

PM 2 2016-12-14 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Två kommunalägda koncernbolag, verksamma inom försörjningssektorerna, köper löpande tjänster direkt från varandra utan att de lagliga förutsättningarna för sådana köp är uppfyllda.

Växjö kommun äger, genom det kommunala holdingbolaget Växjö Kommunföretag AB, de båda bolagen Växjö Energi AB¹ (nedan VEAB) och Växjö Energi Elnät AB² (nedan Elnätsbolaget) varav Elnätsbolaget utgör ett till VEAB helägt dotterbolag.

VEAB och Elnätsbolaget köper löpande tjänster av varandra utan föregående annonserad upphandling. Detta sker genom att, i vart fall sedan 2013, bolagen sluter årliga ”koncernavtal”. Dessa innebär att VEAB köper tjänster från Elnätsbolaget för bland annat ledningsvisning och dokumentation av fjärrvärme, tid för reinvestering av fjärrvärmemätare, mätvärdesinsamling samt för att personal i Elnätsbolaget ska utföra tjänster till verksamheterna fastighet, inre miljö, förråd och inköp i VEAB. Vice versa köper Elnätsbolaget administrativa tjänster från VEAB för bland annat VD-stab, Ekonomi, personal, IT och kundtjänst.³

De aktuella koncernavtalen gäller årsvis, från och med den 1 januari till och med den sista december. Inget av avtalen har föregåtts av något annonserat upphandlingsförfarande med inhämtande av konkurrerande anbud.⁴

Enligt tillgängliga årsredovisningshandlingar omsatte VEAB under 2013-2015 i genomsnitt c:a 470 miljoner kronor.⁵ Bolagets genomsnittliga försäljning till andra koncernföretag motsvarade under samma period c:a 21 procent av den totala omsättningen.⁶

Elnätsbolagets omsatte 2013-2015 i genomsnitt 167 miljoner kronor⁷, varav bolagets genomsnittliga försäljning till andra koncernföretag uppgick till c:a 31 procent.⁸

Enligt 2015 års koncernavtal skulle VEAB till Elnätsbolaget betala uppskattningsvis c:a 7,3 miljoner kronor för sådana, annars upphandlingspliktiga, tjänster som regleras i avtalet. Genomsnittligt uppgick under 2013-2015 VEAB:s betalningar till Elnätsbolaget till c:a 7 miljoner kronor per år.⁹

¹ Växjö Energi AB, med organisationsnummer 556187-5203, bildades den 29 april 1974 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 5 juni 1974. Nuvarande firma registrerades den 18 oktober 1978. Tidigare firma har varit Växjö kraft – värme AB. Gällande bolagsordning registrerades den 1 februari 2007, enligt vilken bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”... bedriva produktion av och handel med el samt produktion och distribution av och handel med fjärrvärme. Bolaget har också på sitt ansvarsområde att bygga och driva nät och anläggningar för IT-överföringar samt att arbeta med alternativa bränslen”.

² Växjö Energi Elnät AB, med organisationsnummer 556526-8512, bildades den 10 oktober 1995 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) 25 oktober 1995. Nuvarande firma registrerades den 22 januari 1996. Tidigare firma har varit Framsteget nr 2738 aktiebolag. Gällande bolagsordning registrerades den 22 februari 2010, enligt vilken bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”... äga /leasa, förvalta och driva elnät och fastigheter”.

³ Se avtal mellan VEAB samt Elnätsbolaget av den 1 januari 2013, 1 januari 2014 samt 1 januari 2015.

⁴ Se Växjö Energi ABs beslut av den 27 september 2016 innefattande avslag på en begäran om utlämnande av förevarande upphandlingsdokument med motiveringen att sådana handlingar inte finns förvarade hos bolaget samt e-post av den 12 oktober 2016.

⁵ Enligt årsredovisningen för 2015 och 2014 för Växjö Energi AB uppgick bolagets årsomsättning till 467.041 Tkr. (2015), 451.482 Tkr (2014) och 490.917 Tkr. (2013). Detta motsvarar en genomsnittlig omsättning på $([467.041+451.482+490.917]/3 \approx 469.813)$ Tkr/år.

⁶ Enligt not. 29 i Växjö Energi AB:s årsredovisningshandlingar för åren 2015, 2014 och enligt not 6 i 2013 års årsredovisning utgjorde bolagets omsättning mot andra koncernföretag 28 % (2015), 29 % (2014) och 9 % (2013) av den totala omsättningen. Detta motsvarar en genomsnittlig koncernintern omsättning på $([28\%+29\%+9\%]/3 \approx 22\%)$ 21 procent.

⁷ Enligt årsredovisningen för 2015 för Växjö Energi AB uppgick bolagets årsomsättning till 168.000 Tkr. (2015), 169.000 Tkr (2014) och 165.000 Tkr. (2013). Detta motsvarar en genomsnittlig omsättning på $([168.000 + 169.000 + 165.000]/3 \approx 167.333)$ 167.000 Tkr/år.

⁸ Enligt not. 7 samt not. 21 i Växjö Energi Elnät AB:s årsredovisningshandlingar för åren 2015 och 2014 utgjorde bolagets omsättning mot andra koncernföretag 32 % (2015), 30 % (2014) och 31 % (2013) av den totala omsättningen. Detta motsvarar en genomsnittlig koncernintern omsättning på $([32\%+30\%+31\%]/3 \approx 31\%)$ 31 procent.

⁹ I detta belopp ingår ersättning för ledningsvisning och dokumentation fjärrvärme samt tid för facklig och skyddsombudsarbete med 345 000 kronor, ersättning för tid för drift av fjärrvärmemätare, reinvestering av fjärrvärmemätare och investering av fjärrvärmemätare samt mätvärdesinsamling med $(2\,790\,000+1\,200\,000=)$ 3 990 000 kronor samt ersättning för att personal i Elnät utför tjänster till verksamheterna fastighet, inre miljö, förråd och inköp i VEAB med 3 007 000 kronor. Sammanlagt blir detta $(345\,000+3\,990\,000+3\,007\,000=)$ 7 342 000 kronor. Motsvarande belopp för år 2014 är 7 093 000 kronor samt för 2013 är 6 779 000 kronor. Detta ger ett årligt genomsnitt motsvarande $((7\,342+7\,093+6\,779)/3=)$ 7 071 000 kronor.

På motsvarande sätt ska enligt 2015 års koncernavtal Elnätsbolaget betala VEAB uppskattningsvis c:a 16 miljoner kronor. Bolagets genomsnittliga betalningar till VEAB för upphandlingspliktiga tjänster enligt koncernavtalet uppgick under 2013-2015 till c:a 15 miljoner kronor per år.¹⁰

Gällande rätt

Marknadsförutsättningarna på området för elektriska anläggningar och handel med el regleras genom ellagen (1997:857).¹¹ Lagen ger uttryck för en huvudprincip om att åstadkomma en ”klar boskillnad” mellan å ena sidan produktion och försäljning av el och å andra sidan överföring av el (nätverksamhet).¹² Produktionen och försäljningen av el ska ske i konkurrens medan nätverksamheten, som är ett naturligt monopol, regleras och övervakas i särskild ordning. Avsikten är att härigenom skapa förutsättningar för en effektiv prisbildning på elmarknaden samtidigt som korsvis subventionering motverkas genom att hindra överskott från elnätsmonopolet till att användas för att finansiera elproduktion och försäljning. Av 1 a § första stycket ellagen följer därför att en juridisk person som bedriver nätverksamhet inte får bedriva produktion av eller handel med el.¹³ Av specialmotiveringen framgår bl.a. följande ”Skälet [till bestämmelsen] är att de ekonomiska förhållandena i nätverksamheten ligger till grund för nättariffen, d.v.s. elkundernas betalning för tjänsterna i nätverksamheten. Utformningen av nättariffen står under offentlig reglering medan elproduktion och elhandel inte står under sådan kontroll. Det är därför viktigt att den reglerade nätverksamheten inte påverkas av förhållandena i den oregrerade elproduktionen eller elhandeln”.¹⁴

Med upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet eller enhet i syfte att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal avseende bl.a. tjänster.¹⁵ Karakteristiskt för ett upphandlingspliktigt *tjänstekontrakt* är att en leverantör mot ersättning ska åta sig att utföra tjänster för en upphandlande myndighets eller enhets räkning.

Upphandling av tjänstekontrakt regleras genom bland annat lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster - LUF. Lagen har kommit till som en följd av det s.k. försörjningssektorsupphandlingsdirektivet (2004/17/EG)¹⁶ och de primärrättsliga bestämmelserna om etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster i artiklarna 18, 49 och 56 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget).

Företag som står under bestämmande inflytande av exempelvis en eller flera kommunala myndigheter eller beslutande församlingar utgör enligt 2 kap. 20 och 21 § LUF¹⁷ sådana *upphandlande enheter* som vid sin verksamhet inom de s.k. försörjningssektorerna är skyldiga att iaktta lagens reglering. Dit hör enligt 1 kap. 4 § LUF bland annat verksamhet som består av leveranser av el till fasta publika nät. Företag som tillhandahåller efterfrågade tjänster utgör *leverantörer*¹⁸ som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan om att lämna anbud.

¹⁰ Enligt 2015 års avtal hade Elnätsbolaget att utge 15,955 miljoner kronor (Mkr) till VEAB i ersättning för avtalade tjänster. Motsvarande belopp var 14,248 Mkr för 2014 och 14,832 Mkr för 2013. Detta ger ett genomsnitt på $(15,955 + 14,248 + 14,832) / 3 = 15,011$ Mkr/år.

¹¹ Lagens ersatte den tidigare lagen (1902:71 s. 1), innefattande vissa bestämmelser om elektriska anläggningar.

¹² Vid införandet 1995 av den s.k. elmarknadsreformen anfördes bl.a. följande ”Huvudprincipen [med lagbestämmelserna] är att åstadkomma en klar boskillnad mellan å ena sidan produktion och försäljning av el och å andra sidan överföring av el (nätverksamhet)” - se prop. 1993/94:162, s. 1 28 (mitten).

¹³ Undantagsvis tillåts, enligt andra stycket samma paragraf, att produktion av el bedrivs tillsammans med nätverksamhet av samma juridiska person, om produktionen (1.) uteslutande är avsedd att täcka nätförluster, eller (2.) sker tillfälligt i syfte att ersätta utebliven el vid elavbrott.

¹⁴ Se prop. 1996/97:136, specialmotiveringen till 2 kap. 1 §.

¹⁵ Se 2 kap. 23 § LUF.

¹⁶ Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/17/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsupphandlingsdirektivet). Direktivet har numera sedan den 18 mars 2016, ersatts med Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG. Detta s.k. Nya försörjningssektorsdirektiv har emellertid inte ännu genomförts i svensk rätt, varigenom rättsverkan av det nya direktivet inskränks till att omfatta enbart bestämmelser med s.k. *vertikal direkt effekt*.

¹⁷ Se 2 kap. 20 § första stycket 1 och andra stycket jämfört med 21 § LUF.

¹⁸ Se 2 kap. 11 § LUF.

Med *kontrakt* avses enligt 2 kap. 10 § LUF avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer.

Den närmare bestämningen av ett upphandlingsskyldigt kontrakt utgår från ett klassifikationssystem för varor, tjänster och byggtreprenadarbeten inom Europeiska unionen som heter *Common Procurement Vocabulary* eller CPV.¹⁹

Ett kontrakt som bland annat avser tjänster på elområdet (CPV 71314100-3) och tekniska tjänster (CPV 71356000-8) utgör s.k. A-tjänster (kategori 12, Tekniska konsulttjänster) enligt Bilaga 2 till LUF. Kontrakt som avser tjänster för företags- och organisationsrådgivning (CPV 79410000-1), kundservice (CPV 79342300-6) och bokföring (CPV 79211100-7) utgör även dessa A-tjänster (kategori 9, *Redovisning, revisions- och bokföringstjänster* eller kategori 11, *Organisationskonsulttjänster och därmed sammanhängande tjänster*) enligt Bilaga 2 till LUF. Om kontraktsvärdet²⁰ av dessa och dylika tjänster överstiger gällande tröskelvärde, 3.820.645 kronor,²¹ ska upphandlingen handläggas med iakttagande av de direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LUF.

Tröskelvärdesberäkningen ska enligt 3 kap. 2 § LUF göras med utgångspunkt i det totala belopp som ska betalas enligt varje kontrakt. I fråga om ramavtal ska värdet beräknas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras under ramavtalets löptid. Om något totalpris inte angetts, utan ett varu- eller tjänstekontrakt har slutits för att löpa tills vidare, ska enligt 3 kap. 11 § LUF värdet uppskattas som ett 48-månaderskontrakt.²² Ett formlöst s.k. *direktupphandlingsförfarande* kan undantagsvis komma ifråga för avtal med lågt värde. Vid en värdebedömning om detta är möjligt ska emellertid beaktas samtliga direktupphandlingar av samma slag som har gjorts av den upphandlande enheten under räkenskapsåret. Det sammanlagda värdet får inte överstiga 26 procent av gällande tröskelvärde, eller för närvarande 993.367 kronor.²³ Valet av beräkningsmetod får enligt 3 kap. 9 § andra stycket LUF vidare inte göras för att kringgå lagens bestämmelser.

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

¹⁹ *Common Procurement Vocabulary* är ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska unionen. CPV klassificerar i ett åttaställigt kodsystem c:a 6.000 varor och tjänster vid handel inom såväl som mellan medlemsstaterna – se vidare 1 kap. 2 § femte stycket och 2 kap. 5 § LUF samt Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), numera i delvis ändrad lydelse sedan 2008.

²⁰ Det s.k. *kontraktsvärdet* ska enligt 3 kap. 2 § LUF uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Avser upphandlingen tjänster där något totalpris inte anges ska enligt 3 kap. 11 § LUF värdet av kontraktet uppskattas till det totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader.

²¹ Gällande tröskelvärde 2016 för upphandling av varor och A-tjänster inom försörjningssektorn - se regeringens tillkännagivande (2016:14) om tröskelvärden vid offentlig upphandling samt Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden.

²² Enligt 3 kap. 11 § LUF ska, om ett tjänstekontrakt upphandlas utan att något totalpris anges, värdet av kontraktet vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader och av månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

²³ Se 15 kap. 3 a § tredje stycket jämförd med 3 § andra stycket LUF.

²⁴ De grundläggande principer som åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF - tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG.

LUF och det bakomliggande försörjningssektorsdirektivet är generellt tillämpliga på alla slags åtgärder som vidtas av en upphandlande enhet i syfte att tilldela kontrakt eller ramavtal avseende bl.a. tjänster.²⁵

Regelverket behöver dock, enligt 1 kap. 20 § LUF, inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en upphandlande myndighet²⁶ som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten.²⁷

Enligt 1 kap. 15 och 16 §§ LUF undantas vidare, under vissa förhållanden, även kontrakt som en upphandlande enhet tilldelar ett *anknutet företag*, med vilket enheten befinner sig i ett konsoliderat koncernförhållande (koncernbolag),²⁸ eller till ett *samriskföretag*.²⁹

En förutsättning för sådant s.k. *in-house-undantag* är emellertid att leveranser med anledning av tilldelningen av kontrakt motsvarar minst 80 procent av det anknutna företags eller samriskföretags genomsnittliga omsättning³⁰ under de föregående tre åren.³¹

Kan något undantag från LUF inte göras tillämpligt ska upphandling genomföras enligt lagens bestämmelser. I sådant fall ska, enligt huvudregeln i 1 kap. 9 § LUF, den upphandlande enheten genomföra ett likvärdigt och icke-diskriminerande samt öppet (transparent) förfarande. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttagas. I motivtexten till bakomliggande direktivbestämmelser framhålls bl.a. att *EU-domstolen betecknat otillåten direkttilldelning som den allvarligaste överträdelsen av unionslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet kan begå*.³²

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

Enligt 4 kap. 2 § LUF kan undantag från annonsringsskyldigheten komma ifråga, vid A-tjänsteupphandling över tröskelvärdet, under bland annat följande förutsättningar.

1. det har vid ett annonserat förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller *inte lämnats några anbud* eller några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet har inte ändrats väsentligt, eller
2. det gäller ett kontrakt som är avsett endast för *forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål*, eller

²⁵ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 23 § LUF.

²⁶ För definition av vad som utgör en *upphandlande myndighet* se 2 kap. 21 § LUF.

²⁷ Enligt 1 kap. 12 § LUF behöver lagens bestämmelser inte heller iakttagas ifråga om anskaffningar som görs vid återförsäljning eller uthyrning till tredje man, om den upphandlande enheten inte har någon särskild rättighet eller ensamrätt att sälja eller hyra ut föremålet för kontraktet och även andra har rätt att sälja eller hyra ut det på samma villkor som den upphandlande enheten. Den upphandlande enheten är i sådant fall skyldig att till Europeiska gemenskapernas kommission anmäla de varukategorier och verksamheter som den anser vara undantagna enligt lagen.

²⁸ Med *anknutet företag* avses enligt 2 kap. 2 § LUF företag vars årsräkenskaper konsolideras med den upphandlande enhetens enligt kraven i rådets sjunde direktiv 83/349/EEG av den 13 juni 1983, senast ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/46/EG. Undantagna enligt den aktuella regleringen är således (1) företag över vilket den upphandlande enheten har ett bestämmande inflytande eller (2) företag som kan utöva ett bestämmande inflytande över den upphandlande enheten (moder <-> dotterbolag) eller (3) företag som tillsammans med den upphandlande enheten står under bestämmande inflytande av ett annat företag på grund av ägande eller finansiellt deltagande eller på grund av de regler företaget lyder under eller som på annat sätt befinner sig i ett konsoliderat koncernförhållande med den upphandlande enheten (koncernsysterbolag). Bestämmelsen motsvarades tidigare av 4 kap. 4 kap. 4 a § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – ÅLOU – som infördes den 1 juli 1995 (se ändringsförfattningen 1995:704).

²⁹ Med *samriskföretag* avses enligt 1 kap. 15 § punkten 2 LUF företag som har bildats uteslutande av upphandlande enheter för att bedriva verksamhet inom försörjningssektorn. Undantag från upphandlingsskyldighet kan jml. 1 kap. 17 punkten 2 LUF i så fall komma ifråga om samriskföretaget har bildats för att utföra den aktuella verksamheten under en tid av minst tre år och det i den handling som upprättats för bildandet av företaget anges att de upphandlande enheter som det består av kommer att ingå i det under minst samma tid. Även denna bestämmelse motsvarades tidigare av 4 kap. 4 kap. 4 a § ÅLOU.

³⁰ Om det är mer än ett företag som är anknutet till den upphandlande enheten och tillhandahåller samma eller liknande byggtreprenader, varor eller tjänster, ska andelen beräknas med hänsyn till den totala omsättning som härrör från byggtreprenader, varor respektive tjänster från dessa anknutna företag.

³¹ Om det anknutna företaget inte kan visa omsättning för de föregående tre åren på grund av tidpunkten för företagets etablering eller verksamhetens påbörjande, får företaget alternativt, genom prognoser för verksamheten eller på något annat sätt göra sannolikt att den andel av omsättningen som krävs kommer att uppnås.

³² Se bl.a. skäl 13 till Europaparlamentets och Rådets direktiv (2007/66/EG) av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

3. det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men *synnerlig brådska*, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, eller
4. det som ska upphandlas kan av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt levereras av endast en viss leverantör, eller
5. det gäller en tilläggsbeställning eller ett utbyte av tidigare upphandlade tjänster, och ett byte av leverantör skulle oproportionellt svårt, eller
6. kontraktet grundar sig på ett ramavtal som redan har upphandlats enligt LUF.

Undantaget vid *synnerlig brådska* avser enbart extraordinära situationer.³³ De omständigheter som skulle kunna rättfärdiga synnerlig brådska måste dessutom bero på yttre förhållanden, dvs. förhållanden som ligger utanför det område som den upphandlande enheten har kunnat förutse eller påverka. *Egenförfärdad brådska* som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering grundar exempelvis inte möjlighet till undantag, utan i kravet på oförutsebarhet ligger att förhållandena närmast ska ha *karaktären av force majeure*.³⁴ Härutöver måste tidsnöden vara sådan att det inte har varit möjligt att hålla tidsfristerna vid annonserat förfarande, vilka vid upphandling av A-tjänster uppgår till som högst mellan 40 och 52 dagar.³⁵

I fråga om undantaget för *tekniska skäl eller ensamrätt* som gör att leverans kan genomföras endast av en viss leverantör följer det av unionsrättslig praxis att två (kumulativa) villkor måste vara samtidigt uppfyllda för att bestämmelsen ska bli tillämplig, nämligen att (1) de arbeten som är föremål för upphandlingen är av teknisk karaktär och (2) att det därför är absolut nödvändigt att tilldela ett visst företag kontraktet. Enligt EU-domstolen är undantaget exempelvis inte tillämpligt på fall där det finns fler än en leverantör som skulle kunna komma ifråga för kontraktet.³⁶ Den omständigheten att en upphandlande enhet tror sig veta att en viss leverantör är mest lämpad för att komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför exempelvis inte undantag från huvudregeln att annonserad upphandling ändå måste genomföras.³⁷

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis³⁸ ska dessutom möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som inom området för upphandling ges enligt unionsrätten tolkas restriktivt.³⁹ Det ankommer även på den upphandlande myndighet eller enhet som avser att åberopa ett undantag att bevisa att sådana särskilda omständigheter som motiverar undantag faktiskt föreligger.⁴⁰

Om en upphandlande enhet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i LUF kan en skadelidande leverantör ansöka om ingripande av allmän förvaltningsdomstol, innebärande att upphandlingen ska rättas eller att den ska göras om.⁴¹

³³ För att undantag överhuvudtaget ska kunna komma ifråga måste det framstå som absolut nödvändigt att tilldela kontraktet. Enligt praxis krävs att det rör sig om en brådska av anskaffning av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art (se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469–7472-11). Det ska även framstå som uppenbart att kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa. I rättspraxis har exempelvis uteblivna livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts vara av brådska natur (se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 29 februari 2012 i mål nr. 1446–1452-12). I lagförarbetena anges även möjlighet till extra förmånliga köp på auktion samt särskilt personrelaterade behov av hälso- och sjukvårdstjänster som sådana omständigheter som kan anses medföra synnerliga skäl (se prop. 2001/02:142, s. 99 samt prop. 2006/07:128, s. 429; jfr. även Konkurrensverkets beslut av den 26 maj 2010 i ärende nr. 430/2009).

³⁴ Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

³⁵ Se 8 kap. 2 § jämförd med 5-8 §§ LUF.

³⁶ Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Grekland* (C-394/02) EU:C:2005:336, pp. 32-39, jämte där noterad praxis.

³⁷ Se EU-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen *Bockhorn Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220 och i det efterföljande målet *kommissionen mot Tyskland* (C-503/04) EU:C:2007:432.

³⁸ Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23.

³⁹ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden i *kommissionen mot Spanien* (C-71/92) EU:C:1993:890, *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150.

⁴⁰ Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens avgöranden i *Kommissionen mot Italien* (C-199/85), *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150. Från senare praxis, se även domstolens avgöranden i de förenade målen *Bockhorn-Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220 och *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, p. 46.

⁴¹ Se 16 kap. 4-6 § LUF.

I de fall där avtal redan uppkommit kan rätten istället, enligt 16 kap. 13 § LUF,⁴² besluta att avtalet är *ogiltigt* om detta har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visats föreligga.⁴³ Sådan ogiltighetstalan måste dock, jml. 16 kap. 17 § LUF, väckas inom sex månader från det att avtalet slöts.

Allmän förvaltningsdomstol kan även på talan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande enhet som bland annat har slutit avtal på sätt som strider mot annonseringsbestämmelserna i LUF ska betala en särskild *upphandlingsskadeavgift*. Straffavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LUF uppgå till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av aktuellt kontraktsvärde. I rättspraxis har upphandlingsskadeavgift som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av det aktuella kontraktsvärdet,⁴⁴ men en individuell bedömning ska alltid genomföras med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.⁴⁵

Yttrande

VEAB och Elnätsbolaget har jämte Växjö kommun beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet. Kommunen har i yttrande till Konkurrenskommissionen angivit följande. VEAB och Elnätsbolaget köper respektive säljer tjänster av varandra i ett samarbete inom koncern. Det är inga kontrakt som marknaden går miste om utan ett sätt att samarbeta om vissa funktioner inom en koncern. Det är då inte fråga om kontrakt i den mening som avses i LUF.

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.

Såväl VEAB som Elnätsbolaget står under indirekt bestämmande inflytande av Växjö kommun och utgör därmed s.k. *upphandlande enheter* i fråga om tjänster såvitt avser sådan verksamhet som består i att leverera el till eller att driva fasta publika elnät. Bolagen är därvid skyldiga att iakttä bestämmelserna i LUF.

Såvitt framgår av utredningen har VEAB under de senaste tre räkenskapsåren ingått avtal om köp av tjänster från Elnätsbolaget till ett årligt värde av i genomsnitt 7,1 miljoner kronor. På motsvarande sätt har Elnätsbolaget från VEAB ingått avtal om köp av tjänster till ett årligt värde av i genomsnitt 15 miljoner kronor. Enligt vad bolagen själva uppgivit har de aktuella avtalen inte föregåtts av någon annonserad upphandling. I stället synes bolagen ha satt i system att ömsesidigt täcka sina behov av aktuella tjänster genom direkta kontraktstilldelningar.

I fråga om el-energiverksamhet ska det vara en ”*klar boskillnad*” mellan å ena sidan produktion och försäljning av el och å andra sidan överföring av el (nätverksamhet). Verksamheterna ska enligt ellagen bedrivas i olika bolag, så att det bland annat inte uppkommer risk för korssubvention. Det är mot denna bakgrund särskilt betydelsefullt att bestämmelserna om upphandling iakttas i fråga om handel mellan koncernbolag inom el-energiesektorn.

⁴² Rätten kan jml. 16 kap. 16 § LUF även förordna om att ett avtal inte får fullgöras till dess att något annat har bestämts (interimistiskt förbud) men får enligt 16 kap. 16 § andra stycket LUF avstå från ett sådant interimistiskt förbud om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

⁴³ Rätten får emellertid, enligt 16 kap. 14 § LUF, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för sådant undantag åvilar den upphandlande enheten.

⁴⁴ Se bl.a. Kammarrätten i Stockholm mål nr 5426-12, 5427-12 respektive 5452-12, Kammarrätten i Göteborg mål nr 7009-12, Kammarrätten i Stockholm mål nr 1305-12, Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 1785-13, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 1271-12, 1273-12 och 1281-12, Förvaltningsrätten i Växjö mål nr 286-12, Förvaltningsrätten i Luleå mål nr 2166-11, Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13115-12, Förvaltningsrätten i Falun mål nr 2643-12, Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 2916-13, 22373-12, 2922-13 och 2987-13. Här redovisad praxis avser huvudsakligen tillämpning av 17 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU, men torde äga motsvarande tillämpning även för 17 kap. LUF.

⁴⁵ Se HFD 2015 ref. 69.

Även köp och försäljningar som sker inom ramen för en koncern utgör *kontrakt* som omfattas av upphandlingsskyldighet enligt LUF, för såvitt något i lagen angivet undantag inte anger annat.

Ett sådant undantag skulle kunna vara möjligheten till koncerninterna köp mellan anknutna företag enligt 1 kap. 15 och 16 § LUF. Detta undantag kan endast komma ifråga om de interna tilldelningarna uppgår till minst minst 80 procent av bolagens genomsnittliga omsättning under de föregående tre åren. Såvitt kan utläsas av föreliggande årsredovisningshandlingar hänför sig dock enbart 21 procent av VEAB:s respektive 31 procent av Elnätsbolagets omsättning/försäljning till i koncernen ingående företag. I övrigt är bolagen externt verksamma och konkurrerar med andra företag. Undantagsbestämmelsen för koncerninterna köp kan därmed inte göras tillämplig i de aktuella fallen.

Det genomsnittliga värdet av bolagens internt genomförda köp uppgår till ett sådant belopp att direktupphandling inte har varit tillåten. Förfarandet har vidare pågått under en så pass lång tid att bolagen har haft god tid på sig att planera och genomföra annonserade upphandlingar. Undantag på grund av *synnerlig brådska* kan därmed inte göras gällande.

I fråga om *ensamrätt på grund av tekniska skäl* krävs det enligt unionsrättslig praxis att det ska kunna visas uteslutet att inte även andra leverantörer skulle kunna komma ifråga för anbudsgivning. Så har emellertid inte ens påståtts vara fallet, utan det finns en marknad för dessa och dylika tjänster där såväl VEAB som Elnätsbolaget synes vara verksamma och konkurrerar med andra företag.

Eftersom inte heller något annat i lagen inskrivet undantag kan göras tillämpligt har VEAB och Elnätsbolaget varit skyldiga att genomföra annonserade upphandlingsförfaranden med infordran av konkurrerande anbud. Förfarandet att kringgå denna skyldighet och istället köpa aktuella tjänster internt inom koncernen strider i det aktuella fallet mot LUF och de upphandlingsrättsliga direktiven samt riskerar att sätta konkurrensen ur spel. Det finns därmed anledning att rikta allvarlig kritik mot förfarandet. Ramverket för koncerninterna köp inom försörjningssektorerna har funnits införda i svensk lag sedan 1995, och borde därför vid det här laget vara väl kända. Den omständigheten att Växjö kommun uppenbarligen inte känner till eller vill vidkännas den upphandlingsskyldighet som i aktuellt avseende åvilar de kommunala bolagen, och inte heller i sin ägarroll ser till att bolagen håller sig inom de ramar som lagstiftningen anvisar, medför anledning till ytterligare allvarlig kritik mot kommunen.