

Köp mellan kommuner och kommunägda företag – måste det upphandlas?

Av
Eva Glückman

1 Introduktion

Ända sedan den svenska lagen om offentlig upphandling (1992:1528), LOU, infördes i Sverige har frågan huruvida kommuner kan organisera sin verksamhet i bolagsform, utan att det därigenom uppstår ett upphandlingspliktigt förhållande mellan kommunen och bolaget i fråga, varit föremål för omfattande diskussioner.

I det följande innefattas i uttrycket ”kommun” även landsting och i uttrycket ”kommunägda bolag” även bolag som ägs av landsting.

En kommun kan, enligt kommunalrätten, välja att organisera sig på flera olika sätt. Den traditionella organisationen består av kommunfullmäktige som högsta beslutande organ och därunder en kommunstyrelse jämte de nämnder som fullmäktige bedömer nödvändiga för att fullgöra kommunens uppgifter.

Tidigt har dock uppkommit behov av att organisera sig på andra sätt, däribland i bolagsform, främst aktiebolag. Ytterst handlar denna fråga om kommunernas grundlagsfästa rätt till självstyrelse.¹ Kommunallagen har därför kommit att innehålla bestämmelser om förutsättningarna för att driva kommunal verksamhet i bolagsform. Utgångspunkten för dessa bestämmelser är att en kommun kan överföra ansvaret för vissa uppgifter till ett av kommunen hel- eller delägt bolag. Uppgiftsöverföringen sker således på kommunalrättslig grund och innebär att kommunen helt enkelt väljer den driftsform som bedöms vara effektivast ur ett verksamhetsperspektiv.

Den svenska lagen om offentlig upphandling medger inga undantag från reglerna om upphandling. Det har framförts förslag på att det i lagen ska införas möjlighet till undantag avseende kommunernas möjlighet att köpa från sina egna företag men ingen av dessa har lett till någon ändrad lagstiftning.² I slutbetänkandet från Upphandlingsutredningen³ har frågan tagits upp om samarbete mellan kommuner om administrativa stödfunktioner. Utredningen konstaterar att det inte finns någon möjlighet att underlåta att tillämpa bestämmelserna om upphandling vid transaktioner mellan en kommun och en av kommunerna tillsammans med annan ägd juridisk person. Detta gäller oavsett om värdet av transaktionerna uppgår till eller understiger tröskelvärdet. Frågan är emellertid om den praxis som finns från EG-domstolen likväl ger kommunen möjlighet till köp från kommunägt bolag utan upphandling

¹ SOU 2001:31 sid 92

² NOU:s uppdrag från regeringen avseende kommuners och landstings möjligheter enligt LOU och gemenskapsrätten att genomföra köp från egna företag mm. NOU 1998-03-11, dnr 165/97-29, SOU 2001:31

³ SOU 2006:28 sid 262-264

2 Kommunallagen (1991:900)

2.1 Rättsregler som styr kommunernas företagsdrift

I 8 kap 5 § regeringsformen föreskrivs att grunderna för kommunernas organisation och verksamhetsformer skall bestämmas i lag. Regleringen finns huvudsakligen i 2 kap kommunallagen. I 2 kap 7 § kommunallagen framgår kommunernas kompetens vad gäller möjligheten att driva näringsverksamhet. Där framgår att kommuner får driva näringsverksamhet om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen.

2.2 Kommunägda bolag

Enligt 3 kap 16 § kommunallagen får kommuner efter beslut i fullmäktige, lämna över vården av en kommunal angelägenhet, för vars handhavande särskild ordning inte föreskrivs, till ett aktiebolag, ett handelsbolag, en ekonomisk förening, en ideell förening, en stiftelse eller en enskild individ. Vården av en angelägenhet som innefattar myndighetsutövning får enligt 11 kap 6 § 3 st regeringsformen överlämnas endast om det finns stöd för det i lag.

3 kap 17 § kommunallagen anger de villkor som gäller för de helägda privaträttsliga organ som kommunen har bildat. Där framgår att innan en kommun lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag där kommunen innehar samtliga aktier, skall fullmäktige fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten, utse samtliga styrelseledamöter och minst en revisor samt se till att fullmäktige får yttra sig innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas. Fullmäktige ska även utse minst en lekmanarevisor som ska kunna granska verksamheten utifrån kommunala aspekter på verksamheten.⁴

Redan vid bolagsbildningen lägger kommunen fast direktiv för bolagets verksamhet. Detta görs i bolagsordningen samt i övriga beslutsunderlag. Det styrinstrument som sedan kommunen har för operativ och strategisk styrning är ägar-direktiv.⁵

3 kap 18 kommunallagen anger de villkor som gäller för av kommunen delägda privaträttsliga organ. Där anges att innan vården av en kommunal angelägenhet lämnas över till ett bolag eller en förening där kommunen bestämmer tillsammans med någon annan, skall fullmäktige se till att den juridiska personen blir bunden av de villkor som avses i 17 § i en omfattning som är rimlig med hänsyn till andelsförhållandena, verksamhetens art och omständigheterna i övrigt. I detta fall

⁴ Hilborn, Hjert m fl. Kommunallagen, kommentar och praxis sid 160-161

⁵ Meyer, Kommun och aktiebolag sid 8

är kommunens kontroll och behörighet att styra verksamheten mer eller mindre begränsad. Fullmäktige skall också verka för att allmänheten skall ha rätt att ta del av handlingar hos företaget enligt de grunder som gäller för allmänna handlingars offentlighet.

2.3 *Kompetenslig verksamhet*

Den allmänna kompetensen följer av 2 kap 1 § kommunallagen där det föreskrivs att kommuner själva får ta hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens område eller dess medlemmar och som inte skall skötas enbart av staten, en annan kommun eller någon annan. Lagrummet begränsar föremålet för den kommunala verksamheten till allmänintresset och lokaliseringsprincipen. Det finns en rad speciallagar som ger kommunen ytterligare befogenheter jämfört med den allmänna kommunala kompetensen.

I huvudsak styrs kommunernas möjligheter att engagera sig inom näringslivsområdet av den allmänna kompetensregeln i 2 kap 1 § kommunallagen. Det finns även särskilda regler om näringsverksamhet i 2 kap 7 och 8 §§ kommunallagen. Enligt 7 § får kommuner bedriva egen näringsverksamhet, om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar och tjänster åt medlemmarna i kommunen. Enligt 8 § får kommuner genomföra åtgärder för att allmänt främja näringslivet i kommunen. Det kan t ex vara fråga om att tillhandahålla mark och teknisk service till företagen.⁶ Individuellt stöd får lämnas bara om det finns synnerliga skäl för det.

Samma kommunalrättsliga begränsningsprinciper som styr den kommunala verksamheten styr också kommunernas verksamhet genom kommunägda företag. Det betyder att de lokaliserings-, likställighets- och självkostnadsprinciperna i allmänhet kommer att gälla för kommunägda företag. Detta innebär att de rättsliga förutsättningarna på avgörande punkter skiljer sig från dem som gäller för privata företag. Reglerna tillåter inte att kommunala företag är verksamma i andra kommuner eller på den öppna marknaden annat än i mycket begränsad utsträckning. Även kommunernas engagemang i delägda företag styrs av kompetensreglerna.

2.4 *Löpande tillsyn över kommunägda bolag*

I 6 kap 1 § kommunallagen föreskrivs att kommunstyrelsen ska ha uppsikt över sådan kommunal verksamhet som bedrivs i företagsform. I 6 kap 7 § kommunallagen föreskrivs att nämnderna skall var och en inom sitt område se till att verksamheten bedrivs i enlighet med de mål och riktlinjer som fullmäktige har bestämt samt de föreskrifter som gäller för verksamheten. De skall också se till att verksamheten bedrivs på ett i övrigt tillfredställande sätt. För att styrelsen ska

⁶ Hilborn, Hjert m fl. Kommunallagen, kommentar och praxis sid 116

kunna fullgöra sina skyldigheter kan företagen genom ägardirektiv åläggas att lämna styrelsen uppgifter som den kan behöva.⁷

2.5 *Samordning av revisionen*

Revisionen i kommuner omfattar också de kommunägda bolagen. Granskningen ska utföras av de lekmannarevisorer som fullmäktige utser. I aktiebolag gäller dessutom att dessa ska hämtas ur kretsen av kommunens revisorer med ersättare som valts enligt 9 kap 1 § kommunallagen.

Lekmannarevisornas granskningsrapport i bolagen ska dessutom bifogas till revisionsberättelsen i kommunen i syfte att bereda fullmäktiges information om bolagen i deras egenskap som ägare. De förtroendevalda revisorerna i kommunerna kan också yttra sig över innehållet i lekmannarevisornas granskningsrapport om de vill att fullmäktige ska uppmärksamma något särskilt.⁸

3 **Aktiebolagslagen (2005:551)**

Aktiebolagslagen är fullt ut tillämpliga på kommunägda bolag. Det gäller frågor som rör ledning, ansvar för styrelseledamöter, regler kring bolagsstämma etc.

Aktiebolagslagen reglerar inte vilka rättssubjekt som kan vara innehavare av aktier i ett aktiebolag. Lagen gör således ingen skillnad på om bolaget ägs av en kommun eller av något annat rättssubjekt.

4 **Lagen om offentlig upphandling**

Lagen om offentlig upphandling (LOU) tillkom som en följd av Sveriges anslutning till EES-avtalet. De direktiv som fanns införlivades i lagen. I den svenska lagen finns även regler för upphandling som direktiven inte behandlar.

4.1 *Kommunen och LOU*

Huvudregeln är att kommuner definitionsmässigt är upphandlande enheter. När kommunen ingår skriftliga avtal med privata företag, kommunägda företag och andra rättssubjekt och andra kommuner ska således kommunen tillämpa LOU eftersom dessa inte ingår i en och samma juridiska person.

Anskaffningar internt mellan olika enheter inom en kommun omfattas inte av LOU eller direktiven. Enheterna tillhör samma juridiska person och en enhet inom en kommun är därmed inte att betrakta som en leverantör i LOU:s eller direktivens mening.

⁷ Hilborn, Hjert m fl. Kommunallagen, kommentar och praxis sid 270

⁸ Hilborn, Hjert m fl. Kommunallagen, kommentar och praxis sid 378, 389

EG-kommissionens tjänstemän har uttalat att det skulle vara möjligt för kommuner att, utan att tillämpa direktiven, ingå kontrakt med sina helägda bolag förutsatt att företaget ifråga uteslutande levererar till ägaren. Grunden för att inte tillämpa direktiven i ett sådant fall är att man fortfarande skulle kunna betrakta den fristående juridiska personen som en del av den upphandlande enheten dvs en slags egen förvaltningsenhet, som i sin tur genomför sina upphandlingar i enlighet med direktiven.⁹

5 EG-domstolen

Frågan huruvida en kommun kan genomföra köp från sina egna bolag utan att köpet föregåtts av upphandling i enlighet med EG-direktiven om offentlig upphandling har prövats av EG-domstolen.

5.1 *Domar från EG-domstolen*

Teckal-domen¹⁰

EG-domstolen har meddelat förhandsbesked i en fråga gällande en kommuns tilldelning av ett tjänstekontrakt till en sammanslutning av kommuner i Italien i vilken kommunen i fråga var medlem. Frågan var om tilldelningen av kontraktet var av sådan karaktär att det borde underkastats upphandling i konkurrens.

AGAC var en sammanslutning av flera kommuner, bl a Vianos kommun för förvaltning av energi och miljö. Enligt stadgarna var det en juridisk person med självständig förvaltning.

Kommunstyrelsen i Viano kommun hade utan föregående upphandling anförtrott AGAC uppvärmning av vissa kommunala byggnader.

Teckal, ett privat företag inom uppvärmningsbranschen, väckte talan mot beslutet och menade att kommunen skulle ha upphandlat uppdraget.

Domstolen konstaterade att Vianos kommun var en upphandlande enhet. Vid bedömningen av om ett avtal i direktivets mening ansågs föreligga anförde domstolen att det i princip är tillräckligt att avtalet slutits mellan en upphandlande enhet och en från enheten fristående juridisk person. Domstolen anförde vidare att endast i det fallet att den upphandlande enheten samtidigt utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin

⁹ NOU:s uppdrag från regeringen avseende kommuners och landstings möjligheter enligt LOU och gemenskapsrätten att genomföra köp från egna företag mm. NOU 1998-03-11, dnr 165/97-29.

¹⁰ Mål C-29/04

verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla.

Stadt Halle-målet¹¹

Målet rörde en begäran om förhandsavgörande från en tysk domstol om tillämpningen av bl a tjänstedirektivet 92/50/EEG på förhållandet mellan en tysk kommun – Stadt Halle – och ett avfallsbolag – RPL – som till 75,1 % ägdes av ett kommunägt koncernmoderbolag och till återstående 24,9 % av ett privat bolag.

Stadt Halle hade genom beslut i stadsfullmäktige tilldelat bolaget RPL uppdraget att utarbeta ett projekt avseende förbehandling, återvinning och förstöring av avfall. Samtidigt beslutade Stadt Halle att inleda förhandlingar med RPL om ett kontrakt avseende hantering av stadens restavfall. I inget av fallen hade Stadt Halle genomfört något formellt upphandlingsförfarande.

Konkurrenten till RPL som klagade hos den nationella domstolen menade att upphandlingsreglerna inte hade följts. Stadt Halle hävdade att RPL, som indirekt till 75,1 % ägdes och kontrollerades av staden, snarast utgjorde en del av denna. Därmed var det fråga om en intern transaktion som inte omfattades av upphandlingslagstiftningen.

Frågan som ställdes till domstolen var om bolag som delvis ägs av en upphandlande enhet, delvis av ett annat privat bolag, kunde anses vara en del av den upphandlande enheten på så sätt att ett formellt upphandlingsförfarande inte var nödvändigt vid köp från detta bolag.

EG-domstolen menade att enligt domstolens rättspraxis är det inte uteslutet att det kan finnas andra omständigheter under vilka anbudsinfordran inte är obligatorisk även om avtalsparten är en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person. Så är fallet om den offentliga myndigheten, som är en upphandlande myndighet, utövar en kontroll över den fristående enheten i fråga som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet och denna enhet utför huvuddelen av sin verksamhet för den eller de upphandlande myndigheter som äger enheten. Att ett privat företag ingår som delägare, om än i minoritetsställning, i ett bolag som även till viss del ägs av den upphandlande myndigheten i fråga utesluter däremot i alla händelser att denna upphandlande myndighet kan utöva en kontroll över bolaget som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet.

Domstolen besvarade därefter tolkningsfrågan genom att konstatera att när en upphandlande myndighet avser att ingå ett avtal med ekonomiska villkor avseende

¹¹ Mål C-26/03

tjänster som omfattas av det materiella tillämpningsområdet för direktiv 92/50/EEG med ett bolag som i förhållande till myndigheten är en fristående juridisk person och ägs av myndigheten tillsammans med ett eller flera privata företag, skall de förfaranden för offentlig upphandling som föreskrivs i nämnda direktiv alltid tillämpas.

Parking Brixen-målet¹²

Målet rörde en begäran om förhandsavgörande från en italiensk domstol om tillämpningen av bl.a. tjänstedirektivet 92/50/EEG på en överföring av driften av en avgiftspliktig parkeringsplats till ett dotterföretag till den upphandlande myndigheten.

Brixens kommun tilldelade sitt kommunala bolag Stadtwerke Brixen AG (Stadtwerke) ett uppdrag att sköta driften av två avgiftsfinansierade offentliga parkeringsplatser. Tilldelningen av uppdraget hade inte föregåtts av någon annonsering.

En konkurrent till Stadtwerke var intresserad av uppdraget och förde talan vid domstolen.

Den första tolkningsfrågan rörde frågan om tilldelningen av kontraktet utgjorde ett offentligt tjänsteavtal eller en tjänstekoncession. Domstolen konstaterade att det var fråga om tjänstekoncession.

Den andra frågan rörde frågan om tilldelning av en koncession avseende allmännyttiga tjänster utan anbudsinfodran var förenlig med gemenskapsrätten. Domstolen inledde med att slå fast att alla upphandlande myndigheter är skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet vid tilldelning av tjänstekoncessioner, trots att sådana avtal om koncessioner avseende allmännyttiga tjänster inte omfattas av tillämpningsområdet för direktivet.

EG-domstolen konstaterade att under förutsättning att myndigheten utövar en kontroll över den fristående juridiska enheten, motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, samtidigt som enheten bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den skulle bestämmelserna och principerna i fördraget inte behöva tillämpas.

Domstolen kom i sin bedömning fram till att Brixens kommun inte uppfyllde kontrollkravet över Stadtwerke. EG-domstolen tog fasta på följande omständigheter:

¹² Mål C-458/03

- Stadtwerke var ett aktiebolag,
- föremålet för Stadtwerkes verksamhet hade utvidgats till att omfatta nya viktiga områden,
- det inom kort skulle bli möjligt för utomstående att köpa aktie i Stadtwerke samt
- väsentliga befogenheter tilldelats styrelsen i Stadtwerke utan att Brixens kommun i princip utövade någon förvaltningskontroll över Stadwerke.

Efter en helhetsbedömning av alla omständigheter menade domstolen att det talade emot att kontrollkravet skulle anses vara uppfyllt. Mot bakgrund av detta gjorde inte domstolen någon bedömning av det andra kriteriet, dvs om Stadtwerke bedrev huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med sina ägare.

Kommissionen mot Österrike¹³

Målet rörde frågan om det var tillåtet för en kommun att teckna kontrakt med ett kommunalt bolag, som kort efter kontraktstilldelningen delvis sålts till ett privat bolag. EG-kommissionen menade att Österrike inte uppfyllt sina skyldigheter enligt tjänstedirektivet (92/50/EEG).

Mödlings kommun hade beslutat om att bilda en fristående juridisk person i form av ett bolag för att utföra kommunens uppgifter på avfallshanteringsområdet. Ca fyra månader senare fick bolaget exklusivt och icke tidsbegränsat uppdraget att forsla bort avfall inom kommunen. Månaden efter beslöt kommunen att överlåta 49 % av aktierna i bolaget till ett privat bolag.

Domstolen konstaterade att enligt rättspraxis krävs ingen anbudsinfordran från fristående juridisk person om den upphandlande myndigheten utövar kontroll över den fristående enheten i fråga som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet och den enheten utför huvuddelen av sin verksamhet för den eller de upphandlande myndigheter som äger enheten.

Domstolen kom fram till att upphandling skulle ha skett då det offentliga tjänstekontraktet hade tilldelats ett halvoffentligt företag som ägs till 49 % av ett privat företag. Tilldelningen hade skett genom en artificiell konstruktion bestående av flera separata moment, nämligen bildandet av bolaget, ingåendet av kontraktet med bolaget samt överlåtelsen av 49 % av aktierna i bolaget till det privata bolaget. Om det skulle vara tillåtet att tillgripa kringgående åtgärder för att dölja att offentliga kontrakt tilldelas halvoffentliga bolag skulle detta äventyra förverkligandet av tjänstedirektivets syfte, nämligen fri rörlighet för tjänster och icke snedvriden konkurrens i alla medlemsländerna.

¹³ Mål C-29/04

5.2 *Sammanfattning av EG-domstolens avgöranden*

Huvudregeln är att en upphandlande enhets köp från ett annat offentligt organ ska föregås av en offentlig upphandling.

I Teckal-domen slog domstolen emellertid fast två avgörande kriterier för att det kan finnas undantag från bestämmelserna om upphandling. Dels var det fråga om det s k kontrollkriteriet är uppfyllt, dvs den upphandlande enheten ska utöva en kontroll över den fristående enhet som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet och dels att bolaget i fråga bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de upphandlande enheter som äger aktierna eller andelarna i bolaget

De övriga domarna innebar att det undantag som föreskrivits redan i Teckal-målet, fastslogs. Det avgörande för om undantaget är tillämpligt är om de upphandlande enheterna utövar motsvarande kontroll över bolaget som över sin egen organisation och att huvuddelen av bolagets verksamhet bedrivs tillsammans med de upphandlande enheterna. Domstolen har dock satt en gräns för undantagets tillämplighet då undantaget endast kan aktualiseras när samtliga aktier eller andelar i bolaget ägs av en eller flera upphandlande enheter.

Omvänt innebär det sagda att en upphandlande enhet inte kan anses utöva kontroll över ett företag som motsvarar den som enheten utövar över sin egen verksamhet i de fall då företaget har privata ägare, om än i minoritetsställning.

6 **Kommunens kontroll över helägda bolag**

Frågan är om en kommun kan utöva kontroll över sina helägda bolag som över sin egen verksamhet i förvaltningsform.

Detta kan vara fallet om¹⁴

- kommunen tillskjutit bolagets kapital,
- kommunfullmäktige, enligt kommunallagen, utser samtliga styrelseledamöter,
- kommunfullmäktige fastställer bolagsordningen och därigenom det kommunala ändamålet med bolagets verksamhet,
- bolagsordningen inte får ändras utan godkännande av kommunfullmäktige
- kommunfullmäktige skall ta ställning till frågor av principiell beskaffenhet eller som annars är av större vikt innan bolaget fattar beslut i frågan,
- kommunen kan utöva kontroll över bolaget genom sin lagstadgade insynsrett i bolagets verksamhet och sålunda regelmässigt avkräver bolagen fortlöpande och regelbunden ekonomisk och annan rapportering,

¹⁴ Kammarrätten i Göteborg. Mål nr 1236-1239-05 sid 7-8, mål nr 1241-1244-05 sid 7-8

- kommunfullmäktige antagit ägardokument som i stort reglerar kommunens ägarstyrning av bolaget,
- kommunen också utövar förvaltningsrevision genom de lagreglerade lekmanarevisorerna,
- att verksamheten i bolaget är underkastad kommunalagens regler om kommunal verksamhet såsom den kommunala kompetensen samt att
- kommunen genom sitt ägande av samtliga aktier eller andelar i bolaget således utövar det rättsligt bestämmande inflytandet över bolagets verksamhet och utser samtliga deltagare i bolagsstämma och därigenom förfogar över samtliga röster i de frågor som enligt aktiebolagsrättsliga bestämmelser ankommer på stämman att besluta om, däribland fråga om ansvarsfrihet för ledamöter i bolagets styrelse och disposition över bolagets vinst eller förlust.

Kommunägda bolag har även att följa aktiebolagslagens bestämmelser. Detta innebär att ett aktiebolag är självständig i förhållande till sin ägare. Aktiebolag är en egen juridisk person. Bolaget kan förvärva rättigheter och pådra sig förpliktelser. Ägarna av ett aktiebolag har inte något ansvar för bolagets förpliktelser. Detta talar emot att kontroll kriteriet skulle kunna tillämpas på svenska kommunägda bolag.

7 Slutsats

Frågan är om en kommun kan handla direkt från ett kommunägt bolag utan att upphandlingsreglerna blir tillämpliga. Enligt LOU är det inte möjligt att köpa direkt mellan en kommun och ett kommunägt bolag. Det har heller inte föreslagits av Upphandlingsutredningens förslag till ny lag om offentlig upphandling. EG-direktiven tar heller inte upp frågan utan för att hitta stöd för saken är det EG-domstolens avgörande som är av intresse.

De avgörande som har kommit från EG-domstolen kan sammanfattningsvis tolkas så att det är möjligt med köp direkt mellan kommun och kommunägt bolag under vissa förutsättningar. Två kriterier måste vara uppfyllda. Dels är det kontrollkriteriet och dels att bolaget bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den upphandlande enheten som äger aktierna i bolaget. Om det däremot finns privata aktörer med är frågan inte tvistig. Där har EG-domstolen klarlagt att upphandlingsbestämmelserna ska tillämpas.

Frågan är då om svenska kommuner kan åberopa dessa kriterier och ha framgång i en tvist i svensk domstol. De svenska domstolarna ska som bekant tolka den svenska rätten i ljuset av EG-rätten och den omfattar även praxis från domstolen.

De instrument som nämns ovan används för att kunna styra över kommunägda bolag. Man kan göra jämförelsen med kommunens kontroll över en kommunal

nämndorganisation, dvs att en kommuns kontroll över sina bolag motsvarar den kontroll kommunen har över den verksamhet som bedrivs i förvaltningsform.

Bolagen ska även följa aktiebolagslagens bestämmelser och enligt den är alla aktiebolag självständiga juridiska personer. Det förefaller som om det skulle kunna vara två intressen som står mot varandra.

En bedömning av kontroll kriteriet torde nog få ske utifrån hur det ser ut i realiteten. Om bolaget har endast en ägare är det ändå den ägaren som styr bolaget. Ett bolag som bara har en ägare behöver t ex inte hålla en formell bolagsstämma. Med hänsyn till de olika instrument kommunen har för att kunna styra bolaget talar det för att kontroll kriteriet måste anses vara uppfyllt.

Vad gäller det andra kriteriet bör det sannolikt också vara uppfyllt om verksamheten i bolaget som ägs till 100 % av kommunen till största delen går ut på att utföra en uppgift åt kommunen. Det kan t ex röra sig om ett bolag som har bildats för att utföra städningen åt kommunen. Den kommunala kompetensen sätter också stopp för verksamhet utanför kommungränsen vilket talar för att även det andra kriteriet kan vara uppfyllt.

Slutligen kan konstateras att något svenskt fall i EG-domstolen angående denna fråga har ännu inte prövats och de svenska domstolarna har inte varit villiga att lyfta frågan vidare. Så länge det inte finns något svenskt fall är frågan därför fortfarande något oklar.