

Länsrätten i Gotlands län  
Box 1036  
621 21 VISBY

## Länsrättens i Gotlands län mål 181-06 mellan B2B Poker (Sweden) AB och AB Svenska Spel

Länsrätten i Gotlands län har anmodat Nämnden för offentlig upphandling (nedan NOU) att yttra sig i rubricerat mål. Yttrandet skall avse följande fråga: *Är AB Svenska Spel enligt nämndens uppfattning en upphandlande enhet i LOU:s mening i fråga om inköp av ett pokersystem för pokerspel på Internet.* NOU, som har tagit del av handlingarna i länsrättens akt, får besvara frågan enligt följande.

### NOU:S UPPFATTNING

AB Svenska Spel är enligt NOU:s uppfattning en upphandlande enhet i LOU:s mening. Bolaget omfattas av LOU vid såväl upphandling av pokersystem för pokerspel på Internet som vid varje annan upphandling av varor, tjänster eller byggtreprenader som bolaget gör.

### SKÄL

#### 1. Bakgrund

##### *Parternas yrkanden och grunder*

- 1.1. Sedan AB Svenska Spel (nedan Svenska Spel) ingått avtal med Boss Media AB för leverans av pokersystem för pokerspel på Internet, har B2B Poker (Sweden) AB (nedan B2B) ansökt om överprövning med yrkande att länsrätten beslutar att upphandlingen skall göras om med rättelse av de överträdelse av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) som skett.

- 1.2. B2B har som grund för sitt yrkande gjort gällande att Svenska Spel är en upphandlande enhet i LOU:s mening. B2B har till utvecklande av sin talan anfört sammanfattningsvis följande. Svenska Spel har inte följt LOU i den aktuella upphandlingen. Bolaget har bildats i syfte att täcka ett behov i det allmännas intresse. Prövningen skall göras utifrån de förhållanden som var aktuella vid bolagets bildande och de villkor som bolaget underkastats för sin verksamhet. – Det behov Svenska Spel inrättats för att täcka är inte av industriell eller kommersiell karaktär. Bolagets huvudsakliga syfte är inte att göra vinst. Svenska Spel har ett lagstadgat monopol eftersom verksamheten inte får bedrivas utan tillstånd. Den svenska spelmarknaden kan inte anses vara föremål för konkurrens med nya aktörer. B2B vitsordar att Svenska Spel inte är beroende av bidrag eller anslag från staten för att finansiera sin verksamhet. Det borde dock vara närmast omöjligt att bedriva verksamheten med förlust, eftersom Svenska Spel har en monopolställning. Spelmarknaden har extremt hög lönsamhet. B2B vitsordar likaså att Svenska Spel bär den ekonomiska risken för sin verksamhet. Det ifrågasätts dock om staten (hypotetiskt) skulle låta Svenska Spel gå i konkurs, eftersom det totalt skulle förbruka tilltron för staten.
- 1.3. Svenska Spel har bestritt att bolaget är en upphandlande enhet som behöver följa LOU. Som grund för sitt bestridande har bolaget gjort gällande att bolaget inte har inrättats i ett behov i det allmännas intresse och att det behov som bolaget inrättats för att täcka är dessutom av industriell eller kommersiell karaktär. Till utvecklande av sin talan har bolaget sammanfattningsvis anfört följande. Anordnandet av spel och lotterier tillgodoser vissa människors behov av spel, men detta behov är inte att betrakta som ett behov i det allmännas intresse. Tvärtom medför anordnandet av lotterier och spel t.o.m. risk för sociala och ekonomiska skadeverkningar. En annan sak är att staten i syfte att bl.a. komma till rätta med dessa skadliga effekter har infört lotterilagstiftningen och inrättat Lotteriinspektionen, vars verksamhet däremot täcker behov i det allmännas intresse. Man får inte sammanblanda arten av det behov bolaget täcker med bolagets karaktär eller dess arbetssätt. Det förhållandet att Svenska Spel är skyldigt att iaktta lotterilagen och tillståndsvillkoren innebär inte att bolaget täcker behov av allmännyttig karaktär i LOU:s mening. Avgörande för bedömningen om Svenska Spel tillgodoser ett allmännyttigt behov är enligt EG-domstolens dom C-470/99 *Universale Bau* förhållandena vid den tidpunkt när den aktuella upphandlingen genomfördes. – Svenska Spel syftar till att göra vinst och bolaget verkar på en i högsta grad konkurrensutsatt marknad. Nuvarande marknadssituation med aggressiv konkurrens från bl.a. utländska spelanordnare medför att Svenska Spel måste – inom ramen för en ansvarsfull verksamhet – agera affärsmässigt och kommersiellt, inte minst för att bidra till att spelintresset kanaliseras till ett bolag vars verksamhet omgärdas av villkor som sätts upp för att skydda spelarna. Svenska Spel erhåller inte några anslag eller bidrag från staten för att finansiera sin verksamhet.

Svenska Spel bär självt den ekonomiska risken för verksamheten. Var-ken av bolagsordningen eller av någon annan utfästelse från staten följer att staten har någon skyldighet att tillskjuta medel för att täcka ev. förluster. Bedömningen måste omfatta objektivt konstaterbara omständigheter, inte subjektiva bedömningar/sannoliketskalkyler.

### *Lagstiftningen på spel- och lotteriområdet*

- 1.4. Genom EG-domstolens dom i målet *Schindler* klargjordes att spel och lotterier omfattas av fördragsreglerna. Emellertid har domstolen funnit att syften som rör skydd för mottagare av vissa tjänster och konsumentskydd samt skydd för ordningen i samhället kan berättiga till inskränkningar och, mot bakgrund av lotteriers mycket speciella beskaffenhet, att det även är berättigat att införa inskränkningar som sträcker sig så långt som till förbud mot lotterier. Domstolen pekade på de moraliska, religiösa och kulturella betänkligheter som finns i medlemsstaterna rörande lotterier, den risk för brott och bedrägerier som lotterier kan medföra samt – även om det inte kunde i sig utgöra ett objektivt berättigande av inskränkningar – att lotterier på ett avgörande sätt kan bidra till finansieringen av ideella eller allmännyttiga verksamheter. Dessa speciella omständigheter berättigade enligt domstolen att de nationella myndigheterna ges ett tillräckligt utrymme för skönsmässiga bedömningar när det gäller att fastställa vad som krävs för att skydda spelarna och mera allmänt, med beaktande av varje medlemsstats sociala och kulturella särart, för att bevara ordningen i samhället både vad gäller sättet att anordna lotterier, insatsernas storlek och användningen av de intäkter de genererar.<sup>1</sup>
- 1.5. Den svenska lagstiftningen på spel- och lotteriområdet återfinns i lotterilagen (1994:1000) och i kasinolagen (1999:355). Lagstiftningen har, mot bakgrund av spelpolitiken, utformats med utgångspunkten att lagstiftningen skall syfta till att motverka kriminalitet, motverka sociala och ekonomiska skadeverkningar, tillvarata konsumentskyddsintressen, och inkomsterna från lotterier skall gå till allmänna eller allmännyttiga ändamål.<sup>2</sup>
- 1.6. Endast den som enligt lotterilagstiftningen får anordna spel och lotterier i Sverige har rätt att marknadsföra sina produkter.<sup>3</sup>
- 1.7. Svenska Spels verksamhet regleras genom särskilda tillstånd som regeringen meddelar med stöd av 45 § lotterilagen.

---

<sup>1</sup> Mål C-275/92, se även EG-domstolens mål C-124/97 *Läärä*, C-67/98 *Zenatti*, C-6/01 *Anomar*, C-243/01 *Gambelli* och C-42/02 *Lindman* samt SOU 2006:11, *Lotteriutredningens slutbetänkande – Spel i en föränderlig värld*, s 151 ff

<sup>2</sup> SOU 2006:11, s 233 ff

<sup>3</sup> 38 § lotterilagen, se även SOU 2006:11 s. 76

### *Svenska Spel*

- 1.8. Svenska Spel är ett av svenska staten helägt aktiebolag som bildades den 1 januari 1997 efter en sammanslagning av AB Tipstjänst och Svenska Penninglotteriet AB.
- 1.9. Inför bildandet av Svenska Spel gjordes bl.a. följande överväganden. Staten bör även i framtiden äga, styra eller på annat sätt ha insyn i de stora aktörerna på spelmarknaden. Sociala skyddshänsyn, bedrägeririsiker och konsumentintressen måste beaktas när spelformer utvecklas och i verksamheten i övrigt. Därigenom ges statens engagemang en större tydlighet avseende ambitionen att bibehålla det nationella självbestämmandet på spelmarknaden. De statliga bolagen bör ges koncessioner bl.a. för sådana spelformer som kan bedömas medföra risker av social karaktär och som bedöms kunna stävja illegalt spel i okontrollerade former.<sup>4</sup>
- 1.10. Föremålet för Svenska Spels verksamhet är enligt bolagets bolagsordning att efter tillstånd av regeringen anordna lotterier om penningar och vadhållning (tipping) i samband med tävlingar samt att bedriva därmed förenlig verksamhet.
- 1.11. I regeringens tillstånd till Svenska Spel enligt 45 § lotterilagen föreskrivs att bolaget bl.a. skall säkerställa att sociala och hälsomässiga skyddshänsyn tas.<sup>5</sup>

### *Den svenska spelmarknaden*

- 1.12. Lotterilagens reglering i förening med regeringens tillståndsgivning enligt 45 § lotterilagen innebär att det i Sverige råder monopol på vadhållning i samband med idrottstävlingar i mer än en kommun (Svenska Spel), på vadhållning i samband med hästtävlingar (ATG), för värdeautomater (Svenska Spel) förutom i vissa fall för fartyg i internationell trafik och på kasinospel förutom de s.k. restaurangkasinona (Svenska Spel genom det helägda dotterbolaget Casino Cosmopol). Lokala lotterier, inklusive bingospel, är förbehållna ideella föreningar på orten. Rikslotterier anordnas såväl av ideella föreningar som av Svenska Spel. Endast vid de s.k. restaurangkasinona föreligger en friare konkurrens, där hotellet eller restaurangen och även andra kommersiellt verkande företag kan erhålla tillstånd.<sup>6</sup> Vidare finns det i dag tre svenska anordnare som med stöd av svensk lagstiftning har rätt att anordna spel och lotterier över In-

<sup>4</sup> Prop. 1995/96:169 *Sammanslagning av Svenska Penninglotteriet AB och AB Tipstjänst m.m.*

<sup>5</sup> Svenska Spels yttrande 2006-05-05, s 5, punkt C.3.4.

<sup>6</sup> SOU 2006:11 s 54

ternet, nämligen Svenska Spel (vadhållning, turspel och poker), ATG (vadhållning i samband med hästtävlingar) och Spero (turspel).<sup>7</sup>

1.13. Regeringen har i och för sig möjlighet enligt 45 § lotterilagen att meddela särskilda tillstånd att anordna lotteri i andra fall och i annan ordning än som annars anges i lotterilagen. Det finns därmed en teoretisk möjlighet för andra anordnare av spel och lotterier, även rent kommersiella anordnare, att erhålla tillstånd att anordna spel och lotterier i Sverige. Något sådant tillstånd har emellertid inte meddelats. Sedan det brittiska spelbolaget Ladbrokes Worldwide Betting ansökt om svenskt speltillstånd, avslog regeringen den 18 mars 2004 ansökan. Regeringsrätten fann i dom den 20 juni 2005, sedan Ladbrokes ansökt om rättsprövning av regeringens beslut, att beslutet inte stred mot någon rättsregel. I lotteriutredningens slutbetänkande *Spel i en föränderlig värld* har därför slutsatsen dragits att den svenska spel- och lotterimarknaden endast är öppen för ett fåtal subjekt och kommersiella anordnare av spel och lotterier i princip inte tillåts.<sup>8</sup>

1.14. Den reglerade svenska spelmarknaden omsatte under år 2004 minst 36,5 miljarder kronor brutto. Av omsättningen avsåg 56 procent Svenska Spel (inklusive Casino Cosmopol som dock endast redovisar behållningen efter utbetalda vinster), 29 procent ATG, 12 procent folkrörelsernas lotterier och 3 procent restaurangkasinon. Jämte den reglerade svenska spelmarknaden förekommer ett omfattande spelande i Sverige på spel och lotterier som inte omfattas av den svenska lagstiftningen. Framför allt handlar det om spel över Internet som anordnats utomlands i överensstämmelse med lagstiftningen i ursprungsstaten. Utbudet av sådana spel har ökat kraftigt sedan slutet av 1990-talet. Det är omöjligt att bedöma hur stort spelandet i Sverige hos utländska spelanordnare är. Några helt tillförlitliga uppgifter om detta går inte att få fram. Det finns uppgifter om en omsättning på ca 6 miljarder kr år 2004. Dessutom förekommer i Sverige spel på illegala inhemska spel och lotterier, såsom illegal vadhållning samt spelautomater och kortspel utan tillstånd. Omsättningen på det illegala spelet kan svårigen uppskattas. Enbart det illegala automat-spelet beräknas dock omsätta flera miljarder kr årligen.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> SOU 2006:11 s 76

<sup>8</sup> SOU 2006:11 s 241 ff

<sup>9</sup> SOU 2006:11 s 54 ff

## 2. Begreppet upphandlande enhet enligt 1 kap. 6 § LOU

### *Upphandlande enhet*

- 2.1. Begreppet ”upphandlande enhet” innefattar enligt 1 kap. 6 § LOU 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 enhet, 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.

### *Frågor som skall bedömas i målet*

- 2.2. Med hänsyn till hur parterna angett och utvecklat sin talan, har bedömningen huruvida Svenska Spel är en upphandlande enhet i LOU:s mening begränsats till att avse frågorna om bolaget har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse och om detta behov inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Prövningen skall ske i två led. Först skall det undersökas huruvida Svenska Spels verksamhet verkligen tillgodoser ett allmännyttigt behov och därefter, i förekommande fall, skall det fastställas huruvida sådana behov är av industriell eller kommersiell karaktär.<sup>10</sup>

### *EG-domstolens praxis*

- 2.3. EG-domstolen har i ett flertal domar klargjort vilka typer av organisationer som är skyldiga att tillämpa upphandlingsdirektivens bestämmelser (för svenskt vidkommande 1 kap. 6 § LOU). Enligt EG-domstolens rättspraxis utgörs generellt sett allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär dels av behov som tillgodoses på annat sätt än genom utbud av varor och tjänster på marknaden, dels av behov som staten, av skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själv tillgodose eller som den avser att fortsätta ha ett avgörande inflytande på.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> EG-domstolens dom i mål C-18/01, *Korhonen m.fl.*, punkt 40

<sup>11</sup> EG-domstolens domar i mål C-18/01, *Korhonen*, punkt 47; C-360/96, *BFI Holding*, punkterna 50 och 51; de förenade målen C-223/99 och C-260/99, *Agora och Excelsior*, punkt 37 och C-373/00, *Adolf Truley*, punkt 50

- 2.4. Av domstolens praxis följer vidare att bestämmelserna skall tillämpas fullt ut på en organisations hela verksamhet även om endast en mindre del av organisationens verksamhet omfattas av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven, och större delen av verksamheten är ren affärsverksamhet av kommersiell eller industriell karaktär. En motsatt tolkning skulle enligt EG-domstolen strida mot kravet på rättssäkerhet (legal certainty).<sup>12</sup>
- 2.5. EG-domstolen har i sin dom i målet *Mannesmann*<sup>13</sup> ansett att ett bolag som bildats för att med ensamrätt framställa officiella administrativa handlingar, varav vissa omfattas av sekretess eller säkerhetsföreskrifter, kunde anses ha ett allmännyttigt syfte som inte var av industriell eller kommersiell karaktär. Domstolen fäste bland annat avseende på att de handlingar som bolaget skall framställa är knutna till samhällsintresset och att bolaget hade bildats i det särskilda intresset att tillgodose dessa allmänna intressen.
- 2.6. I EG-domstolens dom *BFI Holding*<sup>14</sup> behandlades likaså frågorna om allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Bortforsling och behandling av hushållssopor ansågs här vara ett allmännyttigt behov. Domstolen uttalade att eftersom privata ekonomiska aktörer inte kunnat tillgodose detta behov i den grad som ansetts nödvändig av folkhälso- och miljöskyddsskäl, ingår denna verksamhet bland dem som staten kan besluta skall utövas av offentliga myndigheter eller vilka den avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på. Att det förekommer konkurrens är inte tillräckliga skäl för att utesluta en organisation som finansieras eller kontrolleras av en myndighet ur kretsen upphandlande enheter. Förekomsten av utvecklad konkurrens kan dock vara ett tecken på att det är fråga om ett allmännyttigt behov som är av industriell eller kommersiell karaktär. 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. Begreppet upphandlande enhet skall tolkas funktionellt för att ge full verkan åt principen om fri rörlighet.
- 2.7. Även EG-domstolens dom *Kommissionen mot Spanien*<sup>15</sup> behandlade tolkningen av dessa begrepp. Målet rörde SIEPSA, ett aktiebolag som inrättats för att äga och förvalta den spanska statens kriminalvårdsanstalter och kriminalvårdsinrättningar. EG-domstolen ansåg det klarlagt att SIEPSA särskilt tillkommit för att med ensamrätt ansvara för genomförandet av program och åtgärder inom ramen för planen för nedläggning och upprättande av kriminalvårdsanstalter, i syfte att genomföra den

---

<sup>12</sup> EG-domstolens dom i mål C-44/96, *Mannesmann*., punkt 25

<sup>13</sup> Mål C-44/96

<sup>14</sup> Mål C-360/96

<sup>15</sup> Mål C-283/00

spanska statens kriminalvårdspolitik. Domstolen fann att de behov som SIEPSA tillgodosåg hade ett nära samband med den allmänna ordningen. Eftersom verkställighet av straff omfattas av statens exklusiva behörighet finns det dessutom enligt EG-domstolen inte någon marknad för de varor och tjänster som SIEPSA tillhandahöll. Bolaget kunde således inte anses bjuda ut varor eller tjänster på den fria marknaden i konkurrens med andra ekonomiska aktörer. EG-domstolen fann vidare att även om SIEPSA skulle gå med vinst så var det uteslutet att eftersträvandet av vinst i sig utgjorde bolagets huvudsakliga mål, eftersom det av bolagsordningen framgick att bolagets verksamhet (bl.a. förvärv, förvaltning och försäljning av fastigheter) endast utgjorde ett medel för att uppnå bolagets huvudsakliga mål, vilket var att genomföra den spanska statens kriminalvårdspolitik. Domstolen uttalade därefter att "[d]et skall i detta avseende tilläggas att det tycks vara föga troligt att SIEPSA självt måste bära de ekonomiska riskerna av verksamheten, oberoende av huruvida det finns en officiell mekanism för att kompensera SIEPSA:s eventuella förluster." Med hänsyn till de faktiska och rättsliga faktorer som styrde SIEPSA:s verksamhet fann EG-domstolen att bolaget tillgodosåg behov i det allmännas intresse, vilka inte var av industriell eller kommersiell karaktär och att bolaget därför var en upphandlande enhet.

- 2.8. I EG-domstolens dom *Agora och Excelsior*<sup>16</sup> bedömde domstolen att verksamhet som avser anordnande av mässor och utställningar och andra liknande initiativ kunde tillgodose ett allmännyttigt behov. Domstolen konstaterade att den som organiserar dylika arrangemang och sammanför tillverkare och affärsmän på samma geografiska plats inte endast handlar i dessa gruppers intresse, utan även ger de konsumenter som besöker dessa arrangemang upplysningar som kan möjliggöra för dessa att under bästa möjliga förhållanden välja vad de skall köpa. Den stimulans till handeln som följer av detta ansågs vara ett allmännyttigt behov. Domstolen fann emellertid att detta behov var av industriell eller kommersiell karaktär. Domstolen fäste härvid avseende på följande faktorer. Bolaget tillgodosåg behov av kommersiell karaktär hos såväl utställare som besökare. Bolaget, som visserligen saknade vinstsyfte, skulle enligt bolagsordningen bedrivas med produktivitets-, effektivitets- och lönsamhetskriterier som grund. Vidare bar bolaget självt den ekonomiska risken för sin verksamhet, då det saknades bestämmelser om ett system för kompensation för eventuell förlust. Kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av den inre marknadens regler för mässor och utställningar (EGT 1998, C 143, s 2) utgjorde likaså ett tecken på att mäss- och utställningsarrangemang är av industriell eller kommersiell karaktär. Slutligen bedrevs verksamheten på en konkurrensutsatt marknad.

---

<sup>16</sup> De förenade målen C-223/99 och C-260/99

- 2.9. EG-domstolens dom *Adolf Truley*<sup>17</sup> gällde bl.a. huruvida en lagstadgad skyldighet att ombesörja begravningar kan anses vara en verksamhet som tillgodoser allmänna intressen. Mot bakgrund av att en sådan verksamhet har anknytning till allmän ordning och med beaktande av att det, av uppenbara hygieniska skäl och med hänvisningen till den allmänna hälsan, är motiverat att staten behåller ett avgörande inflytande på denna verksamhet, ansåg domstolen att det stod klart att begravningsverksamhet kan anses vara en verksamhet som utövas för att tillgodose allmänna intressen.
- 2.10. I EG-domstolens dom *Korhonen*<sup>18</sup> vidareutvecklades tolkningen av begreppen ”allmännyttigt behov” och ”industriell eller kommersiell karaktär”. Målet rörde ett finskt aktiebolag, vars huvudsakliga verksamhet bestod av att förvärva, avyttra och uthyra fast egendom samt anordna och tillhandahålla fastighets- och förvaltningstjänster och andra tilläggstjänster. Vad avsåg frågan om allmännyttiga behov, konstaterade domstolen att bolaget i det aktuella fallet skulle uppföra flera kontorsfastigheter och ett parkeringshus, vilka skulle tillhandahållas högteknologiska företag. Detta eftersom bolagets ägare, den finska staden, hade beslutat att skapa ett centrum för teknisk utveckling på sitt territorium. EG-domstolen menade att denna verksamhet kunde anses tillgodose allmännyttiga behov. För att sedan fastställa om dessa allmännyttiga behov var av industriell eller kommersiell karaktär menade EG-domstolen att bedömningen skall göras genom att hänsyn tas till samtliga faktiska och relevanta omständigheter, såsom de omständigheter som var aktuella vid bildandet av bolaget och de villkor på vilka det utövade sin verksamhet. Detta innefattade, enligt domstolen, särskilt en bedömning av, om det saknades ett huvudsakligt vinstsyfte, om bolaget självt stod den ekonomiska risken för den verksamhet som det utövade och om verksamheten hade helt eller delvis offentlig finansiering.
- 2.11 EG-domstolens dom *Universale-Bau*<sup>19</sup> gällde bl.a. tolkningsfrågan huruvida ett bolag som inte tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna behov som inte har industriell eller kommersiell karaktär, men som numera tillgodoser dessa behov, skall anses vara en upphandlande enhet. Domstolen konstaterade att det är den verksamhet som detta bolag verkligen bedriver som skall beaktas. Även om det inte formellt angetts i bolagets bolagsordning att bolaget påtagit sig att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, angavs detta i de avtal som bolaget ingått med staden Wien och kunde därför fastställas objektivt.

---

<sup>17</sup> Mål C-373/00

<sup>18</sup> Mål C-18/01

<sup>19</sup> Mål C-470/99

### 3. NOU:s bedömning

#### *Behov i det allmännas intresse*

- 3.1. Av EG-domstolens praxis framgår att bolag som staten eller annat offentligt organ valt att ha ett avgörande inflytande på och som inrättats för att tillgodose behov som har anknytning till samhällsintressen har ansetts vara av allmännyttig art. Dessa behov har haft samband med bl.a. folkhälso- och miljöskyddsskäl, hygieniska skäl, allmän ordning och stimulans till handel.
- 3.2. Svenska Spel är ett av staten helägt bolag. Staten har härigenom och genom 45 § lotterilagen säkerställt att det har ett avgörande inflytande på bolaget.
- 3.3. Av regeringens proposition 1995/96:169, *Sammanslagning av Svenska Penninglotteriet AB och AB Tipstjänst*, framgår att staten inrättade Svenska Spel för att säkerställa att bl.a. sociala och hälsomässiga hänsyn skall tas inom spelmarknaden i Sverige. Dessa behov hänför sig till de samhällsintressen som bär upp den svenska statens politik inom spel- och lotteriområdet. Behoven får anses vara av allmännyttig art.
- 3.4. De tillstånd som regeringen meddelar med stöd av 45 § lotterilagen innehåller ostridigt föreskrifter om att bolaget skall säkerställa att sociala och hälsomässiga hänsyn skall tas. Föremålet för Svenska Spels verksamhet enligt bolagets bolagsordning har dessutom uttryckligen kopplats till dessa tillstånd. Bolaget kan inte anses vara inrättat för att täcka andra behov än de som följer av dessa tillstånd och som bär upp den svenska politiken inom spel- och lotteriområdet.
- 3.5. NOU anser därför att Svenska Spel tillgodoser ett allmännyttigt behov i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU. Det återstår då att bedöma huruvida detta behov är av industriell eller kommersiell karaktär.

#### *Industriell eller kommersiell karaktär*

- 3.6. EG-domstolens praxis innebär att hänsyn skall tas till samtliga faktiska och relevanta omständigheter, såsom de omständigheter som var aktuella vid bildandet av Svenska Spel och de villkor på vilket det utövar sin verksamhet. Detta innefattar, förutom bolagets konkurrensförhållanden, särskilt en bedömning av om det saknas ett huvudsakligt vinstsyfte, om bolaget självt står den ekonomiska risken för den verksamhet som det utövar och om verksamheten har helt eller delvis offentlig finansiering.

- 3.7. Den svenska spel- och lotterimarknaden är endast öppen för ett fåtal aktörer och kommersiella anordnare av spel och lotterier tillåts i princip inte. Svenska Spel har getts monopol att bedriva vissa typer av spel och lotterier i Sverige. Bolaget får därmed anses ha en mycket gynnsam marknadsposition. Visserligen finns det även andra inhemska aktörer som har getts tillstånd att bedriva spel- och lotteriverksamhet här i landet, men dessa aktörer torde till stor del verka inom andra delar av marknaden. Endast den som enligt lotterilagstiftningen får anordna spel och lotterier i Sverige har rätt att marknadsföra sina produkter här i landet. Med hänsyn härtill och till att staten som bolagets ägare genom lag kan påverka konkurrensen i Sverige, kan bolaget inte anses vara utsatt för någon egentlig konkurrens. Det faktum att utländska aktörer tillhandahåller spel på Internet, som inte omfattas av den svenska lotterilagstiftningen, kan inte förändra helhetsbilden att Svenska Spel inte är utsatt för någon egentlig konkurrens inom de delar av marknaden som staten tilldelat bolaget.
- 3.8. Mot bakgrund av de samhällsintressen som bär upp såväl regleringen av den svenska spel- och lotterimarknaden som de allmännyttiga behov som Svenska Spel skall tillgodose, kan bolaget inte heller anses ha som huvudsakligt syfte att ge vinst.
- 3.9. Bedömningen av Svenska Spels ekonomiska risktagande skall göras med hänsyn till alla objektivt konstaterbara omständigheter. Svenska Spel har, som berörts tidigare, getts monopol inom stora delar av spel- och lotterimarknaden och har därmed genom lag tillförsäkrats en mycket gynnsam marknadsposition. Det står klart att denna marknad är mycket lönsam. Mot denna bakgrund kan NOU inte tillmäta de förhållandena att Svenska Spel saknar offentlig finansiering och formellt sett bär den ekonomiska risken för verksamheten någon avgörande betydelse för bedömningen.
- 3.10. Vid en sammantagen bedömning av samtliga faktiska och relevanta omständigheter, anser NOU att de allmännyttiga behov som Svenska Spel inrättats för att täcka inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Bolaget är dessutom en juridisk person som är helägt av staten och dess styrelse utses av staten.

### ***Sammanfattande bedömning***

- 3.11 Svenska Spel är enligt NOU:s uppfattning en upphandlande enhet i LOU:s mening. Bolaget omfattas av LOU vid såväl upphandling av pokersystem för pokerspel på Internet som vid varje annan upphandling av varor, tjänster eller byggentreprenader som bolaget gör.
-

Beslutet om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 21 september 2006, i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktor Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschef Lisbeth Johnson, chefsjuristen Anna Lefevre Skjöldebrand och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Anders Svenson. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Anders Svenson