

PM 2 2015-04-23 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Varbergs kommun avser att utan föregående annonserad upphandling köpa marknadsföringstjänster m.m. från ett helägt bolag där kommunen inte har majoritet i styrelsen och som huvudsakligen bedriver extern försäljningsverksamhet.*

Varbergs kommun (Kommunen) har beslutat att löpande köpa tjänster för turistinformation och marknadsföring m.m. från det av Kommunen numera helägda företaget Marknad Varberg AB (nedan Marknadsbolaget).<sup>1</sup>

Kommunens behov av aktuella tjänster har även tidigare tillgodosetts av Marknadsbolaget genom ett avtal från 2013.<sup>2</sup> Detta avtal förklarades dock ogiltigt av domstol<sup>3</sup> eftersom bolaget delägdes av den ideella föreningen Marknad Varberg (nedan Föreningen) med huvudsakligen privata intressenter. Föreningen, i vilken Kommunen utgör en av totalt c:a 300 medlemmar,<sup>4</sup> ägde enbart 33 procent av Marknadsbolaget men hade enligt ett aktieägaravtal med Kommunen rätt att ändå nominera styrelsens ordförande och en majoritet av styrelsens ledamöter.<sup>5</sup>

Genom beslut av kommunfullmäktige i Varberg den 24 februari 2015 (KF § 21/15) förvärvade Kommunen samtliga aktier i Marknadsbolaget.<sup>6</sup> Kommunfullmäktige beslutade samtidigt att anta ägardirektiv och godkänna underlag för ett samverkansavtal (nedan Samverkansavtalet)<sup>7</sup> mellan Kommunen och Föreningen som säljare av aktierna. Av Samverkansavtalet framgår bl.a. följande.

”Att kommunen därigenom äger samtliga aktier skall dock inte negativt påverka det samarbete som utvecklats mellan föreningen och kommunen under lång tid. Intentionerna som fanns, såsom de kommit att formuleras i tidigare aktieägaravtal och uppdragshandling, skall således fortfarande vara grunden för samarbetet”.

Under rubriken ”Bolaget och dess verksamhet” anges vidare följande.

”Varbergs kommun äger samtliga aktier i Marknad Varberg AB. Samtliga styrelseledamöter utses av kommunfullmäktige i Varberg som även utser ordförande och vice ordförande. Kommunen föreslår 3 ledamöter och vice ordförande. Den ideella föreningen föreslår 4 ledamöter och ordförande. Avsikten är att kommunen ska representeras av kommunledningen. Bolaget utför den verksamhet som kommunen formulerar i sin uppdragshandling till Bolaget. Uppdragshandlingen utarbetas i dialog med föreningen Marknad Varberg”.

<sup>1</sup> Marknad Varberg AB, med organisationsnummer 556422-2312, bildades den 18 februari 1991 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) 27 mars samma år. Nuvarande firma registrerades den 7 juni 2001. Tidigare firma har varit Sven Jellbo Konsult AB och Turistbyrå Varberg AB. Den enda bolagsordning som registrerats är från den 25 mars 2013, enligt vilken bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”marknadsföra och profilera Varberg som besöksmål, etablerings- och bostadsort. Verksamheten består av tre delar \*Turistservice - uthyrning och förmedling av övernattningslokaler samt främja turismen i Varbergs kommun \*Näringslivsservice - förmedla kontakter mellan näringsidkare i Varbergs kommun, förmedla företagslokaler samt medverka till nya företagsetableringar och därmed förenlig verksamhet \*Centrumsamverkan - samarbete mellan köpmän, fastighetsägare och kommunala planerare i syfte att förstärka Varbergs innerstads attraktionskraft”. Bolagsordningen har därefter beslutats ändrad vid två tillfällen, den 17 december 2013 (KF § 160/13) och den 24 februari 2015 (KF § 21/15), dock utan att dessa ändringar har anmälts för registrering, vilket i sig strider mot 3 kap. 5 § aktiebolagslagen (2005:551).

<sup>2</sup> Se ”Uppdragshandling för näringslivsbolag Marknad Varberg AB 2014-2016” (dnr. KS 2013/0560).

<sup>3</sup> Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 19 december 2014 i mål nr. 3564-3565-14, där domstolen med tillämpning av 16 kap. 13 § LOU förklarar att avtalet mellan Varbergs kommun och Marknad Varberg AB är ogiltigt. Domen har vunnit laga kraft. Se även Konkurrenskommissionen tidigare utredning i ärende nr. KKO 13-030.

<sup>4</sup> Marknad Varberg ideell förening hade enligt senast tillgängliga årsredovisning 2013 c:a 322 medlemmar och arbetar med ”att utveckla och marknadsföra Varberg som en attraktiv ort för boende, besökare och etablering av företag”. Föreningens totala inkomst av medlemsavgifter och serviceavgifter belöpte sig till c:a 1,5 miljoner kronor, varav 14.950 kronor avsåg medlemsavgifter.

<sup>5</sup> Se tidigare ”AKTIEÄGARAVTAL” mellan Varbergs Stadshus AB och Föreningen, daterat den 14 november 2013 och godkänt genom beslut av kommunfullmäktige i Varberg den 17 december 2013 (KF § 160/13).

<sup>6</sup> Enligt kommunfullmäktiges beslut ska Kommunen från Föreningen förvärva resterande 1.980 aktier, vilket motsvarar 33 procent av aktierna och kapitalet i Marknadsbolaget, för en överenskommen köpeskilling om 443.000 kronor. Aktierna ska därefter överlåtas till det kommunala holdingbolaget Varbergs Stadshus AB. Efter förvärvet innehar Kommunen, genom stadshusbolaget, således 100 procent av Marknadsbolagets aktier och kapital – se även kommunstyrelsens beredningsprotokoll av den 27 januari 2015 (KS § 18/15), dnr. 2013/0379.

<sup>7</sup> Se det underlag för ”SAMVERKANSAVTAL” upprättat ”[m]ellan Varbergs kommun, genom Varbergs Stadshus AB, och den ideella föreningen Marknad Varberg”, vilket godkändes av kommunfullmäktige i Varberg den 24 februari 2015 (KF § 21/15). Kommunen har enligt punkten 5 i avtalet en skyldighet att hembjuda aktier och ska även ge Föreningen rätt att återköpa aktier om det enligt rättspraxis eller ändrad lagstiftning senare skulle visa sig att även privat ägande kan förenas med en möjlighet till in-house-undantag enligt 2 kap. 10 a § LOU. Enligt punkten 8 gäller avtalet tills vidare med 24 månaders ömsesidig uppsägning och tvist med anledning av avtalet ska enligt punkten 11 lösas i första hand i samförstånd parterna emellan.

Av Marknadsbolagets årsredovisningshandlingar för 2014 framgår bl.a. följande i fråga om ägarförändringarna i bolaget.

”Året inleddes med att Varbergs kommun förvärvade 67 % av bolagets aktier från föreningen Marknad Varberg. Samtidigt ändrades också styrelsesammansättningen till att vid sidan av näringslivets fyra representanter även omfattas av tre ledamöter ur den kommunala ledningen. Upplägget ansågs som en positiv utveckling av bolaget och såväl näringslivet som kommunen var nöjda med överenskommelsen. Tyvärr anmäldes upplägget till Förvaltningsrätten och efter dom och överklagande kom i slutet av året den slutgiltiga domen från Kammarrätten, som upphäver det ingångna avtalet mellan Marknad Varberg AB och Varbergs kommun. Detta innebär att bolaget och kommunen under 2015 kommer att anpassa avtalet till det juridiska läget vilket sannolikt kommer leda till att Varbergs kommun förvärvar resterande 33 % av bolagets aktier, men att styrelsesammansättningen består”.

Marknadsbolaget ska enligt Kommunens underlag till ägardirektiv bedriva verksamhet som är kopplad till näringslivsfrågor, turism och andra utvecklingsfrågor i Varberg. Vidare ska bolaget utgöra ett gemensamt verktyg för att utveckla näringslivs- och destinationsområden till nytta för kommunen, näringslivet och de som bor, besöker och verkar i kommunen. Bolaget ska även i aktiv samverkan med övriga aktörer i kommunen skapa en långsiktigt hållbar utveckling och utgöra en attraktiv part för tillväxt och utveckling av kommunen inom bolagets verksamhetsområde.

Enligt hittills tillgängliga årsredovisningshandlingar för 2014 hade Marknadsbolaget 16 helårsanställda och omsatte drygt 16 miljoner kronor.<sup>8</sup> Av omsättningen hänför sig c:a 7,4 miljoner kronor till kommersiell nettoomsättning av trycksaksproduktion, annonsintäkter, konferensadministration, och biljettförsäljning och c:a 8,7 miljoner kronor till ”betalningar från moderföretaget”, däribland fakturerade intäkter från Kommunen.<sup>9</sup> Enligt vad Marknadsbolaget angivit motsvarar 2014 års försäljning till Kommunen c:a 56 procent av bolagets totala omsättning detta år.<sup>10</sup> För den närmaste föregående treårsperioden 2012-2014 uppgår bolagets motsvarande andel ägarrelaterad verksamhet till i genomsnitt 37,8 procent.<sup>11</sup>

Någon annonserad offentlig upphandling har inte föregått Kommunens planerade köp av tjänster från Marknadsbolaget, utan dessa ska enligt vad kommunen har uppgivit istället ske med stöd av det s.k. *in-house-undantaget* från bestämmelserna om offentlig upphandling.

Kontraktsvärdet av Kommunens planerade köp kan med utgångspunkt i tidigare års betalningar uppskattas till c:a 712.000 kronor per månad. Detta ger enligt beräkningsbestämmelserna vid offentlig upphandling (se vidare nedan) ett kontraktsvärde på drygt 34 miljoner kronor.<sup>12</sup>

Förvaltningsrätten i Göteborg har i dom av den 7 april 2015 beslutat att Kommunens aktuella upphandling av de tjänster som Kommunen haft för avsikt att köpa från Marknadsbolaget ska göras om. Till grund för beslutet angav rätten att det s.k. kontrollrekvisitet för *in-house-undantag* inte var uppfyllt eftersom Kommunens representanter inte utgjorde majoriteten i Marknadsbolaget styrelse och Kommunen inte heller i övrigt visat hur bolaget ska kontrolleras av Kommunen.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> Se Marknadsbolagets styrelses förslag till årsredovisning 2014.

<sup>9</sup> Se bl.a. Marknadsbolagets faktura nr. 1400000, av den 16 januari 2014 med anledning av ”avtal mellan Varbergs kommun och Marknad Varberg 2014”.

<sup>10</sup> Se Marknadsbolagets årsredovisningshandlingar för 2014, not. 7, Transaktioner till närstående, s.12.

<sup>11</sup> Av Marknadsbolagets årsredovisningar för 2012 och 2013 samt preliminärt för 2014 kan utläsas att bolagets genomsnittliga omsättning under denna period har uppgått till  $(25,685+25,979+16,152)/3=22,605$  miljoner kronor. Under samma period har bolaget redovisat inkomster från sina ägare med i genomsnitt  $(8,397+8,495+8,755)/3=8,549$  miljoner kronor. Detta ger således en genomsnittlig ägarrelaterad omsättningsandel på totalt 37,8 procent.

<sup>12</sup> Som framgår av redovisningen ovan har under perioden 2012-2014 Kommunens betalningar till Marknadsbolaget uppgått till i genomsnitt 8,549 miljoner kronor per år eller  $(8,549 \cdot 12=) 712,417$  kronor per månad. Detta ger vid ett 48 månaderskontrakt ett samlat kontraktsvärde på 34,196 miljoner kronor.

<sup>13</sup> Se Förvaltningsrätten i Göteborgs dom av den 7 april 2015 i mål nr. 1728-15 och 1735-15. Domen har inte vunnit laga kraft.

### Gällande rätt

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelningen av bland annat ett *offentligt 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.

Upphandling av tjänstekontrakt regleras i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU, vilken 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 byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).

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

Den närmare bestämningen av ett kontrakt utgår från ett gemensamt klassifikationssystem för varor, tjänster och byggtreprenadarbeten inom de europeiska gemenskaperna som heter *Common Procurement Vocabulary* eller CPV.<sup>14</sup> Ett kontrakt som avser bland annat marknadsföring kan vid tillämpningen av CPV-systemet hänföras till antingen varor avseende informations- och marknadsföringsprodukter (CPV 39294100-0) eller A-tjänster för marknadsföring (CPV 79342000-3), kategori 11 enligt bilagan 2 till LOU.

Om det samlade kontraktsvärdet av ett sådant A-tjänstekontrakt som ska upphandlas överstiger det vid varje tidpunkt gällande tröskelvärdet ska upphandlingen handläggas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1-14 kap. LOU.

I fråga om tjänstekontrakt som ska löpa tills vidare och något totalpris inte anges ska enligt 3 kap. 12 § LOU kontraktet uppskattas som ett 48-månaderskontrakt.<sup>15</sup>

För närvarande (2015) uppgår tröskelvärdet för bl.a. kommunal upphandling av A-tjänster inom den s.k. klassiska sektorn till 1.806.427 kronor.<sup>16</sup>

Som huvudregel ska upphandling enligt LOU genomföras i ett annonserat förfarande. Enligt det s.k. *in-house-undantaget* i 2 kap. 10 a § LOU kan en upphandlande myndighet tilldela kontrakt direkt till en fristående juridisk person som myndigheten själv är ägare eller delägare av. Denna möjlighet till undantag föreligger dock enbart om följande två förutsättningar samtidigt är uppfyllda.

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

---

<sup>14</sup> CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – se 1 kap. 2 § femte stycket och 2 kap. 5 § LOU samt Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), numera i delvis ändrad lydelse sedan 2008.

<sup>15</sup> Enligt 3 kap. 12 § 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.

<sup>16</sup> Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av bl.a. 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) sedan den 1 januari 2012 till 207.000 euro eller 1.806.427 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 (2014:5) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

När det gäller bedömningen av det s.k. kontrollkriteriet i 2 kap. 10 a § punkten 1 LOU framgår bl.a. av uttalanden i lagförarbetena<sup>17</sup> att avgörande för om den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den fristående juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning ska vara en helhetsbedömning som resulterar i att den juridiska personen kan anses underställd en kontroll som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att påverka de beslut som fattas i verksamheten. Det ska vara fråga om en möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande i fråga om såväl den juridiska personens strategiska mål som dess viktiga beslut.<sup>18</sup>

Om den fristående juridiska personen är ett aktiebolag där den upphandlande myndigheten, ensam eller tillsammans med andra offentliga myndigheter, äger hela aktiekapitalet har detta i EU-domstolens praxis visserligen ansetts tyda på att kontrollkriteriet är uppfyllt, dock utan att ha någon avgörande betydelse för bedömningen.<sup>19</sup> Avgörande är istället det sätt som myndigheten kan använda ägandet till att i det verkställande ledningsorganet (bolagets styrelse) utöva ett bestämmande inflytande över den fristående juridiska personens löpande förvaltning, i fråga om såväl dess strategiska mål och viktiga beslut.<sup>20</sup>

När det sedan gäller bedömningen av det s.k. verksamhetskriteriet i 2 kap. 10 a § punkten 2 LOU får den fristående juridiska personens externa försäljningsverksamhet enbart vara av marginell karaktär.<sup>21</sup> Därmed har i unionsrättslig såväl som svensk nationell praxis<sup>22</sup> ansetts att den externa försäljningsverksamhet som riktar sig till andra än ägarna ska motsvara en andel på 10 procent men inte på 20 procent av den totala verksamheten. I de nya klassiska upphandlingsdirektiv (2014/24/EU) som nyligen antagits av Europeiska rådet och parlamentet har verksamhetskriteriet fixerats till att den fristående juridiska personen inte får bedriva mer än 20 procent extern verksamhet för att in-house-undantag ska kunna komma ifråga.<sup>23</sup> Till ledning för bedömningen ska enligt direktivet i första hand beaktas den juridiska personens genomsnittliga omsättning samt andelen ägarrelaterad verksamhet under de närmaste tre åren som föregått den aktuella tilldelningen.<sup>24</sup>

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 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

<sup>17</sup> Se prop. 2009/10:134, s. 13 f. och SOU 2011:43 s. 401 ff.

<sup>18</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397, p. 65 och av den 13 november 2008 i mål C-324/07, *Coditel Brabant*, REG 2008, s. I-8457, p. 28.

<sup>19</sup> Se EU-domstolens dom av den 11 maj 2006 i mål C-340/04, *Carbotermo*, REG 2006, s. I- 4137, p. 37.

<sup>20</sup> Om det även finns ett privat ägande i den fristående juridiska personen, om än i minoritetsställning, är det enligt EU-domstolens praxis uteslutet att kontrollkriteriet kan anses uppfyllt - se bl.a. EU-domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, p. 49, av den 10 november 2005 i mål C-29/04, *Mödling*, REG 2005, s. I- I- 9705, p. 46, av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, *Auroux*, REG 2007, s. I-385, p. 64, av den 13 november 2008 i mål C-324/07, *Coditel Brabant*, REG 2008, s. I-8457, p. 30 och av 10 september 2009 i mål C-537/07, *SEA*, REG 2009, s. I- 8127, p. 46 – se även EU-domstolens dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, *Coname*, REG 2005, s. I- 7287, p. 26, jfr. dock domen i det ovannämnda målet C-196/08, *Acoset*, pp. 53–62. Se även de svenska lagförarbetena prop. 2011/12:106, s. 21 och SOU 2011:43, s. 89 samt Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr. 3564-3565-14 som just avser Kommunens tidigare avtal om köp av tjänster från Marknadsbolaget.

<sup>21</sup> Se EU-domstolens dom av den 11 maj 2006 i mål C-340/04, *Carbotermo*, REG 2006, s. I- 4137. Av domen framgår att den fristående juridiska personen ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet (eller de myndigheter) som innehar (kontrollerar) den, och att all annan verksamhet får endast vara av marginell karaktär (p. 63). I bedömningen av om så är fallet ska alla omständigheter beaktas, dvs. såväl kvalitativa som kvantitativa (p. 64).

<sup>22</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom av den 19 april 2007 i mål C-295/05, *Asemfo vs. Tragsa*, REG 2007, s. I- 2999, punkt 55. Se även Kammarrätten i Stockholms dom av den 8 november 2011 i mål nr 7089-10 samt Europeiska kommissionens *formella underrättelse* till Sverige den 27 februari 2015 i överträdelseärende nr. 2014/4183 jämte kommissionens tidigare *motiverade yttrande* av den 28 oktober 2010 i överträdelseärende nr. 2009/4080.

<sup>23</sup> Se art. 12.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv (2014/24/EU) av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (*nya klassiska upphandlingsdirektivet*). Direktivet träder i s.k. direkt effekt per den 1 februari 2016 men har därförinnan normerande betydelse för unionskonform rättstolkning.

<sup>24</sup> Se art. 12 punkten 1 första stycket b) jämförd med punkten 5 det *nya klassiska upphandlingsdirektivet* (2014/24/EU).

tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför dock inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.<sup>25</sup>

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis<sup>26</sup> ska möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som inom området för offentlig upphandling ges enligt unionsrätten tolkas restriktivt.<sup>27</sup> Det ankommer också på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.<sup>28</sup>

Om något undantag från LOU inte kan göras tillämpligt ska upphandling genomföras enligt lagens bestämmelser. I sådant fall ska enligt huvudregeln i 1 kap. 9 § LOU den upphandlande myndigheten genomföra upphandling på ett likvärdigt och icke-diskriminerande samt öppet (transparent) sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Syftet med LOU jämte de bakomliggande fördrags- och direktivbestämmelserna 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, enligt 7 kap. 1 § LOU, offentliggöra sina upphandlingar genom annons. Ett meddelande om upphandlingen ska jml. 2 § upphandlingsförordningen (2011:1040) skickas till Europeiska kommissionen för publicering i Europeiska unionens officiella tidning och i databasen TED.

Enligt 4 kap. 5 § och 7-8 §§ LOU<sup>29</sup> föreligger det vid varu- eller A-tjänsteupphandling över tröskelvärdet undantag från denna skyldighet vid bland annat följande förutsättningar.

- om det vid ett annonserat, öppet, selektivt eller förenklat förfarande inte har lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller några lämpliga anbud, och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte har ändrats väsentligt, eller
- om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men *synnerlig brådska*, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, eller
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör.
- det gäller en tilläggsbeställning eller ett utbyte av tidigare upphandlade varor eller tjänster, och ett byte av leverantör skulle vara tekniskt oproportionellt svårt.

Sådan *egenförvällad brådska* hos den upphandlande myndigheten som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering grundar inte rätt till direkttilldelning och det måste vidare råda en sådan tidsnöd att det har varit omöjligt att hålla tidsfristerna vid annonserat förfarande.

Skulle ett upphandlingspliktigt avtal slutas utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § eller 15 kap. 4 § LOU ska rätten (allmän förvaltningsdomstol) jml. 16 kap. 13 § LOU på talan av skade-

<sup>25</sup> 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 och dom av den 18 juli 2007 i mål C- 503/04, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2007, s. I- 6153.

<sup>26</sup> Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C- 157/06, *kommissionen mot Italien*, REU 2008 s. I-7313, p. 23.

<sup>27</sup> Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden av den 17 november 1993 i mål C-71/92, *kommissionen mot Spanien*, REU 1993, s. I-5923, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REU 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REU 1995, s. I-1249.

<sup>28</sup> Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, REU 1987, s. 1039, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REU 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REU 1995, s. I-1249. Från senare års praxis, se också domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland*, REU 2003 s. I- 3609, p. 58, samt av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REU 2005, s. I-1, p. 46.

<sup>29</sup> Den aktuella regleringen har sedan den 15 juli 2010 sammanförts till 15 kap. 3 § LOU, i delvis ny lydelse.

lidande leverantör besluta att avtalet är ogiltigt<sup>30</sup> om något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.<sup>31</sup> Ett dylikt lagakraftvunnet<sup>32</sup> förordnande medför retroaktiv verkan (*ex tunc*), som om avtalet aldrig hade funnits. Detta innebär att parternas samtliga skyldigheter enligt avtalet bortfaller och, enligt huvudregeln, att prestationerna ska återgå. Om någon återgång av prestationerna inte är möjlig anger lagförarbetena att utgångspunkten ska vara att det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts istället ska återställas.<sup>33</sup> Skulle exempelvis vissa tjänster enligt ett sedermera ogiltigförklarat avtal redan ha hunnit utföras kan leverantörens ha rätt till ersättning för sina utlägg men inte för samkostnadstäckning och vinst.

Allmän förvaltningsdomstol kan även, på talan av Konkurrensverket, besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndighet som utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering i LUF har slutit avtal med en leverantör. Den aktuella straffavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktsvärdet. I rättspraxis har dylika upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet<sup>34</sup> men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.<sup>35</sup>

### Yttrande

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

### Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Kommunen är en sådan upphandlande myndighet som är skyldig att iaktta bestämmelserna i LOU. Av utredningen framgår att Kommunen köpt tjänster från Marknadsbolaget i direkt strid mot LOU. Bland annat har kammarrätten ogiltigförklarat Kommunens tidigare avtal med bolaget på den grunden att det s.k. *kontrollrekvisitet* för in-house-undantag inte är uppfyllt. Efter kammarrättens dom har Kommunen försökt bota den påtalade bristen genom att förvärva samtliga aktier i Marknadsbolaget och således bli dess enda ägare. Enligt vad förvaltningsrätten nu funnit räcker emellertid inte detta, eftersom Kommunen samtidigt i praktiken har avtalat bort rätten att utse ordförande och majoriteten av ledamöter i Marknadsbolagets styrelse. Kommunen har inte heller i övrigt kunnat visa hur bolaget ska kontrolleras av Kommunen.

Vidare framgår av Marknadsbolagets årsredovisningar att bolagets ägarrelaterade verksamhet under de närmaste tre verksamhetsåren inte motsvarat mer än i genomsnitt c:a 38 procent. Under 2014 har den ägarrelaterade andelen visserligen ökat till 56 procent, men detta är långt ifrån de mer än 80 procent som krävs för att det s.k. *verksamhetskriteriet* för in-house-undantag ska anses vara uppfyllt.

---

<sup>30</sup> Rätten kan jml. 16 kap. 16 § LOU även förordna om att ett avtal inte får fullgöras till dess att något annat har bestämts (interimistiskt förbud) men får enligt 16 kap. 16 § andra stycket LOU avstå från ett sådant interimistiskt förbud om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

<sup>31</sup> Rätten får enligt 16 kap. 14 § LOU, emellertid besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för sådant undantag åvilar den upphandlande myndigheten.

<sup>32</sup> Se HFD 2012 ref. 27, enligt vilket en förvaltningsrätts dom att ogiltigförklara ett avtal som slutits efter en offentlig upphandling har ansetts inte vara ett beslut av sådant slag som gäller omedelbart.

<sup>33</sup> Se prop. 2009/10:180, s. 361.

<sup>34</sup> Se bl.a. Kammarrätten i Stockholm mål nr 5426-12, 5427-12 respektive 5452-12, Kammarrätten i Göteborg mål nr 7009-12, Kammarrätten i Stockholm mål nr 1305-12, Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 1785-13, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 1271-12, 1273-12 och 1281-12, Förvaltningsrätten i Växjö mål nr 286-12, Förvaltningsrätten i Luleå mål nr 2166-11, Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13115-12, Förvaltningsrätten i Falun mål nr 2643-12, Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 2916-13, 22373-12, 2922-13 och 2987-13.

<sup>35</sup> Se HFD 2014 ref. 69.

Det är således inte möjligt enligt in-house-undantaget för Kommunen att köpa tjänster direkt från Marknadsbolaget. Fråga uppkommer därför om det finns något annat undantag i LOU som Kommunen kan åberopa. Kommunen har, inom ramarna för domstolarnas tidigare handläggning, haft god tid på sig för att kunna planera och genomföra en korrekt annonserad upphandling. Någon *synnerlig brådska* som har gjort det omöjligt för Kommunen att genomföra ett annonserat förfarande föreligger därmed inte. Någon annan undantagsförutsättning för tilldelning direkt till Marknadsbolaget är heller inte uppfylld.

En annonserad upphandling skulle istället ha genomförts i enlighet med lagens huvudregel. Kommunens försök att återigen kringgå denna skyldighet strider mot LOU och de bakomliggande direktiven på ett sätt som medför att finns skäl att ånyo rikta allvarlig kritik mot Kommunen.