

Kristian Pedersen

DATUM
2004-11-18
ERT DATUM

DIARIENR
2004/0106-26
ER BETECKNING

1 (6)

Elmia AB
Box 6066
550 06 JÖNKÖPING

Frågan om Elmia AB är en upphandlande enhet

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar, med stöd av 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), tillsyn över den offentliga upphandlingen.

NOU har den 23 april 2004 mottagit en skrivelse i vilken klagomål framförs mot att Elmia AB inte tillämpar bestämmelserna i LOU.

Elmia har i ett tidigare ärende (dnr 2003/0021-26) meddelat NOU att bolaget inte anser sig vara en upphandlande enhet i den mening som avses i LOU. NOU påbörjade därför denna granskning och i en skrivelse den 10 maj 2004 bad NOU Elmia lämna besked om huruvida bolaget vidhöll att bolaget inte är en upphandlande enhet. Elmia vidhöll sin uppfattning i en skrivelse den 21 juni 2004. I syfte att säkerställa att NOU:s bedömning av Elmia grundas på ett så fullständigt beslutsunderlag som möjligt bad NOU, i en skrivelse den 24 juni 2004, Elmia att besvara ett antal kompletterande frågor rörande bolagets ägarförhållanden, verksamhet och finansiering.

Elmia anförde i en skrivelse den 27 september 2004 i huvudsak följande. Elmia bedriver verksamhet inom mäss-, utställnings- och konferensverksamhet, samt i begränsad omfattning lokaluthyrningsverksamhet och internationell konsultverksamhet med anknytning till mäss- och utställningsverksamhet. Bolaget utför inga uppgifter åt Jönköpings kommun eller någon annan statlig, landstingskommunal eller kommunal organisation. Däremot förekommer kommunala, statliga och landstingskommunala organisationer som kunder inom ramen för Elmias affärsverksamhet. Elmia erhåller ingen statlig, kommunal, eller landstingskommunal finansiering, eller någon finansiering från andra statligt, kommunalt eller landstingskommunalt ägda bolag eller organisationer. Enligt ägardirektiv skall bolagets verksamhet bedrivas på affärsmässiga grunder, under iakttagande av ändamålet med verksamheten, vilket är att främja näringslivet. Bolaget skall drivas på ett sätt som vårdar insatt kapital och ger skälig avkastning med hänsyn till de risker som verksamheten innebär. Elmias ägare har under de senaste tre åren inte tillskjutit kapital i form av aktieägartillskott, lån eller liknande. Varken bolagets ägare eller någon

Kristian Pedersen

annan statlig, kommunal eller landstingskommunal organisation har gjort borgensåtaganden, ställt bankgarantier eller på annat sätt gjort ekonomiska utfästelser till förmån för bolaget. Elmia arbetar på en hårt konkurrensutsatt marknad både på internationell och nationell nivå. Mäss-, utställnings- och konferensbranschen kan karakteriseras som en mogen bransch med hård prispress. Konkurrensen inom området kommer även från andra media och från förlagsbranschen som är nya aktörer inom området.

Av det material NOU tagit del av framgår att Elmia ägs till 82% av Jönköpings Rådhus AB, vilket i sin tur till 100% ägs av Jönköpings kommun. Elmias övriga ägare är Förlags AB Albinsson & Sjöberg, Smålands Fotbollsförbund, NCC AB, Handelskammaren i Jönköping och Herenco AB.

Begreppet upphandlande enhet

Begreppet ”upphandlande enhet” innefattar enligt 1 kap. 6 § LOU¹, utöver statliga, kommunala och andra myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting, även sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär och

1. vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet², eller
2. vars upphandling står under statlig eller kommunal tillsyn eller en tillsyn av en annan upphandlande enhet, eller
3. vars styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet.

Definitionen i LOU överensstämmer dock inte till fullo med det som anges i de bakomliggande EG-direktiven och det sätt på vilka dessa tolkats av EG-domstolen.³

Av EG-domstolens dom i *BFI Holding*⁴ framgår vad som avses med att en organisation, för att vara upphandlande enhet, skall tillgodose behov i det

¹ Definitionen bygger på varudirektivet 93/36/EEG art. 1 b, byggdirektivet 93/37/EEG art. 1 b och tjänstedirektivet 92/50/EEG art. 1 b.

² Enligt upphandlingsdirektiven ”... som till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt ...”

³ Se NOU:s skrivelse till Finansdepartementet (dnr 2000/0308-29) angående behovet av ändring i LOU.

⁴ Mål C-360/96 Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden mot BFI Holding BV, REG 1998, sid. I-6821. Se även mål C-18/01, Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy,

Kristian Pedersen

allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Domstolen uttalade att lagstiftaren har gjort en åtskillnad mellan dels allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, dels allmännyttiga behov som är av industriell eller kommersiell karaktär. Domstolen bekräftade därmed att begreppet industriell eller kommersiell karaktär syftar på behov och inte på organet.⁵ Domstolen fann att om gemenskapslagstiftaren ansett att allmännyttiga behov inte kunde vara av kommersiell eller industriell karaktär skulle preciseringen inte varit nödvändig. Den gemenskapsrättslige lagstiftaren har med skrivningen avsett att skapa en underkatalog av sådana behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.⁶ Den industriella eller kommersiella karaktären är ett kriterium som avser att precisera begreppet allmännyttiga behov i den meningen som avses i denna bestämmelse. Domstolen ansåg vidare att allmännyttiga behov som inte är av kommersiell eller industriell karaktär inte utesluter behov som även tillgodoses eller skulle kunna tillgodoses av privata företag.⁷ Direktivet avser enbart behov som den offentlighetsrättsliga organisationen skall tillgodose, inte huruvida dessa behov kan tillgodoses av privata företag eller ej. Att det förekommer konkurrens är inte tillräckliga skäl för att utesluta en organisation som finansieras eller kontrolleras av en myndighet ur kretsen upphandlande enheter.

Domstolen angav vidare att en snävare tolkning skulle beröva begreppet organ som lyder under offentlig rätt dess innehåll. En organisation kan således vara en upphandlande enhet även om privata företag tillgodoser samma behov som denna organisation. Frånvaron av konkurrens är således inte nödvändig för att definiera en organisation som lydande under offentlig rätt. Domstolen betonade dock att konkurrens i och för sig inte saknar relevans vid bedömningen. Förekomsten av konkurrens kan vara ett tecken på att det är fråga om ett allmännyttigt behov som är av industriell eller kommersiell karaktär som tillgodoses.⁸ Slutligen konstaterade EG-domstolen att förekomsten eller frånvaron av allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär skall bedömas objektivt. Den juridiska formen för de bestämmelser där sådant behov uttrycks saknar i det avseendet betydelse. Det är därför inte nödvändigt att organisationen genom lag eller annan författning skall ha ålagts att tillgodose ett allmännyttigt behov.⁹ Begreppet upphandlande enhet skall tolkas funktionellt för att ge full verkan åt principen om fri rörlighet.

Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy, Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa mot Varkauden Taitotalo Oy, REG 2003, sid. I-5321.

⁵ BFI Holding, p. 36.

⁶ BFI Holding, p. 34-35.

⁷ BFI Holding, p. 51 f.

⁸ BFI Holding, p. 47-50.

⁹ BFI Holding, p. 60.

Kristian Pedersen

Enligt fast rättspraxis från EG-domstolen utgörs generellt sett allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, i den mening som avses i upphandlingsdirektiven och 1 kap. 6 § LOU, dels av behov som tillgodoses på annat sätt än genom utbud av varor eller tjänster på marknaden, dels av behov som staten (i vid bemärkelse, vilket för svensk del även omfattar kommuner och landsting), av skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själv tillgodose eller som den avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på.¹⁰

I rättsfallet *Agorà*¹¹ tog EG-domstolen ställning till huruvida ett bolag (Ente Fiera), som hade till syfte att bedriva och understödja verksamhet avseende anordnande av mässor, utställningar och kongressverksamhet, var en upphandlande enhet. Huvudfrågan i målet var om Ente Fiera tillgodosåg allmännyttiga behov som inte var av industriell eller kommersiell karaktär. EG-domstolen konstaterade inledningsvis att verksamhet som avser anordnande av mässor och utställningar och andra liknande initiativ tillgodoser ett allmännyttigt behov. Den som organiserar sådana arrangemang och sammanför tillverkare och affärsmän på samma geografiska plats handlar nämligen, enligt domstolen, inte endast i dessa gruppers intresse, vilka på detta sätt får tillfälle att marknadsföra sina produkter och varor. Även de konsumenter som besöker dessa arrangemang ges upplysningar som kan möjliggöra för dem att under bästa möjliga omständigheter välja vad de skall köpa. Den stimulans till handeln som följer av detta kunde enligt EG-domstolen anses avse ett allmännyttigt behov.

Därefter övergick domstolen till att undersöka huruvida behoven var av industriell eller kommersiell karaktär. EG-domstolen konstaterade därvid att Ente Fiera tillhandahöll tjänsterna mot vederlag. Bolagets verksamhet tillgodosåg behov av kommersiell karaktär hos å ena sidan utställare, vilka gavs möjlighet att marknadsföra de varor eller tjänster som de ställde ut, å andra sidan besökare som önskade skaffa sig information i syfte att eventuellt göra inköp. Dessutom noterade EG-domstolen att bolaget i fråga, även om det saknade vinstsyfte, enligt artikel 1 i dess bolagsordning skulle drivas med produktivitets-, effektivitets- och lönsamhetskriterier som grund. Då det saknades bestämmelser om ett system för kompensation för eventuell

¹⁰ Se bl.a. BFI Holding och mål C-18/01, Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy, Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa mot Varkauden Taitotalo Oy, REG 2003, sid. I-5321.

¹¹ Förenade målen C-223/99 och C-260/99, *Agorà Srl mot Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, och *Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. mot Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano, Cifrat Soc. coop. arl*, REG 2001 sid. I-3605.

Kristian Pedersen

ekonomisk förlust bar Ente Fiera själv den ekonomiska risken för sin verksamhet. Domstolen noterade dessutom att kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av den inre marknadens regler för mässor och utställningar¹² utgjorde ett tecken på att mäss- och utställningsarrangemang är av industriell eller kommersiell karaktär. Detta eftersom meddelandet bland annat har till syfte att förklara på vilket sätt mäss- och utställningsarrangörer har nytta av etableringsfriheten och det fria tillhandahållandet av tjänster. Slutligen indikerade, enligt domstolen, det förhållandet att ett bolag såsom det ifrågavarande bedrev verksamhet på ett konkurrensutsatt område på att mäss- och utställningsverksamheten är av industriell och kommersiell karaktär.

EG-domstolen ansåg därför att en organisation som har till syfte att bedriva verksamhet som avser arrangemang av mässor, utställningar och andra liknande initiativ, som saknar vinstsyfte, men som skall drivas med produktivitets-, effektivitets och lönsamhetskriterier som grund, och som bedriver verksamhet på ett konkurrensutsatt område inte är en upphandlande enhet.

NOU:s bedömning av Elmia AB

Av utredningen framgår att 75% av ledamöterna i Elmias styrelse enligt bolagsordningens 8 § utses av kommunfullmäktige i Jönköpings kommun. Detta innebär att Elmia uppfyller kriteriet i 1 kap. 6 § 3 p. LOU för att vara en upphandlande enhet.

Elmia bedriver som nämnts ovan verksamhet inom mäss-, utställnings- och konferensbranschen, en typ av verksamhet som mot bakgrund av EG-domstolens ovan redovisade praxis får anses tillgodose behov i det allmännas intresse.

Vid bedömningen av om de behov som Elmia tillgodoser är av industriell eller kommersiell karaktär bör enligt NOU:s mening följande omständigheter beaktas.

Elmias verksamhet inom mäss-, utställnings- och konferensbranschen utförs mot vederlag från Elmias kunder. Sådan verksamhet tillgodoser, som EG-domstolen påpekat, behov av kommersiell karaktär hos å ena sidan utställare, vilka ges möjlighet att marknadsföra de varor eller tjänster som de ställer ut, å andra sidan besökare som önskar skaffa sig information i syfte att eventuellt göra inköp.

¹² EGT 1998, C 143, sid. 2.

Kristian Pedersen

Av 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) framgår att kommuner och landsting får driva näringsverksamhet, om den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget. Av detta framgår att Elmia, som ägs till 82% av Jönköpings kommun, inte lagligen kan bedriva sin verksamhet med det huvudsakliga syftet att lämna vinst till ägarna. Som nämnts ovan har dock Elmias ägare lämnat direktiv om att bolagets verksamhet skall bedrivas på affärsmässiga grunder, under iakttagande av ändamålet med verksamheten, vilket är att främja näringslivet. Bolaget skall drivas på ett sätt som vårdar insatt kapital och ger skälig avkastning med hänsyn till de risker som verksamheten innebär. Även om Elmia således inte kan ha som huvudsyfte att gå med vinst får bolaget, mot bakgrund av de ägardirektiv som givits, enligt NOU:s mening anses drivas med produktivitets-, effektivitets- och lönsamhetskriterier som grund.

Förekomsten av konkurrens är inte ensamt avgörande för om en verksamhet är av industriell eller kommersiell karaktär. Enligt EG-domstolens praxis kan emellertid förekomsten av en utvecklad konkurrens utgöra en indikation på att verksamheten är av industriell och kommersiell karaktär. NOU anser därför att det faktum att Elmia bedriver verksamhet på en konkurrensutsatt marknad med många olika aktörer bör beaktas vid bedömningen av bolaget.

Under förutsättning att Elmia verkligen själv bär den ekonomiska risken för sin verksamhet och i praktiken inte, vid en eventuell ekonomisk förlust eller vid hot om konkurs, skulle komma att erhålla ekonomiskt stöd från ägarna, anser NOU mot bakgrund av EG-domstolens ovan redovisade praxis att Elmia inte är en upphandlande enhet i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU.

NOU avslutar härmed detta ärende.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 18 november 2004, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, sektionschefen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Kristian Pedersen. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen