

Stig Hellmers  
*Chefjurist*  
Carina Sandin  
*Landstingsjurist*

2003-04-10

## **Stockholms läns landstings köp från sina egna företag**

Liksom många andra kommuner och landsting bedriver Stockholms läns landsting en betydande del av sin verksamhet i form av aktiebolag enligt 3 kap 16 § kommunallagen. Det gäller bland annat i fråga om landstingets fastighetsförvaltning och lokalförsörjning genom Locum AB, fullgörandet av landstingets uppgifter som länstrafikansvarig och trafikhuvudman i länet enligt lagen om ansvar för viss kollektiv persontrafik genom AB Storstockholms Lokaltrafik. Under de senare åren har större delen av kärnverksamheten akutsjukvården lämnats över till av landstinget helägda aktiebolag som Huddinge Universitetssjukhus AB, Danderyds Sjukhus AB, Södersjukhuset AB och Norrtälje Sjukhus AB. Endast Karolinska sjukhuset och Södertälje sjukhus drivs i förvaltningsform men under egna styrelser.

För att komma till rätta med i första hand de ekonomiska problem som landstinget har att hantera beslutade nyvalda landstingsfullmäktige i november 2002 om en ny organisationsstruktur för landstinget. Denna innebär bland annat en utvecklad koncernorganisation för landstingets samtliga akutsjukhus med en mer pregnant ägarstyrning med ägardirektiv till framför allt akutsjukhusen att oberoende av driftform samverka i större utsträckning än tidigare. För att övervaka att beslutade ägardirektiv följs, utarbeta förslag till såväl generella som specifika ägardirektiv samt fastställa övriga specifika ägardirektiv har under landstingsstyrelsen inrättats ett ägarutskott.

Under den förra mandatperioden var motivet för akutsjukhusens bolagisering främst att skapa konkurrens och genomföra en extern upphandling av all akutsjukvård. Dessa planer är inte längre aktuella utan landstinget kommer att koncentrera sina ansträngningar till att skapa balans i ekonomin. Samtidigt kommer sjukhusens bolagsdrift att utvärderas.

En i Sverige rådande uppfattning är att kommuner och landsting skulle vara hänvisade till att genomföra köp från sådana bolag som nämnts enligt reglerna i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Om detta skulle vara ett uttryck för gällande rätt på området skulle sådana förfaranden medföra ianspråktagande av betydande resurser som i landstingets ekonomiska situation kunde användas mer ändamålsenligt. Detsamma måste gälla om landstinget på grund av lagstiftningen skulle bli tvunget att avbolagisera och återföra verksamheten i förvaltningsform.

Efter genomförd rättsutredning och fördjupad analys är vi av den uppfattningen, att varken EG – rätten eller svensk rätt lägger hinder i vägen för landstinget att ”köpa” ifrågavarande tjänster utan föregående upphandling enligt LOU.

Vi får här redovisa grunderna för vår uppfattning om det rättsläge som råder för närvarande.

## **EG-rätten**

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) utgör i stora delar en implementering av EG-direktiven om offentlig upphandling; direktiv nr 93/36 (varudirektivet), nr 93/37 (byggdirektivet), nr 92/50 (tjänstedirektivet), nr 93/38 (försörjningsdirektivet) och ändringsdirektiv nr 97/52. För överprövning och skadestånd finns rättsmedelsdirektiv.

Nationella bestämmelser ska tolkas så att de överensstämmer med EG-rätten. Om det uppstår en konflikt mellan en nationell och EG-rättslig regel har EG-rätten företräde.

Frågan huruvida en kommun eller landsting kan genomföra köp från sina egna företag utan föregående upphandling i enlighet med EG-direktiven om offentlig upphandling har prövats av EG-domstolen i två fall.

### ***Generaladvokatens yttrande i Arnhem-målet***

I Arnhem-målet, mål C-360/96, beslutade två nederländska kommuner att sammanföra sina befintliga sophämnings- och renhållningstjänster till en ny juridisk enhet, ARA. Generaladvokaten ansåg att förhållandet mellan kommunerna och ARA var att betrakta som en form av *inter-organisatorisk delegering som inte lämnat kommunernas administrativa sfär*. Förhållandet som rådde mellan kommunerna och ARA kunde enligt generaladvokatens mening inte betraktas som en upphandling i direktivets mening. Han fäste därvid avseende vid dels finansierings-, ägande- och beslutsformen dels syftet med bolagets bildande. Kommunerna var ensamma delägare och majoriteten av styrelseledamöterna var kommunalt tillsatta. ARA:s överlevnad ur ekonomisk synvinkel berodde inte så mycket på verksamhetens volym och effektivitet, som på kommunernas vilja att avsätta erforderliga finansiella resurser. ARA var en sammanslagning av två sedan tidigare existerande funktioner och verksamheten var inte av kommersiell karaktär. Kommunerna hade inte på något sätt avsett att privatisera de av kommunerna tidigare fullgjorda funktionerna inom denna sektor.

EG-domstolen kommenterade inte frågan om upphandlingsskyldighet vid köp från egna bolag.

### ***Teckal-målet***

I Teckal-målet, mål C-107/98, beslutade kommunen i Viano, utan föregående anbudsförfarande, att AGAC skulle anförtros handhavandet av uppvärmningen av vissa kommunala byggnader. AGAC är en sammanslutning som bildats av flera kommuner, däribland Viano kommun för förvaltning av verksamhetsgrenarna energi och miljö. Enligt lagen är den en juridisk person med självständig förvaltning.

EG-domstolen förklarar i domen att direktiv 93/36 gäller för avtal som sluts mellan en upphandlande enhet och en i förhållande till denna juridiskt fristående person. Endast i de fall som den upphandlande enheten samtidigt utövar en kontroll över den ifrågasvarande juridiska personen som motsvarar den kontroll som enheten utövar över sin egen förvaltning och denna person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla. Direktivet är tillämpligt när en upphandlande enhet avser att sluta ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor om leverans av varor eller tjänster med en i *formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet*.

### ***EG-kommissionens uttalanden***

Vid ett möte i november 1997 med personer på tjänstemannanivå vid EG-kommissionen, Inre marknaden, som bl.a. handhar frågor som rör offentlig upphandling, formulering och tillämpning av gemenskapsrätten, har NOU diskuterat frågan om kommuners möjligheter enligt gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna företag m.m.

Enligt framförda tolkningar skulle det vara möjligt för kommuner att, utan att tillämpa direktiven, ingå kontrakt med sina helägda företag förutsatt att företaget ifråga uteslutande levererar till ägaren. Huvudregeln är att när en upphandlande enhet har skapat en fristående juridisk person så kan den upphandlande enheten inte köpa någonting från den fristående juridiska personen utan föregående upphandling i enlighet med gällande direktiv. Undantaget utgör de situationer när den juridiska personen fortfarande kan betraktas såsom tillhörande den upphandlande enhetens organisation.

Tjänstemännen på kommissionen var av den uppfattningen att om den fristående *helägda* juridiska personen *uteslutande levererar till den upphandlande enheten* kan dess verksamhet betraktas som en del av förvaltningen trots att det är fråga om en fristående juridisk person. Tjänstemännens ståndpunkt var att en upphandling i enlighet med direktiven då inte behövs.

Kommissionen ansåg att det är önskvärt men inte nödvändigt att förutsättningarna anges i bolagsordningen. Även ett ”gammalt” företag kan anses som en del av förvaltningen förutsatt att det är helägt och uteslutande levererar till ägaren även om det inte framgår av bolagsordningen. Det torde i detta fall inte ha någon betydelse om den fristående juridiska personen utför uppgifter inom det obligatoriska eller fakultativa området.

Kommissionen betonade att eftersom situationen avser affärer mellan två upphandlande enheter avser tolkningen endast den situation som beskrivits ovan. Kommissionen har ännu inte tagit ställning till varianter av ägarandelar eller leveransandelar.

### ***Slutsats***

Enligt EG-kommissionen är grunden för undantag från upphandlingsskyldighet att man efter företagsbildningen kan anse att företaget är att betrakta som en del av förvaltningen. För detta krävs att företaget är helägt och uteslutande levererar till ägaren.

I Arnhems-målet kommenterade inte EG-domstolen frågan om upphandlingsskyldighet vid köp från egna bolag. Emellertid måste generaladvokatens yttrande anses ha stor tyngd vid bedömningen av frågan. Generaladvokaten har på ett genomgripande sätt belyst frågan ur flera olika perspektiv. Trots att det juridiskt sett uppstår ett civilrättsligt avtal har generaladvokaten funnit att upphandlingsskyldighet inte föreligger.

I såväl Arnhems-målet och Teckal-målet sägs att det kan föreligga undantag från upphandlingsskyldighet om en lokal myndighet utövar en kontroll över en juridisk person motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, samtidigt som den juridiska personen bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som äger den juridiska personen. Det uppställs inte något krav på 100-procentigt ägande eller att kommunen måste vara den enda kunden till det kommunala företaget.

Sammanfattningsvis kan sägas att EG-rätten ger stöd för att det föreligger en rätt att teckna avtal direkt med egna bolag under vissa förutsättningarna. EG-domstolens uttalande i Teckal-domen måste rimligen förstås så att det vid angivna förutsättningar föreligger en rätt att ingå avtal direkt med egna företag. De angivna förutsättningarna är: *att den upphandlande enheten samtidigt utövar en kontroll över det ifrågavarande företaget som motsvarar den kontroll som enheten utövar över sin egen förvaltning och denna person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den.*

## **Svensk rätt**

Frågan om en kommun eller landsting kan köpa från sina egna företag utan föregående upphandling enligt LOU har behandlats i förarbetena. Kammarrätten har vid två tillfällen prövat frågan.

### ***Betänkande av Utredningen om sjukvårdsupphandling, (SOU 1999:149)***

Enligt Utredningen om sjukvårdsupphandling bör frågan om köp från egna företag besvaras med utgångspunkt i LOUs definition av ett upphandlingskontrakt, d.v.s. att det är fråga om en överenskommelse som träffas mellan två fristående juridiska personer. Därav följer, enligt utredningen, att en upphandlande enhet som väljer att bygga upp sin verksamhet genom bolagisering därmed åstadkommit en situation som innebär att en anskaffning från dessa enheter måste föregås av en upphandling. Utredningen konstaterar att det varken i upphandlingsdirektiven eller LOU lämnas utrymme för något undantag.

### ***Mera värde för pengarna (SOU 2001:31)***

Upphandlingskommittén anger i sitt slutbetänkande följande ifråga om kommunalt ägda bolag kan likställas med förvaltning ifråga om styrning och kontroll (s. 293):

”När det gäller styrning och kontroll av verksamhet som bedrivs i förvaltningsform respektive företagsform kan konstateras att kommunledningen formellt sett har större möjligheter att påverka företaget än en kommunal nämnd. Kommunstyrelsen har normalt inte möjlighet att överpröva eller intervensera i nämndens verksamhet som i allmänhet styrs av speciallagstiftning. Det kommunala företaget kan bli utsatt för mycket effektiv såväl informell som formell ägarstyrning. Bolagsordning,

stadgar och ägardirektiv är viktiga juridiska instrument för denna ägarstyrning. Kommunledningen kan när som helst initiera att fullmäktige avsätter styrelsen i ett kommunalt företag. Att avsätta en kommunal nämnd är betydligt svårare. Ledamöter i styrelsen för ett kommunalt företag kan bli personligen ansvariga för beslut som skadar företaget eller tredje man. Ett sådant personligt ansvar kan inte utkrävas av ledamöter i en kommunal nämnd såvitt det inte är fråga om rent kriminella handlingar.”

Kommittén gör den bedömningen att gemenskapsrätten medger att Sverige ändrar LOU på så sätt att det öppnas en möjlighet att under vissa förutsättningar köpa och sälja mellan en kommun eller landsting och dess helägda företag utan föregående upphandlingsförfarande. Kommittén anser dock inte att det finns skäl att medge ett större undantag från upphandlingsskyldigheten än vad som är motiverat av behovet att kunna åstadkomma en rationell samordning av ”kommunkoncernens” resurser. Kommittén föreslog att LOU skulle kompletteras med en ny bestämmelse med innebörden att upphandlingar från eller till ett sådant företag som avses i 3 kap. 17 § kommunallagen (1991:900) eller ett interkommunalt företag som ägs av kommuner eller landsting kan ske direkt under förutsättning att leverantören är en upphandlande enhet enligt LOU och att åtgärden innebär uppenbara och dokumenterade samordningsfördelar.

Remissinstanserna hade olika uppfattningar i frågan. Flera remissinstanser anförde att den av kommittén föreslagna förutsättningen, att det ska medföra dokumenterade och uppenbara samordningsfördelar, är alltför otydlig och svårtillämpad. Regeringen ansåg därför att frågan borde beredas ytterligare.

### ***NOU:s yttrande över Upphandlingskommitténs slutbetänkande***

NOU avstyrkte förslaget om undantag från upphandlingsskyldighet såsom det utformats av kommittén. NOU:s uppfattning var att kommitténs förslag inte stämmer överens med lydelsen i Teckal-domen. NOU anförde att undantaget från upphandlingsskyldighet skulle innebära ett avsteg från den i Sverige sedan länge rådande principen, att kontrakt med en från den egna upphandlande enheten i juridiskt hänseende skild person skall upphandlas. NOU anförde vidare att begreppet uppenbara samordningsfördelar i stort sett är omöjligt att tillämpa för såväl NOU som domstolarna eftersom det är alltför vitt och saknar juridisk precision.

### ***I proposition 2001/02:142, Ändringar i lagen om offentlig upphandling m.m***

I propositionen, s. 84, anges följande:

”EG-direktiven om offentlig upphandling och EG-domstolens praxis ger inte någon tydlig anvisning om rättsläget vad gäller rätten för kommun att göra anskaffningar utan upphandling från sitt helägda bolag. Remissinstanserna har olika uppfattningar i frågan. Flera remissinstanser har dessutom anført att den av kommittén föreslagna förutsättningen för regelns tillämpning, att det skall medföra dokumenterade och uppenbara samordningsfördelar, är alltför otydlig och svårtillämpad. Regeringen anser att frågan med hänsyn till det anförda bör beredas ytterligare.”

### ***Kammarrätten i Stockholm, mål nr 76-03 och 77-03***

I målet lät Haninge kommun det helägda bolaget, Tornberget AB, få förlängt uppdrag att sköta förvaltningen av kommunens fastigheter, utan att kommunen annonserade om någon upphandling eller infordrade några konkurrerande anbud.

Länsrätten fann att den aktuella upphandlingen omfattas av bestämmelserna i LOU. Länsrätten uttalade bl.a. följande:

”Enligt länsrätten är rättsläget sådant att kontrakt med en person som i juridiskt hänseende är skild från en upphandlande enhet ska upphandlas. Avtal med enheter som tillhör samma upphandlande enhet behöver således inte upphandlas, medan kontrakt med en från den upphandlande enheten skild juridisk person skall föregås av en upphandling (jfr. EG-domstolens dom den 18 november 1999 i mål C-107/98). Tornberget AB är ett av kommunen helägt bolag och får enligt länsrättens mening anses vara en från den upphandlande enheten skild juridisk person.” Kammarrätten gjorde ingen annan bedömning än den länsrätten gjort.

### ***Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5032-5033-2002***

I målet slöt Region Skåne avtal med de helägda bolagen Ängelholms sjukhus AB och Helsingborgs Lasarett AB om sjukvårdstjänster utan tillämpning av LOU.

Kammarrätten fann att regionen inte kan underlåta att tillämpa 6 kap. LOU vid köp av ifrågavarande tjänster. Kammarrätten anför bl.a. att det av aktiebolagslagen följer att bolagsstyrelserna har en självständig ställning i förhållande till regionen vad avser det sätt på vilket verksamheten bedrivs, samt att den omständigheten att regionen tillsätter styrelseledamöterna och därmed har möjlighet att byta ut dessa inte påverkar styrelsens principiellt självständiga ställning. Enligt kammarrätten har det inte i målen – varken genom ägardirektiv eller på annat sätt – framkommit att respektive sjukhusledning och ansvariga chefläkare har skyldighet att följa direktiv från regionledningen. Kammarrätten ansåg att det *inte är visat att regionen utövar en kontroll över sjukhusbolagen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning.*

### ***Slutsats***

Utredningens (SOU 1999:149) påstående att upphandlingsdirektiven inte ger något utrymme för undantag är märkligt med hänsyn till vad EG-domstolen anför i Teckal-målet, generaladvokatens yttrande i Arnheims-målet och kommissionens uttalanden. Dessa tre uttalanden är tydliga just på denna punkt, nämligen att det finns utrymme för att ingå avtal direkt med egna företag under vissa angivna förutsättningar. Detta synes utredningen helt ha bortsett från. Upphandlingskommittén har också i sitt slutbetänkande, som ligger i tiden efter SOU 1999:149, kommit fram till att upphandlingsdirektiven ger utrymme för undantag. Upphandlingskommittén förslög dessutom att LOU uttryckligen skulle medge ett undantag från upphandlingsskyldighet

NOU avstyrkte förslaget om undantag från upphandlingsskyldighet såsom det utformats av kommittén. NOU:s uppfattning var att kommitténs förslag inte stämmer överens med lydelsen i Teckal-domen och att begreppet uppenbara samordningsfördelar i stort sett är omöjligt att tillämpa

eftersom det är alltför vitt och saknar juridisk precision. Förklaringen till NOU:s inställning kan således ha varit att förslaget var utformat som en mer generell rätt för undantag än de förutsättningar som angivits av EG-domstolen. NOU:s uttalande om att det i Sverige sedan länge råder en princip med innebörden att upphandlingsskyldighet föreligger är svårförståeligt eftersom det avgörande är dagens rättsläge och inte vad som gällt tidigare. Dessutom kan man inte i Sverige ha en "gammal" princip som strider mot EG-domstolens avgöranden eftersom de nationella bestämmelserna ska tolkas så att de överensstämmer med EG-rätten. Det har inte heller i några förarbeten till LOU eller några domar från svenska domstolar uttalats att LOU skulle vara mer restriktiv än EG-direktiven i detta avseende.

I propositionen 2001/02:142 sägs att EG-direktiven och EG-domstolens praxis inte ger en tydlig anvisning om rättsläget. I propositionen sägs således inte att det inte finns någon anvisning överhuvudtaget, utan att det inte finns någon tydlig anvisning.

Kammarrättens i Stockholm dom, mål nr 76-03 och 77-03, har vid en jämförelse med Teckal- domen gjort den bedömningen att rättsläget är sådant att kontrakt med en person som i juridiskt hänseende är skild från en upphandlande enhet ska upphandlas. Trots jämförelsen med Teckal- domen framgår det inte av kammarrättens dom att kammarrätten har prövat om de av EG-domstolen angivna förutsättningarna för undantag från upphandlingsskyldighet föreligger.

De av EG-domstolen angivna förutsättningarna för undantag har däremot prövats av Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5032-5033-2002, där kammarrätten fann att det inte i målen är visat att regionen utövar en kontroll över sjukhusbolagen motsvarande den som de utövar över sin egen förvaltning. Kammarrättens uttalande måste rimligen förstås så att LOU tillåter att kommuner och landsting genomför köp från egna bolag om de utövar en kontroll över bolagen motsvarande den som de utövar över sin egen förvaltning.

Avslutningsvis bör följande beaktas. Bolagisering kan inte påverka den legala ramen för verksamheten, d.v.s. vad bolagen kan respektive inte kan göra. Bolagen har i likhet med förvaltningsdriven verksamhet att följa de kommunalrättsliga principerna och motsvarande regler om offentlighet och sekretess. Kommunallagen jämställer drift i bolag och drift i förvaltningsform och det finns inga tungt vägande skäl att ha ett annat synsätt i LOU. Bolagen är enligt kommunallagen och lagen (1997:614) om kommunal redovisning en del av den kommunala ekonomin. Enligt dessa lagar ses landstinget / kommunen och deras företag som en ekonomisk beslutsenhet för vilken fullmäktige har det yttersta ansvaret såväl ekonomiskt som politiskt. Bolagisering innebär således inte att verksamheten *lämnar kommunens / landstingets administrativa sfär* (jämför generaladvokatens yttrande i Arnhem-målet). Transaktioner mellan landsting / kommun och sådana bolag är kontrakt endast i formell mening eftersom bolagen i den relationen *inte kan fatta egna beslut oberoende av landstinget / kommunen*. (jämför EG domstolens domslut i Teckal – målet.) Man kan göra en jämförelse med konkurrensrätten, där konkurrenslagstiftningen normalt sett inte gäller på transaktioner inom en koncern.

