

**Juridiska aspekter på frågor om  
möjliga samverkanslösningar  
mellan kommunerna i Göteborgsregionen  
när det gäller boende för  
ensamkommande barn och unga**

Erik Lindskog, Göteborgs Stad och Karin Adamsson, Lerums kommun  
2016-08-08



## **Bakgrund och uppdrag**

GR har gett oss ett uppdrag att utreda ett antal frågeställningar kring boende för ensamkommande barn och unga. Nedan redogörs för de svar vi kommit fram till.

### **1. Kan kommunerna driva gemensamma boenden med placering i en av kommunerna?**

Ja, detta är inte ett problem ur juridisk synvinkel. Kommunerna kan dock inte lämna över myndighetsutövning till annan utan stöd i lag. Lokaliseringsprincipen kräver att kommunens insatser ska ha anknytning till kommunens geografiska område eller anknytning till kommunmedlemmarna för att det ska vara kompetensligt. I föreliggande fall är kommunerna skyldiga att tillhandahålla bostäder åt ensamkommande barn och unga. Bostäderna måste inte vara belägna i den egna kommunen.

### **2. Vilka alternativa driftsformer finns och vilka är för- respektive nackdelarna med de olika driftsformerna?**

Det är möjligt att bedriva verksamheten inom ramen för ett gemensamt bolag, ett kommunalförbund, en gemensam nämnd eller genom ett samarbetsavtal. Nedan beskrivs respektive driftsform var för sig.

#### **Gemensamt bolag**

##### Samordning genom gemensamt bolag

De grundläggande förutsättningarna för kommunal företagsbildning framgår av 3 kap 16 och 18 §§ kommunallagen. En kommun får överlämna en kommunal angelägenhet, för vars handhavande inte särskild ordning föreskrivs, till ett hel- eller delägt bolag. Beslut att överlämna uppgiften fattas av fullmäktige.

Av 2 kap 10 § LOU följer att inköp från ett delägt kommunalt aktiebolag som huvudregel är upphandlingspliktigt. Endast om bolaget uppfyller rekvisiten i bestämmelsen avseende verksamhet och kontroll kan upphandling underlåtas, de s.k. Teckalkriterierna. Kriterierna innebär att den upphandlande myndigheten ska utöva en kontroll som motsvarar den kontroll som myndigheten har över den egna förvaltningen och att verksamheten i det kontrollerade bolaget ska bedrivas tillsammans med den

upphandlande myndigheten. Bestämmelsen utvecklas i det nya upphandlingsdirektivet 2014/24/EU (Direktivet). Direktivet är ännu inte implementerat i svensk rätt, men de svenska bestämmelserna ska tolkas i ljuset av Direktivet, s.k. direktivkonform tolkning.

Av artikel 12 i Direktivet framgår att kontrollen kan utövas gemensamt med andra om vissa närmare angivna förutsättningar är för handen.

*a) Den upphandlande myndigheten utövar tillsammans med andra upphandlande myndigheter kontroll över den berörda juridiska personen motsvarande den som de utövar över sina egna förvaltningar.*

*b) Den juridiska personen utför mer än 80 % av sin verksamhet för de kontrollerande upphandlande myndigheternas räkning eller för andra juridiska personer som samma upphandlande myndigheter utövar kontroll över.*

*Beträffande kontrollen i punkten a sägs vidare i*

- i) Den kontrollerade juridiska personens beslutsorgan består av representanter från samtliga deltagande upphandlande myndigheter. Enskilda representanter får företräda flera eller samtliga av de deltagande upphandlande myndigheterna.*
- ii) Dessa upphandlande myndigheter har tillsammans ett avgörande inflytande såväl över den kontrollerade juridiska personens strategiska mål som över dess viktiga beslut.*
- iii) Den kontrollerade juridiska personen har inget eget intresse som strider mot de kontrollerande upphandlande myndigheternas intressen.*

### Gryning Vård

Gryning Vård är ett kommunalt bolag som erbjuder bl.a. jour- och familjehem, beroendevård och LSS-boende. Även boende för ensamkommande barn och unga erbjuds till ägarna. Bolagets ägare består av de fyra kommunalförbunden, Göteborgsregionens kommunalförbund, Boråsregionens kommunalförbund, Skaraborgs kommunalförbund och Fyrbodals kommunalförbund.

Vid konsultationer med ansvariga på Gryning vård har framkommit att bolaget kan åta sig att erbjuda ägarkommunerna boende för ensamkommande barn och unga i en större omfattning än vad som sker idag. Bolaget betraktar sig som en internleverantör till ägarkommunerna och anser sig uppfylla kriterierna härför.

En omständighet som måste beaktas är att bland Gryning Vårds ägare återfinns även andra kommunalförbund än Göteborgsregionens. Om kommunerna utanför GR inte direkttilldelar uppdragen utan upphandlar kan det medföra att ägarna måste ta ställning till frågor rörande särredovisning, sekretess m.m. Upphandlingsrättsligt bör en sådan åtskillnad mellan ägarna inte innebära problem.

Det är upphandlande myndighet som står risken för att ett undantag i LOU tillämpas felaktigt, exempelvis när upphandlande myndighet direkttilldelar ett kontrakt till ett dotterbolag. Vi har inte inom ramen för denna promemoria utrett huruvida Gryning vård uppfyller kriterierna för verksamhet och kontroll. Rekommendationen är således att denna fråga, liksom andra frågor som aktualiseras, utreds vidare för det fall att kommunerna vill direkttilldela kontrakten till Gryning Vård.

#### Sammanfattning gemensamt bolag

Det kan sammanfattningsvis konstateras att det är juridiskt möjligt att låta ett gemensamt kommunalt bolag tillhandahålla boende åt ensamkommande barn och unga. Gryning Vård används redan idag och ska enligt uppgift kunna utöka sitt engagemang i boende åt ensamkommande barn och unga. Detta är dock något som behöver utredas vidare för det fall att kommunerna vill ge uppdrag till Gryning Vård.

#### **Avtalssamverkan**

Samverkan mellan kommuner kan även ske på avtalsmässig grund. Det finns inga särskilda regler i kommunallagen som behandlar avtalssamverkan mellan kommuner och kompetensenligheten får därmed bedömas mot bakgrund av de allmänna kompetensreglerna, bl.a. förbudet mot spekulativ verksamhet och lokaliseringsprincipen. Avtalssamverkan som möjliggör för en kommun att i eget namn vidta åtgärder som i första hand riktar sig mot andra kommuners medlemmar har ansetts inte tillåtna eftersom de strider mot lokaliseringsprincipen<sup>1</sup>. Samtidigt har i praxis godtagits att kommuner engagerar sig i anläggningar som i huvudsak används av andra än de egna kommunmedlemmarna förutsatt att dessa behövs för de egna kommunmedlemmarna<sup>2</sup>. Det bör vara möjligt att utforma avtalet så att lokaliseringsprincipen beaktas.

---

<sup>1</sup> SOU 2012:30 sid 301

<sup>2</sup> Se ex RÅ 1977 ref 77

Upphandlingsrättsligt blir en avtalssamverkan att bedöma enligt direktivets artikel 12 punkt 4. Punkten stadgar följande:

*Ett kontrakt som ingåtts uteslutande mellan två eller flera upphandlande myndigheter ska inte omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv, om samtliga följande villkor är uppfyllda:*

*a) Kontraktet inrättar eller genomför ett samarbete mellan de deltagande upphandlande myndigheterna för att säkerställa att de offentliga tjänster som de ska utföra tillhandahålls med målet att uppnå myndigheternas gemensamma mål.*

*b) Genomförandet av samarbetet styrs endast av överväganden som sammanhänger med allmänintresset.*

*c) De deltagande upphandlande myndigheterna utövar verksamhet på den öppna marknaden i en omfattning som understiger 20 % av de verksamheter som berörs av samarbetet.*

Boende för ensamkommande barn och unga är en offentlig tjänst som det åvilar samtliga GR kommuner att sörja för. Det bör därför vara möjligt att genom avtal samverka om tjänsten under förutsättning att övriga villkor, bl.a. verksamhet mot marknaden uppfylls.

#### Sammanfattning avtalssamverkan

Under förutsättning att avtalet utformas så att lokaliseringsprincipen inte åsidosätts och att upphandlingsdirektivets bestämmelser kring samverkan beaktas, bör en samverkan genom avtal vara möjlig. Det bör dock beaktas att den politiska styrningen av verksamheten kan bli svagare om det inte finns en formell styrelse eller liknande.

#### **Kommunalförbund**

I enlighet med 3 kap 20 § kommunallagen får kommuner bilda kommunalförbund och lämna över vården av kommunala angelägenheter till förbundet. Ett kommunalförbund ger full insyn, kontroll och beslutsfunktion och ger en möjlighet att långsiktigt driva och utveckla verksamheten.

Organisatoriskt är ett kommunalförbund uppbyggd på i princip samma sätt som en kommun. Ett kommunalförbund är bildat när förbundsordningen har antagits av förbundsmedlemmarna eller vid den senare tidpunkt som anges i förbundsordningen. För ett kommunalförbund ska det finnas en förbundsordning med närmare bestämmelser om förbundet.

Förbundsordningen ska fastställas av förbundsmedlemmarnas fullmäktige. Kommunalförbundet övertar uppgifterna från sina medlemmar och blir huvudman för verksamheten och en egen juridisk person. Om samverkan ska ske i ny juridisk person är kommunalförbund, tillsammans med gemensamt bolag som berörs ovan, den enda möjliga formen och den uppgift som kommunen överlämnar till ett kommunalförbund måste falla inom kommunens kompetens. Uppgifter som läggs i ett kommunalförbund behöver inte vara gemensamma för alla medlemmar, det är tillräckligt att uppgiften är kompetenslig för den avlämnande kommunen. Av förarbeten följer att denna ordning endast är tänkt att användas i undantagsfall eftersom kommuner då är med och beslutar om sådant som de själva inte lagt över på kommunalförbundet. Denna situation kan uppkomma vid drift av HVB i samverkan eftersom det uttryckts ett behov av att de kommuner som ligger geografiskt nära varandra ska driva boende tillsammans.

Vidare kan skillnader mellan kommunerna gällande antalet barn med behov av boende föranleda att en kommun vid en viss tid inte har behov av att placera barn på boende som drivs i samverkan. Praktiska och formella problem bör dock kunna lösas i förbundsordningen, exempelvis för att åstadkomma en rättvis kostnadsfördelning.

När kommunalförbundet bildats har det självbestämmanderätt inom ramen för förbundsordningen och blir huvudman för verksamheten med egen budget och räkenskaper. Kommunalförbundet övertar uppgifterna och anses ha exklusiv kompetens att sköta dessa, vilket innebär att medlemmarna inte längre har befogenhet att verka inom de uppgifter som överlämnats till kommunalförbundet. Det är således viktigt hur uppgiften som lämnas över till kommunalförbundet formuleras om de samverkade kommunerna inte vill lämna över all drift av HVB för ensamkommande barn och unga till kommunalförbundet.

#### Göteborgsregionens kommunalförbund eller nytt förbund

För det fallet att kommunalförbund är en önskvärd samverkansform kan HVB drivas av GR alternativt kan ett, eller flera, nya kommunalförbund bildas. Av GR:s förbundsordning följer inte att GR ska driva boende för ensamkommande barn och unga och för att GR ska kunna driva HVB för ensamkommande barn och unga krävs således en ändring i förbundsordningen. Det är möjligt att överlämna endast en avgränsad del av

en verksamhet till ett kommunalförbund och det är därmed möjligt att avgränsa i förbundsordningen att kommunalförbundet exempelvis endast ska bedriva HVB för ensamkommande barn och unga med särskilda behov.

Det har uttryckts ett behov av att samverka och driva boende gemensamt främst med de kommuner som ligger geografiskt nära eftersom det underlättar för barnen i kontakt med socialtjänsten och skolgång i anvisningskommun. Äldre barn/unga och de som varit i Sverige en längre tid kan resa längre sträckor mellan exempelvis skola och boende. Med hänsyn till behovet att främst samverka med kommuner som ligger nära geografiskt kan flera kommunalförbund bildas. Följden av att bilda flera kommunalförbund är att flera organisationer ska byggas upp som en egen juridisk person med budget och räkenskaper, med de formella och administrativa processer som följer av upprättandet.

### **Gemensam nämnd**

I enlighet med 3 kap 3a § kommunallagen får kommuner och landsting genom en gemensam nämnd fullgöra kommunens eller landstingets uppgifter enligt särskilda författningar och för verksamheten i övrigt. Den gemensamma nämnden ska behandlas som vilken kommunal nämnd som helst och kommunallagens regler ska tillämpas så långt det är möjligt. En gemensam nämnd tillsätts i en av de samverkande kommunerna och ingår således bara i en av de samverkande kommunerna, den så kallade värdkommunen. Någon ny juridisk person bildas inte. Varje kommun är fortfarande att se som huvudman för de frågor som ligger på den gemensamma nämnden och samverkande parter behåller ett reellt politiskt inflytande över den verksamhet som nämnden bedriver eftersom alla samverkande parter ska vara representerade. Till grund för överenskommelsen ska det finnas en överenskommelse och ett nämndreglemente.

Den uppgift som överlämnas till den gemensamma nämnden måste vara en för de samverkande kommunerna gemensam uppgift. Det ska vara en kommunal angelägenhet för var och en av de samverkande parterna, vilket driften av boende för ensamkommande barn och unga är för samtliga kommuner. Det finns inget juridiskt hinder mot att obligatoriska uppgifter som innefattar myndighetsutövning flyttas över till den gemensamma nämnden. Det medför att en kommunal nämnd som tillhör en kommun skulle

kunna besluta för en annan kommuns räkning i fråga om myndighetsutövning, vilket kan medföra problem i praktiken eftersom de samverkande kommunerna kan ha olika förutsättningar.

En gemensam nämnd kan vara svårt att organisera när många kommuner ska samverka och ett alternativ är således att skapa flera gemensamma nämnder där de kommuner som ligger geografiskt nära varandra ingår. Den gemensamma nämndens ekonomi finns i värdkommunen varför ekonomiskt riskabla verksamheter sällan organiseras i gemensam nämnd.

En begränsning är att en gemensam nämnd inte kan ges uppgifter som faller inom ramen för respektive kommunfullmäktiges exklusiva beslutanderätt enligt kommunallagen 3 kap 9 §. Den gängse gränsdragningen mellan fullmäktige och nämnd gäller således även för en gemensam nämnd. De mest grundläggande principiella frågorna ska därmed beslutas i fullmäktige. Ibland är det endast ett av de samverkande kommunernas fullmäktige i andra fall är det flera eller kanske samtliga samverkande parter fullmäktige församlingar som ska besluta i principiella frågor. Detta beror på vad frågan handlar om och vem/vilka den berör. Detta kan föranleda viss problematik på grund av att varje samverkande kommun behåller huvudmannskapet för sin verksamhet och ett visst område är förbehållet fullmäktiges exklusiva beslutanderätt.

En viktig fråga är kostnadsfördelningen mellan de samverkande parterna. Var och en av de samverkande kommunerna ska lämna årligt bidrag för att täcka kostnaderna för den gemensamma nämndens verksamhet. Hur nettokostnader ska fördelas mellan parterna kan parterna själva avgöra, parterna kommer överens om en så kallad kostnadsfördelningsnyckel.

#### Sammanfattning gemensam nämnd och kommunalförbund

Gemensam nämnd och kommunalförbund är samverkansformer där parterna har full insyn, kontroll och beslutsfunktion och ger en möjlighet att långsiktigt driva och utveckla verksamheten. Om avtal används som samverkansform är det inte möjligt att skapa särskilda gemensamma förvaltningsorgan. Den kommun som är huvudman för verksamheten är den som fattar beslut och den köpande kommunens inflytande begränsas till avtalet.

Den stora skillnaden mellan gemensam nämnd och kommunalförbund är att



kommunalförbundet är en egen juridisk person medan en gemensam nämnd inrättas hos en av de samverkande parterna, en så kallad värdkommun, men respektive part behåller ansvaret för uppgiften.

Lagen om offentlig upphandling är tillämplig på kommunalförbund och gemensam nämnd och om avsikten är att upphandla drift av HVB-boende är det således enklare att göra en gemensam upphandling genom exempelvis upphandlingsbolaget, SKL Kommentus eller genom andra konstellationer. Kommunalförbund och gemensam nämnd har således utretts med ansatsen att kommuner i samverkan ska driva boende i egen regi.

### **3. Vilka möjligheter respektive hinder ger redan existerande former för upphandling av ramavtal genom upphandlingsbolaget och Kommentus Inköpscentral (SKL)?**

Det finns inget juridiskt hinder att upphandla gemensamt genom exempelvis Göteborgs Stads upphandlingsbolag, SKL Kommentus eller andra konstellationer. För de nu gällande ramavtal som upphandlingsbolaget tecknat är endast Göteborgs Stad avropsberättigad avtalspart, övriga kommuner inom GR kan således inte avropa från dessa ramavtal.

Vid konsultationer med upphandlingsbolaget har framkommit att de sannolikt skulle kunna åta sig uppdraget att bistå även övriga kommuner inom GR med upphandlingsstöd.

Kommentus planerar att under 2016 att genomföra en upphandling som ombud för de kommuner som anmäler intresse för detta.

### **4. Kan kommunerna upphandla gemensamt utanför befintliga ramavtal?**

Ja, som utgångspunkt innebär inte ramavtalen att den upphandlande myndigheten är skyldig att beställa från avtalen. Det kan dock avtalas om garanterade volymer eller skyldighet att tillgodose behovet genom ramavtalet. Varje kommun måste därför kontrollera avtalsvillkoren i de egna avtalen innan kommunen medverkar i gemensam upphandling.

## **5. Vilka möjligheter finns att uttrycka ett gemensamt förhållningssätt till prissättning från leverantörer?**

Som utgångspunkt är kommunerna inte företag i konkurrenslagens mening, eftersom de inte deltar på utbudssidan på en marknad. Detta medför att de i princip inte träffas av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal. Det kan dock finnas vissa situationer då konkurrenslagen kan aktualiseras för kommuner. Ett exempel är om andra aktörer ingår, t.ex. kommunala bolag såsom exempelvis Gryning Vård, i det gemensamma förhållningssättet, kan upphandlande myndighet träffas av konkurrenslagen. Ett samarbete är förbjudet om det syftar till, eller får till resultat, att konkurrensen påverkas på ett märkbart sätt. Ett prissamarbete mellan kommuner i nu aktuell fråga missgynnar inte konsumenter och syftet är heller inte att påverka konkurrensen på ett märkbart sätt, men prissamarbetet kan bidra till effekter på marknaden och konkurrenssituationen mellan leverantörer kan påverkas.

Beträffande upphandling kan den upphandlande myndigheten sätta ett fast pris och låta leverantörerna konkurrera med kvalitet istället. En sådan lösning är oproblematiske om GR kommunerna upphandlar gemensamt. Större försiktighet måste iaktas om man väljer att upphandla var för sig. I sammanhanget kan bl.a. konkurrensprincipen i det nya EU direktivet (2014/24) framhållas. Av den följer att en upphandling inte får utformas i syfte att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Innan man går vidare med en prissamverkan utan gemensam upphandling bör frågan utredas närmare, bl.a. utifrån marknadssituation och juridik.