

PM 2 2016-10-12 SLUTLIG BEDÖMNING

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

En kommun köper marknadsföringstjänster för mångmiljonbelopp direkt från ett numera helägt bolag som annars i övrigt inte bedriver sin huvudsakliga verksamhet gentemot kommunen som ägare.

Västerås kommun (Kommunen) köper löpande tjänster för turistinformation och marknadsföring m.m. från Västerås marknads- och näringslivs AB (nedan Västerås & Co).

Västerås & Co¹ helägs numera, sedan hösten 2015 av Kommunen via det kommunala holding-bolaget Västerås Stadshus AB. Innan dess² innehades bolaget av Kommunen tillsammans med Aroseken AB³, som ägs av Bostadsstiftelsen Aroseken med huvudsakligen privata intressenter.⁴

Under perioden 2013-2015 har Västerås & Co redovisat en genomsnittlig årsomsättning på c:a 26,5 miljoner kronor.⁵ Kommunens totala betalningar till bolaget uppgår till i genomsnitt c:a 17 miljoner kronor per år (eller c:a 65 procent av bolagets totala omsättning).⁶

Kommunens köp av marknadsföringstjänster m.m. från Västerås & Co har inte föregåtts av någon annonserad offentlig upphandling. Det finns heller inga skriftliga avtal upprättade för de aktuella tjänsternas utförande.⁷ Under treårsperioden 2013 till och med 2015 har Kommunen betalat totalt c:a 51 miljoner kronor för således direktupphandlade tjänster (angivna beloppsvärden är exklusive lagstadgad mervärdesskatt – moms).⁸

Gällande rätt

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelning av bland annat *offentliga kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser tillhandahållande av bl.a. tjänster. Karakteristiskt för ett offentligt tjänstekontrakt är att leverantören mot ersättning ska åta sig att utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning.

¹ Västerås marknads- och näringslivsaktiebolag, med organisationsnummer 556401-2010, bildades den 2 juli 1990 och registrerades av Patent- och registreringsverket (nuvarande Bolagsverket) den 13 augusti samma år. Nuvarande firma registrerades den 3 november 2015. Tidigare firma har varit Etablering Västerås AB och Svenskt Mästerskap i Småhus AB. Gällande bolagsordning registrerades den 15 oktober 2015, enligt vilken bolaget har till föremål för sin verksamhet att "i samverkan med näringsliv och andra aktörer, utveckla Västerås som en attraktiv boende-, arbetsetablerings-, besöks- och mötesort och marknadsföra platsvarumärket Västerås. Bolaget ska även vidta allmänt näringslivsbefrämjande åtgärder. Vidare ska bolaget arbeta för att öka intresset för teknik och naturvetenskap". Bolaget ägs numera av Västerås Stadshus AB (556489-6552).

² Kommunen ägde tidigare 51 procent av Västerås & Co, vilket till återstående 49 procent ägdes av Aroseken AB, se årsredovisningar för Västerås & Co avseende 2014 och 2015, sidorna 8 och 3.

³ Aroseken AB, med organisationsnummer 556236-4884, bildades den 1 november 1983 och registrerades av Patent- och registreringsverket (nuvarande Bolagsverket) den 30 november samma år. Nuvarande firma registrerades den 8 mars 1991. Tidigare firma har varit Kurt Gustafsson Fastighetsförsäljning AB. Gällande bolagsordning registrerades den 15 december 1992, enligt vilken bolaget har till föremål för sin verksamhet att "...bedriva planering, utformning och genomförande av bostäder och bostadsområden, byggnadsrörelse i övrigt, förvaltning av fast egendom och värdepapper samt idka därmed förenlig verksamhet". Bolaget ägs av Bostadsstiftelsen Aroseken (se fotnot 4).

⁴ Bostadsstiftelsen Aroseken, med organisationsnummer 878000-0215. Gällande stadgar beslutades den 20 september 2011. Enligt 2 § dessa stadgar, har stiftelsen till ändamål för sin verksamhet att "i samverkan med Västerås kommun, Swedbank AB, ABB AB och ICA AB hjälpa de bostadsbehövande inom i huvudsak Västerås kommun till goda och ekonomiska bostäder, företrädesvis i form av egnahem". Stiftelsens styrelse ska enligt 5 § bestå "av fem ledamöter och fem suppleanter, varav Västerås kommunstyrelse äger rätt att utse två ledamöter och två suppleanter. Swedbank AB, ABB AB och ICA AB äger vardera rätt att utse en ledamot och en suppleant".

⁵ Enligt årsredovisning 2015 för Västerås & Co fördelade sig bolagets årsomsättning enligt följande 28.110.000 kr. (2015), 26.499.000 kr. (2014), 25.116.000 (2013). Detta ger en genomsnittlig årlig omsättning på 26.571.000 kronor.

⁶ Enligt uppgift från Kommunens chefsjurist uppgår Kommunens samlade betalningar till Västerås & Co till 17.357.000. (2015), 17.034.000 kr. (2014) och 16.902.000 kr. (2013). Totalt har Kommunen betalat i genomsnitt 17.197.000 kronor per år. Detta ger ett genomsnitt motsvarande (17.197/26.571.000=) 65 procent

⁷ Se mejl av den andra juni 2016 från Kommunens chefsjurist av vilket framgår att det för fakturerade belopp "finns inga avtal eller upphandlingsunderlag".

⁸ 17.357.000+17.034.000+16.902.000= 51.293.000.

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt regleras i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen har kommit till som en följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt (numera) artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).⁹

Kommunala myndigheter och kommunala beslutande församlingar utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU sådana s.k. upphandlande myndigheter som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser. Företag som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”leverantörer” som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan om att lämna anbud.

Den närmare bestämningen av ett kontrakt utgår från det gemensamma klassifikationssystem för varor, tjänster och byggentreprenadarbeten inom Europeiska unionen som heter *Common Procurement Vocabulary* eller CPV.¹⁰ Ett kontrakt som avser bland annat marknadsföring kan vid tillämpning av CPV-systemet hänföras till antingen varor avseende informations- och marknadsföringsprodukter (CPV 39294100-0) eller A-tjänster för marknadsföring (CPV 79342000-3), kategori 11 enligt bilagan 2 till LOU.

Om det samlade kontraktsvärdet av ett sådant varu- eller A-tjänstekontrakt som ska upphandlas överstiger gällande tröskelvärde ska upphandlingen handläggas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1-14 kap. LOU. År 2013 uppgick tröskelvärdet till 1.897.540 kronor och under perioden 2014-2015 till 1.806.427 kronor.¹¹

Vid tröskelvärdesberäkningen ska, enligt 3 kap. 3 § LOU, det s.k. kontraktsvärdet uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Värdet av ett tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom viss tid, ska enligt 3 kap. 10 § LOU beräknas med ledning av antingen (1) det verkliga totala värdet av en följd av liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller under det föregående räkenskapsåret, om möjligt justerat med hänsyn till förutsebara ändringar, eller (2) det uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som kommer att upphandlas under den tolv månadersperiod som följer på den första leveransen eller, om räkenskapsåret är längre än tolv månader, under räkenskapsåret. Valet av beräkningsmetod får inte göras i avsikt att kringgå lagens bestämmelser.

För tjänster där något totalpris inte anges ska enligt 3 kap. 12 § LOU uppskattas till det 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. Föreskottade options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats.

Syftet med regelverket om offentlig upphandling är att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det följer därför av 1 kap. 9 § LOU ett antal unionsrättsligt grundade principer vilka oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland principerna om *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)* som innebär 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.¹² Bestämmelserna har utformats i syfte att bl.a. försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader samt att korruption motverkas.

⁹ Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

¹⁰ 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 1 kap. 2 § femte stycket och 2 kap. 5 § LOU 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.

¹¹ Gällande tröskelvärden 2012-2015 för kommunal upphandling av varor och A-tjänster inom den s.k. klassiska sektorn - se regeringens tillkännagivanden (2011:1575) respektive (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹² 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.

Regelverket i LOU och det bakomliggande klassiska upphandlingsdirektivet är generellt tillämpliga på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela kontrakt eller ramavtal avseende bl.a. varor eller A-tjänster.¹³ Enligt 2 kap. 10 a § LOU får undantagsvis en upphandlande myndighet genom s.k. *in-house-undantag* sluta avtal direkt med en fristående juridisk person som myndigheten själv är ägare eller delägare av, utan att i övrigt iaktta av lagens bestämmelser.

Möjlighet till sådant undantag föreligger dock enbart om följande två förutsättningar samtidigt är uppfyllda, nämligen:

- (1) att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning, och
- (2) att den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den.¹⁴

Avseende det s.k. kontrollkriteriet enligt punkten 1 (ovan) påpekas särskilt i anslutande lagförarbeten¹⁵ att om det även finns privat ägande i den fristående juridiska personen, om än i minoritetsställning, är det enligt EU-domstolens praxis¹⁶ uteslutet att kravet på kontroll kan anses uppfyllt.

I målet *Stadt Halle* (C-26/03) uttalade EU-domstolen bl.a. följande. "[N]är en upphandlande myndighet avser att ingå ett avtal med ekonomiska villkor avseende [A-tjänster över tröskelvärdet] med ett bolag som i förhållande till myndigheten är en fristående juridisk person och ägs av myndigheten tillsammans med ett eller flera privata företag, skall de förfaranden för offentlig upphandling som föreskrivs i nämnda direktiv alltid tillämpas".¹⁷

I anslutande svensk rättspraxis har bl.a. Kammarrätten i Göteborg funnit att kontrollkriteriet inte kunde anses uppfyllt i fråga om en kommuns köp av marknadsföringstjänster från ett av kommunen delägt bolag som med en tredjedel ägdes av en ideell förening av huvudsakligen privata intressen i den lokala turistnäringen. Kammarrätten beslutade därför att ogiltigförklara kommunens avtal med bolaget.¹⁸ Trots att kommunen sedermera förvärvat samtliga aktier i bolaget har i ett senare avgörande av förvaltningsrätt kontrollkriteriet fortfarande inte ansetts uppfyllt, eftersom kommunen samtidigt avtalat bort sin rätt att utse bolagsstyrelsens majoritet.¹⁹

När det sedan gäller det s.k. verksamhetskriteriet enligt punkten 2 ovan har detta tidigare ansetts uppfyllt om den fristående juridiska personens externa försäljning till andra än ägarna enbart är av marginell karaktär.²⁰ Därmed har i unionsrättslig såväl som svensk nationell praxis²¹ avsetts en extern försäljning som motsvarar en total andel på 10 procent men inte på 20 procent. I det nya upphandlingsdirektivet (2014/24/EU) har verksamhetskriteriet fixerats till att den externa verksamheten ska vara mindre än 20 procent för att in-house-undantag ska kunna komma ifråga.²²

Regelverket i LOU behöver vidare, jml. 1 kap. 7 § LOU, 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) på att utföra tjänsten. Den omständigheten att en upphandlande myndig-

¹³ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

¹⁴ 2 kap. 10 a § LOU i lydelse efter den 1 januari 2013 (se ändringsförfattningen 2012:392).

¹⁵ Se prop. 2011/12:106, s. 21 samt SOU 2011:43, s. 89.

¹⁶ Se utöver EU-domstolens nedan redovisade avgörande i *Stadt Halle* (C-26/03) även avgörandena i *Mödling* (C-29/04) EU:C:2005:670, p. 46; *Auroux* (C-220/05) EU:C:2007:31, p. 64; *Coditel Brabant* (C-324/07) EU:C:2008:621, p. 30 och *SEA* (C-573/07) EU:C:2009:532, p. 46 – se även EU-domstolens dom i *Coname* (C-231/03) EU:C:2005:487, p. 26 jämförd med *Acaset* (C-196/08) EU:C:2009:628, pp. 53–62.

¹⁷ EU-domstolens dom i *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, p. 52.

¹⁸ Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 19 december 2014 i målen 3564–3565-14.

¹⁹ Se Förvaltningsrätten i Göteborgs dom av den 7 april 2015 i målen 1728-15 samt 1735-15; jfr- även förvaltningsrättens dom av den 26 juni 2015 i målen 5319-15 och 5321-15. Avgörandena har vunnit laga kraft.

²⁰ Se EU-domstolens dom i *Carbotermo* (C-340/04) EU:C:2006:308. Av domen framgår att den fristående juridiska personen ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet (eller de myndigheter) som innehar (kontrollerar) den, och att all annan verksamhet får endast vara av marginell karaktär (p. 63). I bedömningen av om så är fallet ska alla omständigheter beaktas, dvs. såväl kvalitativa som kvantitativa (p. 64).

²¹ Se bl.a. EU-domstolens dom av den 19 april 2007 i *Asemfo vs. Tragsa* (C-295/05) EU:C:2007:227, p. 55. Se även Kammarrätten i Stockholms dom av den 8 november 2011 i mål nr 7089-10 samt Europeiska kommissionens motiverade yttrande till Sverige av den 28 oktober 2010 i klagomålsärendet CHAP 2009/4080.

²² Se art. 12.1 i det nya upphandlingsdirektiv för den klassiska sektorn (2014/24/EU), vilket trädde i s.k. vertikal direkt effekt 18 april 2016.

het tror sig veta att enbart en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför dock inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.²³

Om något undantag från LOU inte kan göras tillämpligt ska ett upphandlingsförfarande genomföras enligt lagens bestämmelser. I sådant fall ska, enligt huvudregeln i 1 kap. 9 § LOU, den upphandlande myndigheten genomföra upphandlingen på ett likvärdigt och icke-diskriminerande samt öppet (transparent) sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. I preambelerna till den bakomliggande EU-lagstiftningen framhålls bl.a. att EU-domstolen har betecknat otillåten direkttilldelning som den allvarligaste överträdelsen av unionslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet kan begå.²⁴

Som regel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt, enligt 7 kap. 1 § LOU, 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. För upphandling av A-tjänster föreligger det enligt 15 kap. 3 § andra stycket samt 4 kap. 5 och 7-8 §§ LOU undantag från denna skyldighet vid bland annat följande förutsättningar.

- värdet av det som ska upphandlas har *lågt värde* – d.v.s. kontraktsvärdet understiger högst 28 procent av gällande tröskelvärde, motsvarande (numera) 534.890 kronor²⁵ – eller om det föreligger *synnerliga skäl*,
- 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,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling från samma leverantör och värdet av det nya kontraktet ingått i tröskelvärdesberäkningen av värdet av det ursprungliga projektet.
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl kan levereras av endast en viss leverantör.

Enligt 15 kap. 3 a § LOU utgör kontraktsvärdet det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet och en upphandling får inte delas upp i syfte att kringgå lagens bestämmelser. Vid värdeberäkningen ska därför även beaktas samtliga direktupphandlingar av samma slag som har gjorts av den upphandlande myndigheten under räkenskapsåret.²⁶

Undantaget från kravet på annonsering vid *synnerlig brådska* avser enbart extraordinära situationer. För att undantag överhuvudtaget ska kunna komma ifråga måste det framstå som absolut nödvändigt att tilldela kontraktet. Enligt praxis krävs det att det rör sig om en brådskande anskaffning av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.²⁷ 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.²⁸

²³ 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.

²⁴ 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.

²⁵ Den angivna beloppsgränsen avser upphandling som har påbörjats under 2016. För 2015 uppgick motsvarande värdegräns till 505.800 kronor (baserad på då gällande tröskelvärde 1.806.427 kronor för den klassiska sektorn). För upphandling som har påbörjats före den 1 juli 2014 var värdegränsen till 15 procent av gällande tröskelvärde eller 270.964 kronor.

²⁶ Se bl.a. Förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 8 januari 2015 i mål 7380-14.

²⁷ Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469–7472-11.

²⁸ I rättspraxis har exempelvis uteblivna livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts vara av brådskande natur – se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 29 februari 2012 i mål nr. 1446–1452-12. I lagförarbetena anges även att möjlighet till extra förmånliga köp på auktion samt särskilt personrelaterade behov av hälso- och sjukvårdstjänster 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.

De omständigheter som kan rättfärdiga synnerlig brådska måste vidare bero på yttre förhållanden, dvs. sådant som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka. *Egenförvållad brådska* hos den upphandlande myndigheten 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*.²⁹ Härutöver måste den aktuella 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.³⁰

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis³¹ ska vidare möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som inom området för offentlig upphandling ges enligt unionsrätten tolkas restriktivt.³² Det ankommer också på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.³³

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU kan leverantör som anser sig därmed ha lidit skada ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att upphandlingen ska rättas eller att den ska göras om.³⁴ Har avtal redan slutits kan rätten på talan av skadelidande leverantör besluta att detta är ogiltigt.³⁵

Allmän förvaltningsdomstol kan även, på talan av Konkurrensverket, besluta att en upphandlande myndighet som bland annat slutit avtal på sätt som strider mot annonseringsbestämmelserna i LOU ska betala en särskild *upphandlingsskadeavgift*. En sådan straffavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor.³⁶ Avgiften får dock inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. I rättspraxis har upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde³⁷ men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.³⁸

Yttrande

Kommunen 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.

Kommunen är en upphandlande myndighet som är skyldig att iaktta bestämmelserna i LOU. Såvitt framkommit vid utredningen köper Kommunen löpande A-tjänster för turistinformation och marknadsföring m.m. direkt från Västerås & Co. Dessa köp har ett så pass högt kontraktsvärde att

²⁹ Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

³⁰ Se 8 kap. 2 § jämförd med 4-8 §§ LOU.

³¹ Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23.

³² 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.

³³ 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.

³⁴ Se 16 kap. 4-6 § LOU.

³⁵ Se 16 kap. 13 § LOU.

³⁶ Se Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 10 december 2015 i mål nr. 13345-15.

³⁷ 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.

³⁸ Se HFD 2015 ref. 69.

en annonserad upphandling skulle ha genomförts, med iakttagande av de direktivstyrda bestämmelserna i 1 -14 kap. LOU. Förutsättningarna för direktupphandling på grund av lågt värde är således inte uppfyllda.

Tidigare var ägarförhållandena sådana att det fanns bakomliggande privata intressenter i Västerås & Co. Det s.k. *kontrollkriteriet* för s.k. *in-house-undantag* har därmed inte kunnat komma ifråga för sådana köp som Kommunen genomfört före 2015. Detta förhållande har numera kommit att läkas genom att Kommunen förvärvat samtliga aktier i Västerås & Co.

Av utredningen framgår dock att endast c:a 65 procent av Västerås & Co:s omsättning hänför sig till försäljning till Kommunen som ägare av bolaget, varför i vart fall det s.k. *verksamhetsrekvisitets* krav på mer än 80 procents ägarrelaterad omsättning inte är uppfyllt. Det är sålunda fortfarande inte möjligt för Kommunen att med åberopande av *in-house-undantaget* i 2 kap. 10 a § LOU köpa tjänster direkt från Västerås & Co AB.

Fråga uppkommer därmed om någon annan undantagsbestämmelse i LOU medger grund för Kommunen att direkttilldela de aktuella kontrakten. Behovet av en turistbyrå som marknadsför Kommunen är knappast av sådan kvalificerad natur att lagens krav på annonsering kan frångås. Någon *synnerlig brådska*, till följd av icke självförvållad tidsnöd, som har gjort det omöjligt för Kommunen att genomföra ett annonserat upphandlingsförfarande, har inte förelegat utan Kommunen har under flera år haft god tid på sig att förebereda och genomföra ett offentligt upphandlingsförfarande. Det finns heller inte något annat undantag från LOU eller från den lag- och direktivstadgade skyldigheten att annonsera upphandlingen som kan göras tillämplig i det aktuella fallet.

Ett annonserat upphandlingsförfarande skulle därför rätteligen ha genomförts i enlighet med huvudregeln i LOU. Kommunens nu aktuella förfarande, att kringgå denna upphandlingsskyldighet och istället köpa aktuella tjänster direkt från Västerås & Co, strider således mot LOU och de upphandlingsrättsliga direktiven samt sätter konkurrensen på den aktuella marknaden ur spel. Mot denna bakgrund finns det anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen.