

PM 2 2023-03-29 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*En kommun har utan föregående infordran av konkurrerande anbud uppdragit en koncession för renhållningstjänster till ett av kommunen ägt energibolag.*

Borås kommun (nedan Kommunen) har formlöst lämnat uppdrag till det av Kommunen helägda bolaget Borås Energi och Miljö AB (nedan Borås Energi)<sup>1</sup> att utan begränsning i tiden samla in och ta omhand sådant hushållsavfall som Kommunen ansvarar för. Avtalsförhållandet, som omförhandlas löpande, har inte föregåtts av något annonserad upphandling med infordran av konkurrerande anbud. Denna brist har tidigare uppmärksammats och kritiserats av Konkurrenskommissionen i utredningen KKO 12-036.

Såvitt kunnat utredas finns uppdraget till Borås Energi inte dokumenterat i något skriftligt kontrakt mellan bolaget och Kommunen. Som svar på en begäran om att få del av aktuella kontrakt och andra avtalshandlingar med avseende på det aktuella renhållningsuppdraget har Kommunen hänvisat till att Borås Energi är ett helägt kommunalt bolag och att Kommunen överlätit verksamhetsansvaret för avfallshanteringen till detta bolag.<sup>2</sup>

I mars 2021 antog Kommunfullmäktige i Borås nu gällande renhållningsordning<sup>3</sup>, enligt vilken ”Avfall som kommunen ansvarar för får inte transporteras eller omhändertas av någon annan än Borås Energi och Miljö AB, eller den som Borås Energi och Miljö utsett, om inte annat anges i dessa föreskrifter”. Vidare anges att ”I Borås har Kommunstyrelsen verksamhetsansvaret för avfallshanteringen, enligt 15 kap. 20 § miljöbalken, för hanteringen av avfall under kommunalt ansvar i kommunen, med särskilt ansvar för att avfall under kommunalt ansvar som utgörs av farligt avfall samlas in och transporteras till en behandlingsanläggning. Utförandet har överlåtits till bolaget Borås Energi och Miljö AB”.<sup>4</sup>

Gällande renhållningstaxa för debitering av obligatoriska renhållningsavgifter antogs 2006,<sup>5</sup> men har därefter löpande reviderats. Kommunens nu aktuella taxebestämmelser beslutades i november 2018 till att gälla från och med den 1 januari 2019.<sup>6</sup>

Förhållandena har sin grund i att Kommunen 2006<sup>7</sup> beslutat samla all avfallshandling och energiförsörjning i ett gemensamt bolag, Borås Energi, vilket samtidigt ombildades på visst sätt. I samband därmed beslutade Kommunen<sup>8</sup> att till bolaget föra över den renhållningsverksamhet som tidigare bedrivits i förvaltningsform (Reningsverket) under den kommunala gatunämnden.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> Borås Energi och Miljö AB (Borås Energi), 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 3 april 2019 och registrerades den 19 april samma år. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”... att inköpa, producera och sälja energi, återvinningsmaterial och avfallstjänster samt att svara för Borås Stads avfallshandling. Bolaget har likaså att svara för Borås Stads vatten och avloppsverksamhet”. Borås Energi helägs (100 procent) indirekt av Borås kommun genom det kommunala holdingbolaget Borås Stadshus AB (556547-5646).

<sup>2</sup> E-postmeddelande den 17 februari 2023 från Kommunen till Konkurrenskommissionen.

<sup>3</sup> Enligt 15 kap 41 § miljöbalken ska det för varje kommun finnas en *renhållningsordning* som antas av kommunfullmäktige.

<sup>4</sup> Se ”Avfallsföreskrifter Borås Stad”, fastställda av kommunfullmäktige den 18 mars 2021, kapitel 1 femte stycket samt avsnitt 2.1.

<sup>5</sup> Kommunfullmäktige i Borås, beslut av den 19 och 20 december 2006.

<sup>6</sup> ”Renhållningstaxa” fastställd senast reviderad av kommunfullmäktige den 22 november 2018.

<sup>7</sup> Kommunfullmäktige i Borås, beslut av den 19 januari 2006.

<sup>8</sup> Kommunfullmäktige i Borås, beslut av den 15 juni 2006.

<sup>9</sup> Genom kommunfullmäktiges beslut den 15 juni 2006 fastställdes bl.a. nya reglementen för kommunstyrelsen och gatunämnden samt en ny renhållningsordning. Kommunfullmäktige beslutade även om ny styrelse, bolagsordning, ägardirektiv m.m. för Borås Energi samt instruerade bolagets styrelse att genomföra en ombildning. Samtidigt uppdrogs till kommunstyrelsen att fastställa ny avfallsplan samt att vidta de ytterligare åtgärder och fatta erforderliga beslut, som krävdes för att genomföra beslutad samordning och omorganisation av Kommunens energiförsörjning och avfallshandling.

En fråga som därmed aktualiseras är om Kommunen får uppdra renhållningsverksamheten direkt till Borås Energi, utan upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden. Som redovisas nedan under avsnittet gällande rätt, är upphandlingsskyldigheten bland annat beroende av om det s.k. *verksamhetsrekvisitet* för *internt undantag* kan visas<sup>15</sup> uppfyllt.

Därav följer att Borås Energi ska utföra mer än 80 procent av sin verksamhet tillsammans med Kommunen eller av Kommunen ägda företag. I ett e-postmeddelande har Kommunen angivit följande.

”Vid bedömningen av huruvida verksamhetskriteriet är uppfyllt ska inte endast de tjänster som kommunen och de kommunala bolagen betalar för inräknas i den del som utförs tillsammans med den kontrollerande organisationen, i detta fall [Kommunen], utan även sådant som har tilldelats bolaget av den kontrollerande organisationen men som betalas av slutanvändaren. [Kommunens] uppfattning är utifrån detta att mer än 80 procent av [Borås Energis] verksamhet utförs för [Kommunens] räkning.<sup>10</sup>

Enligt senast tillgängliga årsredovisningar för perioden 2019-2021 omsatte Borås Energi i genomsnitt c:a 1,1 miljarder kronor per år,<sup>11</sup> varav 199,605 miljoner kronor hänför sig till renhållningsverksamhet. Härutöver har bolaget haft intäkter från vatten- och avloppsverksamhet (V/A) med i genomsnitt 252,344 miljoner kronor per år.<sup>12</sup> Dessa uppdrag har tilldelats bolaget av Kommunen, även om betalning enligt gällande kommunal taxa sker direkt från brukarkollektiven<sup>13</sup>. Bolagets övriga intäkter på i genomsnitt 644,466 miljoner kronor kommer från försäljning av bland annat sådan fjärrvärme och biogas där kontrakten huvudsakligen tilldelats bolaget av andra än Kommunen.<sup>14</sup> För att uppnå det s.k. verksamhetsrekvisitets krav på mer än 80 procent ägarrelaterad omsättning måste Kommunen visa<sup>15</sup> att kontrakt för minst 877 miljoner kronor per år har tilldelats av Kommunen eller av Kommunen ägda företag. Den del av bolagets verksamhet som hänför sig till kontraktstilldelningar som har beslutats av Kommunen<sup>16</sup> uppgår till c:a 451,938 miljoner kronor per år<sup>17</sup>, eller c:a 41 procent. Hur mycket verksamhet som har tilldelats av de kommunala företagen kan inte utläsas men den totala andelen ägarrelaterad omsättning torde sammantaget ligga långt under 80 procent.

I en överträdelseanmälan som lämnades till EU-kommissionen i oktober 2013 påtalades att Kommunens uppdrag direkt till Borås Energi kunde strida mot unionsrätten. Enligt vid denna tidpunkt tillgängliga årsredovisningshandlingar omsatte bolaget drygt 896 miljoner kronor, varav den totala andelen direkt ägarrelaterad verksamhet uppgick till 318,6 miljoner kronor, motsvarande c:a 35 procent av den totala omsättningen. Av de uppgifter som den svenska regeringen lämnat EU-kommissionen<sup>18</sup> framgår att renhållningskontraktet enligt Kommunen ska ses som en tjänstekoncession och att det uppskattade värdet uppgår till c:a 155 miljoner kronor per år.<sup>19</sup>

<sup>10</sup> E-postmeddelande från Kommunen till Konkurrenskommissionen den 21 februari 2023.

<sup>11</sup> Nettoomsättningen i Borås Energi 2019-2021 uppgick enligt tillgängliga årsredovisningshandlingar till i genomsnitt 1.096.364 Mkr.

<sup>12</sup> Enligt årsredovisningarna omsatte Borås Energis VA-verksamhet perioden 2019-2021 i genomsnitt 232,334 miljoner kronor per år.

<sup>13</sup> Med *brukarkollektiven* avses här *renhållningskollektivet*, dvs. de som är skyldiga att betala obligatoriska avgifter enligt Kommunens renhållningstaxa, samt *V/A-kollektivet*, som på motsvarande sätt erlägger obligatoriska V/A-avgifter.

<sup>14</sup> Enligt årsredovisningarna uppgick omsättningen för Borås Energis fjärrvärmeförsäljning under perioden 2019-2021 till i genomsnitt 602,046 Mkr medan biogASFörsäljningen omsatte 5.745 Mkr och övrig energiverksamhet (inklusive ”övrigt och gemensamt”) omsatte 26,665 Mkr; sammanlagt uppgår den genomsnittliga omsättning i dessa delar till 644,456 Mkr eller c:a 59 procent.

<sup>15</sup> Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i svensk nationell och unionsrättslig praxis ankommer det på den som åberopar möjlighet till bland annat internt undantag att även visa att de särskilda omständigheter som motiverar sådant undantag faktiskt är uppfyllda – se vidare fotnot 61.

<sup>16</sup> Se EU-domstolens dom i *Carbotermo och Consorzio Alisei* (C-340/04) EU:C:2006:24, p. 66.

<sup>17</sup> Beräkningen avser avfalls- och V/A-verksamheterna, eftersom dessa har tilldelats genom beslut av Kommunen och debiteras enligt obligatorisk taxa. Några civilrättsliga avtalsförhållanden uppkommer inte i dessa delar mellan Borås Energi och enskilda hushåll och företag i respektive brukarkollektiv.

<sup>18</sup> Se regeringens skrivelse till EU-kommissionen den 1 augusti 2014 med bland annat yttrande från Kommunen i ärende KOM 2014-4183, regeringens dnr. Fi2015/1182.

<sup>19</sup> I regeringens skrivelse omräknad till 16,3 miljoner euro.

Mot denna bakgrund och med beaktande av bolagets övriga omsättningssiffror fann EU-kommissionen att det inte visats<sup>15</sup> att Borås Energi bedrev huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med Kommunen som ägare.

I februari 2015 meddelade EU-kommissionen en s.k. *formell underrättelse*<sup>20</sup> med bedömning att den direkta tilldelning som skett till Borås Energi inte är i linje med EUF-fördragets<sup>21</sup> principer om fri rörlighet av tjänster<sup>22</sup> och förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet.<sup>23</sup> Enligt kommissionen hade kontraktet därmed kommit till i strid mot unionsrätten.<sup>24</sup>

I skrivelse till EU-kommissionen i juni 2015<sup>25</sup> svarande den svenska regeringen att den låtit Konkurrensverket närmare utreda de aktuella förhållandena. När det gäller det s.k. *verksamhetsrekvisitets* krav på en intern omsättning om minst 80 procent (se vidare nedan) hade verket inte kunnat fastställa exakt hur stor andel av omsättningen i Borås Energi som bedrivs tillsammans med Kommunen, men kunde dock konstatera att värdet ligger ”*långt ifrån 80 procent*”. Konkurrensverket instämde därför i EU-kommissionens bedömning att förutsättningarna för internt undantag (den så kallade ”in house-regeln”) inte var uppfyllda för Borås Energi och att Kommunen inte utan vidare får direkttilldelas kontrakt till bolaget.

Det nu aktuella värdet av koncessionen (det s.k. *kontraktsvärdet*) kan med ledning av ovan redovisad omsättning uppskattas till c:a 199 miljoner kronor per år.

## Gällande rätt

Kommunernas ansvar för renhållning m.m. regleras genom miljöbalken (MB), avfallsförordningen (2020:614) samt kommunala renhållningsordningar eller avfallsplaner.

Enligt 15 kap. 20 och 20 a §§ MB är samtliga kommuner skyldiga att se till att allt hushållsavfall och därmed jämförligt avfall inom deras respektive områden tas om hand. Skyldigheten innebär att hushållsavfall ska såväl insamlas och transporteras som återvinnas eller behandlas. Sådan avfallshantering som en kommun svarar för får ”*inte utföras av någon annan än kommunen eller den som kommunen anlitar*”.<sup>26</sup> Insamlingsverksamheten omfattas således av ett kommunalt renhållningsmonopol. Någon motsvarande ensamrätt att återvinna eller behandla avfall föreligger däremot inte, men eftersom den renhållningsansvariga kommunen rent faktiskt besitter insamlat avfall kan den därigenom även föfoga över dess omhändertagande.

En kommun kan sålunda välja att antingen utföra insamlingen och/eller omhändertagande av avfall i egen regi eller att för dessa tjänster *anlita* någon annan, exempelvis ett privat eller kommunalt företag. Den renhållningsansvariga kommunen kan vidare förordna att hushåll och företag (det s.k. renhållningskollektivet) ska betala avgifter enligt vid varje tidpunkt gällande kommunal renhållningstaxa direkt till den som utför renhållningen.<sup>27</sup> Betalning av taxebunden renhållningsavgift är liksom den kommunala avfallsverksamheten obligatorisk. Berörda hushåll och företag kan således inte välja att sköta sin avfallshantering på annat sätt.

---

<sup>20</sup> Genom *formell underrättelse* ger Europeiska kommissionen uttryck för att en medlemsstat visat sig inte uppfylla sina skyldigheter enligt EU-lagstiftningen, med uppmaning mot staten att undersöka förhållandena och redovisa möjligheten till rättelse. Om varken rättelse eller något tillfredsställande svar erhålls från staten kan kommissionen gå vidare till ett s.k. *motiverat yttrande* och ytterst öppna *fördragsbrottsstalan* där EU-domstolen kan komma att bötfälla medlemsstaten.

<sup>21</sup> EUF-fördraget eller Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt är det ena av Europeiska unionens två grundfördrag; det andra är fördraget om Europeiska unionen (EU-fördraget). EUF-fördraget reglerar allmänna principer och bestämmelser, institutionella bestämmelser samt unionens inre och yttre åtgärder. Före 2009 reglerades aktuella frågor gemensamt i EG-fördraget och dess föregångare.

<sup>22</sup> Bestämmelsen om fri rörlighet av tjänster i artikel 56 EUF-fördraget.

<sup>23</sup> Principen om likabehandling och ickediskriminering i artikel 18 EUF-fördraget.

<sup>24</sup> EU-kommissionens skrivelse den 27 februari 2015, med *formell underrättelse* mot Sverige i överträdelseärendet KOM 2014-4183.

<sup>25</sup> Regeringens skrivelse den 23 juni 2015, med svar till EU-kommissionen i överträdelseärendet KOM 2014-4183, regeringens dnr. Fi2015/1182.

<sup>26</sup> Se 15 kap. 24 § MB.

<sup>27</sup> Se 27 kap. 4 § andra stycket MB.

Det kommunala renhållningsmonopolet är straffsanktionerat, så att den som uppsåtligt eller genom oaktsamhet bryter mot monopolet genom att yrkesmässigt eller annars i stor omfattning transportera kommunalt hushållsavfall, kan dömas till böter.<sup>28</sup>

En kommunal myndighets kontrakt med ett fristående rättssubjekt kan, om kontraktet innefattar tillhandahållande av tjänster mot ersättning, utgöra antingen ett *offentligt tjänstekontrakt* eller en *koncession*. Vilka lag- eller förfarandebestämmelser som ska tillämpas beror ytterst på förutsättningarna för avtalet samt hur detta har utformats.<sup>29</sup>

Oaktat vilka bestämmelser som ska tillämpas gäller emellertid alltid EU-fördragets grundläggande bestämmelser om fri rörlighet, liksom de på fördraget vilande grundläggande principerna om lika-behandling och icke-diskriminering samt öppenhet (transparens eller insyn). Att inte alls infordra anbud i samband med tilldelningen av en tjänstekoncession är enligt EU-domstolens praxis<sup>30</sup> varken förenligt med de grundläggande principerna om fri rörlighet av tjänster eller förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet i artiklarna 52 och 18 EUF-fördraget.

I målet *Telaustria och Telefonadress*<sup>31</sup> fann domstolen att ett offentligt kontrakt med ett privat företag avseende tryckning och utgivning av telefonkataloger utgjorde en tjänstekoncession, eftersom inget annat vederlag utgick än att det katalogutgivande företaget gavs rätten att kommersiellt utnyttja katalogutgivningen med tillåtelse att sälja annonsplats i katalogerna. På ett liknande sätt fann domstolen i målet *Parking Brixen*<sup>32</sup> att ett kontrakt mellan en kommun och dess helägda kommunala aktiebolag avseende driften av avgiftsbelagda offentliga parkeringsplatser var att betrakta som en tjänstekoncession, eftersom bolaget som motprestation skulle erhålla ersättning från tredje man och inte från den uppdragsgivande kommunen.

Med *tjänstekoncession* avses sålunda 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>33</sup> Koncessioner kännetecknas enligt det s.k. *nyttjanderättskriteriet* av att två förutsättningar samtidigt ska vara uppfyllda. För det första ska koncessionshavaren erhålla rätten att utnyttja de upplåtta tjänsterna ekonomiskt. För det andra ska den ekonomiska risken i samband med tjänsternas utövande övergå på koncessionshavaren ensam.<sup>34</sup> Möjligheten att tilldela en tjänstekoncession förutsätter således att koncessionshavaren ges rätten att kommersiellt utnyttja anläggningen/tjänsten och att myndigheten därigenom överlåter den ekonomiska risk som är förenad med verksamheten<sup>35</sup> på denne.

<sup>28</sup> Se 29 kap. 9 § punkten 14 MB.

<sup>29</sup> Upphandling av *offentliga tjänstekontrakt* regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU – medan tjänstekoncessioner regleras genom lagen 2016:1147) om upphandling av koncessioner - LUK.

<sup>30</sup> Se de nedan anmärkta rättsfallen *Telaustria och Telefonadress* (C-324/98) och *Parking Brixen* (C-458/03).

<sup>31</sup> Se EU-domstolens dom i *Telaustria och Telefonadress* (C-324/98) EU:C:2000:669, där domstolen bland annat (p.60) fastslog att upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå är skyldiga att beakta det dåvarande EG-fördragets (numera EU-fördragets) grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet.

<sup>32</sup> Se EU-domstolens dom i *Parking Brixen* (C-458/03) EU:C:2005:605, särskilt domskälen pp. 39, 40 och 50 samt domslutet p. 2..

<sup>33</sup> En definition av begreppet *tjänstekoncession* återfanns redan i 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 byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).

<sup>34</sup> EU-kommissionen har i ett tolkningsmeddelande 12 april 2000 avseende koncessioner (s. 10) angivit 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>35</sup> Avseende kravet på ekonomisk risk, se EU-domstolens dom i *Eurawasser* (EU:C:2009:540). 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.

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>36</sup>

Avtal där uppdragstagaren däremot ges garantier om full kostnadstäckning för det fall att denne utför arbetet på ett (enligt avtalet) tillfredsställande sätt kan exempelvis inte anses utgöra någon koncession. Risköverföringen<sup>37</sup> utgör sålunda den avgörande skillnaden mellan koncessioner och offentliga tjänstekontrakt<sup>38</sup>, där leverantören normalt<sup>39</sup> endast bär risk för att investerings- och driftkostnader skulle visa sig överstiga den avtalade ersättningen för kontraktets fullgörande, men inte risken för att inkomster kopplade till rätten att utnyttja anläggningen inte förslår.<sup>40</sup>

I målet *Eurawasser*<sup>41</sup> angav EU-domstolen att om uppdragstagaren inte ersätts direkt av den upphandlande myndigheten utan genom en avgift som myndigheten ger uppdragstagaren rätt att ta ut från tredje man talar detta för att det kan vara fråga om en tjänstekoncession.

Enligt EU-domstolens praxis<sup>42</sup> ska de grundläggande principerna för offentlig upphandling tillämpas även vid upphandling av tjänstekoncessioner från egna bolag, vilket dock inbegriper möjlighet till *internt undantag* (se mer om detta nedan).

I svensk nationell rättspraxis<sup>43</sup> har ett offentligt renhållningskontrakt, där en kommun anlitat ett helägt kommunal energibolag till att samla in, transportera och ta omhand kommunalt hushållsavfall och även givit bolaget i uppdrag att debitera avgifter enligt kommunal renhållningstaxa direkt till renhållningskollektivet, ansetts utgöra en tjänstekoncession.

Den unionsrättsliga praxis som tidigare omgärdat tilldelning av koncessioner är numera kodifierad genom det s.k. LUK-direktivet (2014/23/EU),<sup>44</sup> som trädde ikraft med för medlemsstaterna bindande direkt effekt den 18 april 2016. För svenskt nationellt vidkommande har bestämmelserna om koncessionsupphandling genomförts i lagen (2016:1146) om upphandling av koncessioner - LUK.

Lagen, som trädde i kraft den 1 januari 2017, är generell tillämplig på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tjänster ska tillhandahållas i en koncession.

Med *tjänstekoncession* avses enligt lagen en koncession genom vilken den upphandlande myndigheten anförtror tillhandahållandet och förvaltningen av andra tjänster än sådana som avser bygg-entreprenadarbeten.<sup>45</sup>

Kommunala beslutande församlingar och myndigheter utgör sådana s.k. *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser.<sup>46</sup>

<sup>36</sup> EU-kommissionens tolkningsmeddelande, sid. 7 (se fotnot 34).

<sup>37</sup> I målet *Stadler* (C-274/09) EU:C:2010:509, p. 37, uttalade EU-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>38</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>39</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>40</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>41</sup> Se EU-domstolens dom i *Eurawasser* (EU:C:2009:540), p. 52. I den engelska språkversionen av domen använder domstolen termen ”payment under private law” och i den franska språkversionen ”rémunération de droit privé”.

<sup>42</sup> Se EU-domstolens ovan angivna avgöranden i *Parking Brixen* (C-458/03) och *Telaustria och Telefonadress* (C-324/98); jfr. även prop. 2006/07:128, s. 181 f.

<sup>43</sup> Se Kammarrätten i Göteborg, dom av den 23 maj 2011 i mål 6515-10 (*Uddevalle kommun*).

<sup>44</sup> EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/23/EU, av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

<sup>45</sup> Se 1 kap. 19 § jämförd med 13 § LUK.

För att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets föreskrifter om etableringsfrihet och fri rörlighet av tjänster har det i lagen<sup>47</sup> införts ett antal unionsrättsligt grundade principer om bland annat *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)*,<sup>48</sup> vilka oavsett val av förfarande<sup>49</sup> ska iakttas vid upphandling av bland annat koncessioner.

Av dessa följer att alla leverantörer ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn (öppenhet) att de i konkurrens med varandra kan lämna anbud på samma villkor och ges samma relevanta information vid samma tillfälle.<sup>50</sup>

Lagen har även en förtydligande bestämmelse<sup>51</sup> att en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat i HFD 2012 ref. 48 är det nämligen en av det upphandlingsrättsliga regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa leverantörernas lika förutsättningar att kunna lämna konkurrenskraftiga anbud.

Förutom att koncessioner ska upphandlas i konkurrens krävs även att de ska vara tidsbegränsade. Koncessioner med längre löptid än fem år får inte ha en längre maximal löptid än vad som behövs för att kompenseras koncessionshavaren för gjorda investeringar.<sup>52</sup>

Ett offentligt kontrakt som avser avfallstjänster (CPV 90500000)<sup>53</sup> kan utgöra en tjänstekoncession om den kommersiella risk<sup>54</sup> som är förenad med verksamheten samtidigt överlämnas till koncessionshavaren.<sup>55</sup> Om värdet av koncessionen<sup>56</sup> överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde<sup>57</sup> ska kontraktet upphandlas med tillämpning av de direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LUK.

Undantag från lagens bestämmelser och skyldigheten att upphandla kan dock komma ifråga om de särskilda förutsättningarna för *internt undantag* är uppfyllda.<sup>58</sup> För sådant undantag krävs bland annat att motparten uppfyller det s.k. *verksamhetsrekvisitets* krav på att utföra mer än 80 procent av sin verksamhet för den upphandlande myndighetens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som myndigheten utövar kontroll över.<sup>59</sup>

<sup>46</sup> Se 1 kap. 21 § LUK.

<sup>47</sup> Se 4 kap. 1 § LUK.

<sup>48</sup> Angående de grundläggande principernas innebörd, jfr. bl.a. prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195, avsnitt 9.1 (s. 426 ff.) och specialmotiveringen till 4 kap 1 § och 15 kap. 2 § LUK.

<sup>49</sup> Jfr. 15 kap. 2 § LUK samt justitierådet Nords särskilda tillägg i HFD 2018 ref. 60.

<sup>50</sup> Prop. 2006/07:128, s 132, samt EU-domstolens domar i *Succhi di Frutta* (C-496/99), EU:C:2004:236, pp. 108-111, *SIAC Construction* (C-19/00) EU:C:2001:553, p. 42 och i *Cartiera dell'Adda* (C-42/13) EU:C:2014:2345, p. 44, se även domstolens avgörande i *Connexion Taxi* (C-171/15) EU:C:2016:948, pp. 39 och 40.

<sup>51</sup> Se 4 kap. 2 § LUK.

<sup>52</sup> 4 kap. 10 och 11 § LUK. Vid beräkningen ska hänsyn tas till de investeringar som krävs för att uppnå särskilda mål enligt kontrakten samt avkastning på det investerade kapitalet. Både inledande investeringar och investeringar under koncessionens löptid ska beaktas vid beräkningen.

<sup>53</sup> CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen – se 4 kap. 9 § LUK samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelse enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

<sup>54</sup> Den *verksamhetsrisk* som här avses innefattar enligt 1 kap. 22 § LUK såväl efterfrågerisk som utbudsrisk eller båda.

<sup>55</sup> Se 1 kap. 13 § LUK.

<sup>56</sup> Värdet av en koncession ska enligt 5 kap. 2 § LUK uppskattas till koncessionshavarens sammanlagda omsättning till följd av koncessionen under dess löptid, inbegripet eventuellt medföljande varor, exklusive mervärdesskatt.

<sup>57</sup> Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LUK löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Gällande tröskelvärde för koncessioner uppgick under perioden den 1 januari 2018 till och med den 31 december 2019 till 52.620.561 kronor och för tiden därefter fram till och med den 31 december 2021 till 54.938.615 kronor. Sedan den 1 januari 2022 uppgår tröskelvärdet till 55.991.099 kronor - se regeringens tillkännagivanden (2018:34, 2020:8 och 2022:190) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>58</sup> Se 3 kap. 13 § samt 14-18 § LUK. Det interna undantaget har sitt ursprung i EU-domstolens dom i *Teckal* (C-107/98) EU:C:1999:562.

<sup>59</sup> För verksamhetskriteriet, se bl.a. 3 kap. 14 § första stycket 2 LUK (eller 3 kap. 21 § LUK vid verksamhet inom försörjningssektorerna). Verksamhetsandelen ska enligt samma kapitel 18 § som regel bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen under de senast föregående tre (3) verksamhetsåren eller utifrån ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått under samma tidsperiod. För internt undantag krävs även att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över motparten motsvarande den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning (det s.k. *kontrollrekvisitet*) och att det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

Som intern verksamhet ska enligt praxis inte räknats försäljningar av återvunnet material och energi som ett kommunalt företag har gjort till externa aktörer.<sup>60</sup>

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis<sup>61</sup> ska alla möjligheter till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges inom området för upphandling tolkas restriktivt och det ankommer på den som åberopar möjlighet till undantag att även visa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt är uppfyllda.

Om något undantag från lagens krav på annonsering inte kan visas föreligga ska den upphandlande myndigheten skicka en annons om upphandlingen till Europeiska unionens officiella publikationsbyrå och/eller till en allmän annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik.<sup>62</sup> Tilldelning får dock ske utan sådan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör<sup>63</sup> eller det vid en tidigare annonsering inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud.<sup>64</sup> *Direktupphandling*, där den upphandlande myndigheten utan föregående annonsering vänder sig direkt till en viss leverantör, får härutöver enbart komma ifråga om värdet av koncessionen understiger tröskelvärdet, och i så fall endast vid vissa i lagen särskilt angivna undantagsfall.<sup>65</sup>

Koncessionsavtal som har kommit till utan iakttagande av kravet på annonsering kan förklaras ogiltiga efter beslut av allmän förvaltningsdomstol.<sup>66</sup> Ansökan om ogiltighet av avtal ska som regel ha kommit in till rätten inom sex månader från det att avtalet slöts.<sup>67</sup>

Domstol kan på talan av Konkurrensverket även besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndigheten.<sup>68</sup> En sådan straffavgift ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte högre än tio procent av kontraktsvärdet.<sup>69</sup> Talan om upphandlingsskadeavgift ska vara väckt inom sex månader från lagakraftvunnen avtalsogiltighet eller i annat fall senast ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.<sup>70</sup>

För avtalsförhållanden som inte regleras genom sedvanliga kontrakt utan istället styrs genom andra dokument – såsom kommunala författningsbestämmelser, ägardirektiv, konsortialavtal eller motsvarande – har Konkurrensverket angivit tidpunkten för tilldelning till de återkommande beslut där sådana avgifter som reglerar de ekonomiska villkoren för utförarens verksamhet fastställs.

---

<sup>60</sup> Se bl.a. Konkurrensverkets tillsynspraxis i ärendena 732-745/2014 och 135-144/2019; samt Förvaltningsrätten i Stockholms domskälvis framförda resonemang i mål nr. 15332-15 och 15741-22 se även Kammarrätten i Stockholms motsvarande domskäl i mål nr. 4167-16 (SYSÄV). Jfr. även EU-kommissionens beslut om formell underrättelse mot Sverige den 27 februari 2015 samt regeringens svar till kommissionen den 23 juli samma år i ärende KOM 2014-4183, regeringens dnr. Fi2015/1182.

<sup>61</sup> För den s.k. *försiktighetsprincipen*, se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 jämte där noterad praxis; se även HFD 2017 ref. 66.

<sup>62</sup> Se 8 kap. 1 § och 7 a § LUK samt 2 § upphandlingsförordningen (2016:1162).

<sup>63</sup> Se 8 kap. 3 § LUK enligt vilken annonsering kan underlåtas om syftet med koncessionen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation eller om det på grund av ensamrätt eller av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. Detta förutsatt att det inte finns något rimligt alternativ och att avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

<sup>64</sup> Se 8 kap. 4 § LUK. Med *olämplig* anbudsansökan avses att leverantören inte uppfyller för upphandlingen ställda kvalificeringskrav eller av andra skäl kan uteslutas från deltagande. Ett anbud ska anses olämpligt om det är irrelevant för koncessionen och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande myndighetens krav enligt koncessionsdokumenten.

<sup>65</sup> *Direktupphandling* enligt 15 kap. 6 § LUK kan, utöver ovan angivna undantagsförhållanden komma ifråga även i fall värdet av koncessionen understiger c:a 2,8 miljoner kronor, motsvarande fem procent av gällande tröskelvärde, eller om det finns *synnerliga skäl*.

<sup>66</sup> 16 kap. 13 § LUK.

<sup>67</sup> 16 kap. 17 § LUK.

<sup>68</sup> 17 kap. 1 § första stycket 3 LUK.

<sup>69</sup> 17 kap. 4 § LUK. I upphandlingsrättslig praxis (som huvudsakligen avser upphandlingar enligt LOU) har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju (7) procent av det aktuella kontraktsvärdet.

<sup>70</sup> 17 kap. 7 § LUK.

Därmed uppstår, enligt verket, ett överprövningsbart kontrakt eller ett ramavtal, mellan ägarkommunen och det utförande företaget.<sup>71</sup>

En upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i LUK ska ersätta den skada som därigenom uppkommit för en leverantör.<sup>72</sup> Sådan skadeståndstalan ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den dag då leverantören fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om att avtal tecknats mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.<sup>73</sup>

### Yttrande

Kommunen har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som har upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

### Slutlig 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.

Kommunen omfattas av EG/EU:s primärrätt och är därmed skyldig att vid sina anskaffningar och motsvarande förfoganden iaktta bland annat EUF-fördragets (tidigare EG-fördragets) principer om fri rörlighet av tjänster och förbud mot diskriminering på grund av nationalitet.<sup>74</sup>

Sedan i vart fall 2017 gäller dessutom särskilda förfarandebestämmelser för upphandling av tjänstekoncessioner. Kommunfullmäktige i Uddevalla ska enligt dessa bestämmelser konkurrensutsätta sina koncessionskontrakt och även i övrigt följa vad som vid varje tidpunkt föreskrivs enligt LUK och det bakomliggande LUK-direktivet.

Av utredningen i ärendet framgår att Kommunen har beslutat ”överlåta” den kommunala renhållning som tidigare utfördes i förvaltningsform till Borås Energi. Uppdraget ska enligt vad Kommunen senare uppgivit<sup>18</sup> ses som en tjänstekoncession.

Enligt praxis ska varje beslut där den upphandlande myndigheten fastställer villkoren och sådana avgifter som reglerar de ekonomiska förutsättningarna för utförarens verksamhet ses som en ny kontraktstilldelning. Senast detta skedde i Borås var genom kommunfullmäktiges beslut om reviderad kommunal renhållningstaxa 2018<sup>6</sup> och ny renhållningsordning 2021<sup>4</sup>, varigenom villkoren för den kommunala renhållningsverksamhet som uppdragits till Borås Energi numera regleras.

Eftersom denna reglering har beslutats efter LUK och det bakomliggande direktivets ikraftträdande skulle upphandling ha genomförts enligt lagens förfarandebestämmelser.

Redan på årsbasis uppgår värdet av de tilldelade avfallstjänsterna till c:a 199 miljoner kronor och överstiger därmed väsentligt det tröskelvärde på c:a 56 miljoner kronor då lagens direktivstyrda bestämmelser ska tillämpas. Möjlighet till direktupphandling föreligger inte.

När det gäller möjligheten till *internt undantag* är det Kommunen som har bevisbördan för att visa att Borås Energi utför mer än 80 procent av sin verksamhet för Kommunens eller de kommunala företagens räkning. Som intern verksamhet ska endast beaktas tilldelningar som har beslutats av Kommunen eller de kommunala företagen. Sådan energiförsäljning eller annan kommersiell verksamhet som Borås Energi bedriver på den allmänna marknaden ska inte räknas in.

Vid genomgång av tillgängliga årsredovisningshandlingar framgår att Borås Energi under de tre senaste föregående räkenskapsåren (2019-2021) har omsatt i genomsnitt c:a 1,1 miljarder kronor varav ungefär 41 procent hänför sig till tilldelningar som har beslutats av Kommunen.

---

<sup>71</sup> Se bl.a. Konkurrensverkets tillsynspraxis i ärendena 135-144/2019 (SYSAV).

<sup>72</sup> 16 kap. 20 § LUK.

<sup>73</sup> Se 16 kap. 21 § LUK. Om allmän förvaltningsdomstol har bedömt att förutsättningarna för ogiltighet av avtalet är uppfyllda, får dock talan om skadestånd alltid väckas inom ett år från den dag då avgörandet fick laga kraft.

<sup>74</sup> Jfr. EU-domstolens uttalanden i bl.a. *Telaustria och Telefonadress* (C-324/98) p. 60 samt *Parking Brixen* (C-458/03) p. 50.



Vad Kommunen angivit att mer än 80 procent av verksamheten i Borås Energi utförs för Kommunens räkning stöds inte av dessa uppgifter. EU-kommissionen och Konkurrensverket har även tidigare kommit fram till att förutsättningarna för internt undantag inte är uppfyllda och att Kommunen inte utan vidare får direkttilldela kontrakt till bolaget.

Trots detta har Kommunen fortsatt med att direkttilldela kontrakt till bolaget. Det finns därmed anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen.

Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet kan Kommunen tvingas att betala upphandlingsskadeavgifter på upp till 10 miljoner kronor per år som verksamheten fortgår. Kommunen riskerar även att få betala upphandlingsskadestånd med betydande belopp.