

PM 2 2023-10-17 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 upplåtit en koncession för renhållningstjänster till ett kommunalförbund som även bedriver kommersiell verksamhet på allmänna marknader.

Västerås kommun (nedan Kommunen) uppdrar sedan 2014 till VafabMiljö kommunalförbund (nedan Vafab)¹ att samla in och återvinna eller behandla sådant kommunalt hushållsavfall som Kommunen svarar för. Som regel sorteras det av förbundet således insamlade avfallet i återvinningsbara materialfraktioner eller omvandlas till biogas eller värmeenergi som sedan säljs på allmänna marknader.

Förbundets genomsnittliga omsättning har under de tre senaste verksamhetsåren 2020 – 2022² uppgått till c:a 746,245 Tkr,³ varav c:a 370.455 Tkr eller c:a 49 procent⁴ kommer från betalning av taxa och andra obligatoriska avgifter i medlemskommunerna.⁵ I årsredovisningshandlingarna särredovisas den del av uppdraget som förbundet fått från ägarkommunerna (det kommunala uppdraget).⁶ Enligt denna redovisning genererar den interna verksamheten intäkter på i genomsnitt c:a 449.733 Tkr eller c:a 60 procent av förbundets totala verksamhet under de senaste tre åren.⁷

Villkoren för renhållningsverksamhetens bedrivande fastställs genom kommunala renhållningsordningar och taxor, vilka löpande beslutas av medlemskommunerna. Nu gällande renhållningsordning, ”Avfallsplan 2020-2030 med renhållningsordning och föreskrifter” antogs av kommunfullmäktige i Västerås 2020 och reviderades 2022.⁸ På motsvarande sätt fastställdes nu gällande avfallstaxa i november 2022 till att gälla från och med den 1 januari 2023. Beslutet innefattande en höjning av taxan med 3,5 procent relativt tidigare år.⁹

Av den del av förbundets genomsnittliga omsättning på 370,455 Tkr. per år som grundar sig på taxor och avgifter torde c:a 46 procent eller 170,409 Mkr per år hänföras till betalningar från renhållningskollektivet i Västerås.¹⁰ Det för Kommunen aktuella kontraktsvärdet bör därmed kunna uppskattas till i vart fall detta belopp.

¹ VafabMiljö kommunalförbund, 222000-3129, bildades 2014 som en sammanslutning av medlemskommunerna Arboga, Enköping, Fagersta, Hallstahammar, Heby, Kungsör, Köping, Norberg, Sala, Skinnskatteberg, Surahammar och Västerås. Förbundet bedriver blandad verksamhet med att hantera medlemskommunernas hushållsavfall tillsammans med konkurrensutsatt renhållningsverksamhet och energiproduktion som bland annat innefattar försäljning varor och tjänster på allmänna marknader. Förbundet utför sådan verksamhet som tidigare utförts av VafabMiljö AB, 556191-4200. Bolaget har efter en verksamhetsöverlåtelse 2016 ingått som dotterbolag till Vafab, men har numera trätt i likvidation den 21 april 2023.

² Uppgift ur Vafabs årsredovisningar för verksamhetsåren 2020, 2021 och 2022.

³ Uträkningen baserar sig på en redovisad total omsättning om $(1668.800+728.693+841.242 =) 2.238.735 \cdot 3 = 746.245$ Tkr.

⁴ Förbundets genomsnittliga intäkter från taxor och avgifter (se fotnot 5) relativt total genomsnittlig omsättning $(370.445\text{Tkr} \cdot 746.245 =) 49,65$ procent.

⁵ Härmed avses sådana betalningar som enligt anvisning under punkten 2.1 i gällnade taxa har skett direkt till Vafab (jfr. 27 kap, 4 § andra stycket miljöbalken).

⁶ Krav på särredovisning följer av 3 och 4 § lagen (2005:590) om insyn i vissa finansiella förbindelser m.m. Här aktuella uppgifter uppges av Vafab motsvara lagens krav på den redovisning som ska förekomma – se Vafabs ”Beslut gällande begäran om allmän handling” av den 13 september 2023 (dnr: 2023/1022-VMKF) samt e-postmeddelande till Konkurrenskommissionen i samma ärende den 6 september 2023.

⁷ I redovisningen förekommer förutom rena intäkter från taxor och avgifter (370.445 Tkr) även intäkter från sådan försäljning av biogas (19.036 Tkr), fjärrvärme (8.487 Tkr), återvinningsmaterial (26.977 Tkr) och bränsle (13.005 Tkr) samt övriga intäkter (11.810 Tkr), som förbundet menar kan härledas från det kommunala uppdraget – här angivna beloppsuppgifter avser genomsnittligt redovisat värde perioden 2020-2022.

⁸ Kommunfullmäktiges i Västerås beslut av den 15 oktober 2020 (KF § 272/20), dnr. KS2020/00679-1.2.1, samt av den 19 februari 2022 (KS § 14/22). dnr. KS2021/00988-1.2.1.

⁹ Kommunfullmäktiges i Västerås beslut av den 19 februari 2022 (KS § 350/22). dnr. KS 2022/00809-1.3.2.

¹⁰ Beräkningen grundar sig på SCB:s statistik om folkmängd 2022 i Västerås kommun (158.635 personer) jämförd med förbundets övriga medlemskommuner som helhet (344.914 personer).

Gällande rätt

Kommunernas ansvar för renhållning m.m. regleras genom miljöbalken - MB, avfallsförordningen (2020:614) samt kommunala renhållningsordningar och/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 område tas om hand. Hushållsavfallet ska såväl samlas in 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*”.¹¹ Insamlingsverksamheten omfattas således av ett lagstiftat monopol. Någon motsvarande ensamrätt att även återvinna eller behandla insamlat avfall föreligger inte, men eftersom den renhållningsansvariga kommunen – eller den som utför renhållningen - faktiskt besitter insamlat avfall kan denne därigenom även förfoga över avfallets omhändertagande.

En kommun kan välja att antingen utföra insamling och/eller omhändertagande av avfallet i egen regi eller att för dessa tjänster *anlita* någon annan, exempelvis ett företag eller ett annat fristående organ som ett kommunalförbund. 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.¹² 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. Några civilrättsliga avtal uppstår dock aldrig mellan renhållningskollektivets enskilda medlemmar (hushållen) och den renhållningsansvariga kommunen eller utföraren, utan detta regleras genom antagande av kommunal renhållningsordning och taxa, som innefattar myndighetsutövning.

Det kommunala renhållningsmonopolet är också straffsanktionerat. Den som uppsåtligt eller genom oaktsamhet bryter mot monopolet, genom att yrkesmässigt eller annars i stor omfattning transportera kommunalt hushållsavfall, kan dömas till böter.¹³

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.¹⁴

Oaktat vilka bestämmelser som ska tillämpas gäller emellertid alltid EU-fördragets grundläggande bestämmelser om fri rörlighet, liksom de på fördraget vilande principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt öppenhet (transparens eller insyn).

Att inte alls infordra anbud i samband med tilldelningen av en tjänstekoncession har enligt EU-domstolens praxis¹⁵ ansetts oförenligt med såväl de grundläggande principerna om fri rörlighet av tjänster som förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet i artiklarna 52 och 18 EUF-fördraget.

I målet *Telaustria och Telefonadress*¹⁶ 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.

¹¹ Se 15 kap. 24 § MB.

¹² Se 27 kap. 4 § andra stycket MB.

¹³ Se 29 kap. 9 § punkten 14 MB.

¹⁴ 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.

¹⁵ Se de nedan anmärkta rättsfallen *Telaustria och Telefonadress* (C-324/98) och *Parking Brixen* (C-458/03).

¹⁶ 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.

På liknande sätt fann domstolen i målet *Parking Brixen*¹⁷ att ett kontrakt mellan en kommun och dess helägda kommunala aktiebolag avseende driften av avgiftsbelagda offentliga parkeringsplatser var att betrakta som en tjänstekoncession, eftersom det kontrakterade bolaget som motprestation skulle erhålla ersättning från tredjeman och inte från den uppdragsgivande kommunen.

Med *tjänstekoncession* avses sålunda 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 viss betalning.¹⁸

Koncessioner kännetecknas enligt det s.k. *nyttjanderättskriteriet* av att två förutsättningar samtidigt ska vara uppfyllda. För det första ska koncessionshavaren erhålla rätten att utnyttja upplåtna tjänster ekonomiskt. För det andra ska den ekonomiska risken i samband med tjänsternas utövande övergå på koncessionshavaren ensam.¹⁹ Möjligheten att tilldela en tjänstekoncession förutsätter således att koncessionshavaren ges rätten att kommersiellt utnyttja anläggningen eller tjänsten och att myndigheten på denne överlåter den ekonomiska risk som är förenad med verksamheten²⁰.

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.²¹ Avtal där uppdragstagaren istället lämnas garantier om full kostnadstäckning för det fall att denne på ett (enligt avtalet) tillfredsställande sätt utför arbetet kan däremot inte anses utgöra någon koncession.

I målet *Eurawasser*²² 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 praxis²³ ska de grundläggande principerna för offentlig upphandling tillämpas även vid upphandling av tjänstekoncessioner från egna företag och andra fristående organ, vilket dock inbegriper möjlighet till bl.a. *internt undantag* (se mer om detta nedan).

I svensk kammarrättspraxis har ett kommunalt renhållningsuppdrag som lämnades till ett kommunalt företag ansetts innefatta en tjänstekoncession.²⁴

Den unionsrättsliga praxis som tidigare omgärdat tilldelning av koncessioner är numera kodifierad genom det s.k. LUK-direktivets (2014/23/EU),²⁵ införande. Direktivet trädde ikraft med för medlemsstaterna bindande direkt effekt den 18 april 2016.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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 byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).

¹⁹ 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.*”

²⁰ 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.

²¹ EU-kommissionens tolkningsmeddelande, sid. 7 (se fotnot 19).

²² 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*”.

²³ 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.

²⁴ Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 23 maj 2011 i mål 6515-10 (Uddevalle kommun).

²⁵ EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/23/EU, av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

I svensk nationellt rätt är direktivets bestämmelser numera genomförda i lagen (2016:1146) om upphandling av koncessioner – LUK. Lagen, som trädde i kraft den 1 januari 2017, är generellt tillämplig på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet²⁶ i syfte att bl.a. tjänster ska tillhandahållas i en koncession. Med *tjänstekoncession* avses således en koncession genom vilken myndigheten anförtror tillhandahållandet och förvaltningen av annat än sådant som avser byggtreprenadarbeten.²⁷

För att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets föreskrifter om etableringsfrihet och fri rörlighet av tjänster har det i LUK²⁸ införts ett antal unionsrättsligt grundade principer om bland annat *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)*,²⁹ vilka oavsett val av förfarande³⁰ ska iakttas vid upphandling av 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.³¹

Lagen har även en förtydligande bestämmelse³² om 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 att de även ska vara tidsbegränsade. Koncessioner med längre löptid än fem år får inte ha en längre maximal löptid än vad som behövs för att kompensera koncessionshavaren för gjorda investeringar.³³

Ett offentligt kontrakt som avser avfallstjänster (CPV 90500000)³⁴ kan utgöra en tjänstekoncession enligt LUK, om den kommersiella risk³⁵ som är förenad med verksamheten samtidigt överlämnas till koncessionshavaren.³⁶ Om värdet av koncessionen³⁷ överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde³⁸ (f.n. c:a 56 Mkr) ska kontraktet upphandlas med tillämpning av de direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LUK.

²⁶ Kommunalala beslutande församlingar och myndigheter utgör enligt 1 kap. 21 § LUK sådana s.k. *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iakttå lagens bestämmelser

²⁷ Se 1 kap. 19 § jämförd med 13 § LUK.

²⁸ Se 4 kap. 1 § LUK.

²⁹ 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.

³⁰ Jfr. 15 kap. 2 § LUK samt justitierådet Nord's särskilda tillägg i HFD 2018 ref. 60.

³¹ 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.

³² Se 4 kap. 2 § LUK.

³³ Se 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.

³⁴ 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.

³⁵ Den *verksamhetsrisk* som här avses innefattar enligt 1 kap. 22 § LUK såväl efterfrågerisk som utbudsrisk eller båda.

³⁶ Se 1 kap. 13 § LUK.

³⁷ 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.

³⁸ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärdet* 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 tröskelvärdet vid offentlig upphandling.

Undantag från lagens bestämmelser och från skyldigheten att upphandla kan dock komma ifråga om förutsättningarna för *intern upphandling* är uppfyllda.³⁹ 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 eller som ingår i en gemensam organisation med myndigheten.⁴⁰ Som intern verksamhet ska enligt Konkurrensverkets tillsynspraxis inte räknats försäljningar av återvunnet material och energi som ett kommunalt företag har gjort till externa aktörer.⁴¹

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis⁴² 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 föreliggande 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.⁴³ Tilldelning får dock ske utan sådan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör⁴⁴ eller det vid en tidigare annonsering inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud.⁴⁵

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.⁴⁶

Koncessionsavtal som har kommit till utan iakttagande av kravet på annonsering kan förklaras ogiltiga genom beslut av allmän förvaltningsdomstol.⁴⁷ Ansökan om ogiltighet av avtal ska som regel ha kommit in till rätten inom sex månader från det att avtalet slöts.⁴⁸

Domstol kan på talan av Konkurrensverket även besluta att en särskild *upphandlingskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndigheten.⁴⁹

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

⁴¹ Se bl.a. Konkurrensverkets tillsynspraxis i ärendena 732-745/2014 och 135-144/2019; se även Förvaltningsrätten i Stockholms domskälvis framförda resonemang i mål nr. 15332-15 och 15741-22 samt Kammarrätten i Stockholms motsvarande domskäl i mål nr. 4167-16 (SYSAV). 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.

⁴² 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 RÅ 2005 ref 10, RÅ 2008 ref 79, RÅ 2009 not 134 och HFD 2017 ref. 66.

⁴³ Se 8 kap. 1 § och 7 a § LUK samt 2 § upphandlingsförordningen (2016:1162).

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ *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*.

⁴⁷ 16 kap. 13 § LUK.

⁴⁸ 16 kap. 17 § LUK.

⁴⁹ 17 kap. 1 § första stycket 3 LUK.

En sådan straffavgift ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte mer än tio procent av kontraktsvärdet.⁵⁰ 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.⁵¹

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. Därmed uppstår, enligt verket, ett överprövningsbart kontrakt eller ett ramavtal mellan ägarkommunen och det utförande företaget.⁵²

En upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i LUK kan också förpliktas ersätta den skada som därigenom uppkommit för en leverantör.⁵³ En 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.⁵⁴

Yttrande

Kommunen har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som 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 EU:s primärrätt, och har vid varje tidpunkt varit skyldig att vid sina anskaffningar och motsvarande förfoganden iaktta EUF-fördragets principer om fri rörlighet av tjänster och förbud mot diskriminering på grund av nationalitet.⁵⁵

Sedan i vart fall den 1 januari 2017 gäller dessutom särskilda förfarandebestämmelser för upphandling av tjänstekoncessioner. Kommunfullmäktige i Västerås är enligt dessa bestämmelser en sådan upphandlande myndighet som ska konkurrensutsätta sina koncessionskontrakt och även i övrigt iaktta vad som föreskrivs enligt LUK och det bakomliggande LUK-direktivet.

Av utredningen framgår att Kommunen har lämnat uppdrag till Vafab att utföra den kommunala renhållningen i Västerås. Uppdraget får med stöd av gällande reglering ses som en tjänstekoncession. Under alla förhållanden är det fråga om en upphandlingspliktigt förfogande enligt LOU.¹⁴ Villkoren för koncessionens utförande förnyas löpande genom antagande av kommunala renhållningsordningar och taxebestämmelser, vilka nu senast under 2022 har beslutats av kommunfullmäktige i Västerås inför 2023 års verksamhet. De således beslutade villkoren innebär bland annat en taxehöjning med 3,5 procent.

Enligt Konkurrensverkets tillsynspraxis ska varje sådant beslut, där en upphandlande myndighet fastställer avgifter och övriga villkor som reglerar de ekonomiska förutsättningarna för en utförarens verksamhet, ses som en ny kontraktstilldelning.

⁵⁰ 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 aktuellt kontraktsvärde.

⁵¹ 17 kap. 7 § LUK.

⁵² Se bl.a. Konkurrensverkets tillsynspraxis i ärendena 135-144/2019 (SYSAV).

⁵³ 16 kap. 20 § LUK.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Jfr. EU-domstolens uttalanden i bl.a. *Telaustria och Telefonadress* (C-324/98) p. 60 samt *Parking Brixen* (C-458/03) p. 50.

Värdet av den nu aktuella koncessionen kan för Kommunens vidkommande uppskattas till c:a 170 miljoner kronor per år och överstiger därmed kraftigt det tröskelvärde på c:a 56 miljoner kronor då det på LUK-direktivet grundade regelverket ska äga tillämpning.

Någon möjlighet till direktupphandling föreligger inte och när det gäller möjligheten till *intern upphandling* är det Kommunen som har bevisbördan för att visa att tillräckliga förutsättningar för ett sådant undantag föreligger. Det ankommer således på Kommunen att visa att Vafab uppfyller verksamhetsrekvisitets krav på att utföra mer än 80 procent intern verksamhet. Vid denna bedömning ska enligt Konkurrensverkets tillsynspraxis endast tilldelningar som har beslutats av ägarna, dvs. medlemskommunerna eller deras kommunala företag. Den övriga försäljningsverksamhet som Vafab bedriver på marknader där kontrakten har beslutats av andra kommuner, enskilda privatpersoner eller företag, ska således inte räknas in som intern verksamhet. Vid en sådan beräkning utför Vafab c:a 50 procent intern verksamhet. Oaktat vilket har förbundet själv i sina årsredovisningshandlingar redovisat en intern verksamhetsandel på c:a 60 procent, och uppfyller därmed överhuvudtaget inte verksamhetsrekvisitets krav på mer än 80 procent intern verksamhet.

Förutsättningarna för internt undantag är därmed inte uppfyllda och Kommunen får inte uppdragen kommunala renhållningen till Vafab utan upphandling på konkurrens på marknaden.

Det finns därmed anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen för att ha överträtt de bestämmelser som bland annat kommit till i syfte att bland annat underlätta konkurrensen och hålla kostnaderna nere för offentlig verksamhet.

Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet kan Kommunen tvingas att betala upphandlingsskadeavgift, som är ett slags böter, på upp till 10 miljoner kronor per år. Kommunen riskerar även att få betala upphandlingsskadestånd med betydande belopp.