



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**

Avdelning 3 Enhet 32

**DOM**  
2015-04-07  
Meddelad i  
Göteborg

Mål nr  
1728-15  
1735-15

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2015-04-07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

#### SÖKANDE

- Digital Print Center Europe AB, 556803-9852
- Nordisk Annonbyrå, 430207-3095

Ombud för 1 och 2:

Chefsjuristen Pär Cronhult och biträdande juristen Viktor Robertsson  
Box 5625  
114 86 Stockholm

#### MOTPART

Varbergs kommun  
432 80 Varberg

Ombud:

Förbundsjuristen Magnus Ljung  
Sveriges Kommuner och Landsting  
118 82 Stockholm

#### SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU

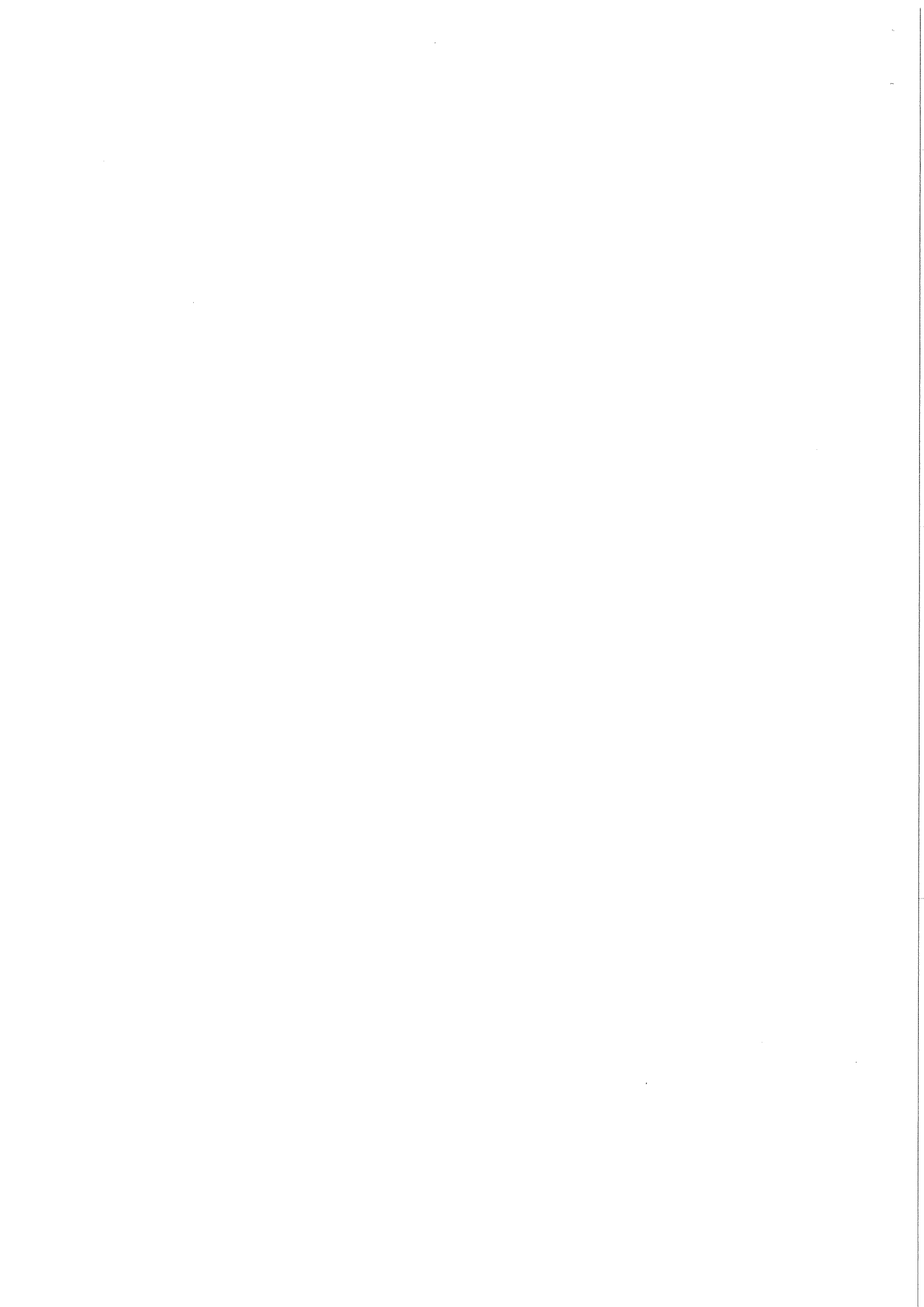
#### FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan endast på så sätt att rätten beslutar att Varbergs kommuns upphandling av de tjänster som kommunen hade för avsikt att köpa av Marknad Varberg AB, ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska förordnande den 20 februari 2015 avseende avtal mellan Varbergs kommun och Marknad Varberg AB om köp av tjänster upphör därmed att gälla.

Dok.Id 327005

<b>Postadress</b>	<b>Besöksadress</b>	<b>Telefon</b>	<b>Telefax</b>	<b>Expeditionstid</b>
Box 53197	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00	031 - 711 78 59	måndag - fredag
400 15 Göteborg		E-post: forvaltningsratten@goteborg.dom.se		08:00-16:00



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**Sida 2  
1728-15  
1735-15**BAKGRUND**

Kammarrätten i Göteborg har i dom den 19 december 2014 (mål nr 3564-3565-14) förklarat att ett avtal mellan Varbergs kommun (kommunen) och Marknad Varberg AB (aktiebolaget) om köp av tjänster inom näringslivs- och destinationsområdet som ogiltigt. Kammarrätten ansåg att avtalsförhållandet mellan kommunen och aktiebolaget inte omfattades av undantaget i 2 kap. 10 a § LOU och uttalade att det s.k. kontrollkriteriet inte var uppfyllt.

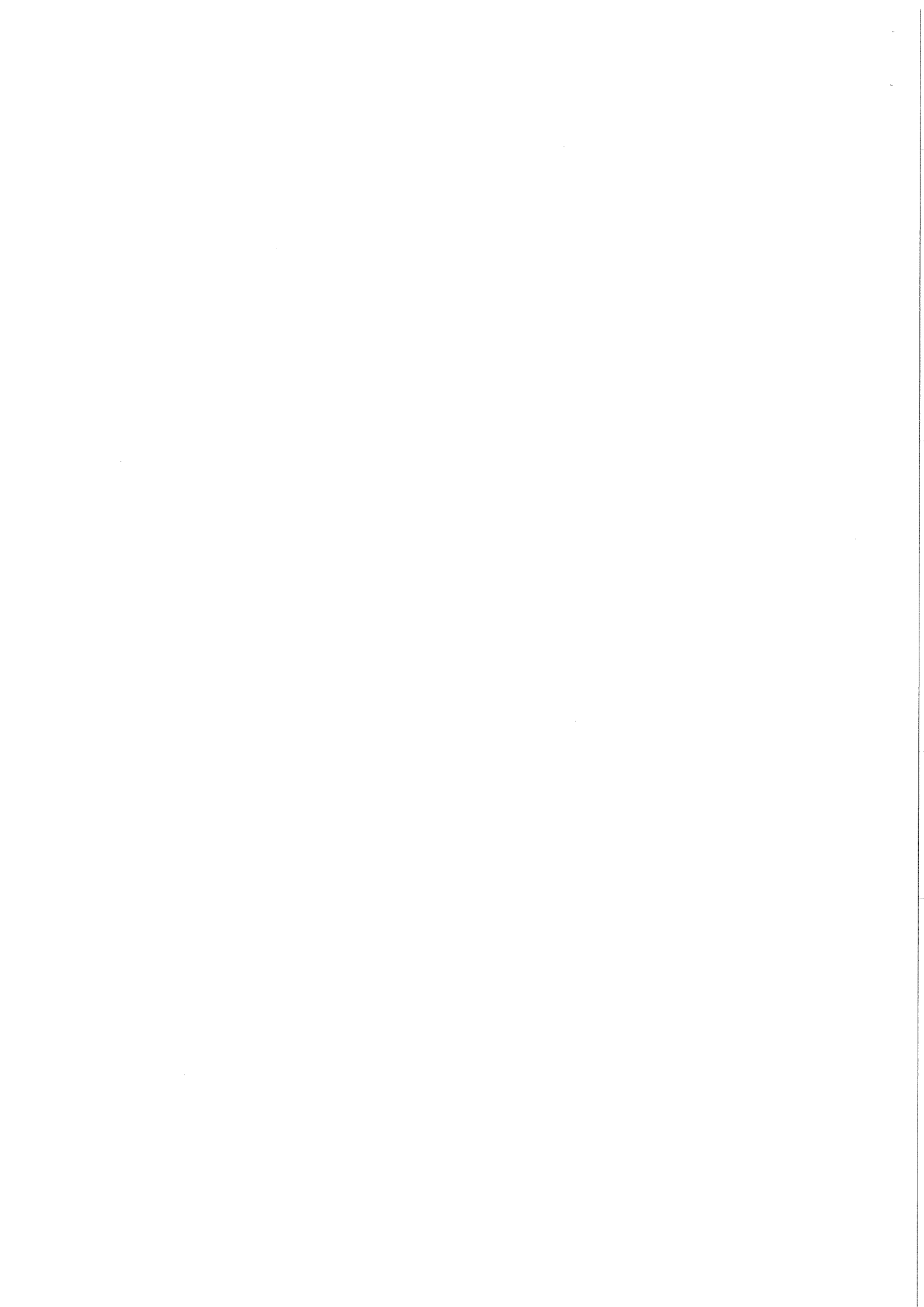
Kommunen påbörjade en process, varigenom de avsåg att köpa samtliga ägarandelar i aktiebolaget. Kommunen uppgav att avsikten var att kommunen skulle teckna avtal med aktiebolaget med stöd av 2 kap. 10 a § LOU. Någon avtalsspärr gällde inte för förfarandet.

Förvaltningsrätten i Göteborg fattade den 20 februari 2015 beslut om att kommunen inte fick ingå avtal om köp av tjänster från aktiebolaget innan något annat hade bestämts (interimistiskt beslut).

Kommunen beslöt den 24 februari 2015 att förvärva resterande aktier (33 procent) i aktiebolaget samt att godkänna ett samverkansavtal mellan kommunen genom Varberg Stadshus AB och den ideella föreningen marknad Varberg.

**YRKANDEN M.M.**

*Digital Print Center Europe AB och Nordisk Annonssbyrå* (sökandebolagen) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att det eller de avtal som kommit att slutas genom kommunfullmäktiges beslut den 24 februari 2015 är ogiltiga. För det fall rätten beslutar att rätten inte anser att avtal i aktuellt avseende har slutits, yrkar sökandebolagen att



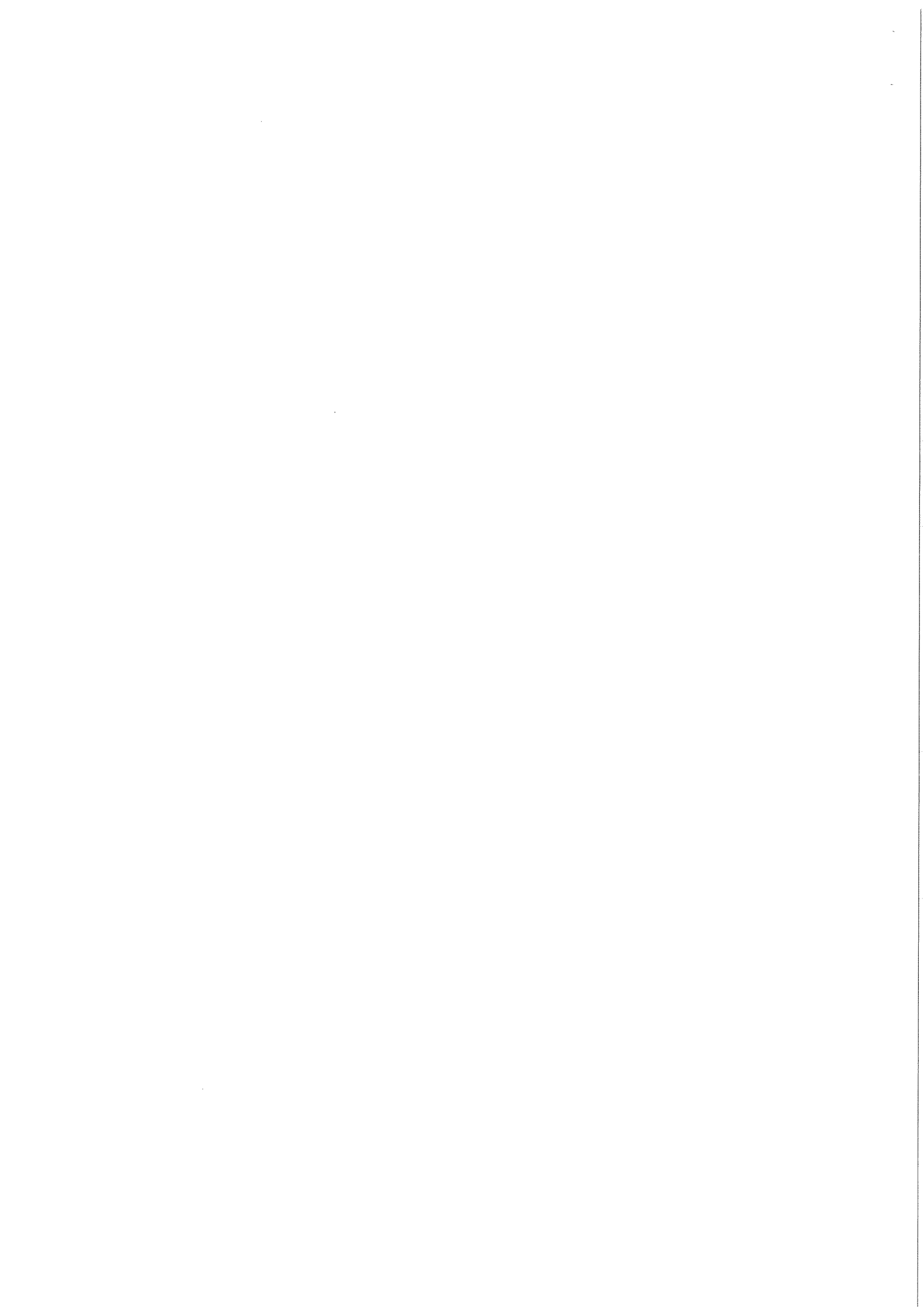
**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**Sida 3  
1728-15  
1735-15

förvaltningsrätten ska besluta att kommunens direkttilldelning av tjänster från aktiebolaget ska göras om med iakttagande av ett annonserat förfarande enligt LOU.

Sökandebolagen anför bl.a. följande. Kommunen har beslutat att direkt med aktiebolaget och utan föregående annonsering enligt LOU eller gällande direktivbestämmelser sluta avtal om köp av A-tjänster och/eller varor för marknadsföring m.m. Avtalets samlade värde överstiger gällande tröskelvärdet för kommunal upphandling inom den klassiska sektorn. Med ledning av kommunens tidigare köp av tjänster kan värdet uppskattas till i vart fall elva miljoner kr exklusive mervärdeskatt. Något undantag från annonseringsskyldighet enligt LOU finns inte. Genom att inte annonsera den aktuella upphandlingen har kommunen brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU och bestämmelserna om annonsering i 7 kap. LOU. Sökandebolagen har lidit eller riskerar att lida skada, eftersom de inte getts möjlighet att delta med anbud i den aktuella upphandlingen.

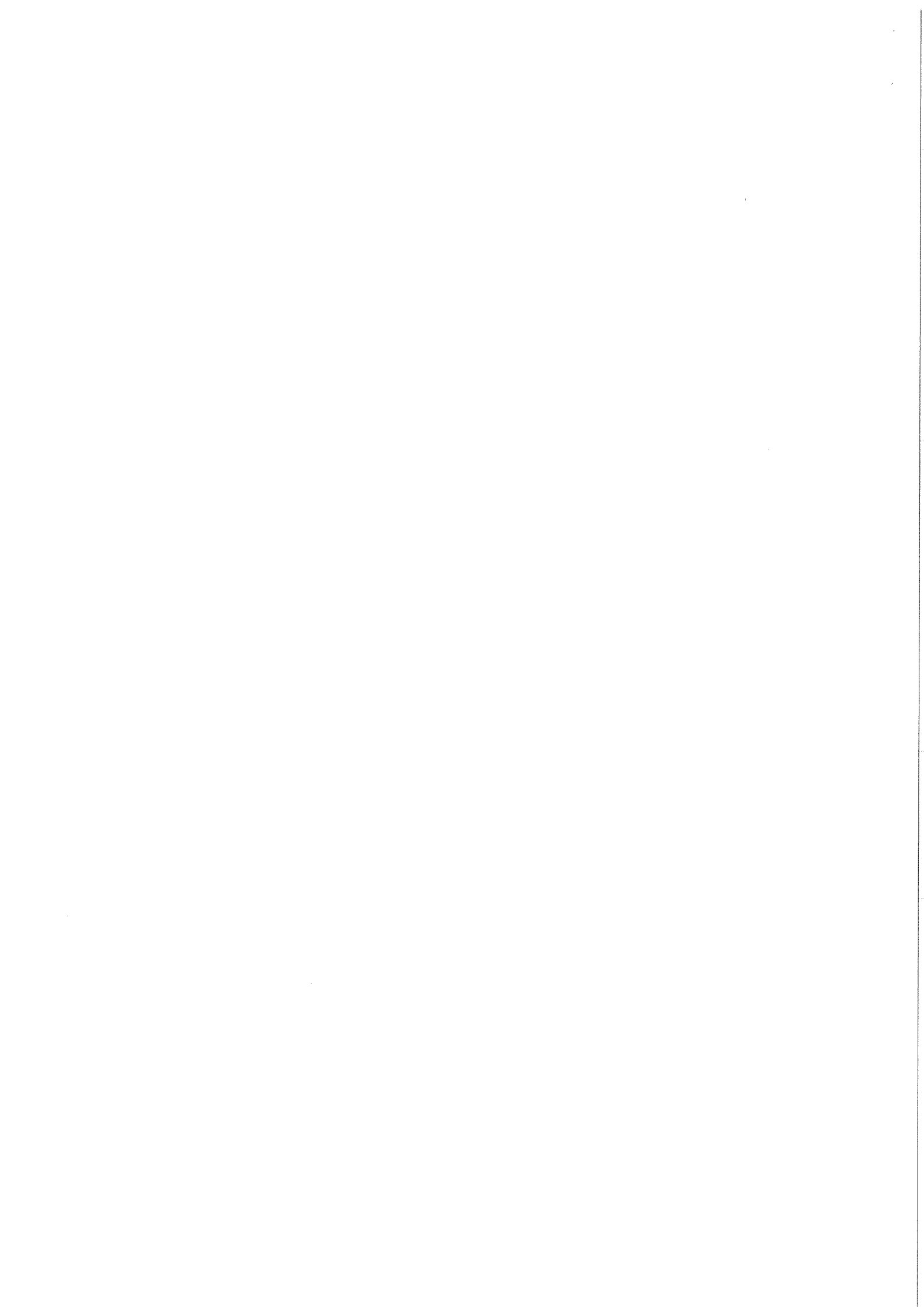
Undantaget i 2 kap. 10 a § LOU är inte tillämpligt, eftersom varken kontroll- eller verksamhetskriteriet är uppfyllt. Möjligheten till undantag enligt 2 kap. 10 a § LOU ska enligt unionsrätten tillämpas restriktivt. Det är kommunen som ska visa att det verkligen finns tillräckliga omständigheter för undantag (se bl.a. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2005 ref. 10, prop. 2009/10:134 s. 13 och 58, prop. 2011/12:106 s. 18 och EU-domstolens domar den 13 oktober 2005 C-458/03, Parking Brixen, REG 2005 s. I-5397, p. 63 och C-26/03 Stadt Halle, p. 46 samt Kammarrätten i Stockholms dom den 8 november 2011 i mål nr 7089-10).

Kontrollkriteriet är inte uppfyllt. Av samverkansavtalet som godkänts av kommunfullmäktige den 24 februari 2015 och aktiebolagets årsredovisning



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**Sida 4  
1728-15  
1735-15

för år 2014 framgår att även efter att kommunen har gått in som ensam ägare i bolaget ska styrelsen i aktiebolaget bestå av fyra representanter från näringslivet och tre ledamöter ur den kommunala ledningen. För att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt ska den upphandlande myndigheten utöva en sådan kontroll över den juridiska personen som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning. I aktuella lagförarbeten (prop. 2009/10:134 s. 13–14 och SOU 2011:43 s. 401–403) framgår att avgörande för frågan om kontrollkriteriet är uppfyllt ska vara en helhetsbedömning som resulterar i att den fristående juridiska personen kan anses underställd en kontroll som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att påverka de beslut som fattas i verksamheten. Det ska vara fråga om en möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande i fråga om såväl den fristående juridiska personens strategiska mål som dess viktiga beslut (Parking Brixen p. 65 och EU-domstolens dom den 13 november 2008 i mål C-324/07 Coditel Brabant, REG 2008, s. I-8457, p. 28). Ägande av hela aktiekapitalet tyder enligt EU-domstolens praxis som regel på att kontrollkriteriet är uppfyllt, men det är inte av avgörande betydelse för bedömningen (jfr EU-domstolens dom den 11 maj 2006 i mål C-340/04, Carbotermo, REG 2006 s. I-4137, p. 37). Det avgörande är på vilket sätt myndigheten kan använda ägandet för att i det verkställande ledningsorganet (bolagets styrelse) utöva ett bestämmande inflytande över det fristående bolagets löpande förvaltning, både i fråga om strategiska mål och viktiga beslut. Kommunen har avtalat bort denna kontrollmöjlighet genom att i samverkansavtalet föreskriva att enbart tre ledamöter ska representera den kommunala ledningen, medan styrelsemajoriteten fortfarande ska förbehållas det privata näringslivet. Att kommunen har förvärvat samtliga aktier i aktiebolaget har inte medfört någon förändring i sak avseende bolagets fortsatta ledning. Vid uppkommande av frågor som berör bl.a. bolagets strategiska mål och dess viktiga beslut saknar kommunen således fortfarande ett bestämmande inflytande och riskerar att röstas ned av styrelsens majoritet av näringslivsrepresentanter.

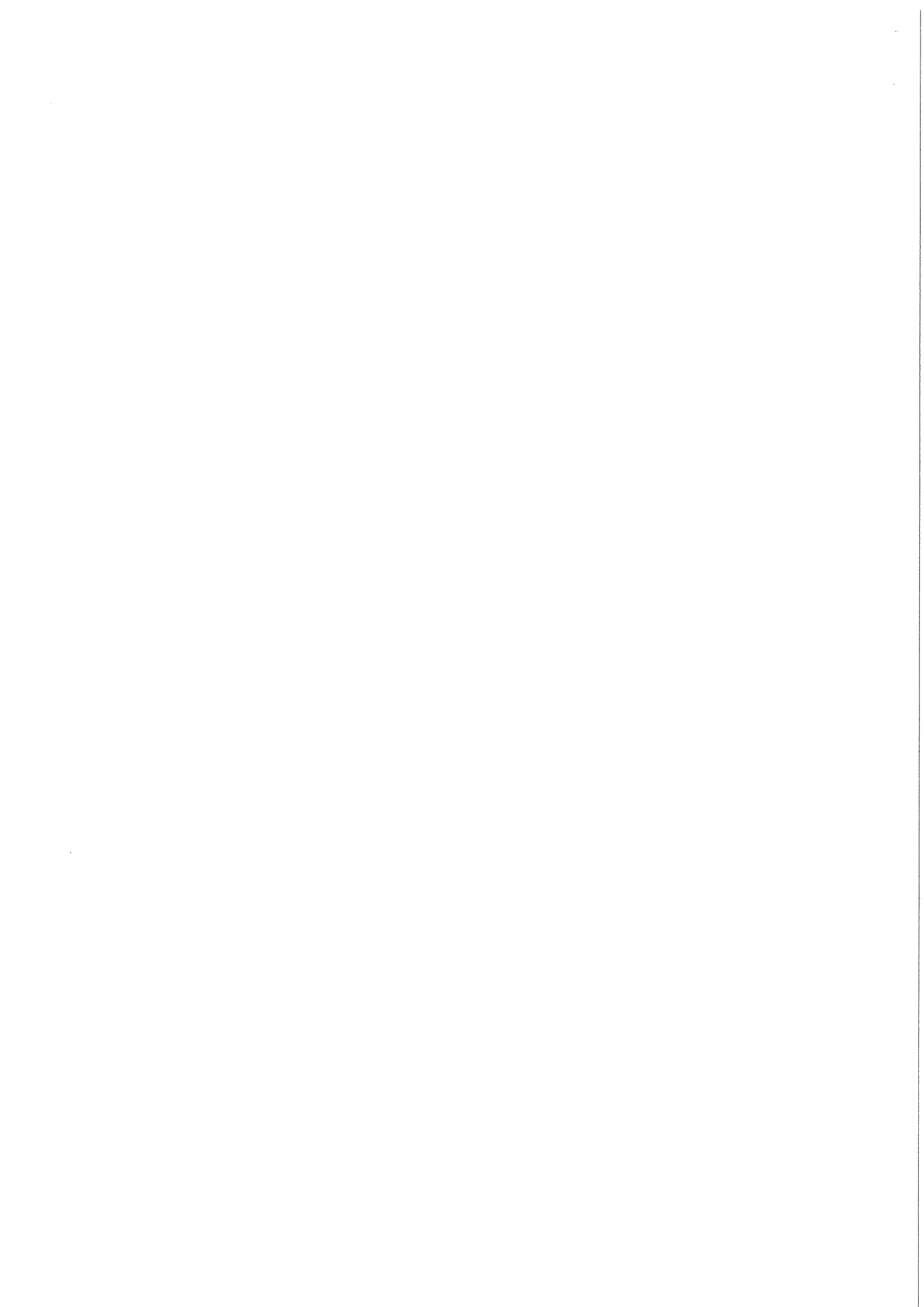




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**Sida 5  
1728-15  
1735-15

När det gäller verksamhetskriteriet har aktiebolaget under åren 2011–2013 omsatt ca 26 miljoner kr per år. Kommunens betalningar motsvarar under 2011–2013 i genomsnitt ca 31 procent av aktiebolagets totala intäkter under perioden. Resten härrör från aktiebolagets verksamhet i form av försäljning av varor och tjänster direkt till privata kunder. Resterande verksamhetsintäkter har kommit till genom köp och avtal, dvs. tilldelningar som har beslutats av andra än kommunen och kan således inte räknas som kommunal in-house-verksamhet (jfr Carbotermo, p. 65–67). För år 2014 uppgick kommunens andel av bolagets verksamhet till 54 procent. Verksamheten uppfyller inte verksamhetskriteriet, eftersom det inte utgör huvuddelen (mer än 80 procent) av verksamheten. Kommunens resonemang om att även sådant som riktar sig till privata kunder ska räknas som in-house-verksamhet, eftersom bolaget fått i uppgift av sin ägare att bedriva sådan verksamhet är felaktigt och har inte vunnit gehör i EU (jfr EU-kommissionens formella underrättelse till Sverige den 27 februari 2015 i överträdelseärende nr 2014/4183 s. 3–4).

*Kommunen* anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. I första hand kan ansökan inte bifallas, eftersom ett beslut endast kan resultera i att upphandlingen ska göras om eller avslutas först sedan rättelse gjorts. Ett domslut innebärande att upphandlingen ska göras om ska inte förenas med ytterligare villkor. Ett villkor skulle hindra kommunen dess legitima rätt att avbryta upphandlingen. Kommunen har inte för avsikt att köpa varor från aktiebolaget. I stället har kommunen för avsikt att ge aktiebolaget i uppdrag att utföra i huvudsak följande tjänster: ombesörja kommunens turistbyrå, sköta kommunens allmänt näringslivsfrämjande åtgärder och sköta kommunens skridskobana på torget i Varberg. De uppgifter som kommunen avser att uppdra åt aktiebolaget är kompetensenliga.



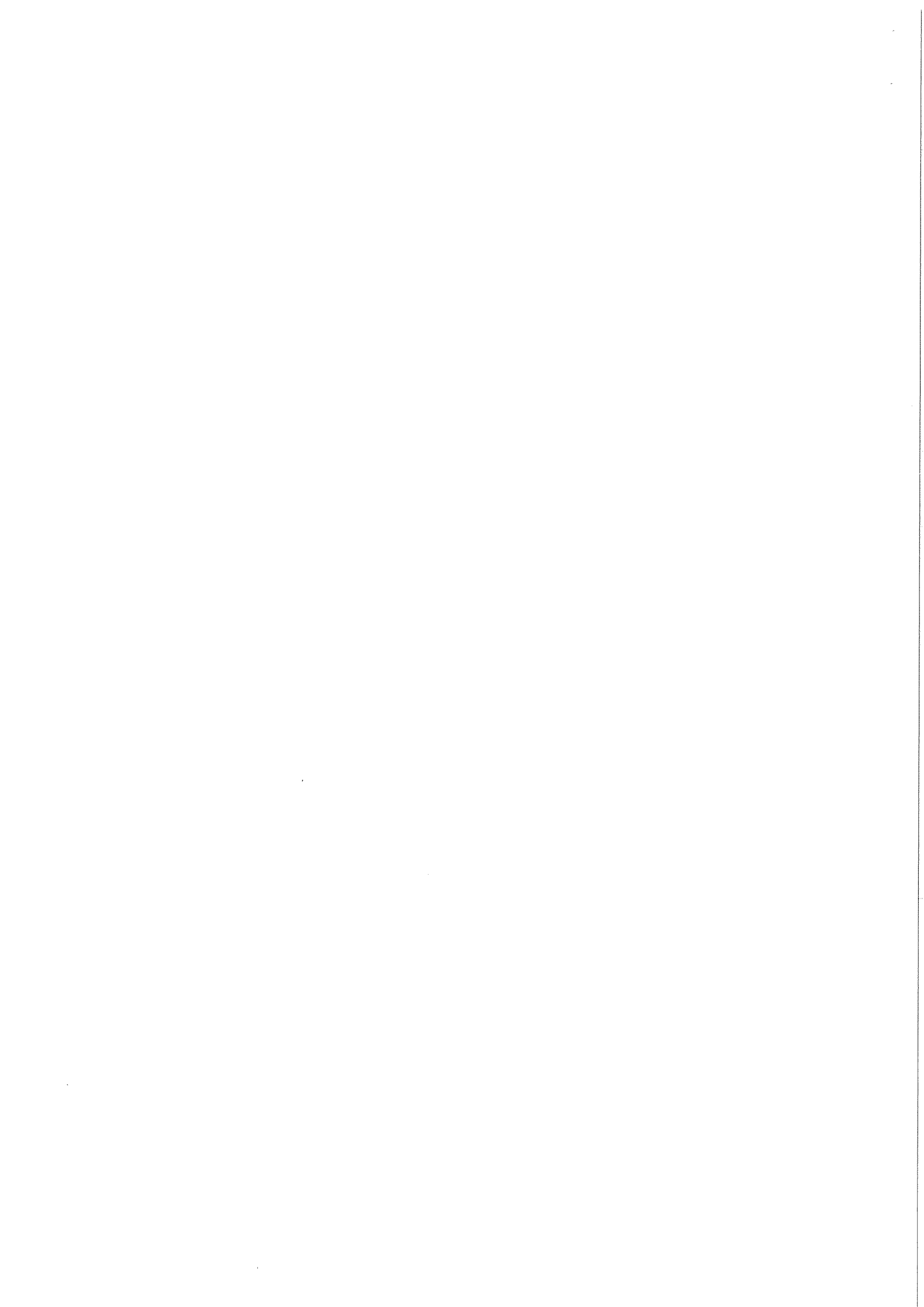
**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**Sida 6  
1728-15  
1735-15

Genom det planerade uppdraget från kommunen kommer all eller i varje fall huvuddelen av verksamheten att drivas tillsammans med kommunen och verksamhetskriteriet i 2 kap. 10 a § LOU är därmed uppfyllt.

Uppdraget som sådant har ännu inte närmare formulerats och beslutats. Det är inte möjligt att dra någon rättslig slutsats beträffande in-houseundantaget utan att kommunens uppdrag till aktiebolaget är känt, vilket det ännu inte är.

Kommunen har inte ingått avtal med aktiebolaget genom att godkänna ett samverkansavtal med den ideella föreningen Marknad Varberg. Samverkansavtalet har ännu inte ingåtts. Kommunfullmäktige har godkänt att samverkansavtalet ingås, men avtalet är ännu inte ingått. Av det ännu inte undertecknade samverkansavtalet med den ideella föreningen Marknad Varberg framgår att kommunfullmäktige ska utse samtliga styrelseledamöter i aktiebolaget. Marknad Varberg har endast nomineringsrätt. Om det skulle uppstå meningsskiljaktigheter i styrelsen som innebär att kommunens representanter blir nedröstade, kan kommunfullmäktige omedelbart, utan att ens extrastämman i aktiebolaget behöver hållas, entlediga de av Marknad Varberg nominerade styrelseledamöterna och utse nya. Bland annat på detta sätt kommer kommunen ha den kontroll över aktiebolaget som krävs.

Beträffande verksamhetskriteriet i in-house-undantaget framgår av avgörandet Carbotermo (p. 63-67) att vid bedömningen av om en enhet som har tilldelats ett uppdrag av en kontrollerande myndighet uppfyller verksamhetskriteriet eller inte saknar betydelse om ersättningen till enheten kommer från den kontrollerande myndigheten eller från tredje man (slutanvändarna av enhetens tjänster). Det avgörande för bedömningen av om enheten bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den kontrollerande myndigheten är i stället i vilken mån enhetens verksamhet omfattas av den kontrollerande myndighetens tilldelning. Aktiebolaget



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**Sida 7  
1728-15  
1735-15

kommer inte att bedriva någon verksamhet utanför ramen för kommunens kompetensliga tilldelning.

**SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

. . .

Tillämpliga bestämmelser m.m.

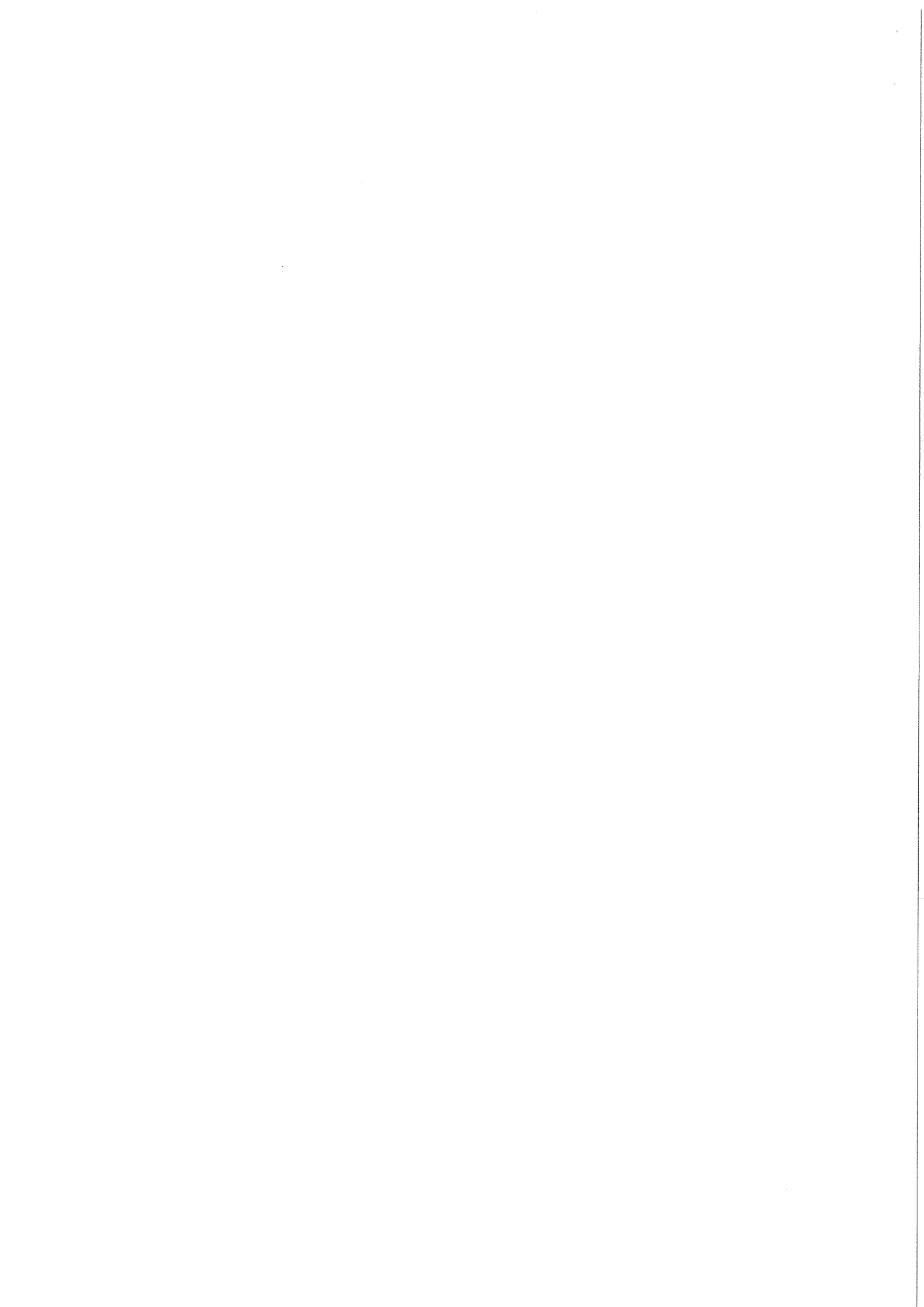
Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som

1. sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer,
2. avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och
3. undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur (2 kap. 10 § LOU)

Med kontrakt enligt 10 § avses dock inte avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**Sida 8  
1728-15  
1735-15

1. den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, och
2. den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den (2 kap. 10 a § LOU).

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr RÅ 2009 ref. 69).

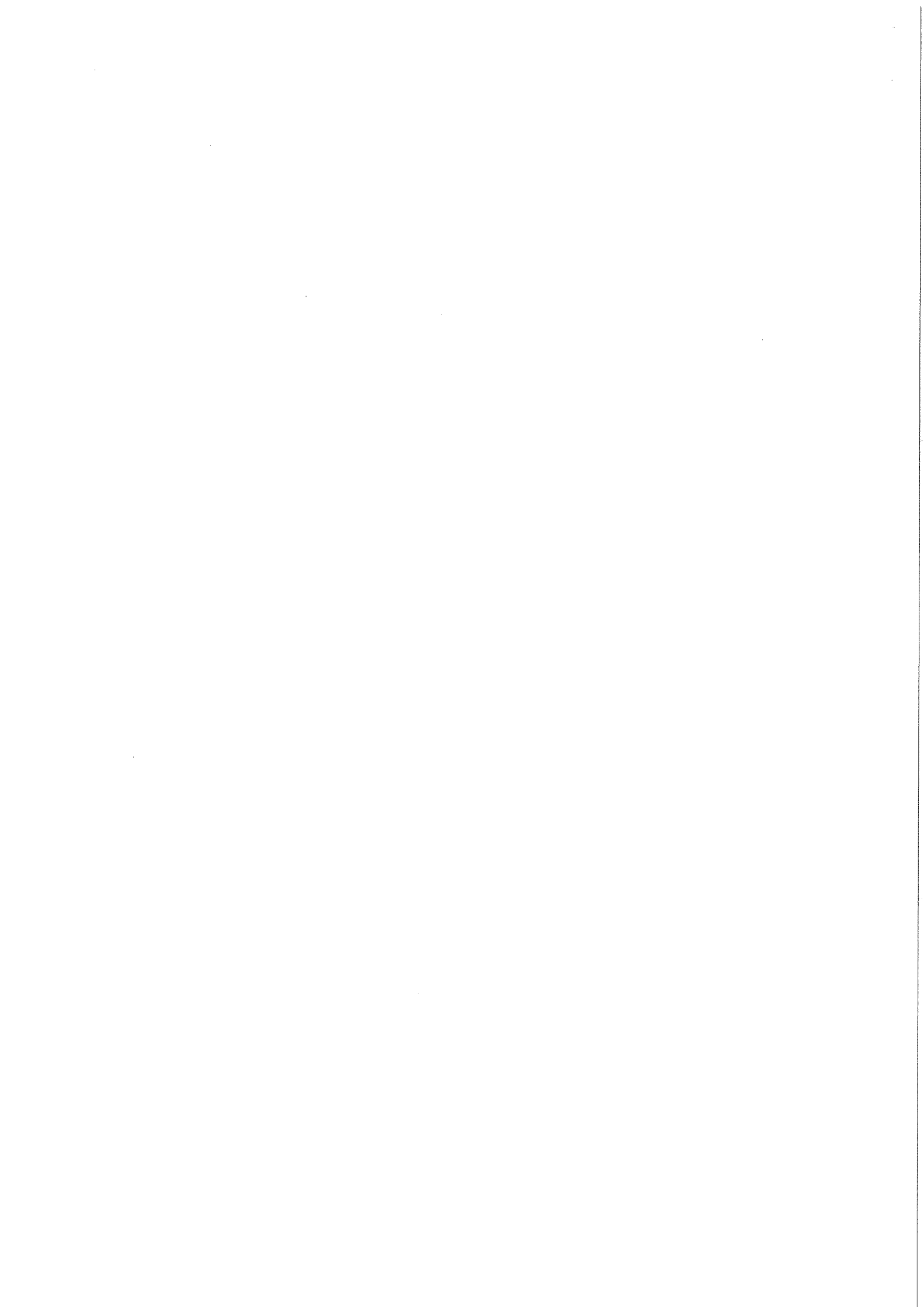
För att grund för ingripande mot upphandlingen ska finnas är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (HFD 2013 ref. 53).

#### Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att kommunen får anses ha påbörjat en upphandling (jfr HFD 2013 ref. 31).

#### *Har avtal ingåtts i strid med förvaltningsrättens interimistiska beslut?*

I målet har kommit fram att kommunfullmäktige beslutat att ingå samverkansavtal med den ideella föreningen Marknad Varberg. Detta innebär emellertid inte att kommunen kan anses ha avtalat om köp av





**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**Sida 9  
1728-15  
1735-15

tjänster från aktiebolaget, som är en annan juridisk person än Marknad Varberg. I målet har inte kommit fram att kommunen har ingått något avtal med aktiebolaget. Det har därför inte kommit fram att kommunen ingått något avtal i strid med förvaltningsrättens interimistiska beslut den 20 februari 2015 så som sökandebolagen gjort gällande. Sökandebolagens yrkande om att avtalet ska ogiltigförklaras ska därför avslås.

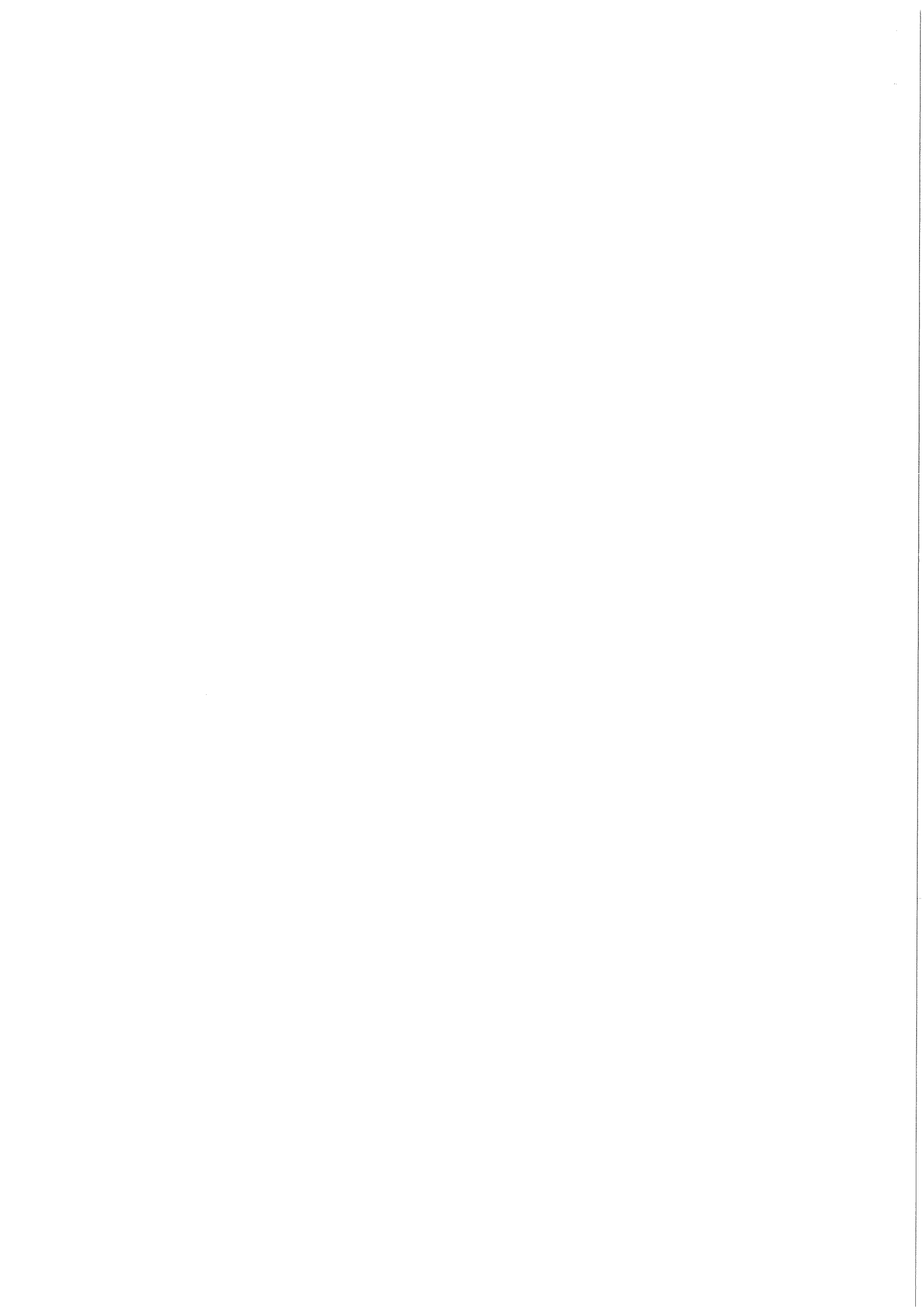
*Skada*

För att förvaltningsrätten ska kunna pröva en ansökan om överprövning krävs att sökandebolagen visar att de lider eller kan komma att lida skada av förfarandet.

Sökandebolagen anför att det rör sig om en otillåten direktupphandling eftersom undantaget i 2 kap. 10 a § LOU inte är uppfyllt. Om det är så att kriterierna i 2 kap. 10 § LOU inte är uppfyllda, skulle kommunen ha genomfört upphandlingen genom ett annonserat förfarande. I en sådan situation hade sökandebolagen haft möjlighet att delta i upphandlingen och lämna anbud (jfr RÅ 2005 ref. 10 och Stadt Halle p. 41). Det innebär att om undantaget i 2 kap. 10 a § LOU inte är tillämpligt, har sökandebolagen lidit skada.

*Är undantaget i 2 kap. 10 a § LOU tillämpligt?*

Vid tidigare prövning i kammarrätten (mål nr 3564-3565-14) ägde kommunen inte samtliga aktier i aktiebolaget och kunde därmed redan av den anledningen inte sägas ha sådan kontroll över verksamheten att undantaget i 2 kap. 10 a § var tillämpligt. Kommunen har nu köpt samtliga aktier i aktiebolaget. Men, som sökandebolagen riktigt anför, är inte ägarandelen den enda omständigheten som har betydelse vid bedömningen

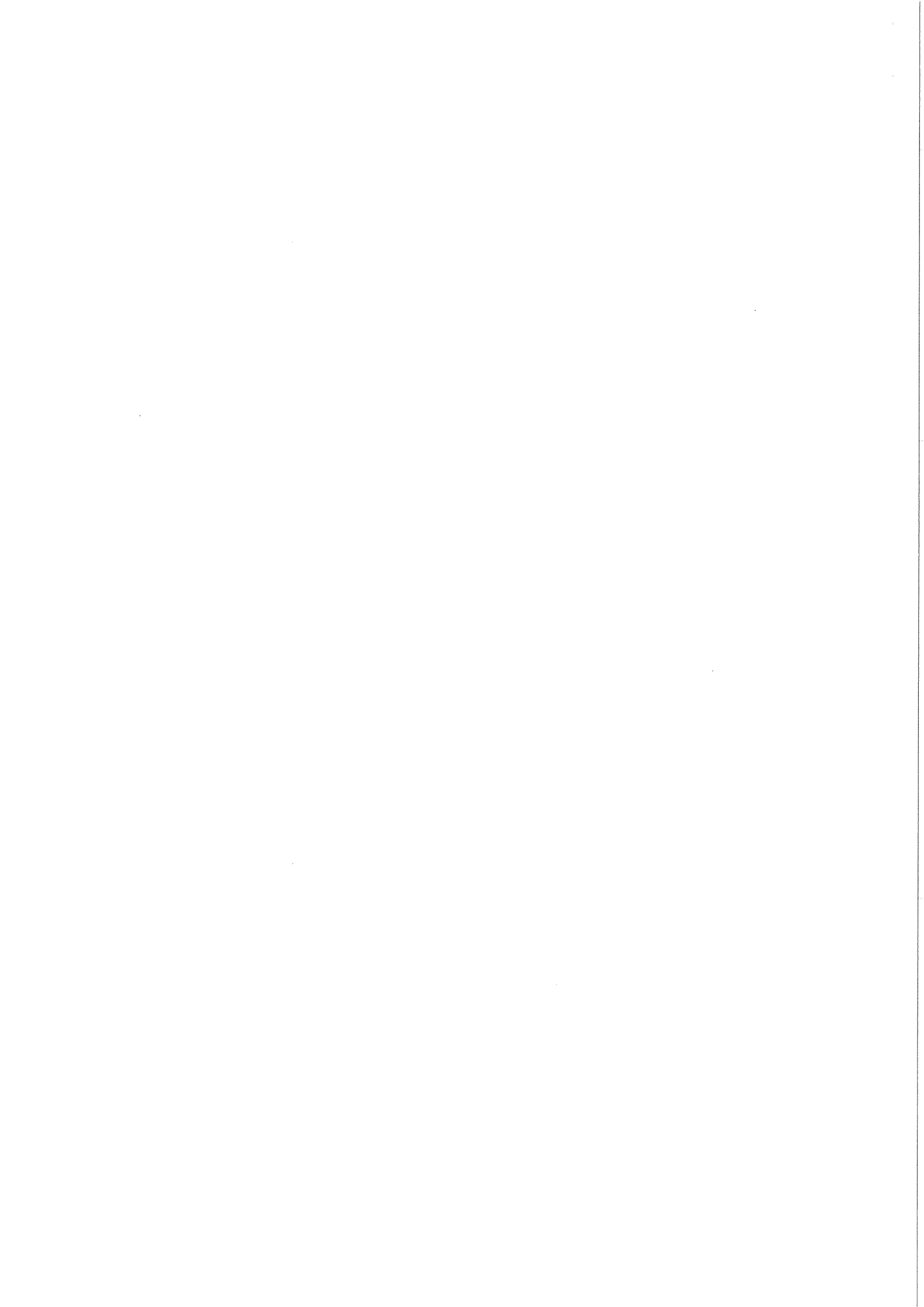


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**Sida 10  
1728-15  
1735-15

av om kontrollkriteriet är uppfyllt. Samtliga relevanta omständigheter ska beaktas i bedömningen (jfr Carbotermo p. 36).

Prövningen av om de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda måste ske i varje enskilt fall. Bestämmelsen, som ska tolkas i enlighet med EU-domstolens praxis, ska tolkas strikt och det är den som åberopar undantaget som ska visa att villkoren är uppfyllda (jfr prop. 2009/10:134 s. 58–59). I målet är det alltså kommunen, som gör gällande att köp av de aktuella tjänsterna får ske med stöd av undantaget i 2 kap. 10 a § LOU, som ska visa att villkoren för undantaget är uppfyllda.

Kommunen har inte lämnat in något underlag som visar hur bolagsordningen i bolaget ser ut, hur de ägardirektiv som kommunfullmäktige den 24 februari 2015 beslutat att anta ser ut eller hur kommunen, både i den löpande verksamheten och i den strategiska planeringen, avser att utöva kontroll över aktiebolaget. Även om kommunen, genom kommunfullmäktige, har möjlighet att entlediga styrelseledamöter, måste detta anses vara ett trubbigt verktyg för att utöva kontroll. Styrelsen kan redan vid denna tidpunkt ha fattat beslut som innebär att avtal ingåtts, som senare blir svåra att komma ifrån även med en annan styrelse. Det faktum att kommunens representanter inte utgör majoriteten i styrelsen, tillsammans med avsaknaden av övriga uppgifter om hur bolaget ska kontrolleras av kommunen, gör att förvaltningsrätten vid en sammantagen bedömning inte anser att det kommit fram att den kontroll som kommunen utövar motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning (jfr Kamrarrätten i Stockholm, mål nr 7089-10). Kontrollkriteriet är därför inte uppfyllt. Redan av denna anledning är undantaget i 2 kap. 10 a § LOU inte tillämpligt och den upphandling kommunen inlett är att betrakta som en otillåten direktupphandling. Sökandebolagen har lidit skada av den brist de påtalat. Det finns därför skäl att ingripa mot upphandlingen och besluta att



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**

**DOM**

Sida 11  
1728-15  
1735-15

upphandlingen måste göras om, med iakttagande av de upphandlings-  
rättsliga reglerna.

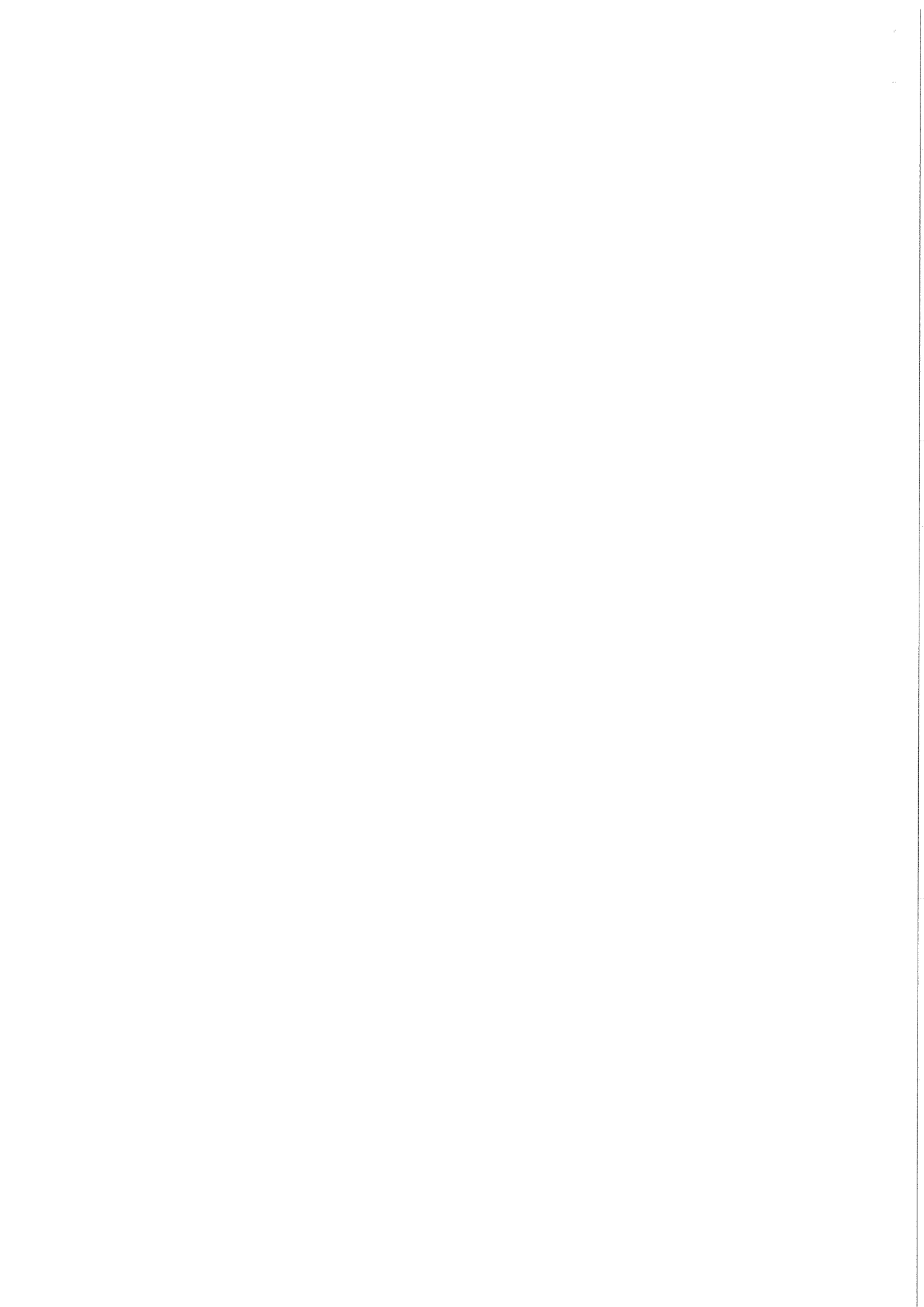
**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 1 (DV 3109/1 B LOU)



Karin Hartmann

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Maria Rydell.





## SVERIGES DOMSTOLAR

### HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.

