

1 Sammanfattning

Enligt 1 kap. 6 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) är en upphandlande enhet en sådan organisation som har inrättats för att täcka behov i det allmännas intresse där detta behov inte är av industriell eller kommersiell karaktär, är juridisk person och uppfyller åtminstone ett av de uppställda kraven på ägande, tillsyn eller styrelserepresentation.

EG-domstolen har i ett flertal domar klargjort vilka typer av organisationer som är skyldiga att tillämpa upphandlingsdirektivens bestämmelser. Även en liten andel allmännyttiga behov medför enligt EG-domstolen att hela verksamheten i bolaget inklusive de delar som är konkurrensutsatta och bedrivs helt kommersiellt underkastas regelverket.

I ljuset av att Nämnden för offentlig upphandling (NOU) så sent som 2006 gjort en analys och bedömning av AB Svenska Spel (Svenska Spel), och därvid bedömt att företaget är en upphandlande enhet, har Konkurrensverket i aktuellt ärende gjort en uppföljning av NOU:s tidigare utredningar. Som ett led i denna uppföljning har Konkurrensverket varit i kontakt med Svenska Spel för att efterhöra om bolaget ändrat den inställning som bolaget uppgett till NOU. Svenska Spel uppgav att bolaget inte upphandlar i enlighet med LOU.

Svenska Spel är enligt Konkurrensverkets uppfattning en upphandlande enhet i LOU:s mening. Bolaget omfattas därför av LOU vid varje upphandling av varor, tjänster eller byggtreprenader som bolaget gör. Svenska Spel meddelade Konkurrensverket den 26 november 2007 att bolaget inte upphandlar i enlighet med LOU. Att ett statligt bolag väljer att inte följa upphandlingslagstiftningen undergräver tilltron till regelverket och med detta regelefterlevnaden vilken är central för en effektiv offentlig upphandling.

Slutsats: Svenska Spel är enligt Konkurrensverkets mening en upphandlande enhet enligt LOU. Svenska Spel upphandlar inte i enlighet med EG-direktiv och svensk lag och agerar därmed i strid med LOU.¹

¹ 1 kap. 6 § LOU kommer att motsvaras av 2 kap. 12 § (termen "upphandlande enhet" byts till "offentligt styrda organ") i den nya lagen som träder ikraft den 1 januari 2008.

2 Bakgrund och syfte

Konkurrensverket utövar sedan den 1 september 2007 tillsyn över den offentliga upphandlingen. Enligt Konkurrensverkets regleringsbrev skall verket aktivt verka för en effektiv offentlig upphandling. Tillsynsverksamheten skall prioriteras.² Konkurrensverket har i sin strategi och inriktning för upphandlingsfrågor, som rapporterades till regeringen i september 2007, angett att tillsynen bl.a. skall innefatta särskild fokus på att identifiera upphandlande enheter som inte tillämpar EG-direktiven och svensk lag. Regelefterlevnad hos dem som omfattas av upphandlingsreglerna är grundläggande för en trovärdig och effektiv upphandling.

I syfte att säkerställa efterlevnad av LOU, tillsynsmyndighetens uppdrag och strategins inriktning samt för att följa upp NOU:s tidigare bedömning påbörjade Konkurrensverket aktuell granskning av AB Svenska Spel (Svenska Spel) med avsikt att rapportera till regeringen om bolaget, enligt Konkurrensverkets mening, agerar i strid med LOU.

3 Rättslig bakgrund

Arrangerade spel om pengar har funnits i Sverige med kortare eller längre avbrott i mer än 200 år. Avbrotten har berott på förbud av politiska eller moraliska skäl.

Vad gäller motiven för den svenska spellagstiftningen har bl.a. Svenska Spel i publikationen "*Vitbok – Uppslagsbok om svenskt Spelande*" angett följande.

"Skälen till att den svenska spelmarknaden är reglerad kan sammanfattas med tre punkter: konsumentskydd, förebyggande av spelberoende och förebyggande av kriminalitet. Spel om pengar medför risker både för den enskilde och för samhället. Spelandet kan till exempel leda till sociala problem, som spelberoende, och ekonomiska svårigheter. /.../. Staten tar ett ansvar för att de oönskade effekterna av anordnandet av spel och lotterier – i form av spelberoende m.m. – blir så små som möjligt. Detta är huvudorsaken till att den svenska spelmarknaden är reglerad."³

3.1 Lagstiftningen på spel- och lotteriområdet

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 objektivet berättigande av in-

² *Ändring av regleringsbrev för budgetåret 2007 avseende Konkurrensverket inom utgiftsområde 24 Näringsliv N2007/5651/MK.*

³ Svenska Spels publikation "*Vitbok – Uppslagsbok om svenskt Spelande*" s. 11

skränkningar – 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 sätet att anordna lotterier, insatsernas storlek och användningen av de intäkter de genererar.⁴

Den svenska lagstiftningen på spel- och lotteriområdet återfinns i lotterilagen (1994:1000) och i kasinolagen (1999:355). Lagstiftningen har 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.⁵ Endast den som enligt lotterilagstiftningen får anordna spel och lotterier i Sverige har rätt att marknadsföra sina produkter.⁶ Svenska Spels verksamhet regleras genom särskilda tillstånd som regeringen meddelar med stöd av 45 § lotterilagen.

I regeringens proposition 1995/96:169 s. 11, *Sammanslagning av Svenska Penninglotteriet AB och AB Tipstjänst*, anges följande.

”Regeringen anser att staten även i framtiden bör äga, styra eller på annat sätt ha insyn i de stora aktörerna på spelmarknaden. Sociala skyddshänsyn, bedrägeririsker och konsumentintressen måste beaktas när spelformer utvecklas och i verksamheten i övrigt.”⁷

Regeringen fastslår i prop. 2002/03:93 s. 15, *Vissa frågor inom spelområdet m.m.*, att målen för den svenska spelpolitiken ligger fast. I propositionen anges:

”Målen för spelpolitiken bör även fortsättningsvis vara en sund och säker spelmarknad där sociala skyddsintressen och efterfrågan på spel tillgodoses under kontrollerade former. /.../ Inriktningen bör som hittills vara att prioritera sociala skyddshänsyn samtidigt som intresset av ett varierat spelutbud och risken för bedrägerier och olagligt spel beaktas.”

3.1.1 Regeringens svar på Europeiska kommissionens formella underrättelse

Kommissionen överlämnade i april 2006 en formell underrättelse till regeringen. Kommissionen gjorde gällande att 38 § och tillämpningen av 9, 15 och 45 §§ lotterilagen, i förhållande till rätten att tillhandahålla vadhållningstjänster i samband med idrottstävlingar och främjandet av sådana tjänster, stred mot artikel 49 i EG-

⁴ 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.

⁵ SOU 2006:11, s. 233 ff.

⁶ 38 § lotterilagen, se även SOU 2006:11 s. 76

⁷ I prop. 1995/96:169 s. 12 anges även bl.a. följande. Konkurrensen på marknaden för nationella lotterier och spel bör i huvudsak begränsas till att avse ett fåtal aktörer, så att sociala skyddshänsyn /.../ kan beaktas /.../.

fördraget. Kommissionen anförde att de begränsningar som bestämmelserna innebär inte föreföll godtagbara med hänsyn till allmänna intressen.

Regeringen har i sitt svar till kommissionen angett att frågan om de ifrågasatta bestämmelsernas förenlighet med EG-rätten måste bedömas mot bakgrund av hur hela den svenska regleringen av spel- och lotterimarknaden har utformats. Regeringen anser att de aktuella bestämmelserna är förenliga med EG-rätten och att den inskränkning av artikel 49 i EG-fördraget som regleringen innebär är berättigad med hänsyn till tvingande allmänintressen.⁸

3.2 Begreppet upphandlande enhet enligt 1 kap. 6 § LOU

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."

Bestämmelsen kommer att motsvaras av 2 kap. 12 § (termen "upphandlande enhet" byts till "offentligt styrda organ") i den nya lagen som träder ikraft den 1 januari 2008.

3.3 EG-domstolens praxis

EG-domstolen har i ett flertal domar klargjort vilka typer av organisationer som är skyldiga att tillämpa upphandlingsdirektivens bestämmelser.⁹ 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. 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. Nedan följer korta

⁸ Se regeringens svar av den 5 juli 2006 på formell underrättelse angående vissa bestämmelser i lotterilagen (Fi2006/2175)

⁹ För svenskt vidkommande 1 kap. 6 § LOU.

referat på några av de rättsfall från EG-domstolen som Konkurrensverket bedömer har bäring på aktuell problematik.

EG-domstolen har i sin dom i målet *Mannesmann*¹⁰ 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.

I EG-domstolens dom *BFI Holding*¹¹ 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.

Även EG-domstolens dom *Kommissionen mot Spanien*¹² 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 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, förvalt-

¹⁰ Mål C-44/96

¹¹ Mål C-360/96

¹² Mål C-283/00

ning och försäljning av fastigheter) endast utgjorde ett medel för att uppnå bolagets huvudsakliga mål, vilket var att genomföra den spanska statens kriminalvårdspolitik. Med hänsyn till de faktiska och rättsliga faktorer som styrde SIEP-SA: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.

I EG-domstolens dom *Agora och Excelsior*¹³ 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 lön-samhetskriterier som grund. Vidare bar bolaget självt den ekonomiska risken för sin verksamhet. 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.

I EG-domstolens dom *Korhonen*¹⁴ 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.

¹³ De förenade målen C-223/99 och C-260/99.

¹⁴ Mål C-18/01

EG-domstolens dom *Universale-Bau*¹⁵ 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.

4. Spelmarknaden

4.1 Den svenska spelmarknaden

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. Vidare finns det i dag tre svenska anordnare som med stöd av svensk lagstiftning har rätt att anordna spel och lotterier över Internet, nämligen Svenska Spel (vadhållning, turspel och poker), ATG (vadhållning i samband med hästtävlingar) och Spero (turspel).¹⁶

Regeringen har 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. I lotteriutredningens slutbetänkande *Spel i en föränderlig värld* har 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.¹⁷

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. 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.¹⁸

¹⁵ Mål C-470/99

¹⁶ SOU 2006:11 s. 76

¹⁷ SOU 2006:11 s. 241 ff.

¹⁸ SOU 2006:11 s. 54 ff.

De utlandsbaserade aktörerna som verkar via Internet har haft en stark tillväxt. Dessa aktörer erbjuder bl.a. poker, kasinospel och vadslagning på idrott. Eftersom de saknar legala möjligheter till fysisk etablering i Sverige är de etablerade i andra länder men riktar sig till svenska konsumenter. För att kunna möta den ökande konkurrensen har Svenska Spel vidtagit en rad åtgärder för att stärka de befintliga produkternas konkurrenskraft och utökat utbudet av spelformer. Exempelvis fick företaget i november 2005 regeringens klartecken att administrera pokerspel via Internet.¹⁹

4.2 Svenska Spel

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, bedrägeririsker 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.²⁰

Föremålet för Svenska Spels verksamhet är enligt bolagets bolagsordning att efter tillstånd av regeringen anordna lotterier om penningar och vadhållning (tippning) i samband med tävlingar samt att bedriva därmed förenlig verksamhet. I regeringens tillstånd till Svenska Spel enligt 45 § lotterilagen föreskrivs att bolaget bl.a. skall säkerställa att sociala och hälsomässiga skyddshänsyn tas.

5. NOU:s tidigare utredningar

Tidigare tillsynsmyndighet, NOU, har utrett huruvida statliga bolag tillämpar LOU.²¹ NOU har även, efter anmodan från Länsrätten i Gotlands län, yttrat sig i mål nr 181-06 mellan B2B Poker (Sweden) AB och Svenska Spel. Yttrandet avsåg frågan om Svenska Spel enligt nämndens uppfattning var att anse som en upphandlande enhet i LOU:s mening i fråga om inköp av ett pokersystem för pokerspel på Internet. B2B Poker (Sweden) AB återkallade dock sin talan. Därigenom kom frågan aldrig att prövas av länsrätten.

5.1 NOU:s bedömningar

5.1.1 NOU:s rapport 1998

1998 gjorde NOU, på uppdrag från regeringen, en grundlig och generell analys av Sveriges statliga bolag och deras förhållande till upphandlingslagstiftningen. NOU ansåg i sin rapport till regeringen att Svenska Spel var ett bland andra bolag som var att betrakta som en upphandlande enhet enligt 1 kap. 6 § LOU. NOU an-

¹⁹ Finansdepartementet, pressmeddelande, "Svenska Spel får ordna pokerspel över Internet", 2005-11-24

²⁰ Prop. 1995/96:169 *Sammanlagning av Svenska Penninglotteriet AB och AB Tipstjänst m.m.*

²¹ Se NOU:s rapporter med ärendenr 1998/0172-28 och 1999/0234-28

förde bl.a. följande. Sannolikheten att de utpekade bolagen bryter mot svensk lag och vid upphandling över tröskelvärdena även mot EG:s upphandlingsdirektiv är stor. Bolagen bör därför snarast börja upphandla i enlighet med LOU. NOU anförde vidare att om något bolag eller dess huvudman inte bedömer det som lämpligt att bolagets alla anskaffningar skall underkastas LOU:s reglering, bör bolagen hos sina huvudmän snarast begära att det olagliga förhållandet undanröjs genom att huvudmännen ändrar eller renodlar bolagets uppgifter, alternativt i behövlig grad minskar det statliga inflytandet över bolaget i form av ägande, tillsyn eller styrelserepresentation.²²

5.1.2 B2B Poker (Sweden) AB ./ Svenska Spel

I Länsrätten i Gotlands län mål nr 181-06 anmodades NOU att avge yttrande avseende frågan om Svenska Spel enligt nämndens uppfattning var att anse som en upphandlande enhet i LOU:s mening i fråga om inköp av ett pokersystem för pokerspel på Internet. NOU ansåg att Svenska Spel inte kunde anses inrättat för att täcka andra behov än de som följer av bolagets tillstånd att driva verksamheten och som bär upp den svenska politiken inom spel- och lotteriområdet. Svenska Spel tillgodosåg alltså ett allmännyttigt behov. Vidare ansåg NOU att de allmännyttiga behov som Svenska Spel inrättats för att täcka inte var av industriell eller kommersiell karaktär. NOU besvarade således domstolens fråga med att Svenska Spel enligt NOU:s uppfattning är en upphandlande enhet i LOU:s mening och att 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.

5.2 Svenska Spels inställning

Svenska Spel har i NOU:s ärenden och enligt vad som framgår av länsrättens handlingar sammanfattningsvis haft följande inställning. Bolaget har inte inrättats i ett behov i det allmännas intresse. Det behov som bolaget inrättats för att täcka är dessutom av industriell eller kommersiell karaktär. Man får inte sammanblanda arten av det behov bolaget täcker med bolagets karaktär eller dess arbetsätt. 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. Svenska Spel syftar till att göra vinst och bolaget verkar på en i högsta grad konkurrensutsatt marknad.²³

6 Riksrevisionens iakttagelser

Riksrevisionen överlämnade den 31 maj 2006 sin granskning av statliga bolag och offentlig upphandling till regeringen.²⁴ Riksrevisionen kom fram till slutsatsen att det finns en uppenbar risk att flera statliga bolag inte upphandlar i konkurrens enligt kraven i LOU. Riksrevisionen konstaterade att det är viktigt att statligt ägda bolag som omfattas av LOU följer reglerna så att de effekter som eftersträvas med

²² Se NOU:s rapport med ärendenr 1998/0172-28

²³ För en mer extensiv version av yttrandena se bilaga 1.

²⁴ RIR 2006:15 *Statliga Bolag och offentlig upphandling*

lagen kan uppnås. Mot den angivna bakgrunden m.m. rekommenderade Riksrevisionen regeringen bl.a. att överväga att:

- tydliggöra samhällsuppdraget för de statligt ägda bolag som har sådana,
- uppdra åt de statligt ägda bolagen att offentliggöra sin bedömning om bolaget är en upphandlande enhet eller inte,
- ge NOU i uppdrag att inom ramen för tillsynsuppdraget utföra regelmässiga kontroller av de statligt ägda bolagens upphandlingar,
- föreslå att NOU får rätt att erhålla information från alla statligt ägda bolag, även de som inte betraktar sig som upphandlande enheter, om syftet är att bedöma om LOU skall tillämpas.

6.1 Regeringens bedömning

I budgetpropositionen för 2007²⁵ gör regeringen följande bedömning med anledning av Riksrevisionens granskning:

” LOU är till övervägande del baserad på EG-direktiv. LOU är tillämplig på upphandling som görs av s.k. upphandlande enheter. Som upphandlande enheter räknas bl.a. statliga och kommunala myndigheter. Om vissa förutsättningar är uppfyllda, kan även ett statligt ägt bolag utgöra en upphandlande enhet. Ett villkor är att bolaget har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, givet att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

Ett annat är att bolagets kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten. Det först nämnda villkoret är inte helt enkelt att tillämpa. EG-domstolen har i ett antal domar gjort uttalanden som är av betydelse vid bedömningen av om ett statligt ägt bolag skall anses som en upphandlande enhet.

Tydliggöra samhällsuppdraget för de statliga bolag som har sådana

Inriktningen av verksamheten i de statligt ägda bolagen har för vart och ett av bolagen beslutats av riksdagen. Detta gäller inriktningen för såväl de bolag som huvudsakligen sysslar med rent affärsmässig verksamhet som de som har särskilda samhällsuppdrag. Förutom av riksdagsbeslut angående bolagen styrs bolagens verksamhet i vissa fall av bestämmelser i lag eller i avtal mellan staten och bolaget i fråga. I den mån ett bolags samhällsuppdrag behöver förtydligas skall det alltså i första hand ske efter beslut av riksdagen.

Uppdra åt de statliga bolagen att offentliggöra sin bedömning om bolaget är en upphandlande enhet eller inte
Beträffande ett fåtal av de statligt ägda bolagen gör NOU och ledningen i de aktuella bolagen olika bedömning av om bolagen omfattas av LOU. Även om bolagen skulle offentliggöra sin egen uppfattning av om bolaget är en upphandlande enhet eller inte ankommer det på domstolarna, i sista hand EG-domstolen, att slutligt avgöra frågan. Regeringen vill dock betona att aktiebolagsformen för en verksamhet inte får utnyttjas som ett sätt att kringgå upphandlingslagstiftningen.”

6.2 Riksrevisionens styrelses behandling

I en framställning till Riksdagen den 27 september 2006²⁶ gjorde Riksrevisionens styrelse bedömningen att det finns flera med varandra sammanhängande problem som har att göra med de statliga bolagens tillämpning av LOU. Bland annat

²⁵ Prop. 2006/07:1 s. 56 ff.

²⁶ 2006/07:RRS6

ansågs det oklart vilka bolag som omfattas av lagen. Bolagen kan ha ett egenintresse av att undvika att följa LOU. Tillsynsmyndigheten, Nämnden för offentlig upphandling, har en svag ställning i förhållande till de statliga bolagen. Problemen med bristande sanktionsmöjligheter i LOU gäller inte bara de statliga bolagen, utan även andra upphandlande enheter, både kommunala bolag och statliga myndigheter.

Styrelsen anser att lagen om offentlig upphandling bör kompletteras med effektiva sanktioner mot de upphandlande enheter som inte respekterar domstolsbeslut samt med regler som stärker tillsynsmyndighetens roll. Syftet bör vara att skapa förutsättningar för att lagen om offentlig upphandling ska följas i praktiken. Initiativ till att genomföra de lagändringar som krävs bör tas av regeringen. Styrelsen föreslår att riksdagen ger regeringen detta till känna.

6.3 Riksdagens behandling

Finansutskottet behandlade styrelsens framställning i sitt betänkande 2006/07:FiU13 och anförde följande.

”De åtgärder som vidtagits eller aviserats av regeringen gällande statliga bolag och offentlig upphandling innebär enligt utskottets mening att de synpunkter som framställts av Riksrevisionens styrelse i huvudsak har tillgodosetts. Därmed avstyrker utskottet Riksrevisionens styrelses framställning 2006/07:RRS6 Statliga bolag och offentlig upphandling.”

Utöver detta noterar utskottet att regeringen den 17 januari 2007 givit Konkurrensverket i uppdrag att, under förutsättning att riksdagen fattar erforderliga beslut, vidta de åtgärder som behövs för att inordna NOU:s verksamhet i Konkurrensverket per den 1 juli 2007 (dnr N2006/11640/NL). Regeringen föreslår sammanslagningen i syfte att öka effektiviteten och stärka organisationen för att hantera kommande arbetsuppgifter. Enligt utskottet bör ett inordnande av NOU:s verksamhet i Konkurrensverket kunna bidra till en stärkt tillsynsverksamhet på upphandlingsområdet.

7 Konkurrensverkets bedömning

Enligt 1 kap. 6 § LOU är en upphandlande enhet en sådan organisation som har inrättats för att täcka behov i det allmännas intresse där detta behov inte är av industriell eller kommersiell karaktär, är juridisk person och uppfyller åtminstone ett av de uppställda kraven på ägande, tillsyn eller styrelserepresentation.

Då NOU gjort en analys och bedömning av Svenska Spel, och bedömt att Svenska Spel är en upphandlande enhet, har Konkurrensverket nu endast gjort en uppföljning av NOU:s tidigare utredningar. Som ett led i denna uppföljning tog Konkurrensverket telefonkontakt med Svenska Spel den 19 november 2007 för kontrollera den inställning som uppgetts till NOU. Svenska Spel uppgav att bolaget inte tillämpar bestämmelserna i LOU i sina upphandlingar men att bolaget följer rättsutvecklingen på området. Samma dag bad Konkurrensverket Svenska Spel lämna

ett skriftligt besked om bolagets inställning. Svenska Spel meddelade Konkurrensverket i skrivelse den 26 november 2007 att bolaget inte upphandlar i enlighet med LOU.²⁷

7.1 Behov i det allmännas intresse

Av EG-domstolens praxis framgår att allmännyttiga behov generellt sett bl.a. utgörs 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. Dessa behov har haft samband med bl.a. folkhälso- och miljöskyddsskäl, hygieniska skäl, allmän ordning och stimulans till handel. Svenska Spel är ett av staten helägt bolag. Härigenom och genom 45 § lotterilagen har staten säkerställt att den har ett avgörande inflytande på bolaget.

Av förarbetena till dagens reglering 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 därmed anses vara av allmännyttig art.

Enligt § 3 i Svenska Spels bolagsordning skall bolaget efter tillstånd av regeringen anordna lotterier om penning och vadhållning (tippning) i samband med tävlingar samt bedriva därmed förenlig verksamhet. De tillstånd som regeringen meddelar med stöd av 45 § lotterilagen innehåller föreskrifter om att bolaget skall säkerställa att sociala och hälsomässiga hänsyn skall tas. Föremålet för Svenska Spels verksamhet enligt bolagets bolagsordning har 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. Konkurrensverket anser därför – i likhet med NOU – att Svenska Spel tillgodoser ett allmännyttigt behov i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU.

7.2 Industriell eller kommersiell karaktär

I prop. 1992/93:88 sid. 40 anförs att de bolag som skall undantas från LOU är "sådana offentligt ägda bolag som framför allt staten kan inneha av helt affärsmässiga skäl, eller privata företag som på grund av en ekonomisk eller annan krissituation under endast begränsad tid övertagits av staten och där avsikten är att bolaget skall återgå till den privata sektorn". Av stor vikt för vad som menas med "inrättats" och "kommersiellt eller industriell karaktär" måste vara regeringens avsikter med att upprätta, äga och styra dessa bolag. I regeringens skrivelse 1998/99:20 anger regeringen att som kommersiellt bolag räknas "det bolag som har vinstkrav, ej omfattas av lagstadgat monopol, ej är anslagsfinansierat och saknar särskilda uppgifter (dvs. är ålagt att bedriva verksamhet av väsentligt samhällsintresse oavsett om verksamheten är olönsam eller ej)."

²⁷ Se bilaga 2

Det är arten av behoven och inte sättet på vilket bolaget arbetar som skall bedömas. Detta framgår av både EG-kommissionens skrivningar²⁸, EG-domstolens formuleringar i Arnheim- domen och svenska förarbeten²⁹. 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.

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 lotteri- verksamhet 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. Det gäller också det förhållandet att andra spel- former som tillhandahålls av bl.a. ATG konkurrerar om utrymmet för tillgängliga belopp för spel.

Ett avsteg från aktiebolagslagens (2005:551) presumerade vinstsyfte bör visserligen uttryckas i bolagsordningen men 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 anses ha som huvudsakligt syfte att ge vinst då en förutsättning för att driva bolaget är de tillstånd enligt 45 § lotterilagen som regeringen utfärdar. En motsatt ståndpunkt- strider mot EG-domstolens dom i målet Schindler och därmed ett tydligt för- dragsbrott.

Bedömningen av Svenska Spels ekonomiska risktagande skall göras med hänsyn till alla objektivt konstaterbara omständigheter. Svenska Spel har getts monopol inom stora delar av spel- och lotterimarknaden och har därmed genom lag tillför- säkrats en mycket gynnsam marknadsposition. Det står klart att denna marknad är mycket lönsam. Mot denna bakgrund kan Konkurrensverket inte tillmäta de

²⁸ Kommissionens vägledning, tjänster, s. 11.

²⁹ I prop. 1996/97:153, s. 56 anges: "I denna paragraf har betydelsen av den industriella eller kommersiella karaktären förtydligats till att avse de behov i det allmännas intresse, för vilka enheten inrättats. Bestämmelsen i dess tidigare lydelse tillmätte felaktigt karaktären hos den upphandlande enheten denna betydelse."

förhållandena att Svenska Spel saknar offentlig finansiering och formellt sett bär den ekonomiska risken för verksamheten någon avgörande betydelse för bedömningen.

Vid en sammantagen bedömning av samtliga faktiska och relevanta omständigheter, anser Konkurrensverket – i likhet med NOU – att de allmännyttiga behov som Svenska Spel inrättats för att täcka inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

7.3 Kravet på ägande, tillsyn eller styrelserepresentation

Det tredje rekvisitet som uppställs i 1 kap. 6 § LOU om juridisk person samt krav på ägande, tillsyn eller styrelserepresentation är som bekant uppfyllt. Svenska Spel är en juridisk person som är helägt av staten och dess styrelse utses av staten.

8. Sammanfattning och slutsats

EG-domstolen har i ett flertal domar klargjort vilka typer av organisationer som är skyldiga att tillämpa upphandlingsdirektivens bestämmelser.³⁰ 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.

Även en liten andel allmännyttiga behov medför enligt EG-domstolen att hela verksamheten i bolaget inklusive de delar som är konkurrensutsatta och bedrivs helt kommersiellt underkastas regelverket.

Svenska Spel är enligt Konkurrensverkets uppfattning en upphandlande enhet i LOU:s mening. Bolaget omfattas därför av LOU vid varje upphandling av varor, tjänster eller byggtreprenader som bolaget gör. Svenska Spel meddelade Konkurrensverket senast den 26 november 2007 att bolaget inte upphandlar i enlighet med LOU. Att ett statligt bolag väljer att inte följa upphandlingslagstiftningen undergräver tilltron till regelverket och med detta regelefterlevnaden vilken är central för en effektiv och fungerande upphandling.

³⁰ För svenskt vidkommande 1 kap. 6 § LOU.