



**LÄNSRÄTTEN I
GOTLANDS LÄN**
Föredragande:
Linda Åslin

DOM
2009-09-22
Meddelad i
Visby

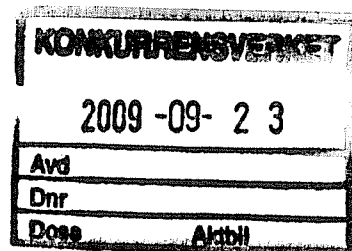
Mål nr
552-09 E
Rotel 2

SÖKANDE

TDC Sverige AB, 556465-8507

Ombud:

Advokaten Tomas Kjellgren och jur. kand. Rasmus Naeyé
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm



MOTPART

AB Svenska Spel, 556460-1812

Ombud:

Advokaterna Claes Langenius och Joakim Sundbom
Advokatfirman Hammarskiöld & Co AB
Box 2278
103 17 Stockholm

SAKEN

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

BAKGRUND

AB Svenska Spel (Svenska Spel eller bolaget) har genom förfrågningsunderlag "Request for proposal regarding a turnkey delivery of a Data Center Network for Svenska Spel" daterat den 16 mars 2009 infordrat anbud avseende datanätverk samt tillhörande supporttjänster. Svenska Spel har den 28 maj 2009 underrättat TDC Sverige AB (TDC) om att det inte kvalificerat sig och att man valt att gå vidare med andra anbudslämnare.

YRKANDEN M.M.

TDC begär överprövning med yrkande att länsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om till den del den avser Svenska Spels inköp under upphandlat avtal. Till stöd för sin talan anför TDC bl.a. följande.

Upphandlingen

De aktuella tjänsterna faller inom kategorin databehandlingstjänster och därmed sammanhängande tjänster och utgör således så kallade A-tjänster. I

Dok.Id 17146

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1036 621 21 Visby	Artillerigatan 2 B	0498-28 14 80 E-post: lansrattenigotland@dom.se	0498-28 14 99	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

upphandlingen ingår även i viss utsträckning leverans av varor. Genom upphandlingen avser Svenska Spel ingå ett ramavtal som omfattar också dess dotterbolag. Som framgår av TDC:s yrkanden gäller emellertid förvarande mål endast Svenska Spels inköp under upphandlat avtal. Det totala värdet av upphandlingen uppgår uppskattningsvis till 80-100 miljoner kr och överstiger därmed tillämpligt tröskelvärde på 1 911 155 kr avseende tjänster och varor i LOU samt uppgår till betydande belopp.

Upphandlande myndighet

Nämnden för Offentlig Upphandling (NOU) har i yttrande den 21 september 2006 slagit fast att Svenska Spel utgör en upphandlande myndighet. Även Konkurrensverket har i skrivelser den 19 december 2007 och den 27 februari 2008 funnit att Svenska Spel har att följa LOU. Konkurrensverket har bl.a. framfört att om det finns sådana starka skyddshänsyn att dessa kan motivera spelmonopolets upprätthållande, kan de behov som Svenska Spel tillgodoser inte vara andra än de skyddshänsyn som bolaget genom sitt tillstånd är skyldigt att ta hänsyn till. Därav följer enligt Konkurrensverket att Svenska Spel är skyldigt att tillämpa upphandlingslagstiftningen.

Att Svenska Spel är en juridisk person som endast kontrolleras av staten är ostridigt i målet. Enligt EG-domstolens fasta praxis måste det gemenskapsrättsliga begreppet offentligt styrt organ ges en tolkning som är funktionell och bred samt beaktar att syftet med reglerna på upphandlingsområdet är att undvika risken att upphandlande myndigheter premierar nationella leverantörer och att till exempel statligt ägda bolag i övrigt låter sig styras av hänsyn andra än rent ekonomiska.

Frågan om Svenska Spel tillgodoser ett behov i det allmännas intresse ska i första hand bedömas utifrån nu aktuella förhållanden, men vid en samlad bedömning finns ändå en möjlighet att väga in syftet med inrättandet av bolaget och historiska omständigheter. Som EG-domstolen har uttalat sak-

nar det härvid betydelse att det behov som ett statligt kontrollerat företag tillgodoser också skulle kunna tillgodoses av privata aktörer. Avgörande är om staten har ansett att detta allmänna behov bör tillgodoses av staten självt eller att staten åtminstone ska ha kvar ett bestämmande inflytande över verksamheten, jfr bl.a. mål C-373/00, Adolf Truley, REG 2003 s. I-01931, p. 50. Huvudsyftet med den svenska lotterilagstiftningen är att skydda den enskilde och samhället. Skälen till att den svenska spelmarknaden är reglerad och att staten valt att självt bedriva verksamhet på denna marknad genom bolaget är således sociala skyddshänsyn.

Inför bildandet av Svenska Spel gjordes bedömningen att staten även framgent borde äga, styra eller på annat sätt ha insyn i de stora aktörerna på spelmarknaden. Sociala skyddshänsyn, bedrägeririsken och konsumentintressen skulle beaktas när spelformer utvecklas och i Svenska Spels verksamhet i övrigt. Därigenom skulle statens engagemang ges en större tydlighet avseende ambitionen att bibehålla det nationella självbestämmandet på spelmarknaden. Det ansågs att de statliga bolagen borde ges koncessioner bl.a. för sådana spelformer som kunde bedömas medföra risker av social karaktär och som bedömdes kunna stävja illegalt spel i okontrollerade former, se prop. 1995/96:169 Sammanslagning av Svenska Penninglotteriet AB och AB Tiptjänst m.m.

Det är mot denna bakgrund tydligt att den genom Svenska Spel bedrivna verksamheten har inrättats för att tillgodose ett behov i det allmännas intresse, nämligen säkerställandet av sociala skyddshänsyn på den svenska spelmarknaden. Detta behov tillgodoses både genom att denna marknad i sig har reglerats och genom att staten har valt att ge sitt eget bolag Svenska Spel ensamrätt att tillhandahålla ett antal olika spelprodukter på marknaden. Av avgörande betydelse är just det faktum att regeringen ansett att det är behovet av att säkerställa insyn och kontroll i spelverksamheten och att tillse att verksamheten bedrivs i ändamålsenliga former som utgör huvud-

anledningen till att de statligt kontrollerade bolagen Svenska Spel och AB Trav och Galopp (ATG) existerar i nuvarande former, jfr direktiv 2007:79 En stärkt och moderniserad spelreglering, s. 2. Om det finns någon trend inom svensk spelpolitik är det att de sociala skyddsaspekterna ska stärkas ytterligare och att grunden för nuvarande modell för spelreglering även fortsättningsvis ska tjäna som förebild, jfr a. direktiv.

Av EG-domstolens praxis framgår att ett bolag som inte bedriver sin verksamhet under normala marknadsförhållanden, inte har ett huvudsakligt vinstsyfte och inte heller självt bär risken för sin verksamhet sannolikt inte tillgodoser ett allmänt behov av industriell eller kommersiell karaktär, jfr mål C-18/01, Korhonen, REG 2003 s. I-05321, p. 51. Trenden i EG-domstolens praxis har under senare år varit ett ökat fokus på frågan om ett statligt bolag bedrivit sin verksamhet i konkurrens under normala marknadsförhållanden. I ett förslag till avgörande i mål C 536/07, kommissionen mot Tyskland, som publicerats den 4 juni 2009, argumenterar generaladvokaten Trstenjak, med hänvisning till domarna i mål C-393/06, Ing. Aigner, REG 2008, s. I-2339, och Korhonen, för att en teleologisk tolkning av upphandlingsreglerna leder till slutsatsen att om ett bolag har en speciell konkurrensposition på en marknad så innebär det en extremt stark indikation på att det behov som det offentligt styrda organet tillgodoser inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Enligt praxis, som tydliggjorts efter kommissionens beslut att nedlägga mål 1997/4610 (Systembolaget) genom Ing. Aigner och Korhonen, kan således även ett vinstdrivande bolag som möter konkurrens vid en helhetsbedömning anses tillgodose ett behov i allmänhetens intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

Den svenska lagstiftningen på området utgörs av lotterilagen (1994:1000) och kasinolagen (1999:3555) och innebär att i princip endast tre aktörer kan få lotteritillstånd: staten, hästsporten och folkrörelserna. Av detta följer enligt slutbetänkande av Spelutredningen (SOU 2008:124) att näringslivet

”i princip är utestängt från lotterimarknaden”. Endast i den del som gäller restaurangkasinon tillåts näringslivet bedriva lotterier, vilka enligt Spelutredningen dock mest är förstörelsekaraktär med små insatser och små vinster. Lotterilagen är således en förbudslagstiftning som bygger på principen att alla lotterier kräver tillstånd och att alla tillstånd står under offentlig kontroll. Som Svenska Spel självt uppger i sin senaste årsredovisning har bolaget ”monopol på de spelformer som ansvariga politiker har bedömt innebär störst risk att leda till problem” och bedriver sin verksamhet genom ca 7 000 ombud över hela landet, varav knappt 3 000 butiker har merparten av bolagets sportspel, nummerspel och lotter i sitt sortiment. Svenska Spel samarbetar vidare med drygt 2 000 restauranger och bingohallar som tillhandahåller värdeautomatspelet Vegas och bedriver verksamhet på Internet. Enligt bolagets egna uppgifter spelar 89 procent av spelarna i butik medan endast 11 procent spelar på Internet. Svenska Spel har således en särställning på den svenska spelmarknaden i konkurrenshänseende. Den konkurrens som kan förekomma från utländska aktörer, spelhemsidor eller illegal spelverksamhet utgör inte heller en sådan betydande konkurrens som kan vara en indikation på att ett bolag inte tillgodoser ett allmänt behov av industriell eller kommersiell karaktär.

Syftet med inrättandet av den verksamhet som bedrivs genom Svenska Spel har heller inte varit att genera intäkter åt staten, även om så har skett i praktiken. Dessa intäkter har också betydelse för det tredje kriterium som EG-domstolen har uppställt för bedömningen av om ett behov i allmänhetens intresse är av industriell eller kommersiell karaktär. Det förhållande att det i detta fall inte finns någon uttrycklig garanti från statens sida att eventuella förluster hos Svenska Spel kommer att täckas måste givetvis ses i ljuset av det faktum att bolagen i praktiken givits en monopolställning på en lukrativ marknad och till följd därav genererar mångmiljardbelopp i årliga intäkter. En förlusttäckningsgaranti har staten således de facto gett bolaget genom dess ensamrätt och de sanktioner som uppställts för andra

aktörer att tillhandahålla eller marknadsföra motsvarande produkter. I mål C-44, Mannesmann, REG 1998, s. I-73, p. 34, har EG-domstolen slagit fast att ett statligt företag som tillgodoser både ett allmänt icke-industriellt/kommersiellt behov och ett industriellt/kommersiellt behov är att betrakta som en upphandlande myndighet som måste tillämpa upphandlingsreglerna för hela verksamheten. Även om Svenska Spel till någon del skulle anses bedriva en konkurrensutsatt och kommersiell verksamhet måste således bolaget alltid följa LOU vid inköp av bl.a. varor och tjänster.

Upphandling i strid med LOU

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. För att kunna tillgodose bl.a. dessa krav ska en upphandlande myndighet, vid inköp av varor och tjänster över tröskelvärdena normalt genomföra inköp genom ett öppet eller selektivt upphandlingsförfarande. Ett förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering får endast användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 4 kap. 2-9 §§ LOU. Om ett upphandlingsförfarande utan föregående annonsering används är det den upphandlande myndigheten som har att visa att skäl härför föreligger. Av detta följer att Svenska Spel, i egenskap av upphandlande myndighet, normalt ska på förhand annonsera samtliga inköp av varor och tjänster. Skäl har inte förelegat för Svenska Spel att genomföra upphandlingen utan sådan föregående annonsering. Genom att inte annonsera har bolaget bl.a. överträtt den grundläggande EG-rättsliga principen om öppenhet.

I Svenska Spels beslut den 28 maj 2009 framkommer att TDC:s anbud haft god kravuppfyllelse. Avgörande för bolagets beslut att inte vidare utvärdera TDC:s anbud anges ha varit ”kommersiella aspekter” i förening med ”färre relevanta referenser”. Detta godtyckliga beslut hade inte kunnat förekomma i en upphandlingsprocess som efterlevt LOU:s krav på likabehandling och transparens. Eftersom överträdelserna har skett i det konkur-

rensutlysningssökande skedet finns ingen möjlighet att vidta rättelse, utan upphandlingen måste göras om.

Bifogade handlingar

Till ansökan om överprövning och har bifogats förfrågningsunderlaget "Request for proposal regarding a turnkey delivery of a Data Center Network for Svenska Spel" daterat den 16 mars 2009, Svenska Spels underrättelse den 28 maj 2009 om att TDC inte gått vidare i utvärderingen, NOU:s yttrande den 21 september 2006, Konkurrensverkets skrivelser den 19 december 2007 och den 27 februari 2008 samt bilaga II till LOU.

Svenska Spel bestrider bifall till ansökan och yrkar att TDC:s talan ska avvisas. Till stöd härför anför bolaget bl.a. följande.

Upphandlande myndighet

Svenska Spel är av uppfattningen att det inte omfattas av LOU, vilket baseras på grundliga utredningar av rättsläget och kontinuerliga överväganden utifrån bl.a. verksamhetens och marknadens utveckling. Svenska Spel har öppet redovisat sin uppfattning i frågan och skälen för denna uppfattning vid flera tillfällen, bl.a. till NOU och Konkurrensverket. Det är alltså inte så att bolaget utan skäl avstår från att tillämpa LOU. De uttalanden som gjorts av NOU och Konkurrensverket angående bolagets status enligt LOU baseras på flera år gamla utredningar med stora brister. Utredningarna är översiktliga och förenklade, och bortser till stor del från både vad som anförts av bolaget i frågan och EG-domstolens praxis.

Svenska Spel är ett av staten helägt aktiebolag som bildades den 1 januari 1997. Bolaget tillhandahåller ett stort antal produkter inom kategorierna sportspel, nummerspel, lotter, värdeautomatspel, poker och bingo och tillgodoser därigenom vissa människors behov av dessa produkter. Det är en verksamhet av mycket speciell beskaffenhet och som innebär risker såväl

för samhället som för den enskilde. Svenska Spel är ett av många statligt ägda bolag som har särskilda samhällsintressen och bedriver sin verksamhet på ett ansvarsfullt sätt för att motverka kriminalitet och spelberoende. Bolaget är heller inte vinstmaximerande, dvs. dess kommersiella verksamhet ska vara i balans med det ansvarstagande arbetssättet, vilket exempelvis innebär att produkter som anses särskilt riskabla marknadsförs restriktivt eller inte alls. Det är dock ett aktiebolag och drivs som sådant i vinstsyfte. Bolaget erhåller inte anslag eller bidrag från staten för att finansiera sin verksamhet och det finns ingenstans någon utfästelse från statens sida att tillskjuta medel för att täcka eventuella förluster i verksamheten. Svenska Spel bär därmed självt den ekonomiska risken för sin verksamhet.

Det är mot denna bakgrund viktigt att skilja på Svenska Spels arbetssätt och arten av det behov som bolaget tillgodoser genom sin verksamhet. Vad som är relevant för bedömningen av om Svenska Spel utgör ett offentligt styrt organ enligt LOU är inte om bolaget bedriver sin verksamhet och tillhandahåller spel på ett ansvarsfullt sätt, utan om bolagets produkter i sig är nyttiga för samhället i stort. Eftersom tillhandahållandet av spelprodukter inte tillgodoser något allmänintresse utan endast vissa individers särskilda behov av spel och dessutom inte har karaktären av en nyttig verksamhet, tillgodoser bolaget inte ett behov i det allmännas intresse i LOU:s mening.

Enbart den reglerade svenska spelmarknaden hade år 2007 en nettoomsättning på ca 16,6 miljarder kr. Av omsättningen avsåg ca 51 procent Svenska Spel, ca 7 procent Casino Cosmopol AB, ca 21 procent ATG och ca 19 procent folkrörelsernas spel och lotterier, se Lotteriinspektionens dnr 08LI2820, Spelmarknadens utveckling i Sverige och internationellt 2008, s. 28. Enligt Svenska Spel uppfattar konsumenterna dessa aktörers spelprodukter som i stor utsträckning utbytbara med bolagets produkter, och aktörerna inom den reglerade marknaden konkurrerar därför till stor del på samma relevanta marknad som bolaget. Det finns även ett mycket omfat-

tande spelande på produkter som tillhandahålls av utländska aktörer som står utanför svensk lagstiftning och svenska myndigheters kontroll. Enligt Spelutredningens bedömning omsätter spel från Sverige på utländska webbsidor mångmiljardbelopp årligen och det förekommer spel på illegala inhemska spel och lotterier. Svenska Spel är således verksamt på en i högsta grad konkurrensutsatt marknad med ett betydande konkurrenstryck.

EG-domstolen har i mål C-470/99, *Universale-Bau AG m.fl.*, REG 2002 s. I-11617, slagit fast att det inte är behoven vid tidpunkten för inrättandet av organet som är avgörande utan de behov som organen i fråga faktiskt tillgodoser vid tidpunkten för upphandlingen. Vidare har EG-domstolen klarlagt att det är arten av de behov som tillgodoses och inte sättet på vilket bolaget arbetar eller dess karaktär som ska beaktas vid bedömningen av om de behov som bolaget tillgodoser är behov i det allmännas intresse på sätt som avses i direktiv 2004/18/EG (upphandlingsdirektivet), jfr mål C-360/96, *BFI Holding*, REG 1998 s. I-06821, och prop. 1996/97:153, *Ändringar i lagen om offentlig upphandling*, s. 56. Det behov som ett organ tillgodoser får således inte sammanblandas med hur verksamheten bedrivs.

Vid bedömningen av om Svenska Spel är ett offentligt styrt organ enligt LOU ska upphandlingsdirektivets syfte och lydelse samt EG-domstolens praxis beaktas, jfr NJA 2003 s. 683. Gemensamt för de fall där EG-domstolen har ansett att organet kunde anses tillgodose behov i det allmännas intresse i upphandlingsdirektivets mening är att behovet har varit av allmännyttig art, dvs. den verksamhet som varit föremål för bedömning har till sin karaktär varit positiv för samhället, såsom exempelvis begravnings tjänster, sophämtningstjänster, kriminalvård, sjukkassa m.m. Det ska alltså inte vara fråga om vilken verksamhet som helst som riktar sig till allmänheten, utan en verksamhet som är till nytta för allmänheten. Spelverksamhet, som skiljer sig markant från angivna verksamheter, tillgodoser behov endast hos vissa individer och är inte någon nyttig verksamhet som

har karaktären av en samhällsviktig funktion. Det finns snarare ett allmänt intresse av att begränsa spelverksamheten än att tillhandahålla den. Det bestrids således inte att syftena med den svenska spelregleringen och spelpolitiken, dvs. att sociala skyddshänsyn, bedrägeririsker och konsumentintressen ska beaktas, är av allmännyttig art. På samma sätt som att andra aktörer inom reglerade marknader måste bedriva sin verksamhet i enlighet med gällande lagstiftning och tillståndsvillkor, påverkas också det sätt på vilket bolaget och andra spelaktörer bedriver sin verksamhet av den svenska lotterilagstiftningen och utfärdade tillståndsvillkor. Detta påverkar dock inte det behov som bolaget tillgodoser. Orimligheten i resonemanget där statens syfte med lagstiftningen och tillståndsvillkoren likställs med de behov som tillgodoses av bolaget blir än tydligare vid en jämförelse med företag inom andra sektorer i näringslivet, exempelvis restauranger där tillstånd utifrån alkoholpolitiska hänsyn krävs för att få servera alkohol. Bedömningen av hur begreppet ”behov i det allmännas intresse” ska tolkas delas av regeringen i dess skrivelse till EU-kommissionen i överträdelseärendet mot Systembolaget.

Skrivelserna från NOU och Konkurrensverket är flera år gamla och innehåller ett stort antal felaktiga påståenden, såväl angående Svenska Spels syfte och verksamhet som avseende innebörden av LOU. Till grund för slutsatserna att Svenska Spel tillgodoser behov i det allmännas intresse ligger uttalanden i förarbetena till lotterilagstiftningen angående syftet med lotteriregleringen och spelpolitiken, se prop. 1995/96:169. Vad som anges i förarbetena utgör dock en beskrivning av statens ambitioner på området och de hänsyn staten har att beakta vid utformningen av spelpolitiken i sin helhet. NOU och Konkurrensverket verkar anse att bedömningen ska göras utifrån de förhållanden som var aktuella vid Svenska Spels bildande. Som framgått ovan är det dock förhållandena vid den tidpunkt när den aktuella upphandlingen genomförs som är avgörande. Svenska Spel är emellertid av

uppfattningen att bolaget varken vid bildandet eller idag tillgodoser behov i det allmännas intresse i LOU:s mening.

Förhållandet att Svenska Spel är helägt av staten och att staten därmed har ett inflytande på bolaget kan inte leda till slutsatsen att bolaget tillgodoser behov i det allmännas intresse i LOU:s mening. Följden av ett sådant resonemang skulle bli att alla statligt ägda bolag skulle anses tillgodose sådana behov, vilket uppenbarligen inte är reglernas innebörd.

Den omständigheten att Svenska Spel måste bedriva sin verksamhet efter tillstånd grundar sig inte på vad som anges i bolagsordningen utan detta följer direkt av lotterilagstiftningen. Skrivningen i bolagsordningen om att spelverksamheten ska bedrivas efter tillstånd innebär således endast att Svenska Spel inte ska bedriva spelverksamhet utan tillstånd. NOU och Konkurrensverkets påstående i denna fråga är dessutom felaktigt eftersom det innebär att likhetstecken sätts mellan å ena sidan de skyddsbehov som staten syftar till att tillgodose genom sin spelpolitik, spellagstiftningen och Lotteriinspektionen och å andra sidan de behov som Svenska Spel tillgodoser i LOU:s mening. Därutöver är påståendet även irrelevant, eftersom tillståndsvillkoren endast avser bolagets arbetsätt.

Av praxis kan slutsatsen dras att de viktigaste omständigheterna vid bedömningen av om verksamheten är av industriell eller kommersiell karaktär är om enheten syftar till att göra vinst, om den bär den ekonomiska risken för verksamheten, om den erhåller anslag eller bidrag från staten för att finansiera sin verksamhet och om den är verksam på en konkurrensutsatt marknad. I förenade målen C-223/99 och C-260/99, Agorà och Excelsior, REG 2001 s. I-03605, p. 40, fäste EG-domstolen vidare vikt vid att organet, även om det saknade vinstsyfte, enligt sin bolagsordning skulle drivas med produktivitets-, effektivitets- och lönsamhetskriterier som grund. EU-kommissionen tillmätte detta uttalande betydelse vid sin bedömning av om

Systembolaget är att anse som offentligrättsligt organ i upphandlingsdirektivens mening och om de behov som det tillgodoser är av industriell eller kommersiell karaktär. EU-kommissionen fann att Systembolaget, som har ett legalt monopol inom detaljhandelsförsäljning av alkoholdrycker, inte omfattas av upphandlingsdirektiven. Det är noterbart att EU-kommissionen ansåg att konkurrenstrycket på Systembolaget från tax free-försäljning av alkoholhaltiga drycker till resande var beaktansvärd i LOU-sammanhang.

Regeringsrätten har i RÅ 2004 ref. 95 påpekat att Svenska Spel de facto verkar på en konkurrensutsatt marknad, eftersom inom landet är boende oförhindrade att via Internet eller på annat sätt delta i utomlands anordnade lotterier. Bolaget bär självt den ekonomiska risken för verksamheten och det finns inget stöd för att marknadens eller bolagets påstådda lönsamhet och marknadsposition ska påverka. Tvärtom har Svenska Spels verksamhet sedan dess bildande självt genererat de intäkter som behövts för finansieringen av bolagets verksamhet. Mot bakgrund härav, och vad som framkommit ovan, är de behov som bolagets tillgodoser av industriell eller kommersiell karaktär i den mening som avses i LOU. Vidare framgår av bolagets ägardirektiv att det ska bedriva verksamheten kostnadseffektivt.

Bifogade handlingar

Till bestridandet har bifogats Svenska Spels bolagsordning och hållbarhetsredovisning för år 2008, en skrivelse till Europeiska kommissionen som utfärdats den 4 april 2000 av Finansdepartementet som svar på kommissionens uppmaning till regeringen att inkomma med synpunkter angående Systembolagets upphandlingsförfarande samt ett e-post meddelande daterat den 27 november 2003 från Europeiska kommissionen till Finansdepartementet om varför kommissionen nedlagt mål 1997/4610 (Systembolaget).

Länsrätten beslutade den 3 juli 2009 att den ifrågavarande upphandlingen, till den del den som avser Svenska Spels inköp under upphandlat avtal, inte fick avslutas innan något annat beslutats.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 2 kap. 19 § LOU anges bl.a. följande. Med upphandlande myndighet avses statliga och kommunala myndigheter. Vid tillämpning av denna lag ska med myndighet jämföras 2. offentligt styrda organ som avses i 12 §.

I 2 kap. 12 § LOU anges att med offentligt styrda organ avses sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,
2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller
3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

Utredningen i målet

I Finansdepartementets skrivelse den 4 april 2000 till Europeiska kommissionen, som utfärdats som svar på kommissionens uppmaning till regeringen att inkomma med synpunkter angående Systembolagets upphandlingsförfarande, anges sammanfattningsvis att regeringens ståndpunkt är att Systembolaget inte utgör en upphandlande enhet.

I NOU:s yttrande den 21 september 2006, inför avgörandet av Länsrätten i Gotlands läns mål mellan B2B Poker AB (B2B Poker) och Svenska Spel (mål nr 181-06), anges bl.a. att enligt NOU:s uppfattning är Svenska Spel en upphandlande enhet som omfattas av LOU vid såväl upphandling av pokersystem för pokerspel på Internet som vid varje annan upphandling av varor, tjänster eller byggtreprenader som bolaget gör.

Länsrätten i Gotlands län beslutade den 25 januari 2007 att avskriva målet mellan B2B Poker och Svenska Spel, eftersom överklagandet återkallats.

I Konkurrensverkets granskning av Svenska Spels tillämpning av LOU utfärdad den 19 december 2007 görs följande bedömning. Enligt 1 kap. 6 § LOU är en upphandlande enhet en sådan organisation som har inrättats för att täcka behov i det allmännas intresse där detta behov inte är av industriell eller kommersiell karaktär, är juridisk person och uppfyller åtminstone ett av de uppställda kraven på ägande, tillsyn eller styrelsrepresentation. Då NOU gjort en analys och bedömning av Svenska Spel, och bedömt att Svenska Spel är en upphandlande enhet, har Konkurrensverket nu endast gjort en uppföljning av NOU:s tidigare utredningar. Som ett led i denna uppföljning tog Konkurrensverket telefonkontakt med Svenska Spel den 19 november 2007 för att kontrollera den inställning som uppgetts till NOU. Svenska Spel uppgav att bolaget inte tillämpar bestämmelserna i LOU i sina upphandlingar men att bolaget följer rättsutvecklingen på området. Samma dag bad Konkurrensverket Svenska Spel lämna ett skriftligt besked om bolagets inställning. Svenska Spel meddelade verket i skrivelse den 26 november 2007 att bolaget inte upphandlar i enlighet med LOU.

Behov i det allmännas intresse

Av EG-domstolens praxis framgår att allmännyttiga behov generellt sett bl.a. utgörs av behov som staten, av skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själv tillgodose eller som den avser att fortsätta ha ett av-

görande inflytande på. Dessa behov har haft samband med bl.a. folkhälso- och miljöskyddsskäl, hygieniska skäl, allmän ordning och stimulans till handel. Svenska Spel är ett av staten helägt bolag. Härigenom och genom 45 § lotterilagen har staten säkerställt att den har ett avgörande inflytande på bolaget.

Av förarbetena till dagens reglering framgår att staten inrättade Svenska Spel för att säkerställa att bl.a. sociala och hälsomässiga hänsyn ska tas inom spelmarknaden i Sverige. Dessa behov hänför sig till de samhällsintressen som bär upp den svenska statens politik inom spel- och lotteriområdet. Behoven får därmed anses vara av allmännyttig art.

Enligt § 3 i Svenska Spels bolagsordning ska bolaget efter tillstånd av regeringen anordna lotterier om penning och vadhållning (tippning) i samband med tävlingar samt bedriva därmed förenlig verksamhet. De tillstånd som regeringen meddelar med stöd av 45 § lotterilagen innehåller föreskrifter om att bolaget ska säkerställa att sociala och hälsomässiga hänsyn ska tas. Föremålet för Svenska Spels verksamhet enligt bolagets bolagsordning har uttryckligen kopplats till dessa tillstånd och som bär upp den svenska politiken inom spel- och lotteriområdet. Konkurrensverket anser därför – i likhet med NOU – att Svenska Spel tillgodoser ett allmännyttigt behov i den mening som avses i 1 kap. 6 § LOU.

Industriell eller kommersiell verksamhet

I prop. 1992/93:88 s. 40 anförs att de bolag som ska undantas från LOU är ”sådana offentligt ägda bolag som framför allt staten kan inneha av helt affärsmässiga skäl eller privata företag som på grund av en ekonomisk eller annan krissituation under endast begränsad tid övertagits av staten och där avsikten är att bolaget ska återgå till den privata sektorn”. Av stor vikt för vad som menas med ”inrättas” och ”kommersiellt eller industriell karaktär” måste vara regeringens avsikter med att upprätta, äga och styra des-

sa bolag. I regeringens skrivelse 1998/99:20 anger regeringen att som kommersiellt bolag räknas "det bolag som har vinstkrav, ej omfattas av lagstadgat monopol, ej är anslagsfinansierat och saknar särskilda uppgifter (dvs. är ålagt att bedriva verksamhet av väsentligt samma samhällsintresse oavsett om verksamheten är olönsam eller ej)."

Det är arten av behoven och inte sättet på vilket bolaget arbetar som ska bedömas. Detta framgår av både EG-kommissionens skrivningar, EG-domstolens formuleringar i Arnhem-domen och svenska förarbeten. EG-domstolens praxis innebär att hänsyn ska tas till samtliga faktiska och relevanta omständigheter, såsom de omständigheter som var aktuella vid bildandet av Svenska Spel och de villkor på vilket det utövar sin verksamhet. Detta innefattar, förutom bolagets konkurrensförhållanden, särskilt en bedömning av om det saknas ett huvudsakligt vinstsyfte, om bolaget självt står den ekonomiska risken för den verksamhet som det utövar och om verksamheten har helt eller delvis offentlig finansiering.

Den svenska spel- och lotterimarknaden är endast öppen för ett fåtal aktörer och kommersiella anordnare av spel och lotterier tillåts i princip inte. Svenska Spel har getts monopol att bedriva vissa typer av spel och lotterier i Sverige. Bolaget får därmed anses ha en mycket gynnsam marknadsposition. Visserligen finns det även andra inhemska aktörer som har getts tillstånd att bedriva spel- och lotteriverksamhet här i landet, men dessa aktörer torde till stor del verka inom andra delar av marknaden. Endast den som enligt lotterilagstiftningen får anordna spel och lotterier i Sverige har rätt att marknadsföra sina produkter här i landet. Med hänsyn härtill och till att staten som bolagets ägare genom lag kan påverka konkurrensen i Sverige, kan bolaget inte anses vara utsatt för någon egentlig konkurrens. Det faktum att utländska aktörer tillhandahåller spel på Internet, som inte omfattas av den svenska lotterilagstiftningen, kan inte förändra helhetsbilden att Svenska Spel inte är utsatt för någon egentlig konkurrens inom de delar av

marknaden som staten tilldelat bolaget. Det gäller också det förhållandet att andra spelformer tillhandahålls av bl.a. ATG konkurrerar om utrymmet för tillgängliga belopp för spel.

Ett avsteg från aktiebolagslagens (2005:551) presumerade vinstsyfte bör visserligen uttryckas i bolagsordningen men mot bakgrund av de samhällsintressen som de allmännyttiga behov som Svenska Spel ska tillgodose, kan bolaget inte anses ha som huvudsakligt syfte att ge vinst då en förutsättning för att driva bolaget är de tillstånd enligt 45 § lotterilagen som regeringen utfärdar. En motsatt ståndpunkt strider mot EG-domstolens dom i målet Schindler och är därmed ett tydligt fördragsbrott.

Bedömningen av Svenska Spels ekonomiska risktagande ska göras med hänsyn till alla objektivt konstaterbara omständigheter. Svenska Spel har getts monopol inom stora delar av spel- och lotterimarknaden och har därmed genom lag tillförsäkrats en mycket gynnsam marknadsposition. Det står klart att denna marknad är mycket lönsam. Mot denna bakgrund kan Konkurrensverket inte tillmäta de förhållandena att Svenska Spel saknar offentlig finansiering och formellt sett bär den ekonomiska risken för verksamheten någon avgörande betydelse för bedömningen.

Vid en sammantagen bedömning av samtliga faktiska och relevanta omständigheter anser Konkurrensverket – i likhet med NOU – att de allmännyttiga behov som Svenska Spel inrättats för att täcka inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

Kravet på ägande, tillsyn eller styrelserepresentation

Det tredje rekvisitet som uppställts i 1 kap. 6 § LOU om juridisk person samt krav på ägande, tillsyn eller styrelserepresentation är som bekant uppfyllt. Svenska Spel är en juridisk person som är helägt av staten och dess styrelse utses av staten.

Sammanfattning och slutsats

EG-domstolen har i ett flertal domar klargjort vilka typer av organisationer som är skyldiga att tillämpa upphandlingsdirektivens bestämmelser. Enligt EG-domstolens praxis utgörs generellt sett allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär dels behov som tillgodoses på annat sätt än genom utbud av varor och tjänster på marknaden, dels av behov som staten, av skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själv tillgodose eller som den anser att fortsätta ha ett avgörande inflytande på. Även en liten andel allmännyttiga behov medför enligt EG-domstolen att hela verksamheten i bolaget inklusive de delar som är konkurrensutsatta och bedrivs helt kommersiellt underkastats regelverket.

Svenska Spel är enligt Konkurrensverkets uppfattning en upphandlande enhet i LOU:s mening. Bolaget omfattas därför av LOU vid varje upphandling av varor, tjänster eller byggtreprenader som bolaget gör. Svenska Spel meddelade Konkurrensverket senast den 26 november 2007 att bolaget inte upphandlar i enlighet med LOU. Att ett statligt bolag väljer att inte följa upphandlingslagstiftningen undergräver tilltron till regelverket och med detta regelefterlevnaden vilken är central för en effektiv och fungerande upphandling.

I Konkurrensverkets skrivelse den 27 februari 2008, efter Svenska Spels redogörelse bl.a. för varför bolaget inte anser sig utgöra ett offentligt styrt organ, anförs sammanfattningsvis följande. Om det finns så starka skyddshänsyn, att dessa kan motivera spelmonopolets upprätthållande, kan de behov som Svenska Spel tillgodoser, inte vara andra än de skyddshänsyn som bolaget genom sitt tillstånd är skyldigt att ta hänsyn till. Därav följer att Svenska Spel också är skyldigt att tillämpa upphandlingslagstiftningen vid bl.a. köp av varor och tjänster.

Länsrättens bedömning

Svenska Spel har vid den aktuella upphandlingen inte tillämpat regelverket i LOU eftersom bolaget inte anser sig utgöra en upphandlande myndighet i lagens mening. Enligt TDC, en leverantör som inte har gått vidare i förfarandet, utgör dock Svenska Spel ett sådant organ, varför en otillåten upphandling har skett. Länsrätten har därför att pröva om Svenska Spel utgör en upphandlande myndighet i LOU:s mening.

Rättsliga utgångspunkter

Enligt LOU ska med upphandlande myndighet jämföras sådant offentligt styrt organ som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Dessutom krävs att bolaget till största delen är finansierat av staten, att dess verksamhet står under kontroll av staten eller att mer än halva antalet ledamöter i dess styrelse utses därav.

Av EG-domstolens praxis framgår bl.a. följande. Bolag som staten eller annat offentligt organ har valt att ha ett avgörande inflytande på och som inrättats för att tillgodose behov som har anknytning till samhällsintressen, har ansetts vara av allmännyttig art. Behoven har haft samband med bl.a. folkhälso- och miljöskyddsskäl, hygieniska skäl, allmän ordning och stimulans till handel, se Korhonen, p. 47, BFI Holding, p. 50 och 51, Agorà och Excelsior, p. 37 och Adolf Truley, p. 50.

Vid bedömningen av karaktären på det behov som bolaget tillgodoser måste beaktas de omständigheter som var aktuella vid bildandet av bolaget och de villkor på vilka det utövar sin verksamhet, vilket bl.a. innefattar en bedömning av om det saknas ett huvudsakligt vinstsyfte, om det inte står risken för den verksamhet som utövas, om den aktuella verksamheten åtnjuter offentlig finansiering och huruvida verksamheten är utsatt för konkurrens, se Ing. Aigner, p. 41 och däri angivna praxishänvisningar.

I allmänhet är det fråga om behov som staten, av skäl som har samband med allmänintresset, väljer att självt tillgodose eller som den avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande över, se BFI Holding, p. 51. Begreppet utesluter inte behov som även tillgodoses eller skulle kunna tillgodoses av privata företag, se p. 53. Länsrätten noterar här även att för det fall en del av bolagets verksamhet uppfyller dessa kriterier ska LOU tillämpas fullt ut för hela verksamheten, se bl.a. Ing. Aigner p. 47.

Behov i det allmännas intresse

Att Svenska Spel är ett av staten helägt bolag och att det är staten som utser dess styrelse är ostridigt i målet. Enligt TDC kontrollerar staten även bolaget genom den lagstiftning som finns på området och som medför att tillstånd krävs för viss del av bolagets verksamhet, vilket är en bedömning som delas av såväl Konkurrensverket som NOU. I förarbetena (prop. 1995/96:169 s. 11) anges vidare att regeringen anser att staten även i framtiden bör äga, styra eller på annat sätt ha insyn i de stora aktörerna på spelmarknaden. Det anges att sociala skyddshänsyn, bedrägeririsker och konsumentintressen måste beaktas när spelformer utvecklas och i verksamheten i övrigt. I Svenska Spels tillstånd enligt 45 § lotterilagen anges att bolaget bl.a. ska säkerställa att sociala och hälsomässiga skyddshänsyn tas. Föremålet för Svenska Spels verksamhet enligt bolagets bolagsordning har dessutom, som Konkurrensverket skriver i sitt yttrande, uttryckligen kopplats till dessa tillstånd.

Ovan angivna omständigheter talar enligt länsrättens mening starkt för att Svenska Spel tillgodoser ett behov i det allmännas intresse. Vad bolaget anfört till stöd för att det såväl nu som vid tiden för inrättandet endast tillgodoser vissa individers behov av spel, ändrar inte denna bedömning. Länsrätten finner således att Svenska Spel tillgodoser ett behov i det allmännas intresse. Nästa fråga för länsrätten att ta ställning till är huruvida detta behov är av industriell eller kommersiell karaktär.

Industriell eller kommersiell karaktär

Utredningen i målet ger enligt länsrätten vid handen att Svenska Spel verkar på en till stor del konkurrensutsatt marknad. Bolaget erhåller inte anslag eller bidrag från staten och det finns vad länsrätten kan se inte någon utfästelse från statens sida om täckning vid en eventuell förlust.

Svenska Spel innehar dock, enligt länsrättens bedömning, en faktisk monopolställning genom det krav på tillstånd som uppställts för vissa delar av spel- och lotteriverksamheten och som, i princip, endast tilldelats Svenska Spel. För dessa delar finner länsrätten att det huvudsakliga syftet inte är vinst, utan istället allmännyttigt på så sätt att de preventiva aspekter för vilka bolaget inledningsvis inrättades och som fortfarande är aktuella, går före de rent kommersiella intressena. Länsrätten delar även uppfattningen att staten de facto gett bolaget en förlusttäckningsgaranti genom dess ensamrätt och de sanktioner som uppställts för andra aktörer att tillhandahålla eller marknadsföra motsvarande produkter på denna lukrativa marknad, med mångmiljardintäkter för bolaget som följd. Nämnas kan även Regeringsrättens bedömning i RÅ 2004 ref. 95, där mot bakgrund av EG-domstolens praxis konstaterades att huvudsyftena med den svenska lotterilagstiftningen, som kräver tillstånd för i princip all spelverksamhet, är sådana som EG-domstolen accepterar, dvs. att skydda den enskilde och samhället samt att styra överskottet till det allmänna och allmännyttiga ändamål. Som tidigare konstaterats är bolaget helägt av den svenska staten, som också utser dess styrelse, vilket medför ytterligare statligt inflytande över verksamheten.

Vid en bedömning av samtliga omständigheter i målet, varvid särskilt beaktats ovan angivna förhållanden och de yttranden från Konkurrensverket och NOU som tidigare redogjorts för, finner länsrätten att det behov som Svenska Spel tillgodoser inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

Statens kontroll

Mot bakgrund av vad som framkommit ovan finner länsrätten det utrett att Svenska Spels verksamhet står under kontroll av staten på sätt som avses i 2 kap. 12 § punkterna 2 och 3 LOU.

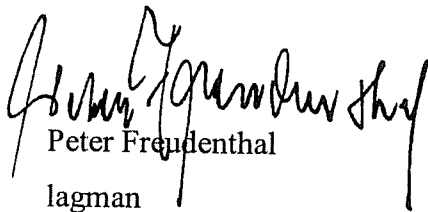
Sammanfattning

Enligt länsrättens bedömning utgör Svenska Spel en upphandlande myndighet i LOU:s mening, då bolaget tillgodoser behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär och då det står under statens kontroll. Upphandlingen har inte genomförts enligt det förfarande som följer av LOU. Vid nämnda förhållanden måste upphandlingen göras om.

DOMSLUT

Länsrätten förordnar att AB Svenska Spels upphandling av datanätverk samt tillhörande supporttjänster, som skett genom förfrågningsunderlag "Request for proposal regarding a turnkey delivery of a Data Center Network for Svenska Spel" daterat den 16 mars 2009, ska göras om i den del den avser inköp och att den ska genomföras i enlighet med LOU.

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


Peter Freudenthal
lagman