

PM 2 2010-12-23 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Nynäshamns kommun har beslutat att utan föregående infordran av konkurrerande anbud köpa tjänster för mottagning av ensamkommande flyktingbarn m.m. från ett av kommunen delägt bolag.

Nynäshamns kommun har, genom Socialnämndens ordförande, den 27 och 30 september 2010 tecknat ramavtal med det av kommunen delägda företaget AB Vårlljus om köp av åtta boendeplatser för i första hand ensamkommande asylsökande flyktingbarn och barn som fått permanent uppehållstillstånd eller, i mån av plats, för ungdom från annan målgrupp.¹

Avtalet ska löpa från och med den 17 januari 2011 och tills vidare. Uppsägning kan ske av endera avtalspart med sex månaders varsel.

Det aktuella avtalet har tecknats utan föregående annonserat upphandlingsförfarande. Någon annonsering genom s.k. *förhandsinsyn*² har heller inte genomförts. På den aktuella marknaden för boende och omhändertagande av ensamkommande flyktingbarn m.m. finns det etablerat flera privata företag som bör kunna komma ifråga för att lämna anbud.

AB Vårlljus³ är ett av Nynäshamns kommun gemensamt med 24 andra kommuner i Stockholmsområdet⁴ delägt bolag som har till ändamål med sin verksamhet att ”... *på samhällsnyttig grund utveckla och saluföra vård-, behandlings- och rådgivningsresurser i första hand för barn och unga samt kompetens på området. Bolaget skall verka i konkurrens med övriga entreprenörer på marknaden, men iakttäta öppenhet och erbjuda samarbete för att stimulera kunskapsutveckling, verksamhetsutveckling och forskning. Bolagets tjänster får saluföras utanför ägarkretsen i enlighet med Socialtjänstlagen paragraf 4*”. Nynäshamns kommuns andel av bolaget uppgår till 1,11 procent.

Bolagets styrelse ska enligt gällande bolagsordning bestå av 5 -7 ordinarie ledamöter och 0-5 suppleanter.⁵ Enligt uppgift representeras de för närvarande 25 ägarkommunerna i bolagets styrelse, enligt vad som har upplysts⁶, ett år i sänder. Innevarande år (2010) representeras Nynäshamns kommun med en ordinarie ledamot i bolagets styrelse. Kommunstyrelserna i respektive ägarkommun tillförsäkras enligt bolagsordningen även rätt att ta del av bolagets handlingar och räkenskaper och att även i övrigt informera sig om bolaget och dess verksamhet.⁷

¹ Avtal mellan Nynäshamns kommun och AB Vårlljus av den 27 och 30 september 2010, rubricerat ”Avtal om boendeplatser för ensamkommande flyktingbarn i Vårlljus asyl- och PUT- boende”.

² En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling får enligt 15 kap. 5 a LOU annonsera sin avsikt i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig (förhandsinsyn). Regeringen meddelar föreskrifter om innehållet i en annons om förhandsinsyn. Bestämmelsen gäller upphandlingar som har påbörjats den 15 juli 2010 eller senare, se aktuell ändringsförfattning: SFS 2010:571.

³ AB Vårlljus, med registreringsnummer 556485-4791, bildades den 22 mars 1993 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 29 mars samma år. Nuvarande firma registrerades samtidigt. Gällande bolagsordning antogs den 3 maj 2006. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”... *på samhällsnyttig grund utveckla och saluföra vård-, behandlings- och rådgivningsresurser i första hand för barn och unga samt kompetens på området. Bolaget skall verka i konkurrens med övriga entreprenörer på marknaden, men iakttäta öppenhet och erbjuda samarbete för att stimulera kunskapsutveckling, verksamhetsutveckling och forskning. Bolagets tjänster får saluföras utanför ägarkretsen i enlighet med Socialtjänstlagen paragraf*”.

⁴ Delägare i AB Vårlljus är kommunerna: Botkyrka (8,33%), Danderyd (1,32%), Ekerö (1,25%), Haninge (10,55%), Huddinge (10,45%), Järfälla (4,83%), Lidingö (2,05%), Nacka (4,96%), Norrtälje (4,50%), Nykvarn (0,51%), Nynäshamn (1,11%), Salem (3,13%), Sigtuna (0,71%), Sollentuna (6,35%), Solna (7,10%), Sundbyberg (3,25%), Södertälje (5,12%), Tyresö (5,50%), Täby (3,75%), Upplands Bro (4,98%), Upplands Väsby (2,77%), Vallentuna (0,62%), Vaxholm (0,49%), Värmdö (2,83%) samt Österåker (3,54%).

⁵ Se bolagsordning för AB Vårlljus, punkten 6, styrelsen.

⁶ Se Nynäshamns kommun, yttrande till Förvaltningsrätten i Stockholm i mål 44358-10, aktbilaga 5, s. 3 (nederst).

⁷ Se bolagsordning för AB Vårlljus, punkten 15, aktieägars rätt till information.

AB Vårlljus omsatte enligt senast tillgängliga årsredovisning (2009) c:a 107 miljoner kronor vilket innefattar en ökning med nästan 41 procent jämfört med närmast föregående år. Redovisat resultat efter finansiella poster uppgick 2009 till c:a 12 miljoner kronor. Resultat efter bokslutsdispositioner och skatt uppgick under samma period till c:a 6,4 miljoner kronor.

AB Vårlljus har under åren 1995 till och med 2009 sålt i genomsnitt drygt 71 procent av sin kapacitet till delägarkommunerna.⁸ År 2009 uppgick andelen försäljning till delägarna till 82 procent att jämföras med 75 procent för år 2008.⁹ I 2009 års siffror ingår intäkter från bolagets boendeverksamheter för ensamkommande flyktingbarn.¹⁰ Detta uppges vara förklaringen till att den procentuella andelen avseende försäljning till delägarkommunerna har ökat. Under perioden januari – augusti 2010 uppges bolaget ha bedrivit mellan 86,6 och 88,4 procent av sin totala verksamhet gentemot ägarerna.¹¹

Nynäshamns kommun har i avtal med Staten genom Migrationsverket i juli 2010¹² åtagit sig att mottaga asylsökande barn utan legal vårdnadshavare samt att anordna boende för både asylsökande barn och barn med uppehållstillstånd utan legal vårdnadshavare i Sverige.

Nynäshamns kommun har maskerat uppgifter i den undertecknade version av avtalet med AB Vårlljus som har lämnats ut, såvitt avser där angivna priser. Enligt en icke undertecknad version av avtalet som tidigare har gjorts tillgänglig ska kommunen ersätta AB Vårlljus med 1.825 kronor per belagd plats och 1.525 kronor per tomlats och dygn. Ändras den statliga ersättningsnormen (f.n. 1.900 kr respektive 1.600 kr) justeras vårdavgiften med samma procentsats.¹³

Det aktuella avtalets s.k. kontraktswärde kan med ledning av dessa uppgifter uppskattas till minst c:a 4,5 miljoner kronor per år¹⁴ eller sammanlagt minst 17,8 miljoner kronor under den 48 månadersperiod som framgår av beräkningsregeln vid offentlig upphandling.¹⁸

Förvaltningsrätten i Stockholm har i dom av den 20 december 2010 beslutat att förklara Nynäshamns kommuns avtal med AB Vårlljus ogiltigt. Av domskälen framgår att förvaltningsrätten funnit varken kontroll- eller verksamhetsrekvisitet för undantag enligt 2 kap. 10 a § LOU (s.k. Teckal-undantag, se vidare nedan under gällande rätt) var uppfyllt.¹⁵

Gällande rätt

Uppkommande ansvarsfrågor kring mottagande av asylsökande barn m.m. regleras genom bland annat lagen (1994:137) om mottagande av asylsökande m.fl. – LMA, samt förordningen (2002:1118) om statlig ersättning för asylsökande m.fl. och förordningen (1990:927) om statlig ersättning för Flyktingmottagande m.m. att anordna boende för ensamkommande barn.

Enligt 2 § första stycket LMA¹⁶ har Migrationsverket huvudansvaret för mottagandet av vissa i lagen angivna kategorier av utlänningar¹⁷ och får för detta ändamål driva förläggningar. Migrations-

⁸ Av Årsredovisning 2009 framgår att AB Vårlljus under perioden den 1995-2009 bedrivit verksamhet gentemot sina ägare till i genomsnitt 71,4 procent, se årsredovisningen, s.4, tabellen.

⁹ Se Årsredovisning 2009, s.4, tabellen.

¹⁰ Se Årsredovisning för 2009, s. 3.

¹¹ Se Nynäshamns kommun, yttrande till Förvaltningsrätten i Stockholm i mål 44358-10, aktbilaga 5, s. 4 jämte bilaga 2 till yttrandet med revisorsintyg.

¹² Avtal mellan Nynäshamns kommun och Staten genom Migrationsverket av den 30 juni och 13 juli 2010, rubricerad "Överenskommelse om mottagande av asylsökande barn utan legal vårdnadshavare i Sverige, s.k. ensamkommande barn".

¹³ Underlag för avtal mellan Nynäshamns kommun och AB Vårlljus, rubricerat "Avtal om boendeplatser för ensamkommande flyktingbarn i Vårlljus asyl- och PUT- boende", punkten 5.1 "Ersättning".

¹⁴ Antalet platser x avtalat pris per plats x antal dagar på ett år ger $8 \times 1.525 \times 365 = 4,453$ miljoner kronor/år.

¹⁵ Förvaltningsrätten i Stockholm, dom av den 20 december 2010 i mål 44358-10. Avgörandet har ännu inte vunnit laga kraft.

¹⁶ Bestämmelsen 2 § har giltighet från och med den 1 juli 2006, enligt ändringsförfattning, SFS 2006:177.

¹⁷ Bestämmelsen i 2 § LMA omfattar utlänningar som (1.) har ansökt om uppehållstillstånd i Sverige som flykting enligt 4 kap. 1 § eller som annan skyddsbehövande enligt 4 kap. 2 eller 2 a § utlänningslagen (2005:716) eller motsvarande äldre bestämmelser (asylsökande) eller (2.) har beviljats uppehållstillstånd med tillfälligt skydd eller uppehållstillstånd efter tillfälligt skydd med stöd av bestämmelserna i 21 kap. 2, 3, 4 eller 6 § utlänningslagen och som inte är folkbokförda här i landet.

verket får även uppdra åt andra att driva förläggningar. En kommun får enligt andra stycket i samma paragraf anordna boenden för ensamkommande barn som ingår i dessa kategorier.

I 7 b § förordningen (2002:1118) om statlig ersättning för asylsökande m.fl. och i 22 § förordningen (1990:927) om statlig ersättning för Flyktingmottagande m.m. föreskrivs att en kommun som har träffat överenskommelse med Migrationsverket om mottagande av asylsökande eller asylsökande barn också får träffa överenskommelse med verket om hur många platser för boende som kommunen skall hålla tillgängliga och därmed få ersättning för. I dessa fall har kommunen rätt till ersättning med 1.600 kronor per dygn för varje överenskommen plats och därutöver ett tillägg med 300 kronor per dygn för varje belagd plats.¹⁸

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelningen av bland annat ett *offentlig tjänstekontrakt* 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 således att leverantören mot ersättning ska åta sig att utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning.¹⁹

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats²⁰ efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.²¹ Lagen har kommit till som en följd av bl.a. 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 (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).²²

Tjänster för social omsorg med inkvartering (CPV 85311000-2) samt barn- och ungdomsomsorg (CPV 85311300-5),²³ utgör s.k. B-tjänster, Hälsovård och socialtjänst, kategori 25 enligt bilaga 2 till LOU.

Dessa tjänster ska oavsett kontraktsvärdet upphandlas i enlighet med de icke direktivstyrda bestämmelserna i 15 kap. LOU. Om tjänsternas samlade kontraktsvärde överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde ska dock vissa direktivstyrda bestämmelser avseende efterannonsering m.m. iakttas.²⁴

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

¹⁸ Bestämmelserna i 7 b § respektive 22 § angivna förordningar har giltighet från och med den 1 juli 2007, enligt ändringsförfattningarna, SFS 2007:619 respektive 2007:627.

¹⁹ Begreppet *offentligt kontrakt* ska enligt EU-kommissionen tolkas vidsträckt och omfattar såväl alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande myndighet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande myndighetens förfogande samt utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten åt den upphandlande myndigheten.

²⁰ En upphandling anses påbörjad när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som skall tillämpas eller senast när myndigheten eller enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud.

²¹ 2007 års lag har sedan den 1 januari 2008 ersatt den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. – För övergångsbestämmelser, se lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

²² Klassiska upphandlingsdirektivet ersätter sedan den 31 januari 2006 det tidigare gällande direktivet 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

²³ 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).

²⁴ Se 15 kap. 21 § jämfört med 7 kap. 3 § LOU samt förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

48-månaderskontrakt.²⁵ Tröskelvärdet för kommunal offentlig upphandling uppgick i september 2010 till 1.919.771 kronor.²⁶

Kommunala myndigheter och kommunala beslutande församlingar utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU s.k. upphandlande myndigheter.

Bestämmelserna i LOU är tvingande för upphandlande myndigheter. Enligt 2 kap. 10 a § LOU gäller dock undantagsvis att en upphandlande myndighet, genom s.k. Teckalundantag, utan föregående upphandlingsförfarande enligt LOU kan tilldela kontrakt till en fristående juridisk person som myndigheten själv är ägare eller delägare av. Möjlighet till Teckalundantag föreligger dock enbart om följande två förutsättningar samtidigt är uppfyllda:

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

Vid undersökningen huruvida punkten 1, det s.k. *kontrollrekvisitet*, är uppfyllt ska det enligt EU-domstolens fasta praxis framgå att den fristående juridiska person som tilldelats kontraktet är underställd en kontroll som gör det möjligt för myndigheten att påverka de beslut som fattas av nämnda företag.

Den kontroll som myndigheten utövar över den juridiska personen ska enligt EU-praxis motsvara den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning, men det krävs inte att den i alla aspekter ska vara identisk med denna.²⁷ Det ska dock vara fråga om en möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande såväl ifråga om den fristående enhetens strategiska mål som dess viktiga beslut. Samtliga relevanta bestämmelser och omständigheter ska därvid beaktas.²⁸

Den aktuella kontrollen kan visserligen utövas gemensamt (kollektivt), genom majoritetsbeslut, av de lokala myndigheter (kommuner) som tillsammans äger den juridiska personen²⁹, men ägarna bör, om det är fråga om aktiebolag, ha försäkrat sig om möjlighet till bestämmande inflytande sidan av bolagets styrelse, särskilt om styrelsen (såsom enligt den svenska aktiebolagslagen) har tilldelats långtgående beslutsbefogenheter.³⁰

Värt att notera är att EU-domstolen i mål om tolkningen av upphandlingsdirektiven som regel uttalar sig i generella och principiella termer och överläter till de nationella domstolarna att med utgångspunkt i nationella förhållanden genomföra den faktiska kontroll som krävs för att bedöma om de EU-rättsligt grundade rekvisiten faktiskt är uppfyllda.

²⁵ Enligt 3 kap. 16 § LOU 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.

²⁶ 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 A-tjänster inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) till 206.000 euro eller 1.911.155 svenska kronor se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²⁷ Se bl.a. domen i ovannämnda mål C-324/07 (*Coditel*), p. 46 samt i det ovannämnda målet C-458/03 (*Parking Brixen*), p. 62.

²⁸ 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,p36, 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. Domstolen uttalade i det senare avgörandet bl.a. att "[a]v denna undersökning ska framgå att den enhet som tilldelats kontraktet är underställd en kontroll som gör det möjligt för den koncessionsgivande 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".

²⁹ Se bl.a. domen i ovannämnda mål C-324/07 (*Coditel*), pp. 50 och 51 samt 54.

³⁰ Jfr. domen i ovannämnda mål C-324/07 (*Coditel*), pp. 50 och 51 samt 54.

För svenskt vidkommande har regeringen har i propositionen med förslag till införande av 2 kap. 10 a § LOU (Teckal-undantaget) angivit bl.a. följande:

”Med hänsyn till hur den svenska aktie-bolagsrätten är utformad bedömer regeringen att den aktiebolagsrättsliga regleringen i sig inte bör utesluta att kontrollkriteriet kan uppfyllas i fråga om aktiebolag. Det är i stället den konkreta utformningen av bolagsordning och bolagsstämmobeslut etc. i det enskilda fallet som är avgörande för om den upphandlande myndigheten kan anses ha ett tillräckligt inflytande i den juridiska personen. Det bör tilläggas att det i sammanhanget måste göras en samlad bedömning av samtliga omständigheter. Det ankommer således på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma om bestämmelserna är tillämpliga”.³¹

För det fall den juridiska personen bedriver annat än marginell verksamhet på den allmänna marknaden, föreligger enligt punkten 2, det s.k. *verksamhetsrekvisitet*, inte någon möjlighet till Teckal-undantag.

Enligt EU-domstolen har denna begränsning särskilt till syfte att säkerställa att upphandlingsdirektiven är tillämpliga i de fall då företag, som kontrolleras av en eller flera myndigheter, är aktiva på marknaden och således kan konkurrera med andra företag.³²

Av anslutande svenska förarbetsuttalanden framgår att undantagsbestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU inte innefattar någon möjlighet till automatisk befrielse från upphandlingsskyldighet enligt LOU. Det ankommer istället på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall göra en bedömning huruvida villkoren i bestämmelsen är uppfyllda.³³

Regeringen framhåller i propositionen 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 i dag finns, sannolikt inte är organiserade på ett sådant sätt att bestämmelsens villkor är uppfyllda.³⁴

Vidare framgår av propositionstexten att förutsättningarna för Teckal-undantag, motsvarande kontroll- och verksamhetskriterierna, ska tolkas restriktivt³⁵ och att det är den som åberopar undantagsbestämmelsen som har bevisbördan för att villkoren verkligen är uppfyllda.³⁶

I EU-domstolens praxis har verksamhet motsvarande knappt 10 procent till andra än den juridiska personens ägare under vissa förhållanden ansetts vara marginell.³⁷ EU-kommissionen har nyligen, i ett motiverat yttrande till regeringen av den 28 oktober 2010, påpekat att en omsättning på 20 procent utanför ägarkretsen inte kan anses marginell.³⁸

Varken undantagsbestämmelsen i 2 kap. 10 a LOU eller anslutande EU-rättslig praxis reglerar vilken beräkningsperiod som ska utgöra utgångspunkt för bedömning om verksamhetskriteriet är uppfyllt. Enligt angränsande bestämmelser, vilka numera finns införda i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF, gäller en beräknings-

³¹ Prop. 2009/10:134, s. 38 mitten.

³² Se EU-domstolens dom i ovannämnda mål C-340/04 (*Carbotermo*), pp. 60 och 61, samt 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.

³³ Prop. 2009/10:134, s. 84 samt Ds 2009:36, s. 83.

³⁴ Prop. 2009/10:134, s. 47, mitten.

³⁵ Prop. 2009/10:134, s. 47 samt Ds 2009:36, s. 83.

³⁶ Prop. 2009/10:134, s. 13 och 47 samt Ds 2009:36, s. 26 och 83; se även EU-domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, p. 46, samt dom i det ovannämnda målet C-458/03, *Parking Brixen*, p.63 jämte dom av den 6 april 2006 i mål C-410/04, *ANAV*, REG 2006, s. I- 3303, p. 26.

³⁷ Se EU-domstolens dom av den 19 april 2007 i mål C- 295/05, *Tragsa*, REG 2007, s. I- 2999.

³⁸ Se pågående överträdelseförfarande, EU-kommissionens ärendenummer 2009/4080, regeringens dnr. Fi2010/641.

regel för handel mellan ”intresseföretag”³⁹ där utgångspunkt för omsättningsvärderingen utgör ett genomsnitt av det anknutna företags genomsnittliga aktuella omsättning under de föregående tre åren.⁴⁰

Regelverket i LOU behöver vidare, enligt 1 kap. 7 § LOU, inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten. Den omständigheten att en upphandlande myndighet tror sig veta att enbart en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför däremot inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.⁴¹

Om upphandling enligt LOU måste genomföras, ska enligt huvudregeln i 1 kap. 9 § samma lag den upphandlande myndigheten behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Syftet med LOU jämte bakomliggande EU-direktiv och fördragsbestämmelser är att säkra att offentlig upphandling sker genom en effektiv konkurrens samt att leverantörer och deras ansökningar och anbud behandlas på ett likvärdigt och förutsebart sätt. Reglerna är utformade bl.a. i syfte att 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.

Som regel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar. En annons om upphandlingen ska på snabbaste lämpliga sätt sändas till Europeiska kommissionen⁴², för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.⁴³

Företag som tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”leverantörer” som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).

Enligt 15 kap. 3 § LOU jämfört med 4 kap. 5-8 §§⁴⁴ föreligger vid bl.a. tjänsteupphandling undantag från denna skyldighet under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är lågt eller det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande myndigheten,

³⁹ Med *anknutna företag* avses enligt 2 kap. 2 § LUF företag över vilket en upphandlande enhet har ett bestämmande inflytande eller som som kan utöva ett bestämmande inflytande över den upphandlande enheten, eller företag som tillsammans med en upphandlande enhet står under bestämmande inflytande av ett annat företag på grund av ägande eller finansiellt deltagande eller på grund av de regler företaget lyder under. Med anknutet företag avses även alla företag vars årsräkenskaper konsolideras med den upphandlande enhetens enligt kraven i EU-rättens koncernbestämmelser.

⁴⁰ Se 1 kap. 16 § LUF.

⁴¹ Se EU-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I- 3609. I domen behandlas bl.a. en upphandling av omhändertagande av avfall där en central rättsfråga var huruvida en upphandlande enhet kan lägga sin uppfattning att inga andra leverantörer rent faktiskt kan komma ifråga till grund för att underlåta infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. Förbundsrepubliken Tyskland medgav att de i EG:s upphandlingsdirektiv stadgade villkoren för att underlåta anbudsinfordran från flera företag inte hade uppfyllts, men hänvisade till att den valda leverantören rent faktiskt var det enda företag som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande (se punkten 57). EU-domstolen, som emellertid inte fann att detta kunde utgöra tillräckligt skäl för att underlåta upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden, uttalade bl.a. att ett förfarande som används på grund av att det föreligger skäl för undantag (i målet var det ett tekniskt skäl som åberopades) måste vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och att ”risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens” (se punkterna 62 och 63). Förbundsrepubliken Tyskland fälldes således av EU-domstolen för att ha åsidosatt EU:s upphandlingsdirektiv 92/50/EEG (tjänsteupphandlingsdirektivet). Efter domstolens avgörande har Europeiska kommissionen inlett ett nytt förfarande gentemot Förbundsrepubliken Tyskland i syfte att även tvinga fram omedelbart upphörande av de avtal som tecknats i den kritiserade upphandlingen (se Europeiska kommissionens pressmeddelande av den 25 oktober 2004- IP/04/1294 jfr även pressmeddelandet den 31 mars 2004 – IP/04/428).

⁴² Se 2 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

⁴³ 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).

⁴⁴ Den aktuella reglering, som tidigare återfanns i eller 15 kap. 3 och 5 §§ LOU har sedan den 15 juli 2010 sammanförts till 15 kap. 3 § LOU, i delvis ny lydelse.

- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- 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.

Yttrande

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

Socialnämnden i Nynäshamn är en sådan *upphandlande myndighet* som är skyldig att iaktta vad som föreskrivs enligt LOU.

Av utredningen i ärendet framgår att kommunen har tecknat avtal i september 2010 med AB Vårlljus om mottagande av bl.a. ensamkommande flyktingbarn. Den aktuella tilldelningen har inte föregåtts av någon annonserad inbjudan till anbudsgivning, eller annonserats på annat sätt.

Kontraktsvärdet uppgår till uppskattningsvis minst c:a 17,8 miljoner kronor. Eftersom avtalet avser s.k. B-tjänster ska handläggningen ske i enlighet med de icke direktivstyrda bestämmelser som följer av 15 kap. LOU. Efterannonsering ska med hänvisning till avtalets höga kontraktsvärde emellertid genomföras i enlighet med EU-direktivets bestämmelser.

Undantagsvis tillåts köp av tjänster från hel- eller delägda bolag enligt 2 kap. 10 a § LOU i vissa fall ske utan iakttagande av LOU, dock enbart under förutsättning att bolaget inte annat än i marginell omfattning är verksamt på den allmänna marknaden. AB Vårlljus ägs av Nynäshamns kommun gemensamt med ett antal andra kommuner och skulle således kunna omfattas av den angivna undantagsbestämmelsen.

Det finns utöver ordinarie bolagsorgan, bolagsstämma och styrelse, inte några ytterligare instrument för ägarna att påverka styrningen av AB Vårlljus, utan styrelsen har tillagts långtgående beslutsbefogenheter att styra bolaget. Styrelsen består av mellan 5 och 7 ordinarie ledamöter medan bolaget ägs av 25 kommuner. Enligt vad som upplysts cirkulerar styrelseposterna mellan bolagets ägare, med ett år i sänder. Detta innebär att Nynäshamns kommun kommer vara representerat i bolagets styrelse i genomsnitt enbart vart fjärde år. Det kan mot denna bakgrund ifrågasättas om Nynäshamns kommun utövar sådan kontroll över AB Vårlljus strategiska mål som dess viktiga beslut som krävs för att det s.k. kontrollrekvisitet för undantag enligt 2 kap. 10 a § LOU är uppfyllt.

AB Vårlljus ska enligt bolagsordningen verka i konkurrens med övriga entreprenörer på marknaden och saluföra tjänster utanför ägarkretsen. Bolaget är också rent faktiskt verksamt med att sälja tjänster på den allmänna marknaden. Omfattningen av denna verksamhet har kommit att variera över tid, och uppgick under perioden 1995-2009 till c:a 28,6 procent. Under 2009 minskade andelen verksamhet till andra än delägarna till c:a 18,4 procent. Även om kommunen nu uppger att denna andel har minskats ytterligare under 2010 finns det inga garantier för att den konkurrensutsatta verksamheten återigen kommer att uppgå till betydande värden. Vid en sammantagen bedömning, särskilt med beaktande av att AB Vårlljus har som uppdrag av ägarna att aktivt saluföra tjänster utanför ägarkretsen, menar Konkurrenskommissionen att AB Vårlljus inte uppfyller vad som krävs för att uppfylla det s.k. verksamhetsrekvisitet för undantag enligt 2 kap. 10 a § LOU.

Någon lagstadgad ensamrätt som medför att endast AB Vårlljus kan komma ifråga för att tillhandahålla aktuella tjänster föreligger inte, och på den aktuella marknaden finns det flera privata företag som bör kunna komma ifråga för att lämna anbud.

Synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte heller beror på Nynäshamns kommun har inte ens påståtts föreligga vid tidpunkten för den aktuella tilldelningen i september 2010. Undantaget för kompletteringsbeställning är inte heller uppfyllt. Det är heller inte så att de aktuella tjänsterna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras endast av AB Vårlyus.

Inget av de i LOU förekommande undantagen är således tillämpligt i det aktuella fallet. Annonserad upphandling skulle istället ha genomförts i enlighet med LOU.

Avtalet mellan Nynäshamns kommun och AB Vårlyus har således kommit till i strid mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Förutsättningarna för konkurrensen har därmed snedvridits samtidigt som förtroendet för kommunen som upphandlare har undergrävt.

.