

PM 2 2010-10-14 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direkttilldelning i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning).**

*Uddevalla kommun har beslutat att utan föregående infordran av konkurrerande anbud köpa tjänster för renhållning (avfallsförbränning) från ett av kommunen helägt bolag.*

Uddevalla kommun har beslutat att till Uddevalla Energi AB ”överföra” ansvaret för insamling och återvinning eller behandling av sådant hushållsavfall som kommunen ansvarar för.

Kommunfullmäktige i Uddevalla beslutade vid sammanträde den 12 november 2008 (KF § 331/08) att överföra ansvaret för den kommunala renhållningsverksamheten från tekniska nämnden till Uddevalla Energi AB från och med den 1 januari 2009, ävensom att uppdra till kommunledningskontoret att revidera riktlinjer för styrning samt reglementen för nämnder i Uddevalla kommun avseende reglementet för tekniska nämnden från och med samma datum.

Uddevalla Energi AB<sup>1</sup> är ett av Uddevalla kommun, indirekt genom det kommunala holdingbolaget Uddevalla Utvecklings AB<sup>2</sup>, helägt bolag och har enligt gällande bolagsordning som föremål för sin verksamhet att ”... *producera, förvärva, distribuera och sälja ledningsbunden energi samt att etablera och driva bredbandsnät. Bolaget ska också tillhandahålla tjänster, som har anknytning till dessa verksamheter*”.

Såvitt kan förstås har uppdraget att omhänderta kommunens hushållsavfall av Uddevalla Energi AB lämnats vidare till det helägda dotterbolaget Uddevalla Kraft AB.<sup>3</sup> Detta bolag bedriver verksamhet inom huvudsakligen fyra affärsområden: produktion av värme, renhållning, mottagning av brännbart avfall för förbränning samt elproduktion.

Den aktuella renhållningsverksamheten omfattar insamling av hushålls- och verksamhetsavfall, mottagning av grovsopor, slamsugning, återvinning och drift av två återvinningscentraler. Insamlat brännbart avfall omhändertas som regel i en nyuppförd kraftvärmeanläggning i Lillesjö, där avfallet omvandlas till värme- eller elenergi. Av Uddevalla Energi-koncernens årsredovisning för 2009 framgår bl.a. följande:

”Renhållningen överfördes från kommunen till Uddevalla Kraft AB den 1 januari 2009. Tillgångarna överfördes till bokfört värde. Renhållningen är en väl etablerad verksamhet som inordnas i en ny organisation. Verksamheten hör naturligen hemma i Uddevalla Kraft, som har avfallsbehandling som affärsidé. Insamling av hushållsavfall är ett kommunalt monopol och renhållningstaxan fastställs av kommunfullmäktige. Renhållningen är självkostnadsbaserad och särredovisas”.<sup>4</sup>

- 
- <sup>1</sup> Uddevalla Energi AB, med registreringsnummer 556036-6170, bildades den 10 juni och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 3 november 1937. Nuvarande firma registrerades den 15 februari 1994. Tidigare firma har varit Uddevalla Kraftverksaktiebolag. Gällande bolagsordning antogs av kommunfullmäktige i Uddevalla genom beslut av den 15 februari 2008 och registrerades den 14 januari 2009. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”... *producera, förvärva, distribuera och sälja ledningsbunden energi samt att etablera och driva bredbandsnät. Bolaget ska också tillhandahålla tjänster, som har anknytning till dessa verksamheter*”. Registrerat aktiekapital uppgår till 10 miljoner kronor fördelat på 100.000 aktier på nominellt 100 kronor vardera. Uddevalla Energi AB utgör moderbolag i en koncern som förutom Uddevalla Energi AB består av Uddevalla Energi Elnät AB (556762-5628), Uddevalla Energi Värme AB (556762-7814) samt Uddevalla Kraft AB (556010-7004). Uddevalla Energi AB är även hälftenägare i EnergiFokus i Trollhättan och Uddevalla AB (556660-5456) samt delägare i ett antal intressebolag. Koncernen omsatte 2009 c.a 392 miljoner varav 44,7 miljoner kronor hänför sig till verksamhet i moderbolaget. Produktionen av elkraft sker i det nya kraftvärmeverket i Lillesjö samt i fem vattenkraftstationer. Värme produceras vid anläggningar i Uddevalla, Munkedal och Ljungskile.
  - <sup>2</sup> Uddevalla Utvecklings AB med registreringsnummer 556046-3506 är ett av Uddevalla kommun helägt koncernmoderbolag. I koncernen ingår bl.a. Uddevalla Energi AB, med registreringsnummer 556036-6170 som är koncernmoderbolag för ytterligare ett antal bolag (se fotnot 1).
  - <sup>3</sup> Uddevalla Kraft AB med registreringsnummer 556010-7004 bildades den 17 mars 1911 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 16 december samma år. Nuvarande firma registrerades den 15 november 2000. Gällande bolagsordning antogs av kommunfullmäktige i Uddevalla genom beslut av den 15 februari 2008 och registrerades den 14 januari 2009. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”... *producera ledningsbunden energi samt behandla avfall. Bolaget ska tillhandahålla tjänster som har anknytning till dessa verksamheter*”. Registrerat aktiekapital uppgår till 105.000 kronor. Uddevalla Kraft AB omsätter årligen c:a 241 miljoner kronor. Bolaget utgör dotterbolag i en koncern där Uddevalla Energi AB är koncernmoderbolag. Uddevalla Kraft AB bedriver verksamhet inom fyra rörelsegränar.
  - <sup>4</sup> Uddevalla Energi AB, Årsredovisning för 2009, s. 35.

Uddevalla Energi-koncernen omsatte enligt senast tillgänglig årsredovisning c:a 392 miljoner kronor, varav c:a 242 miljoner kronor hänför sig till verksamhet i Uddevalla Kraft AB. Fakturering för utförda renhållningstjänster sker med tillämpning av kommunal renhållningstaxa. Debitering torde därför ske från Uddevalla Energi AB till de fastighetsägare i Uddevalla kommun som omfattas av kommunal renhållningsordning.<sup>5</sup>

Under 2009 omfattade insamlingen av hushållsavfall i Uddevalla kommun c:a 17.000 ton avfall. Därutöver har Uddevalla kraft AB tagit om hand c:a 80.000 ton annat avfall, huvudsakligen s.k. verksamhetsavfall<sup>6</sup> som inte omfattas av kommunalt monopol samt hushållsavfall från andra kommuner.<sup>7</sup> Mottagningen av avfall vid bolagets nya kraftvärmeanläggning i Lillesjö uppgick under 2009 till c:a 97.000 ton. Under året producerade kraftvärmeverket 306 GWh fjärrvärme samt 57 GWh el. Därutöver har bolaget producerat 6,3 GWh el från vattenkraft.<sup>8</sup>

Uppdraget att samla in och återvinna eller behandla Uddevalla kommuns hushållsavfall kan med ledning av senast tillgängliga årsredovisning för Uddevalla Energi AB<sup>9</sup> uppskattas till ett kontraktvärde motsvarande c:a 58 miljoner kronor per år, eller totalt 232 miljoner kronor under den 48 månadersperiod som framgår av beräkningsregeln vid offentlig upphandling.<sup>14</sup> Det samlade rörelseresultatet för renhållningsverksamheten uppgick 2009 till c:a 1,8 miljoner kronor.

Kommunfullmäktiges beslut att ”överföra” ansvaret för den kommunala renhållningsverksamheten till Uddevalla Energi AB har varit föremål för s.k. laglighetsprövning i domstol. I beslut av den 21 juni 2010 fann Kammarrätten i Göteborg att innebörden av kommunens beslut att ”överföra” renhållningsansvaret till Uddevalla Energi AB jämte själva överföringsavtalet att kommunen ska köpa tjänster av Uddevalla Energi AB mot ersättning inte innebär att Uddevalla Energi AB övertar en betydande del av den risk som Uddevalla kommun skulle löpa om den utförde tjänsten själv. Avtalet är då att se som ett tjänstekontrakt och inte som en tjänstekoncession (om detta begrepp, se redovisningen nedan) varför gällande lag om offentlig upphandling – LOU – är tillämplig (se 2008 ref. 26). Eftersom beslut på vilka LOU är tillämplig inte får överklagas enligt kommunalagen<sup>10</sup>, avvisades talan om laglighetsbesvär.<sup>11</sup>

### Gällande rätt

Kommunernas ansvar för renhållning m.m. regleras genom miljöbalken (MB), avfallsförordningen (2001:1063) samt genom kommunala renhållningsordningar och avfallsplaner.

Av 15 kap. MB framgår att samtliga kommuner är skyldiga att se till att i vart fall allt hushållsavfall inom deras område tas om hand. Skyldigheten enligt miljöbalken innebär att hushållsavfall såväl insamlas och transporteras som återvinns eller behandlas.

Enligt 15 kap. 21 § MB får ingen annan än kommunen eller ”den kommunen anlitar för ändamålet” ta befattning med själva insamlingen och transporten av avfall. Insamlingsverksamheten omfattas således av kommunalt monopol. Något motsvarande monopol för omhändertagande av avfall genom återvinning eller behandling föreligger däremot inte.

---

<sup>5</sup> Inom koncernen tillämpas s.k. koncernfakturering, innebärande att enbart moderbolaget, Uddevalla Energi AB, utställer fakturor till koncernens kunder.

<sup>6</sup> Med verksamhetsavfall avses sådana avfallsfraktioner som inte utgör hushållsavfall eller därmed jämförligt avfall. Verksamhetsavfall kommer huvudsakligen från industrier, butiker och restauranger. Normalt ligger det inte inom den kommunala kompetensen att befatta sig med sådant avfall, men om det behövs av hälso- eller miljöskäl, får enligt 15 kap. 10 § miljöbalken, regeringen meddela föreskrifter om att verksamhetsavfallet skall transporteras bort genom kommunens försorg.

<sup>7</sup> Uddevalla Kraft AB, Årsredovisning för 2009, s. 3.

<sup>8</sup> Uddevalla Kraft AB, Årsredovisning för 2009, s. 4.

<sup>9</sup> Uddevalla Energi AB, Årsredovisning för 2009, s. 35.

<sup>10</sup> Förbudet mot laglighetsbesvär i upphandlingsmål, se 16 kap. 3 § LOU.

<sup>11</sup> Kammarrätten i Göteborg, beslut av den 21 juni 2010 i mål 3917-09. Beslutet har inte vunnit laga kraft.

En kommun kan välja antingen att handha renhållningen i egen regi eller att uppdra åt någon annan, t.ex. ett privat eller kommunalt företag, att för kommunens räkning genomföra insamlingen eller omhändertagandet av avfall.

En kommunal myndighets kontrakt med ett fristående rättssubjekt kan, om kontraktet innefattar tillhandahållande av tjänster mot ersättning, utgöra antingen ett *offentligt tjänstekontrakt* eller en *tjänstekoncession*. Vilka bestämmelser som ska tillämpas beror ytterst på förutsättningarna för avtalet samt hur detta har utformats. Oaktat vilka bestämmelser som ska tillämpas gäller emellertid alltid som huvudregel EU-fördragets grundläggande bestämmelser om fri rörlighet liksom de EU-rättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn.<sup>12</sup>

### *Tjänstekoncession*

Med tjänstekoncession avses ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt, men med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels viss betalning.<sup>13</sup>

Tjänstekoncessioner kännetecknas enligt det s.k. *nyttjanderättskriteriet* av att två förutsättningar samtidigt ska vara uppfyllda. För det första ska koncessionshavaren erhålla rätten att utnyttja de för koncession upplåtna tjänsterna ekonomiskt. För det andra ska den ekonomiska risken i samband med tjänsternas utövande övergå på koncessionshavaren ensam. EU-kommissionen har i ett tolkningsmeddelande från 2000 angivit bl.a. följande:

Nyttjanderättskriteriet är avgörande när det gäller att fastställa om ett avtal är en tjänstekoncession eller inte. Enligt detta kriterium rör det sig om en koncession, om tjänsteleverantören tar riskerna i samband med den tillhandahållna tjänsten (etablering och nyttjande) och tar ut ersättning av användaren, t.ex. via avgifter i vilken form det än vara må. Sättet på vilket tjänsteleverantören får ersättning är, liksom för byggkoncessioner, en faktor som gör det möjligt att fastställa vem som tar på sig risken i samband med nyttjandet. Tjänstekoncessioner kännetecknas, liksom byggkoncessioner, av att ansvaret för nyttjandet överförs på koncessionshavaren. [...] Om den upphandlande myndigheten har garanterat full återbetalning av investeringen och därmed undanröjt alla risker i samband med driften av anläggningen skulle riskmomentet vara borta och avtalet betecknas som ett offentligt upphandlingskontrakt [...] och inte ett koncessionsavtal.<sup>14</sup>

Förutsättningarna för att en myndighet ska kunna tilldela tjänstekoncession är således att koncessionshavaren ges rätten att kommersiellt utnyttja anläggningen/tjänsten och att myndigheten därigenom överlåter den ekonomiska risk som är förenad med verksamheten<sup>15</sup> på denne. Konces-

<sup>12</sup> Enligt 1 kap. 12 § gäller i fråga om s.k. tjänstekoncessioner enbart att om en upphandlande myndighet beviljar någon annan än en upphandlande myndighet särskilda rättigheter eller ensamrätt att bedriva verksamhet i det allmännas intresse, ska den handling varigenom denna rätt beviljas innehålla en bestämmelse som innebär att innehavaren av rättigheten eller ensamrätten ska iakttä principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet när den tilldelar tredje man varukontrakt, se även 1 kap 2 § andra stycket samma lag.

<sup>13</sup> En definition av begreppet *tjänstekoncession* återfinns i bl.a. artikel 1.4 av Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet). Där anges bl.a. följande. "Tjänstekoncession: ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning". Med *offentligt kontrakt* avses enligt artikel 1, punkten 2a "skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i [direktivet]". Enligt samma artikel, punkten 2d definieras *offentligt tjänstekontrakt* vidare som "andra offentliga kontrakt än offentliga byggentreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i [direktivets] bilaga II". Vid blandade kontrakt som avser såväl en kombination av tjänster med entreprenadarbeten eller varor gäller enligt den s.k. överviktsprincipen att kontraktet ska betraktas enligt den kategori som värdemässigt dominerar upphandlingen (se i artikel 1.2d andra stycket).

<sup>14</sup> Se EU-kommissionen, tolkningsmeddelande 12 april 2000 avseende koncessioner enligt EU-rätten, s. 10.

<sup>15</sup> Avseende kravet på ekonomisk risk, se EU-domstolens dom av den 10 september 2009 i mål C-206/08, *Eurawasser*, REG 2009 s. I-0000. Domstolen fastslog där att den omständigheten att uppdragstagaren vid ett avtal om tjänster inte erhåller ersättning direkt från den upphandlande myndigheten, men har rätt att ta ut ersättning från tredje man, kan vara tillräcklig för att avtalet ska anses utgöra en tjänstekoncession, under förutsättning att uppdragstagaren övertar hela eller åtminstone en betydande del av den risk som den upphandlande myndigheten skulle löpa om den utförde tjänsten själv, även om denna risk redan från början är mycket begränsad på grund av de offentlighetsrättsliga villkoren för tjänstens organisation.

sionshavaren ska inte endast ta den ekonomiska risken under uppbyggnadsfasen utan även de finansiella och ekonomiska risker som är förenade med drift och nyttjandegrad av anläggningen.<sup>16</sup> Uppdragsavtal där entreprenören ges garantier om full kostnadstäckning för det fall han utför arbetet på ett (enligt avtalet) tillfredsställande sätt, kan exempelvis inte anses utgöra någon koncession.

De risker som ska föreligga för att ett koncessionsförhållande ska anses uppstå är istället sådana som är förenade med projektfinansieringen, den s.k. ”ekonomiska risken”, vilka är karaktäristiska för just koncessioner. Denna risk hänger i hög grad samman med de intäkter som koncessionshavaren kan få genom nyttjandet av anläggningen.

Risköverföringen utgör därmed den avgörande skillnaden mellan koncessioner och offentliga tjänstekontrakt<sup>17</sup>, där leverantören normalt<sup>18</sup> endast bär risk för att hans investerings- och driftkostnader skulle visa sig överstiga den avtalade ersättningen för kontraktets fullgörande, men inte risken för att hans inkomster kopplade till rätten att utnyttja anläggningen inte förslår.<sup>19</sup>

I EU-rättslig praxis har EU-domstolen i avgörandet *Telaustria och Telefonadress* (C-324/98) fastställt bl.a. att ett offentligt kontrakt med ett privat företag avseende tryckning och utgivning av telefonkataloger skulle vara att anse som en tjänstekoncession, eftersom inget annat vederlag utgick än att det katalogutgivande företaget gavs rätten att utnyttja katalogutgivningen kommersiellt. EU-domstolen påpekade dock att, trots att det aktuella avtalet inte omfattas av tillämpningsområdet för EU:s upphandlingsrättsliga regelverk, de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå är skyldiga att beakta det dåvarande EG-fördragets (numera EU-fördragets)<sup>20</sup> grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet. Vidare ska den upphandlande myndigheten garanteras insyn i koncessionshavarens upphandlingsverksamhet så att myndigheten kan försäkra sig om att förekommande upphandlingar kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens samt att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska.<sup>21</sup>

Från EU-rättslig praxis förtjänar även nämnas målet *Parking Brixen* (C-458/03). EU-domstolen fastslog där att ett offentligt kontrakt mellan en kommun och ett av kommunen helägt aktieföretag avseende driften av avgiftsbelagda offentliga parkeringsplatser ska anses utgöra en tjänstekoncession, eftersom tjänsteleverantören som motprestation skulle erhålla ersättning från tredjeman och inte från den uppdragsgivande kommunen.<sup>22</sup> I domskälen uttalade domstolen bl.a. att ett offentligt tjänsteavtal på vilket EU:s upphandlingsrättsliga regelverk är tillämpligt innefattar något slags motprestation som den upphandlande myndigheten betalar direkt till tjänsteleverantören. I det aktuella fallet härrörde ersättningen däremot inte från den ifrågavarande kommunen utan från de avgifter som tredjeman skulle betala för användningen av parkeringsplatsen. Detta betalningssätt innebär att tjänsteleverantören tar verksamhetsrisken för de ifrågavarande tjänsterna, vilket är kännetecknande för just tjänstekoncession. I en sådan situation är det enligt domstolen således inte

<sup>16</sup> Tolkningsmeddelandet (se ovan not 20), sid. 7.

<sup>17</sup> Även om det rör sig om s.k. skuggtullar (där koncessionshavaren erhåller ersättning i efterskott från den upphandlande enheten) kan det anses föreligga en ekonomisk risk om ersättningen är beroende av antalet användare.

<sup>18</sup> Även i samband med offentliga upphandlingskontrakt vilar enligt EU-kommissionens tolkningsmeddelande (se ovan, not 20) normalt en del risker på uppdragstagaren, t.ex. den risk som hänger samman med att lagstiftningen ändras under avtalstiden (t.ex. förändringar när det gäller miljöskydd som innebär att det blir nödvändigt med justeringar i arbetet eller förändringar på skatteområdet som gör att de finansiella förutsättningarna för kontraktet ändras eller risken att tekniken blir föråldrad). Sådana risker anses inte utgöra de ekonomiska risker som ska föreligga för att ett avtalsförhållande ska anses utgöra en koncession.

<sup>19</sup> Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU), skrivelse till regeringen (Näringsdepartementet) den 21 mars 2001 (dnr. 2000/0339-22, se även nämndens yttrande den 8 juni 2006 till Kammarrätten i Stockholm (dnr. 2006/0068-29).

<sup>20</sup> Sedan den 1 december har EG-fördraget ersatts genom de s.k. Lissabonfördragen, vilka består av dels EU-fördraget (FEU), dels Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

<sup>21</sup> EU-domstolens dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, *Telaustria och Telefonadress*, REG 2000 s. I-10745 pp. 3 och 4.

<sup>22</sup> Se regeringens lagrådsremiss ”Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster”, s. 179-182.

fråga om ett offentligt tjänsteavtal utan om en koncession avseende allmännyttiga tjänster.<sup>23</sup> I avgörandet fastslogs vidare, med hänvisning till bl.a. *Telaustria-målet*, att (dåvarande) EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet och etablering av näringsverksamhet liksom principerna om lika-behandling, icke-diskriminering och insyn ska tolkas så, att de utgör hinder för en offentlig myndighet att utan anbudsinfördran tilldela ett kommunalt aktiebolag, under aktuella förutsättningar, en koncession avseende allmännyttiga tjänster.<sup>24</sup>

EU-domstolen konstaterade i målet *Parking Brixen* (C-458/03) att s.k. *Teckal-undantag* (se vidare nedan)<sup>25</sup> kan komma i fråga även vid tilldelning av tjänstekoncession. Därför uppkom fråga huruvida den upphandlande kommunala myndigheten hade haft särskild anledning att vända sig direkt till den ifrågavarande tjänsteleverantören, eftersom den var ett av kommunen helägt aktiebolag. Domstolen fann i denna del att förhållandena i det aktuella fallet inte medgav grund för s.k. *Teckal-undantag*.<sup>26</sup> Den omständigheten att den aktuella koncessionen hade lämnats till ett helägt aktiebolag ansågs inte tillräcklig. Bland annat angav domstolen ”karaktären av denna bolagstyp” samt att det berörda bolaget ”hade mycket långtgående befogenheter att självständigt utöva förvaltningen” som skäl för att anse att det s.k. kontrollrekvisitet inte var uppfyllt.<sup>27</sup> Det s.k. verksamhetsrekvisitet prövades därför aldrig i målet.

Begreppet tjänstekoncession faller i huvudsak utanför tillämpningsområdet för EU-direktiven om offentlig upphandling. Regeringen bedömde i propositionen med förslag till nu gällande lag om offentlig upphandling att det inte förelåg skäl för att i fråga om tjänstekoncessioner gå utöver vad som krävs enligt direktiven (däremot innehåller lagen och direktivet bestämmelser om byggkoncessioner). Med hänvisning till de ovan refererade *Parking Brixen*- och *Telaustriamålen* påpekade regeringen dock att alla grundläggande principer för offentlig upphandling ska tillämpas även vid upphandling av tjänstekoncessioner.<sup>28</sup>

Några särskilda bestämmelser om tjänstekoncession finns inte införda i svensk nationell rätt, förutom en föreskrift i 1 kap. 12 § LOU om att en upphandlande myndighet som beviljar någon annan än en upphandlande myndighet särskilda rättigheter eller ensamrätt att bedriva verksamhet i det allmännas intresse, också skall se till att innehavaren av rättigheten eller ensamrätten skall iakttå principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet när den tilldelar tredje man varukontrakt.

Regeringsrätten har i RÅ 2008 not. 101 fastslagit att överprövning enligt LOU i förvaltningsdomstol inte är möjlig i fråga om tjänstekoncessioner. Vidare har Högsta domstolen i ett annat avgörande funnit att forumregeln 10 kap. 17 § första stycket 1 rättegångsbalken medför behörighet för allmän domstol (med tingsrätt som första instans) att kunna pröva mål för vilka annan domstol inte finns anvisad i lag eller annan författning. Detta torde medföra att mål om tjänstekoncessioner borde kunna prövas av i vart fall allmän domstol. För närvarande utreds inom EU-kommissionen behovet av att införa ett särskilt EU-direktiv om tjänstekoncessioner.

<sup>23</sup> EU-domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397, pp. 39 och 40.

<sup>24</sup> Se domslutet punkten 2.

<sup>25</sup> Förutsättningarna för s.k. *Teckal-undantag* har sitt ursprung i EU-domstolens av den 18 november 1999 i mål C-107/98, *Teckal*, REG 1999, s. I-8121, och har numera införts i svensk nationell rätt genom 2 kap. 10a § LOU. Domstolen dömde i *Teckal-målet* att upphandlingsbestämmelserna som huvudregel är tillämpliga när en upphandlande myndighet, såsom en lokal myndighet, avser att sluta ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor om leverans av produkter med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet, oberoende av om denna enhet själv är en upphandlande myndighet (domslutet). Domstolen uttalade dock (domskälen p. 50), att något annat skulle kunna gälla för det fallet att den lokala myndigheten, samtidigt, utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning (det s.k. kontrollrekvisitet), och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den (det s.k. verksamhetsrekvisitet).

<sup>26</sup> Jfr 2 kap. 10a § LOU.

<sup>27</sup> Även de förhållanden att bolagets verksamhetsföremål hade ändrats i väsentligt avseende, att verksamhetsområdet hade utvidgats till hela den berörda medlemsstaten och till utlandet samt att det inom kort skulle bli möjligt för utomstående att förvärva aktier i bolaget anfördes som skäl för att kontrollrekvisitet inte kunde anses uppfyllt.

<sup>28</sup> Prop. 2006/07:128, s. 181 f.

### Offentlig upphandling

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelningen av bland annat ett *offentlig tjänstekontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser tillhandahållande av bl.a. tjänster. Karakteristiskt för ett offentligt tjänstekontrakt är således att leverantören mot ersättning ska åta sig att utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning.<sup>29</sup>

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats<sup>30</sup> efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.<sup>31</sup> Lagen har kommit till som en följd av bl.a. Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).<sup>32</sup>

Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande tjänster, innefattande hämtning av hushållssopor (CPV 90511200-4) och avfallsförbränning (CPV 90513300-9)<sup>33</sup> utgör s.k. A-tjänster, kategori 16 enligt bilaga 2 till LOU. Om det samlade värdet av det kontrakt som ska upphandlas överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde ska upphandlingen handläggas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1 -14 kap. LOU, normalt genom öppen upphandling eller selektivupphandling. Enbart om upphandlingsvärdet understiger detta tröskelvärde, får upphandlingen genomföras med ledning av de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU, normalt genom en s.k. *förenklad upphandling* eller urvalsupphandling.

Enligt 3 kap. 3 § LOU ska värdet av det kontrakt som ska upphandlas uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Om ett offentligt tjänstekontrakt upphandlas för att löpa tills vidare och något totalpris inte anges ska enligt 3 kap. 12 § LOU kontraktet uppskattas som ett 48-månaderskontrakt.<sup>34</sup> Vid den aktuella tidpunkten uppgick tröskelvärdet vid upphandling av tjänster inom den s.k. klassiska sektorn till 1.911.155 kronor.<sup>35</sup>

Skyldighet att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling omfattar bl.a. kommunala myndigheter och beslutande församlingar i kommuner och landsting. Den som är skyldig att iakttä

<sup>29</sup> Begreppet *offentligt kontrakt* ska enligt EU-kommissionen tolkas vidsträckt och omfattar såväl alla former av ersättning 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, mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande myndighetens förfogande samt utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten åt den upphandlande myndigheten.

<sup>30</sup> En upphandling anses påbörjad när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som skall tillämpas eller senast när myndigheten eller enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud.

<sup>31</sup> 2007 års lag har sedan den 1 januari 2008 ersatt den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. – För övergångsbestämmelser, se lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

<sup>32</sup> Klassiska upphandlingsdirektivet ersätter sedan den 31 januari 2006 det tidigare gällande direktivet 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

<sup>33</sup> CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

<sup>34</sup> Enligt 3 kap. 16 § LOU ska, om ett tjänstekontrakt upphandlas utan att något totalpris anges, värdet av kontraktet vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader och av månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

<sup>35</sup> Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU, löpande av regeringen i Svensk författningssamling Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av A-tjänster inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) till 206.000 euro eller 1.911.155 svenska kronor se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

lagens bestämmelser utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU ”*upphandlande myndighet*”.<sup>36</sup> Tillsyn över den offentliga upphandlingen utövas av Konkurrensverket.<sup>37</sup>

Bestämmelserna i LOU är tvingande för upphandlande myndigheter.<sup>38</sup> Lagen behöver emellertid inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten (se 1 kap. 7 § LOU). Den omständigheten att en upphandlande myndighet tror sig veta att enbart en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför däremot inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.<sup>39</sup>

Enligt 2 kap. 10 a § LOU gäller det tidigare nämnda s.k. Teckal-undantaget, nämligen att upphandlande myndigheter som tilldelar kontrakt till fristående juridiska personer som de själva är delägare i kan göra detta utan föregående upphandlingsförfarande. Möjlighet till Teckal-undantag föreligger dock enbart om följande förutsättningar samtidigt är uppfyllda:

1. den upphandlande myndigheten ska utöva en kontroll över den juridiska personen som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, och
2. i fall då den juridiska personen även utför verksamhet tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten, denna verksamhet endast är av marginell karaktär.<sup>40</sup>

Vid undersökningen huruvida punkten 1, det s.k. *kontrollrekvisitet*, är uppfyllt ska det enligt EU-domstolens praxis<sup>41</sup> framgå att den fristående juridiska person som tilldelats kontraktet är underställd en kontroll som gör det möjligt för myndigheten att påverka de beslut som fattas av nämnda företag. Det ska vara fråga om en möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande ifråga om såväl den fristående enhetens strategiska mål som dess viktiga beslut.<sup>42</sup>

EU-domstolen har även uttalat<sup>43</sup> att förekomsten av ett mellanled i form av att den upphandlande

<sup>36</sup> Genom införandet av 2007 års lagar om upphandling har inom den klassiska sektorn beteckningen *upphandlande enheter* mönstrats ut och ersatts med *upphandlande myndigheter*. Beteckningen *upphandlande enhet* förekommer numera enbart på organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

<sup>37</sup> Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret avseende offentlig upphandling från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) till Konkurrensverket.

<sup>38</sup> Se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU, se även RÅ 2008 ref. 26.

<sup>39</sup> Se EU-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I-3609. I domen behandlas bl.a. en upphandling av omhändertagande av avfall där en central rättsfråga var huruvida en upphandlande enhet kan lägga sin uppfattning att inga andra leverantörer rent faktiskt kan komma ifråga till grund för att underlåta infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. Förbundsrepubliken Tyskland medgav att de i EG:s upphandlingsdirektiv stadgade villkoren för att underlåta anbudsinfordran från flera företag inte hade uppfyllts, men hänvisade till att den valda leverantören rent faktiskt var det enda företag som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande (se punkten 57). EU-domstolen, som emellertid inte fann att detta kunde utgöra tillräckligt skäl för att underlåta upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden, uttalade bl.a. att ett förfarande som används på grund av att det föreligger skäl för undantag (i målet var det ett tekniskt skäl som åberopades) måste vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och att ”*risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens*” (se punkterna 62 och 63). Förbundsrepubliken Tyskland fälldes således av EU-domstolen för att ha åsidosatt EU:s upphandlingsdirektiv 92/50/EEG (tjänstepupphandlingsdirektivet). Efter domstolens avgörande har Europeiska kommissionen inlett ett nytt förfarande gentemot Förbundsrepubliken Tyskland i syfte att även tvinga fram omedelbart upphörande av de avtal som tecknats i den kritiserade upphandlingen (se Europeiska kommissionens pressmeddelande av den 25 oktober 2004- IP/04/1294 jfr även pressmeddelandet den 31 mars 2004 – IP/04/428).

<sup>40</sup> I RÅ 2008 ref. 26, de s.k. SYSÄV-målen, bedömde Regeringsrätten att en tilldelning som sker från en kommun till en av denna hel- eller delägd juridisk person omfattas av upphandlingskyldighet enligt LOU, såvitt något i lagen angivet undantag inte anger annat. I enlighet med domstolens avgörande i det s.k. *Dalatrafik-målet* (RÅ 2000 ref. 60) föreligger det heller inte några lagliga möjligheter för kommuner att till sina egna bolag ”överföra” utförandet av vissa kommunala angelägenheter, så länge särskild ersättning utgår för tjänsternas fullgörande. Den 15 juli 2010 infördes i 2 kap. 10 a § LOU den undantagsbestämmelse, här angiven som Teckal-undantag, som under vissa, särskilt angivna, omständigheter medger tilldelning utanför LOU (SFS 2010:570). Den aktuella lagändringen gäller under en tidsbegränsad period, fram till den 1 januari 2013.

<sup>41</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom av den 11 maj 2006 i mål C-340/04, *Carbotermo och Consorzio Alisei*, REG 2006, s. I-4137, p.36, se även domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397, p.65 jämte dom av den 13 november 2008 i mål C-324/07, *Coditel Brabant*, REG 2008, s. I-8457, p. 28.

<sup>42</sup> Se bl.a. domen i ovannämnda mål C-324/07 (*Coditel*), p. 28.

<sup>43</sup> Se domen i ovannämnda mål C-340/04 (*Carbotermo*), punkten 1 i domslutet.

myndighetens inflytande över bolagets beslut utövades genom ett holdingbolag kunde försvaga den kontroll som den upphandlande myndigheten eventuellt utövade till följd av att den ägde en del av aktiekapitalet.

För det fall den juridiska personen bedriver annat än marginell verksamhet på den allmänna marknaden, föreligger enligt punkten 2, det s.k. *verksamhetsrekvisitet*, inte någon möjlighet till Teckal-undantag. Enligt EU-domstolen har denna begränsning särskilt till syfte att säkerställa att upphandlingsdirektiven är tillämpliga i de fall då företag, som kontrolleras av en eller flera myndigheter, är aktiva på marknaden och således kan konkurrera med andra företag. Ett företag berövas nämligen, enligt domstolen, inte nödvändigtvis sin handlingsfrihet endast på grund av att kontrollrekvisitet är uppfyllt om företaget fortfarande kan utöva en betydande del av sin ekonomiska verksamhet tillsammans med andra aktörer.<sup>44</sup>

All den verksamhet som det ifrågavarande företaget bedriver inom ramen för en *tilldelning av ett kontrakt* som har gjorts av den upphandlande myndigheten ska beaktas vid bedömningen av verksamhetsrevisitet, oberoende av vem som betalar denna verksamhet – den upphandlande myndigheten eller de som använder de tillhandahållna tjänsterna. Det saknar enligt domstolen i detta avseende betydelse på vilket territorium verksamheten bedrivs.<sup>45</sup>

Av anslutande svenska förarbetsuttalanden framgår att undantagsbestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU inte innebär någon möjlighet till automatisk befrielse från upphandlingsskyldigheten. Det ankommer istället på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall göra en bedömning huruvida villkoren i bestämmelsen är uppfyllda. Regeringen framhåller i propositionen att det är viktigt att upphandlande myndigheter går igenom sina bolagskonstruktioner och gör en analys av om villkoren i undantagsbestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU kan anses vara uppfyllda eller om några förändringar behöver göras. Bestämmelsen ställer stora krav på den upphandlande myndighetens kontroll av den juridiska personen och att verksamheten i huvudsak bedrivs tillsammans med ägaren. Detta medför, enligt regeringen, att många bolag eller andra former av juridiska personer som finns i dag sannolikt inte är organiserade på ett sådant sätt att bestämmelsens villkor är uppfyllda.<sup>46</sup> Regeringen understryker också särskilt att det enligt unionsrätten inte är möjligt att generellt undanta avfallshantering från upphandlingsskyldighet.<sup>47</sup>

Vidare framgår av propositionstexten att förutsättningarna för Teckal-undantag, motsvarande kontroll- och verksamhetskriterierna, ska tolkas restriktivt<sup>48</sup> och att det är den som åberopar undantagsbestämmelsen som har bevisbördan för att villkoren verkligen är uppfyllda.<sup>49</sup>

Om upphandling enligt LOU måste tillämpas, ska enligt huvudregeln i 1 kap. 9 § samma lag den upphandlande myndigheten behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Syftet med LOU jämte bakomliggande EU-direktiv och fördragsbestämmelser är att säkra att offentlig upphandling sker genom en effektiv konkurrens samt att leverantörer och deras

<sup>44</sup> Se domen i ovannämnda mål C-340/04 (*Carbotermo*), pp. 60 och 61, samt domstolens dom av den 18 december 2007 i mål C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, REG 2007 s. I-12175, p. 62.

<sup>45</sup> Se domen i ovannämnda mål C-340/04 (*Carbotermo*), punkten 3 i domslutet.

<sup>46</sup> Prop. 2009/10:134, s. 84 samt Ds 2009:36, s. 83.

<sup>47</sup> Prop. 2009/10:134, s. 47, mitten. En remissinstans, Falu kommun, hade i yttrande påtalat att flertalet kommuner inte klarar verksamhetskriteriet och att promemorians lagförslag därför inte är tillräckligt. Kommunen förordade därför att helt avfallshantering skulle generellt undantas från upphandlingsskyldighet.

<sup>48</sup> Prop. 2009/10:134, s. 47 samt Ds 2009:36, s. 83. I de aktuella texterna används termen ”strikt”, som är hämtad från översatta domstexter. Termen restriktivt, vilken återfinns i vissa av de aktuella domarna, framstår dock som mer förenlig med det svenska språket (se bl.a. domen i det ovannämnda målet C-340/04, *Carbotermo*, p. 55).

<sup>49</sup> Prop. 2009/10:134, s. 13 och 47 samt Ds 2009:36, s. 26 och 83. Se även EU-domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle och RPL Lochau*, REG 2005, s. I-1, p. 46, samt domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397, p.63, jämte dom av den 6 april 2006 i mål C-410/04, *ANAV*, REG 2006, s. I-3303, p. 26.



ansökningar och anbud behandlas på ett likvärdigt och förutsebart sätt. Reglerna är utformade bl.a. i syfte att försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader samt att korruption motverkas.

Som regel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar. En annons om upphandlingen ska på snabbaste lämpliga sätt sändas till Europeiska kommissionen<sup>50</sup>, för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.<sup>51</sup>

Företag som tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”leverantörer” som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).

Enligt 4 kap. 5-8 §§ eller 15 kap. 3 och 5 §§ LOU (numera 15 kap. 3 § LOU)<sup>52</sup> föreligger vid bl.a. tjänstepphandling undantag från denna skyldighet under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är lågt eller det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande myndigheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling från samma leverantör och värdet av det nya kontraktet ingått i tröskelvärdesberäkningen av värdet av det ursprungliga projektet.

EU-kommissionen har vid två tillfällen riktat s.k. *formella underrättelser*<sup>53</sup> mot Sverige, där regeringen har uppmärksamats på att svenska kommuners hantering av renhållningskontrakt riskerar att innebära överträdelse av gällande fördragsbestämmelser och upphandlingsdirektiv.<sup>54</sup> I förlängningen kan Sverige komma att anklagas för fördragsbrott inför EU-domstolen, vilket riskerar medföra icke obetydliga böter för svenskt vidkommande.

---

<sup>50</sup> 2 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

<sup>51</sup> Tenders Electronic Daily (TED) är Europeiska unionens databas för annonsering av bl.a. offentlig upphandling. Databasen utgör ett tillägg till Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och publicerar annonser som har skickats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE).

<sup>52</sup> Den aktuella regleringen har sedan den 15 juli 2010 sammanförts till 15 kap. 3 § LOU, i delvis ny lydelse.

<sup>53</sup> En *formell underrättelse* som riktas till en medlemsstat utgör det första formaliserade steget i ett av EU-kommissionen initierat överträdelseförfarande, om EU-kommissionen anser att en medlemsstat har underlåtit att uppfylla en skyldighet enligt fördraget. Det andra steget i förfarandet utgörs av ett *motiverat yttrande*, där EU-kommissionen, efter att ha tagit del av medlemsstatens synpunkter, framför krav på rättelse i visst avseende. Om den berörda staten sedan inte rättar sig efter yttrandet inom den tid som kommissionen har angivit, får kommissionen enligt artikel 226/EG föra ärendet vidare till EU-domstolen. EU-kommissionen ska ange det standardbelopp eller det vite som den med hänsyn till omständigheterna anser det lämpligt att den berörda medlemsstaten ska betala. Det slutliga beslutet avseende åläggande av de straffavgifter som föreskrivs i artikel 260 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) fattas av domstolen inom ramen för en särskild process mot medlemsstaten. Straff- och vitesbelopp som i dessa fall kan komma ifråga kan med hänsyn till överträdelsernas art och övriga omständigheter bli betydande.

<sup>54</sup> EU-kommissionen, formell underrättelse av den 13 december 2006 till Sveriges ständiga representation vid EU (KOM:s ref. SG-Greffé (2007) D/204092, ärendenummer 2006/4900) – svenskt diarienummer Dnr. 17/1616; samt formell underrättelse av den 28 januari 2010 (KOM:s ref. SG-Greffé (2010) D/903, ärendenummer 2009/4080), svenskt diarienummer Dnr. XXXXX.

### Yttrande

Uddevalla kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, men skriftligen meddelat att kommunen p.g.a. pågående rättsliga process inte avser att yttra sig i ärendet.

### Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Kommunfullmäktige i Uddevalla är en sådan *upphandlande myndighet* som är skyldig att iaktta vad som föreskrivs enligt LOU.

Av utredningen i ärendet framgår att kommunfullmäktige i november 2008 har beslutat ”överföra” ansvaret för insamling och återvinning eller behandling av hushållsavfall till det indirekt helägda bolaget Uddevalla Energi AB.

Konkurrenskommissionen anser i likhet med Kammarrätten att innebörden av kommunfullmäktiges beslut att ”överföra” renhållningsansvaret till Uddevalla Energi AB jämte själva överföringsavtalet är att se som ett offentligt tjänstekontrakt och inte som en tjänstekoncession. Bestämmelserna om offentlig upphandling är därmed tillämpliga. Eftersom upphandlingen har påbörjats efter den 1 januari 2008 ska 2007 års LOU äga tillämpning.

Enligt uppgift från senast tillgängliga årsredovisning för Uddevalla Energi AB kan uppdragets s.k. kontraktsvärde (fyraårsvärdet) uppskattas till omkring 232 miljoner kronor. Kontraktsvärdet uppgår därmed till ett sådant belopp att de av EU-direktiv styrda bestämmelserna i 1-14 kap. LOU ska tillämpas. Ett skriftligt underlag skulle därför ha upprättats innan upphandlingen påbörjades och en annons om upphandlingen införts i EU:s databas för offentlig upphandling, TED. Därigenom skulle samtliga intresserade leverantörer ha beretts möjlighet att lämna anbud på lika villkor.

Undantagsvis är köp av tjänster från hel- eller delägda bolag enligt 2 kap. 10 a § LOU undantagna från LOU, under förutsättning att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över bolaget, motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, samt att bolaget inte annat än i marginell omfattning är verksamt på den allmänna marknaden.

I det aktuella fallet kan konstateras att den aktuella verksamheten utövas i Uddevalla Kraft AB, vilket är dotter-dotter-bolag till det kommunala holdingbolag som utgör bas för kommunens ägarinflytande. Enbart denna omständighet medför enligt EU-rätten anledning att ifrågasätta att det s.k. kontrollrekvisitet kan anses uppfyllt. Vidare utgör det tilldelade renhållningsuppdraget enbart en mindre del av verksamheten i Uddevalla Energi AB, vilket huvudsakligen är verksamt på den allmänna marknaden med energiproduktion och försäljning. Det s.k. verksamhetsrekvisitet är därmed i vart fall inte uppfyllt. Någon möjlighet för kommunen till att genom s.k. Teckal-undantag köpa aktuella tjänster direkt från Uddevalla Energi AB föreligger därmed inte.

Lagstadgad ensamrätt som medför att endast Uddevalla Energi AB med dotterbolag kan komma ifråga för att tillhandahålla aktuella renhållningstjänster föreligger inte och på marknaden finns det flera privata företag som bör kunna komma ifråga för att lämna anbud på att samla in och behandla sådant avfall som kommunen ansvarar för.

Synnerlig brådskas, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte heller beror på Uddevalla kommun har inte ens påståtts föreligga vid tidpunkten för kommunfullmäktiges beslut i november 2008. Någon tidigare konkurrensupphandling har inte genomförts och det är inte fråga om kompletteringsbeställning av tidigare upphandlade tjänster. Det är heller inte så att de aktuella tjänsterna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras endast av Uddevalla Energi AB med dotterbolag.

Inget av de i LOU förekommande undantagen är således tillämpligt i det aktuella fallet. Annonserad upphandling skulle istället ha genomförts i enlighet med lagens av EU-direktiv styrda bestämmelser.

Gällande avtalsförhållande mellan Uddevalla kommun och Uddevalla Energi AB har således tillkommit i strid mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Förutsättningarna för konkurrensen har därmed snedvridits samtidigt som förtroendet för kommunen som upphandlare har undergrävts.

På grund av det icke obetydliga kontraktsvärde, c:a 24 miljoner euro, som kommunens avtalsförhållande med Uddevalla Energi AB omfattar riskerar förfarandet även medföra att Sverige kan komma att fällas för fördragsbrott av EU-domstolen.