upplaga 2. Norstedts Juridik 2008.
- Falk, J- E, *Lag om Offentlig Upphandling – en kommentar*. Jure 2009.
- Kraakman, H. Reiner, *The anatomy of corporate law*, Oxford University Press 2004.
- Madell & Indén, *Offentlig- privat samverkan*, s. 70, nr 22. Skrifter från juridiska institutionen vid Umeå Universitet, Iustus förlag 2010.
- Pedersen, *Upphandlingens grunder*, Jure förlag AB 2008.
- Af Sandberg, C, *Aktiebolagsrätten*, Studentlitteratur, Lund 2006.
- Stattin, D, *Kommunal aktiebolagsrätt*. Stockholm, Norstedts Juridik 2007.
- Sundstrand, A, *Offentlig Upphandling*, Upplaga 1, Studentlitteratur AB 2010.

Artiklar

- Pedersen, Kristian & Olsson, Erik, *Commission v. Germany, approach in-house providing*, reprinted from public procurement law review, issue, 2010, Sweet & Makwell, Law Publisher, London.
- Sveriges Kommuner och Landsting, *Upphandlingsregler förhindrar samverkan*, Producerad av avdelningen för kommunikation, 1 jan 2010.
- Stattin, D, *Aktieägaravtal*, Juridisk Tidskrift 2004-2005.

Internetkällor

- Konkurrensverket, referat EU-domstolens dom 9 juni 2009 i mål C-480/06 avseende mellankommunal samverkan och avfallshantering; [http://www.kkv.se/beslut/Referat%20C-480-06%20Hamburg%20inkl%20kommentar%20\(2\).pdf](http://www.kkv.se/beslut/Referat%20C-480-06%20Hamburg%20inkl%20kommentar%20(2).pdf).
- Författningssamling Göteborgs Stad; <http://www4.goteborg.se/prod/g-info/ffs.nsf/FrameSet?OpenPage>.
- *Bolagsordning Göteborgs Ryaverksaktiebolag*.

- Göteborgs Stads ägardirektiv för direkt och indirekt ägda bolag.
- Generellt aktieägardirektiv för Renova AB, Grefab AB Gryaab AB (2010).
- Aktieägardirektiv för Gryaab AB (2007).
- Göteborgs Stads reglemente för Kretsloppsnämnden.
- Riktlinjer för Göteborgs Stads styrdokument.
- Ägaravtal mellan ägarna av Gryaab AB (2007).

Dokument Göteborgs Stad, *Struktur och ledning i Göteborgs Stad, 2005-04-06, se: [http://www5.goteborg.se/prod/Miljo/Miljohandboken/dalis2.nsf/vyFilArkiv/Struktur_f_styrning_och_ledning_Gbg_Stad.pdf/\\$file/Struktur_f_styrning_och_ledning_Gbg_Stad.pdf](http://www5.goteborg.se/prod/Miljo/Miljohandboken/dalis2.nsf/vyFilArkiv/Struktur_f_styrning_och_ledning_Gbg_Stad.pdf/$file/Struktur_f_styrning_och_ledning_Gbg_Stad.pdf)*.

- samt *Riktlinjer för budget och uppföljning*.

Stattin, Daniel, *Teckal-kriteriernas kontrollrequisit*, Förutsättningar för det allmännas anskaffning av varor och tjänster från hel- eller delägda aktiebolag eller ekonomiska föreningar, Working paper 2010:7, Uppsala Faculty of Law. :<http://vv.diva-portal.org>.

Muntliga källor

Christina Bertilson, Stadskansliet, Göteborgs Stad, Kontaktperson Gryaab AB, tel. 031-368 02 14.

Stig Hård, Verkställande Direktör på Gryaab AB. Tel.031-647403.

Agneta Sander, Förvaltningschef på Kretsloppsnämnden i Göteborgs Stad. Tel.031-3682724.

Övrigt

Göteborgs Stad, Mall för rapportering av årsrapport 2010, Kopia från Christina Bertilson, Statskansliet.

Kallelse från stadskansliet till Gryaab AB från enheten för statsutveckling och samhällsanalys, (2011-01-20), Christina Bertilson.

Konkurrensverket, *Upphandlingsreglerna - en introduktion*, 2008

Konkurrensverket, yttrande efter anmodan av Finansdepartementet över Ds 2009:36, *Upphandling från statliga och kommunala företag*, 2009-10-01, Drn 438/2009.

Stattin, Daniel, *Bolagsordning i kommun och landstingsägda bolag*, FT, 2010.

Sveriges Kommuner och Landsting, *Principer för styrning av kommun- och landstingsägda bolag – erfarenheter och idéer*, Stockholm, 2006.

Sveriges Kommuner och Landsting, Yttrande, dnr09/3178, Ds 2009:36, Avd för juridik, Lena Dalman, 2009.

Göteborgs Stads skrivelse; *Brev om kontaktpersonens roll*, Undertecknad Åke Jacobsson Statsdirektör, Per e-mail från Christina Bertilson 2010-02-08.

Rättsutlåtande av Advokat Andrea Sundstrand, avseende bestämmelserna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling avseende kontrollkriteriet för direktköp från fristående juridiska personer. 2009-09-25, andrea.sundstrand@juridicum.su.se.

