



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 8

DOM
2023-10-04
Meddelad i Stockholm

Mål nr
3621-23

KLAGANDE

Karlshamns kommun

MOTPART

Konkurrensverket

ÖVERKLAGAT BESLUT

Konkurrensverkets beslut 2021-12-16, se bilaga 1

SAKEN

Tillsyn över offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår överklagandet.

BAKGRUND

Konkurrensverket beslutade den 16 december 2021 att rikta kritik mot Karlshamns kommun (kommunen). Som skäl för beslutet angavs i huvudsak följande. Kommunen 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 kommunen brutit mot annonseringsplikten. Eftersom anskaffningen inte har föregåtts av annonsering utgör den en otillåten direktupphandling i strid med 19 kap. LOU. Kommunen förtjänar kritik för sitt agerande. I den mån det inte redan skett förutsätts att kommunen vidtar åtgärder för att säkerställa att inköp sker i enlighet med LOU. Kommunens åtgärder i detta syfte kan komma att följas upp genom förnyad tillsyn.

Kommunen överklagade Konkurrensverkets tillsynsbeslut till förvaltningsrätten som fann att Konkurrensverket saknade befogenhet att fatta det överklagade beslutet och att det därför skulle upphävas (Förvaltningsrätten i Stockholms beslut den 27 oktober 2022 i mål nr 351-22). Förvaltningsrättens beslut överklagades till kammarrätten som i motsats till förvaltningsrätten bedömde att Konkurrensverket hade agerat inom ramen för sitt uppdrag. Kammarrätten upphävde därför förvaltningsrättens dom och visade målet åter till förvaltningsrätten för prövning i sak (Kammarrätten i Stockholms dom den 24 februari 2023 i mål nr 6849-22).

YRKANDEN M.M.

Kommunen yrkar att Konkurrensverkets tillsynsbeslut ska upphävas på den grunden att verksamhetskriteriet är uppfyllt och den granskade upphandlingen därmed omfattas av undantaget för intern upphandling.

Konkurrensverket anser att överklagandet ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Beslutets överklagbarhet

Kammarrätten har bedömt att det aktuella tillsynsbeslutet är överklagbart och visat målet åter till förvaltningsrätten för prövning i sak. Därefter har emellertid kammarrätten gjort motsatt bedömning i två andra mål, dvs. bedömt att Konkurrensverkets tillsynsbeslut inte är överklagbara eftersom de inte ansetts ha medfört rättsverkningar för den som beslutet riktar sig mot (Kammarrätten i Stockholms beslut den 17 april 2023 i mål nr 803-23 och Kammarrätten i Stockholms beslut den 20 juni 2023 i mål nr 1379-23). Det senare avgörandet har överklagats till Högsta förvaltningsdomstolen. Förvaltningsrätten konstaterar att det finns omständigheter som talar för att Konkurrensverkets tillsynsbeslut av ifrågavarande slag inte får överklagas. Rättsläget får dock anses vara oklart. Mot den bakgrunden och med hänsyn till systematiken i instansordningen kommer förvaltningsrätten pröva målet i sak.

Rättslig reglering m.m.

Huvudregeln enligt LOU är att tilldelning av kontrakt och ramavtal ska föregås av annonsering och att alla leverantörer ska få möjlighet att lämna anbud. Detta framgår av 10 kap. 1 § LOU. För att ett avtal med ett värde över direktupphandlingsgränsen ska kunna ingås utan föregående annonsering krävs att något särskilt angivet undantag i LOU är tillämpligt.

Reglerna om intern upphandling är ett sådant undantag från annonseringsplikten (se 3 kap. 11 § LOU). Genom undantaget ges myndigheter möjlighet att välja om verksamhet ska bedrivas i egen regi eller i t.ex. bolagsform, utan att

för den sakens skull behöva upphandla rent interna anskaffningar (jfr EU-domstolens mål C-553/15 Undis Servizi p. 30).

En upphandling ska enligt 3 kap. 12 § LOU anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet),
2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för myndighetens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som myndigheten utövar kontroll över (verksamhetskriteriet), och
3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

Om förutsättningarna i bestämmelsen ovan är uppfyllda omfattas upphandlingen inte av LOU och inköpen behöver inte konkurrensutsättas.

Är verksamhetskriteriet uppfyllt?

Utgångspunkter för prövningen

Det är ostridigt mellan kommunen och Konkurrensverket att kontrollkriteriet som regleras i punkten 1 är uppfyllt och att det inte finns något direkt privat ägarintresse i KEAB. För att verksamhetskriteriet ska vara uppfyllt, och undantaget för intern upphandling tillämpligt, krävs därutöver att minst 80 procent av KEAB:s verksamhet utförs för kommunens räkning.

Verksamhetsandelen ska enligt 3 kap. 16 § första stycket LOU bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under de tre år som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod. Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är

tillgängliga, får verksamhetsandelen enligt andra stycket bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

Kriteriet har särskilt till syfte att göra upphandlingsregelverket tillämpligt när bolag är aktiva på konkurrensutsatta marknader (mål C-340/04 Carbotermo p. 60).

Vad parterna anför

Konkurrensverket och kommunen har olika uppfattningar om hur stor andel av KEAB:s totala genomsnittliga omsättning som härrör från verksamhet som utförs för kommunens räkning. Konkurrensverket har i det överklagade beslutet gjort bedömningen att samtliga intäkter från verksamhetsområdena Elhandel, Solceller, Bredband och Elproduktion ska räknas som externa intäkter. Detta innebär enligt Konkurrensverkets beräkningar att mindre än 70 procent av KEAB:s totala omsättning under åren 2016–2018 härrör från verksamhet som bedrivs tillsammans med kommunen.

Kommunen gör å sin sida gällande att alla KEAB:s intäkter ska betraktas som interna och anför bl.a. följande. Det framgår av bolagsordning och ägardirektiv att KEAB bedriver all sin verksamhet för kommunens räkning. Eftersom ingen del av verksamheten utförs för annans räkning ska det därmed inte göras någon prövning av verksamhetsandelen enligt 3 kap. 16 § LOU. Någon snedvridning av konkurrensen uppstår inte eftersom kommunen hade kunnat välja att utföra verksamheten i egen regi. Varken i upphandlingsdirektivet, LOU eller praxis från EU-domstolen uppställs ett krav på att överlämning av en kommunal angelägenhet till ett helägt dotterbolag ska ske i någon särskild form eller genom viss rättshandling för att undantaget för intern upphandling ska vara tillämpligt. Det går inte att utifrån EU-domstolens dom i mål C-340/04 Carbotermo dra slutsatsen att det tilldelningsbeslut genom vilken den kontrollerande myndigheten anförtror viss verksamhet åt en kontrollerad enhet

måste utgöra ett kontrakt. Vad gäller verksamhetsområdet Bredband har kommunen antagit en bredbandsstrategi och uppdragit åt KEAB att tillse att alla hushåll ska ha tillgång till fiberbaserad bredbandstjänst före utgången av 2022. Detta beslut kan ses som ett åtagande gentemot kommuninvånarna som kommunen, genom KEAB, har en skyldighet att infria. Vad avser verksamhetsområdet Elhandel rör det sig om en sedan länge befintlig kommunal verksamhet som efter omorganisation tilldelades KEAB.

Konkurrensverket vidhåller den bedömning som gjorts i det överklagade beslutet och tillägger i huvudsak följande. Det är inte möjligt att enbart titta på bolagsordning och ägardirektiv vid bedömningen av verksamhetskriteriet eftersom hänsyn då inte tas till samtliga kvalitativa och kvantitativa omständigheter i det enskilda fallet. Dessa dokument innehåller inga ekonomiska villkor eller rättsligt bindande villkor som innebär att tilldelning av kontrakt, i den mening som avses i 1 kap. 15 § LOU och EU-domstolens rättspraxis, har skett. KEAB har inte heller någon lagstadgad skyldighet att utföra vissa uppgifter för kommunen. KEAB är aktivt på marknaden och konkurrerar med andra företag inom de relevanta verksamhetsområdena. Bolaget får intäkter för tillhandahållna varor och tjänster från företag och privatpersoner. Att bedöma verksamhetskriteriet utan att ta ställning till dessa omständigheter skulle vara oförenligt med det aktuella undantagets syfte.

Förvaltningsrättens bedömning

För att bedöma om ett företag huvudsakligen bedriver verksamhet för den myndighet som innehar den ska alla omständigheter beaktas, såväl kvalitativa som kvantitativa (C-340/04 Carbotermo, p. 64). All verksamhet som ett företag bedriver för andra juridiska personer än upphandlande myndighet ska anses bedrivas för tredje man (C-553/15 Undis Servizi p. 34).

Det är den omsättning som härrör från verksamhet som utförs enligt tilldelningsbeslut som fattats av den upphandlande myndigheten som är relevant. Det gäller oavsett om mottagaren av varan eller tjänsten är den kontrollerande myndigheten själv eller om betalningen kommer från dem som använder varan eller tjänsten, dvs. om det är myndigheter eller tredje parter som använder tjänster enligt koncessioner eller andra rättsförhållanden (C-340/04 Carbotermo p. 65–67).

Vid bedömningen av verksamhetskriteriet måste beaktas att varje undantag från skyldigheten att upphandla ska tillämpas restriktivt. Det är den part som åberopar att undantaget för intern upphandling ska tillämpas, i detta fall kommunen, som har att visa att förutsättningarna för det är uppfyllda (C-26/03 Stadt Halle p. 46).

Av utredningen i målet framgår att KEAB tillhandahåller varor och tjänster till företag och privatpersoner inom ramen för verksamhetsområdena Elhandel, Solceller, Bredband och Elproduktion. För att dessa intäkter, som härrör från tredje man, ska räknas som interna krävs att KEAB tilldelats att bedriva verksamheterna i fråga för kommunens räkning (jfr C-340/04 Carbotermo p. 65–67). Som kommunen anfört framgår det inte av LOU hur tilldelningen ska ske. Förvaltningsrätten anser dock att praxis från EU-domstolen ger stöd för att kommunen ska ha ålagt KEAB en rättsligt bindande förpliktelse att mot vederlag utföra aktuell verksamhet. Med andra ord ska kommunen och KEAB ha ingått ett kontrakt enligt den definition som begreppet har i LOU (jfr 1 kap. 15 § LOU samt C-340/04 Carbotermo p. 65–66). Skrivningarna i bolagsordning och ägardirektiv om att KEAB ytterst utför verksamhet för kommunens räkning innebär enligt förvaltningsrättens mening inte att KEAB har ålagts en rättslig skyldighet att tillhandahålla varor och tjänster även till tredje man.

Det är visserligen inte uteslutet att tilldelningen av verksamhet kan ta andra rättsliga former, t.ex. att KEAB enligt lag är skyldig att bedriva viss verksamhet för kommunen (jfr mål C-295/05 Asemfo). Den åberopade bredbandsstrategin kan dock inte sägas utgöra en lagstadgad förpliktelse att leverera bredbandstjänster, utan beskriver snarare kommunens målsättning inom området.

Förvaltningsrätten konstaterar vidare att innehållet i bolagsordning och ägardirektiv, och i förlängningen frågan om de aktuella verksamheterna har tilldelats KEAB, inte ensamt ska vara utslagsgivande vid bedömningen av om verksamheterna i fråga bedrivs för kommunens räkning eller inte. Därutöver måste andra kvalitativa aspekter beaktas, såsom att marknaderna för elhandel, solceller, bredband och elproduktion är konkurrensutsatta. Risken för att konkurrensen snedvrids är särskilt hög om kommunen då tillåts direkttilldela kontrakt till KEAB.

Vid en sammantagen bedömning av kvantitativa och kvalitativa omständigheter anser därmed förvaltningsrätten att kommunen inte har visat att verksamheten inom områdena Elhandel, Solceller, Bredband och Elproduktion har bedrivits för kommunens räkning. Beräkningen av KEAB:s externa verksamhet ska därför göras på det sätt som anges i Konkurrensverkets beslut. Det innebär att mindre än 80 procent av KEAB:s totala omsättning härrör från verksamhet som bedrivits för kommunens räkning. Verksamhetskriteriet är därmed inte uppfyllt. Den upphandling utan föregående annonsering som skett är därför otillåten och inte förenlig med LOU. Överklagandet ska alltså avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 2 (FR-03).

Peter André

Rådman

Nämndemännen Elisabet Boberg, Christer Ryd och Mats Ola Samuelsson har också deltagit i avgörandet.

Siri Coxner Norman har varit föredragande.