

PM 2 2012-12-28 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Borås kommun har beslutat att utan föregående infordran av konkurrerande anbud i ett förnyat formlöst avtalsförhållande köpa tjänster för renhållning från ett av kommunen delägt bolag.*

Borås kommun (nedan Staden) har formlöst lämnat ett löpande uppdrag till det av Staden helägda bolaget Borås Energi och Miljö AB (nedan Borås Energi) att utan begränsning i tiden samla in och omhänderta sådant hushållsavfall som Staden ansvarar för. Det avtalsförhållande mellan Staden och Borås Energi som därmed uppkommit har inte föregåtts av något annonserat anbudsförfarande med infordran av konkurrerande anbud. Såvitt kunnat utredas har uppdraget till Borås Energi heller inte dokumenterats i något skriftligt kontrakt mellan bolaget och Staden.<sup>1</sup>

Det aktuella avtalsförhållandet har sin grund i att Kommunfullmäktige i Borås den 19 januari 2006 (KF § 5/06) beslutade att samla all avfallshantering och energiförsörjning i ett gemensamt bolag, Borås Energi, vilket ombildades på visst sätt. Kommunstyrelsen i Borås fick samtidigt i uppdrag att tillsammans med företrädare för den kommunala gatunämnden och Borås Energi ta fram detaljförslag till gemensam organisation för avfallshanteringen och energiförsörjningen.

Detta resulterade i ett beredningsförslag från kommunstyrelsen<sup>2</sup> samt ett nytt beslut av kommunfullmäktige den 15 juni 2006 (KF § 104/06), att genomföra överföring till Borås Energi av den kommunala renhållningsverksamhet som tidigare hade bedrivits av Staden i förvaltningsform (Reningsverket) genom gatunämnden.<sup>3</sup>

Borås Energi<sup>4</sup> helägs indirekt av Staden. Enligt senaste årsredovisning (2011) omsatte bolaget drygt 896 miljoner kronor, varav c:a 155,6 miljoner kronor hänför sig till bolagets avfallsverksamhet. Härutöver har bolaget haft intäkter för Vatten- och avloppsverksamhet (V/A) med 163 miljoner kronor<sup>5</sup> och för försäljning av fjärrvärme och biogas samt för övrig energiverksamhet,

- 
- <sup>1</sup> Se e-postmeddelande av den 7 december 2012 från Kommunen till Konkurrenskommissionen där Kommunen som svar på en begäran om utlämnande av allmänna handlingar i form av Kommunens kontrakt och andra avtalshandlingar med Borås Energi samt Kommunens aktuella upphandlingsunderlag anger bl.a. följande: "... *begärda handlingar, såsom kontrakt och aktuellt upphandlingsunderlag finns inte*" (Kdnr. Dnr 2012/KS0668).
  - <sup>2</sup> Till grund för kommunfullmäktiges beslut i januari 2006 (KF § 5/06) låg en av kommunstyrelsen upprättad skrift: Förslag till principbeslut om samordning av kommunens energiförsörjning och avfallshantering jämte remissyttranden samt rapporterna Teknisk samverkan, etapp 1-3. Revisionsföretaget Öhrlings/Price Waterhouse/Coopers hade i en av kommunstyrelsens beställd utredning avrapporterat promemorian Synpunkter på framtida samverkans- och verksamhetsform inom VA, renhållning och energiområdet. Dessa underlag utgjorde basen för det förslag till ny organisation av Borås Energi, som kommunstyrelsen, i enlighet med kommunfullmäktiges januaribeslut och i samråd med gatunämnden och Borås Energi, senare sammanställt i promemorian Samordning och organisation av Borås Energi och Miljö AB. Denna promemoria, som är daterad av den 29 maj 2006, utgör beredningsunderlag till kommunfullmäktiges beslut den 15 juni 2006 (KF § 104/06) innefattande det av fullmäktige sedermera antagna förslaget.
  - <sup>3</sup> Genom kommunfullmäktiges beslut den 15 juni 2006 (KF § 104/06) fastställdes bl.a. nya reglementen för kommunstyrelsen och gatunämnden samt en ny renhållningsordning för Staden. Kommunfullmäktige beslutade även om ny styrelse, bolagsordning, ägardirektiv och nyttjanderättsavtal i visst avseende för Borås Energi samt instruerade bolagets styrelse att genomföra ombildning av bolaget i överensstämmelse med promemorian Samordning och organisation av Borås Energi och Miljö AB. Vidare uppdrogs till kommunstyrelsen att fastställa ny avfallsplan för Staden samt att löpande, vid behov aktualisera revidering av såväl Stadens avfallsplan som renhållningsordning samt att upprätta förslag till ekonomisk avräkning mellan Staden och Borås Energi i anledning av den beslutade övergången. Kommunstyrelsen bemyndigades vidare att vidta de ytterligare åtgärder och fatta de beslut, som kan krävas för att genomföra samordningen av Stadens energiförsörjning och avfallshantering.
  - <sup>4</sup> Borås Energi och Miljö AB (Borås Energi), med organisationsnummer 556527-5590, bildades den 26 oktober 1995 och registrerades av dåvarande Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 8 december samma år. Nuvarande firma registrerades den 30 augusti 2006. Tidigare firma har varit Borås Energi AB. Nu gällande bolagsordning godkändes av Kommunfullmäktige i Borås den 24 mars och registrerades den 7 april 2011. Bolaget har enligt senast registrerad bolagsordning till föremål för sin verksamhet att "... *inköpa, producera och sälja energi, återvinningsmaterial och avfallstjänster samt att svara för Borås Stads avfallshantering. Bolagets syfte är att enligt god teknisk praxis och med optimalt resursutnyttjande främja en god energiförsörjning*". Borås Energi helägs (100 procent) indirekt av Borås kommun genom det kommunala holdingbolaget Borås Stadshus AB (556547-5646).
  - <sup>5</sup> Stadens vatten- och avloppsverksamhet (V/A) är till största delen finansierad genom bruksavgifter enligt kommunal taxa. Enligt Årsredovisning 2011 (not 2, s. 14) omsatte Borås Energis VA-verksamhet 163,228 miljoner kronor, varav 12 miljoner finansierades av skattemedel. Någon motsvarande siffra för 2010 finns inte, eftersom den aktuella V/A-verksamheten först per den 1 januari 2011 uppdragits till Borås Energi.

huvudsakligen till hushåll och företag, med c:a 576,6 miljoner kronor.<sup>6</sup> Bolagets övriga intäkter angavs i årsredovisningen uppgå till 822.000 kronor.<sup>7</sup> Renhållningsavgiften i Borås har i en rikstäckande undersökning som löpande genomförs rankats som nummer 237 av 290 och är således en av de högre i landet.<sup>8</sup>

Den del av bolagets verksamhet som hänför sig till tilldelningar som har beslutats av Staden<sup>9</sup> uppgår således till c:a 318,6 miljoner kronor<sup>10</sup>, vilket motsvarar en verksamhetsandel på 35 procent.

Vilken ersättning som ska utgå till Borås Energi i fråga om renhållningstjänsternas utförande regleras periodiskt genom en kommunal renhållningstaxa som fastställs löpande av kommunfullmäktige i Borås och som de berörda hushållen och företagen i kommunen (renhållningskollektivet) obligatoriskt måste betala.<sup>11</sup> Det nu beslutade avtalets s.k. kontraktvärde kan med ledning av ovan redovisad omsättning uppskattas till c:a 155,6 miljoner kronor (motsvarande c:a 16 miljoner euro) per år eller totalt c:a 622 miljoner (motsvarande c:a 64 miljoner euro)<sup>12</sup> under den fyraårsperiod som framgår av bestämmelserna om tröskelvärdesberäkning.<sup>45 & 46</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 ska såväl insamlas och transporteras som återvinnas 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 ett *kommunalt renhållningsmonopol*. Något motsvarande monopol för tjänsten att omhänderta avfall genom återvinning eller behandling föreligger däremot inte. Dock torde den ansvariga kommunen genom insamlingsmonopolet rent faktiskt besitta sådant avfall och kan därmed förfoga över avfallets omhändertagande.

En kommun kan som framgår ovan välja antingen att handha renhållningen i egen regi eller att uppdra åt någon annan, exempelvis ett privat eller kommunalt företag, att för kommunens räkning genomföra insamlingen och/eller omhändertagande av avfall. Den renhållningsansvariga kommunen kan vidare, om den har anlitat åt en fristående utförare att samla in och transportera hushållsavfall, enligt 27 kap. 15 § miljöbalken bestämma att hushållen (det s.k. renhållningskollektivet) ska betala gällande avgifter enligt kommunal renhållningstaxa direkt till den som utför renhållningen. Betalning av renhållningsavgift enligt gällande taxa är som tidigare nämnts obligatorisk för renhållningskollektivet. De berörda hushållen och företagen kan således inte välja att sköta sin avfallshantering på annat sätt.

---

<sup>6</sup> Enligt samma årsredovisning uppgick omsättningen för Borås Energis fjärrvärmeförsäljning till 499,483 mkr medan biogasförsäljningen omsatte 42,669 mkr och övrig energiverksamhet 34,419 mkr; sammanlagt således en omsättning 2011 i dessa delar på (499,483+42,669+34,419=) 576,571 miljoner kronor. Motsvarande omsättning 2010 uppgick till (566,257+29,357+34,878=) 631,387 miljoner kronor.

<sup>7</sup> Posten ”Övrigt och gemensamt” har angivits motsvara en omsättning på 822.000 kronor. Motsvarande omsättning 2010 uppgick till 3,611 miljoner kronor.

<sup>8</sup> Se den s.k. Nils Holgersson utredningen som löpande genomförs på uppdrag av HSB, Hyresgästföreningen, Riksbyggen, Sabo (Sverige Allmännyttiga Bostadsföretag) och Fastighetsägarna. Uppgiften avser 2012 års undersökning.

<sup>9</sup> Jfr. EU-domstolens dom av den 11 maj 2006 i mål C-340/04, *Carbotermo och Consorzio Alisei*, REG 2006, s. I- 4137, p. 66.

<sup>10</sup> I beräkningen av verksamhet som hänför sig till tilldelningar som har beslutats av Staden har beaktats avfalls- och V/A-verksamheterna samt övriga intäkter (155,6+163+0,822 mkr=) 318,6 miljoner kronor.

<sup>11</sup> Renhållningstaxan i Borås har från och med den 2006 ändrats två gånger, med verkan dels från och med den 1 januari 2007, dels från och med den 1 januari 2011.

<sup>12</sup> Angivet belopp i euro baserar sig på den omräkningskurs på 9,49 SEK relativt 1 EUR, vilken för svenskt vidkommande har angivits av kommissionen i meddelande den 3 december 2011 – om motvärden till tröskelvärdena i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG, 2004/18/EG och 2009/81/EG (2011/C 353/01).

Det kommunala renhållningsmonopolet är vidare straffsanktionerat. Enligt 29 kap. 9 § punkten 12 MB kan den som uppsåtligt eller genom oaktsamhet bryter mot monopolföreskriften i 15 kap. 21 § MB, genom att yrkesmässigt i större omfattning samla in och forsla bort kommunalt hushållsavfall, dömas till böter.

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 EU-fördragets grundläggande bestämmelser om fri rörlighet, liksom de på fördraget vilande grundläggande principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt öppenhet (transparens eller insyn).<sup>13</sup> Att inte alls infordra anbud i samband med tilldelningen av en tjänstekoncession är enligt EU-domstolens praxis varken förenligt med kraven i fördragen eller de grundläggande principerna.<sup>14</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>15</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 upplåtta 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>16</sup>

Förutsättningarna för att en myndighet ska kunna tilldela tjänstekoncession är således att koncessionshavaren ges rätten att kommersiellt utnyttja anläggningen/tjänsten och att myndigheten

<sup>13</sup> Enligt 1 kap. 12 § LOU 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 iaktta principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet när den tilldelar tredje man varukontrakt, se även 1 kap 2 § andra stycket samma lag.

<sup>14</sup> Se EU-domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397, domskälen p. 50 samt domslutet p. 2.

<sup>15</sup> En definition av begreppet *tjänstekoncession* återfinns i bl.a. artikel 1.4 av Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 13 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, 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 byggtreprenad, 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 byggtreprenad- 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>16</sup> Se EU-kommissionen, tolkningsmeddelande 12 april 2000 avseende koncessioner enligt EU-rätten, s. 10.

därigenom överlåter den ekonomiska risk som är förenad med verksamheten<sup>17</sup> på denne. Koncessionshavaren 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>18</sup>

Avtal där uppdragstagaren 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 vilka intäkter som koncessionshavaren kan räkna med att erhålla genom nyttjandet av anläggningen.

Risköverföringen utgör därmed den avgörande skillnaden mellan koncessioner och offentliga tjänstekontrakt<sup>19</sup>, där leverantören normalt<sup>20</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>21</sup>

Av senare praxis från EU-domstolen, mål C-206/08, *Eurawasser*, framgår att den omständigheten att uppdragstagaren inte ersätts direkt av den upphandlande myndigheten utan genom en avgift som myndigheten ger uppdragstagaren rätt att ta ut från tredje man, talar för att det kan vara fråga om en tjänstekoncession.<sup>22</sup>

I ett senare avgörande, mål C-274/09, *Stadler*, påpekar domstolen att med den ”ekonomiska risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten” ska förstås en risk att utsättas för marknadens nycker som kan ta sig uttryck i att utsättas för konkurrens från andra ekonomiska aktörer, risk för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan, risk för insolvens hos dem som är betalningsskyldiga för tillhandahållna tjänster, risk för att inkomsterna inte ska täcka samtliga kostnader eller till och med risk för att stå ansvaret för alla sorters skador som uppkommer till följd av brister i tjänsten.<sup>23</sup>

Frågan om gränsdragning mellan tjänstekoncession och tjänstekontrakt har tidigare varit föremål för ett flertal avgöranden av EU-domstolen. I mål C-324/98, *Telaustria och Telefonadress*, ansåg domstolen 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 (tillåtelse att sälja annonsplats i katalogerna). 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>24</sup> grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot

<sup>17</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.

<sup>18</sup> Tolkningsmeddelandet (se ovan not 20), sid. 7.

<sup>19</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>20</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>21</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>22</sup> Se EU-domstolens dom av den 10 september 2009 i mål C-206/08, *Eurawasser*, REG 2009 s. I-0000, p. 52. I den engelska språkversionen använder domstolen termen ”payment under private law” och i den franska språkversionen ”rémunération de droit privé”.

<sup>23</sup> Se EU-domstolens dom av den 10 mars 2011 i mål C-274/09, *Stadler*, REG 2011 s. I-0000, p. 37.

<sup>24</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).

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>25</sup>

I mål C-458/03, *Parking Brixen*, fastslog EU-domstolen likaledes att ett offentligt kontrakt mellan en kommun och ett av kommunen helägt aktiebolag 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>26</sup> I domskälen uttalade domstolen bl.a. att ett offentligt tjänsteavtal på vilket EG/EU:s upphandlingsrättsliga regelverk är tillämpligt måste innefatta 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 avgifter som den som valde att parkera på den aktuella parkeringsplatsen skulle betala för användningen av parkeringsplatsen. Detta betalningssätt innebär att tjänsteleverantören tog över verksamhetsrisken för de ifrågavarande tjänsterna, vilket kännetecknar just tjänstekoncession. I denna situation är det enligt domstolen således inte fråga om ett offentligt tjänsteavtal utan om en koncession avseende allmännyttiga tjänster.<sup>27</sup> Liksom tidigare påpekats konstaterade domstolen också, med hänvisning till bl.a. *Telaustria-målet*, att det (dåvarande) EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet och etablering av näringsverksamhet liksom principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn ska tolkas så, att dessa utgör hinder för en offentlig myndighet att utan anbudsinfordran tilldela ett kommunalt aktiebolag, under aktuella förutsättningar, en koncession avseende allmännyttiga tjänster.<sup>28</sup>

Vid sin prövning i det ovannämnda *Parking Brixen-målet* fann EU-domstolen även att s.k. *Teckal-undantag* (se mer om detta i särskilt avsnitt nedan)<sup>29</sup> kan komma i fråga också vid tilldelning av tjänstekoncession. Därvid 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*. 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 styrelsen för 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>30</sup> Det s.k. verksamhetskriteriet prövades därmed aldrig i målet.

I svensk nationell rättspraxis har ett offentligt kontrakt avseende renhållningstjänster, där den renhållningsansvariga kommunen hade uppdragit åt ett helägt kommunal energibolag att samla in, transportera och ta omhand kommunalt hushållsavfall, och där energibolaget även hade givits uppdrag att debitera kommunal renhållningstaxa direkt till renhållningskollektivet, ansetts utgöra en

<sup>25</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>26</sup> Se regeringens lagrådsremiss ”Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster”, s. 179-182.

<sup>27</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>28</sup> Se domslutet punkten 2.

<sup>29</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. 10 a § 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. verksamhetskriteriet).

<sup>30</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.

tjänstekoncession.<sup>31</sup> Begreppet tjänstekoncession faller dock i huvudsak utanför tillämpningsområdet för EG/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 LOU och det klassiska upphandlingsdirektivet bestämmelser om byggkoncessioner). Med hänvisning till de ovan refererade målen *Parking Brixen*- och *Telaustria* påpekade regeringen dock att alla grundläggande principer för offentlig upphandling ska tillämpas även vid upphandling av tjänstekoncessioner.<sup>32</sup>

Några särskilda bestämmelser om tjänstekoncession finns hittills 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 ska iakttä principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet när den tilldelar tredje man varukontrakt.

Högsta förvaltningsdomstolen har fastslagit att överprövning enligt LOU inte är möjlig i fråga om tjänstekoncessioner.<sup>33</sup> Domstolen har vidare slagit fast att någon prövning genom nationella bestämmelser om förvaltningsbesvär<sup>34</sup> inte är möjlig om kontraktet är av ”privaträttslig karaktär”<sup>35</sup> medan sådan prövning dock har ansetts vara möjlig om kontraktet är av ”offentligrättslig karaktär”.<sup>36</sup> Högsta domstolen har funnit att forumregeln 10 kap. 17 § första stycket punkten 1 rättegångsbalken medför behörighet för allmän domstol (med tingsrätt som första instans) att pröva mål för vilka annan domstol inte finns anvisad i lag eller annan författning. Detta torde medföra att mål rörande tjänstekoncessioner bör kunna prövas av i vart fall allmän domstol. För närvarande bereds inom EU-kommissionen ett förslag till särskilt EU-direktiv om tjänstekoncessioner.<sup>37</sup>

### *Offentlig upphandling*

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelningen av bland annat ett *offentligt 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 att leverantören mot ersättning ska åta sig att utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning men att den kommersiella risk som kan förknippas med kontraktet i väsentliga delar inte överförs på leverantören.<sup>38</sup>

Upphandlingar av offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats<sup>39</sup> under perioden 1994 t.o.m. 2007 regleras genom lagen (1992:1524) om offentlig upphandling (ÅLOU). En förutsättning för lagens

<sup>31</sup> Se Kammarrätten i Göteborg, dom av den 23 maj 2011 i mål 6515-10 (*Uddevalla kommun*).

<sup>32</sup> Prop. 2006/07:128, s. 181 f.

<sup>33</sup> Se RÅ 2008 not. 101.

<sup>34</sup> Enligt 1 §, 22 § och 22 a § förvaltningslagen (1986:223) kan i fråga om beslut som gäller förvaltningsmyndigheternas handläggning den som beslutet angår, om det har gått honom emot, överklaga beslutet vid allmän förvaltningsdomstol.

<sup>35</sup> Se Högsta Förvaltningsdomstolens dom av den 10 maj 2012 i mål 4042-11. Målet gällde ett kontrakt att i en statlig högskolas lokaler driva lunchservering m.m. för studenter och personal.

<sup>36</sup> Se Högsta Förvaltningsdomstolens dom av den 10 maj 2012 i mål 5074-11. Målet gällde ett uppdrag enligt en EU-förordning, att mot en fast ersättning driva en fast flygförbindelse mellan en avlägset belägen flygplats och Stockholm Arlanda flygplats i fyra år. Till uppdraget hörde en i förordningen straffsanktionerad ensamrätt, liknande den som enligt 15 kap. 21 § jämförd med 29 kap. 9 § punkten 12 miljöbalken gäller för kommunal avfallsverksamhet.

<sup>37</sup> Se Europeiska kommissionens förslag av den 20 december 2011 till Europaparlamentets och Rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM2011/0897 slutlig).

<sup>38</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>39</sup> En upphandling ska enligt prop. 2006/07:128 del I, s. 447 och 568 anses *påbörjad* när den upphandlande myndigheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud. I prop. 2009/09:180, s. 374, anges vidare att om ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU, får upphandlingen anses *påbörjad* först när avtalet har slutits, såvitt den upphandlande myndigheten inte kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt. Se även EU-domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*,

tillämpning är emellertid enligt 1 kap. 5 § ÄLOU att det är fråga om ett *upphandlingskontrakt*, varmed avses ett skriftligt avtal som har *upphandlats enligt lagens bestämmelser* och som har *undertecknats av parterna* eller signerats genom elektronisk signatur. För att det ska vara fråga om ett ramavtal enligt ÄLOU krävs vidare enligt samma lagrum att avtalet har ingåtts i syfte att fastställa *samtliga villkor för avrop som görs under en viss period*. En prisjustering eller annan villkorsändring som löpande genomförs i ett avtalsförhållande mellan parterna och som inte uttryckligen regleras i det ursprungliga avtalet (genom en indexklausul eller motsvarande) ska som huvudregel, enligt unionsrättslig praxis anses medföra att nytt avtal kommit till stånd, såtillvida den aktuella prisjusteringen inte enbart är försumbar utan kan anses innefatta någon väsentlig förändring av avtalet.<sup>40</sup>

De fall där upphandling har påbörjats, eller avtal eljest har uppkommit efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.<sup>41</sup> Lagen bygger på 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) som trädde i kraft med s.k. direkt effekt den 1 februari 2006.<sup>42</sup>

För upphandling som *påbörjas* efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. regleringen av möjligheterna till s.k. direktupphandling samt tillgängliga rättsmedel.

Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande tjänster, innefattande hämtning av hushållssopor (CPV 90511200-4) och avfallsförbränning (CPV 90513300-9)<sup>43</sup> utgör s.k. A-tjänster, kategori 16 enligt bilaga 2 till LOU.<sup>44</sup> 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 (1–5 kap. ÄLOU), normalt genom öppen upphandling eller selektiv upphandling. Enbart om aktuellt kontraktsvärde understiger detta tröskelvärde, får upphandlingen genomföras med ledning av de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU (6 kap. ÄLOU), normalt genom en s.k. *förenklad upphandling* eller *urvals-upphandling*.

Ett icke annonserat förfarande, där den upphandlande myndigheten vänder sig direkt till viss leverantör (*förhandlat förfarande utan föregående annonsering* eller *direktupphandling*), tillåts förekomma endast undantagsvis under vissa särskilt angivna förutsättningar (se vidare nedan).

REG 2005, s. I-1, enligt vilken en upphandling ska kunna överprövas i nationell domstol från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan.

<sup>40</sup> Se EU-domstolens dom av den 19 juni 2008 i mål nr C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur*, REG 2008, s. I-4401, pp. 59 och 60. Se, för ett liknande resonemang, även domstolens dom av den 29 april 2004 i mål C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, REG 2004, s. I-3801, p.121.

<sup>41</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>42</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>43</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>44</sup> Motsvarande avdelning B i bilagan till ÄLOU.

Enligt 2 kap. 10 a § LOU gäller även ett undantag från s.k. *in-house-verksamhet*, det 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. Bestämmelsen gäller med retroaktiv verkan även för upphandlingar som ska bedömas enligt ÄLOU.<sup>45</sup> (se vidare om detta i särskilt avsnitt nedan).

Enligt 3 kap. 3 § LOU (2 kap. 3 § ÄLOU) 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 (2 kap. 3 § ÄLOU) kontraktet uppskattas som ett 48-månaderskontrakt.<sup>46</sup> För närvarande uppgår tröskelvärdet för kommunal upphandling av A-tjänster inom den s.k. klassiska sektorn till 1.897.540 kronor. I juli 2006 uppgick motsvarande tröskelvärde till 1.826.000 kronor.<sup>47</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 lagens bestämmelser utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU ”*upphandlande myndighet*”.<sup>48</sup> Tillsyn över den offentliga upphandlingen utövas numera av Konkurrensverket.<sup>49</sup>

Bestämmelserna i ÄLOU/LOU är tvingande för upphandlande myndigheter. Lagen behöver emellertid inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten.<sup>50</sup> 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>51</sup>

<sup>45</sup> Se övergångsbestämmelserna till ändringsförfattningen, lag (2010:569); jfr. även motsvarande ändringsförfattning, lag (2012:392), efter den 1 januari 2013.

<sup>46</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>47</sup> Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* 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 bl.a. 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 200.000 euro eller 1.897.540 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 (2011:1575) av tröskelvärden vid offentlig upphandling. För 2006 års tröskelvärde se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. I fråga om tilldelning av en tjänstekoncession har i artikel 5.1 i Europeiska kommissionens förslag av den 20 december 2011 till Europaparlamentets och Rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM2011/0897 slutlig) ett samlat kontraktsvärde på totalt 5 miljoner euro angivits som relevant tröskelvärde för att koncessionstilldelningen ska anses medföra tillräcklig storlek och omfattning för att vara relevant för den inre marknaden.

<sup>48</sup> Tidigare enligt 1 kap. 5 § ÄLOU användes beteckningen *upphandlande enhet*. 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. Här i den fortsatta framställningen används genomgående beteckningen *upphandlande myndighet*.

<sup>49</sup> Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret avseende offentlig upphandling från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) till Konkurrensverket.

<sup>50</sup> Se 1 kap. 7 § LOU eller 5 kap. 2 § ÄLOU.

<sup>51</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 infördran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. Förbundsrepubliken Tyskland medgav att de i EG:s upphandlingsdirektiv stadgade villkoren för att underlåta anbudsinfördran 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 (tjänsteupphandlingsdirektivet). 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).

För det fall att upphandling måste genomföras, ska enligt huvudregeln i 1 kap. 9 § LOU (1 kap. 4 § ÄLOU) den upphandlande myndigheten behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandling på ett öppet (transparent) sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Ramavtal får enligt 5 kap. 3 § LOU inte löpa på mer än fyra år, annat än vid synnerliga skäl.

Syftet med LOU och ÄLOU jämte bakomliggande EG/EU-direktiv och fördragsbestämmelser är att säkra att offentlig upphandling sker genom en effektiv konkurrens samt att leverantörer och deras 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 konkurrenssnedvridande 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 upphandling ska på snabbaste lämpliga sätt sändas till Europeiska kommissionen,<sup>52</sup> för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT)<sup>53</sup> och i databasen TED.<sup>54</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 LOU (2 kap. 10 och 11 §§ eller 6 kap. 2- 2c §§ ÄLOU)<sup>55</sup> föreligger vid bl.a. tjänsteupphandling undantag från denna skyldighet under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är lågt<sup>56</sup> 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.

#### *Möjligheten till in-house-undantag (Teckalundantag).*

Vid såväl tilldelning av ett tjänstekontrakt enligt ÄLOU/LOU som av en tjänstekoncession finns det en möjlighet till s.k. in-house-undantag eller s.k. *Teckal-undantag*, innebärande att den upphandlande myndighet som tilldelar dylikt offentligt kontrakt till någon fristående juridisk person som myndigheten själv är delägare i kan göra detta utan föregående ett upphandlingsförfarande.

Möjligheten till Teckal-undantag är beträffande tjänstekontrakt vid offentlig upphandling inskriven i 2 kap. 10 a § LOU, men föreligger enligt EU-domstolens praxis<sup>57</sup> även ifråga om tilldelning av tjänstekoncession.

<sup>52</sup> 2 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

<sup>53</sup> Före den 1 december 2009 istället Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT).

<sup>54</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>55</sup> Den aktuella regleringen har sedan den 15 juli 2010 sammanförts till 15 kap. 3 § LOU, i delvis ny lydelse.

<sup>56</sup> Med *långt värde* avses ett kontraktvärde uppgående till högst 15 procent av gällande tröskelvärde, vilket ifråga om tjänsteupphandling inom den klassiska sektorn för närvarande medger direktupphandling inom aktuellt tjänsteslag upp till maximalt c:a 284.000 kronor per bokföringsår, se 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

<sup>57</sup> Se EU-domstolens dom i det ovannämnda målet C-458/03 (*Parking Brixen*) p. 50.

Teckal-undantag kan dock enbart komma i fråga 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>58</sup>

Vid undersökningen huruvida punkten 1, det s.k. *kontrollrekvisitet*, är uppfyllt ska det enligt EU-domstolens praxis<sup>59</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>60</sup> EU-domstolen har i detta avseende uttalat<sup>61</sup> att förekomsten av mellanled i form av att den upphandlande 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.

Vidare, för det fall att den juridiska personen bedriver annat än rent marginell verksamhet på den allmänna marknaden, föreligger enligt punkten 2, det s.k. *verksamhetskriteriet*, 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>62</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 vid bedömningen av verksamhetskriteriet enligt unionsrättslig praxis beaktas som in-house-verksamhet, oberoende av vem som betalar för denna verksamhet – den upphandlande myndigheten eller de som använder de tillhandahållna tjänsterna.<sup>63</sup> Det saknar enligt EU-domstolen i detta avseende betydelse på vilket territorium verksamheten bedrivs.

I anslutande rättspraxis från EU-domstolen har en verksamhetsandel motsvarande 90 procent som hänför sig till den fristående enhetens ägare ansetts uppfylla verksamhetskriteriets krav på att den externt bedrivna verksamheten enbart får vara marginell<sup>64</sup> medan en motsvarande verksamhetsandel på c:a 80 procent av EU-kommissionen inte har ansetts tillräcklig.<sup>65</sup> I svensk nationell rättspraxis

<sup>58</sup> I RÅ 2008 ref. 26, de s.k. SYSAV-målen, bedömde Regeringsrätten att en tilldelning som sker från en kommun till en av denna hel- eller delägd i RÅ 2008 ref. 26, de s.k. SYSAV-målen, bedömde Regeringsrätten att en tilldelning som sker från en kommun till en av denna hel- eller delägd juridisk person omfattas av upphandlingsskyldighet 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 med retroaktiv giltighet under vissa, särskilt angivna, omständigheter medger tilldelning utanför LOU (lag 2010:570). Bestämmelsen har härefter delvis justerats (lag 2012:392).

<sup>59</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i ovannämnda mål C-340/04 (*Carbotermo*)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>60</sup> Se bl.a. domen i ovannämnda mål C-324/07 (*Coditel*), p. 28.

<sup>61</sup> Se domen i ovannämnda mål C-340/04 (*Carbotermo*), punkten 1 i domslutet.

<sup>62</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>63</sup> Se domen i ovannämnda mål C-340/04 (*Carbotermo*), pp. 65 och 66 samt p. 3 i domslutet.

<sup>64</sup> Se EU-domstolens dom av den 19 april 2007 i mål C- 295/05, *Asemfo vs. Tragsa*, REG 2007, s. I- 2999, p. 55.

<sup>65</sup> Se EU-kommissionens motiverade yttrande till Sverige, K(2010) 7343, avseende svenska kommunala myndigheter tilldelning av kontrakt om avfallshanterings tjänster i strid med gällande upphandlingsdirektiv, särskilt s. 4 (överst), jfr också SOU 2011:43, s. 103 f, särskilt s. 110 (nederst).

har en verksamhetsandel på 86,9 procent inte ansetts uppfylla verksamhetskriteriets krav.<sup>66</sup> Det är möjligt att en fast värdegräns på 85 procent in-huse-verksamhet kommer att kodifieras i det nya förslag till upphandlingsdirektiv som för närvarande bereds inom EU-kommissionen.

Av svenska lagförarbeten framgår att möjligheten till s.k. Teckal-undantag och bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU inte innebär någon möjlighet till automatisk befrielse från upphandlings-skyldigheten. 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>67</sup> Regeringen understryker också särskilt att det enligt unionsrätten inte är möjligt att generellt undanta avfallshantering från upphandlingsskyldighet.<sup>68</sup>

Vidare framgår av propositionstexten, att förutsättningarna för Teckal-undantag, motsvarande kontroll- och verksamhetskriterierna, ska tolkas restriktivt<sup>69</sup> och att det är den som åberopar undantagsbestämmelsen som har bevisbördan för att villkoren verkligen är uppfyllda.<sup>70</sup>

EU-kommissionen har vid två tillfällen riktat s.k. *formella underrättelser*<sup>71</sup> mot Sverige, där regeringen har uppmärksamats på att svenska kommuners hantering av renhållningskontrakt riskerar att innebära och också rent faktiskt innebär överträdelse av bland annat gällande fördragsbestämmelser.<sup>72</sup> De aktuella överträdelseförfarandena har lagts ned av EU-kommissionen efter det att Sverige lämnat försäkringar om att rättelse kommer att vidtas. I förlängningen kan vid upprepade överträdelser som på nytt påtalas för kommissionen Sverige komma att dras inför EU-domstolen med anklagelse om fördragsbrott, vilket riskerar medföra påföljd i form av böter eller viten för svenskt vidkommande.

<sup>66</sup> Se Kammarrätten i Stockholms dom av den 8 november 2011 i mål 7098-10 samt Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 5 augusti 2012 (målnummer: 7098-12) att inte bevilja prövningstillstånd. Se även Förvaltningsrätten i Uppsalas dom av den 19 november 2012 i de förenade målen 4544, 4546 och 4550-12 (ännu inte lagakraftvunnen).

<sup>67</sup> Prop. 2009/10:134, s. 84 samt Ds 2009:36, s. 83.

<sup>68</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>69</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>70</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.

<sup>71</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 överträdelseart och övriga omständigheter bli betydande.

<sup>72</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), regeringskansliets dnr. Fi2010/641.

### Yttrande

Staden har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, men angivit att Staden inte vidtar någon åtgärd.

### 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 Borås är en sådan upphandlande myndighet som är skyldig att iaktta vad som följer av EG/EU:s primärrätt i fråga om bl.a. skyldighet att konkurrensutsätta sina offentliga kontrakt, och i förekommande fall följa vad som vid varje tidpunkt föreskrivs enligt LOU eller ÄLOU.

Av utredningen i ärendet framgår att kommunfullmäktige i juni 2006 har beslutat uppdra åt Borås Energi att samla in och ta omhand sådant hushållsavfall som kommunen ansvarar för. Det således beslutade avtalet innefattar renhållningstjänster till ett sammanlagt kontraktsvärde på c:a 16 miljoner euro per år eller totalt 64 miljoner euro under en fyraårsperiod. Detta värde överstiger såväl tröskelvärdet 200.000 euro för offentlig upphandling av A-tjänster inom den klassiska sektorn som det tröskelvärde på 5 miljoner euro då en tjänstekoncession kan anses ha tillräcklig storlek och omfattning för att vara relevant för den inre marknaden.

Det aktuella renhållningsuppdrag som således uppkommit kan antingen ses som ett tjänstekontrakt som ska upphandlas enligt ÄLOU eller LOU, eller som en tjänstekoncession.

Även om den omständigheten att Borås Energi kan direktdebitera renhållningskollektivet obligatoriska renhållningsavgifter talar för att det inte föreligger någon egentlig risköverföring från Staden till Borås Energi, och att det således närmast är fråga om ett tjänstekontrakt enligt ÄLOU/LOU, har ett likande renhållningsuppdrag till ett kommunalt energibolag i rättspraxis ansetts utgöra tjänstekoncession.

Konkurrenskommissionen utgår därför vid sin bedömning från att det i första hand är fråga om en tjänstekoncession som Staden har tilldelat Borås Energi. Inte ens vid ett sådant förhållande är det som EU-domstolen fastlagt i bl.a. *Parking Brixen*- och *Telaustria*-målen emellertid möjligt att kringgå de grundläggande principerna om likabehandling, ickediskriminering och insyn som följer av EG/EU-fördragen. Ett annonserat anbudsförfarande skulle som huvudregel därför har genomförts av Staden med infordran av anbud även från andra företag än Borås Energi.

Den omständigheten att Staden indirekt heläger Borås Energi medför inte någon möjlighet till s.k. *Teckal-undatag*, eftersom bolaget till huvudsaklig del bedriver extern verksamhet med bl.a. el- och fjärrvärmeförsäljning på den allmänna marknaden till enskilda och företag. Den andel av bolagets redovisade försäljningsverksamhet som grundar sig på tilldelningar (avtal) med Staden uppgår endast till c:a 35 procent av den samlade omsättningen.<sup>73</sup> Den externa försäljningsverksamhet som Borås Energi bedriver kan således inte anses vara av endast marginell karaktär. Det s.k. verksamhetskriteriet för s.k. *Teckal-undantag* är därmed inte uppfyllt.

Ska Stadens aktuella uppdrag till Borås Energi istället bedömas enligt bestämmelserna för offentlig upphandling har den aktuella kontraktstilldelningen inte heller handlagts enligt vad som krävs enligt ÄLOU eller LOU. Eftersom uppdraget avser A-tjänster över tröskelvärdet ska vid varje tidpunkt gällande direktiv styrda upphandlingsbestämmelser tillämpas.

I enlighet vad som tidigare redovisats är det s.k. verksamhetskriteriet inte uppfyllt. Någon möjlighet till s.k. *Teckal-undantag* enligt 2 kap. 10 a § LOU föreligger därför inte.

<sup>73</sup> I den angivna verksamhetsandelen har räknats in de uppdrag avseende renhållnings- och V/A-verksamhet som Staden har beslutat överlämna till Borås Energi samt bolagets övriga intäkter:  $1155,6+163+0,822 = 318,6$  mkr /. omsättningen 896 mkr =  $0,3555 \approx 35$  procent.

Någon lagstadgad ensamrätt som medför att endast Borås Energi kan komma ifråga för att tillhandahålla Staden med aktuella renhållningstjänster föreligger inte och någon synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte heller beror på Staden har inte ens påståtts föreligga vid tidpunkten för kommunfullmäktiges ursprungliga beslut att i juni 2006 lämna det aktuella uppdraget uppdrag till Borås Energi. Någon tidigare konkurrensupphandling har inte genomförts och det är inte fråga om någon kompletteringsbeställning av tjänster som tidigare upphandlats enligt ÄLOU eller LOU. Det är heller inte så att de aktuella tjänsterna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras endast av Borås Energi.

Inget av de i ÄLOU eller LOU förekommande undantagen är således tillämpligt i det aktuella fallet. Ett skriftligt underlag skulle därför ha upprättats innan upphandlingen påbörjades och en annons om upphandlingen införts i EU:s databas för offentlig upphandling, TED. En sådan procedur skulle ha genomförts varje gång avtalsförhållandet omförhandlas till att avse ändrade prisvillkor och åtminstone vart fjärde år. Därigenom skulle samtliga intresserade leverantörer löpande beredas möjlighet till att på lika villkor med Borås Energi lämna anbud avseende den kommunala renhållningsverksamheten. Genom att inte iaktta dessa grundläggande formkrav har Kommunen brutit mot ÄLOU/LOU och de EG/EU-rättsligt grundade principer som lagen bygger på. Detta har även medfört skada för renhållningskollektivet i Borås som för närvarande tvingas att betala en jämförelsevis hög renhållningsavgift.

Kommunfullmäktiges i Borås aktuella beslut om att till Borås Energi uppdra insamling och omhändertagande av kommunalt hushållsavfall samt vad som i detta avseende därefter förekommit mellan parterna strider således mot gällande unionsrättsliga bestämmelser, oavsett om kontraktet avser en tjänstekoncession eller ett tjänstekontrakt som skulle ha upphandlats enligt ÄLOU/LOU. Staden förtjänar därför allvarlig kritik. Kommissionen avser även att lägga denna utredning till grund för en anmälan till EU-kommissionen om fördragsbrott.