

PM 2 2012-12-11 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom köp av varor i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning).

Skövde kommun köper löpande AV-utrustning m.m. från ett lokalt företag i vilket kommunen, indirekt genom medlemskap i ett kommunalförbund, äger andelar. Dessa köp har inte föregåtts av något annonserat upphandlingsförfarande.

Skövde kommun har hittills, under perioden den 1 januari 2011 till och med den 12 oktober 2012 utbetalat sammanlagt c:a 5,5 miljoner kronor exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms)¹ till Mediapoolen Västra Götaland AB (nedan MIVGAB). Aktuella utbetalningar har skett i ett stort antal poster från 38 kronor till 735.000 kronor. Av de således genomförda utbetalningarna hänför sig uppskattningsvis c:a 2,2 miljoner kronor (exklusive moms) till ”Medlemsavgift AV-läromedel enligt avtal”.² Till övriga delar, motsvarande c:a 3,3 miljoner kronor (exklusive moms), avser således genomförda utbetalningar huvudsakligen köp av audiovisuell (AV-) utrustning och annan liknande materiel i vad som kan beskrivas som detaljhandel, direkt från MIVGAB.

Något annonserat upphandlingsförfarande har aldrig genomförts. Något offentligt upphandlat kontrakt mellan Skövde kommun och MIVGAB föreligger således inte.³ Förekommande avtal mellan Kommunen och MIVGAB har således direkttilldelats.

MIVGAB⁴ ägs gemensamt av 38 kommuner, indirekt genom Kommunalförbunden Skaraborg,⁵ Sjuhärad⁶ och Fyrbodal⁷ samt av Uddevalla kommun. Skövde kommun är en av totalt femton medlemskommuner som ingår i Kommunalförbundet Skaraborg.

MIVGAB har enligt gällande bolagsordning (§ 3) till föremål för sin verksamhet att bedriva uthyrning, förmedling, upphandling, service, fortbildning samt rådgivning inom utbildningsområdet. Tjänsterna skall i första hand tillhandahållas kommuner inom kommunförbunden Sjuhärad, Skaraborg och Fyrbodal.

Såvitt kunnat utredas bedriver MIVGAB härutöver, genom bl.a. hemsidan www.mediapoolen.se detaljistförsäljning av (AV-) utrustning och anknyttande produkter på den allmänna marknaden.⁸

Styrelsen för MIVGAB ska enligt gällande bolagsordning bestå av sex ledamöter med lika många personliga suppleanter. Styrelseledamöterna utses efter nominering av respektive kommunalförbund samt Uddevalla kommun.

¹ Enligt utdrag ur leverantörsreskontra för Skövde kommun avseende perioden den 19 januari 2011 - 12 oktober 2012. Det sammanlagda belopp till vilket betalningar har genomförts från kommunen till MIVGAB uppgår till 5.446.965 kr exklusive moms (6.808.707 kronor inklusive moms).

² Skövde kommuns kostnad för ”Medlemsavgift AV-läromedel enligt avtal” kan med ledning av hittills fakturerade belopp beräknas uppgå till c:a 2.265.474 kronor exklusive moms (2.831.844 inklusive moms). Detta ger ett månadsvärde exklusive moms på 94.395 kr/mån eller för den aktuella perioden januari 2011 – oktober 2012 (totalt 22 månader) ett egentligt totalvärde på 2.076.690 kronor exklusive moms.

³ Kommunen har genom beslut den 17 oktober 2012, i anledning av en begäran från Konkurrenskommissionen om att få del av aktuella underlag i form av (a) annonser och (b) skriftliga förfrågningsunderlag om aktuell anbudsinfördran samt (c) anbudsöppningsprotokoll och (d) tilldelningsbeslut att ingå avtal med MIVGAB, avslagit hemställan med motiveringen att ”*de begärda handlingarna finns inte*” (dnr. 12-284)

⁴ Mediapoolen Västra Götaland AB (MIVGAB), med organisationsnummer 556601-4741 bildades den 15 november 2000 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 15 december samma år. Nuvarande firma och gällande bolagsordning registrerades samtidigt. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”*bedriva uthyrning, förmedling, upphandling, service, fortbildning samt rådgivning inom utbildningsområdet*”. MIVGAB ägs av Kommunalförbundet Skaraborg respektive Kommunalförbundet Sjuhärad med vardera en tredjedel samt av Kommunalförbundet Fyrbodal och Uddevalla kommun med tillsammans en tredjedel av aktierna, kapitalet och rösterna på bolagsstämman.

⁵ Kommunalförbundet Skaraborg (som äger 1/3 eller 250 aktier i MIVGAB) organiserar följande 15 kommuner i den östra länsdelen av nuvarande Västra Götaland vilka tidigare ingick i Skaraborgs län: Essunga, Falköping, Grästorp, Gullspång, Götene, Hjo, Karlsborg, Lidköping, Mariestad, Skara, Skövde, Tibro, Tidaholm, Töreboda och Vara kommuner.

⁶ Kommunalförbundet Sjuhärad (som äger 1/3 eller 250 aktier i MIVGAB) organiserar följande 9 kommuner huvudsakligen i den södra länsdelen av nuvarande Västra Götaland varav 8 kommuner tidigare ingick i södra Älvsborgs län: Bollebygd, Borås, Herrljunga, Marks, Svenljunga, Tranemo, Ulricehamn och Vårgårda kommuner. Även Varbergs kommun i Hallands län ingår i kommunalförbundet.

⁷ Kommunalförbundet Fyrbodal (som tillsammans med Uddevalla kommun äger 1/3 eller 250 aktier i MIVGAB) organiserar följande 14 kommuner i den norra länsdelen av nuvarande Västra Götaland vilka tidigare ingick i norra Älvsborgs län: Bengtsfors, Dals-Eds, Färgelanda, Lysekils, Melleruds, Munkedals, Orusts, Sotenäs, Strömstads, Tanums, Trollhättans, Uddevalla, Vänersborgs och Åmåls kommuner.

⁸ MIVGAB har i e-postmeddelande den 16 november 2012 angivit bl.a. följande ”*AV-utrustningen säljs med påslag för våra kostnader för inköp och administration, men vi är inte vinstdrivande*”. Under de senaste tre åren 2009-2011 har MIVGAB redovisat genomsnittlig vinst på (540+17+0 tkr./1.3=) 185 tkr per år, motsvarande 12 procents avkastning på insatt aktiekapital (1.500 tkr).

Kommunalförbundet Skaraborg, i vilket Skövde kommun ingår, har rätt att nominera totalt två ledamöter till MIVGAB:s styrelse.⁹ Under i vart fall perioden 2011-2012 har Skövde kommun inte varit representerad med någon ledamot eller suppleant i MIVGAB:s styrelse.¹⁰

Några rättsliga styrmedel i form av t.ex. aktieägardirektiv eller motsvarande styrdokument för MIVGAB som medger Skövde kommun ett bestämmande inflytande ifråga om beslut som avser MIVGAB:s strategiska mål eller viktiga beslut föreligger såvitt kunnat utredas inte.¹¹

Kontraktsvärdet avseende de köp och beställningar som hittills har genomförts av Skövde kommun från MIVGAB kan (medlemsavgifterna oräknade) uppskattas till c:a 150.000 kronor per månad¹² eller totalt c:a 7,2 miljoner kronor i sådan 48-månadersperiod som framgår av gällande bestämmelser¹³ för tröskelvärdesberäkning av avtal som löper tills vidare.

Gällande rätt

Offentlig upphandling som har påbörjas efter den 31 december 2007¹⁴ 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).

Bestämmelserna 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 enheter (fysiska eller juridiska personer).

Skyldighet att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling omfattar förutom myndigheter även kommunala företag som är inrättade för allmännyttigt ändamål. Den som är skyldig att iaktta lagens bestämmelser kallas ”*upphandlande myndighet*”.¹⁵

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).¹⁶

För upphandlingar som har *påbörjats* 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.

I aktuella lagförarbeten¹⁷, 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.

⁹ Styrelsen för MIVGAB ska enligt § 6 i bolagsordning utses enligt följande; två nomineras av vardera Kommunförbundet Sjuhärad respektive Kommunförbundet Skaraborg samt två av Kommunförbundet Fyrbodalen och Uddevalla kommun tillsammans.

¹⁰ De ledamöter och suppleanter i MIVGAB:s styrelse som för närvarande (2011 och 2012) är utsedda efter nominering av Kommunalförbundet Skaraborg representerar Hjo, Vara, Töreboda och Nossebro kommuner.

¹¹ Av § 9 i gällande konsortialavtal för MIVGAB framgår att ”*Innan bolaget fattar beslut i principiella frågor eller frågor av större vikt skall styrelserna i kommunförbunden (ägarna) beredas tillfälle att yttra sig. Styrelserna i kommunförbunden skall närhelst de önskar äga rätt att ta del av bolagets räkenskaper och övriga handlingar och i övrigt informera sig om bolagets verksamhet*”.

¹² Beräkningen utgår från uppskattade utbetalningar om 3,3 miljoner kronor under den 22-månadersperiod som avser tiden den 1 januari 2011 till och med den 30 oktober 2012 (3,3 mkr ./. 22 =) 150.000 kronor; Detta belopp (150.000) x 48 månader = 7.200.000 kronor.

¹³ Se 3 kap. 12 § LOU.

¹⁴ Se övergångsbestämmelserna i lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

¹⁵ Genom införande av 2007 års upphandlingslag 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 verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

¹⁶ Se 2 kap. 11 § LOU.

¹⁷ Se prop. 2009/09:180, s. 374.

Varor, innefattande TV-utrustning och audiovisuell utrustning (CPV 32320000-2) och diverse data-utrustning (CPV 30236000-2)¹⁸ vars sammanlagda värde överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde ska upphandlas med iakttagande av de direktivstyrda bestämmelser som finns införda i 1-14 kap. LOU; normalt genom ett *öppet* eller *selektivt* förfarande. För det fall att kontraktsvärdet understiger tröskelvärdet får upphandlingen handläggas genom s.k. *förenklat förfarande* eller *urvalsupphandling* enligt de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU.

I fråga om blandade upphandlingar som innefattar både varor och tjänster ska enligt den s.k. överviktsprincip som kommer till uttryck i 2 kap. 18 och 21 § LOU kontraktet behandlas som ett varukontrakt om värdet av varorna är högre än värdet av tjänsterna eller omvänt, som ett tjänstekontrakt om värdet av tjänsterna är högre än värdet av varorna.

Om ett kontrakt som är avsett att gälla som ramavtal avseende köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor löper på obestämd tid utan att något totalpris anges ska enligt 3 kap. 9 § LOU det relevanta kontraktsvärdet fastställas till uppskattat månadsvärde multiplicerat med talet 48.¹⁹

För närvarande uppgår tröskelvärdet för kommunala upphandlande myndigheter till 1.897.540 kronor. Under 2011 uppgick motsvarande tröskelvärde till 1.919.771 kronor.²⁰

Frågan om grunderna för vilka anbud som ska antas är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Syftet med de upphandlingsrättsliga reglerna är bland annat att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EU-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna.²¹ Det har därför införts i 1 kap. 9 § LOU ett antal unionsrättsliga principer om bl.a. *likabehandling och ickediskriminering, öppenhet (transparens) samt proportionalitet* som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling.

Bestämmelserna i LOU är tvingande för upphandlande myndigheter.²² Lagens bestämmelser behöver enligt 1 kap. 7 § emellertid inte tillämpas vid upphandling av *tjänster* från en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol). Monopolundantaget gäller dock inte upphandling av varor. Den omständigheten att en upphandlande myndighet tror sig veta att enbart viss leverantör faktiskt kan komma ifråga för leverans (s.k. faktisk ensamsituation) medför däremot aldrig undantag från huvudregeln om annonserad upphandling.²³

Enligt 2 kap. 10 a § LOU²⁴ undantas genom s.k. Teckal-undantag från lagens reglering även köp som en upphandlande myndighet gör från en formellt fristående juridisk person i vilken de själva utgör ägare eller delägare.

¹⁸ 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).

¹⁹ Vid ett kontrakt som inte avser köp av varor utan är avsett att gälla leasing, hyra eller hyrköp av varor och som löper på en bestämd tid om högst tolv månader ska kontraktsvärdet dock beräknas till den totala kostnaden för kontraktet under löptiden.

²⁰ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* 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 (för 2011 uppgick motsvarande tröskelvärde till 1.919.771 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 tillkännagivanden (2011:1575) respektive (2010:53) och (2011:037) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²¹ De grundläggande principer som åsyftas finns inskrivna i 1 kap. 9 § LOU och följer av tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG (numera avdelning IV Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF).

²² Se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU, se även RÅ 2008 ref. 26.

²³ 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.

²⁴ 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, lag 2010:569 jämte övergångsbestämmelsen i samma lag).

Möjlighet till Teckal-undantag föreligger dock enbart vid följande *samtidigt* uppfyllda förutsättningar:

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.²⁵

Vid undersökningen huruvida punkten 1, det s.k. *kontrollkriteriet*, är uppfyllt ska enligt EU-domstolens fasta praxis²⁶ 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.²⁷ EU-domstolen har även uttalat²⁸ 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.

I EU-domstolens praxis har kontrollkriteriet anses uppfyllt om den upphandlande myndigheten både äger en andel i den fristående enheten och deltar i dess styrande organ.²⁹ I svensk nationell rättspraxis har Kammarrätten i Stockholm inte funnit kontrollkriteriet uppfyllt ifråga om en kommunal myndighets köp av tjänster direkt från ett aktiebolag som ägdes gemensamt av totalt 24 kommuner, där den upphandlande kommunen vid i vart fall tidpunkten för avtalets tillkomst och påbörjande inte var representerad i bolagets styrelse. Kammarrätten angav bland annat följande:

”Vid bedömningen om det s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda ska en samlad bedömning göras av samtliga omständigheter. För [det anlåtande företags] verksamhet gäller aktiebolagslagen. Ett kommunalt aktiebolag bör kunna organiseras och styras på ett sådant sätt att kontrollkriteriet är uppfyllt. Utöver vad som följer av [det anlåtande företags] bolagsordning om dess ändamål och verksamhet saknas i bolagsordningen begränsningar för [det anlåtande företags] styrelse vad gäller styrelsens befogenheter. Det föreligger inte heller några rättsliga styrmedel i form av t.ex. aktieägardirektiv, som närmare reglerar hur [det anlåtande företags] verksamhet ska styras. Såvitt framkommit finns ingen annan ägarstyrning och inga andra kontrollmekanismer än att delägarkommunerna utser styrelseledamöterna på bolagsstämman, att styrelsen, som väljs för ett år i taget, består av representanter för ett fåtal av de delägande kommunerna och vad som föreskrivs i bolagsordningen om aktieägarnas rätt till information.

Vid en samlad bedömning av vad som framkommit finner kammarrätten att [den upphandlande myndigheten] inte har visat att [myndigheten] har ett tillräckligt inflytande i [det anlåtande företaget] som medför att [myndigheten] utövar en kontroll över [det anlåtande företaget] som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning. [Den upphandlande myndigheten] har inte heller visat att de delägande kommunerna tillsammans utövar en sådan kontroll. Vad [den upphandlande myndigheten] har anfört beträffande ramen för [det anlåtande företags] verksamhet föranleder inte någon annan bedömning. Villkoret i 2 kap. 10 a § andra stycket 1 LOU motsvarande det s.k. kontrollkriteriet är därmed inte uppfyllt”.³⁰

²⁵ 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 upphandlingsskyldighet 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 med retroaktiv giltighet under vissa, särskilt angivna, omständigheter medger tilldelning utanför LOU (lag 2010:570). Bestämmelsen har härefter delvis justerats (lag 2012:392).

²⁶ 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.

²⁷ Se bl.a. domen i ovannämnda mål C-324/07 (*Coditel*), p. 28 ”Vid bedömningen av om den [upphandlande myndigheten] utövar en kontroll motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, ska samtliga relevanta bestämmelser och omständigheter beaktas. Av denna undersökning ska framgå att den enhet som tilldelats kontraktet är underställd en kontroll som gör det möjligt för den [upphandlande myndigheten] att påverka de beslut som fattas av nämnda enhet. Det ska vara fråga om en möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande i fråga om såväl enhetens strategiska mål som dess viktiga beslut” (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet *Parking Brixen*, p.65, och dom i ovannämnda mål C- 340/04, *Carbotermo och Consorzio Alisei*, p. 36).”

²⁸ Se domen i ovannämnda mål C-340/04 (*Carbotermo*), punkten 1 i domslutet.

²⁹ Se EU-domstolens dom av den 29 november 2012 i de förenade målen C-182/11 och C-183/11, *EcoNord*, REG 2012 s. I-0000.

³⁰ Se Kammarrätten i Stockholm, dom av den 8 november 2011 i mål 7089-10 (*Nynäshamn Vårlyjus*), särskilt domskälen, s. 18, samt Högsta förvaltningsdomstolens beslut av den 5 juni 2012 (mål 7089-11) att inte bevilja kommunen prövningstillstånd.

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 heller 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 kontrollkriteriet är uppfyllt om företaget fortfarande kan utöva en betydande del av sin ekonomiska verksamhet tillsammans med andra aktörer.³¹

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*)³² 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 att utläsa av domen 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.³³

I det ovan refererade avgörandet från Kammarrätten i Stockholm³⁴ kan noteras att 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.

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.³⁵

Vid upphandling av varor eller tjänster föreligger det som huvudregel en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar.³⁶ Om upphandlingen avser varor eller A-tjänster under tröskelvärdet eller s.k. B-tjänster räcker det med att upphandlingen kungörs genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig, eller i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.

³¹ 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.

³² 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.

³³ I det förslag till nya direktiv på området för offentlig upphandling som för närvarande bereds – och som således ännu inte har beslutats av Europeiska unionen – förslås i art. 11 en fast, inskriven värdegräns på 15 procent av extern verksamhet motsvara tillåten ”marginell verksamhet” för att det s.k. in-house-undantaget ska vara tillämpligt.

³⁴ Kammarrätten i Stockholms ovan angivna avgörande i mål 7089-10.

³⁵ Prop. 2009/10:134, s. 84 samt Ds 2009:36, s. 83.

³⁶ Avseende annonseringskravet, se 7 kap. 1 § samt 15 kap. 2 § sista stycket samt 4 § LOU. Avseende skriftlighetskravet, se 9 kap. 1 § samt 15 kap. 8 § LOU.

I övriga fall ska ett offentligt upphandlingsförfarande som huvudregel³⁷ genomföras med annonsering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.³⁸

Undantagsvis får en upphandlande myndighet enligt 4 kap. 5-9 §§ eller 15 kap. 3 § LOU genomföra direkttilldelning genom att tillämpa *förhandlad upphandling utan föregående annonsering* eller *direktupphandling*. Nämda undantagsförfaranden innefattar inte något krav på annonsering och får i fråga om varu- eller A-tjänstupphandling inom den klassiska sektorn tillämpas vid följande förhållanden:

- 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),³⁹ 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:⁴⁰

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 vidare av EU-domstolens fasta rättspraxis,⁴¹ att varje undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EU-fördragen inom området för offentlig upphandling ska tolkas restriktivt.⁴² Det ankommer också på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.⁴³

Med stöd av de ändringar som infördes i LOU från och med den 15 juli 2010 ges förfördelade konkurrenter som klagar på en otilåtten direkttilldelning möjlighet att få kontraktet ogiltigförklarat i domstol.

³⁷ Sr 2 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

³⁸ Tenders Electronic Daily (TED) är Europeiska unionens databas för annonsering av bl.a. offentlig upphandling. Databasen utgör ett tillägg till Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och publicerar annonser som har skickats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE).

³⁹ 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.

⁴⁰ Se 4 kap. 7 § LOU.

⁴¹ 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.

⁴² 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.

⁴³ 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.

Enligt nuvarande 16 kap. 13 § (tidigare 15 §)⁴⁴ LOU ska 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. Rätten får emellertid, enligt 16 kap. 14 (tidigare 16 §) 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.

Talan om ogiltighet av avtal enligt 16 kap. 14 § LOU kan föras hos allmän förvaltningsdomstol (förvaltningsrätt) inom sex månader från det att avtal har slutits (se 16 kap. 17 § LOU). I fråga om löpande beställningar torde den angivna sexmånaderspreskriptionen börja löpa i samband med varje beställning som genomförs och faktureras.

Den effekt som därvid uppkommer är s.k. *ursprungsnullitet*, d.v.s. ett retroaktivt och ömsesidigt upphörande av alla avtalsförpliktelser.⁴⁵ Detta innebär att inte enbart framtida förpliktelser i anledning av ett avtal upphör att äga giltighet; de berörda avtalsparterna ska även bära åter vad de hittills erhållit som prestation. Betalningar är alltid möjliga att återföra. När det gäller andra prestationer som exempelvis redan konsumerade varor och utförda tjänster är det emellertid svårare att verkställa en återgång. En godtroende leverantör kan i dylika fall söka kompensation för sådana direkta kostnader som avtalsförhållandet har inneburit. För det fall den berörda leverantören har varit i *ond tro*, d.v.s. insett eller bort inse att det aktuella kontraktet tillkommit i strid mot annonseringskravet i LOU, torde emellertid möjligheten till skadestånd vara mer begränsad.

Den upphandlande myndigheten kan vid otillåten direkttilldelning också 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 Konkursverket kan besluta om att en 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 kontraktets värde.

Yttrande

Skövde kommun har i ett yttrande till Kommissionen över den preliminära bedömning som upprättats i ärendet angivit att det finns ett avtal mellan Kommunen och MIVGAB⁴⁶ samt uppgivit att ny upphandling avseende löpande AV-utrustning m.m. kommer att vidtas under 2013.

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.

Skövde kommun är en sådan upphandlande myndighet som är skyldig att iaktta regelverket i LOU. Av utredningen i ärendet framgår att kommunen under 2011 och 2012 (hittills) har genomfört beställningar av bl.a. varor i form av audiovisuell (AV-) utrustning och andra liknande produkter från MIVGAB till ett uppskattat värde av c:a 3,1 miljoner kronor. Kontraktets värde av de aktuella beställningarna överstiger härigenom tröskelvärdet för kommunal varuupphandling inom den klassiska sektorn och omfattas av upphandlingsskyldighet enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LOU. Det avtal som har slutits mellan Skövde kommun till MIVGAB har emellertid tillkommit utanför ett annonserat upphandlingsförfarande.

⁴⁴ LOU har genom ändringsförfattning (2011:1030) ändrats varigenom en mängd bestämmelser har bytt plats, och följaktligen även numrering i lagen. Ändringarna avser enligt övergångsbestämmelserna enbart upphandlingar som har påbörjats efter ikraftträdandet den 1 november 2011. Äldre numrering gäller således för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

⁴⁵ Se prop. 2009/10:180 s. 136-137.

⁴⁶ Något påstående om att detta avtal upphandlats enligt LOU framgår dock inte av yttrandet, jfr. vidare not.3 (ovan) där kommunen har angivit att några upphandlingsunderlag och beslut om tilldelning inte finns bevarade hos kommunen.

Av utredningen framgår att MIVGAB huvudsakligen ägs gemensamt av tre kommunalförbund, däribland Kommunalförbundet Skaraborg med en tredjedel av bolagets aktier. Skövde kommun, som är en av totalt 15 medlemskommuner i Kommunalförbundet Skaraborg, har under den för varubeställningar aktuella perioden 2011-2012 inte varit representerad genom en ledamot i MIVGAB:s styrelse. Vid rak fördelning i ett rullande schema mellan medlemskommunerna skulle Skövde kommun uppskattningsvis erhålla representation i MIVGAB:s styrelse vart sjunde år. Några andra rättsliga styrmedel, förutom styrelsrepresentation, som garanterar Skövde kommun ett bestämmande inflytande över MIVGAB:s strategiska mål eller viktiga beslut *föreligger inte*. Bolagets styrelse, i viken Kommunen inte är representerad, har istället givits mycket vidsträckta maktbefogenheter. Med ledning av ovan redovisad praxis kan det s.k. *kontrollkriteriet* för s.k. Teckal-undantag enligt 2 kap. 10 a § LOU därmed inte anses uppfyllt.

Den externa detaljstförsäljning av (AV-) utrustning och anknyttande produkter som MIVGAB bedriver på sin hemsida www.mediapoolen.se medför vidare att bolaget har fått en sådan marknads-mässig inriktning att det även kan sättas ifråga om det s.k. *verksamhetskriteriets* krav på att företaget enbart ska bedriva marginell verksamhet utanför kretsen av ägare är uppfyllt.

Möjlighet till s.k. Teckal-undantag enligt 2 kap. 10 a § LOU kan därmed inte anses föreligga.

Någon lagstadgad ensamrätt eller tekniska skäl som medför att endast MIVGAB kan komma ifråga för att tillhandahålla Skövde kommun med aktuell AV-utrustning föreligger inte och kommunens aktuella anskaffningar från MIVGAB avser sammantaget inte något sådant lågt värde att direktupphandling enligt 15 kap. 3 § LOU kan komma ifråga. Kommunen har vidare inte ens påstått, än mindre visat, att det ska ha förelegat någon synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte heller beror på Skövde kommun för att upphandla aktuell AV-utrustning m.m. direkt från MIVGAB.

Någon tidigare konkurrensupphandling har i nu aktuellt avseende inte genomförts, varför det inte kan vara fråga om en kompletteringsbeställning av varor som tidigare har upphandlats enligt LOU eller motsvarande reglering. Det är heller inte så att varorna av konstnärliga skäl kan levereras endast av MIVGAB. Inget av de i LOU förekommande undantagen från kravet på annonsering är således tillämpligt i det nu aktuella fallet.

Ett skriftligt underlag skulle därmed ha upprättats innan upphandlingen påbörjades och en annons om upphandling ha skickats för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED. Genom ett sådant förfarande skulle även andra, såväl lokalt verksamma leverantörer som andra i branschen förekommande företag, på samma villkor som MIVGAB ha beretts möjlighet att lämna anbud till Skövde kommun. Genom att inte iaktta dessa grundläggande formkrav har kommunen brutit mot LOU och de unionsrättsligt grundade principer som lagen bygger på. Kommunen förtjänar därför kritik.

Med stöd av de rättsmedelsbestämmelser som numera finns införda i LOU kan sådana beställningar som alltjämt genomförs av Skövde kommun direkt från MIVGAB komma att förklaras ogiltiga av allmän förvaltningsdomstol. Detta kan komma att innebära att prestationerna (varorna och betalningarna för dessa) ömsesidigt ska gå åter samt att kommunen riskerar att få betala böter i form av s.k. upphandlingsskadeavgift.