

Alvesta kommun
342 80 Alvesta

Alvesta kommun – köp från eget bolag

Konkurrensverkets beslut

Alvesta kommun har inte rätt att direkttilldela avtal till Allbohus AB med stöd av 2 kap. 10 a § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) eftersom verksamhetskriteriet inte är uppfyllt.

Ärendet

Vi har systematiskt granskat er inköpsverksamhet (en fördjupad upphandlingsgranskning).¹ Vi valde att bland annat titta närmare på om era köp från bolag som ni äger överensstämmer med regeln om interna köp i 2 kap. 10 a § LOU. Vi ställde därför frågor om era köp av tjänster från de helägda bolagen Allbohus AB, Alvesta Energi AB, Huseby bruk AB och Alvesta Renhållnings AB.

Ni köper inget från Alvesta Energi AB och Huseby bruk AB. Vi har därför valt att inte gå vidare med utredningen beträffande dessa.

Ni köper hämtning av hushållsavfall, hämtning av containers och slamsugning från Alvesta Renhållning AB. Ni har köpt parkskötsel, vaktmästartjänster och städtjänster från Allbohus AB. Ni är ensam aktieägare i bolaget. Bolagets huvudsakliga verksamhet är uthyrning av bostäder.

¹ En beskrivning av metoden finns i Konkurrensverkets granskningsrapport i ärende nr 80/2015.

Det årliga värdet av de tjänster ni köper från bolaget är

Tjänst	Värde	Avtalsdatum
Städtjänster	9,9 miljoner kronor	Den 10 februari 2014
Vaktmästeritjänster	419 000 kronor	Den 29 oktober 2003, avtalet förlängs årligen
Parkskötsel	4,2 miljoner kronor	Den 20 december 2012

Ni har angett att bolagets omsättning under 2014 var 233,5 miljoner kronor varav 53,6 procent eller 125,3 miljoner kronor kommer från er.

Ni har angett att era köp av tjänster från bolaget motsvarar 88-100 procent av bolagets omsättning för de aktuella tjänsterna.

Ni har angett att en tilldelning av ett uppdrag till bolaget att bedriva uthyrning av lägenheter har skett 1957 genom att uppdraget har getts till stiftelsen Hjorthagen. Stiftelsen upplöstes 1996 efter att samtliga tillgångar och skulder överförts till Allbohus AB.

Ni har också angett att eftersom hyror inte passar in i definitionerna av *varor, tjänster och byggtreprenader* kan dessa inte räknas in vid beräkningen av verksamhetskriteriet som det definieras i artikel 12 av direktiv 2014/24/EU och den lagstiftning som inför direktivet i svensk rätt, se prop. 2015/16:195

Skäl för beslutet

Vi bedriver tillsyn över upphandlingslagstiftningen i syfte att öka regel- efterlevnaden och att bidra till en effektiv offentlig upphandling. Tillsynen bedrivs bland annat genom tillsynsbeslut eller ansökan om upphandlings- skadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU.

En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska göras inom ett år från att de aktuella avtalen ingicks. Eftersom denna tid har passerats har vi istället valt att fatta ett tillsynsbeslut.

Vår prövning begränsar sig till frågan om avtalet omfattas av reglerna i 2 kap. 10 a § LOU

Rättsläget

Syftet med upphandlingsreglerna är bland annat att upphandlande myndigheter ska använda offentliga medel för köp av varor och tjänster på bästa sätt, genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad. Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörerna möjlighet att tävla på lika villkor i varje upphandling.

Enligt 2 kap. 10 a § LOU, som är en svensk kodifiering av EU-domstolens praxis avseende interna köp, får en upphandlande myndighet ingå avtal med en annan juridisk person utan att genomföra ett annonserat upphandlingsförfarande om vissa villkor är uppfyllda. Dessa villkor innebär att den upphandlande myndigheten måste kontrollera den juridiska personen på samma sätt som sin egen förvaltning (kontrollkriteriet) och att den juridiska personen bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den upphandlande myndigheten (verksamhetskriteriet).

EU-domstolen har tolkat kontrollkriteriet som att den upphandlande myndigheten måste kunna kontrollera den juridiska personens strategiska mål och viktiga beslut. Detta kan uppnås genom att äga andelar eller motsvarande och att tillsätta personer i den juridiska personens styrande organ.²

Verksamhetskriteriet innebär att den del av den juridiska personens intäkter från verksamhet som bedrivs tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten enbart får vara av marginell karaktär.³ Exempelvis har EU-domstolen ansett att tio procent från sådan verksamhet är godtagbara.⁴

Även intäkter som kommer från annan än den kontrollerande myndigheten kan i vissa fall betraktas som interna. Enligt EU-domstolens praxis kan den omsättning som härrör från verksamhet som den juridiska personen bedrivit enligt ett tilldelningsbeslut som antagits av den kontrollerande myndigheten anses vara intern. Detta omfattar även den omsättning som härrör från verksamhet som det bedrivit tillsammans med användare vid genomförandet av sådana beslut.⁵

Konkurrensverkets bedömning

Ni har anfört att verksamhetskriteriet ska beräknas separat för varje slags tjänst som Allbohus AB tillhandahåller. Verksamhetskriteriet ska dock bedömas utifrån bolagets hela omsättning. I den praxis som finns från EU-domstolen behandlas

² Jämför C-573/07 *Sea* p. 26-29 och förenade målen C-182/11 och C-183/11 *Econord* p.33.

³ Jfr C-340/04 *Carbotermo* och Kammarrätten i Stockholms dom i mål 7089-10 *vårljus*

⁴ C-295/05 *Asemfo* p 63

⁵ Jfr C-340/04 *Carbotermo* p 65-67

bolagets hela omsättning och det görs inte någon uppdelning på verksamhetsgrenar.⁶

Enligt era egna uppgifter kommer cirka hälften av bolagets totala omsättning från er. Den andra hälften av omsättningen kommer därför från andra. Detta är inte att betrakta som marginell karaktär.

Ni har anfört att Allbohus AB:s verksamhet bygger på ett tilldelningsbeslut. Den del som kommer från andra, det vill säga hyrorna för de lägenheter Allbohus AB hyr ut ska alltså betraktas som intern. Detta skulle innebära att den verksamhet Allbohus bedriver tillsammans med er skulle vara cirka 90-100 procent.

Vi noterar att den tilldelning som ni anser ligga till grund för detta har skett till stiftelsen Hjorthagen. Stiftelsen har senare upplöst och dess tillgångar och skulder har överförts till Allbohus AB. Det framgår inte av de handlingar ni har skickat in att även eventuella uppdrag och förpliktelser mot Alvesta kommun har överförts. För det fall den tidigare stiftelsen bedrev verksamhet enligt tilldelningsbeslut som fattats av kommunen omfattar en sådan tilldelning inte den verksamhet som bedrivs av Allbohus AB. Kommunens eventuella tilldelningen till Hjorthagen kan därför inte omfatta ett fortsatt uppdrag till Allbohus.

Av de handlingar ni har gett in i ärendet framgår inte att Allbohus AB bedriver verksamhet enligt tilldelningsbeslut som kommunen har fattat. Vi bedömer därför att den verksamhet Allbohus AB bedriver inte baseras på ett tilldelningsbeslut på det sätt som menas i EU-domstolens praxis.

Ni har anfört att uthyrning inte är en vara tjänst eller byggtreprenad. Enligt art. 12 i direktiv 2014/24 ska beräkningen av verksamhetskriteriet baseras just på varor tjänster och byggtreprenader och hyrorna ska därför inte räknas in överhuvudtaget vid en bedömning av verksamhetskriteriet.

Vi bedömer att uthyrning av bostäder kan betraktas som en tjänst och intäkter från sådan därför ska räknas in vid en bedömning av verksamhetskriteriet. Även om det inte är fallet konstaterar vi att enbart omsättning av varor, tjänster och byggtreprenader är inte en uttömmande uppräkningslista av vad som kan beaktas vid beräkningen av verksamhetskriteriet. Artikel 12 i direktiv 2014/24/EU och den lagstiftning som implementerar denna bestämmelse⁷ ger utrymme för "andra relevanta verksamhetsmått, exempelvis kostnader eller prognoser över verksamheten. Att en omsättningskälla skulle räknas bort enbart för att den eventuellt inte passar in i definitionerna av *varor, tjänster och byggtreprenader* är inte förenligt med bestämmelsens syfte.

⁶ Jfr C-340/04 *Carbotermo* p 65-67

⁷ Lagen om offentlig upphandling som behandlas i prop. 2015/16:195 har ännu inte trätt i kraft vid tiden för detta beslut.

Vi bedömer därför att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt. Ni uppfyller därmed inte förutsättningarna för att med stöd av regeln om interna köp i LOU köpa parkskötseltjänster och städtjänster från Allbohus AB.

Värdet av de vaktmästartjänster ni köper understiger direktupphandlingsgränsen för 2014 och omfattas därför inte av detta beslut. Även när det gäller hämtning av hushållsavfall, hämtning av containers och slamsugning bedömer vi att värdet av dessa tjänster understiger direktupphandlingsgränsen. Det är därför inte motiverat att utreda dessa köp ytterligare.

Vi har baserat våra bedömningar på att ni äger samtliga aktier i bolaget och tillsätter dess styrelse. Enligt vår uppfattning innebär det att ni kontrollerar bolaget på samma sätt som er egen förvaltning.

Slutsats

Verksamhetskriteriet regeln om interna köp i 2 kap. 10 a § LOU inte är uppfyllt. Vi har inte prövat tillämpligheten av andra undantag och några sådana har ni inte gjort gällande. Köpen från Allbohus AB av parkskötseltjänster och städtjänster kan inte direkttilldelas med stöd av 2 kap. 10 a § LOU.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Mathias Lassinantti Jansson.

Dan Sjöblom

Mathias Lassinantti Jansson

HUR MAN ÖVERKLAGAR, bilaga 1

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats