



KLAGANDE

1. Burlövs kommun
2. Kävlinge kommun
3. Lomma kommun
4. Lunds kommun
5. Malmö kommun
6. Simrishamns kommun
7. Sjöbo kommun
8. Skurups kommun
9. Staffanstorps kommun
10. Svedala kommun
11. Tomelilla kommun
12. Trelleborgs kommun
13. Vellinge kommun
14. Ystads kommun

Ombud: Advokat Hanna Lundqvist och biträdande jurist Erika Sköld

MOTPART

Konkurrensverket

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 13 februari 2023
i mål nr 15741-22, se bilaga A

SAKEN

Tillsyn över offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandena och upphäver Konkurrensverkets
14 tillsynsbeslut fattade den 5 juli 2022.

YRKANDEN M.M.

Burlövs, Kävlinge, Lomma, Lunds, Malmö, Simrishamns, Sjöbo, Skurups, Staffanstorps, Svedala, Tomelilla, Trelleborgs, Vellinge och Ystads kommuner (ägarkommunerna) yrkar att Konkurrensverkets 14 tillsynsbeslut ska upphävas. Som grund för yrkandet förs i huvudsak fram följande. Ägarkommunernas tilldelning av uppdraget om avfallshantering till Sydsånes avfallsaktiebolag (Sysav) omfattas inte av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, eftersom uppdraget inte utgör tilldelning av ett skriftligt kontrakt enligt 1 kap. 15 § LOU. Om uppdraget bedöms utgöra tilldelning av ett kontrakt så är undantaget för intern upphandling i 3 kap. 11 § och 13 § LOU tillämpligt. Tidpunkten för tilldelningen måste i så fall vara vid ingåendet av konsortialavtalen, eller senast vid antagandet av bolagsordningen och ägardirektiven vid bolagsstämman 2010. Verksamhetskriteriet är uppfyllt eftersom tilldelningen av uppdraget om avfallshantering till Sysav även omfattar ägarkommunernas renhållningsskyldighet enligt 15 kap. 20 § miljöbalken, vilket innefattar att utföra energi- och materialåtervinning vid hantering av kommunalt avfall. Försäljningen av energi och återvunnet material utgör en integrerad del av avfallshandlingen och intäkterna från försäljningen är därför hänförliga till intern verksamhet, oavsett om de kommer från ägarkommunerna eller från tredje part. Eftersom LOU inte är tillämplig har ägarkommunerna inte någon skyldighet att dokumentera åtgärderna enligt 12 kap. 14–16 §§ LOU.

Konkurrensverket anser att överklagandena ska avslås och för fram i huvudsak följande. Ägarkommunernas tilldelning av kontrakt till Sysav att utföra avfallshantering omfattas av LOU. Ett kontrakt enligt 1 kap. 15 § LOU måste innehålla ekonomiska villkor. Eftersom bolagshandlingarna inte innehåller ekonomiska villkor sker tilldelningen av ett kontrakt, eller ett ramavtal, vid Sysavs årliga beslut om behandlingsavgifter. Ägarkommunerna har regelbundet vid tidpunkten för respektive faktura

tilldelat Sysav kontrakt om avfallstjänster. Bolagshandlingarna visar inte att tilldelningen omfattar försäljning av energi och återvunnet material till tredje part. Intäkterna från försäljningen är därför hänförliga till extern verksamhet. Eftersom verksamhetskriteriet inte är uppfyllt är undantaget i 3 kap. 13 § LOU inte tillämpligt. Ägarkommunerna har därför genomfört otillåtna direktupphandlingar och brutit mot dokumentationsplikten.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om det var riktigt av Konkurrensverket att rikta kritik mot ägarkommunerna för att ha anskaffat avfallshanteringstjänster från Sysav utan föregående annonsering enligt LOU eller om anskaffningen varit undantagen från lagens tillämpningsområde, antingen på grund av att det inte skett någon tilldelning av kontrakt enligt 1 kap. 15 § LOU eller på grund av att verksamhetskriteriet för intern upphandling enligt 3 kap. 13 § LOU är uppfyllt.

Tilldelning av kontrakt

Vad parterna för fram

Ägarkommunerna för fram att LOU endast ska tillämpas vid anskaffningar som sker genom tilldelning av kontrakt (1 kap. 2 § LOU). Förhållandet mellan kommunerna och Sysav regleras genom bolagshandlingarna i form av konsortialavtal, bolagsordning och ägardirektiv, varigenom Sysav tilldelats uppdraget att utföra avfallshantering för ägarkommunernas räkning. Ägarkommunerna har ensidigt beslutat att anlita Sysav för att utföra verksamheten och de kan ensidigt besluta att avsluta uppdraget, utan att Sysav kan vidta rättsliga åtgärder och göra gällande kontraktsbrott. Bolagshandlingarna innehåller inga ekonomiska villkor och utgör därför inget kontrakt med ekonomiska villkor enligt 1 kap. 15 § LOU. Varken Sysavs styrelsebeslut om behandlingsavgifter eller fakturorna från Sysav

medför skyldigheter för ägarkommunerna att lämna avfall till Sysav eller för Sysav att ta emot avfall. Styrelsebesluten och fakturorna medför alltså inte några rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär som kan åberopas inför domstol. De uppfyller därmed inte heller kriterierna för att utgöra ett kontrakt enligt 1 kap. 15 § LOU.

Om ett kontrakt enligt LOU:s mening ändå bedöms ha tilldelats Sysav måste tidpunkten för tilldelningen bestämmas till ingåendet av konsortialavtalen, eller senast vid antagandet av bolagsordningen och ägardirektiven vid bolagsstämman 2010, eftersom det är genom bolagshandlingarna som ägarkommunerna åtar sig att lämna avfall till Sysav och Sysav åläggs en skyldighet att utföra avfallshanteringen åt ägarkommunerna. Enligt förarbetena kan tilldelningar vid intern upphandling ske genom bl.a. bolagsordningar eller genom ”rättshandlingar och åtgärder” (prop. 2015/16:195 s. 394). Ägarkommunerna och Sysav har sedan ingåendet av konsortialavtalen och bolagsordningens tillkomst agerat som om Sysav har uppdraget som anges i bolagshandlingarna. Civilrättsligt innebär parternas agerande att parterna har ingått ett avtal. Förvaltningsrätten har dock ansett att parternas agerande inte är tillräckligt för att vara ett kontrakt och därigenom, i strid med rättspraxis, uppställt ett formkrav för tilldelning av kontrakt vid intern upphandling. Den årliga justeringen av behandlingsavgifterna medför inte att det uppkommer några förpliktelser för parterna eller att parterna dessförinnan har saknat förpliktelser mot varandra.

Konkurrensverket invänder att tilldelning av kontrakt enligt 1 kap. 15 § LOU avser ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor. Begreppet ”ekonomiska villkor” innebär att varje part åtar sig att utföra en prestation i utbyte mot en annan (EU-domstolens dom i mål C-367/19 Tax-Fin-Lex, p. 25). Eftersom bolagshandlingarna saknar ekonomiska villkor har förvaltningsrätten korrekt bedömt att dessa handlingar inte kan vara ett kontrakt. I stället har förvaltningsrätten bedömt att ett kontrakt, eller ett

ramavtal, har slutits vid tidpunkten för Sysavs årliga styrelsebeslut om behandlingsavgifter. Det är nämligen först då som samtliga villkor för Sysavs tillhandahållande av tjänsten enligt ägarkommunernas direktiv fastställs. Ägarkommunerna har regelbundet, vid tidpunkten för varje faktura, tilldelat kontrakt om avfallstjänster baserat på villkoren i det årliga styrelsebeslutet. Utöver dessa fakturor finns ingen skriftlig dokumentation av anskaffningarna.

Kammarrättens bedömning

LOU gäller för upphandling som genomförs av en upphandlande myndighet (offentlig upphandling). Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt (1 kap. 2 § första stycket LOU).

Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, och avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad (1 kap. 15 § LOU).

Bestämmelserna grundar sig på upphandlingsdirektivet¹ där med upphandling avses en eller flera upphandlande myndigheters anskaffning genom ett offentligt kontrakt av byggentreprenader, varor eller tjänster (artikel 2.1). Med begreppet offentligt kontrakt avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor (artikel 2.5) och med begreppet skriftligt avses varje enhet av ord eller siffror som kan läsas, återges och sedan meddelas, inklusive uppgifter som går att överföra eller lagra med elektroniska medel (artikel 2.18).

¹ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

Enligt EU-domstolen ska begreppet kontrakt tolkas vidsträckt och omfatta såväl alla former av ersättningar som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande myndighet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att bl.a. utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning. Definitionen av kontrakt och det nationella regelverk vari direktivbestämmelserna tillämpas ska tolkas på så sätt att direktivens ändamålsenliga verkan säkerställs (mål C-399/98 Ordine degli architetti, p. 52, 55 och 85). Det är inte den rättsliga beteckningen av en viss avtalsrelation i sig som är viktig utan innebörden av denna tolkad i funktionella termer. Samarbetsavtal mellan olika myndigheter kan vara kontrakt i direktivens mening (mål C-84/03 Kommissionen mot Spanien). Med begreppet ekonomiska villkor avses att varje part åtar sig att utföra en prestation i utbyte mot en annan (mål C-367/19 Tax-Fin-Lex, p. 25).

Enligt förarbetena till LOU kräver den typ av samarbeten som reglerna om intern upphandling avser att undanta inga avtal eller kontrakt för att vara tillämpliga. Sådana samarbeten kan i stället komma till stånd genom en rad rättshandlingar och åtgärder som kan ta sig formen av beslut och komma till uttryck i kommunala protokoll, i bolagsordningar etc. Begreppen avtal eller kontrakt ger därför inte alltid en rättvisande bild av hur samarbetena som undantas genom den aktuella regleringen konstitueras (prop. 2015/16:195 s. 394). Det är inte avgörande för lagens tillämplighet om ett skriftligt avtal ingåtts eller inte. En upphandlande myndighet kan inte undgå rättslig kontroll av en upphandling eller ett ingånget avtal genom att, medvetet eller omedvetet, inte iaktta kravet på att avtalet ska vara skriftligt. Avgörande är i stället att det som anskaffas faller inom lagens materiella tillämpningsområde (samma prop. s. 933).

Kammarrätten konstaterar att anskaffning av återvinnings- och avfallshanteringstjänster omfattas av LOU:s materiella tillämpningsområde. Av det skriftliga konsortialavtalet mellan ägarkommunerna framgår att

kommunerna förbinder sig att samverka inom avfallsområdet genom Sysav, där Sysav ska svara för den regionala återvinningen och avfallshanteringen samt driva och utveckla en miljöriktig och kretsloppsanpassad avfallshantering med målet att maximera återvinningen av material och energi samt minimera deponeringen. Av konsortialavtalet framgår vidare att kommunerna förbinder sig att lämna allt avfall som de har ansvar för till Sysavs återvinnings- och behandlingsanläggningar och deponier. Det framgår också att Sysavs verksamhet ska bedrivas enligt affärsmässiga principer med en taxa som innebär att inkomster och utgifter balanserar. Avgifterna för återvinningen och avfallshanteringen ska tas ut enligt styrelsens beslut om avgifter och taxebestämmelser.

Ägarkommunernas viljeförklaringar i detta konsortialavtal, Sysavs bolagsordning och ägardirektiv tillsammans med kommunernas och Sysavs faktiska handlande att utföra de ömsesidiga prestationerna som anges i bolagshandlingarna innebär att varje part åtar sig att utföra en prestation i utbyte mot en annan. Detta medför enligt kammarrättens mening att bindande avtal och tilldelning av kontrakt har skett. Ägarkommunernas anskaffning av återvinnings- och avfallshanteringstjänster från Sysav mot ersättning utgör därför sådan offentlig upphandling enligt 1 kap. 2 § LOU som i regel ska konkurrensutsättas enligt upphandlingsförfarandena i LOU.

Ägarkommunerna har fört fram att tidpunkten för tilldelning av kontraktet är fel, men inte gjort gällande att de nya bestämmelserna om intern upphandling i 3 kap. 13 § LOU inte ska tillämpas eller att Sysavs omsättning under åren 2015–2017 inte ska beaktas vid bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt.

Vid dessa förhållanden, och med hänsyn till att kammarrättens prövning är begränsad till de överklagade tillsynsbesluten, anser kammarrätten att det i det här fallet inte är nödvändigt att fastställa en exakt tidpunkt för ägarkommunernas tilldelning av uppdraget till Sysav för att kunna bedöma

om Konkurrensverket haft anledning att rikta kritik mot ägarkommunerna på grund av att verksamhetskriteriet för intern upphandling enligt 3 kap. 13 § LOU inte är uppfyllt.

Verksamhetskriteriet

Konkurrensverket har i de överklagade tillsynsbesluten begränsat prövningen till moderbolaget Sysavs egna verksamhet och till frågan om verksamhetskriteriet är uppfyllt i denna verksamhet eller inte. Kammarrättens prövning omfattar därför endast denna fråga, och inte frågan om övriga förutsättningar för undantaget för intern upphandling i 3 kap. 13 § LOU är uppfyllda.

Avgörande för frågan om verksamhetskriteriet är uppfyllt är om försäljningen av framställd energi och återvunnet material till andra än ägarkommunerna anses omfattas av ägarkommunernas tilldelning av uppdraget till Sysav att utföra bl.a. återvinning av avfall och därmed utgör intern verksamhet, eller om försäljningen till tredje part ska anses vara en extern verksamhet.

Vad parterna för fram

Ägarkommunerna anser att verksamhetskriteriet är uppfyllt eftersom försäljningen av framställd energi och återvunnet material utgör en integrerad del av Sysavs uppdrag att ansvara för ägarkommunernas avfallshantering och återvinning. Intäkterna från försäljningen ska därför hänföras till den interna verksamheten. Enligt förvaltningsrätten måste det vid tilldelningen uttryckligen anges dels att uppdraget omfattar en skyldighet för Sysav att sälja energi och återvunnet material, dels från vem intäkterna ska komma, för att intäkterna från försäljningen ska hänföras till den interna verksamheten. Av EU-domstolens praxis framgår dock uttryckligen att om en tilldelning omfattar en viss verksamhet så ska

intäkterna från den verksamheten anses hänförliga till den interna verksamheten, oavsett om intäkterna härrör från den upphandlande myndigheten eller tredje part (mål C-340/04 Carbotermo och Consorzio Alisei, p. 66 och 67). Det saknas i EU-domstolens avgörande något krav på att det i själva tilldelningen tydliggörs vem som ska vara mottagare av en viss verksamhet. Det avgörande är i stället om tilldelningen omfattar verksamheten som sådan. Detta framgår också av skäl 32 till 2014 års upphandlingsdirektiv.

Även vid beräkning av kontraktsvärdet av en upphandling ska ersättningen både från den upphandlande myndigheten och från tredje part beaktas. Sysavs uppdrag omfattar den avfallshantering som ägarkommunerna har en skyldighet att utföra enligt den kommunala renhållningsskyldigheten i 15 kap. 20 § miljöbalken. Den som behandlar avfall eller är ansvarig för att avfall blir behandlat har också en skyldighet att se till att avfallet i första hand återvinns (prop. 2015/16:166, s. 38 f). Sysav har alltså en skyldighet enligt miljöbalken att vid avfallshanteringen utföra energi- och materialåtervinning. En sådan skyldighet omfattar också att avyttra den energi och det återvunna material som blir resultatet av återvinningen. Om Sysav inte skulle få avyttra energi och återvunnet material skulle den framställda energin helt enkelt behöva släppas ut och det återvunna materialet lagras eller deponeras.

Konkurrensverket anser att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt eftersom Sysavs försäljning av energi och återvunnet material till tredje part inte är av marginell karaktär (se mål C-537/07 Sea p. 79 och 80). Det finns ingen skyldighet för Sysav att sälja energi och återvunnet material till tredje man enligt tilldelade kontrakt, tilldelningsbeslut eller nationell lagstiftning, inte ens miljölagstiftningen. Försäljningen omfattas därför inte av ägarkommunernas ”tilldelning” av uppdrag till Sysav och ska betraktas som extern verksamhet.

När verksamhetskriteriet ska prövas, dvs. vid en bedömning av vad som utgör intern respektive extern verksamhet, kräver en tilldelning mer än att enbart fastställa de yttre ramarna för ett bolags verksamhet i bolagsordningar, ägardirektiv och ett mellan ägarkommunerna ingånget konsortialavtal. Vid bedömningen av verksamhetskriteriet är det inte möjligt att bara titta på bolagsrättsliga handlingar, eftersom samtliga kvalitativa och kvantitativa omständigheter i varje enskilt fall då inte beaktas. Förekomsten av en konkurrensutsatt marknad är en kvalitativ omständighet som måste beaktas vid prövningen av verksamhetskriteriet. Av sökningar på annonserade upphandlingar med sökorden avfallshanteringstjänster, hantering av avfall och avfallstjänst framgår att Sysav verkar på en konkurrensutsatt marknad.

Om enbart bolagsordningar, ägardirektiv och liknande skulle anses utgöra en tilldelning kan extern verksamhet endast förekomma när ett kontrollerat bolag agerar utanför de ramar som fastställs i sådana handlingar. En sådan uppfattning är orimlig och oförenlig med syftet med undantaget för intern upphandling. Dessutom strider uppfattningen mot kravet att undantaget ska tolkas restriktivt. Att låta parternas gemensamma avsikt och agerande styra vad som ska anses utgöra intern respektive extern verksamhet skulle medföra en alltför vidlyftig tolkning av verksamhetskriteriet. De miljörättsliga aspekterna gör inte heller att försäljningen av energi och återvunnet material till tredje man ska hänföras till den interna verksamheten. Det saknas rättslig grund för att en tilldelning av avfallstjänster ska kunna utvidgas till att även avse verksamhet som är en naturlig följd av tilldelningen.

Kammarrättens bedömning

En förutsättning för att en upphandling ska anses vara en intern upphandling är att motparten, i detta fall Sysav, utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för myndigheternas räkning (3 kap. 13 §

första stycket 2 LOU). Verksamhetsandelen ska bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under de tre år som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod. Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått (3 kap. 16 § LOU).

Bestämmelserna grundas på upphandlingsdirektivets bestämmelser om intern upphandling i artikel 12.3 och fastställande av procentsatsen för verksamheten i artikel 12.5, som har en något annan lydelse än 3 kap. 16 § LOU.

Enligt artikel 12.5 ska man, när procentsatsen för verksamheten fastställs, beakta den genomsnittliga totala omsättningen eller ett lämpligt alternativt verksamhetsbaserat mått, såsom kostnader som uppstått hos den berörda juridiska personen eller upphandlande myndigheten i fråga om tjänster, varor och byggtreprenader under de tre åren som föregår kontraktets tilldelning. När omsättningen, eller det alternativa verksamhetsbaserade måttet såsom kostnader, för de föregående tre åren inte är tillgängliga eller inte längre är relevanta på grund av tidpunkten för den berörda juridiska personens eller upphandlande myndighetens etablering eller inledandet av verksamheten eller en omorganisation av dess verksamheter, är det tillräckligt att företaget kan påvisa att verksamhetsmålet är trovärdigt, särskilt genom prognoser för verksamheten.

Konkurrensverket har fört fram att man inte bara kan titta på de bolagsrättsliga handlingarna vid bedömningen av verksamhetskriteriet eftersom samtliga kvalitativa och kvantitativa omständigheter då inte beaktas.

Kammarrätten konstaterar att begreppet samtliga kvalitativa och kvantitativa omständigheter inte har förts in i direktivet. I stället anges en fast procentsats av verksamheten och ett alternativt verksamhetsbaserat mått såsom kostnader. Båda dessa kriterier utgör kvantitativa omständigheter. Konkurrensverkets uppfattning har därmed inte stöd i den nya bestämmelsen i upphandlingsdirektivet. Se även generaladvokatens förslag till avgörande i Carbotermo och Consorzio Alisei p. 88 där generaladvokaten uttalar att en fast procentsats inte tillåter att kvalitativa omständigheter beaktas. Mot denna bakgrund, och med beaktande av att EU-domstolen har uttalat att bestämmelserna om undantaget för intern upphandling i bl.a. artikel 12.3 är så ovillkorliga och preciserade att de har direkt effekt i tvister mellan offentligrättsliga juridiska personer angående direkttilldelning av upphandlingskontrakt (de förenade målen C-383/21 och C-384/21 Sambre & Biesme), anser kammarrätten att bestämmelserna i 3 kap. 13 § och 16 § LOU måste tillämpas direktivkonformt.

När det gäller frågan om vilken omsättning som ska beaktas vid bedömningen av verksamhetskriteriet har EU-domstolen uttalat att det är all den verksamhet som bedrivs inom ramen för tilldelningen som ska beaktas, oavsett om mottagaren är den upphandlande myndigheten själv eller tjänsteanvändaren (mål C-340/04 Carbotermo och Consorzio Alisei p. 66). Utgångspunkten för vad som kan tillgodoräknas som intern verksamhet är alltså all den verksamhet som Sysav bedriver inom ramen för ägarkommunernas tilldelning.

Enligt ägarkommunernas konsortialavtal samt Sysavs bolagsordning och ägardirektiv ska Sysav svara för den regionala återvinningen och avfallshanteringen för ägarkommunerna. Miljöbalken ska ligga till grund för verksamheten och målet ska vara att maximera återvinningen av material och energi samt minimera deponeringen. Verksamheten ska också bedrivas enligt affärsmässiga principer och debiteringen ska grundas på en taxa

framtagen på så sätt att inkomster och utgifter i princip balanserar, men med utrymme för sådan vinst att investeringar möjliggörs i framtida återvinnings- och behandlingsanläggningar samt deponier.

Kammarrätten konstaterar att det av de skriftliga bolagshandlingarna klart framgår att ägarkommunernas tilldelning av uppdraget till Sysav omfattar såväl återvinning, avfallsbehandling och deponering av avfall som att driva en kretsloppsanpassad avfallshantering. Den avfallshantering som ägarkommunerna är förpliktade att utföra enligt den kommunala renhållningsskyldigheten i 15 kap. 20 § miljöbalken har därmed överförs på Sysav. Enligt förarbetena till miljöbalken har den som behandlar avfall, eller är ansvarig för att avfall blir behandlat, också en skyldighet att se till att avfallet i första hand återvinns (prop. 2015/16:166, s. 38 f.). Mot bakgrund av EU-domstolens uttalanden i Carbotermo och Consorzio Alisei (p. 66 och 67) anser kammarrätten att även försäljningen av framställd elektricitet, värme och återvunnet material ska anses vara hänförlig till den interna verksamheten, oavsett om mottagaren är ägarkommunerna eller användarna av varorna eller tjänsterna och oavsett om betalningarna kommer från kommunerna eller från användarna. Omsättningen från återvinningen och avfallsbehandlingen, inklusive försäljningen av framställd energi och återvunnet material, ska därför i sin helhet räknas som intern verksamhet.

Konkurrensverket har därför inte visat att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt och därmed inte heller att det var fel av ägarkommunerna att tillämpa undantaget för intern upphandling i 3 kap. 11 § och 13 § LOU. Det finns därför inte heller grund för kritik med anledning av att dokumentationsplikten inte har uppfyllts.

Slutsats

Kammarrätten anser sammanfattningsvis att Konkurrensverket inte har haft fog för att rikta kritik mot ägarkommunerna med anledning av deras anskaffningar av avfallstjänster från Sysav. Tillsynsbesluten ska därför upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (KR-01).

Annika Lowén
lagman
ordförande

Haike Degenkolbe
kammarrättsråd
referent

Fredrik Hammarström
kammarrättsråd

Linda Bågling
föredragande jurist



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 5

DOM
2023-02-13
Meddelad i Stockholm

Mål nr
15741-22

KLAGANDE

1. Burlövs kommun
2. Kävlinge kommun
3. Lomma kommun
4. Lunds kommun
5. Malmö kommun
6. Simrishamns kommun
7. Sjöbo kommun
8. Skurups kommun
9. Staffanstorps kommun
10. Svedala kommun
11. Tomelilla kommun
12. Trelleborgs kommun
13. Vellinge kommun
14. Ystads kommun

Ombud för 1–14: Advokat Hanna Lundqvist och biträdande jurist Erika Sköld

MOTPART

Konkurrensverket

ÖVERKLAGADE BESLUT

Konkurrensverkets 14 beslut 2022-07-05, se bilaga 1 (endast ett av besluten är bilagerat)

SAKEN

Tillsyn över offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket beslutade den 5 juli 2022 att rikta kritik mot ett antal kommuner i Skåne, se domens första sida under rubriken KLAGANDE (nedan kallade ägarkommunerna). De aktuella kommunerna äger tillsammans Sydskanes avfallsaktiebolag (Sysav). Som skäl för besluten angavs i huvudsak att ägarkommunerna tillämpat undantaget för intern upphandling i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, utan att uppfylla bestämmelsens s.k. verksamhetskriterium (se 3 kap. 11 och 13 §§ LOU). Eftersom anskaffningen inte föregåtts av annonsering utgjorde den enligt Konkurrensverket en otillåten direktupphandling. Konkurrensverket ansåg också att kommunerna inte uppfyllt lagens dokumentationsplikt (se 12 kap. 14–16 §§ LOU). Skälen för besluten framgår av bilaga 1. Bilaga 1 avser Burlövs kommun och besluten för övriga ägarkommuner är likalydande.

Ägarkommunerna yrkar att besluten ska upphävas och för fram i huvudsak följande. Inköpen från Sysav har skett med stöd av LOU:s undantag för intern upphandling. Både de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda i relationen mellan respektive ägarkommun och Sysav. Ägarkommunerna får därför köpa avfallshanteringstjänster från Sysav utan föregående annonsering. När det gäller dokumentationsplikten i 12 kap. 14–16 §§ LOU, så gäller den inte för kontrakt som tilldelas med stöd av undantaget för intern upphandling.

Konkurrensverket anser att ägarkommunernas överklagande ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning**

Huvudregeln enligt LOU är att tilldelning av kontrakt och ramavtal ska föregås av annonsering och att alla leverantörer ska få möjlighet att lämna anbud. Detta

framgår av 10 kap. 1 § LOU. För att ett avtal med ett värde över direktupphandlingsgränsen ska kunna ingås utan föregående annonsering krävs att något särskilt angivet undantag i LOU är tillämpligt. Reglerna om intern upphandling är ett sådant undantag från annonseringsplikten (se 3 kap. 11 och 13 §§ LOU).

En upphandling ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten gemensamt med andra upphandlande myndigheter utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheterna utövar över sina egna förvaltningar (kontrollkriteriet),
2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för myndigheternas räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som myndigheterna utövar kontroll över (verksamhetskriteriet), och
3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

Om förutsättningarna i bestämmelsen ovan är uppfyllda omfattas upphandlingen inte av LOU och inköpen behöver inte konkurrensutsättas (se även artikel 12.3 i EU-direktivet 2014/24/EU om offentlig upphandling [upphandlingsdirektivet]).

Förvaltningsrätten kan konstatera att Konkurrensverket inte har ifrågasatt att ägarkommunerna utöver erforderlig kontroll över Sysav eller att det skulle finnas något direkt privat ägarintresse i Sysav. Vad Konkurrensverket och ägarkommunerna är oense om är huruvida verksamhetskriteriet är uppfyllt. De är också oense om vid vilken tidpunkt Sysav har tilldelats uppdraget, vilket har betydelse för prövningstidpunkten.

Tidpunkt för tilldelningen

Konkurrensverket har i sin bedömning av verksamhetskriteriet utgått från 2018 och därmed lagt omsättningen för åren 2015–2017 till grund för sin beräkning av verksamhetsandelen.

Konkurrensverket har fastställt tidpunkten för tilldelning och ingående av kontrakt, eller ramavtal, avseende de aktuella tjänsterna genom att tolka de dokument som förebringats i ärendet. Det har, utöver av Sysav utfärdade fakturor, inte funnits någon dokumentation över anskaffningarna mellan ägarkommunerna och Sysav. Konkurrensverket har därför bedömt att det är genom de årliga styrelsebesluten i Sysav där behandlingsavgifterna fastställs som de ekonomiska villkoren för Sysavs tillhandahållande av avfallstjänsterna till kommunerna för nästkommande år fastställs. Det innebär att det är genom dessa beslut samtliga villkor för Sysavs tillhandahållande slutligen regleras. Därmed uppstår, enligt Konkurrensverket, ett kontrakt, eller ett ramavtal, mellan ägarkommunerna och Sysav. Konkurrensverket anser att tilldelningen av uppdraget inte kan anses ha skett i samband med ingående av konsortieavtalet eller antagandet av bolagsordningen och ägardirektivet. Dessa dokument är enligt Konkurrensverket i huvudsak associationsrättsliga instrument som syftar till att fastställa ramarna för verksamheten.

Ägarkommunernas uppfattning är att det har uppkommit ömsesidiga förpliktelser mellan parterna, och därmed tilldelningen av uppdrag till Sysav, vid respektive ägarkommuns ingående av konsortieavtalet. Detta även om Sysav inte är part i avtalet. Parterna har härefter agerat som om ömsesidiga förpliktelser har uppstått. Sysav har i vart fall tilldelats uppdraget att tillhandahålla avfallstjänster genom att Sysavs bolagsstämma den 21 maj 2010 antog bolagsordning och ägardirektiv. Att formalisera det redan ingångna avtalet mellan parterna genom ett skriftligt kontrakt skulle inte medföra någon skillnad avseende förpliktelser eller agerande. Det krävs inte avtal eller kontrakt för att få

tillämpa reglerna om intern upphandling. Kontrakt i LOU:s mening vilar på civilrättslig grund.

Förvaltningsrätten delar Konkurrensverkets uppfattning att Sysavs och ägarkommunernas associationsrättsliga dokument saknar ekonomiska villkor för Sysavs tillhandahållande av avfallstjänsterna. I avsaknad av andra dokumenterade överenskommelser bedömer förvaltningsrätten att Sysavs fakturering till ägarkommunerna och parternas agerande rimligtvis måste styras av de behandlingsavgifter som fastställts (se även RÅ 2008 ref. 26). Förvaltningsrätten delar därmed Konkurrensverkets bedömning och anser att ett kontrakt, eller ett ramavtal, mellan kommunerna och Sysav har slutits vid tidpunkten för Sysavs årliga styrelsebeslut om behandlingsavgifter (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 30 april 2014 i mål nr 5649-5651-13). Prövning ska därför ske med utgångspunkt i denna tidpunkt.

Frågan om verksamhetskriteriet är uppfyllt

För att verksamhetskriteriet ska vara uppfyllt, och undantaget för intern upphandling tillämpligt, ska 80 procent av Sysavs verksamhet utföras för ägarkommunernas räkning eller för andra juridiska personer som ägarkommunerna utövar kontroll över. Verksamhetsandelen ska enligt 3 kap. 16 § LOU bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under de tre år som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod. Syftet med kriteriet är att undvika att konkurrensen på marknaden snedvrids (se C-340/04 Carbotermo).

Konkurrensverket och ägarkommunerna har skilda uppfattningar om till vilken procentuell andel av den genomsnittliga omsättningen som Sysav utfört tjänster för ägarkommunernas räkning. Enligt Konkurrensverkets beräkningar kommer

33 % av Sysavs intäkter under åren 2015–2017 från den försäljning till tredje part som gjorts av återvunnet material och energi.

Konkurrensverket anför i denna del att även om konsortieavtalet tillsammans med bolagsordning och ägardirektiv skulle kunna utgöra en tilldelning, så omfattar uppdraget enligt dessa dokument inte någon förpliktelse för Sysav att tillhandahålla tjänster även till tredje man. Den verksamheten följer inte av något åtagande i Sysavs uppdrag. Detta innebär enligt Konkurrensverket att sådan försäljning inte kan anses utförd för ägarkommunerna. Ägarkommunernas godkännande av årsredovisningen innebär inte heller att försäljning till tredje man har utförts på uppdrag av ägarkommunerna. Försäljningen bedriver Sysav dessutom i konkurrens med andra aktörer på marknaden för produktion av elenergi. Intäkterna från försäljning av energi och återvunnet material till tredje man är enligt Konkurrensverkets bedömning att betrakta som externa intäkter.

Enligt ägarkommunerna har Sysav utfört mer än 80 procent av sin verksamhet för deras räkning. Enligt bolagsordningen ska Sysav svara för avfallshanteringen för ägarkommunerna. Begreppet avfallshantering i miljöbalken omfattar enligt ägarkommunerna även återvinning. Enligt bolagsordning, ägardirektiv och konsortieavtal samt parternas avsikter och agerande sedan 20 år tillbaka ska uppdraget till Sysav även omfatta energi- och materialåtervinning utöver avfallshantering. Verksamheten har också beskrivits i årsredovisningar där det bl.a. framgår att Sysav ska vara ett ledande återvinnings- och avfallsföretag. Intäkter från energi- och materialåtervinning ska utgöra intäkter från den verksamhet som Sysav bedriver för ägarkommunernas räkning. Enligt ägarkommunerna innebär detta att endast 1,3 % av Sysavs omsättning avser externa intäkter.

Den centrala skillnaden mellan parternas beräkningar ligger i hur de bedömer försäljningen av energileveranser av återvunnen el och värme samt annat återvunnet material till externa aktörer – om den försäljningen ska ingå i det uppdrag, eller tilldelning, till Sysav av tjänster som utförts för ägarkommunernas räkning. Konkurrensverket anser att intäkterna från denna verksamhet faller utanför den verksamhet som Sysav bedriver för ägarkommunernas räkning. Enligt ägarkommunerna är försäljningen av återvunnet material och energi intern eftersom den ingår i tilldelningen av uppdrag till Sysav.

Det är således av avgörande betydelse för frågan, om intäkterna från försäljningen av återvunnet material och energi ska anses ingå i den verksamhet som Sysav bedriver för ägarkommunernas räkning.

Härvid ska hållas i minnet att undantag från LOU:s huvudregel om annonsering ska tillämpas restriktivt och att det är den part som yrkar att ett undantag ska tillämpas som har att bevisa att förutsättningarna för det är uppfyllda.

Förvaltningsrätten anser att det, för att Sysavs externa verksamhet ska anses ingå i en tilldelning från ägarkommunerna, behöver framgå att det finns ett sådant uppdrag från ägarkommunerna och att detta uppdrag omfattas av LOU:s begrepp kontrakt (se C-340/04 Carbotermo p. 65-66). Sysav ska således ha tilldelats en skyldighet, förpliktelse, att utföra den externa verksamheten mot vederlag.

Enligt förvaltningsrättens bedömning framgår det inte av de associationsrättsliga dokumenten var för sig eller tillsammans att det uppdrag som Sysavs tilldelats innefattar försäljning av energi och återvunnet material till tredje man och att sådan försäljning bedrivs med anledning av ägarkommunernas tilldelning. Att det av ägardirektivet framgår att Sysav ska bedriva återvinningsverksamhet visar endast vad kommunernas avsikt har varit och innebär inte ett reglerande av förpliktelser eller uppdrag. Att ägardirektivet anger att tjänster

kan erbjudas till andra så länge det inte strider mot de s.k. Teckal-kriterierna (se C-107/98 Teckal) innebär inte heller att förutsättningarna för intern upphandling automatiskt är uppfyllda. Även om konsortieavtal tillsammans med bolagsordningen och ägardirektivet skulle kunna utgöra en sådan tilldelning som ägarkommunerna menar har gjorts omfattar det såvitt domstolen bedömer inte någon förpliktelse att tillhandahålla tjänster till andra än ägarkommunerna.

Av fakturorna framkommer enligt domstolen inte annat än vilken avfallsfraktion som ska behandlas och de ger därmed bara stöd för bedömningen att tilldelningen omfattar avfallshanteringen exklusive försäljningen av återvunnen energi och material. Det finns inte heller något i fakturorna som visar att Sysav kan hållas upphandlingsrättsligt ansvarigt för att utföra den externa verksamheten och tillhandahålla tjänster till tredje man.

Det är i och för sig riktigt som påpekas av ägarkommunerna att det inte finns något formkrav i LOU för hur en tilldelning av ett uppdrag ska se ut. Det är dock den part som åberopar att det är på ett visst sätt som har att bevisa detta.

Förvaltningsrätten anser med hänsyn till det ovan anförda att ägarkommunerna inte har visat att försäljningen av energi och återvunnet material uttryckligen ingår i tilldelningen från kommunerna.

Frågan är därmed om det, av miljörettsliga skäl, skulle kunna vara så att det ligger i sakens natur att uppdraget för ägarkommunerna innebär att Sysav ska sälja energi och återvunnet material till tredje man. Att det så att säga är omöjligt för Sysav att utföra energi- och materialåtervinning utan att sälja den framställda energin och det återvunna materialet till tredje man, eller att, som ägarkommunerna anför, det i uppdraget att återvinna avfall per automatik ingår att Sysav ska avyttra den framställda energin och det återvunna materialet, efter-

som det annars skulle saknas anledning att utföra återvinningen. Ägarkommunerna hänvisar i detta avseende till Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 9 mars 2018 i mål nr 6658-15.

Förvaltningsrätten gör i denna del följande bedömning. Det måste vid kommunal renhållning, som innefattar återvinning, rimligen ligga som en integrerad del att tillse att återvunnet material överläts vidare där det kan komma till användning. Detta gäller även om det är nödvändigt att överlåta materialet till kommersiella aktörer för att materialet inte ska gå till spillo. Enligt förvaltningsrätten är de miljörättsliga kraven och vad som däri ingår däremot inte automatiskt överförbara på upphandlingsrättsliga regler. Enligt förvaltningsrätten kan miljörättsliga skyldigheter och definitioner således inte per automatik innebära att olika verksamhetsupplägg ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv är tillåtna och förenliga med lagstiftningen. För att sådan försäljning som är aktuell i målet även upphandlingsrättsligt ska vara godtagbara såsom intern upphandling enligt en tilldelning bör det åligga ägarkommunerna att genom rättshandlingar och åtgärder, till exempel beslut, protokoll, bolagsordningar, anteckningar etc. klargöra att sådan försäljning ingår i en tilldelning.

Mot denna bakgrund kan således sägas att förvaltningsrätten anser att ägarkommunerna inte heller visat att miljörättsliga krav, eller praxis, innebär att tilldelningen per automatik omfattar försäljning till tredje part på det sätt ägarkommunerna förespråkar. Försäljningen av återvunnet material och energi bedrivs dessutom på en konkurrensutsatt marknad. Risken för att icke-diskrimineringsprincipen åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens.

Förvaltningsrätten anser således att ägarkommunerna inte visar annat än att Sysavs åtagande omfattar de tjänster ägarkommunerna förvärvat och betalar för

enligt utställda fakturor, och alltså inte de försäljningar av återvunnet material och energi som gjorts till externa aktörer.

Beräkningen av den externa verksamheten ska alltså göras på det sätt som följer av Konkurrensverkets beslut, dvs. till 33 %. Detta innebär att förvaltningsrätten delar Konkurrensverkets bedömning att mer än 20 % av Sysavs totala omsättning de aktuella åren härrör från verksamhet som inte bedrivits för ägarkommunernas räkning. Det har alltså varit fråga om otillåten direktupphandling och överklagandet ska därmed avslås i denna del.

Har ägarkommunerna uppfyllt dokumentationskravet?

Av 12 kap. 14 § LOU framgår att en upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden. Av 12 kap. 15 och 16 §§ LOU framgår att en individuell rapport ska upprättas och vad som ska framgå av en sådan rapport.

Som framgått ovan saknas det, utöver fakturor mellan Sysav och ägarkommunerna, tydlig dokumentation över ägarkommunernas anskaffningar av avfallstjänster och tilldelningar till Sysav.

Förvaltningsrätten delar Konkurrensverkets bedömning att avsaknaden av dokumentation strider mot reglerna i 12 kap. 14–16 §§ LOU. Det ägarkommunerna anför om att det aktuella köpet av avfallshanteringstjänster enligt deras bedömning genomförts med stöd av undantaget för intern upphandling och alltså inte behövt dokumenteras föranleder ingen annan bedömning. Även denna del av överklagandet ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 2 (FR-03).

Cecilia Mauritzon

Chefsrådman

Nämndemännen Andrei Ignat, Inger Tuvell och Kerstin Åsberg har också deltagit i avgörandet.

Föredragande jurist Hugo Leifman har föredragit målet.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Avdelning 31INKOM: 2022-07-27
MÅLNR: 15741-22
AKTBIL: 19

Burlövs kommun

Via ombudet advokaten
Hanna Lundqvist per e-post till
hanna.lundqvist@lindahl.se**Tillsyn enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling;
anskaffning av avfallstjänster från Sydskanes avfallsaktiebolag****Konkurrensverkets beslut**

Burlövs kommun (Kommunen) har, vid anskaffning av tjänster avseende omhändertagande av hushållsavfall (avfallstjänster) under 2018 från Sydskanes avfallsaktiebolag (Sysav), agerat i strid med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, genom att

- tillämpa undantaget för intern upphandling i 3 kap. 11 § LOU utan att uppfylla verksamhetskriteriet i 3 kap. 13 § LOU. Eftersom anskaffningen inte har föregåtts av annonsering utgör den en otillåten direktupphandling i strid med 10 kap. 1 § LOU.
- inte uppfylla dokumentationsplikten i 12 kap. 14–16 §§ LOU vid den aktuella anskaffningen.

Kommunen förtjänar kritik för sitt agerande.

Konkurrensverket förutsätter att Kommunen i den mån det inte redan skett, vidtar åtgärder för att säkerställa att Kommunens anskaffningar från Sysav sker i enlighet med LOU. Kommunens åtgärder i detta syfte kan komma att följas upp genom förnyad tillsyn.

Ärendet avslutas.

Redogörelse för tillsynsärendet

Bakgrund till Konkurrensverkets ärende

1. Sydskånes avfallsaktiebolag, 556187-0410, Sysav, är ett kommunalt bolag i Skåne. Bolaget ägs gemensamt av kommunerna Burlöv, Kävlinge, Lomma, Lund, Malmö, Simrishamn, Sjöbo, Skurup, Staffanstorps, Svedala, Tomelilla, Trelleborg, Vellinge och Ystad (ägarkommunerna).
2. Under 2010 inledde Europeiska kommissionen (kommissionen) ett överträdelseärende mot Sverige avseende vissa svenska kommuners anskaffningar av avfallstjänster. Ärendet omfattade bland annat Simrishamn kommuns och Tomelilla kommuns anskaffningar av tjänster från Sysav och avsåg bland annat frågan huruvida kommunerna kunde anskaffa tjänster från Sysav utan föregående annonserad upphandling med stöd av det s.k. in-house-undantaget.^{1,2}
3. I ett motiverat yttrande till Sveriges regering angav kommissionen att Sysav inte riktade huvuddelen av sin verksamhet till ägarkommunerna. Sysav bedömdes vara aktivt på den privata marknaden och det bedömdes att den del av Sysavs omsättning som härrörde från andra än ägarkommunerna var betydande. Enligt kommissionen var det därför inte möjligt för kommunerna att anskaffa tjänster från Sysav utan föregående annonserad upphandling med stöd av in-house-undantaget. Kommissionen konstaterade att Sveriges regering därmed inte hade uppfyllt sina skyldigheter enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster och uppmanade Sverige att vidta de åtgärder som var nödvändiga för att rätta sig efter det motiverade yttrandet.³
4. År 2012 omorganiserade ägarkommunerna verksamheten i Sysav. Hanteringen av den konkurrensutsatta verksamheten avseende avfall från företag och andra kommuner än ägarkommunerna fördes över till dotterbolaget Sysav Industri AB.⁴ Syftet med omorganisationen var att verksamheten i Sysav endast skulle utövas för eller tillsammans med ägarkommunerna.
5. Mot bakgrund av ovanstående inledde Konkurrensverket under 2014 en utredning avseende ägarkommunernas anskaffningar av avfallstjänster från Sysav.⁵ Syftet med utredningen var att följa upp utvecklingen av verksamheten i Sysav-koncernen efter omorganisationen och att bedöma om

¹ Numera undantaget för intern upphandling.

² Kommissionens klagomålsärende avseende överträdelse nummer 2009/4080.

³ Se kommissionens yttrande av den 28 oktober 2010 avseende överträdelse nummer 2009/4080.

⁴ Sysavs årsredovisning 2012 s. 2.

⁵ Konkurrensverkets ärende med dnr 733/2014.

denna medfört att det s.k. verksamhetskriteriet i in-house-undantaget var uppfyllt vid tillfället.

6. Konkurrensverket fattade den 24 juni 2015 14 separata och likalydande tillsynsbeslut mot samtliga ägarkommuner. I besluten konstaterade Konkurrensverket att ägarkommunerna inte får köpa avfallstjänster från Sysav och Sysav Industri AB utan föregående annonsering med stöd av in-house-undantaget i den nu upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eftersom verksamhetskriteriet inte var uppfyllt. Enligt Konkurrensverket riktade sig en för stor del av Sysavs verksamhet mot andra än ägarkommunerna. Högsta förvaltningsdomstolen undanröjde i december 2018 Konkurrensverkets beslut av den 24 juni 2015.⁶ Anledningen var att Högsta förvaltningsdomstolen bedömde Konkurrensverkets beslut som ett förbud och att Konkurrensverket därmed agerat utanför sin kompetens. Konkurrensverket saknar enligt Högsta förvaltningsdomstolen befogenhet att tvinga en upphandlande myndighet att vidta eller underlåta en viss åtgärd efter en konstaterad regelöverträdelse.⁷
7. Med anledning av att Konkurrensverkets beslut undanröjdes inledde Konkurrensverket den 12 februari 2019 den aktuella utredningen om ägarkommunernas anskaffningar av tjänster avseende omhändertagande av hushållsavfall (trädgårdsavfall, restavfall och matavfall) från Sysav.⁸ Vid detta tillfälle hade kommissionen också inlett ett nytt överträdelseärende mot Sverige avseende bland annat ägarkommunernas anskaffningar av avfallstjänster från Sysav. Kommissionens ärende pågår fortfarande vid tidpunkten för när detta beslut fattas.⁹

Konkurrensverkets utredning

8. Konkurrensverkets utredning har avgränsats till ägarkommunernas anskaffningar under 2018.
9. Den 14 februari 2019 skickade Konkurrensverket skrivelser med ett antal frågor till de 14 ägarkommunerna. Den 12 april 2019 inkom en gemensam svarsskrivelse från samtliga 14 kommuner. I skrivelsen har ägarkommunerna bland annat uppgett att undantaget för intern upphandling i 3 kap. 13 § LOU

⁶ Se HFD 2018 ref. 71 som avsåg Konkurrensverkets beslut med dnr 733/2014.

⁷ I sak bedömde förvaltningsrätten och kammarrätten att ägarkommunerna inte fick köpa avfallshanterings tjänster utan föregående annonsering från Sysav med stöd i in-house-undantaget eftersom verksamhetskriteriet inte var uppfyllt, se Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 30 maj 2016 i mål nr 15332-15 och Kammarrätten i Stockholms dom den 23 mars 2017 i mål nr 4167-16.

⁸ Konkurrensverkets ärenden med dnr 135–148/2019. Granskningen har skett inom ramen för 14 ärenden, ett ärende för varje ägarkommun som meddelats ett tillsynsbeslut den 24 juni 2015. Av praktiska skäl har utredningen handlagts gemensamt i ärende med dnr 137/2021.

⁹ Kommissionens klagomålsärende avseende överträdelse nummer 2014/4183.

är tillämpligt när Sysav tillhandahåller varor och tjänster till ägarkommunerna.

10. Med anledning av information som inkommit inledde Konkurrensverket även en granskning av VA SYD och Österlens Kommunala Renhållnings AB.¹⁰ Orsaken var att det framkommit att ett antal ägarkommuner genomfört sina anskaffningar genom dessa bolag. Dessa ärenden har avslutats genom beslut den 22 december 2021.
11. Den 7 februari 2022 skickade Konkurrensverket ett utkast till beslut till ägarkommunerna i syfte att ge ägarkommunerna möjlighet att yttra sig över Konkurrensverkets preliminära bedömningar. Den 4 mars 2022 inkom ägarkommunerna med ett gemensamt yttrande. Vidare har ägarkommunerna den 30 juni 2022 inkommit med en uppdaterad sammanställning av de omsättningsuppgifter som framgår av yttrandet den 4 mars 2022.
12. Utöver den information som ägarkommunerna inkommit med genom svarsskrivelsen den 12 april 2019 och yttrandet den 4 mars 2022 har Konkurrensverket inom ramen för utredningen även granskat: Sysavs bolagsordning i lydelse av den 21 maj 2010, ägardirektiv daterade samma dag, konsortialavtal mellan ett antal av ägarkommunerna tecknat 2000 och tillägg till konsortialavtal tecknat med ytterligare tillträdande ägarkommuner 2004.

Skäl för beslutet

Rättslig reglering

Annonseringsskyldighet

13. LOU är tillämplig på upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter. Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt.¹¹
14. Huvudregeln enligt LOU är att kontrakt och ramavtal ska föregås av annonsering och att alla leverantörer ska få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud vilket bland annat följer av 10 kap. 1 § LOU.
15. För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska kunna ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt

¹⁰ Konkurrensverkets ärenden med dnr 337–338/2019.

¹¹ 1 kap. 2 § LOU.

angivna undantagen i LOU är tillämpligt. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.¹²

Tilldelning av kontrakt och ramavtal

16. Med begreppet kontrakt i LOU avses ett avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer och som avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggtreprenad.¹³
17. För att det ska föreligga ett kontrakt krävs att det rör sig om en anskaffning.¹⁴ Begreppet anskaffning ska förstås i vid mening som att få tillgång till fördelarna av de berörda byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna, vilket inte nödvändigtvis kräver att äganderätten överläts till de upphandlande myndigheterna. Ett kontrakt förutsätter att det uppstår ömsesidiga förpliktelser mellan parterna, vars fullgörande går att uppnå genom rättsliga åtgärder.¹⁵ Av EU-domstolens praxis följer att begreppet kontrakt ska tolkas på så sätt att direktivens ändamålsenliga verkan säkerställs.¹⁶ Det är inte den rättsliga beteckningen av en viss transaktion i sig som är avgörande utan i stället innebörden av denna tolkad i funktionella termer. Ett kontrakt uppstår således när det föreligger rättsligt bindande åtaganden om anskaffning som innebär att en leverantör åtar sig att tillhandahålla en tjänst till en upphandlande myndighet och den upphandlande myndigheten i utbyte åtar sig att utge ersättning för tjänsten.¹⁷
18. Med begreppet ramavtal i LOU avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod.¹⁸ Förekomsten av ett ramavtal förutsätter inte nödvändigtvis att det föreligger ömsesidiga åtaganden.¹⁹ Eftersom definitionen av begreppet ramavtal förutsätter att det rör sig om villkor för senare tilldelning av "kontrakt" krävs det dock att det i vart fall senast efter avrop uppstår ömsesidiga rättsligt

¹² Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-199/85 Kommissionen mot Italien, p. 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland, p. 58, mål C-385/02 Kommissionen mot Italien, p. 19, mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland, p. 33 och mål C-26/03 Stadt Halle, p. 46. Se även prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

¹³ 1 kap. 15 § LOU. Av definitionen framgår även att det med ett kontrakt avses ett *skriftligt* avtal. Vad gäller detta kan emellertid konstateras att även muntliga avtal är upphandlingspliktiga, se bland annat prop. 2015/16:195 s. 318 f och 321 f.

¹⁴ 1 kap. 2 § LOU och skäl 4 till Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹⁵ Se bland annat EU-domstolens domar i mål C-796/18 Stadt Köln, mål C-51/15 Remondis, mål C-451/08 Helmut Müller, p. 62–63, mål C-107/98 Teckal och mål C-26/03 Stadt Halle. Jfr även generaladvokatens yttrande i mål C-451/08 Helmut Müller, p. 78–80.

¹⁶ Se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-399/98 Ordine degli Architetti, p. 52, 55 och 85.

¹⁷ Se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-220/05 Jean Auroux, p. 40.

¹⁸ 1 kap. 20 § LOU.

¹⁹ Jfr 1 kap. 20 § LOU samt Högsta domstolens dom NJA 2021 s. 643.

bindande åtaganden om anskaffning som innebär att en leverantör åtar sig att tillhandahålla en tjänst till en upphandlande myndighet och den upphandlande myndigheten i utbyte åtar sig att utge ersättning för tjänsten.²⁰

19. Ett ramavtal uppstår således när en upphandlande myndighet och en leverantör avtalar om villkoren för senare avrop avseende viss tjänst, i syfte att senare, vid avrop enligt dessa villkor, tilldela kontrakt i den mening som avses i LOU.

Intern upphandling

20. I 3 kap. 11–16 §§ LOU framgår undantagen för intern upphandling. Bestämmelserna innebär att avtal som ingås internt, mellan till exempel en kommun och kommunens bolag, under vissa förutsättningar inte behöver upphandlas enligt LOU.
21. Undantagen i fråga kodifierar EU-domstolens avgörande i mål C-107/98 Teckal och den efterföljande rättsutvecklingen.²¹
22. I 3 kap. 13 § LOU regleras situationen då flera upphandlande myndigheter tillsammans utövar kontroll över motparten. För att en upphandling ska anses vara en intern upphandling enligt 3 kap. 13 § LOU ska följande tre förutsättningar vara uppfyllda.
- 1) Den upphandlande myndigheten utövar, gemensamt med andra upphandlande myndigheter, kontroll över motparten motsvarande den kontroll som myndigheterna utövar över sina egna förvaltningar (kontrollkriteriet).
 - 2) Motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för myndigheternas räkning, eller för juridiska personer som myndigheterna utövar kontroll över (verksamhetskriteriet).
 - 3) Det finns inte något direkt privat ägarintresse i motparten.
23. I enlighet med 3 kap. 16 § LOU ska verksamhetskriteriet bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under de tre år som föregick tilldelningen, eller annat lämpligt verksamhetsbaserat mått under samma tidsperiod. Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga får verksamhetsandelen bestämmas utifrån ett annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått. Då ett bolag innehas av flera myndigheter ska

²⁰ Jfr 1 kap. 20 § LOU.

²¹ Jfr prop. 2015/16:195 s. 393 f.

verksamheten som bolaget bedriver tillsammans med samtliga dessa myndigheter beaktas.²²

24. Bestämmelserna om intern upphandling är undantagsbestämmelser och ska därför tolkas restriktivt.²³ Det ankommer på den upphandlande myndigheten att visa att det har förelegat förutsättningar att tillämpa ett undantag från upphandlingsskyldigheten enligt upphandlingslagstiftningen.

Värdet av en upphandling

25. Av huvudregeln i LOU framgår att tjänstekontrakt ska upphandlas genom ett annonserat förfarande. Vilka regler i lagstiftningen som ska tillämpas vid genomförandet av en upphandling avgörs bland annat av upphandlingens värde. Om värdet av en upphandling överstiger tillämpligt tröskelvärde ska upphandlingen, som huvudregel, genomföras enligt de direktivstyrda reglerna i LOU.
26. Enligt 5 kap. 3 § LOU ska värdet av en upphandling uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt de tjänstekontrakt som ingår i upphandlingen. Uppskattningen ska inbegripa värdet av samtliga options- och förlängningsklausuler som om de utnyttjats.
27. I 5 kap. 11 § LOU regleras beräkningen av värdet för varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom viss tid. Enligt bestämmelsen ska värdet uppskattas med ledning av det verkliga totala värdet av en följd av liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller det uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som kommer att upphandlas under den tolv månadersperiod som följer på den första leveransen.
28. Enligt 5 kap. 14 § LOU ska värdet av ett ramavtal uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalet under löptiden.

Dokumentationsplikt

29. Av 12 kap. 14–16 §§ LOU följer bland annat att genomförandet av upphandlingar ska dokumenteras. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden. Vid upphandling över tröskelvärdet ska en individuell rapport upprättas för varje kontrakt som tilldelas och för varje ramavtal som ingås.²⁴

²² Se EU-domstolens dom i mål C-340/04 Carbotermo, p. 71.

²³ Se prop. 2015/16:195 s. 396.

²⁴ Av 19 kap. 30 § LOU framgår att om upphandlingens värde är högre än 100 000 kronor ska den upphandlande myndigheten dokumentera genomförandet av upphandlingen.

Vad som kommit fram i utredningen om ägarkommunernas avtal och anskaffningar från Sysav

30. Konkurrensverket har utrett Kommunens anskaffningar av avfallstjänster från Sysav under 2018. I det följande redogör Konkurrensverket mer utförligt för vad som framkommit i utredningen.

Avfallshanteringen i Kommunen

31. Kommunen har tillsammans med övriga ägarkommuner inkommit med information om att det kommunägda bolaget Sysav tillhandahållit avfallstjänster till samtliga av bolagets ägarkommuner under 2018.
32. Ägarkommunerna har inkommit med av Sysav utfärdade fakturor avseende de avfallstjänster som Sysav tillhandahållit till ägarkommunerna. Av fakturorna framgår bland annat för vilken kommuns räkning som Sysav hanterat avfall, vilken typ av avfall och hur stor mängd avfall som behandlats och det sammanlagda beloppet som fakturan avser.
33. Av fakturorna går att utläsa att Sysav kontinuerligt tillhandahållit avfallstjänster till ägarkommunerna.
34. Under utredningen har framkommit att det praktiska tillhandahållandet av avfallstjänster går till på så sätt att ägarkommunerna ombesörjer insamling av avfall i sina respektive kommuner. Ägarkommunerna, eller de leverantörer som respektive ägarkommun satt i sitt ställe, transporterar sedan avfallet till Sysavs anläggningar. På anläggningen vägs avfallet in och dokumenteras innan det lämnas på anläggningen för vidare behandling. Efter avlämning fakturerar Sysav ägarkommunerna i enlighet med fastställda avgifter.
35. Sysav tillhandahåller alltså kontinuerligt avfallstjänster till ägarkommunerna i utbyte mot ekonomisk ersättning. Tillhandahållandet av aktuella tjänster har inte föregåtts av någon annonserad upphandling. Mot bakgrund av detta finns anledning att närmare redogöra för Sysavs verksamhet och förhållandet mellan ägarkommunerna och Sysav.

Förhållandet mellan ägarkommunerna och Sysav

36. Sysavs verksamhet styrs av ett antal dokument. Utöver den *bolagsordning* genom vilken ramarna för Sysavs verksamhet fastställs, har ägarkommunerna också utfärdat *ägardirektiv* i vilket riktningen och visionen för Sysavs arbete preciseras. Vidare har ägarkommunerna också ingått ett *konsortialavtal*, även kallat aktieägaravtal, i syfte att reglera ägarkommunernas samarbete i Sysav. Nedan redogörs kortfattat för det övergripande innehållet i respektive dokument.

37. Av bolagsordningen, som ställer upp ramarna för Sysavs verksamhet, framgår att Sysav ska ha till föremål för sin verksamhet att svara för den regionala avfallshanteringen inom verksamhetsområdet för ägarkommunerna. Vidare framgår att Sysavs verksamhet i huvudsak ska bedrivas för eller tillsammans med ägarkommunerna.
38. Ägarkommunernas ägardirektiv har beslutats av Sysavs bolagsstämma. Direktiven innehåller anvisningar till Sysavs ledning och syftar till att ytterligare precisera hur Sysav ska bedriva verksamhet. Av ägardirektiven framgår bland annat att Sysavs ändamål är att fullgöra ägarkommunernas skyldigheter enligt det mellan ägarkommunerna tecknade konsortialavtalet, att verksamheten i huvudsak ska bedrivas för eller tillsammans med ägarkommunerna och syfta till att tillgodose ägarkommunernas behov av resurser för att fullgöra sina åtaganden avseende avfallsbehandling och återvinning. Av direktiven framgår bland annat också att bolagets verksamhet ska bedrivas enligt aktiebolagslagen, kommunallagen, miljöbalken och för avfallshanteringen gällande förordningar och direktiv samt Sysavs regionala kretsloppsplan och miljöpolicy och att verksamheten ska utövas på grundval av de renhållningsordningar och avfallsplaner som ägarkommunerna antar.
39. Av det konsortialavtal som ägarkommunerna tecknat framgår att ägarkommunerna gentemot varandra förbinder sig att samverka på avfallsområdet bland annat genom att hos Sysavs anläggningar avlämna dels allt avfall som kan tas emot i bolagets anläggningar och som ägarkommunerna har ansvar för enligt lagstiftningen, dels sådant avfall som ägarkommunerna gemensamt beslutat att omhänderta. Avtalet gäller till och med den 31 december 2025 och förlängs därefter med fem år i taget om ingen av ägarkommunerna säger upp avtalet. Avtalet kan sägas upp på förhand om majoriteten av ägarkommunerna, representerande minst två tredjedelar av aktiekapitalet i bolaget, kommer överens om att avtalet ska upphöra i förtid. Att notera är att Sysav inte är part i avtalet.

Fastställande av avgifter

40. Av konsortialavtalet som tecknats mellan ägarkommunerna framgår bland annat att Sysavs verksamhet ska bedrivas enligt affärsmässiga principer och att bolaget ska debitera enligt taxa som möjliggör att inkomster och utgifter i princip balanserar.
41. Årligen håller ägarkommunerna ett ägarsamråd vid vilket de tar ställning till den avgift som Sysav tar ut för det avfall som ägarkommunerna låter behandla genom Sysav. Att notera är emellertid att slutligt beslut om dessa behandlingsavgifter inte fattas vid ägarsamrådet, utan att beslut om kommande års avgifter fattas av styrelsen vid senare styrelsesammanträde.

Styrelsens beslut expedieras till ägarkommunerna. Det är dessa avgifter som ligger till grund för faktureringen avseende de avfallstjänster som Sysav kontinuerligt utför för ägarkommunernas räkning.

Konkurrensverkets bedömning avseende otillåtna direktupphandlingar

42. Konkurrensverket bedömer att Kommunen har tilldelat kontrakt, eller i vart fall ett ramavtal, rörande avfallstjänster till Sysav för 2018. Tilldelningen har inte föregåtts av någon annonserad upphandling trots att förutsättningar att avstå från annonsering saknats. Anskaffningarna har således skett genom otillåten direktupphandling. Nedan redogörs för Konkurrensverkets bedömning avseende frågan.

Tilldelningen av uppdraget att utföra avfallstjänster

43. Som framgår ovan har Sysav kontinuerligt tillhandahållit avfallstjänster till ägarkommunerna i utbyte mot ekonomisk ersättning.
44. Utöver av Sysav utfärdade fakturor finns, såvitt framkommit av utredningen, inte någon ytterligare dokumentation av anskaffningarna mellan ägarkommunerna och Sysav, som till exempel kontraktsdokument eller andra skriftliga handlingar. Det innebär bland annat att tidpunkt för tilldelning och ingående av kontrakt eller ramavtal avseende aktuella tjänster måste fastställas genom tolkning av befintligt material och parternas agerande.
45. Då tidpunkten för tilldelning av ramavtal eller kontrakt är av relevans för den fortsatta bedömningen, redogörs nedan för Konkurrensverkets bedömning av när detta skett.
46. Av Sysavs bolagsordning framgår att Sysav ska ha till föremål för sin verksamhet att svara för den regionala avfallshanteringen inom verksamhetsområdet för ägarkommunerna och att verksamheten i huvudsak ska bedrivas för eller tillsammans med ägarkommunerna.
47. Genom ägardirektiv klagörs ytterligare att Sysavs ändamål är att fullgöra ägarkommunernas skyldigheter enligt det mellan ägarkommunerna tecknade konsortialavtalet, att verksamheten syftar till att tillgodose ägarkommunernas behov av resurser för att fullgöra sina åtaganden avseende avfallsbehandling och återvinning och att verksamheten bland annat ska utövas på grundval av de renhållningsordningar och avfallsplaner som ägarkommunerna antar.
48. Att ägarkommunerna också har för avsikt att utnyttja Sysavs tjänster framgår bland annat av att ägarkommunerna, genom att ingå konsortialavtalet, gentemot varandra har förbundit sig att anskaffa avfallstjänster från Sysav.

49. Genom Sysavs årliga styrelsebeslut om behandlingsavgifter, som fattas efter att frågan varit föremål för behandling vid ägarsamrådet där ägarkommunerna deltar, fastställs de behandlingsavgifter som bolaget kommer att ta ut för behandling av ägarkommunernas avfall nästkommande år. Beslutet innebär således att de ekonomiska villkoren för Sysavs tillhandahållande av avfallstjänster nästkommande år fastställs, vilket i sin tur också innebär att det är då samtliga villkor för Sysavs tillhandahållande av tjänsten enligt ägarkommunernas direktiv slutligen regleras.
50. Vid tidpunkten för beslutet om behandlingsavgifter uppstår således ett kontrakt, eller i vart fall ett ramavtal, mellan Kommunen och Sysav. Det är detta som ligger till grund för nästkommande års behandling av avfall.

Upphandlingens värde

51. Under utredningen har Kommunen inkommit med uppgifter om Kommunens kostnad för anskaffningar av avfallstjänster från Sysav. Av dessa uppgifter kan utläsas att värdet av den aktuella upphandlingen klart överstiger tröskelvärdet för när annonsering ska ske enligt 5 kap. 1 § och 10 kap. 1 § LOU. Anskaffningarna borde således ha föregåtts av annonserad upphandling, förutsatt att något undantag inte kunnat tillämpas.

Ingen intern upphandling

52. Kommunen har under utredningen uppgett att undantaget för intern upphandling i 3 kap. 13 § LOU varit tillämpligt vid anskaffningar från Sysav.
53. I detta beslut bedömer Konkurrensverket om verksamhetskriteriet i 3 kap. 13 § LOU är uppfyllt. För Konkurrensverkets beslut i detta ärende saknas skäl att behandla övriga kriterier i 3 kap. 13 § LOU.

Verksamhetskriteriet

54. För att verksamhetskriteriet i bestämmelsen om intern upphandling i 3 kap. 13 § LOU ska vara uppfyllt ska 80 procent av Sysavs verksamhet utföras för ägarkommunernas räkning eller för andra juridiska personer som ägarkommunerna utövar kontroll över. Syftet med denna reglering är att undvika att konkurrensen på marknaden snedvrids.²⁵
55. Det är sådan verksamhet som bedrivs med anledning av ett tilldelningsbeslut som har fattats av den eller de kontrollerande myndigheterna som är relevant att beakta vid bedömningen. Av EU-domstolens praxis framgår att det ska röra sig om åtaganden av den karaktär som omfattas av begreppet kontrakt i

²⁵ Se prop. 2011/12:106 s. 24 samt EU-domstolens dom i mål C-340/04 Carbotermo (särskilt p. 59–63).

bland annat LOU.²⁶ Den fristående enheten ska med andra ord ha ingått ett kontrakt med den kontrollerande myndigheten enligt vilket enheten åtagit sig att utföra en prestation mot vederlag. Denna skyldighet ska vara rättsligt bindande och därmed kunna åberopas inför domstol.²⁷

56. Som angetts ovan (punkt 23) ska verksamhetsandelen bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor och tjänster under de tre år som föregått tilldelningen, eller annat lämpligt verksamhetsbaserat mått under samma tidsperiod. Om uppgifterna inte längre är relevanta får verksamhetsandelen bestämmas utifrån ett annat verksamhetsmått. Då ett bolag innehas av flera myndigheter ska verksamheten som bolaget bedriver tillsammans med samtliga dessa myndigheter beaktas.²⁸

Sysavs uppdrag från ägarkommunerna

57. Kommunen har uppgett att Sysav utför i stort sett all avfallshantering för samtliga ägarkommuners räkning, dvs. även den verksamhet som består av försäljning av energi och materialåtervinning av ägarkommunernas hushållsavfall.
58. Avgörande för vilken verksamhet som ska anses utföras för ägarkommunernas räkning är omfattningen av det uppdrag Sysav har tilldelats av ägarkommunerna.
59. Ägarkommunerna har reglerat sina förhållanden sinsemellan genom bland annat ett konsortialavtal med tillägg och upprättat ägardirektiv i egenskap av aktieägare. Dessa dokument reglerar dock ägarnas förhållanden till varandra och deras styrning av Sysav men inte utförandet av avfallsstjänsterna på uppdrag av ägarkommunerna. Inte heller har några övriga dokument upprättats, vilka reglerar utförandet av avfallsstjänster där såväl ägarkommunerna som Sysav är parter.
60. Bolagsordningen kan förvisso utgöra ett aktiebolagsrättsligt tolkningsinstrument vid den kvalitativa bedömningen, närmare bestämt hur och för vem verksamheten ska drivas.²⁹ Detta bör även gälla för ägardirektiven.
61. Inte heller mot bakgrund av dessa dokument framgår emellertid att all den verksamhet som Sysav bedriver har utförts med anledning av sådana

²⁶ Se EU-domstolens dom i mål C-340/04 Carbotermo, p. 65–66. I den svenska versionen av domen används begreppet tilldelningsbeslut. I den engelska versionen används begreppet "decisions to award contracts".

²⁷ Jfr 1 kap. 15 § LOU och mål C-451/08 Helmut Müller, p. 59–60 och 62–63 (notera att detta mål avsåg ett byggtreprenadkontrakt, men EU-domstolens slutsatser går likväl att tillämpa på begreppet "kontrakt").

²⁸ Se EU-domstolens dom i mål C-340/04 Carbotermo, p. 71.

²⁹ Jfr generaladvokatens yttrande i Carbotermo, p. 98–99.

tilldelningsbeslut som har meddelats av ägarkommunerna som har föranlett kontrakt med rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär. Det noteras särskilt att det inte finns stöd för att det skulle finnas sådana åtaganden avseende andra intäktskällor för Sysav än de som ägarkommunerna själva faktiskt betalar för. Avsaknaden av åtaganden av ömsesidigt bindande karaktär mellan Sysav och ägarkommunerna är särskilt tydlig för intäkterna som är hänförliga till försäljning av återvunnen el, återvunnen värme och återvunnen metall, plast och papper ur ägarnas avfall till andra än ägarkommunerna.

62. Konkurrensverket har fått ta del av fakturor som Sysav har utställt till Kommunen och övriga ägarkommuner för 2018. På fakturorna står endast vilken slags avfallsfraktion som ska behandlas. Den dokumentation som finns för att bedöma innehållet i ägarkommunernas tilldelning till Sysav är därmed ytterst begränsad.
63. Det finns inget skriftligt tilldelningsbeslut mellan Kommunen och Sysav. Det finns heller inga skriftliga avtal mellan Sysav och Kommunen om avfallshantering eller andra slags tjänster. Det saknas således annat underlag än fakturorna som utvisar innehållet i förhållandet mellan Kommunen och Sysav.
64. Reglerna om intern upphandling utgör som nämnts ett undantag i upphandlingslagstiftningen och ska tolkas restriktivt. Det är Kommunen och övriga ägarkommuner som ska visa att förutsättningarna för en undantagssituation är uppfyllda. Det bör därför framgå av ett tilldelningsdokument eller någon form av anskaffningsdokument vilken verksamhet som ägarkommunerna har uppdragit åt Sysav att utföra.³⁰ Sådan dokumentation saknas, varför omfattningen av uppdraget får anses framgå av fakturorna till ägarkommunerna och därmed är begränsat till avfallshantering såsom den beskrivs i punkterna 31–35.

Sysavs intäkter från andra än ägarkommunerna

65. Ägarkommunerna har till svaret på Konkurrensverkets inledande skrivelse bilagt uppgifter om Sysavs omsättning under 2015–2018. Av uppgifterna kan utläsas att Sysavs genomsnittliga totala omsättning 2015–2017 uppgick till högst 449 607 000 kronor.
66. Ägarkommunerna har genom yttrandet den 4 mars 2022 och de kompletterande uppgifterna den 30 juni 2022 inkommit med reviderade uppgifter om Sysavs genomsnittliga omsättning under 2015–2017, av vilka

³⁰ Se prop. 2015/16:195 s. 398 f.

kan utläsas att Sysavs genomsnittliga totala omsättning för aktuella år uppgick till högst 463 213 000 kronor.

67. Sysav har enligt uppgift sålt energi och återvunnet material till andra än ägarkommunerna under åren 2015–2017. Av utredningen har framkommit att den genomsnittliga omsättningen från denna försäljning uppgick till åtminstone 153 533 000 kronor aktuella år.³¹
68. Ägarkommunerna har anfört att ägarkommunerna har gett Sysav i uppdrag att sälja energi och återvunnet material externt till andra än ägarkommunerna.
69. Det finns inget underlag (exempelvis beställningar) som visar på att ägarkommunerna gett Sysav i uppdrag att sälja energi och återvunnet material till andra aktörer. Konkurrensverket har heller inte kunnat identifiera något koncessionsförhållande mellan ägarkommunerna och Sysav avseende Sysavs externa försäljning.
70. Konkurrensverket bedömer vidare att det saknas rättslig grund för att en tilldelning av avfallstjänster ska kunna utvidgas till att även avse verksamhet som är *en naturlig följd* av tilldelningen.
71. Av EU-domstolens dom i mål C-340/04 Carbotermo framgår vad som avses med att ett bolag ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med de myndigheter som kontrollerar den. Syftet med kriteriet är att undvika att konkurrensen snedvrids genom att ett sådant bolag verkar på marknaden. Enbart kontroll över ett sådant bolag är inte tillräckligt för att förhindra oönskade effekter på konkurrensen och därför ställs det upp ett krav på att verksamheten ska bedrivas tillsammans med den kontrollerande parten. Eventuell verksamhet som bedrivs tillsammans med andra får endast vara av marginell karaktär.
72. För att avgöra om en intäkt härrör från interna transaktioner är det tilldelade uppdraget avgörande. All verksamhet som bedrivs inom ramen för en tilldelning ska beaktas, oavsett vem som är mottagare av eller betalar för tjänsterna.³²
73. I en senare dom, i mål C-573/07 Sea, utvecklar EU-domstolen sitt resonemang. I målet bedrev ett bolag avfallshantering åt såväl sina ägare som åt andra. Den externa verksamheten uppgavs av ena parten vara en nödvändig sidoeffekt av den huvudsakliga verksamheten, som till exempel återvinning. Enligt EU-domstolen, som hänvisar till tidigare praxis i domarna

³¹ Se svarsskrivelse från ägarkommunerna den 12 april 2019 och yttrandet från ägarkommunerna den 4 mars 2022.

³² Se EU-domstolens dom i mål C-340/04 Carbotermo, p. 59–72.

Teckal och Carbotermo, får ett bolag bedriva verksamhet tillsammans med annan än den kontrollerande myndigheten. I annat fall skulle villkoren som utformats i praxis vara meningslösa. Dock är utrymmet för sidoverksamhet begränsat och får endast avse verksamhet av marginell karaktär.³³

74. Genom direktiv 2014/24/EU har de principer som utvecklats genom domstolens praxis om intern upphandling kodifierats. Den praxis som finns är fortfarande vägledande vid tolkning av reglerna för intern upphandling.³⁴ I skälen till direktivet anges att relevant verksamhet som ska ligga till grund för bedömningen är den som bedrivs för fullgörandet av ett av den kontrollerande myndigheten tilldelat uppdrag.³⁵ Utrymmet för kompletterande verksamhet är därmed klart och sådan verksamhet får inte överstiga 20 procent.
75. Konkurrensverket bedömer mot bakgrund av ovanstående att det saknas rättslig grund för att en tilldelning av avfallstjänster ska kunna utvidgas till att även avse verksamhet som är *en naturlig följd* av en tilldelning.
76. För Konkurrensverkets bedömning saknar det betydelse om den energi och det återvunna material som Sysav säljer härrör från ägarkommunernas avfall eller från något annat avfall. Utgångspunkten för bedömningen av verksamhetskriteriet är enbart vilken slags verksamhet som ingår i ägarkommunernas tilldelning till Sysav.
77. Konkurrensverket anser att det inte framgår av omständigheterna att ägarkommunerna har gett Sysav i uppdrag att sälja energi och återvunnet material som härrör från ägarkommunernas hushållsavfall. Dessa intäkter ska därför inte räknas med i de interna intäkterna.
78. Med hänsyn till detta kan konstateras att Sysavs externa verksamhet uppgått till åtminstone 33 procent (153 533 000/463 213 000) av den totala verksamheten under åren 2015–2017.³⁶
79. Redan sett till dessa intäkter har Sysav således haft en extern verksamhet som går utöver marginell karaktär. Konkurrensverket finner mot bakgrund av detta inte skäl att närmare redogöra för övriga intäkter.³⁷

³³ Se EU-domstolens dom i mål C-573/07 Sea, p. 78–80.

³⁴ Se prop. 2015/16:195 s. 394.

³⁵ Se direktiv 2014/24/EU, skäl 31 och 32.

³⁶ Mot bakgrund av att det redan med hänsyn till en bedömning utifrån den högsta totala genomsnittliga omsättningen och den lägsta genomsnittliga omsättningen från försäljningen av energi och återvunnet material, se punkterna 65–79 ovan, kan konstateras att den externa verksamheten är för omfattande finner Konkurrensverket inte skäl att närmare redogöra för relevant omsättning.

³⁷ Även utan att beakta den verksamhet som ägarkommunerna bedömer utföras för annan än ägarkommunerna, se kompletterande uppgifter den 30 juni 2022, kan således konstateras att en för stor del av Sysavs verksamhet riktas mot andra än ägarkommunerna.

Sammanfattande bedömning av undantaget för intern upphandling

80. Konkurrensverket kan sammanfattningsvis konstatera att mer än 20 procent av Sysavs totala omsättning från 2015–2017 härrör från verksamhet som inte bedrivits för ägarkommunernas räkning. Det saknades därmed grund för att tillämpa undantaget för intern upphandling i 3 kap. 11 och 13 §§ LOU vid Kommunens anskaffningar av avfallstjänster från Sysav för 2018.

Ägarkommunernas avtal och anskaffningar från Sysav Industri AB

81. I Konkurrensverkets tidigare beslut rörande Sysav inkluderades även Sysav Industri AB:s verksamhet vid bedömningen av om tilldelning av kontrakt kunde ske utan annonsering med stöd av undantaget för intern upphandling. Sysav Industri AB tillhandahåller avfallstjänster till företag samt andra regioner och länder. Ägarkommunerna har tilldelat bolaget kontrakt avseende bland annat olika typer av farligt avfall. Utredningen i detta ärende har utvisat att huvuddelen av ägarkommunernas tilldelningar rörande avfallstjänster sker till Sysav och flertalet tilldelningar till Sysav Industri AB ligger under direktupphandlingsgränsen. Dessa tilldelningar saknar mot denna bakgrund betydelse för slutsatserna i detta ärende och har därmed inte inkluderats i beräkningarna av verksamhetskriteriet ovan.

82. Sedan det tidigare beslutet fattades har vidare nya LOU trätt i kraft och därmed har även nya regler om intern upphandling införts. Av förarbetena framgår att bedömningen av verksamheten ska utgå från den kontrollerade partens verksamhet. Att det inom samma koncern eller koncernliknande organisation finns juridiska personer som bedriver samma typ av verksamhet men utan att uppfylla verksamhetskriteriet, påverkar inte bedömningen av verksamhetskriteriet.³⁸ Även mot denna bakgrund har Konkurrensverket inte inkluderat tilldelningarna till Sysav Industri AB inom ramen för bedömningarna ovan.

Konkurrensverkets bedömning avseende bristande dokumentation

83. Genom att inte dokumentera anskaffningar av avfallstjänster har Kommunen brutit i den s.k. dokumentationsplikten.

84. Brister i eller avsaknad av dokumentation om direktupphandlingar medför en ökad risk för oegentligheter och otillbörlig påverkan. En sådan brist försvårar också avsevärt möjligheten för en upphandlande myndighet att göra uppföljningar av inköp och att avgöra om inköp överstiger direktupphandlingsgränsen eller inte. Bristande dokumentation försvårar även tillsynsmyndigheternas arbete med att genomföra och granska utredningar.

³⁸ Se prop. 2015/16:195 s. 397 f.

85. Konkurrensverket bedömer att ägarkommunernas dokumentation av tilldelning av uppdrag till Sysav är mycket bristfällig.
86. Vad gäller de anskaffningar som har utretts har det inte varit möjligt att ta del av någon fullständig dokumentation. Bristen på dokumentation har gjort det svårt att fastställa det närmare innehållet i respektive ägarkommuns avtalsförhållande med Sysav.
87. Kommunen har därmed agerat i strid med 12 kap. 14–16 §§ LOU.

Slutsats

88. Konkurrensverkets utredning visar att det har förekommit omfattande brister i Kommunens hantering av anskaffning av avfallstjänster från Sysav under 2018. Bristerna föranleder Konkurrensverket att rikta kritik mot Kommunen.
89. Kommunen har vid anskaffning av avfallstjänster från Sysav tillämpat undantaget för intern upphandling i 3 kap. 11 § LOU utan att uppfylla verksamhetskriteriet i 3 kap. 13 § LOU. Eftersom anskaffningen inte har föregåtts av annonsering utgör den en otillåten direktupphandling i strid med 10 kap. 1 § LOU.
90. Konkurrensverket konstaterar även att Kommunens dokumentation över Kommunens och övriga ägarkommuners tilldelning av uppdrag till Sysav är mycket bristfällig och i strid med 12 kap. 14–16 §§ LOU.

Allmänt om Konkurrensverkets tillsyn

91. Konkurrensverket har i uppdrag att utöva tillsyn på området för offentlig upphandling i syfte att öka regelefterlevnaden och bidra till en effektiv offentlig upphandling.
92. Konkurrensverkets granskning i ett enskilt ärende kan visa att en upphandlande myndighet har agerat i strid med regelverket för offentlig upphandling. Konkurrensverket kan då ansöka om upphandlingsskadeavgift, om förutsättningarna för det är uppfyllda, eller sammanfatta resultatet av tillsynen i ett beslut. Genom att fatta ett tillsynsbeslut kan Konkurrensverket peka på förfaranden hos myndigheten som är i strid med regelverket eller göra andra påpekanden som är motiverade.
93. Ett tillsynsbeslut innebär inte ett förbud eller föreläggande. Det är således inte förenat med en sanktion i sig, men kan ändå få rättsliga följder. Om en upphandlande myndighet genomför upprepade otillåtna upphandlingar kan exempelvis tidigare förseelser utgöra en försvårande omständighet som motiverar en högre upphandlingsskadeavgift vid efterföljande otillåtna direktupphandlingar.

Hur man överklagar

Detta beslut kan överklagas. Om ni vill överklaga ska detta göras skriftligen. Överklagandet ska ställas till Förvaltningsrätten i Stockholm men ges in till Konkurrensverket, gärna via e-post till konkurrensverket@kkv.se. Överklagandet ska ha kommit in till Konkurrensverket inom tre veckor från den dag då beslutet meddelades.

I överklagandet ska ni ange vilket beslut som överklagas och den ändring av beslutet som ni begär.

Detta beslut har fattats av generaldirektören Rikard Jermsten. Föredragande har varit Therése Westermark.

Beslutet underteckas inte egenhändigt och saknar därför namnunderskrift.

Rikard Jermsten

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats.



Hur man överklagar

FR-03

Vill du att beslutet ska ändras i någon del kan du överklaga. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som du fick del av det skriftliga beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För en part som företräder det allmänna (till exempel myndigheter) räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om du exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Så här gör du

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför du tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring du vill ha och varför du tycker att kammarrätten ska

ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).

3. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå dig: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten. Du hittar adressen i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har du tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt du vill föra fram.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om du har frågor. Adress och telefonnummer hittar du på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.



Hur man överklagar

KR-01

Vill du att beslutet ska ändras i någon del kan du överklaga det till Högsta förvaltningsdomstolen. Överklagandet ska skickas till kammarrätten. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som du fick del av det skriftliga beslutet.

I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För en part som företräder det allmänna (till exempel myndigheter) räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen senast den dag tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om du exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen är en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen

Det krävs prövningstillstånd för att Högsta förvaltningsdomstolen ska pröva ett överklagande. Högsta förvaltningsdomstolen får meddela prövningstillstånd endast om

1. det är av vikt för ledning av rätts-tillämpningen att överklagandet prövas, eller
2. det finns synnerliga skäl till sådan prövning, så som att det finns grund för resning eller

att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller kammarrättens beslut. Det är därför viktigt att du i överklagandet tar med allt som du vill föra fram.

Så här gör du

1. Skriv kammarrättens namn, målnummer och beslutsdatum.
2. Förklara vilken ändring du vill ha och varför du tycker att beslutet ska ändras.
3. Förklara varför du anser att Högsta förvaltningsdomstolen ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd ovan).
4. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Bifoga de skriftliga bevis du hänvisar till om de inte redan finns i målet.
5. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer. Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om hur domstolen kan nå dig: e-postadresser, postadresser, och telefonnummer. Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
6. Skicka eller lämna in överklagandet till kammarrätten. Du hittar adressen i beslutet.

Vad händer sedan?

Kammarrätten kontrollerar att överklagandet har kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet, och då står kammarrättens beslut fast.

Om överklagandet har kommit in i rätt tid, skickar kammarrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Högsta förvaltningsdomstolen.

Har du tidigare fått handlingar med förenklad delgivning kan även Högsta förvaltningsdomstolen skicka handlingar på detta sätt.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med kammarrätten om du har frågor. Adress och telefonnummer hittar du på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.