

Kammarrätten i Sundsvall
Box 714
851 21 SUNDSVALL

Yttrande i mål nr 1086 – 1087-06 mellan ITS Sweden AB och Länsstyrelsen i Gävleborgs län angående miljö- och strukturstöd

Kammarrätten i Sundsvall har anmodat Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att yttra sig i rubricerade mål. Yttrandet skall enligt kammarrätten särskilt avse frågan huruvida ITS Sweden AB kan anses vara en upphandlande enhet enligt definitionerna i 1 kap. 5 och 6 §§ lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). NOU, som tagit del av kammarrättens akter i de båda målen, får anföra följande.

NOU:s BEDÖMNING

ITS Sweden AB har enligt den utredning som föreligger i målen utgjort en upphandlande enhet enligt 1 kap. 6 § LOU alltsedan verksamhetsstarten, om bolaget från organ som lyder under offentlig rätt/LOU erhållit medel som motsvarar mer än hälften av bolagets sammanlagda inkomster under det ifrågavarande budgetåret.

SKÄL

1. Bakgrund, utredningen i målen m.m.

- 1.1. ITS Sweden AB är ett privat aktiebolag som bildades 2003 och som hade sitt första verksamhetsår 2004. Föremålet för bolagets verksamhet är enligt bolagets bolagsordning att, på uppdrag av dess ägare, utveckla, stödja och samordna utvecklingen av ITS (*Intelligent Transport System and services*; dvs. användandet av IT inom transportsektorn) i Sverige. Bolaget ägs till 100% av den ideella föreningen ITS-Sweden IF och bolagets styrelse utses enligt bolagets bolagsordning av föreningen.

- 1.2. Den ideella föreningen ITS-Sweden IF är öppen för alla som är involverade inom området intelligenta transportsystem och som är verksamma i Sverige. Föreningen har enligt bolagets uppgifter 20 ordinarie medlemmar, varav två är kommuner och övriga kommer från det privata näringslivet. Föreningen har härutöver ett antal ytterligare s.k. informationsmedlemmar, som inte är delägare och inte har rösträtt i föreningen. Dessa informationsmedlemmar är företag och andra organisationer från såväl den offentliga sektorn som näringslivet.
- 1.3. Efter ansökan beviljades ITS Sweden AB den 10 mars 2004 strukturfondsmedel ur EG: s strukturfonder Mål 2 Norra, Regionala fonden, med högst 5,4 Mkr för tiden den 1 juli 2004 – den 31 december 2006 till ett av bolaget redovisat projekt. I sin ansökan uppgav bolaget bl.a. följande. Projektets övergripande syfte var att stärka svenska företag nationellt och internationellt och att skapa arbetstillfällen. Målet med projektet var att få en stark ITS industri och tjänsteleverantörer som agerar i samverkan med små, medelstora och stora företag och organisationer. Dessutom skulle slutanvändarna av tjänsterna få en så miljöanpassad, effektiv och användarvänlig produkt som möjligt. Aktiviteterna bestod bl.a. av marknadsföring av regionens och Sveriges kompetens genom att genomföra nationella konferenser en gång per år under 2004 – 2006, presentera aktiviteterna på världskongresserna 2004 – 2006, anordna forum inom området för att stötta medlemmarnas aktiviteter, driva området standardisering för väginformatik och anordna ett standardiseringsmöte för Europastandard i Sverige, medverka och stötta minst tre regionala konferenser inom området, informera om olika internationella aktiviteter inom ITS-området, genomföra ett seminarium om betalsystem samt att sammanställa en nationell införandeplan för ITS och ett grunddokument för betalsystem och tunga fordon i Sverige. I villkoren för beslutet att bevilja strukturfondsmedel erinrades bolaget bl.a. om att följa LOU. I en särskild förbindelse – bekräftelse daterad den 20 oktober 2004 förband sig bolaget att följa de regler och villkor som gäller för beslutet om stöd.
- 1.4. ITS Sweden AB har, utöver dessa strukturfondsmedel, även finansierats med offentliga medel från Vägverket samt med serviceavgifter från föreningen ITS-Sweden IF:s ordinarie medlemmar och informationsmedlemmar. År 2004 beräknades att den offentliga finansieringen från Vägverket under åren 2004 – 2006 skulle uppgå till 3.115 tkr, 5.540 tkr resp. 5.460 tkr. Serviceavgifterna från ordinarie medlemmar och informationsmedlemmar under åren 2004 – 2006 beräknades uppgå till 750 tkr, 1.000 tkr resp. 1.200 tkr.
- 1.5. Länsstyrelsen i Gävleborgs län (Länsstyrelsen), som är förvaltningsmyndighet och utbetalande myndighet för den Regionala fonden, beslutade den 8 juni resp. den 19 december 2005 att inte godkänna vissa kostnader för projektet som ITS Sweden AB begärt ersättning för ur den Regionala fonden på den grunden att bolaget inte upphandlat de tjänster

som kostnaderna föränledde enligt LOU. Bolaget överklagade besluten till Länsrätten i Gävleborgs län. Sedan länsrätten i domar den 17 mars 2006 beslutat att avslå ITS Sweden AB:s överklaganden, har bolaget överklagat domarna till Kammarrätten i Sundsvall.

- 1.6. ITS Sweden AB har – som dess talan får förstås – till stöd för sitt överklagande uppgett sammanfattningsvis följande. ITS Sweden AB är inte en upphandlande enhet enligt 1 kap. 6 § LOU, eftersom bolaget ägs till 100 % av den ideella föreningen ITS Sweden IF, som i sin tur ägs av sina 20 medlemmar där endast två är upphandlande enheter. Upphandlingarna har skett på ett affärsmässigt sätt. Bolaget har även gjort gällande att det har genomfört alla upphandlingar i enlighet med LOU.
- 1.7. Länsstyrelsen har till utvecklande av grunderna för avslagsbeslutet anfört sammanfattningsvis följande. Länsstyrelsen bedömer att ITS Sweden AB finansieras med mer än 50 % av offentliga medel och att det därför är en upphandlande enhet. Enbart i detta projekt utgör den offentliga finansieringen hela 86 % av projektets totala omslutning. I projektbeslutet har det dessutom skrivits in att bolaget skall upphandla enligt LOU. De aktuella upphandlingarna rör kontraktvärden som skall upphandlas enligt 6 kap. LOU. Länsstyrelsen har vid flera tillfällen begärt in dokumentation som skall styrka att upphandlingarna skett i enlighet med LOU. Bolaget har emellertid inte inkommit med denna dokumentation och har därför inte styrkt att det är berättigat att erhålla medel ur den Regionala fonden för dessa kostnader.

2. EU:s strukturfonder

- 2.1. Av 7 § i förordningen (1999:1424) om förvaltning av EG:s strukturfonder framgår att när frågan om stöd prövas skall förvaltningsmyndigheten kontrollera att stödet är förenligt med programdokumentet och gemenskapsrätten.
- 2.2. Det förhållandet att ett privat företag erhåller stöd ur EU:s strukturfonder medför inte i sig en skyldighet att upphandla i enlighet med gemenskapsrätten. EG-domstolen har i mål C-44/96 *Mannesmann* slagit fast att villkoret om att de planerade åtgärderna skall överensstämma med gemenskapsrätten förutsätter att dessa omfattas av det tillämpningsområde som definieras i de relevanta gemenskapsbestämmelserna.¹
- 2.3. Den avgörande frågan är således – bortsett från de avtalsrättsliga aspekter som villkoret att följa LOU kan väcka och som inte berörs i detta yttrande – om ITS Sweden AB vid tiden för upphandlingarna var att betrakta som en upphandlande enhet enligt LOU.

¹ Se även NOU Info oktober – 97 s. 3

3. Begreppet upphandlande enhet

3.1. I 1 kap. 5 § LOU finns en definition av vad som i lagen avses med upphandlande enhet. Enligt definitionen omfattas bl.a. sådana föreningar och bolag som anges i 6 §. Enligt 6 § innefattar begreppet ”upphandlande enhet” 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.

Denna definition av upphandlande enhet gäller oavsett om upphandlingen handlagts enligt de direktivreglerade förfarandena i 2, 3 eller 5 kap. LOU eller enligt de nationella förfarandena i 6 kap. nämnda lag.

3.2. Definitionen av ”upphandlande enheter” i LOU är avsedd att motsvara den definition av ”upphandlande myndigheter” som finns i artikel 1 b) i vart och ett av direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG (upphandlingsdirektiven). De i 1 kap. 6 § LOU angivna organen betecknas i direktiven som ”organ som lyder under offentlig rätt”. Dessa definieras närmare som varje organ

- som har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen och som inte har industriell eller kommersiell karaktär, och
- som är en juridisk person, och
- som till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt; eller står under administrativ tillsyn av sådana organ; eller som har en verkställande eller övervakande styrelse, där mer än hälften av medlemmarna utses av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt.

I det nya klassiska direktivet 2004/18/EG återfinns dessa bestämmelser i artikel 1.9.

3.3. I det fall då överensstämmelsen mellan upphandlingsdirektiven och 1 kap. 6 § LOU inte är fullständig skall direktivbestämmelserna ges företräde.² Eftersom 1 kap. 6 § första punkten LOU avviker från upphandlingsdirektiven, skall direktivens lydelse om offentlig finansiering tillämpas istället för LOU: s lydelse om offentligt kapital.

3.4. Prövningen huruvida ITS Sweden AB är att anse som en upphandlande enhet enligt 1 kap. 6 § LOU skall ske i flera led. Först skall det undersökas huruvida ITS Sweden AB: s verksamhet verkligen tillgodoser ett

² EG-domstolens dom i mål C-44/96 *Walter Tögel mot Niederösterreichisch Gebietskrankenkasse*

allmännyttigt behov och därefter, i förekommande fall, skall det fastställas huruvida sådana behov inte är av industriell eller kommersiell karaktär.³ Slutligen skall det fastställas huruvida bolaget uppfyller minst ett av de tre kriterierna om offentlig finansiering, offentlig tillsyn eller offentlig styrelserepresentation. Vid denna bedömning skall upphandlingsdirektivens syfte och lydelse samt EG-domstolens praxis beaktas.

4. Bedömning

Behov i det allmännas intresse

- 4.1. Av EG-domstolens praxis framgår att allmänna intressen i allmänhet antingen avser behov som tillgodoses på annat sätt än genom utbud av varor och tjänster på marknaden, eller 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.⁴ Frågan om en verksamhet täcker behov i det allmännas intresse skall bedömas objektivt och den juridiska formen för de bestämmelser där sådana behov uttrycks saknar betydelse.⁵ 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).⁶
- 4.2. En särskild fråga är hur det såväl i direktiven som i LOU använda uttrycken att ett organ "tillkommit" eller "inrättats" i visst syfte skall tolkas. I EG-domstolens dom i mål C-470/99 *Universale-Bau* fann domstolen att ett organ som åtagit sig att tillgodose allmänna intressen och faktiskt tillgodoser dessa kan vara att anse som ett organ som lyder under offentlig rätt, även om organet inte tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose sådana behov. Det avgörande är således inte omständigheterna när organet bildades eller vad som då kom till uttryck utan förhållandena vid den tidpunkt när upphandlingsförfarandet genomförs.
- 4.3. I de förenade målen C-223/99 och C-260/99 *Agora och Excelsior* bedömde EG-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

³ EG-domstolens dom i mål C-18/01, *Korhonen m.fl.*, punkt 40

⁴ 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

⁵ Se EG-domstolens dom i mål C-360/96 *BFI Holding*, punkt 63

⁶ EG-domstolens dom i mål C-44/96, *Mannesmann.*, punkt 25

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. I EG-domstolens dom i mål C-18/01 *Korhonen* vidareutvecklades tolkningen av begreppet "allmännyttigt behov". 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. Domstolen konstaterade att bolaget i det aktuella fallet skulle uppföra flera kontorsfastigheter och ett parkeringshus, vilka skulle tillhandahållas högteknologiska företag. Detta eftersom bolagets ägare, den finska staten, hade beslutat att skapa ett centrum för teknisk utveckling på sitt territorium. EG-domstolen menade att denna verksamhet kunde anses tillgodose allmännyttiga behov.

- 4.4. Av handlingarna i målen framgår att ITS Sweden AB alltsedan dess första verksamhetsår varit beroende av finansiering från offentliga organ. Offentliga organ får därmed anses ha haft ett avgörande inflytande på bolaget.
- 4.5. ITS Sweden AB är inrättat för att tillgodose behoven av att främja användandet av IT inom transportsektorn. Redan denna stimulans till teknisk utveckling får anses vara av allmännyttig art. Bolaget har dessutom genom sin förbindelse rörande stöd från EU: s strukturfonder åtagit sig att under åren 2004 – 2006 stärka svenska företag nationellt och internationellt samt att skapa arbetstillfällen. Dessa behov som bolaget åtagit sig att tillgodose och faktiskt tillgodosett är hänförliga till allmännyttiga närings- och arbetsmarknadspolitiska mål.
- 4.6. NOU finner därför att det objektivt kan fastställas att ITS Sweden AB tillgodosett behov av allmännyttig art.

Industriell eller kommersiell karaktär

- 4.7. När det därefter gäller frågan huruvida dessa behov är av industriell eller kommersiell karaktär innebär EG-domstolens praxis att hänsyn skall tas till samtliga faktiska och relevanta omständigheter, såsom de omständigheter som var aktuella vid bildandet av organet 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.⁷

⁷ Se EG-domstolens domar i målen C-18/01 *Korhonen*, C-283/00 *Kommissionen mot Spanien* samt de förenade målen C-223/99 och C-260/99 *Agora och Excelsior*

- 4.8. ITS Sweden AB saknar vinstsyfte och har alltsedan dess första verksamhetsår varit finansierat med offentliga bidrag och avgifter från medlemmar och informationsmedlemmar. Bolaget har inte verkat på en konkurrensutsatt marknad och synes inte heller i övrigt haft en riskexponerad verksamhet. Avgörande hänsyn kan därför inte tas till det förhållandet att bolaget formellt sett torde ha stått den ekonomiska risken för den verksamhet som det utövat.
- 4.9. NOU anser sålunda att de behov ITS Sweden AB har tillgodosett inte kan anses vara av industriell eller kommersiell karaktär. Det återstår då att bedöma om bolaget även har uppfyllt minst ett av rekvisiten om offentlig finansiering, offentlig tillsyn eller offentlig styrelserepresentation.

Offentlig finansiering m.m.

- 4.10. Innebörden av rekvisitet offentlig finansiering har närmare definierats i EG-domstolens dom i mål C-380/98 *Cambridge*. Mer än hälften av organisationens samtliga inkomster skall utgöra offentlig finansiering. Det innebär att även sådana inkomster skall inkluderas som följer av organisationens näringsverksamhet. Bedömningen om en organisation utgör en upphandlande enhet skall göras på årsbasis. Det budgetår under vilket ett visst upphandlingsförfarande påbörjas, måste enligt EG-domstolen anses vara den lämpligaste perioden för att beräkna finansieringen av organisationen. Beräkningen skall göras på grundval av de, ibland provisoriska, siffror som är tillgängliga i början av budgetåret. En organisation som då ett upphandlingsförfarande påbörjats utgör en upphandlande enhet förblir underkastad villkoren i upphandlingsdirektiven och därmed också LOU, till dess att upphandlingen ifråga avslutats. När det gäller frågan vilka medel som skall anses ingå i uttrycket "finansieras av", har domstolen konstaterat att endast sådana bidrag kan anses som offentlig finansiering, som genom ekonomiskt stöd utan särskild motprestation finansierar eller stödjer den berörda organisationens verksamhet.⁸
- 4.11. Utredningen i målen ger vid handen att ITS Sweden AB under åren 2004 – 2006 har finansierats av Vägverket och EU: s strukturfonder samt av s.k. serviceavgifter från medlemmar och informationsmedlemmar i den ideella föreningen ITS-Sweden IF. Medlemmarna och informationsmedlemmarna är i flera fall offentliga organ. Denna offentliga finansiering får anses vara ett ekonomiskt stöd utan krav på särskild motprestation i den mening som avses i EG-domstolens praxis. Av utredningen framgår i och för sig inte klart hur stor del av bolagets totala verksamhet som finansierats genom egna intäkter under de aktuella budgetåren. Bolaget synes dock inte ha bestritt Länsstyrelsens påstående att bolaget finansierats med mer än 50 % av offentliga organ. Med hänsyn härtill och till vad som i övrigt har framkommit om bolagets ekonomiska och verk-

⁸ C-380/98, punkt 26

samhetsmässiga förhållanden, talar föreliggande utredning för att mer än hälften av bolagets samtliga inkomster har utgjort offentlig finansiering under dessa budgetår och att rekvisitet följaktligen är uppfyllt.

- 4.12. När det därefter gäller rekvisitet offentlig tillsyn, framgår det av utredningen att ITS Sweden AB:s upphandlingar har granskats i samband med att stöd utgått från strukturfonden. Som berörts tidigare innebär EG-domstolens praxis rörande strukturfonderna att villkoret om att åtgärderna skall överensstämma med gemenskapsrätten att dessa omfattas av det tillämpningsområde som definieras i de relevanta gemenskapsbestämmelserna.⁹ Den granskning som genomförts i samband med prövningen om bolaget är berättigat till stöd från strukturfonderna kan därför inte i sig anses medföra att rekvisitet är uppfyllt.
- 4.13. Vad slutligen avser rekvisitet styrelserepresentation, konstaterar NOU att det av föreliggande utredning inte är möjligt att fastställa huruvida den ideella föreningen ITS-Sweden IF, som utser bolagets styrelse, är att betrakta som ett offentligt organ. Vid sådant förhållande kan NOU inte bedöma huruvida rekvisitet är uppfyllt.

Sammanfattning

- 4.14. NOU gör mot bakgrund av vad som ovan anförts den bedömningen att ITS Sweden AB enligt den utredning som föreligger i målen utgjort en upphandlande enhet enligt 1 kap. 6 § LOU alltsedan verksamhetsstarten, om bolaget från organ som lyder under offentlig rätt/LOU erhållit medel som motsvarar mer än hälften av bolagets sammanlagda inkomster under det ifrågavarande budgetåret.

Beslutet om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 15 februari 2007, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktor Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschef Lisbeth Johnson, verkställande direktören Anna Lefevre Skjöldebrand och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av jur. kand. Anders Svenson. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Anders Svenson

⁹ mål C-44/96 *Mannesmann*, se även avsnitt 2 i detta yttrande