

PM 2 2009-04-21 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om ett statligt bolags skyldighet att vid anskaffning av tjänster iaktta bestämmelserna om offentlig upphandling.

Sveaskog Förvaltnings AB, som ingår i den helstatliga Sveaskogkoncernen, har vid anskaffning av skogsrojningsentreprenadtjänster underlåtit att annonsera förfarandet enligt gällande bestämmelser om offentlig upphandling samt förbehållit sig rätt till fri anbudsprövning.

Sveaskog Förvaltnings AB infortrade i november 2008 anbud avseende ”totalentreprenad av röjning”. Anskaffningen avser röjningsarbeten av totalt 4.500 hektar skogsmark inom områdena Jämtland, Östavall, Storån, Tevansjö, Oppli, Ängersjö, Karsvall, Arbrå, Lomsjön, Ore, Särna, samt Älvdalen som ska utföras under perioden den 1 april till den 31 oktober 2009. Avtalsperioden omfattar tiden den 1 januari till den 31 oktober 2009.

Förfrågningsunderlaget är odaterat, och rubricerat ”Sveaskog Anbudsunderlag”. Som beställare anges omväxlande ”Sveaskog” och ”Sveaskog Förvaltnings AB”. Anskaffningen har såvitt kunnat utredas inte annonserats i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller i någon annan form som möjliggör en effektiv konkurrens.

Av punkten 15 i underlaget framgår att beställaren ”förbehåller sig rätten till fri prövning”. Anbudstiden gick ut den 19 december 2008.

Sveaskog Förvaltnings AB¹ är ett indirekt helägt statligt bolag som har till föremål för sin verksamhet att:

”... äga och förvalta fast och lös egendom, däribland aktier och andelar i andra företag, direkt eller indirekt driva industriell rörelse, företrädesvis skogsbruk och skogsindustri, ävensom utöva annan därmed förenlig verksamhet”.

Bolaget ägs av staten genom moderbolaget Sveaskog AB² och hette tidigare bl.a. AssiDomän AB. Staten har genom överlåtelse av mark och andra tillgångar jämte investerat kapital överfört tillgångar värda minst 15 miljarder kronor i aktiekapital³ i koncernen och utser genom ägarrepresentant på bolagsstämman en styrelse och revisorer som är gemensamma för de båda bolagen Sveaskog AB och Sveaskog Förvaltnings AB.⁴ Koncernmoderbolaget, Sveaskog AB saknar vidare egen personal.⁵ Koncernens årsredovisning presenteras årligen för regeringen genom Näringsdepartementet, vilken inom ramarna för statens ägarpolitik utövar den kontroll över bolagskoncernen som ytterst ankommer på staten som enda ägare.

Motiven för bildandet av den statliga skogskoncernen i dess nuvarande form framgår av en serie propositioner som har framlagts till riksdagen sedan 1999.⁶ Före 1992 förvaltades merparten av statens skogsinnehav genom dåvarande Domänverket som ansvarig central förvaltningsmyndighet. Från och med den 1 juli 1992 överfördes huvuddelen av statens skogsinnehav – d.v.s. Domänverkets dåvarande skogsrörelse och större delen av statens skogliga verksamhet — till helstatliga Domän AB. Kvar i statlig myndighetsförvaltning fanns därefter främst statens innehav av

¹ Sveaskog Förvaltnings AB, med organisationsnummer 556016-9020, bildades den 26 oktober 1918 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 14 februari 1919. Nuvarande firma registrerades den 19 oktober 2002. Tidigare firma har varit Mjölsefalls AB, Domänföretagen AB, Domän AB, Assidomän AB samt AssiDomän AB. Bolaget verkar även under den registrerade bifirman Domänfinans. Nu gällande bolagsordning registrerades den 27 april 2006. Sveaskog Förvaltnings AB ägs till 100 procent av koncernmoderbolaget Sveaskog AB.

² Sveaskog AB, med organisationsnummer 556558-0031, bildades den 16 juni 1998 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 3 juli 1998. Nuvarande firma registrerades den 23 februari 1999. Tidigare firma har varit AB Grundstenen 82528, AB Mjölsefall samt Kronmarken AB. Nu gällande bolagsordning registrerades den 27 april 2006. Sveaskog AB ägs till 100 procent av staten och utgör koncernmoderbolag för bl.a. Sveaskog Förvaltnings AB (556016-9020).

³ Därför hade Sveaskogkoncernen på balansdatum per den 31 december 2007 räntefria skulder på c:a 9 miljarder kronor (9,615 mdr kr), se Sveaskog AB, årsberättelse för 2007 s. 18.

⁴ Styrelsen är identisk i Sveaskog AB och Sveaskog Förvaltnings AB, se Sveaskog AB, årsberättelse för 2007, s. 34.

⁵ Se Sveaskog AB, skrift av den 20 mars 2009 med yttrande till Konkurrenskommissionen, s. 1 näst sista stycket: ”Sveaskog AB har inte någon egen personal”.

⁶ Se bl.a. prop. 1999/2000:1, (budgetproposition), prop. 2001/02:39 angående statens förvärv av aktier i Assidomän, prop. 2004/05:1 (budgetproposition), avsnittet angående Sveaskogs roll avseende naturturism jämte prop. 2004/05:56 angående politik för långsiktig konkurrenskraftig svensk turistnäring.

skogsmark väster om den så kallade odlingsgränsen. Under 1993 och 1994 slogs Domän AB ihop med det tillika statsägda ASSI AB samt det av staten majoritetsägda NCB AB. Bolaget bytte även firma (namn) till AssiDomän AB och börsintroducerades.⁷ Efter sammanslagning och börsintroduktion uppgick statens ägarandel i AssiDomän AB till drygt 50 procent. Under 1999 överfördes cirka en fjärdedel av AssiDomäns skogsmark till det nybildade bolaget Sveaskog AB, vars aktier förvärvades av staten. Staten minskade samtidigt sin ägarandel i AssiDomän till cirka 35 procent. År 2001 förvärvade staten genom Sveaskog AB resterande 65 procent av aktierna i AssiDomän AB och blev således ensam ägare av bolaget, vilket 2002 bytte namn till Sveaskog Förvaltnings AB och sedan dess ingår som helägt dotterbolag i den koncern där Sveaskog AB utgör moderbolag. Enligt gällande bolagsordning har Sveaskog AB till föremål för sin verksamhet att:

”... äga och förvalta fast och lös egendom samt bedriva skogsbruk och skogsindustri ävensom idka därmed förenlig verksamhet. Bolaget skall medverka till att markbyten underlättas såväl genom förvärv som försäljningar och bidra till en ökad konkurrens på virkesmarknaden i avsikt att skapa en bättre virkesförsörjning för köpsågverken och andra aktörer. Bolaget skall i sin verksamhet beakta naturvårdshänsyn, vilt och faunavård. Bolaget skall vidare genom försäljning av mark möjliggöra omarronderingar och tillköp för enskilt jord- och skogsbruk särskilt i glesbygd samt därutöver bedriva verksamhet inom området naturbaserad turism i första hand genom upplåtelse av mark och vatten till entreprenör”.

Verksamheten ska enligt statuterna drivas på marknadsmässiga villkor och regeringen inordnar bolaget bland de företag som arbetar under marknadsmässiga krav.⁸

Sveaskogkoncernens faktiska innehav av skogsmark uppgår till c:a 4,4 miljoner hektar, varav c:a 3,4 miljoner hektar utgör produktiv markareal. Fastighetsägandet utövas i huvudsak inom koncernen genom Sveaskog Förvaltnings AB, vilket uppskattningsvis äger totalt c:a 4,1 miljoner hektar mark, medan motsvarande markinnehav hos moderbolaget, Sveaskog AB, uppgår till endast c:a 0,3 miljoner hektar.⁹

Till grund för styrningen av Sveaskogkoncernen ligger förutom den svenska aktiebolagslagen, och gällande bolagsordning, Svensk kod för bolagsstyrning samt statens ägarpolitik. I den senare anges riktlinjer och policier för företag med statligt ägande. Bland annat regleras styrelsernas ansvar och sammansättning. Staten har även angett särskilda riktlinjer för verksamhetens bedrivande. Dessa redovisas på Sveaskogs hemsida på internet¹⁰ bl.a. enligt följande:

”Ägarens uppdrag

Sveaskog ingår i gruppen statligt ägda företag som verkar under marknadsmässiga villkor och krav. Kraven gäller långsiktighet, effektivitet, lönsamhet, utvecklingsförmåga samt en miljömässigt och socialt ansvarstagande verksamhet. Staten äger skog eftersom ett långsiktigt statligt ägande av skogsmark är en viktig nationell angelägenhet. Skogen är viktig som råvarukälla och skapar även sysselsättning och rekreationsmöjligheter.

⁷ Domän AB förvärvade per den 31 december 1993 det helstatliga skogsindustriföretaget ASSI AB och bytte namn till AssiDomän AB. Den 1 mars 1994 lämnade AssiDomän AB ett erbjudande till samtliga aktieägare i det börsnoterade aktiebolaget NCB, där staten innehade c:a 51 procent av aktierna. Den 1 april 1994 börsintroducerades det sammanslagna AssiDomän-bolaget. Därefter uppgick statens ägarandel till drygt 50 procent. Under 1999 överfördes cirka 25 procent av AssiDomäns skogsmark till dotterföretaget Sveaskog AB, vars aktier förvärvades av staten. Samtidigt minskade statens ägarandel i AssiDomän till cirka 35 procent. År 2001 förvärvade staten genom det forna dotterbolaget Sveaskog AB resterande 65 procent av aktierna i AssiDomän AB. Den 19 oktober 2002 registrerades bolaget namnbytte till det nuvarande, Sveaskog Förvaltnings AB. År 2006 avyttrade Sveaskog den kartongtillverkning som tidigare skett i AssiDomän Cartonboard anläggningar i Frövi till det privata Kinnevikbolaget, Korsnäs AB. I och med denna försäljning är Sveaskogkoncernen numera renodlat skogsägande.

⁸ Se rskr. 2004/05:120, 2005 års redogörelse för företag med statligt ägande.

⁹ Enligt Sveaskog AB, årsberättelse för 2007 (balansräkningen för moderbolaget, s. 23 att jämföra med not 17, Specifikation av aktier och andelar samt andra långfristiga värdepappersinnehav, s. 40) värderas koncernens samlade markinnehav till drygt 24 miljarder kronor, varav moderbolagets andel motsvarar c:a 85 miljoner kronor. Koncernen saknar, såvitt framkommit, en central sammanställning av hur det aktuella markinnehavet exakt fördelar sig mellan Sveaskog AB och Sveaskog Förvaltnings AB. Här angiven uppskattning, att det samlade fastighetsinnehavet uppgår till c:a 4,4 miljoner hektar mark, varav c:a 0,3 miljoner hektar innehas av moderbolaget Sveaskog AB och 4,1 miljoner hektar innehas av dotterbolaget, Sveaskog Förvaltnings AB, har under hand vitsordats som rimlig i sig.

¹⁰ Se <http://sverigefiskekortet.se/sv/Om-Sveaskog/Bolagsstyrning/Agarens-riktlinjer/>, enligt hemsidans lydelse per den 2009-01-13.

Ägarmålet

Sveaskog ska förvalta företagets skogar på ett föredömligt sätt, ur både produktions- och miljösynpunkt, för att trygga en långsiktigt hållbar utveckling. Verksamheten ska drivas på marknadsmässiga grunder och generera avkastning minst i nivå med jämförbara verksamheter.

Särskilda riktlinjer

Sveaskogs ägare har utöver det övergripande ägarmålet angett särskilda förutsättningar för verksamheten.

Oberoende aktör

Sveaskog ska vara en oberoende aktör och bidra till en ökad konkurrens på virkesmarknaden. Alla kunder ska behandlas på ett affärsmässigt och likvärdigt sätt.

Förstärka enskilt jord- och skogsbruk

Sveaskogs stora och geografiskt utspridda markinnehav medför att vi ska verka för att erbjuda omarronderings- och tillköpsmöjligheter av mark i syfte att förstärka det enskilda jord- och skogsbruket. Genom försäljning av mark till enskilda, underlättas utkomstmöjligheter och lokal utveckling i skogs- och landsbygd. I försäljningsaktiviteterna ska glesbygden prioriteras. På sikt ska försäljningen omfatta 5-10% av arealen vid Sveaskogs bildande.

Ersättningsmark

Sveaskog ska också tillhandahålla ersättningsmark till staten i samband med bildandet av naturreservat och markavsättningar för andra allmännyttiga ändamål. All överföring av mark från oss ska ske till marknadsmässiga priser.¹¹

Naturturism

Möjligheter till upplevelser av olika slag, baserade på skogen och dess resurser, skapar förutsättningar för Sveaskog att bedriva en utökad verksamhet inom området naturturism, rekreation och upplevelser. Verksamheten ska bedrivas på marknadsmässig grund. I inledningsskedet prioriterar vi våra marker i norra delen av landet .

Utplacera industriell rörelse

Ägarens ambition är inte att vara långsiktig ägare till industriell verksamhet inom det skogliga området. Därför ska befintlig industriell rörelse inom Sveaskog utplaceras i nya strukturer. I arbetet med att förändra ägarstrukturerna säkerställer vi möjligheterna att få ut ett bra värde för tillgångarna.”

Av prop. 2007/08:108, under rubriken ”Sveaskogs roll för uppfyllandet av miljömål”, framgår vidare bl.a. följande:

”Sveaskog bidrar till måluppfyllelsen av det skogspolitiska miljömålet samt till miljö kvalitetsmålet *Levande skogar* genom sitt interna naturvårdsarbete med frivilligt skyddade områden och genom att överlåta mark till Naturvårdsverket för bildande av naturreservat och för vidare överlåtelse till enskilda markägare som ersättningsmark vid reservatsbildning. Sveaskog har beslutat att avsätta 20 procent av företagets produktiva skogsmarksareal nedanför den fjällnära gränsen för naturvårdsändamål. I dessa 20 procent ingår Sveaskogs ekoparker och naturvårdsskogar samt generell naturhänsyn i produktionsskogar. För stora delar av ekoparkerna har Sveaskog tecknat långsiktiga avtal med Skogsstyrelsen om att undanta markerna från skogsbruk eller om anpassad skötsel. [...]

Sveaskog och Naturvårdsverket har slutit ett avtal om överlåtelse av ersättningsmark. Avtalet innebär att ersättningsmark kan erbjudas fysiska och juridiska personer, med ett markinnehav om högst 5 000 hektar, som bedriver skogsbruk i former som liknar enskilt skogsbruk. Även allmänningsskogar, besparingsskogar och häradsallmänningar kan erbjudas ersättningsmark, men inte större skogsbolag. I områden där Sveaskog saknar mark som är lämplig som ersättningsmark kan s.k. trepartsbyten vara aktuellt. Trepartsbyten innebär att en annan part än Sveaskog överlåter ersättningsmark till en enskild privat markägare vid reservatsbildning och att Sveaskog överlåter ersättningsmark till den andra parten”.¹²

¹¹ Uppdraget om ersättningsmark härrör från tidpunkten då staten överförde sitt tidigare markinnehav i Domänverkets regi till Domän AB 1992 och följde sedan med när Domän AB efter sammanslagningar med ASSI AB och NCB AB blev AssiDomän AB. När Sveaskog bildades 1998 utgick riksdagen från att avtalet om ersättningsmark som ingicks 1992 mellan staten och Domän fortsatt skulle gälla (se vidare prop. 2007/08:108, s. 72 överst, prop. 1998/99:01, bet. 1998/99:NU1, samt rskr. 1998/99:108).

¹² Se prop. 2007/08:108, En skogspolitik i takt med tiden, s.70-71. Se även Miljöutskottets betänkande, 2007/08: MJU18.

Under 2003 utredde dåvarande Nämnden för offentlig upphandling (NOU)¹³ huruvida Sveaskog ska anses skyldig att följa gällande bestämmelser om offentlig upphandling.¹⁴

Tillfrågad av NOU hade koncernmoderbolaget Sveaskog AB förklarat sig inte vara skyldigt att iaktta gällande bestämmelser om offentlig upphandling. I koncernens uppdrag från staten ingår emellertid bl.a. tillhandahålla ersättningsmark i samband med bildande av naturreservat m.m. samt att skapa förutsättningar för att lokalt utveckla naturupplevelser, jakt- och fiskemöjligheter. Med hänvisning till ett tidigare avgörande från EG-domstolen, där ett irländskt statligt skogsföretag som utövar sin verksamhet under villkor som har slående likheter med vad som gäller för Sveaskog (se redovisningen av målet C-353/96, *Irish Forestry Board*, nedan under gällande rätt)¹⁵ ansåg nämnden att de behov som tillgodoses inom ramen för Sveaskogs verksamheter inte kan anses vara av uteslutande industriell eller kommersiell karaktär. Det torde inte heller finnas någon konkurrensutsatt marknad på vilken industriell eller kommersiell verksamhet skulle kunna bedrivas. NOU:s slutsats blev därför att Sveaskog är skyldigt att iaktta gällande bestämmelser om offentlig upphandling.

Vid sammanträde i november 2003¹⁶ angav NOU som sitt slutliga ställningstagande i saken att Sveaskog AB utgör en upphandlande enhet i den mening som avses i (vid tidpunkten gällande reglering) 1 kap. 6 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – G-LOU.¹⁷ Nämnden begärde därför att bolaget senast i februari 2007 skulle redovisa vilka åtgärder som har vidtagits för att säkerställa att bestämmelserna om offentlig upphandling efterlevs, i samband med tilldelning av kontrakt om köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster. Mot nämndens yttrande genmälde Sveaskog i ett svar till NOU i mars 2004, varvid bolaget vidhöll uppfattningen att det inte är skyldigt att iaktta det upphandlingsrättsliga regelverket eftersom bolaget verkar på konkurrensutsatta marknader, har ett vinstsyfte och står för den ekonomiska risken för sin verksamhet.¹⁸

Efter NOU:s granskning har även Riksrevisionen i en rapport i maj 2006 granskat ett urval av de statliga bolagens¹⁹ förhållande till offentlig upphandling, däribland Sveaskog AB.²⁰ I rapporten uppmärksammar verket att bl.a. Sveaskog AB inte har rättat sig i enlighet med NOU:s tidigare

¹³ Nämnden för offentlig upphandling (NOU) hade enligt 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling jämte förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling tidigare att utöva tillsynen över den offentliga upphandlingen. Med giltighet från och med den första september 2007 har tillsynsansvaret övergått på Konkurrensverket.

¹⁴ I verksamhetsområdet för tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU) ingick att ha överblick över vilka bolag, föreningar och samfälligheter som är upphandlande enheter i den mening som avses i gällande bestämmelser. NOU fick den 17 juni 1998 i uppdrag från regeringen (Fi98/3243) att utreda i vilken utsträckning företag med statligt ägande är att anse som upphandlande enheter enligt LOU. Nämnden, vars utredning omfattade c:a 270 statliga företag, redovisade sin kartläggning i en första rapport den 30 november 1998 (dnr 1998/0172-21, då betecknat som 172/98-21). Nämnden bedömde i rapporten att cirka 130 företag var upphandlande enheter. Av dessa invände c:a 50 företag mot nämndens bedömning och uppgav att de inte var upphandlande enheter. Dessa företag bereddes ytterligare möjlighet att i en andra omgång närmare utveckla sin inställning. Sålunda kompletterande synpunkter sammanfattades i en andra rapport till regeringen, den 3 februari 2003, där nämnden slutligen redovisade sin bedömning avseende företagens status som upphandlande enheter (dnr. 1999/0234-28). Därefter har nämnden genomfört fördjupade granskningar avseende bl.a. sådana statliga företag som har tillkommit efter det att den första granskningen inleddes 1998. I dessa utredningar har NOU bedömt att minst sju statliga bolag, däribland Sveaskog AB, som inte tillämpar bestämmelserna om offentlig upphandling ska göra det.

¹⁵ Se EG-domstolens dom av den 17 december 1998 i mål C-353/96, *Irish Forestry Board*, REG 1998, s. I- 8565, där det fastslogs att det statliga irländska skogsbolaget, Coillte Teoranta eller Irish Forestry Board, vilket liksom Sveaskog är ett privaträttsligt bolag som ska drivas på marknadsmässiga grunder men som också har att värna om nationella skogsområden samt verka för att dessa hålls tillgängliga för allmänheten, är en upphandlande myndighet i den mening som avses i gällande upphandlingsdirektiv och således skyldigt att offentliggöra sina anskaffningar genom annons i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*. (se vidare redovisning under gällande rätt).

¹⁶ Nämnden för offentlig upphandling (NOU), beslut vid sammanträde den 19 november 2003 (dnr. 2003/0221-29).

¹⁷ Det återopade regelverket i dåvarande 1 kap. 6 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, G-LOU, har numera ersatts genom motsvarande föreskrifter i 2 kap. 12 och 19 §§ lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Termen "upphandlande enhet" har därvid ändrats inom den klassiska sektorn till att vara "upphandlande myndighet" och "offentligt styrt organ".

¹⁸ Sveaskog AB har i två yttranden till NOU redogjort för sin uppfattning att bolaget inte är någon upphandlande enhet, dels i september 2003 som en del av skriftväxlingen med nämnden, dels i mars 2004 som genmäle på nämndens beslut i november 2003 om att bolaget utgör en upphandlande enhet. Sveaskogs inställning kan sammanfattas i att bolaget verkar på konkurrensutsatta marknader, arbetar under vinstsyfte samt står den ekonomiska risken för sin verksamhet.

¹⁹ Totalt granskade i rapporten Riksrevisionen fem (5) statliga bolag, dessa var: Akademiska Hus AB, Posten AB, Sveaskog AB, AB Svenska Spel samt SP Sveriges Provnings- och Forskningsinstitut AB.

²⁰ Se Riksrevisionen, Statliga bolag och offentlig upphandling (RiR 2006:15), dnr 39-2005-0269. Riksrevisionen redovisar i rapporten en granskning i enlighet med 9 § lagen (2002:1022) om revision av statlig verksamhet m.m. huruvida regeringen och tillsynsmyndigheten Nämnden för offentlig upphandling har försäkrat sig om att de statliga bolag som omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling genomför sina inköp enligt reglerna.

yttrande och bedömning. Riksrevisionen har påtalat det olämpliga i detta samt uppmanat regeringen att närmare klarlägga förhållandena för berörda statliga företag.

Prisnivån för skogliga röjningsarbeten av här aktuellt slag brukar ligga omkring 2.300 kronor per hektar. Med denna utgångspunkt kan det s.k. *upphandlingsvärdet* av nu efterfrågade röjningstjänster uppskattas till drygt 10 miljoner kronor.

Gällande rätt

Offentlig upphandling som har påbörjats efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Till grund för lagen ligger 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) jämte de grundläggande gemenskapsrättsliga principer som ytterst följer av EG-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och den inre marknaden i artiklarna 43 och 49 EG.

Skogstjänster (CPV 77200000-2), inklusive skogsavverkning (CPV 77210000-5) och tjänster förknippade med skogsbruk (CPV 77230000-1) jämte skogsskötsel (CPV 77231000-8)²¹ utgör B-tjänster (kategori 27 enligt bilaga 2 till LOU) vilka oavsett värdet ska handläggas i enlighet med de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU, normalt genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling. Detta innebär dock inte att förfarandet är undantaget från gemenskapsrättslig reglering. För anskaffningar av B-tjänster över tröskelvärdet (f.n. drygt 1,9 miljoner kronor)²² har EG-kommissionen betonat vikten av att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, särskilt kraven på likabehandling och icke-diskriminering samt öppenhet (transparens) ska iakttas.²³

Det huvudsakliga syftet med lagen om offentlig upphandling jämte den bakomliggande gemenskapsrättsliga regleringen är att säkra att offentliga anskaffning sker genom en effektiv konkurrens och att på marknaden verksamma leverantörer behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn. Bestämmelserna är tillämpliga på bl.a. tjänstekontrakt med ekonomiska villkor som ingås av s.k. *upphandlande myndigheter*, däribland *offentligt styrda organ* (se vidare nedan).

Frågan om grunderna för vilka anbud som ska antas är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller som huvudregel att den offentliga upphandlingen ska genomföras på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt med iakttagande av principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet som bär upp den centrala EG-rätten.

De grundläggande gemenskapsrättsliga principerna är tillämpliga på all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena. Av kraven på *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparens)* följer bland annat att samtliga tänkbara leverantörer ska ges lika förutsättningar för att delta med sinsemellan konkurrerande anbud. Leverantörerna måste därför ges tillgång till upphandlingsrelevant information vid ett och samma tillfälle och på liknande villkor. Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas. För det fall kontrakt avseende B-tjänster är av ett bestämt gränsöverskridande intresse, följer det av EG-domstolens fasta praxis att tilldelningen av sådant kontrakt till ett företag i den medlemsstat där

²¹ CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EG-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 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.

²² Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EG-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling, angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling 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.

²³ EG-kommissionen, tolkningsmeddelande (2006/C 179/02/EG) den 24 juli 2006 om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling, EUT C 179/2.

den upphandlande myndigheten finns, i avsaknad av insyn, utgör en särbehandling till förfång för företag i en annan medlemsstat vilka kunde ha ett intresse av denna upphandling.²⁴

Vilka organ som är skyldiga att iaktta regelverket om offentlig upphandling framgår av 2 kap. LOU. Som huvudregel omfattas enligt 2 kap. 12 § LOU bland annat statligt ägda eller styrda (kontrollerade) aktiebolag av skyldighet att iaktta det upphandlingsrättsliga regelverket. Detta förutsätter dock att bolaget tillgodoser behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.²⁵ För det fall att upphandlingskyldighet kan konstateras föreligga samt det aktuella bolaget är verksamt inom den klassiska sektorn²⁶ utgör det i sådant fall ett ”*offentligt styrt organ*” och ska enligt 2 kap. 19 § LOU anses som en ”*upphandlande myndighet*”.²⁷ Regleringen utgör en implementering av artikel 1.9 andra stycket i det klassiska upphandlingsdirektivet och överensstämmer i allt väsentligt med vad som tidigare gällde enligt äldre föreskrifter om offentlig upphandling (G-LOU).²⁸

Huruvida en delvis skogspolitisk betingad markförvaltning som bedrivs inom ramarna för ett statligt skogsbolags verksamhet ska anses tillgodose ”*behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär*” har tidigare tolkats av EG-domstolen.

I målet C-353/96, *Irish Forestry Board*,²⁹ hade EG-domstolen att ta ställning till huruvida ett statligt irländskt skogföretag, vars verksamhet mycket påminner om den som bedrivs av Sveaskog, var skyldigt att iaktta det på EG-rätten grundade upphandlingsrättsliga regelverket. Av utredningen framgår att Irish Forestry Board (Coillte Teoranta) är ett privaträttsligt bolag som bildats med stöd av föreskrifter i irländsk lag (p. 8). Enligt dessa föreskrifter ansvarar bolaget för skogsbruk och därmed sammanhängande verksamhet. Bolaget har vidare som mål att, i enlighet med den praxis som etablerats på området, skapa och underhålla en skogsindustri och tillsammans med andra ägna sig åt skogsbruk som är förenligt med nämnda mål. Verksamheten ska bedrivas på marknadsmässiga grunder (p. 9).

Irish Forestry Board har bildats av Irländska staten (genom energiministern). Bolaget äger bl.a. tolv nationalparker till vilka tillträdet är fritt, men äger och driver även andra anläggningar (pp. 10 och 11). Den irländska regeringen har genom apportionering överlåtit mark och andra tillgångar värda ungefär 700 miljoner irländska pund till bolaget, vars samtliga aktier innehas av irländska staten, genom energiministern (p.11).

Bolagsordningen samt eventuella ändringar i denna ska godkännas av irländska staten, som även utövar en kontroll över bolagets ledning och dess styrelse (p.12). Bolaget måste vidare följa statens allmänna riktlinjer och ministeriella instruktioner i fråga om löner, lönebidrag och arbetsvillkor för dess anställda och staten (genom energiministern) kan lämna skriftliga instruktioner som förpliktar bolaget att följa regeringens allmänna politiska riktlinjer beträffande skogsbruk samt att inrätta eller underhålla bestämda tjänster och anläggningar, eller att använda bestämda markområden till specifika ändamål. Bolaget är vidare skyldigt att konsultera regeringen (finansministern) i fråga om skogsbruket i vissa områden med vetenskapligt intresse. Bolaget ska också varje år till energiministern lämna förslag på ett program för inköp och försäljning av markområden. Årsberättelse och revisionsberättelse ska presenteras för det irländska parlamentet (pp.12 -13). Bolagets kapital och finansiering är underkastat vissa begränsningar som kräver godkännande av irländska staten samtidigt som staten kan lämna garantier för bolagets lån (p. 14).

Enligt vad den irländska regeringen yttrade i målet utgör Irish Forestry Board ett privaträttsligt bolag för vilket den nationella bolagslagen (Companies Act) gäller. Det är alltså fråga om ett kommersiellt bolag som tillhör

²⁴ Se EG-domstolens dom av den 13 november 2007 i mål C-507/03, *kommissionen mot Irland*, REG 2007, s. I-0000 pp. 26-36, särskilt punkten 30. För liknande resonemang, se även domstolens dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, *Telaustria et Telefonadress*, REG 2000 s. I-10745, pp. 60 och 61, samt dom av den 21 juli 2005 i mål C 231/03, *Coname*, REG 2005, s. I 7287, p.17.

²⁵ Enligt 2 kap. 12 § LOU omfattar lagen bl.a. sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och 1. som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, 2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller 3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

²⁶ Med *klassiska sektorn* avses upphandling av varor, tjänster eller byggtjänster som inte omfattas av lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF.

²⁷ Inom gemenskapsrätten används inom den klassiska sektorn genomgående beteckningen *organ som lyder under offentlig rätt*. Detta har i LOU översatts med *offentligt styrt organ*. I denna framställning används enbart denna senare beteckning. Den i äldre lagtext förekommande beteckningen *upphandlande enheter* förbehålls däremot numera enbart organ inom de s.k. försörjningssektorerna, vilka omfattas av den ovan nämnda lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF.

²⁸ Motsvarande äldre bestämmelser finns i 1 kap. 6 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – G-LOU. Se prop. 2006/07:128, s. 303.

²⁹ Se EG-domstolens dom av den 17 december 1998 i mål C-353/96, *Irish Forestry Board*, REG 1998, s. I- 8565.

irländska staten. Staten utser och avsätter visserligen de ansvariga i bolaget och drar upp allmänna riktlinjer för dess verksamhet, men dessa befogenheter går inte längre än de som följer av bolagsordningen för ett privat bolag som nästan helt innehas av en enda aktieägare. Den löpande verksamheten i bolaget bedrivs däremot oberoende av staten, som inte heller har något inflytande över bolagets tilldelning av upphandlingskontrakt (p. 29).

Vid sin prövning i målet konstaterade EG-domstolen att irländska staten har bildat Irish Forestry Board och att staten har anförtrott till bolaget att utföra bestämda uppgifter, vilka huvudsakligen består i att värna om de nationella skogsområdena och skogsindustrin, men även i att tillhandahålla olika anläggningar i det allmänna intresset. Staten utser dessutom de huvudansvariga i bolaget (p. 37). Även energiministerns möjlighet att ge Irish Forestry Board instruktioner, särskilt för att förplikta bolaget att följa statens allmänna politiska riktlinjer eller för att inrätta eller underhålla bestämda tjänster och anläggningar, samt de maktbefogenheter som berörda ministrar har på finansområdet, ger staten möjlighet att kontrollera bolagets ekonomiska verksamhet (p. 38). Även om det inte finns någon bestämmelse som uttryckligen föreskriver att statens kontroll specifikt omfattar bolagets tilldelning av upphandlingskontrakt, kan staten således i varje fall indirekt utöva en sådan kontroll (p. 39). Av det anförda följer enligt domstolens mening att Irish Forestry Board ska anses vara en upphandlande myndighet i den mening som avses i de gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektivens motsvarighet till 2 kap. 12 och 19 §§ LOU. Följaktligen ansågs även bolaget skyldigt att offentliggöra sin upphandling i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (pp. 40 - 41).

I ett annat avgörande samma år prövade EG-domstolen huruvida proportionerna i ett huvudsakligen kommersiellt inriktat statligt bolag, mellan å den ena sidan företagets kommersiellt betingade verksamhet och å den andra sidan dess allmännyttiga verksamhet, har någon betydelse för frågan om upphandlingskyldighet uppkommer samt huruvida företaget ska anses vara skyldigt att iaktta det upphandlingsrättsliga regelverket även i det fall att endast en ”relativt obetydlig” andel av dess faktiska verksamhet tillgodoser behov i det allmänna intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

I målet C-44/96, *Mannesmann*,³⁰ hade EG-domstolen att bedöma upphandlingskyldigheten för ett statligt tryckeriföretag, Österreichische Staatsdruckerei (nedan Staatsdruckerei), vilket bedrev en blandad verksamhet innefattande såväl ren affärsverksamhet som verksamhet som var avsedd att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär. Staatsdruckerei utgör en egen ekonomisk enhet och besitter rättskapacitet såsom juridisk person (p. 1). Företaget har vidare ställning av näringsidkare i den betydelse som avses i den österrikiska handelslagstiftningen och är behörigen upptaget i handelsregistret för att bedriva sin verksamhet i enlighet med gällande handelsbestämmelser (pp. 2-3). Större delen av andelarna i Staatsdruckerei innehas av den österrikiska staten vilken även utser företagets ledning (p. 28).

Enligt en särskild författningsreglering har Staatsdruckerei ensamrätt att framställa vissa trycksaker som kräver sekretess eller som kräver att säkerhetsföreskrifter följs, exempelvis pass, körkort, identitetskort, den österrikiska statens officiella förbundstidning, statliga författningsamlingar och rättsfallssamlingar, blanketter samt tidskriften Wiener Zeitung. Detta verksamhetsområde hör under vad som vanligtvis betecknas allmännyttan och är underställt ett statligt kontrollorgan. Även företagets prissättning är i dessa delar underkastat viss statlig kontroll (pp. 5-8). I övrigt tillåts Staatsdruckerei att bedriva annan, rent kommersiellt betingad verksamhet, exempelvis framställning av andra trycksaker samt att utge och distribuera böcker, tidningar etc. Företaget har även rätt att äga andelar i andra företag (pp. 9-10).

Enligt vad den österrikiska regeringen yttrade i målet uppfyller Staatsdruckerei inte kriterierna för att utgöra ett offentligt styrt organ i den mening som avses i de gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektivens motsvarighet till 2 kap. 12 § LOU. Företaget domineras av den del av verksamheten som syftar att tillgodose intressen av industriell eller kommersiell karaktär och det är endast en relativt obetydlig del av företagets faktiska verksamhet som består i att tillgodose allmänna intressen (pp. 19, 25 och 30).

EG-domstolen inledde sin prövning med att fastställa huruvida ett organ med blandad verksamhet, liksom Staatsdruckerei, kan anses inrättat för att tillgodose ett allmänt intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär. Företaget har bildats i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen, att med ensamrätt framställa officiella administrativa handlingar m.m. och i detta avseende kontrolleras företaget, bl.a. med avseende på sin prissättning, av österrikiska staten (pp. 22-29). Det kan enligt domstolen således konstateras att företaget enligt tillämplig nationell lagstiftning utgör en sådan enhet som har tillkommit för att tillgodose ett allmänt intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär. De handlingar som Staatsdruckerei ska framställa är nämligen nära knutna till samhällsintresset och den verksamhet som staten bedriver i egenskap av institution. I detta avseende saknar det betydelse att det står en dylik enhet fritt att vid sidan av denna allmännyttiga uppgift bedriva även annan verksamhet, exempelvis framställa andra trycksaker samt utge och distribuera böcker. Det förhållandet, som den

³⁰ Se EG-domstolens dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, *Mannesmann*, REG 1998, s. I-73.

österrikiska regeringen har påpekat i sitt skriftliga yttrande, att det endast är en relativt obetydlig del av den verksamhet som Staatsdruckerei faktiskt bedriver som består i att tillgodose allmänna intressen är i detta sammanhang inte relevant, då företaget fortfarande ansvarar för de intressen som den särskilt är skyldig att tillgodose (pp. 24 och 25).

Villkoret i gällande direktivbestämmelse att organet ska ha tillkommit i det "särskilda" syftet att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, innebär enligt domstolens tolkning inte att organet *enbart* ska ansvara för att tillgodose sådana intressen (p. 26). Det anförda, i belysning av att Staatsdruckerei enligt nationell rätt är en juridisk person samt att österrikiska staten innehar största delen av andelarna i företaget och utser även dess ledning, medför enligt domstolens bedömning att ett organ liknande Staatsdruckerei ska betecknas som ett offentligt styrt organ i den mening som avses i de gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektivens motsvarighet till 2 kap. 12 § LOU, och följaktligen är att anse som en upphandlande myndighet i den mening som avses i motsvarigheten till 2 kap. 19 § LOU (pp. 27-29 samt 35).

Domstolen övergick därefter (pp. 30-34) till att pröva de invändningar som bl.a. anförts av den österrikiska staten, om att huvuddelen av Staatsdruckereis faktiska verksamhet ändå bedrivs på marknadsmässiga villkor. Domstolen avfärdade dessa invändningar med att själva lydelsen av den direktivbestämmelse som motsvarar 2 kap. 12 och 19 § LOU inte utesluter att en upphandlande myndighet, vid sidan av sin särskilda uppgift att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, kan bedriva annan verksamhet. Vad beträffar sådan verksamhet fann domstolen att den aktuella direktivbestämmelsen inte gör någon distinktion mellan offentliga upphandlingskontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar för att fullgöra sin särskilda uppgift att tillgodose allmänna intressen och offentliga upphandlingskontrakt som inte har något samband med denna uppgift. Avsaknaden av en sådan distinktion förklaras av att syftet med direktivet är att utesluta risken att nationella anbudsgivare eller sökande ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt. Slutligen skulle en tolkning, med innebörden att den aktuella direktivbestämmelsens tillämpning skulle vara beroende av den - mer eller mindre omfattande - del av verksamheten som bedrivs i syfte att tillgodose andra intressen än industriella eller kommersiella, strida mot rättssäkerhetsprincipen. Enligt denna princip ska en gemenskapsrättslig bestämmelse vara klar och dess tillämpning kunna förutses av alla berörda (pp. 31-34).

Ett offentligt styrt eller ägt företag, exempelvis ett statligt bolag, som också utgör en upphandlande myndighet (offentligt styrt organ) och tillika är verksamt inom den klassiska sektorn ska som huvudregel annonsera sina anskaffningar. Vid upphandling av B-tjänster räcker det enligt 15 kap. 4 § LOU med att begära anbud genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller genom annons i annan form som möjliggör en effektiv konkurrens.

Annonserad upphandling kan underlåtas endast under vissa i LOU särskilt angivna undantagsfall, men det är den upphandlande myndigheten som avser att åberopa ett av dessa undantag som har bevisbördan att visa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.³¹

Undantag från kravet på annonsering kan enligt 2 kap. 23 § och 15 kap. 3 § LOU komma i fråga vid s.k. *direktupphandling*. Förfarandet får emellertid användas enbart om kontraktets värde är *lågt* eller om det finns *synnerliga skäl*.

En upphandlande myndighet kan även genom *förenklad upphandling utan föregående annonsering* begära anbud genom att skicka en skrivelse till endast en leverantör. Detta undantagsförfarande får dock tillämpas endast under följande särskilt angivna förutsättningar:

1. det vid ett annonserat förenklat förfarande inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och under förutsättning att kontraktsvillkoren i förfrågningsunderlaget inte ändras väsentligt,
2. det gäller varor som framställs enbart för forsknings-, utvecklings-, experiment- eller studieändamål och under förutsättning att framställningen inte sker i vinstsyfte eller för att täcka forsknings- och utvecklingskostnader,
3. det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör, eller
4. det gäller ytterligare leveranser från den ursprungliga leverantören, avsedda antingen som delersättning för eller tillägg till tidigare leveranser och ett byte av leverantör skulle medföra oskäliga tekniska eller ekonomiska olägenheter.

³¹ Avseende bevisbördans placering, se EG-domstolens dom den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, REG 1987, s. 1039, den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249. Från senare års praxis, se även domstolens dom 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 dom den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, p. 46.

Av fast rättspraxis från EG-domstolen³² följer att varje undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EG-fördraget inom området för offentlig upphandling ska tolkas restriktivt.³⁵

Den upphandlande myndigheten ska vid prövningen av anbudsansökningar och anbud iakttä opartiskhet och likabehandling av leverantörer, vilket innebär att någon "fri prövningsrätt" eller motsvarande förbehåll om godtycklig tilldelning av kontraktet inte får komma i fråga (se bl.a. NJA 1998 s. 873).³⁴

Yttranden

Sveaskogkoncernen har i två separata skrifter, från Sveaskog Förvaltnings AB respektive Sveaskog AB, yttrat sig över den promemoria med en preliminär bedömning som har upprättats i ärendet.³⁵

I ett första yttrande, vilket avser den verksamhet som bedrivs inom Sveaskog Förvaltnings AB, hänvisar koncernen till att det av EG-domstolens dom i målet C-44/96, Mannesmann, framgår bl.a. att för att ett företag skall anses som en upphandlande myndighet är det inte tillräckligt att det har bildats av en upphandlande myndighet eller att dess verksamhet finansieras av kontanta medel som härrör från en verksamhet som bedrivs av en upphandlande myndighet. Det måste också uppfylla villkoret i motsvarigheten till 2 kap. 12 § LOU enligt vilket det skall vara fråga om ett organ som har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär. Enligt bolagsordningen för Sveaskog Förvaltnings AB har bolaget till föremål för sin verksamhet att äga och förvalta fast och lös egendom, däribland aktier och andelar i andra företag, direkt eller indirekt driva industriell rörelse, företrädesvis skogsbruk och skogsindustri, ävensom utöva annan därmed förenlig verksamhet. Bolaget är Sveriges största skogsägare och en ledande leverantör av timmer, massaved och biobränsle. Verksamheten är i sin helhet marknadsanpassad och bedrivs på en konkurrensutsatt marknad. De uttalanden från Riksrevisionen och NOU som Konkurrenskommissionen hänvisar till i promemorian gäller endast moderbolaget, Sveaskog AB. Dessutom framgår av promemorian att det är moderbolaget Sveaskog AB, inom Sveaskogkoncernen, som bedriver allmännyttig verksamhet utan industriell eller kommersiell karaktär. Frågan huruvida moderbolaget Sveaskog AB med hänsyn till sin verksamhet, utgör en upphandlande myndighet enligt LOU är enligt EG-rättslig praxis inte relevant vid en bedömning av dotterbolagets, Sveaskog Förvaltnings AB, status enligt nämnda lag. Med beaktande av den verksamhet som bedrivs anser Sveaskog Förvaltnings AB att bolaget inte uppfyller kriterierna för att utgöra en upphandlande myndighet enligt LOU.

I ett andra yttrande, vilket avser verksamheten i moderbolaget, anförs att Sveaskog AB, vars nettoomsättning under 2007 och 2008 uppgick till 56 miljoner kronor respektive 72 miljoner kronor, förutom virkes- och biobränsleförsäljning bedriver bland annat fiske- och viltförvaltning samt naturturism genom att upplåta mark till allmänheten för jakt, fiske och naturupplevelser. Arrendeverksamheten sker på strikt marknadsmässiga villkor. I likhet med andra skogsägare satsar Sveaskog AB resurser på naturvård, vilket ger ett gott renommé för bolaget och för varumärket Sveaskog. Även i de fall där Sveaskog avyttrar ersättningsmark för bildande av naturreservat sker detta på marknadsmässiga villkor.

Det i promemorian återopade avgörandet från EG-domstolen i målet C-353/06, *Irish Forestry Board*, ger inte stöd för att även verksamheten i Sveaskog AB skulle vara att betrakta som

³² Från senare rättspraxis, se EG-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C-157/06, *kommissionen mot Italien*, REG 2008 s. I-0000, p. 23.

³³ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EG-domstolens avgöranden den 17 november 1993 i mål C-71/92, *kommissionen mot Spanien*, REG 1993, s. I-5923, den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249.

³⁴ Högsta domstolen, hade i NJA 1998 s. 873 att pröva en upphandling där en kommun vid offentlig upphandling av arkitektjänster inom de klassiska sektorn hade förbehållit sig " ... fri prövningsrätt av samtliga ingivna anbud och rätt att förkasta samtliga anbud". Domstolen konstaterade att förbehållet om fri prövningsrätt måste anses strida mot LOU:s krav på affärsmässighet och objektivitet och ger inte en anbudsgivare någon ledning vid bedömning av vilka omständigheter eller kriterier kommunen avsett att tillmäta betydelse vid anbudsprövningen.

³⁵ Se Sveaskog Förvaltnings AB, skrift av den 3 mars 2009 samt Sveaskog AB, skrift av den 20 mars 2009; båda innefattar yttranden till Konkurrenskommissionen i anledning av kommissionens preliminära bedömning i ärendet.

allmännyttig. Något uppdrag att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar åvilar exempelvis inte bolaget som dessutom inte styrs på ett liknande detaljreglerat sätt som *Irish Forestry Board*. Sveaskog AB kan vidare avstå från att avyttra ersättningsmark för naturvårdsändamål om den erbjudna ersättningen inte är marknadsmässig. Vidare talar den omständigheten, att staten har valt att inte klassificera Sveaskog AB som ett bolag med särskilda samhällsintressen, för att bolaget inte ska anses tillgodose behov i det allmännas intresse.³⁶

Vidare anför Sveaskog AB att man i gemenskapsrättslig praxis har fäst avseende vid om de för prövning aktuella företagen har haft särställning på marknaden jämfört med sina konkurrenter. I exempelvis målen C-44/96, *Mannesmann*, C-360/96, *BFI Holding* samt C-470/99, *Universale-Bau* hade de prövade organen tilldelats ensamrätter i olika avseenden och i målet C-18/01, *Riita Korhonen m.fl.*, stod (finska) staten den finansiella risken för organets verksamhet.³⁷ Detta kan jämföras med de avgöranden där EG-domstolen har kommit fram till att prövade organen inte är skyldiga att iaktta det upphandlingsrättsliga regelverket, exempelvis de förenade målen C-223/99 och C-260/99, *Agorà och Excelsior* där det för prövning aktuella organet mötte konkurrens från näringsidkare avseende arrangemang av mässor och utställningar.³⁸ För Sveaskog AB:s vidkommande är bolaget verksamt på en marknad där det samlade skoginnehavet i Sverige till 83 procent ägs av privata aktörer. Bolaget är således utsatt för en betydande inhemsk konkurrens. Därutöver möter bolaget konkurrens från utländska aktörer på marknaderna för bl.a. sågtimmer, massaved och biobränsle. Bolaget måste således, för att hävda sig i konkurrensen, genomföra samtliga sina inköp på marknadsmässig grund och utan ovidkommande hänsyn. Inte heller avseende sina övriga verksamheter, såsom utarrendering, köp, försäljning av skogsmark och naturturism har Sveaskog AB någon särställning i förhållande till sina konkurrenter, utan agerar i sin helhet på marknadsmässiga villkor. Bolaget bär vidare den ekonomiska risken av sin verksamhet och svenska staten har inte uttalat någon förpliktelse eller avsikt att på icke marknadsmässiga villkor stödja bolagets verksamhet. Detta skulle i sådant fall dessutom riskera att strida mot EG:s statsstödsbestämmelser. Eftersom Sveaskog AB bedriver sin verksamhet på endast en industriell och kommersiell grund saknas det anledning att betrakta bolaget som en upphandlande myndighet enligt LOU.

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.

Sveaskog AB är ett helägt statligt företag och utgör moderbolag i en koncernbildning där det helägda dotterbolaget Sveaskog Förvaltnings AB är den huvudsakligt rörelsedrivande enheten. Verksamheten som bedrivs av Sveaskogkoncernen, huvudsakligen genom *Sveaskog Förvaltnings AB*, utgör i allt väsentligt en fortsättning på den skogliga förvaltning som tidigare bedrevs av staten i myndighetsform, genom dåvarande Domänverket. Av utredningen i ärendet framgår att Sveaskog AB ska verka under marknadsmässiga villkor. Härutöver ska bolaget även iaktta ett allmännyttigt uppdrag från sin ägare, staten, att bl.a. bidra till en ökad konkurrens på virkesmarknaden, erbjuda omarronderings- och tillköpsmöjligheter av mark i syfte att förstärka det enskilda jord- och skogsbruket och verka för lokal utveckling i skogs- och landsbygd samt tillhandahålla ersättningsmark till staten i samband med bildandet av naturreservat och markavsättningar för andra allmännyttiga ändamål och att skapa förutsättningar för att lokalt utveckla naturupplevelser, jakt- och fiskemöjligheter. Enligt vad regeringen har angivit i prop. 2007/08:108 bidrar Sveaskog

³⁶ Se regeringens verksamhetsberättelse för bolag med statligt ägande för 2007.

³⁷ Se EG-domstolens dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, *Mannesmann*, REG 1998, s. I-73, dom av den 10 november 1998 i mål C-360/96, *BFI Holding*, REG 1998, s. I-8565, dom av den 22 maj 2003 i mål C-18/01, *Riita Korhonen m.fl.*, REG 2003, s. I-5321 samt dom av den 12 december 2002 i mål C-470/99, *Universale Bau*, REG 2002, s. I-11617.

³⁸ Se EG-domstolens dom av den 10 maj 2001 i de förenade målen C-223/99 och C-260/99, *Agorà och Excelsior*, REG 2001, s. I-3605.

AB till uppfyllandet av statens skogspolitiska miljömål genom sitt interna naturvårdsarbete med frivilligt skyddade områden samt genom att avsätta mark för bildande av naturreservat och för överlåtelse till enskilda markägare som ersättningsmark vid reservatsbildning. Sveaskog AB uppges vidare ha beslutat avsätta 20 procent av sin produktiva skogsmarksareal nedanför den fjällnära gränsen för naturvårdsändamål. I detta ingår ekoparker och naturvårdsskogar samt generell naturhänsyn i s.k. produktionsskogar. För stora delar av ekoparkerna har bolaget tecknat långsiktiga avtal med Skogsstyrelsen om att undanta markerna från skogsbruk eller om anpassad skötsel.

Som huvudregel enligt LOU och det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) gäller att företag där det offentliga har tillsatt styrelsen eller där verksamheten står under en offentlig myndighets kontroll, utgör sådana s.k. *upphandlande myndigheter* (offentligt styrda organ) som är skyldiga att följa vid varje tidpunkt gällande regelverk för offentlig upphandling. Undantag kan dock gälla om företaget tillgodoser allmänna behov av industriell eller kommersiell karaktär.

Enligt knäsat praxis från EG-domstolen ska offentliga företags möjlighet till undantag från kravet på upphandlingsskyldighet tolkas restriktivt.³² Det räcker således inte att ett dylikt företag verkar under marknadsmässiga villkor med vinstsyfte samt står den ekonomiska risken för sin verksamhet. Om företaget också till någon del är inrättat för ett rent allmännyttigt intresse, även om denna verksamhet motsvarar endast en relativt obetydlig del av den totala verksamhet som företaget faktiskt bedriver, utgör företaget en upphandlande myndighet (offentligt styrt organ) som är skyldigt att följa bestämmelserna om offentlig upphandling (se domstolens avgörande i det s.k. *Mannesmann-målet*, C-44/96).³⁰ I ett annat avgörande, *Irish Forestry Board* (C-353/96),²⁹ konstaterade domstolen att ett irländskt statligt skogsbolag, vars verksamhet och ändamål till stora delar påminner om den som bedrivs av Sveaskogkoncernen och som på ett liknande sätt har att uppfylla statliga skogspolitiska miljömål, ska anses vara en upphandlande myndighet och att bolaget är skyldigt att bl.a. annonsera sin upphandling.

För svenskt vidkommande har tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU), inom ramarna för en löpande kartläggning på uppdrag av regeringen och med hänvisning till bl.a. EG-domstolens dom i målet *Irish Forestry Board*, funnit att Sveaskog AB är skyldigt att iaktta gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Vidare har Riksrevisionen i en särskild utredning påtalat det särskilda problem som ligger i att Sveaskog AB, trots den av NOU konstaterade upphandlingsskyldigheten, inte genomför sina anskaffningar i enlighet med LOU.

Vem som är skyldig att följa det upphandlingsrättsliga regelverket avgörs ytterst av domstol. Övervägande skäl talar dock för att Sveaskog AB jämte dotterbolaget Sveaskog Förvaltnings AB utgör sådana upphandlande myndigheter (offentligt styrda organ) som vid sina anskaffningar har att iaktta LOU. Den aktuella verksamheten bedrevs tidigare av staten i förvaltningsform, genom Domänverket, och omfattades då av upphandlingsskyldighet enligt vid tidpunkten gällande bestämmelser för statlig upphandling.³⁹ Båda bolagen ägs och kontrolleras av staten och har tillkommit i det allmännyttiga syftet att medverka till att verkställa den statliga skogspolitiken och till avsättningen av mark för naturvårdsskogar och ekoparker. Den faktiska driften har organiserats så att huvuddelen av koncernens skogliga verksamhet bedrivs genom dotterbolaget, Sveaskog Förvaltnings AB, medan moderbolaget, Sveaskog AB, saknar egen personal och fungerar i huvudsak som ett holdingbolag. De bolagsrättsliga lednings- och kontrollorganen, såsom verkställande direktör samt styrelse och revisorer, är exempelvis gemensamma för de båda bolagen och moderbolaget, Sveaskog AB, genomför löpande överföringar av skogsmark till Sveaskog Förvaltnings AB, vilket för närvarande äger mer än 93 procent av koncernens samlade skogsinnehav. Den skogliga förvaltningsverksamhet som tillhandahålls ägaren, staten, inom ramarna för Sveaskogkoncernen får därmed anses vara så pass integrerad att det inte går att göra

³⁹ Se upphandlingsförordningen (1986:366), Riksrevisionsverkets föreskrifter (1986:612) till upphandlingsförordningen jämte verkets allmänna råd (1986-06-26) till förordningen med därtill hörande föreskrifter och kommentarer.

någon åtskillnad avseende de båda koncernbolagens faktiska verksamhet. Det framstår exempelvis som omöjligt för moderbolaget Sveaskog AB att utan medverkan av dotterbolaget Sveaskog Förvaltnings AB, uppfylla de skogspolitiska mål som har ålagts bolaget. Det allmännyttiga uppdrag som framgår av propositioner och ägardirektiv m.m. måste därmed anses gälla för hela koncernen, inbegripet Sveaskog Förvaltnings AB. Med detta synsätt måste NOU:s tidigare redovisade bedömning att Sveaskog AB är en upphandlande myndighet äga giltighet även för bedömningen av Sveaskog Förvaltnings AB.

I sammanhanget erinras om den allmänna försiktighetsprincip, enligt vilken varje undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EG fördraget inom området för offentlig upphandling ska tolkas restriktivt. Bevisbördan för att visa tillräckliga skäl för undantag ankommer på det offentligt ägda företag eller organ som anser sig inte skyldigt att följa gällande regelverk. Enligt Konkurrenskommissionens bedömning har Sveaskog AB och Sveaskog Förvaltnings AB inte visat tillräckliga skäl för undantag. Till följd härav måste båda bolagen anses utgöra upphandlande myndigheter (offentligt styrda organ) i den mening som avses i 2 kap. 12 och 19 §§ LOU. Den omständigheten att de båda bolagen verkar på konkurrensutsatta marknader, har ett vinstsyfte samt står den ekonomiska risken för sin verksamhet, medför inte annan bedömning eftersom bolagen även bedriver allmännyttig verksamhet utan industriell eller kommersiell karaktär, nämligen förverkligandet av de statliga skogspolitiska mål som åvilar Sveaskog AB enligt dess statuter och instruktion.

Sveaskog AB och Sveaskog Förvaltnings AB är alltså skyldiga att annonsera sina upphandlingar i enlighet med bestämmelserna i LOU samt även i övrigt iakttä de grundläggande gemenskapsrättsliga principer om öppenhet samt likabehandling och ickediskriminering som ytterst följer av EG-fördraget. Någon "fri provningsrätt" kan exempelvis inte komma ifråga vid bolagens anskaffning av varor, tjänster eller byggtreprenadarbeten.

Den nu aktuella anskaffningen av skogsrojningsentreprenadtjänster har handlagts på ett sätt som på flera punkter strider mot LOU och EG:s grundläggande principer. Till följd härav riskerar Sverige att fällas för fördragsbrott av EG-domstolen.