

PM 2 2012-10-11 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom åsidosättande av lagen om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning).

Linköpings kommun har tecknat avtal om successiva leveranser av elektrisk energi utan föregående infordran av konkurrerande anbud med ett bolag som kommunen indirekt äger andelar i.

Linköpings kommun tillämpar ett, som det förefaller, formlöst avtalsförhållande med Bixia AB (nedan Bixia), innefattande successiva leveranser av elektrisk energi. Avtalsförhållandet har kommit till utan ett föregående annonserat offentligt upphandlingsförfarande, genom infordran av konkurrerande anbud på den allmänna marknaden.¹

Bixia AB² ägdes i maj 2012 av tio delägare³. Av dessa utgjorde Linköpings kommun största delägare genom det indirekt helägda Tekniska Verken i Linköping AB⁴. Tekniska Verken AB innehade den 3 maj 2012 en ägarandel om 54,05 procent av Bixias aktier. Näst störste ägare är Växjö kommun genom Växjö Energi AB med 14,69 procent av bolagets aktier. I återstående delar ägs Bixia av andra kommuner⁵ samt ekonomiska föreningar med huvudsakligen privata andelsägare.⁶ De privata ägarintressena motsvarar c:a 10 procent av Bixias aktier.

Enligt senast gällande årsredovisning (2011) för Bixia omsatte bolaget 4,5 miljarder kronor⁷, varav den övervägande delen hänförs till försäljning till andra än bolagets ägare.

Under perioden den 1 januari 2011 till och med 5 september 2012 har Linköpings kommun utbetalat totalt c:a 1,25 miljoner kronor till Bixia AB.⁸ Det aktuella avtalsförhållandets s.k. kontraktsvärde kan med ledning av ovan redovisade belopp uppskattas till (i genomsnitt) c:a 60.000 kronor per månad, eller totalt c:a 2,87 miljoner kronor⁹ under den fyraårsperiod som framgår av bestämmelserna om tröskelvärdesberäkning vid offentlig upphandling.¹⁰

¹ Linköpings kommun anlitar Upphandlingscenter vid Kommunalförbundet Fjärde storstadsregionen för sina ramavtalsupphandlingar. Enligt e-mail av den 26 september 2012 uppger kommunalförbundet till Konkurrenskommissionen att Upphandlingscenter inte har något avtal med Bixia. Såvitt kunnat utredas finns det heller inte någon upphandlat avtal mellan Bixia och Linköpings kommun förvarat hos någon myndighet inom kommunen.

² Bixia AB, med organisationsnummer 556544-2638, bildades den 12 juni 1997 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 2 juli samma år; Nuvarande firma registrerades 24 juni 2009. Tidigare firma har varit AB Grundstenen 73422 och Östkraft AB. Nu gällande bolagsordning registrerades den 15 februari 2012. Bolaget har enligt gällande bolagsordning till föremål för sin verksamhet att ”att i enlighet med gällande lagar om handel med el anskaffa och sälja elenergi, innefattande även nuvarande och framtida tillhörande marknadsinstrument, bedriva produktion inom förnyelsebar energi, främst i form av vindkraftsproduktion, anskaffa och sälja nuvarande och framtida telekommunikationstjänster, utföra servicejänster och tillhandahålla tilläggsprodukter i samband därmed samt bedriva förenlig verksamhet.”

³ Enligt uppgift från årsstämmaprotokoll för Bixia AB per den 3 maj 2012.

⁴ Tekniska Verken i Linköping AB, med organisationsnummer 556004-9727, bildades den 18 oktober 1902 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 26 januari 1903; Nuvarande firma registrerades 4 oktober 2009. Tidigare firmor har varit AB Linköpings Stads Tekniska Verk, AB Linköpings Elverk samt Linköpings elektriska kraft och belysnings AB. Nu gällande bolagsordning godkändes av kommunfullmäktige i Linköping den 28 februari 2007 och registrerades den 9 maj 2011. Bolaget ägs indirekt av Linköpings kommun genom det kommunala holdingbolaget Linköpings Stadshus AB (org.nr. 556706-9793).

⁵ Mjölby och Motala kommun genom Mjölby Svartådalen Energi AB äger 6,61 %, Nässjö kommun genom Nässjö Affärsverk AB äger 4,39 %, Sandvikens kommun genom Sandviken Energi AB äger 3,80 %, Oxelösunds kommun genom Oxelö Energi AB äger 2,20 %, Borgholms kommun genom Borgholm Energi AB äger 1,82 % samt Alvesta kommun genom Alvesta Energi AB äger 1,15 %.

⁶ Bjäre Kraft Ekonomisk förening äger 5,64 % och Södra Hallands Kraft Ekonomisk förening äger 5,64 % av aktierna i Bixia. Bjäre Kraft ägs av Laholms kommun till en andel av ca 15 %. Båstads kommun ingår såsom medlem utan särskild ägarandel i den ekonomiska föreningen. Resterande andelar av föreningen ägs av privata intressen. Södra Hallands Kraft ägs med en andel av ca 10 % av Båstads kommun. I föreningen ingår även Ängelholms kommun såsom medlem utan särskild ägarandel. Resterande andelar i föreningen ägs av privata intressen.

⁷ Den redovisade nettoomsättningen uppgick till 4.505.631.000 kronor per den 31 december 2011.

⁸ Enligt kommunens leverantörsreskontra uppgår totalt utbetalat belopp från Linköpings kommun till Bixia under perioden den 1 januari 2011 till och med den 5 september 2012 (totalt 21 månader) till 1.255.712 kronor. Av detta belopp hänförs sig 468.099,55 kronor till 2011 och 787.612,45 kronor till 2012.

⁹ Beräkningen har genomförts enligt följande 1.255.712 kronor / 21 månader = 59,796 kronor per månad x 48 = 2.870.298 kronor.

¹⁰ Enligt 3 kap. 3 § LOU ska värdet av det kontrakt som ska upphandlas uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Om ett offentligt tjänstekontrakt upphandlas för att löpa tills vidare och något totalpris inte anges ska enligt 3 kap. 12 § LOU kontraktet uppskattas som ett 48-månaderskontrakt.

Gällande rätt

Offentlig upphandling som har påbörjas efter den 31 december 2007¹¹ regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Bestämmelserna innefattar bl.a. en implementering av Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).¹²

Elektricitet (CPV 09310000-5)¹³ utgör en vara, som ska upphandlas med iakttagande av bestämmelserna för varuupphandling.¹⁴

Varor till ett sammanlagt kontraktvärde som överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde (f.n. 1.897.540 kronor)¹⁵ ska upphandlas med iakttagande av de direktivstyrda bestämmelserna som finns införda i 1-14 kap. LOU. För det fall att kontraktsvärdet understiger tröskelvärdet får upphandling emellertid genomföras enligt de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU.

Regelverket i LOU är, såvitt något undantag inte anger motsatsen, tillämpliga på ”kontrakt med ekonomiska villkor” av bland annat tjänster, som ingås mellan s.k. *upphandlande myndigheter* och från dessa fristående fysiska eller juridiska personer. Med *upphandlande myndighet* avses i LOU bl.a. kommunala myndigheter.¹⁶ Företag, eller grupper av företag, som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”*leverantörer*” vilka ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).¹⁷ Tillsyn över den offentliga upphandlingen utövas av Konkurrensverket.¹⁸

¹¹ Se övergångsbestämmelserna i lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

¹² För närvarande regleras offentlig upphandling av bl.a. varor genom Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet) vilket trädde i kraft med för medlemsstaterna bindande s.k. direkt effekt per den 1 februari 2006. I Sverige har direktivet numera införlivats genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Motsvarande äldre gemenskapsrättslig reglering, vilken har legat till grund för den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, återfanns i bl.a. Europeiska rådets direktiv 93/36/EG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor (tjänsteupphandlingsdirektivet).

¹³ CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

¹⁴ Se bl.a. EU-domstolens dom av den 4 december 2003 i mål C-448/01, *EVN och Wienstrom*, REG 2003, s. I- 14527, gällande en kommunal upphandling av elektricitet. Genom upphandlingen skulle ett ramavtal och därpå grundade tillämpningsavtal tilldelas, för elleverans till samtliga avdelningar inom den statliga förvaltningen i delstaten Kärnten (Österrike). Målet handlades av domstolen i enlighet med det dåvarande s.k. varuupphandlingsdirektivet (93/36/EEG). Enbart om det är fråga om en kombinerad upphandling av varor och tjänster där det sammanlagda värdet av tjänsterna är högre än värdet av varorna kan, med tillämpning av den s.k. överviktsprincipen i 2 kap. 18 § LOU, kontraktet upphandlas som ett tjänstekontrakt.

¹⁵ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av bl.a. varor inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) till 200.000 euro eller 1.897.540 svenska kronor – se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2011:1575) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹⁶ Genom införande av 2007 års upphandlingslagar har inom den klassiska sektorn beteckningen *upphandlande enheter* mönstrats ut och ersatts med *upphandlande myndigheter*. Med upphandlande myndighet avses inte enbart myndigheter utan även offentligt styrda organ, såsom kommunala bolag, som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. (se 2 kap. 12 och 19 §§ LOU). Beteckningen *upphandlande enhet* förekommer numera enbart på organ som är verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

¹⁷ Se 2 kap. 11 § LOU.

¹⁸ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret avseende offentlig upphandling från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) till Konkurrensverket.

För upphandlingar som *påbörjats*¹⁹ efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. regleringen av möjlighet till s.k. direktupphandling samt tillgängliga rättsmedel, däribland möjligheterna till förhandsinsyn.

Bestämmelserna i LOU är tvingande för upphandlande myndigheter.²⁰ Lagens bestämmelser behöver enligt 1 kap. 7 § emellertid inte tillämpas vid upphandling av tjänster (således inte att tillhandahålla varor) från en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol). Den omständigheten att en upphandlande myndighet tror sig veta att enbart viss leverantör faktiskt kan komma ifråga för leverans (s.k. faktisk ensam situation) medför däremot aldrig undantag från huvudregeln om annonserad upphandling.²¹

Enligt 2 kap. 10 a § LOU²² undantas från lagens reglering även köp som en upphandlande myndighet gör från en formellt fristående juridisk person i vilken de själva är ägare eller delägare. Möjlighet till ett dylikt s.k. Teckal-undantag föreligger dock enbart om följande förutsättningar samtidigt är uppfyllda:

1. den upphandlande myndigheten ska utöva en *kontroll* över den juridiska personen som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, och
2. i fall då den juridiska personen även utför *verksamhet* tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten, denna verksamhet endast är av marginell karaktär.²³

Vid undersökningen huruvida punkten 1, det s.k. *kontrollrekvisitet*, är uppfyllt ska det enligt EU-domstolens fasta praxis²⁴ framgå att det fristående organ som tilldelats kontraktet är underställt en kontroll som gör det möjligt för myndigheten att påverka de beslut som fattas av nämnda företag. Det ska vara fråga om en möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande ifråga om såväl det fristående organets strategiska mål som dess viktiga beslut.²⁵

¹⁹ I prop. 2009/09:180, s. 374, anges att om ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU, får upphandlingen anses *påbörjad* först när avtalet har slutits, såvitt den upphandlande myndigheten inte kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt. Avseende formlösa avtalsförhållanden, där något skriftligt kontrakt aldrig har upprättats, torde ny upphandling anses påbörjad vid varje beställning som sker.

²⁰ Se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU, se även RÅ 2008 ref. 26.

²¹ Se EU-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I-3609. I domen behandlas bl.a. en upphandling av omhändertagande av avfall där en central rättsfråga var huruvida en upphandlande enhet kan lägga sin uppfattning att inga andra leverantörer rent faktiskt kan komma ifråga till grund för att underlåta infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. Förbundsrepubliken Tyskland medgav att de i EG:s upphandlingsdirektiv stadgade villkoren för att underlåta anbudsinfordran från flera företag inte hade uppfyllts, men hänvisade till att den valda leverantören rent faktiskt var det enda företag som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande (se punkten 57). EU-domstolen, som emellertid inte fann att detta kunde utgöra tillräckligt skäl för att underlåta upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden, uttalade bl.a. att ett förfarande som används på grund av att det föreligger skäl för undantag (i målet var det ett tekniskt skäl som åberopades) måste vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och att ”*risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens*” (se punkterna 62 och 63). Förbundsrepubliken Tyskland fälldes således av EU-domstolen för att ha åsidosatt EU:s upphandlingsdirektiv 92/50/EEG (tjänstephupphandlingsdirektivet). Efter domstolens avgörande har Europeiska kommissionen inlett ett nytt förfarande gentemot Förbundsrepubliken Tyskland i syfte att även tvinga fram omedelbart upphörande av de avtal som tecknats i den kritiserade upphandlingen (se Europeiska kommissionens pressmeddelande av den 25 oktober 2004- IP/04/1294 jfr även pressmeddelandet den 31 mars 2004 – IP/04/428).

²² Undantagsbestämmelsen, som trädde i kraft den 15 juli 2010, infördes med retroaktiv giltighet och ska således tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet (se ändringsförfattningen, SFS 2010:569 jämte övergångsbestämmelsen i samma lag).

²³ I RÅ 2008 ref. 26, de s.k. SYSAV-målen, bedömde Regeringsrätten att en tilldelning som sker från en kommun till en av denna hel- eller delägd juridisk person omfattas av upphandlingskyldighet enligt LOU, såvitt något i lagen angivet undantag inte anger annat. I enlighet med domstolens avgörande i det s.k. *Dalatrafik-målet* (RÅ 2000 ref. 60) föreligger det heller inte några lagliga möjligheter för kommuner att till sina egna bolag ”överföra” utförandet av vissa kommunala angelägenheter, så länge särskild ersättning utgår för tjänsternas fullgörande. Den 15 juli 2010 infördes i 2 kap. 10 a § LOU den undantagsbestämmelse, här angiven som Teckal-undantag, som under vissa, särskilt angivna, omständigheter medger tilldelning utanför LOU (SFS 2010:570). Den aktuella lagändringen gäller under en tidsbegränsad period, fram till den 1 januari 2013.

²⁴ Se bl.a. EU-domstolens dom av den 11 maj 2006 i mål C-340/04, *Carbotermo och Consorzio Alisei*, REG 2006, s. I-4137, p.36, se även domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397, p.65 jämte dom av den 13 november 2008 i mål C-324/07, *Coditel Brabant*, REG 2008, s. I-8457, p. 28.

²⁵ Se bl.a. domen i ovannämnda mål C-324/07 (*Coditel*), p. 28.

EU-domstolen har även uttalat²⁶ att förekomsten av ett mellanled i form av att den upphandlande myndighetens inflytande över ett fristående aktiebolags beslut utövades genom ett holdingbolag kunde försvaga den kontroll som den upphandlande myndigheten eventuellt utövade till följd av att den ägde en del av aktiekapitalet. Om det finns privata ägarintressen i det fristående organet, om än i minoritetsställning, föreligger det enligt unionsrättslig praxis emellertid inte någon möjlighet till Teckal-undantag.²⁷

För det fall att den juridiska personen bedriver annat än *marginell verksamhet* på den allmänna marknaden, föreligger enligt 2 kap. 10 a § punkten 2 LOU, det s.k. *verksamhetsrekvisitet*, inte någon möjlighet till Teckal-undantag. Enligt EU-domstolen har denna begränsning särskilt till syfte att säkerställa att upphandlingsdirektiven är tillämpliga i de fall då företag, som kontrolleras av en eller flera myndigheter, är aktiva på marknaden och således kan konkurrera med andra företag. Ett företag berövas nämligen, enligt domstolen, inte nödvändigtvis sin handlingsfrihet endast på grund av att kontrollrekvisitet är uppfyllt om företaget fortfarande kan utöva en betydande del av sin ekonomiska verksamhet tillsammans med andra aktörer.²⁸

Vad som i här relevant avseende ska avses med marginell verksamhet får enligt unionsrättslig praxis bedömas från fall till fall. Enligt ett avgörande av EU-domstolen i mål C-295/05 (*Asemfo mot Tragsa*)²⁹ kan verksamhetskriteriet anses vara uppfyllt om minst 90 procent av den fristående enhetens verksamhet kan sägas vara bedriven tillsammans med den eller de upphandlande myndigheter som innehar enheten. Det går dock inte av domen att utläsa att en sådan procentuell fördelning skulle vara ett generellt gränsvärde för när verksamhetskriteriet är uppfyllt. Tvärtom utesluter inte denna dom, eller EU-domstolens praxis i övrigt, att en annan fördelning – såväl högre som lägre – skulle kunna vara aktuell som gräns beroende på omständigheterna i det enskilda fallet. Inte minst vinner denna slutsats stöd i att såväl kvalitativa som kvantitativa omständigheter ska beaktas i bedömningen av om kriteriet är uppfyllt.

Från svensk nationell rättspraxis kan noteras en dom från Kammarrätten i Stockholm, där en verksamhetsandel motsvarande 86,9 procent gentemot ägarna inte ansågs uppfylla det s.k. verksamhetsrekvisitets krav på att endast marginell verksamhet får bedrivas utanför ägarkretsen.³⁰

Av anslutande svenska lagförarbeten framgår att möjligheten till s.k. Teckal-undantag enligt 2 kap. 10 a § LOU inte innebär någon automatisk befrielse från upphandlingsskyldighet. Det ankommer istället på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall göra en bedömning huruvida villkoren i bestämmelsen är uppfyllda. Regeringen framhåller att det är viktigt att upphandlande myndigheter går igenom sina bolagskonstruktioner och gör en analys av om villkoren i undantagsbestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU kan anses vara uppfyllda eller om några förändringar behöver göras. Bestämmelsen ställer stora krav på den upphandlande myndighetens kontroll av den juridiska personen och att verksamheten i huvudsak bedrivs tillsammans med ägaren. Detta medför, enligt regeringen, att många bolag eller andra former av juridiska personer som finns i dag sannolikt inte är organiserade på ett sådant sätt att bestämmelsens villkor är uppfyllda.³¹

²⁶ Se domen i ovannämnda mål C-340/04 (*Carbotermo*), punkten 1 i domslutet.

²⁷ Se EU-domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle och RPL Lochau*, REG 2005, s. I-1, p. 49; dom av den 10 november 2005 i mål C-29/04, *Mödling (Abfall)*, REG 2005, s. I-1 p. 46; dom av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, *Auroux m.fl.*, REG 2007, s. I-385, p. 64; dom av den 13 november 2008 i mål C-324/07, *Coditel Brabant*, REG 2008, s. I-8457 p. 30; samt dom av den 10 september 2009 i mål C-573/07, *SEA*, REG 2009, s. I- 8127, p. 46, se även domstolens dom av den 21 juli 2005 i mål C- 231/03, *Coname*, REG 2005, s. I- 7287, p. 26).

²⁸ Se EU-domstolens avgörande i ovannämnda mål C-340/04 (*Carbotermo*), pp. 60 och 61, samt domstolens dom av den 18 december 2007 i mål C- 220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, REG 2007 s. I- 12175, p. 62.

²⁹ Se EU-domstolens dom av den 19 april 2007 i mål C- 295/05, *Asemfo vs. Tragsa*, REG 2007, s. I-2999, pp. 55-57, jfr även domstolens dom av den 13 november 2008 i mål C-324/07, *Coditel Brabant*, REG 2008, s. I-8457 p. 49.

³⁰ Se Kammarrätten i Stockholm, dom av den 8 november 2011 i mål 789-10 (*Nynäshamn Världus*), vilken numera vunnit laga kraft genom att Högsta förvaltningsdomstolen i mål 7089-11 inte medgivit prövningstillstånd.

³¹ Prop. 2009/10:134, s. 84 samt Ds 2009:36, s. 83.

Föreligger inte något i LOU angivet undantag ska lagens upphandlingsbestämmelser tillämpas, som huvudregel genom ett annonserat upphandlingsförfarande. Tilldelning kan emellertid ske genom direkttilldelning till en viss leverantör, utan föregående annonserat förfarande; antingen genom *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* enligt 4 kap. 5-8 §§ LOU eller genom *direktupphandling* enligt 15 kap. 3 § LOU.³²

Sådan direkttilldelning får som huvudregel inom den klassiska sektorn tillämpas om följande förutsättningar är uppfyllda:

- värdet av det som ska upphandlas har lågt värde, d.v.s. värdet uppgår till högst 15 procent av gällande tröskelvärde (f.n. c:a 288.000 kronor),³³ eller
- om det vid ett annonserat, öppet, selektivt eller förenklat förfarande inte har lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller några lämpliga anbud, och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte har ändrats väsentligt, eller
- om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör, eller
- om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, eller
- om det finns synnerliga skäl (*denna grund föreligger enbart vid direktupphandling enligt 15 kap. 3 § LOU*).

Direkttilldelning får i fråga om varuupphandling tillämpas även vid följande i LOU angivna förhållanden:³⁴

1. det gäller varor som framställs endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål,
2. om det gäller kompletterande leveranser av varor från en ursprungligen upphandlad leverantör om a) varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser, och b) ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande myndigheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll,
3. i fråga om varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad, eller
4. det är möjligt att anskaffa varorna på särskilt förmånliga villkor i samband med konkursutförsäljning eller motsvarande.

Det följer dock av EU-domstolens fasta rättspraxis,³⁵ att varje undantag eller avvikelse från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EU-fördragen inom området för offentlig upphandling ska tolkas restriktivt.³⁶ Det ankommer också på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.³⁷

³² Den aktuella regleringen har denna förtydligande lydelse från och med den 15 juli 2010, innebörden är dock densamma som tidigare, se prop. 2009/10:180, s. 287 nederst.

³³ Se 15 kap. 3 § LOU i lydelse efter den 15 juli 2010. Där anges värdegränsen till 15 procent av gällande tröskelvärde. Vid kontraktsvärden under denna värdegräns får *direktupphandling* tillämpas. Nu gällande tröskelvärde uppgår till 1.897.540 kronor se tidigare fotnot, jämte regeringens tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

³⁴ Se 4 kap. 7 § LOU.

³⁵ Från senare rättspraxis, se EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C-157/06, *kommissionen mot Italien*, REG 2008 s. I-7313, p. 23.

³⁶ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden av den 17 november 1993 i mål C-71/92, *kommissionen mot Spanien*, REG 1993, s. I-5923, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249.

³⁷ Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, REG 1987, s. 1039, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249. Från senare års praxis, se också domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28-01, *Kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I-3609, p. 58, samt av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, p. 46.

Med stöd av de ändringar som har införts i LOU från och med den 15 juli 2010 ska enligt 16 kap. 13 § LOU rätten, på talan av skadelidande leverantör, besluta att ett avtal som har slutits direkt mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.³⁸ Talan om sådan avtalsogiltighet ska, enligt 16 kap. 17 § LOU, väckas inom sex (6) månader från det att avtalet slöts.³⁹

Den upphandlande myndigheten kan i fall av otillåten direkttilldelning även förpliktas utge s.k. upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU. Även denna sanktion har införts i LOU med verkan från och med den 15 juli 2010, och innebär att allmän förvaltningsdomstol på talan av Konkurrensverket kan besluta om särskild straffavgift ska betalas av den upphandlande myndighet som har slutit avtal med en leverantör utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering i LOU. Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 kronor och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktsvärdet.⁴⁰

Yttrande

Linköpings kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Linköpings kommun är i sin egenskap av upphandlande myndighet skyldig att iaktta regelverket i LOU. Som framgår av utredningen i ärendet köper kommunen varor, i form av elektrisk energi, från det indirekt delägda bolaget Bixia. Avtalsförhållandet som avser ett kontraktsvärde väsentligt överstigande tröskelvärdet, har inte föregåtts av något annonserat upphandlingsförfarande.

Bixia ägs indirekt av Linköpings kommun genom den kommunala bolagskoncern, där Tekniska verken utgör moderbolag. Förutom Tekniska verken finns det även andra och delvis privata ägare av Bixia. Det s.k. kontrollkriteriet för undantag enligt 2 kap. 10 a § LOU är därför inte uppfyllt.

Bixia AB bedriver också verksamhet, genom försäljning av bl.a. elektrisk energi på den allmänna marknaden i en sådan omfattning att ägarnas köp från bolaget inte överstiger 90 procent av den aktuella omsättningen. Inte heller det s.k. verksamhetskriteriet i 2 kap. 10 a § LOU kan därför anses uppfyllt. Någon grund för undantag från upphandlingsskyldighet enligt lagens s.k. Teckal-undantag det föreligger därför inte, trots att Linköpings kommun indirekt är en av delägarna i Bixia.

Någon lagstadgad ensamrätt som medför att endast Bixia kan komma ifråga för att tillhandahålla Linköpings kommun med el föreligger heller inte. Kommunens behov av elektrisk energi skulle därför ha tillgodosetts med iakttagande av huvudregeln om annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 § LOU.

³⁸ Rätten får emellertid, enligt 16 kap. 16 § (numera 16 kap. 14 §) LOU, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för sådant undantag åvilar den upphandlande myndigheten.

³⁹ Regelverket i bl.a. 16 kap. LOU har med verkan från och med den 1 november 2011 numererats om (se ändringsförfattningen, SFS 2011:1030). Här angivna lagrum är i enlighet med lagens lydelse efter den 1 november 2011.

⁴⁰ I rättspraxis har avgiften i normalfallet kommit att bestämmas till drygt 7 procent av aktuellt kontraktsvärde. Se Förvaltningsrätten i Malmö, dom av den 9 juli 2012 i mål 4137-12, där Malmö kommun förpliktades att utge upphandlingsskadeavgift på 170.000 kronor motsvarande 7,5 procent av kontraktsvärdet. Se även Förvaltningsrätten i Umeå, dom av den 30 mars 2012 i mål 3834-11, där Luleå tekniska universitet (LTU) förpliktades att utge upphandlingsskadeavgift med 100.000 kronor, motsvarande c:a 8,5 procent av det aktuella kontraktsvärdet.

Upphandlingen avser inte lågt värde och kommunen har inte påstått, än mindre visat att det vid tidpunkten för de nu aktuella förfogandena ska ha förelegat någon synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte heller beror på kommunen själv.

Någon tidigare konkurrensupphandling i nu aktuellt avseende har aldrig genomförts och det är inte fråga om kompletteringsbeställning av elenergi som tidigare upphandlats enligt LOU eller motsvarande reglering.

Det är heller inte så att elenergi på grund av ensamrätt kan levereras endast av Bixia. Inget av de i LOU förekommande undantagen från kravet på annonsering är således tillämpligt i det nu aktuella fallet.

Ett skriftligt underlag skulle således ha upprättats och en annons om offentlig upphandling ha införts i EU:s databas för offentlig upphandling. Härigenom skulle även andra leverantörer än Bixia ha beretts möjlighet att lämna anbud på lika villkor. Genom att bortse från dessa grundläggande formkrav har Linköpings kommun brutit mot LOU och de EU-rättsligt grundade principer som lagen bygger på. Eftersom det rör sig om ett upprepat förfarande till betydande värde förtjänar Staden allvarlig kritik. Linköpings kommun riskerar dessutom att få betala böter i form av upphandlingsskadeavgift som på årsbasis kan beräknas uppgå till omkring 50.000 kronor.⁴¹

⁴¹ Beräkningen har gjorts utifrån ett genomsnittligt månatligt kontraktsvärde på 60.000 kronor och en upphandlingsskadeavgift som i normalfallet utgår med drygt 7 procent (se fotnot 40).