



Meddelad i Stockholm

KLAGANDE

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

Ombud för 1–13: Advokaterna Helena Rosén Andersson och Emanuel Wallin samt biträdande juristen Hanna Lundqvist
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 30 maj 2016
i mål nr 15332-15, se bilaga A (*Ej medtagen här*)

SAKEN

Tillsyn över offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN

Kommunerna yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ska upphäva Konkurrensverkets tillsynsbeslut.

Konkurrensverket bestrider bifall till överklagandet.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Beslutets överklagbarhet

Konkurrensverket, kommunerna och förvaltningsrätten anser alla att det aktuella beslutet är överklagbart. Avgörande för om ett myndighetsbeslut är överklagbart eller inte är dess faktiska verkningar för den som berörs av beslutet. Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet RÅ 2010 ref. 72 uttalat att beslut som har – eller är ägnade att få – en påvisbar effekt för den som berörs av beslutet tillerkänns överklagbarhet.

Konkurrensverkets beslut är ägnat att uppnå en viss specifik verkan för kommunerna, nämligen att de inte med stöd av den s.k. in house-regeln ska få köpa avfallshanteringstjänster från Sysav AB utan föregående annonsering. I beslutet anges att Konkurrensverket förväntar sig att kommunerna vidtar rättelse genom att agera för att fortsättningsvis upphandla de aktuella avfallstjänsterna i enlighet med LOU. Som förvaltningsrätten har angett kan tillsynsbeslutet även få vägledande betydelse i framtida överprövnings- och skadeståndsprocesser samt i mål om upphandlingsskadeavgift. Mot denna bakgrund instämmer kammarrätten i förvaltningsrättens bedömning att Konkurrensverkets beslut är överklagbart.

Tillämpliga bestämmelser

Förvaltningsrätten har gjort sin prövning utifrån den lagstiftning som gällde vid tidpunkten för Konkurrensverkets beslut, dvs. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Detta motiverades med att införlivandefristen för Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU/ av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG inte hade gått ut och att direktivet inte hade trätt i kraft vid tidpunkten för Konkurrensverkets beslut. Förvaltningsrätten ansåg därför att den i målet aktuella frågan inte skulle tolkas i ljuset av det nya direktivet.

Kommunerna anser att kammarrätten ska göra sin prövning utifrån bestämmelserna i den numera gällande lagen (2016:1145) om offentlig upphandling och har som stöd för denna uppfattning hänvisat till övergångsbestämmelserna till den nya lagen. Av dessa framgår bl.a. att den nya lagen trädde i kraft den 1 januari 2017 och att den gamla lagen upphävdes genom den nya. Dessutom framgår att bestämmelserna i 3 kap. 11–18 §§ i den nya lagen, vilka avser intern upphandling och därmed reglerar den i målet aktuella frågan, ska tillämpas även på förhållanden som avser tiden före ikraftträdandet. Med sådana förhållanden avses avtal, rättshandlingar eller andra relevanta omständigheter (prop. 2015/16:195, Del 2, s. 1387). Övriga bestämmelser gäller enbart för upphandlingar som har påbörjats efter ikraftträdandet (a. prop. s. 918).

I Konkurrensverkets beslut (s. 7) anges att ett tillsynsbeslut har fattats eftersom granskningen inte avser ett specifikt avtal, och att granskningen avser om kommunerna får köpa de aktuella tjänsterna av Sysav AB utan föregående upphandling med stöd av in house-regeln i 2 kap. 10 a § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

Kammarrättens prövning gäller om Konkurrensverket dels haft behörighet, dels haft fog för att fatta sitt tillsynsbeslut. I denna prövning ingår bl.a. att bedöma om det granskade förfarandet, vid tidpunkten för beslutet, stämde överens med de krav som följde av då gällande LOU. Kammarrätten anser därför att prövningen, trots vad som anges i övergångsbestämmelserna, inte ska göras utifrån bestämmelserna i den nya lagen, utan utifrån bestämmelserna i den numera upphävda lagen. Härefter avses således med LOU den sistnämnda lagen.

Konkurrensverkets behörighet

Kommunerna anför bl.a. följande. Det saknas författningsstöd som ger Konkurrensverket behörighet att fatta förbudsbeslut. När det gäller förvaltningsrättens jämförelse mellan Konkurrensverkets tillsynsverksamhet och den tillsyn som Skolinspektionen bedriver (se HFD 2014 ref. 47), har Skolinspektionen en lagstadgad rätt att besluta om exempelvis föreläggande. Någon motsvarande bestämmelse som ger Konkurrensverket behörighet att meddela förbud finns inte.

Konkurrensverket anför bl.a. följande. Myndighetens tillsynsansvar omfattar samtliga materiella bestämmelser på upphandlingsområdet. Det ingår i tillsynsuppdraget att redovisa resultatet av en granskning, exempelvis genom tillsynsbeslut. Det enda som har prövats i det överklagade beslutet är om kommunerna får direkttilldela kontrakt till Sysav AB utan föregående annonsering med stöd av in house-regeln. I vilken mån, om någon, det har förelegat omständigheter som medger direktupphandling med stöd av andra bestämmelser i LOU har inte prövats. Beslutet innehåller därför inte något ställningstagande med innebörden att kommunerna över huvud taget saknar möjlighet att köpa avfallshanteringstjänster från Sysav AB utan föregående annonsering eller att det skulle finnas något allmänt ”förbud” mot direktupphandling.

Kammarrättens bedömning

Av 18 kap. 1 § LOU följer att det är Konkurrensverket som utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen. I 4 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket anges bl.a. att Konkurrensverket ska uppmärksamma hinder mot en effektiv offentlig upphandling samt lämna förslag till konkurrensutsättning och till regelreformer. Av 18 kap. 2–4 §§ LOU framgår vidare att Konkurrensverket har getts befogenhet att hämta in alla nödvändiga upplysningar för sin tillsynsverksamhet. Om det behövs för att Konkurrensverket ska kunna utöva sin tillsyn enligt LOU får myndigheten förelägga en upphandlande myndighet att lämna uppgift, att visa upp en handling eller att lämna över en kopia av handlingen.

I förarbetsuttalanden anges att utgångspunkten för tillsynsverksamheten måste vara att tillsynen kan leda till att tillsynsmyndigheten upptäcker att det har begåtts överträdelser mot LOU eller LUF, och att vissa överträdelser av lagstiftningen kan leda till att tillsynsmyndigheten ansöker om upphandlingsskadeavgift (prop. 2009/10:180 s. 215 f.). Vidare framgår att Konkurrensverket i sitt remissyttrande uppgav att verket borde ges möjlighet att vid vite kunna ålägga en upphandlande myndighet att upphöra med eller inte upprepa ett visst beteende. Regeringen ansåg dock att det inte fanns behov av att ge tillsynsmyndigheten sådana möjligheter. Detta motiverades bl.a. med att Konkurrensverket har möjlighet att ansöka om påförande av upphandlingsskadeavgift (a. prop. s. 217 f.).

Inför inrättandet av Upphandlingsmyndigheten uttalade regeringen bl.a. följande (prop. 2014/15:1, utgiftsområde 2, s. 104). I rollen som tillsynsmyndighet ska Konkurrensverket verka preventivt och se till att upphandlande myndigheter och enheter följer regelverket. Det är en viktig uppgift. I Konkurrensverkets uppgifter som tillsynsmyndighet ligger bl.a. en skyldighet att föra talan om upphandlingsskadeavgift mot upphandlande myndigheter och enheter. Det finns mot den bakgrunden anledning att

överväga om inte Konkurrensverkets roll som tillsynsmyndighet på lång sikt kan medföra att upphandlingsstödet inte blir lika tydligt som om det skulle ligga i en egen avskild organisation.

I den utredning som föregick inrättandet av Upphandlingsmyndigheten uttalades bl.a. följande (SOU 2012:32 s. 241 och 263). Konkurrensverkets tillsynsverksamhet är mycket viktig för efterlevnaden av regelverket. Möjligheten för Konkurrensverket att ansöka om upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling har medfört förbättrade möjligheter för verket att utöva sin tillsyn. Tillsynen omfattar dock inte bara otillåtna direktupphandlingar utan avser att identifiera alla förfaranden som upphandlande myndigheter tillämpar i strid med upphandlingslagstiftningen. --- Tillsynen över offentlig upphandling har successivt förstärkts, inte minst genom möjligheten, och i vissa fall även skyldigheten, för Konkurrensverket att driva ärenden om upphandlingsskadeavgift. Den tillsyn som Konkurrensverket i dag kan utöva i förhållande till upphandlande myndigheter kan inte jämföras med den tillsyn Nämnden för offentlig upphandling en gång utövade. Den växande skillnaden mellan tillsyn och stöd utgör en allvarlig nackdel för att låta Konkurrensverket ta ansvar för ett samordnat upphandlingsstöd.

När Upphandlingsmyndigheten inrättades överfördes Konkurrensverkets uppgifter att utveckla, förvalta och lämna stöd om offentlig upphandling till Upphandlingsmyndigheten (se Kommittédirektiv 2014:161).

Kammarrätten konstaterar mot denna bakgrund att Konkurrensverket har ett tydligt författningsreglerat tillsynsuppdrag och har dessutom getts vissa befogenheter att förelägga upphandlande myndigheter att bl.a. lämna uppgifter. Konkurrensverkets roll som tillsynsmyndighet har enligt kammarrättens mening successivt stärkts och renodlats på senare år.

Kammarrätten anser i likhet med förvaltningsrätten att den bedömning som Högsta förvaltningsdomstolen gjorde i rättsfallet HFD 2014 ref. 47, att Skolinspektionens tillsynsansvar sträcker sig så långt som behövs för att se till att de materiella bestämmelserna följs, har relevans även vid bedömningen av hur omfattande Konkurrensverkets tillsynsansvar är.

Kammarrätten anser vidare att frågan om tillsynens omfattning bör ses i ljuset av att EU-kommissionen vid upprepade tillfällen har initierat granskningar, med anledning av kommunernas tilldelning av avtal till Sysav AB, och även ställt krav på Sverige att åtgärder vidtas.

Konkurrensverket har utövat sitt uppdrag som tillsynsmyndighet genom att kontrollera om det granskade förfarandet stämmer överens med bestämmelserna i LOU, och har kommit fram till en viss bedömning. I beslutet (s. 16) har Konkurrensverket i sina slutsatser bedömt att Sysav AB inte uppfyller förutsättningarna för att kommunerna med stöd av in house-regeln ska få köpa avfallshanteringstjänster av Sysav AB utan ett annonserat upphandlingsförfarande enligt LOU. Vidare anges att Konkurrensverket förväntar sig att kommunerna vidtar rättelse genom att agera för att fortsättningsvis upphandla de aktuella tjänsterna i enlighet med LOU.

Vid en samlad bedömning anser kammarrätten att Konkurrensverket inte har gått utanför ramarna för sitt uppdrag och sin kompetens i och med det fattade beslutet. Att Konkurrensverket har redovisat sin bedömning i form av ett tillsynsbeslut och även angett vad som krävs för att de granskade kommunerna ska uppfylla lagstiftningens krav utgör därmed inte ett kompetensöverskridande. Beslutet ska därför inte upphävas av den anledningen.

Verksamhetskriteriet

Tillämpning av verksamhetskriteriet på koncernnivå

I 2 kap. 10 a § LOU föreskrivs följande. Med kontrakt enligt 10 § avses inte avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om

1. den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, och
2. den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den.

I målet är ostridigt att det s.k. kontrollkriteriet som regleras i punkt 1 är uppfyllt. Den fråga som kammarrätten härfter ska ta ställning till är om det finns rättsliga möjligheter att bedöma verksamhetskriteriet punkt 2 på koncernnivå.

Kommunerna anför bl.a. följande. Det saknas rättsligt stöd för att göra en bedömning på koncernnivå, bl.a. eftersom det av ordalydelsen i 2 kap. 10 a § LOU framgår att verksamhetskriteriet ska bedömas för varje juridisk person för sig. Om regeln ska tillämpas på det sätt som förvaltningsrätten har gjort skulle det medföra konsekvenser inom samtliga offentlighetsrättsliga områden där kommuner eller landsting bedriver verksamhet i koncernform. En stor del av Sveriges kommuner skulle tvingas omorganisera sin verksamhet genom att exempelvis i större utsträckning genomföra avfallshantering i egen regi eller genom kommunalförbund. En sådan omorganisation skulle inte på något sätt öka konkurrensen på marknaden. Det finns inte något utrymme för att, som Konkurrensverket resonerar, göra

undantag från detta ”när omständigheterna kräver det”. En sådan godtycklig ordning skulle innebära en oförutsebar tillämpning av regeln.

Konkurrensverket anför bl.a. följande. Frågan om vilka hypotetiska effekter en tillämpning i linje med beslutet skulle få för hur Sveriges kommuner väljer att organisera sina verksamheter kan inte besvaras i detta mål.

Däremot går syftet med in house-regeln förlorat om konstlade upplägg som kringgår reglerna tillåts.

Kammarrättens bedömning

Förvaltningsrätten anger i sin dom att det vid en strikt semantisk tolkning av bestämmelsen framstår som att det är varje juridisk person för sig som ska vara föremål för bedömning av om verksamhetskriteriet är uppfyllt, men att det skulle vara mycket lätt att kringgå syftet med in house-regeln om upphandlande myndigheter tilläts skapa upplägg för att undgå bestämmelserna i LOU. Förvaltningsrätten ansåg därför att bestämmelsen inte ska ges en strikt semantisk tolkning, utan att det vid en direktivkonform tolkning av bestämmelsen framstår som både nödvändigt och lämpligt att i det aktuella fallet tillämpa principen om genomsyn.

Av förarbetsuttalanden till bestämmelsen framgår bl.a. följande. Enligt EU-domstolen har Teckal-kriterierna särskilt till syfte att undvika att konkurrensen snedvrids. I flera domar har EU-domstolen även anfört att kriterierna, såsom undantag från de allmänna unionsrättsliga bestämmelserna, ska tolkas strikt. Vidare har domstolen anfört att det är den som avser att åberopa in house-undantaget som har bevisbördan för att det verkligen finns sådana omständigheter som motiverar att ett undantag görs (prop. 2011/12:106 s. 18). Det aktuella lagstiftningsärendet innebär att ett undantag från kravet på upphandling i enlighet med EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna ska införas i LOU. Denna praxis är fortfarande under kontinuerlig utveckling. Lagtexten bör därför enligt regeringens mening i

möjligaste mån utformas i enlighet med hur domstolen hittills formulerat detta in house-undantag. Begrepp och systematik från Teckal-praxis bör därför återspeglas i den svenska lagstiftningen. Det är således, enligt regeringen, mer ändamålsenligt att endast grundelementen kommer till uttryck i bestämmelsen medan detaljerna får överlåtas till rättstillämpningen, ytterst genom förhandsavgörande från EU-domstolen. --- Såsom Lagrådet påpekat är en nackdel med en mer generell bestämmelse avseende in house-undantaget, att de situationer där det enligt EU-domstolens praxis för närvarande är oklart i vad mån de omfattas av in house-undantaget, även kommer att vara oklara i den svenska lagstiftningen. Regeringen anser dock att detta är en ofrånkomlig effekt i en situation som den nu aktuella, där den nationella regleringen endast är avsedd att utgöra en länk till EU-domstolens rättspraxis och inte en omskrivning av densamma (a. prop. s. 56 f.).

Kammarrätten konstaterar mot ovanstående bakgrund att in house-regeln är generellt utformad på så sätt att det är grundelementen som kommer till uttryck i bestämmelsen, medan detaljerna är avsedda att överlåtas till rättstillämpningen. Bestämmelsen är vidare avsedd att vara en länk till EU-domstolens praxis och är, till skillnad från vad som gäller enligt det nya upphandlingsdirektivet, inte definierad i det underliggande direktivet till den lagstiftning som ska tillämpas i detta mål.

Konkurrensverket har i sitt beslut hänvisat till ett flertal rättsfall från EU-domstolen, bl.a. mål C-29/04, Mödling. I rättfallet angav domstolen bl.a. att tilldelningen av kontraktet hade skett genom en artificiell konstruktion bestående av flera separata moment och att bedömningen skulle göras med beaktande av samtliga dessa moment jämte deras syfte, och inte utifrån deras strikt kronologiska förlopp. Om det var tillåtet för de upphandlande myndigheterna att tillgripa kringgående åtgärder för att dölja att offentliga kontrakt tilldelades halvoffentliga bolag, skulle detta enligt domstolen

äventyra förverkligandet av direktivets syfte, dvs. fri rörlighet för tjänster och icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater.

Enligt kammarrättens mening talar ovanstående förarbetsuttalanden och praxis, utöver vad förvaltningsrätten har angett i sin dom, för att in house-regeln inte bör tolkas så strikt som kommunerna anser. Kammarrätten anser att en bedömning i enlighet med kommunernas synsätt skulle kunna medföra orimliga konsekvenser genom att det då skulle bli mycket lätt att kringgå bestämmelserna i LOU. Kammarrätten bedömer därför att bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU inte i sig utesluter en tillämpning som innebär att verksamhet i flera koncernbolag än ett beaktas.

Finns det skäl för att beakta hela koncernen i detta fall?

Nästa fråga som kammarrätten ska ta ställning till är om det har funnits omständigheter som motiverar att verksamheten även i Sysav Industri AB beaktas vid bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt. Konkurrensverket har i sitt beslut (s. 13) uppgett att uppdelningen av Sysav AB:s verksamhet kan beskrivas som rent formell, eftersom bolagen är fortsatt nära sammankopplade. I beslutet anges vidare att Sysav Industri AB endast synes ha övertagit den externa verksamheten för att kommunerna ska kunna fortsätta köpa tjänster av Sysav AB utan föregående upphandling, trots att bolagen, sedda som en helhet, fortfarande bedriver omfattande verksamhet gentemot den privata marknaden. Enligt Konkurrensverket är omorganisationen ett konstlat upplägg i syfte att kringgå upphandlingsreglerna. Verket har därför i sitt beslut lagt den samlade verksamheten i båda bolagen till grund för bedömningen om förhållandena mellan kommunerna och Sysav AB omfattas av in house-regeln.

Kommunerna anför bl.a. följande. Eftersom nuvarande koncernstruktur skapades i syfte att anpassa koncernbolagens respektive verksamheter till

in house-regeln, är det anmärkningsvärt att Konkurrensverket anklagar kommunerna för att ha genomfört uppdelningen av verksamheterna i bolagen i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU och att kommunerna skulle ha skapat ett konstlat upplägg. De avtal som Sysav Industri AB kan ha anledning att lämna anbud på konkurrensutsätts. Andra leverantörer har därför samma möjligheter som Sysav Industri AB att konkurrera om avtalen. Förvaltningsrätten har inte heller beaktat Sysav Utveckling AB:s verksamhet, utan har godtyckligt och utan författningsstöd bestämt kriterierna för vilka koncernbolag som ska beaktas, nämligen koncernbolag som bedriver samma verksamhet.

Konkurrensverket anför bl.a. följande. Vid bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt i förhållandet mellan kommunerna och Sysav AB utgör 2012 års omorganisation och förhållandet mellan Sysav AB och Sysav Industri AB relevanta omständigheter. Det är nödvändigt att beakta sådan verksamhet som bedrivs i Sysav Industri AB vid prövningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt i förhållandet mellan kommunerna och Sysav AB. Sysav Industri AB är fortfarande i hög grad beroende av moderbolaget Sysav AB för att kunna utföra sin verksamhet. Bolagen har samma ledning och den externa verksamhet som bolagen bedriver har varken ändrats till sin omfattning eller karaktär. Den snedvridning av konkurrensen på marknaden som verksamhetskriteriet har till syfte att förhindra är fortfarande närvarande. Att det finns domstolsavgöranden i vilka verksamheten i andra bolag inte har inkluderats i prövningen utesluter inte att sådan prövning, när omständigheterna kräver det, innefattar verksamhet som bedrivs av det kontrollerade bolagets helägda dotterbolag.

Bedömningen påverkas inte av att kommunerna, först efter överklagandet av beslutet och i ett sent skede av förvaltningsrättens handläggning, fört in uppgiften om att de tjänster som Sysav Industri AB tillhandahåller upphandlas i konkurrens. Det är dessutom oklart vilka upphandlingar och vilka kontrakt som avses.

Europeiska kommissionen anser att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt i förhållandet mellan kommunerna och Sysav AB, samt att uppdelningen av verksamheterna är artificiell. Den ”anpassning” till in house-regeln som omorganisationen syftade till att uppnå har inte påverkat den höga närvaron på marknaden för de tjänster som bolagen bedriver för andra än kommunerna. Omorganisationen har inte heller inneburit att de två bolagens verksamheter är verkligt avskilda. Bolagen har i stället gjorts beroende av varandra.

Den 8 december 2016 meddelade EU-domstolen förhandsavgörande i mål C-553/15, Undis Servizi. I domen konstateras att möjligheten att direkt-tilldela kontrakt med stöd av in house-regeln utgör ett undantag från annonseringsskyldigheten. Bestämmelsen ska därmed tolkas restriktivt. En sådan tolkning ger ytterligare stöd för att verksamheten i Sysav Industri AB ska beaktas vid prövningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt.

Kammarrättens bedömning

Kammarrätten fäster särskilt avseende vid följande omständigheter, vilka framgår av Konkurrensverkets beslut och förvaltningsrättens dom. Bolagens verksamhet har som helhet inte ändrat inriktning eller omfattning i något betydande hänseende efter omorganisationen år 2012. Bolagens verksamhet har inte ändrat karaktär och de tjänster som bolagen tillhandahåller är i stort sett oförändrade. Vidare ligger den totala omsättningen i bolagen på samma nivåer som före omorganisationen, med den skillnaden att omsättningen numera är uppdelad mellan bolagen. Bolagen har samma ledning. Sysav AB äger all väsentlig utrustning för avfallsbehandling. Sysav AB uppvisar ett negativt rörelseresultat som görs positivt eller delvis kompenseras genom koncernbidrag från Sysav Industri AB.

Dessa omständigheter innebär enligt kammarrättens mening att verksamheterna i de båda bolagen måste anses nära sammankopplade. Exempelvis förefaller Sysav Industri AB vara beroende av Sysav AB:s anläggningstillgångar för att kunna bedriva sin verksamhet. När det gäller den uppdelning av verksamheten från ett till två bolag, som gjordes efter EU-kommissionens tidigare granskningsärende mot Sverige, har kommunerna uppgett att nuvarande koncernstruktur skapades i syfte att anpassa koncernbolagens respektive verksamheter till in house-regeln. Kammarrätten instämmer dock i Konkurrensverkets bedömning att uppdelningen inte har inneburit att bolagen och dess verksamheter kan anses verkligt avskilda, utan att uppdelningen snarare framstår som formell. Mot denna bakgrund bedömer kammarrätten att Konkurrensverket har haft fog för att beakta verksamheten i både Sysav AB och Sysav Industri AB vid bedömningen av om verksamhetskriteriet varit uppfyllt i relationen mellan kommunerna och Sysav AB. Kammarrätten anser vidare att det inte finns skäl att beakta verksamheten i Sysav Utveckling AB, eftersom det bolaget bedriver en annan typ av verksamhet.

Bedömning av om verksamhetskriteriet är uppfyllt

Kammarrätten ska avslutningsvis bedöma om verksamhetskriteriet är uppfyllt eller inte.

Kommunerna anför bl.a. följande. Sysav AB:s verksamhet utgörs av avfallshantering, vilken inkluderar bl.a. behandling, bortskaftning, återvinning och återanvändning av avfall. Energi- och materialåtervinning av hushållsavfall och därmed jämförligt avfall ingår i den kommunala renhållningsskyldigheten, vilken uppfylls genom uppdraget som tilldelats Sysav AB, som bedriver kompetenslig verksamhet. Energi- och materialåtervinning ingår i miljöbalkens begrepp avfallshantering och är en nödvändig, oskiljaktig och ofrivillig följd av hanteringen av hushållsavfall

och därmed jämförligt avfall. Intäkterna från energi- och materialåtervinning utgör därmed intäkter från verksamhet som bedrivs tillsammans med kommunerna och ska därför beaktas vid bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt. Även om man skulle urskilja den verksamhet som betalas av andra än kommunerna bedriver Sysav AB i kronor räknat närmare 90 procent av sin verksamhet tillsammans med kommunerna. Omsättningen från återvinning, om denna ska brytas ut, överskrider inte 20 procent av Sysav AB:s totala omsättning.

Konkurrensverket anför bl.a. följande. Frågan om verksamhetskriteriet är uppfyllt ska besvaras genom att göra en jämförelse mellan den omsättning som kommer från verksamhet som Sysav AB och Sysav Industri AB bedriver tillsammans med kommunerna och den omsättning som kommer från verksamhet som bedrivs tillsammans med andra. Denna jämförelse visar att bolagens externa verksamhet är allt för omfattande för att verksamhetskriteriet ska kunna anses vara uppfyllt.

Kommunernas skyldighet enligt miljölagstiftningen att sörja för återvinning och bortskaffning av hushållsavfall inverkar inte på unionsrättens reglering på upphandlingsområdet och dess förutsättningar för att ett kontrakt omfattas av in house-regeln. Bestämmelser på miljörettens område medför inte heller i sig någon rätt för upphandlande myndigheter att ingå avtal utan föregående annonsering. Undantagen från annonseringsskyldigheten är uttryckligen och uttömmande angivna i direktivet. Upphandling enligt LOU innebär inte heller något hinder för kommunerna att organisera sitt omhändertagande av hushållsavfall som de själva anser bäst. Det finns inte någon motsättning mellan miljölagstiftningens krav på att kommunerna omhändertar och behandlar hushållsavfall på ett visst sätt och att samma kommuner är skyldiga att se till att avtal avseende utförande av sådant arbete, i de fall myndigheten väljer att lägga ut tjänsten på ett bolag, tilldelas i enlighet med upphandlingslagstiftningen.

Frågan om den verksamhet som Sysav AB och Sysav Industri AB bedriver är kompetensenlig eller inte har ingen betydelse för den upphandlingsrättsliga bedömningen av om in house-regeln kan tillämpas mellan kommunerna och Sysav AB. Att kommunernas ansvar på avfallsområdet är lagreglerad innebär inte heller att verksamheten som Sysav AB och Sysav Industri AB bedriver ska anses intern. Avgörande är med vem verksamheten bedrivs och, för frågan om huvuddelen av verksamheten utförs tillsammans med kommunerna, hur stora intäkterna som kommer från kommunerna är jämfört med intäkterna som kommer från andra. Någon automatisk koppling mellan en lagstadgad skyldighet för kommuner och vad som utgör intern verksamhet finns inte.

Sysav AB och Sysav Industri AB bedriver omfattande verksamhet avseende energi- och materialåtervinning tillsammans med andra aktörer än kommunerna. Till den del intäkter från denna verksamhet kommer från andra än kommunerna ska den bedömas som extern. Att försäljningen av el- och värmeenergi samt material från avfallsåtervinning fungerar som en naturlig del i det kretsloppsansvar som åligger kommunerna innebär inte att verksamheten kan anses intern, i den utsträckning den utförs tillsammans med andra än kommunerna och därmed i konkurrens med andra företag på den aktuella marknaden. Någon annan uppfattning skulle inte stämma överens med verksamhetskriteriets syfte, nämligen att göra upphandlingsregelverket tillämpligt när företag är aktiva på konkurrensutsatta marknader.

Verksamheten ska vidare bedömas utifrån det lämpligaste måttet med hänsyn tagen till de kvalitativa och kvantitativa omständigheterna. Måttet bör i detta fall vara omsättning, eftersom man utifrån denna får en konsekvent mätmetod för att jämföra verksamheter av olika slag, så som insamling av avfall och försäljning av energi.

Även om Sysav AB och Sysav Industri AB:s samtliga intäkter från försäljning av el- och värmeenergi samt återvunnet material skulle anses

komma från verksamhet som utförs tillsammans med kommunerna framgår det av beslutet att den del av bolagens omsättning som kommer från verksamhet som riktas mot andra än kommunerna inte är av endast marginell karaktär. Beräkningen är baserad på uppgifter som Sysav AB och kommunerna själva har tillhandahållit under utredningen. Inte heller med detta synsätt kan alltså Sysav AB anses bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med kommunerna. Kvalificeringen av dessa intäkter är alltså inte avgörande för bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt.

Kammarrättens bedömning

För att verksamhetskriteriet ska vara uppfyllt krävs att Sysav AB, vari även Sysav Industri AB:s verksamhet ska innefattas, bedrivit huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med kommunerna. Annan verksamhet får därvid endast vara av marginell karaktär. Verksamhetskriteriet ska tillämpas strikt och det är den som åberopar in house-regeln som har bevisbördan för att det finns sådana omständigheter som motiverar att ett undantag från upphandlingskyldighet görs.

Som förvaltningsrätten har angett i sin dom är omsättning, tillsammans med övriga relevanta omständigheter, av betydelse för att bedöma om verksamhetskriteriet är uppfyllt. Omsättningen i såväl Sysav AB som Sysav Industri AB ska, i enlighet med vad kammarrätten tidigare angett, beaktas vid bedömningen.

Kommunerna anser att vissa intäkter avseende avfallsåtervinning utgör intäkter från verksamhet som bedrivs tillsammans med kommunerna och ska beaktas vid bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt. Konkurrensverket har invänt mot detta och anför att även om Sysav AB och Sysav Industri AB:s samtliga intäkter från försäljning av el- och värmeenergi samt återvunnet material skulle anses komma från verksamhet som

utförs tillsammans med kommunerna framgår det av beslutet att den del av bolagens omsättning som kommer från verksamhet som riktas mot andra än kommunerna inte är av endast marginell karaktär.

I Konkurrensverkets beslut (s. 5) anges att 84 procent av Sysav Industri AB:s omsättning under åren 2012 och 2013 samt första halvåret 2014 härrörde från verksamhet som bedrevs tillsammans med andra än kommunerna. Motsvarande siffror för Sysav AB var 35, 37 och 33 procent. I beslutet (s. 15) anges vidare att den externa omsättningen för de båda bolagen sammantaget uppgick till 62 procent år 2013 och att bolagens samlade omsättning som härrör från andra än kommunerna, om bolagens intäkter från försäljning av el- och värmeenergi samt återvunnet material inte skulle räknas med, ändå skulle uppgå till 30 procent.

Kammarrätten bedömer mot ovanstående bakgrund att kommunerna inte har visat att den verksamhet som Sysav AB bedriver gentemot andra än kommunerna är av marginell karaktär, utan instämmer i förvaltningsrättens bedömning att det är klarlagt att bolagen bedriver en omfattande verksamhet mot den privata marknaden. Kammarrätten bedömer därför att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt och att det inte har funnits förutsättningar för kommunerna att, med stöd av in house-regeln, köpa avfallshanterings-tjänster av Sysav AB utan ett annonserat upphandlingsförfarande. Konkurrensverket har därmed haft fog för sitt beslut. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1) (*Ej medtagen här*).

Jerry Eriksson
lagman
ordförande

Maria Ringvall
kammarrättsråd

Karin Nilsson Edin
kammarrättsråd
referent

Mårten Olsson
föredragande