



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-12-20
Meddelad i Stockholm

Mål nr
44358-10
Enhet 17

SÖKANDE

Wintra Group AB, 556818-8964
Ekholmsvägen 239
127 46 Skärholmen

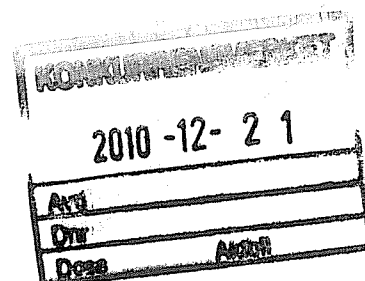
Ombud: Pär Cronhult, chefsjurist
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Nynäshamns kommun
149 81 Nynäshamn

SAKEN

Offentlig upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling -
LOU

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår yrkandena om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen samt inhämtande av yttrande från Konkurrensverket.

Förvaltningsrätten bifaller ansökan på så sätt att Nynäshamns kommuns avtal av den 30 september 2010 med AB Vårlyjus avseende tillhandahållande av boendeplatser för flyktingbarn m.m. förklaras ogiltigt.

Dok.Id 82988

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tege-luddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Nynäshamns kommun tecknade den 30 september 2010 ramavtal med AB Vårlyjus (härefter Vårlyjus) innebärande att bolaget mot ersättning ska tillhandahålla kommunen boendeplatser för flyktingbarn m.m. I kontraktet anges att det ska löpa från och med den 17 januari 2011 och tills vidare.

Wintra Group AB (härefter Wintra) ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att avtalet förklaras ogiltigt och i andra hand att upphandlingen ska göras om med iakttagelse av bestämmelserna i LOU.

Till stöd för sin ansökan anför Wintra bl.a. följande.

Nynäshamns kommun har utan föregående annonsering och utan att i övrigt iaktta de i 1 kap. 9 § angivna principerna tecknat avtal direkt med Vårlyjus. Wintra har härigenom uteslutits från möjligheten att delta med anbud i den aktuella upphandlingen.

Kommunen är en upphandlande myndighet och därför skyldig att följa bestämmelserna i LOU. Enligt 2 kap. 10 a § LOU gäller undantagsvis att en upphandlande myndighet genom så kallat Teckal-undantag utan föregående upphandlingsförfarande enligt LOU kan tilldela kontrakt till en fristående juridisk person som myndigheten äger eller själv är delägare av. Förutsättningarna för Teckal-undantag ska dock enligt förarbetsuttalanden tolkas restriktivt och det är den som åberopar undantagsbestämmelsen som har bevisbördan för att villkoren är uppfyllda.

Vårlyjus delägs av kommunen, men bedriver verksamhet utanför kretsen av sina delägare i en omfattning som inte kan anses rent marginell. Det föreligger därmed inte grund för så kallat Teckal-undantag enligt

2 kap. 10 a § LOU. Enligt senast tillgänglig årsredovisning (2009) hänförde sig cirka 81,6 procent av omsättningen till bolagets delägarkommuner. Den genomsnittliga omsättningen till delägarkommunerna uppgick under perioden 1995-2009 till 71,4 procent. EU-kommissionen har i motiverat yttrande till regeringen den 28 oktober 2010 påpekat att en omsättning på 20 procent utanför ägandekretsen inte kan anses marginell (ärendenummer 2009/4080, regeringens dnr Fi2010/641).

Den aktuella upphandlingen avser B-tjänster över tröskelvärdet och ska som sådan bedömas i huvudsak enligt bestämmelserna i 15 kap. LOU. Kontraktet utgör ett avtal med ekonomiska villkor enligt 2 kap. 10 § LOU, på vilket lagens bestämmelser ska tillämpas. Någon möjlighet till undantag enligt 1 kap. 7 § LOU eller annan undantagsbestämmelse i LOU föreligger inte.

Upphandlingen har inte annonserats på sätt som framgår av 15 kap. 4 § LOU eller 15 kap. 5 a § LOU och något undantag från annonseringsskyldigheten enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU föreligger inte. Det föreligger vidare inte någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse som gör att kommunens avtal inte kan ogiltigförklaras, då det på marknaden finns ett antal privata och andra utförare som skulle kunna lämna anbud.

Nynäshamns kommun bestrider bifall till ansökan och anför till stöd för sin inställning bl.a. följande.

Kommunen bedömde i samband med att det aktuella avtalet tecknades att Teckal-kriterierna i 2 kap. 10 a § LOU var uppfyllda och denna bedömning vidhålls alltjämt. Avtalet kan därmed inte anses utgöra ett kontrakt eller en offentlig upphandling i LOU:s mening. Vad Wintra anför gällande LOU, förutom avseende 2 kap. 10 a § LOU, föranleder inga kommentarer från kommunens sida, då lagen inte är tillämplig i målet.

Det framgår inte med tydlighet om Wintra anser att kommunen inte uppfyller kontrollkriteriet i 2 kap. 10 a § LOU. Frågan tas inte upp som grund i ansökan och inte heller i utvecklande av talan. Den ingår därför inte i förvaltningsrättens prövningsram. Om förvaltningsrätten ändå anser att så är fallet anför kommunen följande.

Kontrollkriteriet

Kommunen utövar en kontroll över Vårljus som motsvarar den som utövas över den egna förvaltningen. Vårljus ägs och kontrolleras gemensamt av tjugofem kranskommuner i Stockholms län. Av EU-domstolens rättspraxis framgår att det inte är nödvändigt att kontrollen över den fristående enheten är individuell (jfr bland annat dom i mål C-324/07). Vidare tyder det faktum att den upphandlande enheten ensam eller tillsammans med andra myndigheter äger samtliga aktier i ett aktiebolag på att kontrollkriteriet är uppfyllt (jfr Daniel Stattin, Working paper 2010:7, Uppsala universitet och EU-domstolens dom i mål C-324/07). Att ägarandelen för kommunen uppgår till 1,11 procent har i detta sammanhang ingen betydelse (jfr bl.a. prop. 2009/10:134 s.58 och EU-domstolens dom i mål C-295/05).

Nynäshamns kommuns kontroll över bolaget, tillsammans med de andra kranskommunerna, är effektiv (jfr bland annat EU-domstolens dom i mål C-324/07). I förarbetena till 2 kap. 10 a § LOU anförde föredragande statsrådet bl.a. följande. Den svenska aktiebolagslagen ger ägarna en stark ställning och relativt stora möjligheter att utöva en formell styrning av bolaget. Bolagsstämman har i princip rätt att fatta beslut i bolagets samtliga angelägenheter och bolaget och dess företrädare är i princip bundna av bolagsordningen och direktiv från bolagsstämman. För det fall bolagets styrelse inte skulle följa bolagsstämmans, det vill säga ägarnas, direktiv kan bolagsstämman bland annat avsätta styrelsen med omedelbart verkan. Möjligheten att styra ett kommunalt bolag bör inte vara sämre än möjligheten att styra en kommunal förvaltning (jfr prop. 2009/10:134 s.38 f).

I EU-domstolens praxis tas hänsyn till den nationella lagstiftningens konstruktion när kontrollkriteriet bedöms. Kommunen hänvisar till EU-domstolens avgöranden i mål C-458/02 och C-537/07 samt prop. 2009/10:134 s.38. Den nationella lagstiftningens konstruktion påverkar bedömningen av kontrollkriteriet och det finns anledning att utgå från att svenska aktiebolag, som ägs gemensamt av kommuner, i normalfallet uppfyller kraven enligt kontrollkriteriet.

Av bolagsordningen framgår att bolagsstämman genom dess representanter för kranskommunerna väljer styrelse för ett år i sänder. Innevarande år representeras Nynäshamns kommun i styrelsen. Enligt bolagsordningen äger uttryckligen även kommunstyrelserna i delägande kommuner rätt att ta del av bolagets handlingar och räkenskaper och även i övrigt informera sig om bolaget. Vårljus bedriver mot bakgrund av sina ägarförhållanden endast verksamhet i Stockholms län. De tjänster Vårljus tillhandahåller är lagligen kompetensliga och erbjuds uteslutande kommuner, inga privata aktörer.

Mot denna bakgrund anser kommunen vid en sammantagen bedömning att kontrollkriteriet är uppfyllt.

Verksamhetskriteriet

Om ett företag ägs gemensamt av flera olika myndigheter ska all den verksamhet som bedrivs tillsammans med samtliga dessa myndigheter beaktas vid bedömningen av om bolaget uppfyller verksamhetskriteriet (jfr EU-domstolens dom i mål C-340/04). Det är omständigheterna vid tidpunkten för den aktuella kontraktstilldelningen som är relevanta för bedömningen (jfr EU-domstolens dom i mål C-371/05 och prop. 2009/10:134 s. 48). Det är således omständigheterna i september 2010 som ska bedömas, men rimligtvis även kända omständigheter gällande den tid under vilket kontraktet löper, det vill säga efter september 2010.

Wintras beräkning av Vårljus omsättning bygger på historiska fakta, vilket är felaktigt i detta sammanhang. Av intyg från Vårljus revisor gällande tertialbokslut för januari – augusti 2010 framgår att den omsättning som är att hänföra till aktörer utanför ägarkretsen uppgick till 11,7 procent för perioden. Av budgeten för 2011 framgår att denna procentsats kommer att uppgå till 9 procent. Hela denna omsättning är som nämnts att hänföra till andra kommuner och då främst till Stockholms stad. Mot denna bakgrund utför bolaget endast verksamhet av marginell karaktär tillsammans med andra än den upphandlande myndigheten. Denna slutsats har även stöd i EU-domstolens praxis (jfr bl.a. dom i mål C-295/05).

Om förvaltningsrätten avser att bifalla ansökan på den grunden att verksamheten utanför ägandekretsen inte kan anses vara av marginell karaktär begär kommunen att rätten inhämtar ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Frågan som domstolen bör besvara är om 11,7 procent av omsättningen är av marginell karaktär och om det har någon betydelse för bedömningen att övriga kunder endast är kommuner.

Om förvaltningsrätten avser att bifalla ansökan på annan grund begär kommunen att rätten inhämtar ett yttrande från Konkurrensverket avseende huruvida kommunen under givna förutsättningar kan anses uppfylla kontrollkriteriet och verksamhetskriteriet. Att yttrande inhämtas från Konkurrensverket är av vikt då tidigare praxis i svenska domstolar inte ger tillräcklig vägledning gällande tolkningen av Teckal-kriterierna.

Wintra anför bl.a. följande.

I första hand åberopas att Vårljus inte uppfyller det s.k. verksamhetskriteriet och i andra hand att det s.k. kontrollkriteriet inte är uppfyllt.

Verksamhetskriteriet

Den ersättning som kommunen utger till Vårljus betalas ytterst av staten, som inte är ägare av bolaget. Kommunen fungerar i princip som mellanman mellan staten (Migrationsverket), som formellt ansvarar för omhändertagande av flyktingar och även betalar för det, och Vårljus som utförare. Det kan därför ifrågasättas om möjligheten till så kallat Teckal-undantag över huvud taget kan finnas. Om staten hade köpt de aktuella tjänsterna direkt från Vårljus hade något undantag inte kunnat komma ifråga.

Vidare anges i bolagsordningen att Vårljus ska verka i konkurrens med övriga entreprenörer på marknaden och att bolagets tjänster får saluföras utanför ägandekretsen. Denna omständighet enskilt medför att verksamhetskriteriet inte kan anses uppfyllt.

Vad gäller redovisad omsättning för 2010 avser siffrorna inte hela verksamhetsåret. Dessutom nämner kommunen 14,4 procent som en alternativ siffra. Oaktat vilket kan 11,7 procent inte anses utgöra marginell omsättning och verksamhetskriteriet är därmed inte uppfyllt. Av årsredovisning för 2009 framgår vidare att under 2008 och 2009 hänförde sig 18,4 respektive 24,9 procent av verksamheten till andra än delägarna. Den aktuella omsättningen ska bedömas i analogi med regelverket för köp mellan anknutna företag enligt 1 kap. 16 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF – på så sätt att omsättningens andel ska bestämmas till ett genomsnitt under de tre närmast föregående åren. Med ett sådant synsätt uppgår Vårljus omsättning utanför ägandekretsen till ett betydande värde.

Kontrollkriteriet

Enligt EU-domstolens fasta praxis krävs för att kontrollkriteriet ska anses uppfyllt att det framgår att den juridiska person som tilldelats kontraktet är

underställd en kontroll som gör det möjligt för myndigheten att påverka de beslut som fattas av nämnda företag (se bl.a. domar i mål C-340/04, C-458/03 samt C-324/07). Det ska vara fråga om en möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande ifråga om såväl den fristående enhetens strategiska mål som dess viktiga beslut. Ifråga om aktiebolag gör dess karaktär enligt EU-domstolen det osäkert om kommunen kan utöva kontroll.

Av EU-domstolens avgörande i mål C-573/07 framgår att den omständigheten att den upphandlande myndigheten tillsammans med andra offentliga myndigheter äger hela aktiekapitalet i det bolag som tilldelats kontraktet som regel tyder på att den upphandlande enheten utövar en kontroll över detta bolag motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, men att det inte är av avgörande betydelse för bedömningen och att det kan krävas något mer för att kontrollrekvisitet ska anses uppfyllt, utöver det inflytande som ägarna utövar genom de ordinarie bolagsorganen, stämman och styrelsen. I Vårljus föreligger inga andra styrningsmekanismer utanför bolagets styrelse av fem till sju personer, i vilken de 24 delägarkommunerna representeras ett år i sänder. Genomsnittligt representeras Nynäshamns kommun således ungefär vart fjärde år i styrelsen. Det aktuella avtalet avser obestämd tid, med möjlighet till ömsesidig uppsägning med sex månaders varsel. Kommunen utövar mot denna bakgrund inte ett sådant inflytande i Vårljus som kommunen utövar över sin egen förvaltning, särskilt med beaktande av att kommunen under den största delen av avtalets löptid varken kommer att vara representerat i bolagets styrelse eller i något annat organ som kan utöva ett bestämmande inflytande ifråga om bolagets strategiska mål och dess viktiga beslut.

Svensk nationell bolagsrätt medger inte heller ägarna av ett aktiebolag att vid sidan om bolagets styrelse utöva ett sådant inflytande som ger ägarna en motsvarande kontroll över bolaget som de utövar över sin egen förvaltning. Från rättspraxis kan nämnas Kammarrättens i Göteborg dom av den

22 september 2005 i målen 172—175-06. Vidare har Lars Pehrson i ett sakkunnigyttrande påtalat den osäkerhet som vidlåder svenska aktiebolag i kontrollhänseende, med utgångspunkt från EU-domstolens här aktuella praxis.

Nynäshamns kommun anför bl.a. följande.

Kontrollkriteriet

Det avgörande som Wintra hänvisat till, den s.k. SYSAV-domen, har lett till det uttryckliga införandet av Teckal-kriterierna i svensk lagstiftning. Det finns ingenting i bolagsordningen som talar mot att kontrollkriteriet är uppfyllt. Ägarnas rätt till insyn i bolaget, vilken borgar för en effektiv kontroll, har även garanterats genom rätten att inhämta information från bolaget. Då verksamheten genomgående bedrivs i enlighet med ägarnas önskemål har inte kommunerna funnit anledning att ingripa genom till exempel ägardirektiv på ordinarie eller extra bolagsstämma.

Verksamhetskriteriet

Kommunen mottar ett statligt bidrag för hela den kedja av insatser som ensamkommande flyktingbarn behöver. Verksamheten kan självfallet skötas av kommunen på egen hand. Att kommunen endast utgör en mellanman mellan staten och Vårljus är felaktigt.

Vårljus har inte givits en marknadsinriktning. All verksamhet riktar sig till kommuner och endast en marginell del av omsättningen är att hänföra till kommuner utanför ägandekretsen. Bolaget tillhandahåller inga tjänster till privata ekonomiska aktörer. Att omsättningen inte är att hänföra till den privata marknaden bör påverka bedömningen av verksamhetskriteriet. Verksamhetsinriktningen överensstämmer självfallet även med bolagsordningens lydelse.

Det är omsättningen för 2010 och 2011 som bör beaktas vid bedömningen. Det finns inget stöd för att göra ett analogislut med beaktande av LUF. Det är Teckal-kriterierna i LOU som ska bedömas.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser.

I 2 kap. 10 a § första stycket LOU anges följande. Med kontrakt enligt 10 § avses dock inte avtal som sluts mellan

1. en upphandlande myndighet som är
 - a) en statlig eller kommunal myndighet,
 - b) en beslutande församling i en kommun eller ett landsting
 - c) en sammanslutning av en eller flera sådana myndigheter eller församlingar, och
2. en leverantör som är
 - a) en juridisk person som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i, eller
 - b) en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900).

Vidare anges i bestämmelsens andra stycke följande. Första stycket gäller endast

1. om den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, och
2. i fall då den juridiska personen eller den gemensamma nämnden även utför verksamhet tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten, denna verksamhet endast är av marginell karaktär.

I 16 kap. 1 § LOU stadgas följande. En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

Av 16 kap. 15 § LOU framgår följande. Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 eller 6 §, eller
2. enligt ett förfarande i 5 kap. 7 § utan att de villkor har följts som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbudsförfarandet och detta har

medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med ett interimistiskt beslut enligt 4 §, bestämmelserna om avtalsspärr i 6, 8 eller 9 §, tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

I 16 kap. 16 § LOU anges följande. Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 15 § är uppfyllda.

Utredningen i målet

Avtalet mellan kommunen och Vårljus

Av avtal om boendeplatser för ensamkommande flyktingbarn i Vårljus asyl- och PUT-boende framgår bland annat följande. AB Vårljus ska för Nynäshamns kommuns räkning tillhandahålla platser för ensamkommande flyktingbarn på Vårljus i Ösmo. Avtalet gäller från och med den 17 januari 2011 och gäller tills vidare. Uppsägning av detta avtal kan ske av endera part med sex månaders varsel.

Bolagsordningen för Vårljus

Under punkt 2 (*Bolagets ändamål och verksamhet*) anges följande. Bolaget ska på samhällsnyttig grund utveckla och saluföra vård-, behandlings- och rådgivningsresurser i första hand för barn och unga samt kompetens på området. Bolaget ska verka i konkurrens med övriga entreprenörer på marknaden, men iaktta öppenhet och erbjuda samarbete för att stimulera kunskapsutveckling, verksamhetsutveckling och forskning. Bolagets tjänster får saluföras utanför ägandekretsen i enlighet med 4 § socialtjänstlagen.

Under punkt 6 (*Styrelsen*) anges följande. Styrelsen ska bestå av lägst 5 ledamöter och högst 7 ledamöter med 0-5 suppleanter. Styrelsen väljs av bolagsstämman för ett år i sänder.

Under punkt 15 (*Aktieägares rätt till information*) anges följande. Kommunstyrelsen i respektive kommun som äger aktier i bolaget äger ta del av bolagets handlingar och räkenskaper och även i övrigt informera sig om bolaget och dess verksamhet.

Sammanställning av ägarköp i Vårljus m.m.

I sammanställning över Vårljus försäljning till icke ägarkommuner anges bland annat följande. Uppgifterna är hämtade från bolagets årsredovisningar. Andel försäljning till icke ägare var vid tertialboks slut 2, avseende januari – augusti 2010, 11,7 procent. Avseende år 2008 var andelen 24,9 procent och 2009 var andelen 18,4 procent. Enligt budget för 2010 ska andelen vara 9 procent.

I rapport över faktiska iakttagelser vid granskning av sammanställning av ägarköp m.m. den 19 november 2010 har auktoriserad revisor Birgitta Johansson Vognsen angett bland annat följande. Vad gäller den av bolaget redovisade uppgiften om en total omsättning fördelad på ägandekommuner respektive icke ägarkommuner för åren 2005-2009 stämmer lämnade uppgifter mot bolagets årsredovisningar. Sammanställningens uppgift om en total fakturering på ägarkommunerna om 88,3 procent respektive på icke ägarkommuner om 11,7 procent är rimlig vid en jämförelse av motsvarande fördelning enligt bolagets faktureringsystem.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten finner med hänsyn till föreliggande EU-rättslig praxis inte det nödvändigt att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Inte heller finner förvaltningsrätten skäl att inhämta yttrande från Konkurrensverket. Yrkandena härom ska därför avslås.

Av utredningen framgår att Nynäshamns kommun utan föregående upphandlingsförfarande har tecknat avtal med Vårljus om boendeplatser för ensamkommande flyktingbarn.

Eftersom det i målet inte har framkommit att något upphandlingsförfarande inletts före den 15 juli 2010 tillämnar förvaltningsrätten LOU i dess lydelse från och med den 15 juli 2010.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det aktuella avtalet rör vad som i bilaga 3 till LOU, kategori 25, Hälsovård och socialtjänster, definieras som B-tjänster. Sådana tjänster ska enligt 1 kap. 2 § och 15 kap. 1 §

LOU upphandlas i enlighet med 15 kap. LOU, under förutsättning att inga i lagen angivna undantag från upphandlingsskyldighet är för handen.

Nynäshamns kommun har åberopat att undantag från upphandlingsskyldighet föreligger i det aktuella fallet enligt 2 kap. 10 a § LOU. Wintra har invänt att förutsättningarna för en tillämpning av nämnda bestämmelse inte är uppfyllda.

Vad förvaltningsrätten först har att ta ställning till är således huruvida det aktuella avtalet kan anses undantaget från LOU:s tillämpningsområde eller om kommunen borde ha upphandlat tjänsten enligt bestämmelserna i lagen.

I 2 kap. 10 a § LOU undantas i vissa fall från lagens tillämpningsområde avtal som sluts mellan bland annat en kommunal myndighet och en leverantör som är en juridisk person som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i. Förutsättningen för att denna typ av avtal inte ska anses som kontrakt i LOU:s mening är att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning (det s.k. kontrollkriteriet) och, i fall då den juridiska personen även utför verksamhet tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten, denna verksamhet endast är av marginell karaktär (det s.k. verksamhetskriteriet).

I förarbetena till lagrummet (prop. 2009/10:134 s.58 f) uttalas bland annat följande. Bestämmelsen, som är avsedd att tolkas i överensstämmelse med EU-domstolens praxis, ska tolkas strikt och det är den som åberopar bestämmelsen som har bevisbördan för att villkoren i den är uppfyllda. Det måste göras en helhetsbedömning av samtliga omständigheter för att det ska kunna avgöras om villkoren är uppfyllda i det enskilda fallet. Det är i regel de omständigheter som förelåg vid tidpunkten för den aktuella kontraktstilldelningen som är relevanta för bedömningen.

Wintra har i första hand invänt att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt och i andra hand att kontrollkriteriet inte är uppfyllt.

Förvaltningsrätten gör vad gäller tillämpligheten av 2 kap. 10 a § LOU i förevarande fall följande bedömning.

Verksamhetskriteriet

Verksamhetskriteriet innebär att den fristående enheten ska utföra huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den. Detta är enligt EU-domstolen (se dom i mål C-340/04) fallet då företaget huvudsakligen utövar verksamhet åt denna myndighet och all annan verksamhet endast är av marginell karaktär. Den nationella domstolen ska härvid beakta alla omständigheter i målet, såväl kvalitativa som kvantitativa.

I förarbetena (prop. 2009/10:134 s. 58 ff.) uttalas vad gäller verksamhetskriteriet bland annat följande. Innebörden av ”marginell karaktär” avser att överensstämma med EU-domstolens praxis. Om det ifrågavarande företaget ägs gemensamt av flera olika myndigheter ska vid bedömningen all den verksamhet som företaget bedriver tillsammans med samtliga dess myndigheter beaktas.

I mål C-295/05 ansåg EU-domstolen det ifrågavarande bolaget bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med de offentliga sammanslutningar och organ som innehade det då denna verksamhet i genomsnitt uppgick till 90 procent.

EU-kommissionen har i motiverat yttrande till Sverige den 28 oktober 2010 (ärende 2009/4080) i fråga om två kommuners avtal med egna bolag angett att en omsättning om 20 procent härrörande från privat marknad inte

kan anses vara obetydlig samt att verksamhetskravet under sådana förhållanden inte kan anses uppfyllt.

Förvaltningsrätten finner att bedömningen om verksamhetskravet är uppfyllt i huvudsak ska göras utifrån de förhållanden som föreligger vid tidpunkten för avtalets ingående. Emellertid bör även omsättningen för de närmast föregående åren beaktas, i synnerhet då någon fullständig årsredovisning för 2010 ännu inte föreligger. I förevarande fall framgår av handlingarna i målet att den omsättning hos Vårlyjus som hänförs till aktörer utanför ägandekretsen under perioden januari – augusti 2010 har uppgått till 11,7 procent. Avseende åren 2008 och 2009 har andelen varit 24,9 respektive 18,4 procent.

Enligt förvaltningsrättens bedömning är Vårlyjus omsättning hänförlig till andra än bolagets ägare inte av marginell karaktär. Med hänsyn härtill och med särskilt beaktande av att bolagsordningen anger att bolaget ska verka i konkurrens med övriga entreprenörer på marknaden kan bolaget inte anses bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med ägarkommunerna. Det förhållandet att bolaget inte haft någon verksamhet gentemot privata aktörer utan endast tillsammans med andra kommuner föranleder ingen annan bedömning.

Redan på denna grund kan således en tillämpning av undantaget i 2 kap. 10 a § LOU uteslutas. Förvaltningsrätten finner ändå att skäl föreligger att pröva huruvida det s.k. kontrollkriteriet är uppfyllt.

Kontrollkriteriet

Det krävs inte att den kontroll som den upphandlande myndigheten ska utöva över den juridiska personen i alla avseenden är identisk med den kontroll som myndigheten utövar över sin förvaltning. Kontrollen måste dock vara effektiv på så sätt att det finns en faktisk kontroll som gör det

möjligt för den upphandlande myndigheten att utöva ett avgörande eller bestämmande inflytande ifråga om såväl strategiska mål som viktiga beslut hos den juridiska personen. Kontrollen måste inte vara individuell, utan kan utövas gemensamt av flera myndigheter (se prop. 2009/10:134 s. 59).

Av handlingarna i målet framgår att Vårljus ägs av Nynäshamns kommun tillsammans med 24 andra kommuner. Det förhållandet att en upphandlande myndighet ensam eller tillsammans med andra myndigheter helt äger den juridiska person som tilldelats ett kontrakt tyder enligt EU-domstolen i regel på att kontrollkriteriet är uppfyllt men är inte av avgörande betydelse för bedömningen, eftersom den måste ske med hänsyn till samtliga omständigheter (se bl.a. domar i mål C-340/04 och C-324/07 samt prop. 2009/10:134 s. 59). Avgörande för om kontrollkriteriet är uppfyllt ifråga om aktiebolag är enligt förarbetena (prop. 2009/10:134 s. 38) bland annat den konkreta utformningen av bolagsordningen och eventuella bolagsstämmobeslut. Kontrollkriteriet har inte ansetts uppfyllt då styrelsen haft långtgående befogenheter avseende såväl den löpande som icke-löpande förvaltningen (se EU-domstolens dom i mål C-340/04).

Av bolagsordningen för Vårljus framgår att bolagets styrelse består av fem till sju ledamöter, som utses av bolagsstämman för ett år i sänder. Några begränsningar vad gäller styrelsens befogenheter framgår inte av bolagsordningen. Enligt uppgift från kommunen föreligger inte heller utöver bolagsstämman några rättsliga styrmedel i form av till exempel aktieägar direktiv, som närmare reglerar hur bolagets verksamhet ska styras.

Den kontroll som Nynäshamns kommun utövar över Vårljus måste i princip anses motsvara den som majoriteten av aktieägarna har enligt bolagsrätten. Enligt förvaltningsrättens mening är en sådan kontroll, med särskilt beaktande av att ägandet i Vårljus är fördelat på ett stort antal myndigheter, inte tillräcklig för att kommunen ska ha en möjlighet att utöva en avgörande

de påverkan ifråga om såväl strategiska mål som bolagets viktiga beslut. Att kommunstyrelsen i respektive ägarkommun har rätt att ta del av bolagets handlingar och i övrigt informera sig om bolaget och dess verksamhet föranleder inte någon annan bedömning.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att Nynäshamns kommun gemensamt med övriga ägare till Vårljus inte kan anses utöva en sådan kontroll över bolaget som motsvarar den som kommunen utövar över sin egen förvaltning. Kontrollkriteriet kan därmed inte anses uppfyllt.

Förutsättningarna för att undanta det i målet aktuella avtalet från LOU:s tillämpningsområde med stöd av 2 kap. 10 a § föreligger därmed inte.

Ogiltighetstalan

Wintra har yrkat att förvaltningsrätten ska förklara avtalet mellan Nynäshamns kommun och Vårljus ogiltigt på den grunden att upphandling inte har skett enligt bestämmelserna i LOU.

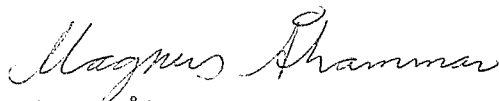
En talan om ogiltighet av ett avtal innebär att domstolen ska pröva om bestämmelserna i LOU har iakttagits. Det aktuella avtalet omfattar B-tjänster som ska upphandlas i enlighet med 15 kap. LOU. Nynäshamns kommun har tecknat kontrakt med Vårljus utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU. Det har i målet inte framkommit att förutsättningar att upphandla utan föregående annonsering enligt 15 kap. 3 § LOU varit för handen. Kommunens avtal med Vårljus måste således anses utgöra en otillåten direktupphandling. Med hänsyn härtill finner förvaltningsrätten att det föreligger grund för att besluta att avtalet är ogiltigt.

Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska rätten enligt

16 kap. 16 § LOU besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda. Bestämmelsen ska dock tillämpas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal får bestå. Det ligger i sakens natur att den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att en undantagssituation föreligger (se prop. 2009/10:180 s.139). I förevarande fall har Nynäshamns kommun inte åberopat att det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Något sådant kan därför inte anses vara för handen.

Mot bakgrund av ovan anförda ska Nynäshamns kommuns avtal med Vår-
ljus om tillhandahållande av boendeplatser för flyktingbarn m.m. förklaras
ogiltigt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a LOU)



Magnus Åhammar

Rådman

Föredragande har varit Sara Thelin.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU