



SÖKANDE

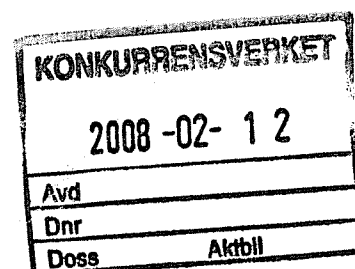
Trygg-Hansa Försäkrings AB, 516401-7799
106 26 Stockholm

Ombud: Advokaterna Ulf Hökeberg och Stefan Gustavsson
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

MOTPART

Umeå kommun
901 84 Umeå

Ombud: Jur. kand. Jerker Alm
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg



SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

Umeå Kommun (kommunen) har förvärvat aktier i Svenska Kommun Försäkrings AB (SKFAB), som därefter ägs av tio kommuner. Enligt uppgift på SKFAB:s hemsida är Umeå kommun från den 1 januari 2008 såväl delägare som försäkringstagare i SKFAB. I ett mail till Trygg-Hansa från Umeå kommuns försäkringsmäklare den 29 oktober 2007 anges att Umeå kommun beslutat att för kommande år teckna försäkring direkt i SKFAB.

Trygg Hansa Försäkrings AB (bolaget) ansöker i länsrätten om överprövning av Umeå kommuns upphandling av försäkringar och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Genom interimistiskt beslut den 20 november 2007 har länsrätten förordnat att upphandlingen av försäkringar inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Dok.Id 31582

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 193 901 05 Umeå	Nygatan 45 (Tingshuset)	090-17 74 00	090-13 75 88	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

SKÄL FÖR BESLUTET

Tillämpliga bestämmelser

Av 7 kap. 1 § första stycket LOU följer att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt 2 §.

I 7 kap. 2 § LOU anges att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 4 § LOU skall en upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Parternas anföranden

Bolaget anför bl.a. följande. Kommunens nuvarande försäkringsskydd upphör den 1 januari 2008. Kommunen har inte vidtagit några åtgärder för att med beaktande av de regler som gäller för offentlig upphandling anskaffa nytt försäkringsskydd. Istället har kommunen beslutat att teckna försäkring för de kommande åren direkt med SKFAB som leverantör av försäkringstjänster. Genom ställningstagandet utesluts bolaget från möjligheten att i konkurrens med andra leverantörer (bl.a. SKFAB) delta med anbud i upphandlingen. Kommunen bryter mot 1 kap. 4 § LOU och åsidosätter de grundläggande principerna om transparens, likabehandling och proportionalitet, vilket medför att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. – Kommunen genomförde under 2006 en upphandling av

försäkringar för 2007 utan möjlighet till förlängning. Nuvarande försäkringsskydd upphör således den 1 januari 2008. Kommunens premie i nuvarande försäkringsavtal kan uppskattas till cirka 6 Mkr/år. Försäkringstjänster är enligt bilagan till LOU en s.k. A-tjänst. Med ledning av värdet av nuvarande försäkringsavtal är det uppenbart att upphandlingens värde överstiger det s.k. tröskelvärdet i 5 kap. 4 § LOU om 1 826 000 kr (se förordningen (2000:63) därom) och förfarandereglerna i 5 kap. LOU är enligt 5 kap. 1 § LOU tillämpliga på upphandlingen. Trots att kommunens försäkringsskydd kommer att upphöra inom en snar framtid har kommunen inte vidtagit några åtgärder för att med beaktande av de regler som gäller för offentlig upphandling anskaffa nytt försäkringsskydd. Kommunen har genom sitt ombud i försäkringsfrågor, försäkringsmäklaren Lars Bergmark, låtit meddela att kommunen istället beslutat att teckna försäkring för de kommande åren direkt med SKFAB. Med beaktande av de tidsfrister som anges i LOU och behovet av tid för framtagande av förfrågningsunderlag och genomförande av utvärdering samt eventuella överprövningar menar bolaget att kommunen avser att anskaffa försäkringsskyddet från den 1 januari 2008 genom att anskaffa detta vid sidan om ett offentligt anbudsförfarande. SKFAB är ett försäkringsbolag som ägs av kommunerna Gävle, Sundsvall, Kiruna, Piteå, Uppsala, Trollhättan, Trondheim, Helsingborg och Örnsköldsvik. Kommunen har efter ansökan upptagits som ytterligare ny ägare och försäkringstagare från den 1 januari 2008. SKFAB erbjuder försäkring till ägarkommunerna och deras kommunala bolag. SKFAB är ett direktförsäkringsbolag och tecknar de försäkringar som normalt förekommer på försäkringsmarknaden. Som alla försäkringsbolag återförsäkrar SKFAB sina åtaganden. Att SKFAB erbjuder försäkringar till sina ägare och bolag ägda av dessa medför dock inte att kommunen skulle kunna anlita SKFAB som leverantör av försäkringstjänster vid sidan om ett offentligt upphandlingsförfarande. SKFAB och kommunen är två skilda juridiska personer, varför LOU:s förfaranderegler ska tillämpas i upphandlingen. Någon undantagsregel som

skulle kunna medföra att upphandlingen får genomföras utan beaktande av LOU:s förfaranderegler finns inte ens om SKFAB skulle ha varit helägt av kommunen (jfr kammarrättens i Göteborg dom den 7 april 2003 i mål nr 4851-2002 och länsrättens i Stockholms län dom den 12 december 2002). Kommunen är således skyldig att beakta de tvingande förfarandereglerna för offentlig upphandling och är bl.a. med beaktande av principerna om transparens, likabehandling och proportionalitet skyldig att genomföra en anbudstävling. – Bolaget har intresse av att tilldelas kontrakt avseende försäkring för de kommande åren och riskeras att skadas då bolaget inte får möjlighet att lämna anbud i konkurrens med övriga försäkringsgivare (bl.a. SKFAB). Genom sitt förfarande att inte vidta några åtgärder för att med beaktande av de regler som gäller för offentlig upphandling anskaffa nytt försäkringsskydd, utan föregående upphandling enligt LOU:s förfaranderegler, har kommunen uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha den rättsliga verkan att bolaget berövas möjligheten att avge anbud i konkurrens med övriga försäkringsgivare (bl.a. SKFAB).

I länsrätten har bolaget ingett och åberopat bl.a. en utskrift av ett e-postmeddelande den 29 oktober 2007 från Lars Bergmark samt en utskrift den 14 november 2007 från SKFAB:s hemsida.

I ovan nämnda e-postmeddelande uppges följande. ”Umeå kommun har beslutat att teckna försäkring för kommande åren i SKFAB direkt. Man ser captivebolaget som en inköpssamverkan där försäkringen köps gemensamt för gruppen på en försäkringsmarknad där det finns många aktörer och menar att Trygg Hansa även kan leverera försäkringsskyddet. Självbehållet menar man kan ses som en självriskhantering.”

Av utskriften från SKFAB:s hemsida framgår bl.a. följande. Verksamhet: Bolaget ska erbjuda försäkring till ägarekommunerna och deras kommunala bolag. Bolagets syfte är att erbjuda ägarna och deras kommunala bolag ett

välanpassat försäkringsskydd. Vidare ska bolaget tillföra det försäkrade ökad kompetens inom försäkringsområdet och vara en resurs inom försäkringsfrågor. SKFAB är ett direktförsäkringsbolag som kan försäkra det mesta som kunderna efterfrågar. SKFAB försäkrar 28 kunder ägda av Gävle, Sundsvall, Kiruna, Piteå, Uppsala, Trollhättan, Trondheim, Helsingborg samt Örnsköldsviks kommuner. Försäkringsadministration och skadereglering köps externt. Vid skadeanmälan har säkerhetsavdelningen i respektive kommun den första kundkontakten. Målsättningen är att driva bolaget med låga administrativa kostnader. Produktbeskrivning: SKFAB tecknar de försäkringar som normalt förekommer på försäkringsmarknaden:

- Egendom
- Avbrott
- Ansvar
- Förmögenhetsbrott
- VD/styrelseansvar
- Tjänstegruppliv

Försäkringsbolaget meddelar även försäkringar gällande:

- Tjänsteresa
- Motorfordon
- Olycksfall

Kommunen anför bl.a. följande. Kommunen har haft vissa kontakter med SKFAB, men det finns inget beslut om att ingå försäkringsavtal. Vad kommunen beslutat om är att köpa aktier i SKFAB, d.v.s. man har beslutat att bli delägare i SKFAB. Kommunen uppfattar det som ostridigt mellan parterna att köp av aktier i ett bolag i sig inte är upphandlingspliktigt enligt LOU. Vad kommunen gjort är att besluta om köp av aktier i ett bolag, i detta fall SKFAB. Detta köp av aktier innebär inte att kommunen ingår något försäkringsavtal med SKFAB. Det förhållandet att SKFAB erbjuder försäkring till ägarkommunerna innebär inte att ägarkommunerna är skyldiga att teckna försäkring hos SKFAB. Däremot gäller, för att en

kommun överhuvudtaget ska kunna teckna försäkringsavtal med SKFAB, att kommunen är ägare i bolaget, d.v.s. SKFAB kan endast delta i upphandlingar som delägande kommuner genomför. Detta följer av grundläggande kommunalrättsliga principer, ett kommunalägt bolag kan inte utan särskilt lagstöd tillhandahålla sina produkter/tjänster till andra än ägarna. På ovan anförda skäl ska bolagets ansökan om överprövning lämnas utan bifall. Skulle länsrätten finna att kommunens köp av aktier innebär att LOU är tillämplig gör kommunen gällande att en kommuns eventuella köp av försäkring från ett av en kommun delägt bolag, dylikt SKFAB, är tillåtet enligt följande. – Kommuner innehar bland sin egendom en stor mängd objekt som ur ett försäkringsperspektiv kan klassas som högriskeegendom, t.ex. skolor som ofta utsätts för skadegörelse. Detta medför att kommuner och dess egendom inte är något som lockar försäkringsgivarna. Konkurrensen på marknaden för kommunförsäkringar är i det närmaste obefintlig. För ett stort antal kommuner gäller att det vid upphandlingar endast deltar ett eller två försäkringsbolag, dessa är Länsförsäkringar och bolaget. Deltagande av endast två aktörer är att anse som en bristfällig konkurrens, särskilt då resultat från upphandlingar blir kända för båda aktörerna och de även i övrigt torde ha god kännedom om varandras priser och villkor. Följden av den bristande konkurrensen är att den eller de två aktörer som deltar i upphandlingen tillhandahåller sina produkter på oförmånliga villkor, innebärande att skattemedel inte utnyttjas på ett bra sätt. SKFAB är kommunernas instrument för att genomföra upphandling av försäkringslösningar. Således genomförs alltid en upphandling av försäkringsskyddet. SKFAB genomför upphandlingar på marknaden för återförsäkringar och då till ett betydligt högre värde än vad de enskilda kommunerna kan göra var för sig vid upphandling av försäkringsskydd. Den marknad på vilken SKFAB köper försäkringar genom upphandling är en fungerande marknad där konkurrens råder. De genom SKFAB gemensamt upphandlade försäkringarna uppgår till ett belopp närmare 700 miljoner kr. Det ska framhållas att bolaget är med och tillhandahåller

försäkringar till SKFAB och därmed till kommunerna. De upphandlingar SKFAB genomför är öppna för marknadens aktörer. SKFAB:s verksamhet ligger i linje med reglerna om inköpscentraler som finns i direktiv 2004/18. Sverige har i och för sig valt att inte genomföra reglerna om inköpscentraler men förhållandet att rätten till inköpscentraler finns i gällande direktiv innebär att en lösning motsvarande inköpscentraler är tillåten enligt gällande upphandlingsrättsliga regler. SKFAB:s verksamhet är att jämställa med en inköpscentral som utför köp åt de offentliga enheter som är anslutna till inköpscentralen, i detta fall SKFAB. SKFAB:s verksamhet är vidare att jämställa med den som ett kommunalförbund bedriver för sina medlemmars räkning. Kommuner som är medlemmar i ett kommunalförbund som enbart bedriver verksamhet för sina medlemmars räkning – d.v.s. endast tillhandahåller produkter/tjänster åt sina medlemmar – behöver inte upphandla kommunalförbundets produkter/tjänster i konkurrens. Det förhållandet att SKFAB är ett aktiebolag saknar betydelse eftersom SKFAB utför den verksamhet – upphandling av försäkring – som kommunerna på ett, för kommunerna mindre förmånligt sätt, skulle göra var för sig. Det väsentliga i aktuellt fall är just förhållandet att SKFAB upphandlar de produkter som kommunerna ska nyttja, d.v.s. den konkurrens som bolaget påstår förhindras genom SKFAB:s verksamhet blir aldrig förhindrad.

– Samtliga ägare till SKFAB är kommuner, d.v.s. offentliga myndigheter. De krav som ställs enligt gällande rätt (se EG-domstolens dom av den 19 april 2007 i mål nr C-295-05) för kommuners köp från ett av kommunen hel- eller delägt bolag är uppfyllda. SKFAB är kommunernas genomförandeorgan för inköp av försäkringslösningar. Ovanstående visar att kommuner som är delägare i SKFAB har rätt att genomföra köp av försäkringar direkt från SKFAB. – En sak är att upphandling via ett gemensamt ägt bolag kan medföra att anbudsgivare inte uppnår lika goda affärer som de kan göra om en enskild kommun gör upphandlingen för egen del, men detta förhållande innebär inte att anbudsreglerna satts ur spel. Upphandlingsreglernas syfte är inte att tillförsäkra anbudsgivarna så bra

affärer som möjligt. I förevarande fall uppfylls såväl det grundläggande syftet – att utnyttja skattemedel effektivt – som de principer/åtgärder som anses bäst uppfylla syftet, nämligen tillvaratagande av en fungerande konkurrens. Genom upphandling via ett delägt bolag så söker de delägande kommunerna upp konkurrensen på den marknad där konkurrensen fungerar, återförsäkringsmarknaden. Denna marknad står öppen även för bolaget. Bolaget har inte bevisat att man lidit någon skada eller risk för skada.

Bolaget anför bl.a. följande. Bolaget kan inte vitsorda att köp av aktier generellt skulle vara undantagna från LOU:s tillämpningsområde, vilket kommunen synes vilja göra gällande. Frågan saknar dessutom relevans då, enligt den av bolaget åberopade domen från EG-domstolen av den 11 januari 2005 i mål C-26/03 (Stadt Halle) (punkt 34), varje åtgärd som vidtas av en upphandlande myndighet i samband med en offentlig upphandling av tjänster som faller inom det materiella tillämpningsområdet för direktiv 92/50 och som kan ha rättslig verkan, utgör ett beslut som kan bli föremål för ansökan om överprövning oberoende av om denna åtgärd vidtas inom ramen för ett formellt upphandlingsförfarande eller inte. Kommunen synes vilja göra gällande att man har gått in som delägare i SKFAB i något annat syfte än att SKFAB ska tillhandahålla sakförsäkringar direkt till kommunen. Vad kommunen anger om att ett kommunalägt bolag inte utan särskilt lagstöd kan tillhandahålla produkter/tjänster till andra än ägarna är felaktigt. Däremot stadgas i 3 kap. 16 § kommunallagen (1991:900) begränsningar avseende möjligheterna att överlämna vissa kommunala angelägenheter till t.ex. ett aktiebolag. Kommunen torde vidare på grund av kommunallagens regler vara förhindrad att gå in som delägare i ett försäkringsbolag, om syftet med delägarskapet presumtivt endast är att försäkringsbolaget ska tillgodose andra kommuners behov av direkt sakförsäkring. Syftet med att delta som delägare i SKFAB kan knappast vara något annat än att SKFAB utan konkurrensutsättning ska tillhandahålla direkta sakförsäkringar till kommunen. – Det är således inte riktigt som

kommunen anger att det grundläggande syftet med upphandlingsreglerna skulle vara att utnyttja skattemedel effektivt. Syftet med upphandlingsreglerna är i stället att skapa förutsättningar för den inre gemensamma marknaden och att tillse att de upphandlande enheterna respekterar grundläggande EG-rättsliga principer, särskilt principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. principen om likabehandling, principen om ickediskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen samt att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. Att det vid implementeringen av de EG-rättsliga direktiven i 1 kap. 4 § LOU har angetts "...med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns..." medför inte att LOU ska tolkas mot andra syften än de som ligger bakom de regler som implementeras i LOU. Kommunen söker i själva verket, genom sitt ställningstagande att vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande anskaffa försäkringstjänster direkt från SKFAB, att kringgå upphandlingsreglerna och de grundläggande syftena bakom dessa. SKFAB är ett försäkringsbolag som på sedvanligt sätt återförsäkrar sina åtaganden. SKFAB tillhandahåller direkta sakförsäkringar till sina försäkringstagare. För att hantera de risker sådana åtaganden medför skaffar sig SKFAB återförsäkringar. Bolaget har inte några invändningar mot att ytterligare försäkringsbolag tillhandahåller direkta sakförsäkringar och erbjuder direkta sakförsäkringar till kommuner. Bolaget vänder sig mot att kommunen inte upphandlar sina direkta sakförsäkringar i ett offentligt upphandlingsförfarande. – Att SKFAB "upphandlar" återförsäkringar kan inte innebära att SKFAB "upphandlar" direkt sakförsäkring till sina försäkringstagare. Med kommunens sätt att resonera är även bolaget ett "instrument för att genomföra upphandling av försäkringslösningar" och är leverantör av sådan tjänst. – En nationell myndighet, såsom kommunen, kan aldrig åberopa bristande implementering till stöd för att åsidosätta nationell rätt. Detta s.k. förbud om omvänd direkt effekt framgår särskilt

försäkringskunder (i detta fall kommunerna) i sin tur försäkrar sina åtaganden i ett bakre led. Försäkringsrörelse kan endast bedrivas av aktiebolag, 1 kap. 1 § försäkringsrörelselagen. Detta får till följd att den enda möjliga organisationsform som står till buds för kommunerna att nyttja den verkligt konkurrensutsatta återförsäkringsmarknaden är genom ett aktiebolag. – Den verksamhet av upphandling av försäkringslösningar och tillhandahållandet av dessa lösningar till ägarkommunerna som genomförs via SKFAB är att jämföras med kommunalförbund. I enlighet med vad som anges i NOU:s ärende nr 2006/100-26 uppfyller i regel ett kommunalförbund de kriterier för kontroll av verksamheten (det s.k. kontrollkriteriet) och att huvuddelen av verksamheten ska bedrivas tillsammans med ägarna/medlemmarna (det s.k. verksamhetskriteriet) som ställs enligt EG-rätten för att upphandling i konkurrens inte ska behöva genomföras. I aktuellt fall har de delägande kommunerna full kontroll över SKFAB på ett sätt som motsvarar den kontroll man har över sina egna förvaltningar. Det torde vara ostridigt i målet att SKFAB endast bedriver verksamhet för sina ägares räkning, d.v.s. bolaget tillhandahåller inte några försäkringar till någon annan än ägarkretsen. – Det krävs inte någon särskild reglering i svensk lag för att ett undantag likt Teckal-domen ska vara tillämpligt. En annan sak är att den svenske lagstiftaren för en längre tid sedan (vad bolaget åberopar hänför sig i alla delar till början av 2000-talet) ansåg att EG-rätten vid den tidpunkten var oklar varför man avstod från att införa en svensk reglering. Detta är emellertid inte detsamma som att EG-rätten i aktuellt avseende inte skulle gälla i Sverige. Bolaget gör en helt felaktig tolkning i frågan. Således, vad EG-domstolen uttalat i flera olika mål om rätten att göra direkta köp från hel- eller delägda bolag är direkt tillämpligt i förevarande fall. – SKFAB bestämmer inte självständigt sina priser på de försäkringar som tillhandahålls ägarna. Premierna bestäms av ägarna genom beslut i SKFAB:s styrelse, vilken består av företrädare för de ägande kommunerna, med undantag för en person som är försäkringssakkunnig. Premierna är olika beroende på försäkringsvärdet för

respektive kommuns egendom och den skaderisk som föreligger. Bedömningen av försäkringsvärdet och skaderisken är något som den enskilda kommunen genomför. Varje kommun har sin egen resultat- och balansräkning i SKFAB och tar ingen risk eller åtagande som berör någon annan av delägarkommunerna. Varje kommun beslutar och har ansvar över sin resultat- och balansräkning i SKFAB. Respektive kommun styr således premien, det är inte bolaget som beslutar om denna. – SKFAB och det sätt på vilket bolaget är knutet till ägarna uppfyller de villkor som uppställs av EG-domstolen i Asemfo-målet (mål nr C-295/05) med avseende på kontrollkriteriet. § 1 i aktieägaravtalet och § 4 i bolagsordningen visar att SKFAB är ägarkommunernas organ för att tillhandahålla försäkringslösningar och bolaget kan inte agera självständigt vid sin prissättning utan är helt beroende av såväl ägarnas medverkan som samtycke för att kunna utföra sin verksamhet. Ifråga om verksamhetskriteriet uppfattar kommunen det som ostridigt i målet att SKFAB bedriver hela sin verksamhet tillsammans med de ägande kommunerna. Även verksamhetskriteriet är därmed uppfyllt. Vad som anförs ovan visar att de krav som uppställs enligt gällande EG-rättslig praxis avseende rätten att göra direkta köp från ett delägt bolag är uppfyllt i förevarande fall, såväl kontrollkriteriet som verksamhetskriteriet är uppfyllt. Härtill kommer vad som anförs ovan i fråga om formen för verksamheten. Aktiebolaget är den enda legala form som kommunerna kan nyttja för att nå den försäkringsmarknad där konkurrens råder, återförsäkringsmarknaden.

Bolaget anför bl.a. följande. Det är uppenbart att kommunen gjort ställningstagandet att vid sidan om ett offentligt upphandlingsförfarande anskaffa sakförsäkringar direkt från SKFAB. Ställningstagandet blir inte mer förenligt med upphandlingsreglerna för att kommunen som ett led i anskaffningen av sakförsäkringar från SKFAB beslutat att förvärva aktier i SKFAB. – Bestämmelser grundade på EG-rättsliga direktiv äger företräde

framför svensk nationell rätt endast i det fall bestämmelserna ifråga har s.k. direkt effekt, vilket bestämmelserna om inköpscentraler ostridigt inte har. Någon möjlighet att begagna sig av inköpscentral har kommunen inte. Därtill förutsätter begagnande av inköpscentraler att det föreligger gemensam identitet mellan det som köps in av inköpscentralen och det som tillhandahålls till den upphandlande myndighet som begagnar sig av inköpscentralen. I förevarande fall är det fråga om inköp till SKFAB av återförsäkring som, tillsammans med övriga anskaffningar till SKFAB, har till syfte att möjliggöra för SKFAB att tillhandahålla en annan produkt än den som köps in – direkt sakförsäkring. Bolaget får därtill anmärka att någon annan annonsering om offentliga upphandlingar från SKFAB har bolaget inte sett till, varken avseende direkta sakförsäkringar eller återförsäkringar. – Något undantag som motsvarar Teckalkriterierna finns inte i svensk nationell rätt. Därutöver får beträffande kriterierna som sådana följande anges. Enligt EG-domstolens praxis ska båda kriterierna vara uppfyllda för att inte någon anbudsinfördran ska krävas. Således ska den upphandlande myndigheten utöva en kontroll över den fristående enheten motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning (kontroll-kriteriet) och denna enhet ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den (omsättningskriteriet). – Vad kommunen anger om att det endast är kommuner som kan vara ägare till SKFAB framgår inte alls av § 1 i aktieägaravtalet. Även om detta skulle vara innebörden av vad aktieägarna sinsemellan överenskommit medför det inte att kommunen utövar en kontroll över den fristående enheten SKFAB motsvarande den kontroll som kommunen utövar över sin egen förvaltning. Kommunen, som är en av tio delägare, innehar endast en mindre del av SKFAB:s aktiekapital och kan inte diktera villkoren vid bolagsstämmorna i SKFAB. Det kan därvid noteras att Gävle och Sundsvalls kommun enligt SKFAB:s årsredovisning för 2006 innehade 31 procent av aktiekapitalet vardera och att det endast var Trondheims kommun som av övriga ägare hade en större andel än 10

procent. Resterande ägandekrets, till vilken kommunen kommer att ansluta sig, utgörs av sådana minoritetsägare för vilka aktiebolagslagens skydd är minimalt. En sådan minoritetsägare kan således inte på egen hand framtvinga en extra bolagsstämma (se 7 kap. 13 § andra stycket aktiebolagslagen) och får bl.a. tåla att de största ägarna gemensamt kan framtvinga genomgripande förändringar av bolagsordningen (jfr 7 kap. 42-45 §§ aktiebolagslagen). Sådana minoritetsägare saknar även större ägares möjligheter att framtvinga vissa tvångsåtgärder vid majoritetsmissbruk (se 25 kap. 21-23 §§ aktiebolagslagen). Kommunens ägarinflytande är således ytterst begränsat och motsvarar inte på långa vägar den kontroll kommunen utövar över den egna förvaltningen. – Omsättningskriteriet, vilket endast kan aktualiseras i den mån kontrollkriteriet uppfylls, kan i och för sig vara uppfyllt om SKFAB bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med ägarkommunerna. Bolaget kan dock inte vitsorda att förutsättningar föreligger ens för att omsättningskriteriet ska vara uppfyllt. Det finns inte någon tydlig begränsning i SKFAB:s bolagsordning angående till vilka SKFAB kan tillhandahålla sina tjänster. Därutöver framgår det explicit av de av kommunen ingivna handlingar att SKFAB ska tillhandahålla sina tjänster även till de associationer som helt eller delvis ägs av kommuner som ingår som ägare. SKFAB är inte avskuret från möjligheterna att tillhandahålla sina produkter till andra än till sina ägare. Hur den faktiska omsättningen i SKFAB förhåller sig är inte bekant för bolaget. Bolaget kan inte vitsorda kommunens påstående att SKFAB inte finansierar sin verksamhet genom att agera mot andra än ägarna. - Den bild kommunen vill ge av konkurrenssituationen är felaktig. Kommunen bör inte behöva befara någon bristande konkurrens vid upphandling av direkta sakförsäkringar till kommunen. Upphandlingsreglerna tar hänsyn till att det kan uppkomma situationer med svårigheter att få godtagbara anbud. För det fall kommunen vid ett offentligt upphandlingsförfarande inte får några lämpliga anbud ger upphandlingsreglerna möjlighet att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering under förutsättning att de

ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt (jfr 5 kap. 19 § LOU och 4 kap. 5 § i den nya lagen (2007:1091) om offentlig upphandling). Det är därför inte möjligt för kommunen att låta bli att söka få in anbud som bäst motsvarar vad kommunen önskar anskaffa, vilket är innebörden av det ställningstagande kommunen gjort i föreliggande upphandling (jfr EG-domstolens dom den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01 – Bockhorn och Braunschweig – där förbundsrepubliken Tyskland menade att den antagna leverantören var den enda leverantör som kunde tilldelas kontraktet, se domens punkt 57 ff). Det ska vid länsrättens bedömning särskilt beaktas att möjligheterna till undantag från förfarandereglerna ska tillämpas restriktivt och att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs (se t.ex. den ovan åberopade domen Bockhorn och Braunschweig och kammarrättens i Göteborg domar den 22 december 2005 i målen 1236—1239-05 och 1241—1244-05 angående bolaget SYSAV som ägs av ett antal kommuner i Skåne vilka överlämnat uppdrag till SYSAV vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande.) Kommunen har gjort ställningstagandet att vid sidan om ett offentligt upphandlingsförfarande anskaffa sakförsäkringar direkt från det av kommunen delägda försäkringsbolaget SKFAB. Kommunen har inte visat att ställningstagandet har stöd i någon tillämplig undantagsbestämmelse.

Kommunen anför bl.a. följande. Sammantaget gäller att kommunen tillsammans med övriga ägarkommuner har den kontroll över SKFAB som krävs för att kontrollkriteriet ska anses uppfyllt.

Länsrättens bedömning

Av handlingarna i målet framgår att kommunen beslutat att köpa aktier i SKFAB, att kommunens nuvarande försäkringsskydd upphörde att gälla den 1 januari 2008 och att kommunen inte vidtagit några åtgärder för att genom ett offentligt upphandlingsförfarande införskaffa försäkringstjänster. Efter förfrågan från bolaget har kommunen genom en försäkringsmäklare i e-postmeddelande uppgett att man beslutat att teckna försäkring för kommande år i SKFAB direkt. Detta bestrids dock i målet av kommunen som uppger att vad man beslutat om är att köpa aktier i SKFAB.

Fråga är om vad som anförts ovan utgör tillräckligt stöd för att kommunen genomför eller har slutfört ett upphandlings- eller inköpsförfarande. Av EG-domstolens dom i mål C-26/03 (Stadt Halle) framgår att överprövning ska vara möjlig fr.o.m. den tidpunkt då den upphandlande enheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan. Att inleda konkreta avtalsförhandlingar med en person utgör enligt EG-domstolen en sådan viljeyttring. EG-domstolen uttalar vidare att ansökan om överprövning inte kan riktas mot sådana åtgärder som endast utgör en förstudie inför ett kontrakt eller som är rent förberedande och ryms inom ramen för den upphandlande myndighetens interna överväganden med sikte på en offentlig upphandling. Det kan i förevarande mål inte anses klarlagt annat än att den enda åtgärd som kommunen vidtagit är att besluta att köpa aktier i SKFAB. Detta ställningstagande innefattar enligt länsrättens mening inte en sådan viljeyttring som kan ha någon rättslig verkan med avseende på en kommande upphandlingssituation. Något tvång för delägarna i SKFAB att köpa försäkringar från det bolaget finns inte. Länsrätten finner därför att vad som framkommit i målet inte ger stöd för att fråga ännu är om ett upphandlingsförfarande som kan bli föremål för överprövning enligt LOU. Härav följer att bolagets ansökan om överprövning inte kan prövas av länsrätten och följaktligen ska avvisas.

Även om det inte är visat att kommunen nu har påbörjat ett inköpsförfarande ger utredningen i målet dock i vart fall stöd för att syftet med engagemanget i SKFAB är att senare köpa försäkringstjänster därifrån. Länsrätten finner därför anledning att något beröra om ett köp av försäkringar från SKFAB innebär att kommunen gör en upphandling som skulle kunna överprövas enligt LOU. Det kan här först noteras att försäkringstjänster utgör en s.k. A-tjänst och att kommunens premie i det försäkringsavtal som löpte ut den 31 december 2007 uppgick till cirka sex miljoner kr/år. Värdet av tjänsten överstiger det tröskelvärde som finns för att en upphandling ska ingå i det direktivstyrda området och sålunda omfattas av mer detaljstyrda regler.

Kommunen synes dock anse att inköp från SKFAB kan göras vid sidan om ett offentligt upphandlingsförfarande och anför som stöd härför bl.a. att de delägande kommunerna har en kontroll över SKFAB:s verksamhet som är att jämställa med den som kommunerna har över sina egna verksamheter (förvaltningar) och att verksamhet bedrivs endast åt ägarna varför det föreligger en rätt att anskaffa försäkringar direkt från SKFAB. Länsrätten noterar att huvudregeln är att en upphandlande enhets inköp från en fristående juridisk person ska föregås av en offentlig upphandling. Varje undantag från denna skyldighet ska tolkas restriktivt och det är kommunen som avser att frångå huvudregeln som har bevisbördan för att undantag kan göras. För att undantag ska vara möjligt måste två kriterier vara uppfyllda; den upphandlande enheten ska utöva en kontroll över den fristående juridiska personen som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet) och denna juridiska person ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den (verksamhetskriteriet), se bl.a. EG-domstolens dom i mål C 107-98 (Teckal).

Kammarrätten i Göteborg har i två domar 22 december 2005 (mål nr 1236—1239-05 resp. 1241—1244-05) funnit att det inte var visat att kommuner som endast kontrollerade ca 1,95 procent resp. 1,47 procent av aktiekapitalet och rösterna i ett bolag som ägs av 14 kommuner har sådan kontroll över bolaget som motsvarar den som resp. kommun utövar över sin egen förvaltning.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har beträffande kontrollkriteriet, visserligen i förhållande till kommunalförbund, uppgett följande (se NOU Info mars 2007 s. 6). ”Det kan således konstateras att det är möjligt för en kommun att utöva en kontroll som är jämförbar med den som utövas över den egna förvaltningen, över ett kommunalförbund i vilket kommunen är medlem. Detta förutsätter dock sannolikt att antalet medlemmar inte är alltför stort och kommunens andel därmed alltför obetydlig. Det finns i nuläget inget klart svar beträffande vid vilken andel som ”kontroll såsom över den egna förvaltningen” uppstår respektive upphör.”

Beträffande kontrollkriteriet har EG-domstolen den 19 april 2007 i mål C-295/05 (Asemfo) uttalat att det följer av domstolens praxis att den omständigheten att den upphandlande myndigheten ensam eller tillsammans med andra offentliga myndigheter äger hela aktiekapitalet i det bolag som tilldelas kontraktet som regel tyder på, utan att vara av avgörande betydelse för bedömningen, att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över detta bolag motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning. I Asemfofallet ägdes bolagets aktiekapital till 99 procent av spanska staten och resterande 1 procent av aktiekapitalet ägdes av fyra autonoma gemenskaper, med varsin andel.

EG-domstolen godtog inte ett argument att kravet på myndighetskontroll endast var uppfyllt för de uppdrag som utförs av bolaget för spanska staten och inte för de uppdrag som utförs för de autonoma gemenskaperna. Till stöd för denna inställning åberopade domstolen för det första att det föreföll

följa av vissa bestämmelser i spansk lagstiftning att bolaget skulle utföra de beställningar som lämnas av offentliga myndigheter och av de autonoma gemenskaperna. För det andra angav domstolen att det föreföll följa av dessa bestämmelser att bolaget, liksom fallet är vad beträffar de uppdrag som utförs för spanska staten, i dess egenskap av genomförandeorgan och teknisk enhet, inte självt kan bestämma priset för de tjänster som utförs för de autonoma gemenskaperna och att bolagets kontakter med dessa inte är avtalsrättslig karaktär.

Länsrätten noterar att EG-domstolen synes utgå från att såväl kontrollkriteriet som verksamhetskriteriet kan vara uppfyllt trots att aktiekapitalet i ett bolag ägs av och verksamheten utförs för inte endast en offentlig myndighet utan flera sådana myndigheter. I Asemfofallet godtogs till och med att myndighetskontroll förelåg beträffande fyra regioner med obetydliga ägarandelar i ett bolag, men EG-domstolen fann för den bedömningen stöd av de speciella förhållanden som till följd av spansk lagstiftning gällde för bolagets verksamhet. Även andra omständigheter än ägarandel har således betydelse för bedömningen.

Det är därmed för närvarande oklart i vilken utsträckning kontrollkriteriet kan anses uppfyllt i fall där en myndighets ägarandel är liten. I sammanhanget kan noteras att de ovannämnda domarna av Kammarrätten i Göteborg överklagats till Regeringsrätten som den 13 mars 2006 meddelat prövningstillstånd i målen (mål nr 172-06 m.fl. resp. 176-06 m.fl.)

Umeå kommun har – vid sidan av sin argumentation angående kontrollkriteriet m.m. – även menat att SKFAB:s verksamhet är att jämställa med en inköpscentral som utför köp åt de offentliga enheter som är anslutna till inköpscentralen. I EG-direktivet 2004/18/EG regleras inköpscentraler. Möjligheten att göra inköp genom inköpscentraler har dock inte införts i svensk lagstiftning genom den nya lagen om offentlig

upphandling (2007:1091) som trädde i kraft den 1 januari 2008. Bestämmelser om inköpscentraler är frivilliga att införa för medlemsstaterna. Dessutom föreligger i förevarande mål inte identitet mellan det som köps in av SKFAB och det som tillhandahålls de delägande kommunerna. Vad kommunen anfört om jämställande med inköpscentraler kan av bl.a. nämnda skäl inte medföra att kommunen kan köpa försäkringar direkt från SKFAB.

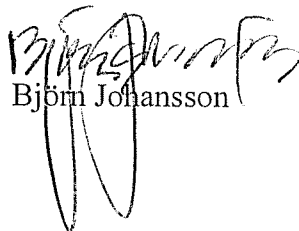
Som länsrätten tidigare nämnt ska ansökan om överprövning i förevarande mål avvisas eftersom vad som framkommit i målet inte ger stöd för att fråga ännu är om ett upphandlingsförfarande som kan bli föremål för överprövning enligt LOU. Länsrätten begränsar därför nu sin bedömning av kontrollkriteriet till vad som uttalats ovan i den delen. Avslutningsvis kan dock återigen anmärkas att det är Umeå kommun som har bevisbördan för att kontrollkriteriet är uppfyllt.

BESLUT

Länsrätten avvisar bolagets ansökan om överprövning.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet den 20 november 2007.

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


Björn Johansson

