

Karlshamns kommun

Tillsyn enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling; Karlshamns kommuns köp av solcellspaneler med hänvisning till undantaget för intern upphandling

Konkurrensverkets beslut

Karlshamns kommun har agerat i strid med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, genom att – vid anskaffning av solcellspaneler, material för installation samt installation på Norreports förskola och Stenbackanavet i Karlshamn den 19 december 2019 – felaktigt tillämpa undantaget för intern upphandling, utan att uppfylla verksamhetskriteriet i 3 kap. 12 § LOU. Därmed har Karlshamns kommun brutit mot annonseringsplikten. Eftersom anskaffningen inte har föregåtts av annonsering utgör den en otillåten direktupphandling i strid med 19 kap. 9 § LOU.

Karlshamns kommun förtjänar kritik för sitt agerande.

Konkurrensverket förutsätter att Karlshamns kommun, i den mån det inte redan skett, vidtar åtgärder för att säkerställa att kommunens inköp sker i enlighet med LOU. Karlshamns kommuns åtgärder i detta syfte kan komma att följas upp genom förnyad tillsyn.

Ärendet avslutas.

Redogörelse för ärendet

1. Konkurrensverket fick under 2020 in tips om att Karlshamns kommun (kommunen) köpt solcellspaneler och material för installation samt installation från sitt helägda bolag Karlshamns Energi AB (KEAB).¹
2. Kommunen har i skrivelse till Konkurrensverket bekräftat att kommunen den 19 december 2019 beställde solcellspaneler och material samt installation på Norreports förskola och Stenbackanavet i Karlshamn, se [bilaga 1](#), Orderbekräftelser (Avtalen). Beställningen gjordes via e-post efter att offert skickats till kommunen den 12 december 2019.
3. Kommunen har uppgett att inget särskilt förfarande har föregått inköpen av anledningen att kommunen bedömde att Avtalen omfattades av undantaget för intern upphandling i enlighet med 3 kap. 11–16 §§ LOU.
4. Konkurrensverket har utrett förutsättningarna för kommunen att vid ingående av Avtalen tillämpa undantaget för intern upphandling i 3 kap. 11 §, 12 § och 16 § LOU genom att granska kommunens kontroll över KEAB i den mening som avses med bestämmelsen (kontrollkriteriet) samt KEAB:s verksamhet och omsättning (verksamhetskriteriet).

Skäl för beslutet

Avtalens karaktär och värde

5. Avtalen utgör varukontrakt enligt 1 kap. 24 § LOU.
6. Enligt huvudregeln i 10 kap. 1 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska få möjlighet att lämna anbud. Upphandlingar som understiger direktupphandlingsgränsen behöver inte annonseras. Under 2019 uppgick tröskelvärdet för varukontrakt till 2 096 097 kronor och direktupphandlingsgränsen till 586 907 kronor.
7. Av 5 kap. 3 § LOU följer bland annat att värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.
8. Enligt 19 kap. 8 § LOU ska värdet av en upphandling uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i denna lag.
9. Enligt Avtalen uppgick värdet av kommunens beställning, exklusive installationskostnad, till 1 046 694 kr exklusive mervärdesskatt. Installationen av solcellspanelerna uppgick till 496 564 kronor exklusive mervärdesskatt, se

¹ KEAB ägs till 100 % av Stadsvapnet AB som i sin tur ägs till 100 % av Karlshamns kommun.

bilaga 2. Det totala värdet på Avtalen är 1 543 258 kronor exklusive mervärdesskatt.

10. Då värdet överstiger den då gällande direktupphandlingsgränsen skulle Avtalen ha annonserats i enlighet med 19 kap. LOU.
11. Föregående annonsering är dock inte nödvändig för kontrakt som omfattas av bestämmelserna i 3 kap. 11–16 §§ LOU, då sådana kontrakt utesluts från LOU:s tillämpningsområde.

Rättslig reglering och rättspraxis

12. Av 3 kap. 11–16 §§ LOU framgår undantagen för intern upphandling. Undantagen medför att avtal som ingås internt inom en och samma koncern, men mellan olika juridiska personer som till exempel en kommun och ett dotterbolag, inte behöver upphandlas enligt något särskilt förfarande i enlighet med LOU, jfr 3 kap. 12 § LOU (nedan Teckalundantaget).
13. Undantaget i fråga kodifierar EU-domstolens avgörande i C-107/98 Teckal samt den efterföljande rättsutvecklingen.² Undantaget ska tolkas restriktivt.³
14. En upphandling ska anses vara en intern upphandling, om den upphandlande myndigheten utövar kontroll över motparten, motsvarande den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning. Denna del av bedömningen refereras till som kontrollkriteriet. Bestämmelser om hur kontrollen faktiskt utövas finns i de författningar som styr motpartens organisationsform.⁴ Enligt förarbetena måste bedömningen om kontrollkriteriet är uppfyllt göras i varje enskilt fall efter en analys av organisationsformen och möjligheterna till kontroll.
15. Enligt EU-domstolens praxis är kontrollkriteriet uppfyllt om en myndighet anses ha möjlighet till avgörande påverkan på såväl strategiska mål som viktiga beslut.⁵ EU-domstolen har vid bedömningen av detta kriterium granskat befogenheter och självständighet hos det styrande organet i den fristående enheten, t.ex. i vilken mån den upphandlande myndigheten tillsätter ledamöter i den fristående enhetens styrande organ, om det finns en personell koppling mellan dessa personer och den upphandlande myndigheten, det styrande organets befogenheter avseende den löpande och icke löpande driften av bolaget samt om en tjänsteman hos myndigheten har utsetts för verksamhetsstyrning och övervakning av den fristående enheten.⁶

² Jfr prop. 2015/16:195 s. 393 f.

³ Jfr mål C-26/03 Stadt Halle, p. 44–46.

⁴ Jfr prop. 2015/16:195 s. 396 f med hänvisning till prop. 2011/12:106.

⁵ A. prop. s. 20 och 41 samt mål C-458/03 Parking Brixen, p. 65.

⁶ Se bl.a. domarna i mål C-458/03 Parking Brixen, mål C-340/04 Carbotermo, mål C-371/05 Mantova, mål C-324/07 Coditel, och mål C-573/07 Sea.

En marknadsmässig inriktning hos den fristående enheten kan även påverka myndighetens kontroll.⁷

16. Vidare ska motparten utföra mer än 80 procent av sin verksamhet för myndighetens räkning. Denna del av bedömningen refereras till som verksamhetskriteriet. I enlighet med 3 kap. 16 § LOU ska verksamhetskriteriet i första hand bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under de tre år som föregår tilldelningen. Såväl kvalitativa som kvantitativa omständigheter ska beaktas vid bedömningen av om motparten bedriver huvuddelen av sin verksamhet åt den upphandlande myndigheten.⁸ Generaladvokaten har i sitt förslag till avgörande i Carbotermomålet uttalat att *kvalitativa* omständigheter kan omfatta hur relevanta marknader ser ut och – för det fall motparten tillhandahåller varor och tjänster till både den upphandlande myndigheten och tredje man – vilka rättsförhållanden som föreligger.⁹ All verksamhet som motparten bedriver för andra personer än den som innehar den (dvs. sådana som inte står i något kontrollförhållande till motparten), ska anses bedrivas för tredje man (extern verksamhet). Extern verksamhet får endast vara av marginell karaktär.¹⁰ Vad gäller *kvantitativa* omständigheter kan inte omsättningen ensamt vara avgörande. Även andra indikatorer måste kunna beaktas, såsom hur stor andel av de totala intäkterna som härrör från den verksamhet som utförs för ägarens räkning.¹¹
17. EU-domstolen har uttalat att verksamhetskriteriet särskilt har till syfte att säkerställa att upphandlingsdirektiven är tillämpliga i det fall då ett företag som kontrolleras av en eller flera myndigheter är aktivt på marknaden och således kan konkurrera med andra företag.¹² Detta grundas i att ett företag inte nödvändigtvis berövas sin handlingsfrihet endast på grund av att de beslut som berör företaget kontrolleras av den myndighet som innehar det, om företaget fortfarande kan utöva en betydande del av sin ekonomiska verksamhet tillsammans med andra aktörer.¹³

⁷ Jfr mål C-573/07 Sea, p. 73 och 79 (där kontrollkriteriet var uppfyllt på grund av att geografisk räckvidd för verksamheten inte sträckte sig utanför de kommuner som ägde bolaget samt att syftet var att tillhandahålla tjänster endast för dessa kommuner, även om bolaget enligt bolagsordningen hade rätt att utföra tjänster till enskilda/privatpersoner – dock endast som komplement). Jfr även mål C-458/03 Parking Brixen, p. 67 (där kontrollkriteriet inte uppfyllts då väsentliga befogenheter bl.a. hade tilldelats bolagets styrelse och att det inom kort skulle vara möjligt för utomstående att köpa aktier i bolaget).

⁸ Jfr Carbotermo, p. 64.

⁹ Jfr generaladvokatens yttrande i Carbotermo p. 98, 109 och 113–114. Enligt Konkurrensverkets mening ligger dessa uttalanden i linje med verksamhetskriteriets särskilda syfte, jfr Carbotermo, p. 60.

¹⁰ Jfr bl.a. mål C-553/15 Undis Servizi p. 34 och 36. Notera att detta mål avgjordes med stöd av det tidigare LOU-direktivet 2004/18/EG. Samma princip gäller dock för nu gällande upphandlingsbestämmelser. Jfr även 3 kap. 12 § LOU, som fastställer en gräns på extern verksamhet till 20 %.

¹¹ Jfr Undis Servizi p. 34 och 36 samt generaladvokatens yttrande i Carbotermo, p. 106.

¹² Carbotermo, p. 60.

¹³ Carbotermo, p. 61.

18. Det får inte heller finnas något privat ägarintresse i motparten.

Konkurrensverkets bedömning av kontrollkriteriet och förekomst av privat ägarintresse

19. Kommunen har anfört att kommunen i enlighet med 10 kap. 3 § kommunallagen (2017:725) säkerställt kommunfullmäktiges kontroll över KEAB och att KEAB som helägt kommunalt bolag genom sin bolagsordning uppfyller det beskrivna kommunala ändamålet och även håller sin verksamhet inom ramen för de uppdrag som kommunen givit bolaget.
20. Kommunen har vidare anfört att det av KEAB:s bolagsordning framgår att KEAB:s styrelse i sin helhet utses av kommunfullmäktige, liksom styrelsens ordförande och vice ordförande, se bilaga 3.¹⁴ Kommunen hänvisar vidare till att det av bolagsordningen framgår att bolaget ska bereda kommunfullmäktige möjlighet att ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas.¹⁵ Kommunen påtalar även att det är kommunfullmäktige som utser lekmannarevisor¹⁶ och att kommunen har inspektionsrätt¹⁷ i KEAB. Slutligen anger kommunen att det krävs ett godkännande från kommunfullmäktige för att ändra i KEAB:s bolagsordning.¹⁸
21. Konkurrensverket konstaterar att KEAB är ett aktiebolag som därmed regleras enligt bestämmelserna i aktiebolagslagen (2005:551), ABL.¹⁹ Kommunen har genom KEAB:s bolagsordning fastställt ramarna för bolagets verksamhet och ändamål för att därigenom tillse att bolaget iakttar den kommunala kompetensen (som genom bolagsordningen blir bindande).²⁰ Bestämmelsen i ABL om att huvudsyftet är att ge vinst till aktieägarna har även frångåtts.²¹ Konkurrensverket bedömer även att kommunen utövar sådan möjlighet till påverkan och kontroll som nämns i punkt 15 ovan (samt däri hänvisade mål).
22. Det finns för övrigt inte något direkt privat ägarintresse i KEAB.
23. Det är Konkurrensverkets bedömning att kontrollkriteriet är uppfyllt.

¹⁴ KEAB:s bolagsordning. Se 8 §.

¹⁵ Bilaga 3, 5 §.

¹⁶ Bilaga 3, 10 §.

¹⁷ Bilaga 3, 15 §.

¹⁸ Bilaga 3, 16 §.

¹⁹ Jfr prop. 2011/12:106 s. 28 ff.

²⁰ Jfr 3 kap. 3 § ABL.

²¹ Jfr bilaga 3, 4 §.

Konkurrensverkets bedömning av verksamhetskriteriet

Inledning

24. KEAB är verksamt inom flertalet verksamhetsområden.²² Utöver tillhandahållande av tjänster och varor till kommunen och andra koncernbolag, tillhandahåller även KEAB inom några av dessa verksamhetsområden tjänster till privata kunder och företag.²³
25. Karlshamn Energi Elförsäljning AB är KEAB:s helägda dotterbolag som ingår i KEAB-koncernen. Då Karlshamn Energi Elförsäljning AB bedriver elproduktion och energiförsäljning är verksamhetsområdena Elhandel och Elproduktion placerade inom dotterbolaget.²⁴ Från och med januari 2019 tillkom dessutom Karlshamn Energi Vatten AB till KEAB-koncernen.
26. Kommunen anser att det av bolagsordningen och ägardirektiven följer att KEAB huvudsakligen utövar sin verksamhet åt kommunen, som i sin tur utövar kontroll över bolaget. Bolagsordningen anger att verksamheten ska bedrivas för ägaren och ytterst för kommunens räkning.²⁵ Enligt kommunen bedrivs KEAB:s verksamhet, för vilken bolaget har intäkter, i sin helhet på uppdrag av kommunen.
27. I det följande beskriver Konkurrensverket först vilka omsättningsuppgifter som ligger till grund för bedömningen i ärendet i kvantitativt avseende. Därefter redogör Konkurrensverket för bedömningen av kvalitativa omständigheter såsom bolagets bolagsordning och ägardirektiv. Därefter redovisas vilka verksamhetsområden som enligt Konkurrensverkets bedömning ska anses utgöra intern respektive extern verksamhet. Avslutningsvis följer Konkurrensverkets samlade bedömning av verksamhetskriteriet.

KEAB-koncernens omsättning

28. Vad gäller omsättningen av verksamheten i fråga har kommunen hänvisat till KEAB. KEAB har under utredningen tillhandahållit sammanställningar över KEAB-koncernens totala omsättning för åren 2016–2019, indelat per verksamhetsområde. På fråga från Konkurrensverket har KEAB därefter lämnat en sammanställning för nyss nämnda räkenskapsår där intäkterna per verksamhetsområde delats upp mellan andelen intäkter hänförliga till kommunen och koncernbolag respektive tredje man, se bilaga 4.²⁶ Utöver de

²² Elnät, elhandel, elproduktion, vatten (arbetsområdet vatten ingick först i KEAB-koncernen 2019), värme och kyla, bredband och solceller, se KEAB:s verksamhets- och årsredovisning 2019.

²³ Jfr t.ex. KEAB:s verksamhets- och årsredovisning 2019, s. 7.

²⁴ Jfr krav i 7 kap. 1–2 §§ ellagen (1997:857).

²⁵ Bilaga 3, 4 §.

²⁶ Kommunen har därefter reviderat uppgifterna genom att ta bort punktskatter. Kommunen har uppgett att detta inte bör redovisas då skatten inte utgör någon intäkt i verksamheten.

verksamhetsområden som anges nedan, finns ytterligare en intäktspost i bilaga 4 (Tjänster [laddning/belysning]).

29. Kommunen har gjort gällande att den totala omsättningen ska omfatta omsättningen för hela koncernen på grund av att verksamheten bedrivs för helheten inom KEAB-koncernen med gemensamma resurser såsom VD och ledningsgrupp, marknad- och försäljning, ekonomi- och administrativ avdelning. All personal är dessutom anställd i moderbolaget KEAB, oavsett verksamhet. Uppdelningen i bolag beror främst på lagkrav som reglerar hur verksamheten för elnät respektive elhandel ska delas upp i två olika bolag.
30. Som utgångspunkt ska intäkter vara hänförliga till den kontrollerande enheten, i detta fall kommunen, för att anses vara interna intäkter. Konkurrensverket har i detta ärende inte utrett eller bedömt i vilken utsträckning de intäkter som KEAB redogjort för ska hänföras till kommunen eller olika koncernbolag. Konkurrensverket tillgodoräknar därför samtliga intäkter hänförliga till KEAB:s koncernbolag som en intern intäkt för kommunen.
31. Konkurrensverket lägger även KEAB:s uppgifter om att verksamhetsområdena Elnät, Värme & kyla, Vatten samt Tjänster (laddning/belysning) i sin helhet utgör intern verksamhet till grund för bedömningen i ärendet.²⁷
32. Konkurrensverket gör däremot en annan bedömning än kommunen när det gäller de verksamhetsområden som redogörs för nedan i punkterna 39–54. Med undantag för dessa verksamhetsområden tar Konkurrensverket de uppgifter som följer av KEAB:s sammanställning i bilaga 4 till intäkt för bedömningen av intäkterna de tre åren som föregick tilldelningen av kontraktet för köp av solcellspanelerna (dvs. åren 2016, 2017 och 2018).²⁸ Konkurrensverket har dock, liksom kommunen, exkluderat uppgifter om punktskatter (jfr fotnot 26). Konkurrensverkets bedömning av verksamhetskriteriet utgår från dessa uppgifter.
33. Konkurrensverket har i bilaga 5²⁹ sammanställt vilka omsättningsuppgifter som läggs till grund för bedömningen i ärendet samt i vilken mån intäkterna anses härröra från intern respektive extern verksamhet (jfr punkt 16 ovan om kvalitativa omständigheter).

²⁷ Detta trots att det av KEAB:s årsredovisning 2019 framgår att bolaget tillhandahåller tilläggstjänster till fjärrvärmeleveransen till bl.a. privata fastigheter (Färdig värme, serviceavtal), s. 9. Konkurrensverket har inte utrett denna marknad närmare inom ramen för detta beslut och tar således inte ställning till om det kan finnas andra aktörer på marknaden i fråga.

²⁸ Jfr 3 kap. 16 § LOU.

²⁹ Notera att Konkurrensverket har justerat bilaga 5 för att ta hänsyn till kommunens reviderade sammanställning, se fotnot 26 och punkt 40 nedan.

Bolagsordningens och ägardirektivens betydelse som kvalitativ omständighet

34. Som nämnts ovan gör kommunen gällande att KEAB enligt bolagsordningen och ägardirektiven bedriver sin verksamhet för kommunens räkning. Enligt kommunen ska således dessa dokument utgöra ramarna för vad som ska anses vara intern verksamhet.
35. Bolagsordningen kan i många fall utgöra ett aktiebolagsrättsligt tolkningsinstrument vid såväl den kvalitativa som den kvantitativa bedömningen, närmare bestämt hur och för vem verksamheten ska drivas.³⁰ Detta bör även gälla för ägardirektiven.
36. Det strider dock mot syftena med EUF-fördraget och upphandlingsdirektiven samt det särskilda syftet med verksamhetskriteriet, dvs. att öppna upp den inre marknaden för icke-snedvriden konkurrens, att enbart stödja sig mot innehållet i bolagsordningen och ägardirektiven vid bedömningen av verksamhetskriteriet. Bolagsordningen och ägardirektiven utgör ramarna för ett kommunalt bolags verksamhet och ändamål (jfr punkt 21 ovan). Om bolagsordningen och ägardirektiven ensamt skulle vara avgörande vid verksamhetsbedömningen skulle det få till följd att i princip all verksamhet som anges kan anses vara intern och att med den kommunala verksamheten förenliga tilläggstjänster eller produkter kan tillhandahållas tredje man på marknader där andra leverantörer är verksamma.³¹ Ett sådant synsätt skulle innebära att en betydande del upphandlingspliktiga kontrakt automatiskt skulle kunna anses falla utanför upphandlingsbestämmelsernas tillämpningsområde utan att, i strid med EU-domstolens rättspraxis, beakta samtliga kvalitativa och kvantitativa omständigheter i det enskilda fallet.³² Detta skulle underminera syftet med undantaget för intern upphandling³³ och riskera att det aktuella undantaget skulle komma att tillämpas i mycket större utsträckning än vad som är tillåtet.³⁴
37. Det kan tilläggas att det står kommuner fritt att organisera sin verksamhet. Det ska dock betonas att för att verksamheten ska anses vara intern, krävs även att KEAB:s tjänster och produkter *huvudsakligen är avsedda* för kommunen.³⁵ Det kan jämföras med situationer där kommunen utför t.ex. tjänster i egen regi.³⁶ För tilldelning av kontrakt inom den egna

³⁰ Jfr generaladvokatens yttrande i Carbotermo, p. 98–99.

³¹ Se Carbotermo, p. 60. Jfr även exemplet som generaladvokaten ger i p. 114 i sitt yttrande i samma mål. Jfr KEAB:s skrivning i bilaga 3, 3 § fjärde stycket avseende tillhandahållande av tjänster och produkter i anslutning till de i bolagsordningen angivna verksamheterna.

³² Jfr Carbotermo, p. 64. Jfr även p. 79 i generaladvokatens yttrande i samma mål, där det uttalas att det är den verksamhet som faktiskt bedrivs som är avgörande och inte den verksamhet som den kontrollerande enheten kan utföra enligt t.ex. bolagsordningen.

³³ Jfr Carbotermo, p. 60–62 och Undis Servizi, p. 33.

³⁴ Notera att varje undantag från skyldigheten att tillämpa upphandlingsbestämmelserna när förutsättningarna för detta är tillämpliga, ska tolkas restriktivt. Jfr punkt 13 och fotnot 3 ovan.

³⁵ Jfr Carbotermo p. 62.

³⁶ Jfr Undis Servizi, p. 30 och mål C-26/03 Stadt Halle, p. 48.

organisationen, förutsätts dock att samtliga kriterier som följer av undantaget i fråga är uppfyllda.

38. För att avgöra vilka delar som utgör intern respektive extern verksamhet, måste därför andra kvalitativa omständigheter beaktas, såsom hur relevanta marknader ser ut³⁷ och – eftersom KEAB tillhandahåller varor och tjänster till både kommunen och tredje man – vilka rättsförhållanden som föreligger (jfr punkt 16 ovan).³⁸

Verksamhetsområdena Solceller och Elhandel

39. Kommunen har under utredningen uppgett att verksamhetsområdena Solceller och Elhandel inte utförs för kommunens räkning och inte utgör interna verksamheter. KEAB bedriver denna verksamhet som kompletterande tjänster för att bibehålla kundrelationen inom el samt för att möta konkurrens från andra liknande aktörer såsom EON och Vattenkraft som erbjuder helhetslösningar för sina kunder inom elhandel inklusive solceller. Marknaden för elhandel och solcellsanläggningar är i dag konkurrensutsatt och slutanvändaren kan köpa sin el från många olika leverantörer. Marknaden för elhandel omfattar ungefär 140 elhandlare. Kunderna är både företag och privatpersoner.
40. Kommunen har dock i svar på Konkurrensverkets utkast till beslut ändrat uppfattning och uppgett att kommunens redovisning av nämnda verksamhetsområden som externa har gjorts främst ur ett företagsekonomiskt perspektiv.³⁹ Kommunen har även lämnat in en reviderad sammanställning över bolagets intäkter, se bilaga 6.⁴⁰
41. Konkurrensverket instämmer i kommunens ursprungliga uppfattning om att verksamhetsområdena Solceller och Elhandel utgör extern verksamhet.⁴¹ Verksamheterna bedrivs på en marknad där flera leverantörer verkar och kunderna utgörs bl.a. av företag och privatpersoner.⁴² Konkurrensverket gör

³⁷ Jfr Carbotermo, p. 58 och 60.

³⁸ Jfr Carbotermo, p. 64 och 67. Jfr även generaladvokatens yttrande i Carbotermo p. 98, 109 och 113–114.

³⁹ Det noteras att kommunen i samma svar, trots detta, har tagit upp Solceller som extern verksamhet i sin beräkning.

⁴⁰ Notera att de interna respektive de externa intäkterna till viss del skiljer sig åt mellan bilaga 4 och bilaga 6. Detta gäller de interna och externa intäkterna för Elnät avseende åren 2018 och 2019 samt Elhandel avseende åren 2016 och 2017. Detta synes bero på reduktionen av punktskatt i bilaga 6, som fördelats mellan interna och externa intäkter.

⁴¹ Jfr Carbotermo, p. 60, där EU-domstolen uttalar att verksamhetskriteriet särskilt har till syfte att säkerställa att upphandlingsdirektiven är tillämpliga i det fall då ett företag som kontrolleras av en eller flera myndigheter är aktivt på marknaden och således kan konkurrera med andra företag. Jfr även generaladvokatens yttrande i samma mål, p. 98–99. Detta är i linje med syftet bakom Teckalundantaget, dvs. att kontrollerade bolag inte ska kunna konkurrera med andra privata företag på en marknad, jfr bl.a. p. 60–62 i Carbotermo och Undis Servizi p. 33.

⁴² Enligt Energimyndigheten finns många leverantörer som erbjuder helhetslösningar för solceller (<http://www.energimyndigheten.se/fornybart/solelportalen/vad-ska-jag-tank-a-pa-vid-inkop-och-val-av-leverantor/hjalp-infor-forfragan-till-leverantor/>). KEAB har även uppgett att EON och Vattenkraft utgör leverantörer, se punkt 39 i detta beslut. Detsamma gäller för Elhandel, vars marknad enligt

vidare bedömningen att den angivna orsaken bakom kommunens ändrade uppfattning inte påverkar vad som tidigare anförts avseende syftet att möta konkurrens från liknande aktörer (se punkt 39 ovan). Till detta kan tilläggas att elhandelsmarknaden avreglerades i Sverige 1996 och är fullt konkurrensutsatt.⁴³ Avtal om solceller och elhandel träffas genom avtal direkt med kund.

Verksamhetsområdet Bredband

42. Det finns generellt såväl internationella som nationella mål med bredbandsmarknaden. EU:s digitala strategi till exempel, syftar till att förbättra konkurrensen, skapa innovationslösningar och främja konsumenternas rättigheter på den inre marknaden.⁴⁴ Sveriges bredbandsstrategi beslutades 2009, med ambitionen att målsättningarna motsvarar EU:s strategiska mål.⁴⁵ Enligt regeringen var utgångspunkten en marknadsdriven bredbandsutbyggnad där såväl privata som offentliga marknadsaktörer spelar en roll. Vidare betonades att det är viktigt att privata investeringar inte förhindras och trängs ut, samtidigt som det offentligas ansvar vad gäller tillgång till och användning av digitala tjänster måste beaktas. Den svenska lagstiftaren har infört flera tillträdesregleringar i syfte att öppna bredbandsmarknaden för konkurrens, bl.a. lagen (2016:534) om åtgärder för utbyggnad av bredbandsnät som syftar till att främja utbyggnaden av bredbandsnät.
43. Syftet har således varit att det ska stå leverantörer fritt att tillträda denna marknad, vilket i viss utsträckning realiserats vid fiberutbyggnaden då flertalet privata och offentliga aktörer konkurrerat om att bygga ut fiber.
44. Av KEAB:s årsredovisning framgår att KEAB, inom detta område, är verksamt på en marknad där andra aktörer verkar. KEAB har uppgett att den största delen av fibermarknaden i Karlshamns kommun består av det kommunala stadsnätet samt Telia. IP Only verkar i begränsad skala.⁴⁶

Energimarknadsinspektionen bedöms omfatta ca 130 leverantörer

(<https://www.ei.se/konsument/el/elavtal/elhandelsavtal>). Av KEAB:s årsredovisning 2019 framgår att tjänster och produkter tillhandahålls privatpersoner och företag. KEAB gör även prognosen att efterfrågan på solceller från bl.a. villaägare kommer att öka, jfr s. 10 samt 4 och 8 i KEAB:s årsredovisning 2019.

⁴³ Jfr t.ex. 7 kap. 1–2 §§ ellagen samt förarbetsuttalanden i bl.a. prop. 1993/94:162 s. 124 ff.

⁴⁴ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/electronic-communications-laws>. Strategin, eller policyn, omfattar bl.a. ett lagstiftningspaket som bl.a. syftar till att skapa förutsättningar för effektiv konkurrens inom kommunikationssektorn under övergången från monopol till fri konkurrens, jfr skäl 1 i direktiv 2002/21/EU.

⁴⁵ <https://www.regeringen.se/informationsmaterial/2016/12/sverige-helt-uppkopplat-2025---en-bredbandsstrategi/>

⁴⁶ Jfr Carbotermo, p. 60–61. Se även generaladvokatens yttrande i Carbotermo (p. 99), där det uttalas att närvaron av leverantörer på en marknad kan – vid bedömningen av verksamhetskriteriet – liknas vid de situationer där direktiven tillåter ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, nämligen om kontraktet endast kan tilldelas en bestämd ekonomisk aktör. Detta får förstås som att en marknad inte kan anses vara konkurrensutsatt, i den mening som avses vid en bedömning av verksamhetskriteriets kvalitativa omständigheter, om det inte finns någon annan leverantör än det kommunala bolaget.

45. Mot bakgrund av detta kan Konkurrensverket konstatera att flera leverantörer verkar på marknaden i fråga.
46. KEAB har även uppgett att bolaget tillhandahåller tjänster till andra än kommunen inom ramen för denna verksamhet, se nedan. Detta framgår även av årsredovisningen 2019 (s. 6 f). Vidare anges den kommunala bredbandsstrategin utgöra mål för KEAB:s verksamhet.
47. Intäkterna benämnda som externa i bilaga 5 är enligt KEAB hänförliga till (i) avtal med privatpersoner för dragning av fiber till bostad; (ii) samarbete med Affärsverken i Karlskrona kommun avseende konsumenters tillgång till flertalet bredbandsoperatörer; (iii) avtal med Tre och Telenor avseende fiberdragning till operatörmaster; samt (iv) avtal med lokala it-företag som säljer bredbandsuppkoppling till kommersiella lokaler.
48. Intäkter från tredje man kan i vissa fall anses vara hänförliga till den interna verksamheten, särskilt om kommunen har en skyldighet att tillhandahålla fiber och bredband till kommuninvånarna, antingen enligt lag eller privaträttsliga avtal.⁴⁷ KEAB har uppgett att någon sådan skyldighet för kommunen eller sådana avtal mellan kommunen och tredje man inte finns, men att bolaget har att efterleva målen med den kommunala bredbandsstrategin.
49. Enligt Konkurrensverkets mening kan ett rättsförhållande mellan kommunen och tredje man inte uppstå enbart med hänvisning till denna strategi, detta särskilt med hänsyn till såväl EU:s som Sveriges strategiska mål och de handlingar och uttalanden som gjorts i samband med detta.⁴⁸
50. Konkurrensverket kan i stället konstatera att de relevanta rättsförhållandena uppkommer mellan KEAB och tredje man för aktiviteterna i punkt 47 ovan, vilka utförs inom verksamhetsområdet i fråga och för vilka intäkter upptas i bolaget.⁴⁹
51. Mot bakgrund av detta, samt att verksamhetsområdet Bredband bedrivs på en marknad där flera leverantörer verkar och affärsverksamhetens karaktär talar för att det endast finns en koppling mellan KEAB och tredje man (i stället för kommunen och tredje man), ska verksamhetsområdet anses vara extern verksamhet.

⁴⁷ Jfr Carbotermo, p. 67. Jfr även generaladvokatens yttrande i Carbotermo, p. 109 och 113–114.

⁴⁸ Det kan möjligtvis tänkas vara annorlunda i de fall tillgång till fiber ges till privatpersoner boende i kommunala fastigheter. KEAB har dock uppgett att de kommunala fastigheterna är uppkopplade mot annat än KEAB:s nät.

⁴⁹ KEAB har under utredningen hänvisat till och lämnat exempelavtal som upprättats mellan KEAB, å ena sidan, och, å andra sidan, (i) villaägare och privata flerfamiljshus, (ii) Affärsverken i Karlskrona kommun, (iii) Tre, respektive (iv) lokala it-företag.

Verksamhetsområdet Elproduktion

52. Enligt 2 kap. 7 § kommunallagen ska kommunal affärsverksamhet generellt begränsas till att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen. Sådan verksamhet ska vidare drivas utan vinstsyfte. Kommunala bolag får dock bl.a. bedriva elproduktion och handla med el utanför kommunens område enligt ellagen (1997:857).⁵⁰ I dessa fall gäller inte skyldigheten att driva verksamheten utan vinstsyfte.⁵¹ Sådan verksamhet ska i stället drivas på affärsmässig grund. Vidare måste verksamhet avseende elhandel och elproduktion redovisas särskilt.⁵² Att detta gäller för KEAB, framgår av bolagsordningen.⁵³
53. KEAB har uppgett att verksamhetsområdet Elproduktion avser produktion av el från vindkraftverk. Intäkterna är i sin tur hänförliga till elförsäljning på den nordiska marknaden för elproduktion, Nord Pool. Det finns ingen kommunal skyldighet att bedriva elproduktion. Intäkten i fråga härrör från ett rättsförhållande som uteslutande ingåtts mellan KEAB och Nord Pool.
54. Mot bakgrund av detta, samt att verksamhetsområdet Elproduktion bedrivs på en marknad där flera elproducenter verkar samt att intäkterna i sin helhet kommer från den nordiska marknaden för elproduktion, ska verksamhetsområdet anses vara extern verksamhet.

Samlad bedömning av verksamhetskriteriet

55. Konkurrensverket har bedömt att verksamhetsområdena Elhandel, Solceller, Bredband och Elproduktion utgör externa verksamheter, jfr punkterna 39–54 ovan.
56. Baserat på omsättningsuppgifterna som Konkurrensverket sammanställt i bilaga 5, utgör den interna verksamheten för de relevanta åren endast 69,3 % för år 2016; 64,7 % för år 2017; och 59,7 % för år 2018, se bilaga 5 (figur 5a). Verksamhetskriteriet i 3 kap. 12 § 2 LOU uppfylls därmed inte.
57. Även om intäkterna hänförliga till Elhandel och Bredband, som benämns som interna i bilaga 4 och 6, beaktas som *intern* verksamhet, uppfyller inte den interna verksamheten det krav som följer av 3 kap. 12 § 2 LOU. Den interna verksamheten för de relevanta åren utgör endast 77 % för år 2016; 72,3 % för år 2017; och 66,4 % för år 2018, se bilaga 5 (figur 5b).

Slutsats

58. Med hänsyn till bedömningen av verksamhetskriteriet enligt ovan samt vad som framgår av bilaga 5, överstiger KEAB:s externa verksamhet den tillåtna

⁵⁰ 7 kap. 1 § ellagen.

⁵¹ 7 kap. 1 och 2 §§ ellagen.

⁵² 7 kap. 2 § ellagen.

⁵³ Bilaga 3, 4 §.

gränsen om 20 %. Konkurrensverket kan därmed konstatera att verksamhetskriteriet inte varit uppfyllt vid ingående av Avtalen och att KEAB bedrivit mer extern verksamhet än vad som är tillåtet enligt Teckalundantaget.

59. Kommunens direkttilldelning av Avtalen med stöd av Teckalundantaget var således inte tillåten. I stället har Avtalen omfattats av LOU:s tillämpningsområde, vilket ställer krav på föregående annonsering. Någon annonsering har enligt kommunen inte skett. Avtalen utgjorde således en otillåten direktupphandling.

Allmänt om Konkurrensverkets tillsyn

60. Konkurrensverket har i uppdrag att utöva tillsyn på området för offentlig upphandling i syfte att öka regel efterlevnaden och bidra till en effektiv offentlig upphandling.
61. Konkurrensverkets granskning i ett enskilt ärende kan visa att en upphandlande myndighet har agerat i strid med regelverket för offentlig upphandling. Konkurrensverket kan då ansöka om upphandlingsskadeavgift, om förutsättningarna för det är uppfyllda, eller sammanfatta resultatet av tillsynen i ett beslut. Genom att fatta ett tillsynsbeslut kan Konkurrensverket peka på förfaranden hos myndigheten som är i strid med regelverket eller göra andra påpekanden som är motiverade.
62. Ett tillsynsbeslut innebär inte ett förbud eller föreläggande. Det är således inte förenat med en sanktion i sig, men kan ändå få rättsliga följder. Om en upphandlande myndighet genomför upprepade otillåtna upphandlingar kan exempelvis tidigare förseelser utgöra en försvårande omständighet som motiverar en högre upphandlingsskadeavgift vid efterföljande otillåtna direktupphandlingar.

Hur man överklagar

Detta beslut kan överklagas. Om ni vill överklaga ska detta göras skriftligen. Överklagandet ska ställas till Förvaltningsrätten i Stockholm men ges in till Konkurrensverket, gärna via e-post till konkurrensverket@kkv.se. I överklagandet ska ni ange vilket beslut som överklagas och den ändring av beslutet som ni begär. Överklagandet ska ha kommit in till Konkurrensverket inom tre veckor från den dag då beslutet meddelades.

Detta beslut har fattats av generaldirektören Rikard Jermsten. Föredragande har varit processrådet Anna Görgård.

Beslutet undertecknas inte egenhändigt och saknar därför namnunderskrifter.

Rikard Jermsten

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats.

Bilagor

Bilaga 1 – Orderbekräftelser avseende solcellspaneler och installation m.m. på Norreports förskola och Stenbackanavet i Karlshamn (Avtalen)

Bilaga 2 – Fakturor hänförliga till installationskostnader

Bilaga 3 – KEAB:s bolagsordning

Bilaga 4 – KEAB:s sammanställning över verksamhetsområden och intäkter

Bilaga 5 – Konkurrensverkets bedömning av KEAB och verksamhetskriteriet

Bilaga 6 – Kommunens reviderade sammanställning över verksamhetsområden och intäkter