

PM 2 2016-10-12 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direkttilldelning i strid mot bestämmelserna om upphandling (otillåten direkttilldelning – ej in-house-undantag).

Ett kommunalägt energinätbolag har utan upphandling slutit avtal om köp av tjänster direkt med ett kommersiellt verksamt koncernsystemföretag, trots att de lagliga förutsättningarna för direkta köp mellan koncernbolag inte är uppfyllda.

Det kommunalägda energinätbolaget Krafringen Nät AB köper löpande tjänster från det i samma bolagskoncern ingående Krafringen Service AB, utan föregående annonserad upphandling.

Bolagen har den 5 och 6 april 2011 slutit ramavtal avseende ”Elnätsverksamhet”, för avrop av drift- och underhållstjänster samt anläggningsarbeten på elnät inom energinätbolagets distributionsområde. Avtalet löpte ut senast den 31 mars 2015 och synes ha ersatts med ett ramavtal från den 27 juni 2015 avseende ”Fortlöpande avrop av elnätsarbeten” under perioden 1 januari 2014 till och med den 31 december 2018 samt ett ”Ramavtal Elnätstjänster” som slöts den 18 mars 2016 och avser perioden till och med den 31 december 2020.¹ De båda bolagen har även, den 1 och 10 juni 2011, slutit ramavtal om ”Fjärrvärmens verksamhet”, som löpte ut den 31 mars 2015² samt, den 1 juni 2015, slutit ramavtal om ”Fältservicetjänster” som löpte ut den 30 juni 2016.³

Inget av dessa avtal har föregåtts av ett annonserat upphandlingsförfarande med infordran av konkurrerande anbud.⁴

De båda bolagen, Krafringen Nät AB⁵ och Krafringen Service AB,⁶ ingår i den s.k. Krafringen-koncernen som huvudsakligen har sina intäkter från energiförsäljning och nätverksamhet till enskilda, privatpersoner eller företag.⁷ Huvudägare är Lunds kommun som äger 82,4 % av Krafringen-koncernen. Övriga ägare är Eslövs kommun (12,0 %), Hörby kommun (3,5 %) och Lomma kommun (2,1 %).

Enligt tillgängliga årsredovisningar omsatte Krafringen Nät AB under de senaste tre åren (2013-2015) i genomsnitt c:a 740 miljoner kronor.⁸ Under samma period omsatte Krafringen Service AB

¹ Ramavtal Elnätstjänster avser perioden den 10 mars 2016 till och med den 31 december 2018, med möjlighet till ettårig förlängning i två omgångar till och med den 31 december 2020.

² Ramavtalet om Fjärrvärmens verksamhet innefattar möjlighet till avrop av tjänster för service av Krafringen Nät AB:s sekundärnät- undercentraler, beredskap på fjärrvärmensnätet samt utbyggnation av fjärrvärmensnätet inom nätbolagets distributionsområde. Den fjärrvärmedistributionsverksamhet som tidigare bedrivits i Krafringen Nät AB och Krafringen Service AB har genom en koncernintern bolagsfusion 2013/14 kommit att överföras till Krafringen Energi AB. Det har därför saknats grund för nya/förnyade avtal mellan bolagen.

³ Ramavtalet om Fältservicetjänster innefattar möjlighet till avrop av måttrelaterade arbeten med till- och fränkoppling av enskilda elmätare vid bristande betalning från abonnenternas sida samt samordning av sådana arbeten och servicearbeten samt samordning av nätstationsrelaterade arbeten med infrastrukturrelaterade arbeten avseende mätvärdesinsamling.

⁴ Se e-postmeddelande av den 12 juli 2016 från Krafringen Nät AB innefattande beslut om avslag på en begäran om utlämnade av upphandlingsdokument med motiveringen att "[d]et finns inga upphandlingsunderlag som legat till grund för att ingå aktuella avtal".

⁵ Krafringen Nät AB, med organisationsnummer 556228-1138, bildades den 27 december 1982 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 5 maj 1983. Nuvarande firma registrerades den 12 november 2009. Tidigare firma har varit KREAB, Klippan-Rönneådalens Energi AB och KREAB Energi AB. Bolaget verkar även under registrerad bifirma Skånsk fjärrvärme. Gällande bolagsordning registrerades den 27 april 2010, enligt vilken bolaget har till föremål för sin verksamhet att "... inköpa och distribuera energi, driva lokalt kommunikationsnät samt därmed förenlig verksamhet". Krafringen Nät AB ägs till 100 procent av koncernmoderbolaget Krafringen Energi AB (publ).

⁶ Krafringen Service AB, med organisationsnummer 556511-6398, bildades den 18 oktober 1994 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) 1 april 1995. Nuvarande firma registrerades den 17 december 2004. Tidigare firma har varit KREAB Service AB och Torsås Energi AB samt AB Grundstenen 70208. Gällande bolagsordning registrerades den 26 april 2006, enligt vilken bolaget har till föremål för sin verksamhet att "... utveckla en långsiktig verksamhet avseende entreprenad och servicetjänster inom energi- och IT-kommunikationsområdena i södra Sverige och därtill anknytande verksamhet". Krafringen Service AB ägs till 100 procent av koncernmoderbolaget Krafringen Energi AB (publ).

⁷ Enligt uppgift i Krafringens koncernårsredovisning 2015 har koncernen totalt c:a 300 000 kunder, varav eldistribution omfattar c:a 116 500 kunder. Härutöver bedriver koncernen även fjärrvärmeverksamhet med försäljning till c:a 8 500 kunder, huvudsakligen i Skåne län.

⁸ Enligt tillgängliga årsredovisningshandlingar uppgick Krafringen Nät AB:s årsomsättning till 725,347 Tkr. (2015), 737,516 Tkr (2014) och 757,034 Tkr. (2013). Detta motsvarar en genomsnittlig omsättning på $(725,347 + 737,516 + 757,034) / 3 \approx 739,966$ Tkr/år.

c:a 221 miljoner kronor,⁹ varav den genomsnittliga omsättningen av försäljning till andra koncernföretag uppgick till c:a 56 procent.¹⁰

Eftersom avtalen inte närmare preciserats till omfattning och innehåll, och förekommande prisuppgifter hållits hemliga,¹¹ är det svårt att uppskatta det s.k. kontraktsvärdet av varje kontrakt var för sig. Totalt har under perioden 2013-2015 Krafringen Nät AB dock betalat ut i genomsnitt c:a 97 miljoner kronor per år (exklusive lagstadgad mervärdesskatt) till Krafringen Service AB,¹² vilket motsvarar 55 procent av detta bolags totala genomsnittliga omsättning.¹³

Gällande rätt

Med upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet eller enhet i syfte att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal avseende bland annat tjänster.¹⁴ Karakteristiskt för ett upphandlingspliktigt *tjänstekontrakt* är således att en leverantör mot ersättning ska åta sig att utföra tjänster för en upphandlande myndighets eller enhets räkning.

Upphandling av tjänstekontrakt regleras genom bland annat lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster - LUF. Lagen har kommit till som en följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. försörjningssektorsupphandlingsdirektivet (2004/17/EG).¹⁵

Företag som står under bestämmande inflytande av exempelvis en eller flera kommunala myndigheter eller beslutande församlingar utgör enligt 2 kap. 20 och 21 §§ LUF¹⁶ sådana *upphandlande enheter* som vid sin verksamhet inom de s.k. försörjningssektorerna är skyldiga att iaktta lagens reglering. Dit hör enligt 1 kap. 4 § punkten 1 LUF bland annat verksamhet som består i att tillhandahålla och driva fasta publika nät i samband med distribution av värme och el. Företag som på marknaden tillhandahåller tjänster som efterfrågas av en upphandlande enhet utgör s.k. *leverantörer*.¹⁷

Den närmare bestämningen av ett upphandlingsskyldigt kontrakt utgår från ett klassifikationssystem för varor, tjänster och byggtreprenadarbeten inom Europeiska unionen.¹⁸ Underhålls- och reparations-tjänster, utgör s.k. A-tjänster (kategori 1 enligt Bilaga 2 till LUF). Om kontraktsvärdet¹⁹ av

⁹ Enligt tillgängliga årsredovisningshandlingar uppgick Krafringen Service AB:s årsomsättning till 257,572 Tkr. (2015), 222,296 Tkr (2014) och 183,294 Tkr. (2013). Detta motsvarar en genomsnittlig omsättning på $(257.572 + 222.296 + 183.294 \cdot 3 \approx) 221.054$ Tkr/år.

¹⁰ Enligt noterna 20 i Krafringen Service AB:s årsredovisningar för åren 2015 och 2014 uppgick bolagets omsättning mot andra koncernföretag 51 % (2015), 59 % (2014) och 58 % (2013) av den totala omsättningen. Detta ger i genomsnitt $(51\%+59\%+58\% \cdot 3 \approx) 56$ procent.

¹¹ Förekommande prisuppgifter i de aktuella avtalen har av Krafringen Nät AB förklarats hemliga jml. 19 kap. 1 § och 31 kap. 16 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) – se bolagets beslut av den 8 juli och den 2 september 2016.

¹² Enligt tillgängligt utdrag ur Krafringen Nät AB:s leverantörsreskontra uppgick bolagets utbetalningar till Krafringen Service AB 126,264 Tkr. (2015), 130,079 Tkr (2014) och 105,281 Tkr. (2013) inklusive moms. Detta motsvarar en genomsnittlig omsättning på $(126,264 + 130,079 + 105,281 \cdot 3 \approx) 120,541$ Tkr/år eller $(120,541 \cdot 0,8 \approx) 96,432$ Mkr exklusive moms.

¹³ $120,541 \cdot 221.054 \approx 0,5453$ eller c:a 55 procent (uträkningen avser belopp inklusive moms).

¹⁴ Se 2 kap. 23 § LUF.

¹⁵ Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/17/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsupphandlingsdirektivet). Direktivet har numera ersatts med Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG. Detta s.k. Nya försörjningssektorsdirektiv har emellertid inte ännu genomförts i svensk rätt, varigenom rättsverkan av det nya direktivet inskränks till att omfatta enbart bestämmelser som har s.k. *vertikal direkt effekt*.

¹⁶ Se 2 kap. 20 § första stycket 1 och andra stycket jämfört med 21 § LUF.

¹⁷ Se 2 kap. 11 § LUF.

¹⁸ *Common Procurement Vocabulary* är ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska unionen. CPV klassificerar i ett åttaställigt kodsystem c:a 6.000 varor och tjänster – se vidare 1 kap. 2 § femte stycket och 2 kap. 5 § LUF samt Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), numera i delvis ändrad lydelse sedan 2008.

¹⁹ Det s.k. *kontraktsvärdet* ska enligt 3 kap. 2 § LUF uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Avser upphandlingen tjänster där något totalpris inte anges ska enligt 3 kap. 11 § LUF värdet av kontraktet uppskattas till det totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader.

sådana tjänster överstiger tröskelvärdet 3.820.645 kronor²⁰ ska upphandling handläggas med iakttagande av de direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LUF.

Tröskelvärdesberäkningen av ramavtal ska enligt 3 kap. 12 § LUF ske utifrån det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras under ramavtalets löptid. Om något totalpris inte angetts, utan ett tjänstekontrakt har slutits för att löpa tills vidare, ska enligt 3 kap. 11 § LUF värdet uppskattas som ett 48-månaderskontrakt.²¹ Ett formlöst s.k. *direktupphandlingsförfarande* kan komma ifråga för avtal med lågt värde. Vid en bedömning om detta är tillåtet ska emellertid beaktas samtliga direktupphandlingar av samma slag som har gjorts av den upphandlande enheten under räkenskapsåret. Detta sammanlagda värde får nämligen inte överstiga 26 procent av gällande tröskelvärde, eller för närvarande 993.367 kronor.²² Valet av beräkningsmetod får enligt 3 kap. 9 § andra stycket LUF heller inte göras för att kringgå lagens bestämmelser.

Regelverket om upphandling inom försörjningssektorn syftar till att bland annat säkerställa efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet. Det har i 1 kap. 24 § LUF därför genomförts ett antal unionsrättsligt grundade principer, däribland principerna om *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)*, innebärande att alla leverantörer ska behandlas lika och ges möjlighet till sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud på lika villkor.²³ Bestämmelserna har utformats i syfte att bl.a. försvåra möjligheterna att vid en anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Härigenom skyddas på sikt berörda skattebetalare eller avgiftskollektiv mot onödigt höga kostnader. Vidare motverkas korrupcion.

LUF och det bakomliggande försörjningssektorsdirektivet äger tillämpning på åtgärder som vidtas av en upphandlande enhet i syfte att tilldela kontrakt eller ramavtal avseende bl.a. tjänster.²⁴ Enligt 1 kap. 20 § LUF, behöver regelverket dock inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en upphandlande myndighet²⁵ som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten.²⁶ Under vissa förhållanden undantas vidare, enligt 1 kap. 15 och 16 §§ LUF, även kontrakt som en upphandlande enhet tilldelar ett *anknutet företag*, med vilket enheten befinner sig i ett konsoliderat koncernförhållande (koncernbolag),²⁷ eller ett *samriskföretag*.²⁸

²⁰ Gällande tröskelvärde 2016 för upphandling av varor och A-tjänster inom försörjningssektorn - se regeringens tillkännagivande (2016:14) om tröskelvärden vid offentlig upphandling samt 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.

²¹ Enligt 3 kap. 11 § LUF ska, om ett tjänstekontrakt upphandlas utan att något totalpris anges, värdet av kontraktet vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader och av månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

²² Se 15 kap. 3 a § tredje stycket jämförd med 3 § andra stycket LUF.

²³ De grundläggande principer som åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF - tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG.

²⁴ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 23 § LUF.

²⁵ För definition av vad som utgör en *upphandlande myndighet* se 2 kap. 21 § LUF.

²⁶ Enligt 1 kap. 12 § LUF behöver lagens bestämmelser inte heller iakttas ifråga om anskaffningar som görs vid återförsäljning eller uthyrning till tredje man, om den upphandlande enheten inte har någon särskild rättighet eller ensamrätt att sälja eller hyra ut föremålet för kontraktet och även andra har rätt att sälja eller hyra ut det på samma villkor som den upphandlande enheten. Den upphandlande enheten är i sådant fall skyldig att till Europeiska gemenskapernas kommission anmäla de varukategorier och verksamheter som den anser vara undantagna enligt lagen.

²⁷ Med *anknutet företag* avses enligt 2 kap. 2 § LUF företag vars årsräkenskaper konsolideras med den upphandlande enhetens enligt kraven i rådets sjunde direktiv 83/349/EEG av den 13 juni 1983, senast ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/46/EG. Undantagna enligt den aktuella regleringen är således (1) företag över vilket den upphandlande enheten har ett bestämmande inflytande eller (2) företag som kan utöva ett bestämmande inflytande över den upphandlande enheten (moder <-> dotterbolag) eller (3) företag som tillsammans med den upphandlande enheten står under bestämmande inflytande av ett annat företag på grund av ägande eller finansiellt deltagande eller på grund av de regler företaget lyder under eller som på annat sätt befinner sig i ett konsoliderat koncernförhållande med den upphandlande enheten (koncernsystembolag).

²⁸ Med *samriskföretag* avses enligt 1 kap. 15 § punkten 2 LUF företag som har bildats uteslutande av upphandlande enheter för att bedriva verksamhet inom försörjningssektorerna. Undantag från upphandlingsskyldighet kan jml. 1 kap. 17 punkten 2 LUF i så fall komma ifråga om samriskföretaget har bildats för att utföra den aktuella verksamheten under en tid av minst tre år och det i den handling som upprättats för bildandet av företaget anges att de upphandlande enheter som det består av kommer att ingå i det under minst samma tid.

En förutsättning för sådant s.k. *in-house-undantag* är emellertid att leveranser med anledning av tilldelningen av kontrakt motsvarar minst 80 procent av det anknutna företags genomsnittliga omsättning²⁹ under de föregående tre åren.³⁰

Kan något undantag från LUF inte göras tillämpligt ska upphandling genomföras enligt lagens bestämmelser. I sådant fall ska, enligt huvudregeln i 1 kap. 9 § LUF, den upphandlande enheten genomföra ett likvärdigt och icke-diskriminerande samt öppet (transparent) förfarande. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. I preambelerna till den bakomliggande EU-lagstiftningen framhålls bl.a. att EU-domstolen betecknat otillåten direkttilldelning som den allvarligaste överträdelsen av unionslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet kan begå.³¹

Som regel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande enheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt, enligt 7 kap. 1 § LUF, offentliggöra sina upphandlingar genom annons. Ett meddelande om upphandlingen ska jml. 2 § upphandlingsförordningen (2011:1040) skickas till Europeiska kommissionen för publicering i Europeiska unionens officiella tidning och i databasen TED.

Enligt 4 kap. 2 § LUF kan, i fråga om A-tjänstepphandling över tröskelvärdet, undantag från annonseringsskyldigheten komma ifråga vid bland annat följande förutsättningar.

1. det har vid ett annonserat förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller *inte lämnats några anbud* eller några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet har inte ändrats väsentligt, eller
2. det gäller ett kontrakt som är avsett endast för *forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål*, eller
3. det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men *synnerlig brådska*, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, eller
4. det som ska upphandlas kan av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt levereras av endast en viss leverantör, eller
5. det gäller en tilläggsbeställning eller ett utbyte av tidigare upphandlade tjänster, och ett byte av leverantör skulle oproportionellt svårt, eller
6. kontraktet grundar sig på ett ramavtal som redan har upphandlats enligt LUF.

Undantaget från kravet på annonsering vid *synnerlig brådska* avser enbart extraordinära situationer.³² De omständigheter som kan rättfärdiga synnerlig brådska måste dessutom bero på yttre förhållanden, dvs. förhållanden som ligger utanför det område som den upphandlande enheten har kunnat förutse eller påverka. *Egenförvållad brådska* som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering grundar exempelvis inte möjlighet till undantag, utan i kravet på oförutsebarhet ligger att förhållandena närmast ska ha *karaktären av force majeure*.³³

²⁹ Om det är mer än ett företag som är anknutet till den upphandlande enheten och tillhandahåller samma eller liknande byggtreprenader, varor eller tjänster, ska andelen beräknas med hänsyn till den totala omsättning som härrör från byggtreprenader, varor respektive tjänster från dessa anknutna företag.

³⁰ Om det anknutna företaget inte kan visa omsättning för de föregående tre åren på grund av tidpunkten för företagets etablering eller verksamhetens påbörjande, får företaget alternativt, genom prognoser för verksamheten eller på något annat sätt göra sannolikt att den andel av omsättningen som krävs kommer att uppnås.

³¹ Se bl.a. skäl 13 till Europaparlamentets och Rådets direktiv (2007/66/EG) av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

³² För att undantag överhuvudtaget ska kunna komma ifråga måste det framstå som absolut nödvändigt att tilldela kontraktet. Enligt praxis krävs att det rör sig om en brådskande anskaffning av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art (se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469--7472-11). Det ska även framstå som uppenbart att kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa. I rättspraxis har exempelvis uteblivna livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts vara av brådskade natur (se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 29 februari 2012 i mål nr. 1446--1452-12). I lagförarbetena anges även möjlighet till extra förmånliga köp på auktion samt särskilt personrelaterade behov av hälso- och sjukvårdstjänster som sådana omständigheter som kan anses medföra synnerliga skäl (se prop. 2001/02:142, s. 99 samt prop. 2006/07:128, s. 429; jfr. även Konkurrensverkets beslut av den 26 maj 2010 i ärende nr. 430/2009).

³³ Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

Härutöver måste tidsnöden vara sådan att det inte har varit möjligt att hålla tidsfristerna vid annonserat förfarande, vilka vid upphandling av A-tjänster uppgår till som högst mellan 40 och 52 dagar.³⁴

I fråga om undantaget för *tekniska skäl eller ensamrätt* som gör att leverans kan genomföras endast av en viss leverantör följer det av unionsrättslig praxis att två (kumulativa) villkor måste vara samtidigt uppfyllda för att bestämmelsen ska bli tillämplig, nämligen att (1) de arbeten som är föremål för upphandlingen är av teknisk karaktär och (2) att det därför är absolut nödvändigt att tilldela ett visst företag kontraktet. Enligt EU-domstolen är undantaget exempelvis inte tillämpligt på fall där det finns fler än en leverantör som skulle kunna komma ifråga för kontraktet.³⁵ Den omständligheten att en upphandlande enhet tror sig veta att en viss leverantör är mest lämpad för att komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensam situation) medför detta exempelvis inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå måste genomföras.³⁶

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis³⁷ ska dessutom möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som inom området för upphandling ges enligt unionsrätten tolkas restriktivt.³⁸ Det ankommer även på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att sådana särskilda omständigheter som motiverar undantag faktiskt föreligger.³⁹

Om en upphandlande enhet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i LUF kan en skadelidande leverantör ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att upphandlingen ska rättas eller att den ska göras om.⁴⁰ I de fall där avtal redan uppkommit kan rätten, enligt 16 kap. 13 § LUF,⁴¹ besluta att detta är *ogiltigt* om det har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.⁴² Talan om ogiltighet måste dock, jml. 16 kap. 17 § LUF, väckas inom sex månader från det att avtalet slöts.

Allmän förvaltningsdomstol kan även, på talan av Konkurrensverket, besluta att en upphandlande enhet som bland annat har slutit avtal på sätt som strider mot annonseringsbestämmelserna i LUF ska betala en särskild *upphandlingsskadeavgift*. En sådan straffavgift ska enligt 17 kap. 4 § LUF uppgå till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av aktuellt kontraktsvärde. I rättspraxis har upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde⁴³ men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.⁴⁴

³⁴ Se 8 kap. 2 § jämförd med 5-8 §§ LUF.

³⁵ Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Grekland* (C-394/02) EU:C:2005:336, pp. 32-39, jämte där noterad praxis.

³⁶ Se EU-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen *Bockhorn Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220 och i det efterföljande målet *kommissionen mot Tyskland* (C-503/04) EU:C:2007:432.

³⁷ Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23.

³⁸ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden i *kommissionen mot Spanien* (C-71/92) EU:C:1993:890, *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150.

³⁹ Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens avgöranden i *Kommissionen mot Italien* (C-199/85), *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150. Från senare praxis, se även domstolens avgöranden i de förenade målen *Bockhorn-Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220 och *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, p. 46.

⁴⁰ Se 16 kap. 4-6 § LUF.

⁴¹ Rätten kan jml. 16 kap. 16 § LUF även förordna om att ett avtal inte får fullgöras till dess att något annat har bestämts (interimistiskt förbud) men får enligt 16 kap. 16 § andra stycket LUF avstå från ett sådant interimistiskt förbud om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

⁴² Rätten får emellertid, enligt 16 kap. 14 § LUF, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för sådant undantag åvilar den upphandlande enheten.

⁴³ Se bl.a. Kammarrätten i Stockholm mål nr 5426-12, 5427-12 respektive 5452-12, Kammarrätten i Göteborg mål nr 7009-12, Kammarrätten i Stockholm mål nr 1305-12, Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 1785-13, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 1271-12, 1273-12 och 1281-12, Förvaltningsrätten i Växjö mål nr 286-12, Förvaltningsrätten i Luleå mål nr 2166-11, Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13115-12, Förvaltningsrätten i Falun mål nr 2643-12, Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 2916-13, 22373-12, 2922-13 och 2987-13. Här redovisad praxis avser huvudsakligen tillämpning av 17 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU, men torde äga motsvarande tillämpning även för 17 kap. LUF.

⁴⁴ Se HFD 2015 ref. 69.

Yttrande

Kraftringen Nät AB har jämte Lunds kommun 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.

Kraftringen Nät AB står under bestämmande inflytande av Lunds kommun och utgör därmed en s.k. *upphandlande enhet* i fråga om tjänster som avser bolagets verksamhet med att tillhandahålla och driva fasta publika nät i samband med distribution av värme och el. Bolaget är därmed skyldigt att iakttä bestämmelserna i LUF.

Såvitt framgår av utredningen har Kraftringen Nät AB tecknat ramavtal för löpande avrop av tjänster från Kraftringen Service AB till ett årligt genomsnittligt värde av 97 miljoner kronor (exklusive moms) under de senaste tre räkenskapsåren. Enligt vad bolaget själv uppgivit har avtalen inte föregåtts av några annonserade upphandlingar. En sådan ordning är enligt LUF endast möjlig om kontraktstilldelningarna uppgår till minst 80 procent av servicebolagets genomsnittliga omsättning under senaste föregående tre åren. Detta är emellertid inte fallet. Såvitt kan utläsas av föreliggande årsredovisningshandlingar uppgår servicebolagets genomsnittliga försäljning till koncernföretag, under perioden 2013-2015, nämligen endast till 56 procent av omsättningen. I övrigt är servicebolaget verksamt med att konkurrera med andra företag på den allmänna marknaden.

Det totala värdet av Kraftringen Nät AB:s köp av tjänster från Kraftringen Service AB är så pass högt att direktupphandling på grund av lågt värde inte har varit möjlig. Förfarandet har pågått under så lång tid att Kraftringen Nät AB har haft god tid på sig att planera och genomföra annonserade upphandlingar avseende aktuella tjänster. Något undantag på grund av *synnerlig brådska* kan därmed inte göras gällande.

Kraftringen Service AB är inte någon sådan upphandlande myndighet som har rättsligt monopol på aktuella tjänster och det är inte fråga om anskaffningar som görs för återförsäljning. Ifråga om *ensamrätt på grund av tekniska skäl* krävs det enligt unionsrättslig praxis att det kan visas utslutet att inte även andra leverantörer skulle kunna komma ifråga för anbudsgivning. Så har emellertid inte ens påståtts vara fallet, utan det finns en väl fungerande marknad för dessa och dylika tjänster, där bland annat Kraftringen Service AB verkar och konkurrerar med andra företag.

Inte heller något annat i lagen inskrivet undantag kan göras tillämpligt. Kraftringen Nät AB har därigenom varit skyldigt att genomföra en annonserad upphandling med infordran av konkurrerande anbud. Förfarandet att kringgå denna skyldighet och istället köpa aktuella tjänster från Kraftringen Service AB strider i det aktuella fallet mot LUF och de upphandlingsrättsliga direktiven samt riskerar att sätta konkurrensen ur spel. Härigenom har Kraftringen Service AB givits en gynnad ställning för sin konkurrensutsatta verksamhet genom tillgång till en egen skyddad marknad. Det finns därmed anledning att rikta allvarlig kritik mot Kraftringenkongcernen, men även mot Lunds kommun som har att se till att dess kommunala företag håller sig inom ramarna för gällande lagstiftning.