

Finansdepartementet  
103 33 Stockholm

## **Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor (SOU 2011:43)**

Fi2011/2235

### **1. Sammanfattning**

Konkurrensverket anser i likhet med utredningen att undantaget avseende de s.k. Teckal-kriterierna ska införas som ett permanent undantag från skyldigheten att genomföra en upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).

Konkurrensverket ifrågasätter emellertid det lagförslag som utredningen förordar i 2 kap. 10 a § LOU. Konkurrensverket anser att undantagets räckvidd inte bör begränsas till anskaffning som görs av en fristående enhet från en upphandlande myndighet i rakt nedåt- eller uppåtstigande led. In-house undantaget bör även ta höjd för anskaffning inom ramen för en koncern, så länge kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda och anskaffningen inte är marknadsstörande.

Konkurrensverket anser i likhet med utredningen att Teckal-undantaget kan tillämpas inte bara av upphandlande myndigheter som är lokala eller andra offentliga myndigheter utan även av andra upphandlande myndigheter.

Konkurrensverket understryker vikten av att Teckal-undantaget ska tillämpas restriktivt.

Konkurrensverket instämmer i att Teckal-undantaget inte ska införas i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) eller lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV).

Konkurrensverket delar utredningens slutsatser avseende kontrollkriteriet inom kommunalförbund och andra juridiska personer.

Adress 103 85 Stockholm  
Besöksadress Torsgatan 11  
Telefon 08-700 16 00  
Fax 08-24 55 43  
konkurrensverket@kkv.se

Konkurrensverket har i övriga delar inte någon erinran mot betänkandets bedömningar och förslag.

Konkurrensverket vill framhålla att det bör övervägas om möjligheten att använda frivillig förhandsinsyn kan utvidgas till att även omfatta avtal utan föregående annonsering med stöd av Teckal-kriterierna samt för de avtal som är undantagna upphandlingsskyldighet enligt bestämmelserna i 1 kap. LOU (och i motsvarande bestämmelser i LUF).

## 2. EU-domstolens praxis om in house-undantaget, m.m. (avsnitt 4)

Konkurrensverket anser att utredningens redogörelse av EU-domstolens praxis avseende in house-undantaget i de enskilda fallen är korrekt och adekvat. Konkurrensverket vill, mot bakgrund av SYSAV-målen, erinra om att det aldrig funnits något undantag i svensk rätt innan det tidsbegränsade undantaget infördes. Vid införande av ett permanent undantag måste det tas i beaktande att det finns ett flertal Teckal-liknande förhållanden som ännu inte prövats av EU-domstolen.

Konkurrensverket anser att föreliggande betänkande återger gällande rättsläge korrekt vad avser Teckal-domen<sup>1</sup> och efterföljande rättspraxis. Konkurrensverket vill även notera särskilt att utredningen har gjort en gedigen rättsutredning och instämmer i de slutsatser utredningen dragit av de individuella rättsfallen.

Regeringsrätten (nuvarande Högsta förvaltningsdomstolen) har i SYSAV-domarna<sup>2</sup> gjort den bedömningen att Teckal-kriterierna överhuvudtaget inte kan tillämpas enligt gällande svensk rätt. Domarna fastslog att en upphandlande myndighet enligt gällande svensk rätt inte på denna grund kan tilldela ett kontrakt till en annan juridisk enhet som på visst sätt är knutet till myndigheten utan att genomföra ett formellt upphandlingsförfarande (trots att Teckal-kriterierna i och för sig skulle kunna vara uppfyllda).

Konkurrensverket vill härvid, mot bakgrund av Lena Dalmans särskilda yttrande, poängtera att Högsta förvaltningsdomstolens bedömning i SYSAV-målen är att betrakta som en tolkning och tillämpning av rättsläget. I och med Högsta förvaltningsdomstolens dom kan fastställas att något in house-undantag aldrig funnits i svensk rätt.

Konkurrensverket anser i likhet med utredningen att Teckal-undantaget ska införas i LOU. Konkurrensverket understryker vikten att man i lagen inför rekvisit som skapar förutsättningar för att uppnå rättslikhet med EU-domstolens framtida rättspraxis för att minimera risken att utvidga undantagets omfattning på ett sätt

<sup>1</sup> Dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal

<sup>2</sup> RÅ 2008 ref 26

som inte är i enlighet med denna praxis. Det finns, vilket poängterats i utredningen, ett flertal Teckal-liknande förhållanden som ännu inte prövats av EU-domstolen. Ett alltför långtgående undantag skulle kunna innebära ett fördragsbrott.

### 3. Vissa frågor om in house-undantagets räckvidd (avsnitt 5)

Konkurrensverket delar utredningens mening att undantaget kan tillämpas inte bara av upphandlande myndigheter som är lokala eller andra offentliga myndigheter utan även av andra upphandlande myndigheter. Konkurrensverket instämmer i att undantaget inte ska införas i LUF eller LOV.

Konkurrensverket understryker att Teckal-undantaget inte innebär en automatisk befrielse från upphandlingsskyldigheten utan istället att ett upphandlingskontrakt inte uppstår vid vissa situationer. Bedömningen om undantaget är tillämpligt måste göras i den enskilda upphandlingen i överensstämmelse med EU-domstolens praxis. Konkurrensverket vill härvidlag hänvisa till de synpunkter Konkurrensverket framfört avseende införandet av det temporära undantaget (Konkurrensverkets dnr 438/2009).

Konkurrensverket delar utredningens bedömning att EU-domstolens praxis avseende Teckal-undantaget även kan vara tillämplig i relationen mellan en upphandlande myndighet som inte är en offentlig myndighet och en fristående enhet. Definitionen av vad som är ett avtal är densamma för samtliga upphandlande myndigheter, d.v.s. oavsett om de är offentliga myndigheter eller av annat slag.

Konkurrensverket delar utredningens bedömning att undantaget inte ska införas i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) och lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV).

### 4. Införande av ett in house-undantag i svensk rätt (avsnitt 18)

Konkurrensverket ifrågasätter det lagförslag som utredningen förordar i 2 kap. 10 a § LOU. Konkurrensverket anser att undantagets räckvidd inte bör begränsas till anskaffning som görs av en fristående enhet från en upphandlande myndighet i rakt nedåt- eller uppåtstigande led. In-house undantaget bör även ta höjd för att anskaffning inom ramen av en koncern kan komma att tillåtas, så länge kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda och anskaffningen inte är marknadsstörande.

Konkurrensverket delar utredningens mening att EU-rätten medger en formell valfrihet för Sverige att kodifiera ett in house-undantag eller inte. Införandet av ett in house-undantag medför förutsebarhet för rättsskipning och aktörer och bidrar till enhetlighet. Det är emellertid nödvändigt att det nationella regelverket följer

EU-rätten och inte utvidgar undantagets räckvidd, särskilt med beaktande att det rör sig om ett undantag från upphandlingslagstiftningen.

Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att det inte finns några alternativ till att införa undantaget, om avsikten är att upprätthålla ett status quo. Samtliga andra alternativ kommer sannolikt att leda till organisationsförändringar inom staten, kommunerna och landstingen.

Utredningen förordar en lösning där det uttryckligen bl.a. regleras att en fristående enhet, när denna står under den upphandlande myndighetens kontroll och bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med myndigheten, kan anskaffa varor och tjänster från den upphandlande myndigheten. Det kan konstateras att detta förslag leder till tydlighet avseende frågan om vilka anskaffningar som är tillåtna eller inte, vilket bidrar till förutsebarhet. Konkurrensverket vill emellertid framhålla att det kan, mot bakgrund av det oklara rättsläget, uppstå praktiska svårigheter vid en alltför detaljerad reglering som per se utesluter vissa anskaffningar från ett in house-undantag.

Konkurrensverket förordar en lagstiftningsteknik som inte bara tar i beaktande vad som krävs för att neutralisera effekterna av SYSAV-målen utan även tar höjd för framtida utvecklingar av EU-domstolens praxis rörande Teckal-undantaget och bestämmelsen bör därför utformas så att den kan omfatta andra eventuella liknande förhållanden som kan komma att betraktas som "in house-providing".

Det kan även diskuteras huruvida begreppet "in house-providing" är ett vidare begrepp än Teckal-kriterierna. Det kan inte uteslutas att en ytterligare precisering av vad som är undantaget upphandlingsskyldighet kommer att ske. Det saknas därmed, enligt Konkurrensverkets uppfattning, i nuläget anledning att försöka få in så många förhållanden som möjligt under den nu föreslagna lagstiftningen avseende Teckal-kriterierna.

Enligt Konkurrensverkets mening bör den organisatoriska formen inte ensamt vara avgörande för anskaffningarnas tillåtlighet. En ytterligare utgångspunkt bör vara huruvida anskaffningarna är marknadsstörande eller inte. Med hänsyn till rättslagets osäkerhet kan inte uteslutas att även koncerninterna köp utan föregående annonserad upphandling skulle kunna vara förenliga med EU-rätten.

Bestämmelsen eller dess förarbeten bör därutöver klargöra att framtida praxis från EU-domstolen är direkt tillämplig eller ska utgöra tolkningsunderlag, utan vidare åtgärder från lagstiftaren.

Konkurrensverket ställer sig frågande till att utredningen väljer att detaljreglera "omvända köp" och samtidigt anför att något stöd för att köp mellan systerbolag skulle vara tillåtet inte finns, utan att precisera skillnaderna mellan dessa två koncernsituationer. En logik som bygger på att kontrollkriteriet kan anses uppfyllt via

moderbolagets möjlighet att instruera dotterbolaget bör leda till samma resultat i bägge situationerna.

Det ter sig inte osannolikt att en bestämmelse där vissa ageranden explicit tillåts kommer att tolkas som att de ageranden som inte tillåts är per se förbjudna, vilket sannolikt inte är avsikten bakom den föreslagna regleringen.

Konkurrensverket vill poängtera att det saknas uttryckligt stöd i EU-domstolens praxis för att det vid bedömningarna av Teckal-domen och de efterföljande målen har beaktats principen om ekonomisk enhet, dvs. koncernförhållanden. Det är dock ett kvalificerat antagande att principen kan ha varit en inspirationskälla. Det kan således inte fastställas att den framtida EU-rättsliga utvecklingen kommer att avgränsa undantaget för in house-providing till koncernbegreppet. Konkurrensverket anser därför att lagstiftningen nu istället för ta utgångspunkt i vilket syfte man vill uppnå. Konkurrensverket anser därvid att utgångspunkten bör vara att undvika marknadsstörande upphandlingar inom koncerner, samt att fokus på när marknadsstörning kan förekomma bör knytas primärt till verksamhetskriteriet.

Frågan om vilka transaktioner – om några – utöver de som redan prövats, som kan medges som "in house-providing" kan dock inte med säkerhet fastslås förrän det föreligger praxis från EU-domstolen, det vill säga först vid en begäran om förhandsavgörande vid en ansökan om överprövning av en leverantör eller efter ansökan om upphandlingsskadeavgift från Konkurrensverket. Alternativt kan en sådan prövning komma till stånd genom en talan om fördragsbrott avseende någon medlemsstats överträdelse av direktiven, exempelvis ett felaktigt åberopande av undantag från upphandlingsskyldighet. För att uppnå en situation där ytterligare klarhet skapas är det önskvärt att förhandsavgöranden inhämtas.

## 5. Kontroll över svenska privaträttsliga associationer (avsnitt 19)

Konkurrensverket anser att det inte med säkerhet kan hävdas att kontrollkriteriet är uppfyllt avseende ett svenskt aktiebolag. En bedömning måste ske i varje enskilt fall. Konkurrensverket erinrar om att det är ägaren som har bevisbördan för att en tillräcklig kontroll föreligger.

Konkurrensverket delar utredningens slutsatser avseende kommunalförbund och andra juridiska personer.

I frågan om kontrollkriteriets uppfyllande för ett svenskt aktiebolag vill Konkurrensverket dock anföra följande.

Avgörande för Teckal-undantagets tillämpning är om en offentlig ägare kan utöva en tillräcklig kontroll över ett svenskt aktiebolag för att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt. I utredningen föreligger ett flertal rättsutlåtanden. I vart fall i två av dessa framförs olika slutsatser avseende vilken kontroll en aktieägare kan utöva

över ett svenskt aktiebolag. Skiljelinjen är främst frågan om styrelsens självständighet gentemot ägaren.

Utredningen har dragit slutsatsen att begreppet kontroll ska tolkas kontextuellt i förhållande till den nationella associationsrätten. Detta torde innebära att den i varje medlemsstat förekommande motsvarigheten till aktiebolag måste prövas för sig för att utreda dess förenlighet med kontrollkriteriet.

Frågan om ägaren till ett svenskt aktiebolag överhuvudtaget kan uppfylla kontrollkriteriet samt i så fall vilka åtgärder som krävs för det, eller om den svenska aktiebolagsrätten utgör ett hinder för att utöva den kontroll som avses kan därmed inte slutligen besvaras förrän frågan underställts EU-domstolen genom inhämtande av förhandsavgörande eller genom en talan om fördragsbrott på grund av överträdelse av upphandlingsdirektivet.

Till dess så skett innehåller varje bedömning av frågan – även OFUKI-utredningens, hur väl underbyggd den än är – ett visst mått av osäkerhet och risk för att EU-domstolen kommer till en annan slutsats. Det får därmed anses föreligga en betydande osäkerhet avseende gällande rätt och därmed en betydande brist på förutsebarhet för de upphandlande myndigheterna.

Det kan dock inledningsvis noteras att även om det skulle förhålla sig så som utredningen anfört, att någon enskild omständighet inte kan anses utgöra ett absolut hinder mot att kontrollkriteriet är uppfyllt, ska en samlad bedömning av den kontroll ägaren kan utöva och vilken kontroll som faktiskt utövas ske i varje enskilt fall.

Det kan i detta sammanhang noteras att styrelsen enligt 8 kap. 4 § första stycket aktiebolagslagen (2005:551), ABL, svarar för bolagets organisation och förvaltningen av bolagets angelägenheter. Det torde därmed förhålla sig så att styrelsen kan utöva ett betydande mått av självständighet gentemot en passiv ägare.

Styrelsens främsta ansvar är att svara för bolagets bästa vid varje givet tillfälle. Styrelsen har även att bevaka att de bestämmelser i ABL vars syfte är att skydda bolagets borgenärer efterföljs. Det bör i detta sammanhang noteras att, för det fall annat inte anges i bolagsordningen, syftet med ett aktiebolag är att generera vinst till dess ägare. För att ett aktiebolag ska kunna tillgodose ett allmännyttigt ändamål utöver detta krävs att ett sådant skrivs in i bolagsordningen. För att ett aktiebolag ska kunna bedriva en verksamhet som innebär att det i allt väsentligt är en förlängning av det allmännas verksamhet krävs således att det allmänna utövar en aktiv styrning och kontroll.

Ett exempel är att det naturliga för en styrelse med vidsträckta befogenheter och enbart ett syfte att leverera vinst skulle vara att bedriva en så effektiv kommersiell verksamhet som möjligt. Bortsett från att sådant skulle inverka på bedömningen

av verksamhetskriteriet och kan strida mot reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet kan den ökade marknadsmässiga inriktningen vägas in vid bedömningen av kontrollkriteriet.

Konkurrensverket erinrar även om uttalandet i domen i mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 67, där EU-domstolen uttalar att mycket långtgående befogenheter för styrelsen kan hindra att sådan kontroll som avses i Teckal-kriterierna utövas. Konkurrensverket erinrar också om EU-domstolens slutsats i domen i mål C 340/04, Carbotermo, där långtgående befogenheter för styrelsen i kombination med att det aktuella bolaget ägdes via ett holdingbolag bedömdes innebära att kontrollkriteriet inte var uppfyllt.

Det kan därvid noteras att ägande i koncernstrukturer ter sig vara förhållandevis vanligt i vart fall avseende de statliga bolagen samt för de större kommunerna och landstingen.

De åtgärder som kan vidtas för det fall bolagets styrelse inte följer ägardirektiv och liknande, exempelvis att byta ut hela eller delar av styrelsen samt även en användning av den skadeståndsskyldighet som kan uppstå för enskilda styrelseledamöter, kräver aktiva åtgärder från ägaren eller ägarna.

I den praxis som uppstått på området läggs stor vikt vid ägarens möjlighet att påverka bolagets beslut på kort och på lång sikt. Det kan noteras att det är ett relativt fåtal beslut som enligt lag måste underställas bolagsstämman och att bolagets styrelse har vidsträckt befogenheter att fatta beslut angående bolaget och att företräda bolaget utåt.

Utredningen konstaterar även att bolagsstyrelsen är skyldig att bortse från direktiv och överenskommelser från och mellan aktieägare om dessa strider mot uttryckliga bestämmelser i ABL eller uppenbart strider mot bolagets intresse. Av domen i mål C-537/07, Sea, kan också utläsas av EU-domstolens förbehåll i domskälen att de kontrollskapande åtgärderna som vidtas måste vara förenliga med nationell associationsrätt och därmed giltiga i förhållande till bolaget och bolagets organ.

Härav kan slutsatsen dras att styrelsen självständigt och vid var tid måste pröva om de instruktioner som ges är förenliga med ABL och med bolagets intressen. Det påtalas därvid, upprepade gånger, i utredningen att styrelsens och de enskilda ledamöternas lojalitetsplikt är gentemot bolaget och inte mot den eller de aktieägare som tillsatt dem.

Det är således oklart om kontrollkriteriet kan uppfyllas med beaktande av svensk bolagsrätt, och i så fall vilka åtgärder som krävs för detta. För det fall kontrollkriteriet kan uppfyllas drar Konkurrensverket – i likhet med utredningen – slutsatsen att det torde det krävas en aktiv förvaltning och ett betydande mått av aktiv

styrning från ägaren eller ägarna. Det kan under alla omständigheter inte uteslutas att ägaren kan utöva en tillräcklig kontroll över bolaget för att kontrollkriteriet ska vara uppfyllt.

Konkurrensverket instämmer således i utredningens slutsats att det i vart fall inte räcker med att enbart äga bolaget och utse styrelsen samt bestämma verksamhetsföremålet. Denna slutsats överensstämmer med att EU-domstolen vid mer än ett tillfälle har uttalat att enbart ägande av ett aktiebolag inte är direkt avgörande för bedömningen av om sådan kontroll som avses enligt kontrollkriteriet utövas.

Fram tills dess att det utvecklats en auktoritativ rättspraxis avseende de specifika frågorna om kontroll över ett svenskt aktiebolag måste en bedömning ske i varje enskilt fall avseende den kontroll som faktiskt utövas och därmed huruvida tilldelningar av kontrakt får ske utan föregående annonsering, vid varje enskild tilldelning. Konkurrensverket erinrar därvid om att det är ägaren, den upphandlande myndigheten, som har bevisbördan för att en tillräcklig kontroll föreligger, för det fall detta skulle ifrågasättas.

## 6. Förhandsinsyn vid in house-undantag

Konkurrensverket anser att det bör övervägas om möjligheten att använda frivillig förhandsinsyn enligt 7 kap. 4 § respektive 15 kap. 5 a § LOU ska utvidgas till att även omfatta avtal som upphandlande myndigheter avser att ingå utan föregående annonsering med stöd av Teckal-kriterierna, samt även för de avtal som är undantagna upphandlingsskyldighet enligt bestämmelserna i 1 kap. LOU. Motsvarande ändringar bör, i tillämpliga delar, i så fall även göras i LUF.

I och med ändringarna av rättsmedelsreglerna m.m. i LOU år 2010 infördes en möjlighet för upphandlande myndigheter att publicera meddelanden om frivillig förhandsinsyn i TED respektive allmänt tillgängliga nationella databaser. Förhandsinsyn kan användas när den upphandlande myndigheten anser att den har rätt att göra ett inköp utan att genomföra en annonserad upphandling. Om en korrekt förhandsinsyn genomförs undviker den upphandlande myndigheten risken för att ett ingånget avtal efter överprövning ogiltigförklaras av domstol. Leverantörer å sin sida kan genom att bevaka meddelanden om förhandsinsyn få kännedom om inköp som inte föregås av en annonserad upphandling, och inom tio dagar från publiceringen av meddelandet begära överprövning i domstol för att få prövat om avtalet verkligen inte behöver upphandlas enligt ordinarie annonseringsregler.

Förhandsinsynen medför således både minskade risker för upphandlande myndigheter att drabbas av ogiltighet av ingångna avtal samt en bättre öppenhet, insyn och möjlighet till kontroll av myndigheters inköp utan föregående annonsering. En korrekt genomförd förhandsinsyn utgör emellertid inte hinder mot att påföra den upphandlande myndigheten en upphandlingsskadeavgift.

Såsom reglerna om förhandsinsyn idag är utformade finns emellertid ingen möjlighet till sådan insyn vid andra inköp utan föregående annonsering än dem som görs med stöd av 4 kap. 5-9 §§ LOU. Med andra ord kan förhandsinsyn inte användas inför ingående av avtal med stöd av Teckal-kriterierna enligt 2 kap. 10 a § eller andra sådana avtal som enligt 1 kap. 4-8 §§ LOU är undantagna från lagens tillämpningsområde. Det framgår inte av förarbetena till 2010 års lagändringar varför förhandsinsynens tillämpningsområde begränsades på det sätt som skedde.

Konkurrensverket kan inte se några bärande skäl till varför den nuvarande begränsningen av förhandsinsynens tillämpningsområde bör bestå. Motsvarande begränsning finns inte i det första rättsmedelsdirektivet 89/665 (artikel 2d.4 i lydelsen enligt ändringsdirektivet 2007/66). Det framgår också av bilaga D till kommissionens förordning 1564/2005 (i lydelsen enligt förordning 1150/2009) med standardformulär för meddelanden om offentlig upphandling, att förhandsinsyn även ska kunna användas för kontrakt som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde, vilket för svenskt vidkommande således torde motsvara avtal enligt 2 kap. 10 a § eller 1 kap. 4-8 §§ LOU. Det bör erinras att medlemsstaterna enligt artikel 2d.4 i det första rättsmedelsdirektivet är skyldiga att införa bestämmelser om förhandsinsyn (se även prop. 2009/10:180 s. 142). Det kan således ifrågasättas om den nuvarande begränsningen i LOU överensstämmer med direktivet.

Inom ramen för Konkurrensverkets tillsynsarbete på upphandlingsområde går Konkurrensverket igenom de meddelanden om frivillig förhandsinsyn från svenska upphandlande myndigheter och enheter som publiceras i TED och i de svenska annonseringsdatabaserna. Mellan den 15 juli 2010 och den 23 juni 2011 har Konkurrensverket identifierat totalt cirka 230 meddelanden om frivillig förhandsinsyn. Konkurrensverket erinrar om att det är av stor vikt att motiveringarna och den övriga informationen som lämnas i en förhandsinsyn är korrekt och fullständig. I Teckal-situationer gäller det för den upphandlande myndigheten – om förhandsinsyn görs tillämplig för dessa – att genom en beskrivning av omständigheterna i det enskilda fallet motivera hur kontrollkriteriet och verksamhetskriteriet är uppfyllda. En alltför bristfällig motivering i en förhandsinsyn kan enligt Konkurrensverkets bedömning medföra att förbudet mot ogiltighet inte träder in, utan att myndigheten istället alltjämt riskerar att ett ingånget avtal efter en överprövning förklaras ogiltigt.<sup>3</sup>

Motsvarande diskrepans mellan direktiven och den svenska lagen gäller för försörjningssektorerna, med den skillnaden att Teckal-kriterierna inte är tillämpliga där. I konsekvens med de föreslagna ändringarna i LOU bör även motsvarande utvidgning av möjligheten till förhandsinsyn göras i LUF avseende avtal som enligt bestämmelserna i 1 kap. LUF inte omfattas av lagens tillämpningsområde.

---

<sup>3</sup> Se Konkurrensverkets promemoria "Bristfälliga uppgifter i meddelanden om frivillig förhandsinsyn" från november 2010, dnr 456/210.

## 7. Övrigt

Konkurrensverket noterar att utredningen inte gör någon närmare analys av verksamhetskriteriet och hur stor omfattningen av den verksamhet som bolaget bedriver mot andra än ägaren/ägarna. Om detta kan allmänt konstateras att den exakta gränsdragningen för vad marginell karaktär innebär ännu inte utkristalliserat sig av rättspraxis, varken nationell sådan eller av EU-domstolen. Detta kommer sannolikt att ske över tid, genom ansökningar om överprövning samt genom mål om upphandlingsskadeavgift. Alternativt kan också EU-domstolens praxis komma att utvecklas genom mål om fördragsbrott.

Konkurrensverket vill även uppmärksamma att gemensamt ägda bolag som utför nödvändiga tjänster åt det allmänna, utan att vid något tillfälle konkurrensutsätts kan anses skapa de facto-monopol på områden där den fria marknaden skulle kunna spela en betydande roll. I denna situation saknas det enligt Konkurrensverkets uppfattning garantier för att verksamheten faktiskt bedrivs på ett effektivt och rationellt sätt, då det inte finns någon jämförbar verksamhet.

Konkurrensverket har i övriga delar inte någon erinran mot betänkandets bedömningar och förslag.

---

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit Magnus Johansson.

Dan Sjöblom

Magnus Johansson