

**SÖKANDE**

Konkurrensverket

**MOTPART**

Borås Stad

**SAKEN**

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten beslutar att Borås Stad ska betala 8 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

**YRKANDEN**

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att Borås Stad ska betala 8 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Borås Stad (kommunen) anser att ansökan ska avslås.

**VAD PARTERNA ANFÖR****Konkurrensverket**

Kommunen har brutit mot 10 kap. 1 § lagen om offentlig upphandling (LOU) genom att den 28 september 2023 ingå avtal om avfallstjänster med Borås Energi och Miljö AB (BEMAB) utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för detta saknades. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

BEMAB bildades år 2006 och är ett helägt dotterbolag till det kommunala bolaget Borås Stadshus AB som i sin tur är helägt av kommunen. Av bolagsordning och ägardirektiv för BEMAB framgår bl.a. följande. Bolagets syfte är att enligt god teknisk praxis och med optimalt resursutnyttjande främja en god och långsiktigt hållbar avfallshantering, energiförsörjning samt vatten- och avloppsverksamhet. BEMAB ska, avseende avfalls- och renhållningsverksamheten samt vatten- och avloppsverksamheten, tillämpa de kommunalrättsliga principerna enligt 2 kap. kommunallagen (2017:725). Den taxefinansierade verksamheten ska över tid gå plus minus noll. BEMAB har till föremål för sin verksamhet att köpa in, producera och sälja energi, återvinningsmaterial och avfallstjänster samt att svara för kommunens avfallshantering. BEMAB har likaså att svara för kommunens vatten- och avloppsverksamhet.

BEMAB är verksamt inom såväl kommunal avfallsverksamhet som övrig avfallsverksamhet, inom vatten och avlopp, fjärrvärme, övrig energiverksamhet och biogas. Utöver att tillgodose kommunens och andra koncernbolags behov av tjänster tillhandahåller BEMAB även tjänster till andra företag och privatpersoner. Verksamheterna kommunalt avfall samt vatten- och avlopp regleras genom fastställd taxa. Övriga verksamheter saknar sådan taxa. Kommunen ansvarar för behandling av kommunalt avfall och visst annat avfall enligt 15 kap. 20 § miljöbalken. För denna hantering har kommunen rätt att ta ut avgifter enligt 27 kap. 4 § miljöbalken. Kommunen beslutar om en återvinningstaxa för avfallet. BEMAB tar fram underlag och förslag på avgifter. Det senaste beslutet om återvinningstaxa (taxebeslutet) fattades den 28 september 2023. Avgifterna gäller från den 1 januari 2024. Kommunen har uppgett att BEMAB:s intäkter som kan härröras till taxebeslutet kommer att uppgå till ca 143 miljoner kronor under år 2024. Kommunen har under utredningen även inkommit med en sammanställning över fakturor som tillställts kommunen för utförda avfallstjänster under år 2023. Kommunen har vidare gett in en förteckning över BEMAB:s omsättning för åren 2020, 2021,

2022 och 2023 fördelad på verksamhetsområden och på vad som betalats av kommunen, bolag inom kommunkoncernen respektive övriga (tredje man). Verksamhetsområdenas omfattning har förtydligats. Med Övrig avfallsverksamhet avses intäkter från återvinningstjänster, cirkulär masshantering (deponering) och delar av biogasen. Biogas avser intäkter från biogasproduktionen. Fjärrvärme avser intäkter från fjärrvärmeproduktionen. Övrigt och gemensamt innefattar stödjande funktioner, främst Energitjänster och Projektavdelningen.

Kommunen har tilldelat ett ramavtal enligt LOU rörande avfallstjänster till BEMAB för 2024. Tilldelningen har inte föregåtts av någon annonserad upphandling trots att förutsättningar att avstå från annonsering saknats.

Kommunen har gjort gällande att LOU inte är tillämplig eftersom det är fråga om en tjänstekoncession. BEMAB har inte har övertagit en verksamhetsrisk i den mening som avses i lagen om upphandling av koncessioner (LUK) och det föreligger därför inte en tjänstekoncession. Enligt miljöbalken får en innehavare av hushållsavfall inte själv ta hand om avfallet utan måste vända sig till sin kommun eller den kommunen utsett för hantering av avfallet. Tjänsterna måste därför anskaffas från BEMAB. Mängden avfall bedöms inte kunna minska nämnvärt genom enskilda fastighetsägares agerande. Risken för BEMAB att utsättas för konkurrens är starkt begränsad om inte obefintlig eftersom kommunens ensamrätt till avfallet överförts till BEMAB. BEMAB kan vidare i hög grad påverka avgiftens storlek eftersom BEMAB tar fram underlag och förslag på avgift. Av beslutet om antagandet av avfallstaxan samt bolagsordningen framgår att verksamheten för kommunalt avfall ska gå plus minus noll över tid. Det finns även lagstöd för att avgiften kan fastställas så att den täcker nödvändiga kostnader. Konkurrensverket konstaterar därutöver att kommunen enligt bolagsordningen tillsätter BEMAB:s styrelse, ordförande och vice ordförande. Detta utgör en riskreducerande faktor. Konkurrensverket bedömer sammantaget att den verksamhetsrisk som BEMAB tar enbart kan

bedömas som nominell eller försumbar. LUK är således inte tillämplig på avfallshanteringen.

Artikel 5.1 i LUK-direktivet och 1 kap. 22 § LUK uppställer inget krav på att åtminstone en betydande del av verksamhetsrisken ska övergå på koncessionshavaren. EU-domstolens tidigare praxis med denna innebörd har således inte kodifierats i direktivet. I stället uppställs ett krav på att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte är endast nominella eller försumbara. Konkurrensverket konstaterar att de uttalanden som gjordes 2015 av bland annat Konkurrensverket avser andra förhållanden som förelåg i tiden innan LUK-direktivet och LUK. Detsamma gäller för Kammarrätten i Göteborgs bedömning i mål nr 6311-23.

BEMAB tillhandahåller avfallstjänster i utbyte mot ekonomisk ersättning från dels kommunen, dels tredje man. Utöver av BEMAB utfärdade fakturor finns inte någon ytterligare dokumentation rörande anskaffning av avfallstjänster som t.ex. skriftliga avtal. Det innebär att tidpunkten för tilldelningen och ingående av kontrakt eller ramavtal avseende tjänsterna måste fastställas genom tolkning av befintligt material och parternas agerande. Av bolagsordning och ägardirektiv framgår bl.a. att BEMAB har till föremål för sin verksamhet att ansvara för kommunens avfallshantering och att bolagets syfte är att främja en god och långsiktigt hållbar avfallshantering. Därigenom har kommunen överlåtit sin skyldighet att behandla det kommunala avfallet enligt miljöbalken till BEMAB. Genom kommunens beslut om återvinningstaxa fastställs denna för bolaget att ta ut för behandling av kommunalt avfall nästkommande år. Beslutet innebär att de ekonomiska villkoren för BEMAB:s tillhandahållande av avfallstjänster fastställs. Därigenom regleras de slutliga villkoren för BEMAB:s avfallshantering utan att volymerna för detta anges. Vid tidpunkten för beslutet om återvinningstaxa uppstår enligt Konkurrensverket en tilldelning av ett ramavtal avseende tjänster mellan kommunen och BEMAB om nästkommande

års behandling av avfall (avtalet). Avtalet innebär att BEMAB ska ansvara för kommunens avfallshantering. I utbyte mot dessa tjänster åtar sig kommunen att dels utge ersättning i egenskap av brukare, dels låta BEMAB uppbära ersättning från tredje man. Genom avtalet uppstår därmed rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär. Avtalet omfattas av LOU och har ingåtts vid den tidpunkt då de slutliga villkoren för avtalet fastställts genom antagandet av återvinningstaxa.

De ekonomiska villkoren måste fastställas med tillräcklig tydlighet för att det ska föreligga ett offentligt kontrakt. Detta är nödvändigt för att kunna bedöma om kontraktets värde överstiger tröskelvärdet och därför som utgångspunkt ska annonseras. Det är också nödvändigt för att en leverantör ska kunna bedöma sitt intresse av kontraktet och för att prestationerna ska kunna göras gällande rättsligt. I föreliggande fall är det först genom kommunens beslut om återvinningstaxa som de ekonomiska villkoren för BEMAB:s uppdrag blir tillräckligt tydliga och nämnda behov tillgodoses. Bolagsordningar och aktieägaravtal utgör som utgångspunkt inte offentliga kontrakt eftersom de i regel inte innehåller några ekonomiska villkor. BEMAB:s bolagsordning och ägardirektiv är inget undantag från detta. Det är först genom kommunens respektive beslut om återvinningstaxa som de ekonomiska villkoren för BEMAB:s uppdrag fastställs.

Kommunen hänvisar till Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 januari 2024 i mål nr 6311-23 till stöd för uppfattningen att antagandet av en ny återvinningstaxa inte innebär att ett nytt avtal har ingåtts. Målet i kammarrätten handlade dock – till skillnad från detta mål – om en situation där det i grunden fanns ett konkret avtal som gällde tills vidare och som reglerade förutsättningarna för leverantörens tillhandahållande av renhållningstjänster. Avtalet angav uttryckligen att leverantören skulle uppfylla de lagar, förordningar och föreskrifter som vid var tid gällde för verksamheten samt att leverantören hade rätt att debitera av den upphandlande myndigheten vid var

tid fastställda avgifter för verksamheten direkt på slutanvändare. Det var under dessa omständigheter som kammarrätten inte ansåg att antagandet av en ny återvinningstaxa innebar en ny tilldelning eller avtalsändring. Kammarrätten i Göteborg ansåg med andra ord att avtalet som var aktuellt i målet i sig uppfyllde kriterierna för att vara ett offentligt kontrakt. I föreliggande fall är i stället återvinningstaxan avgörande för att det ska anses föreligga ett offentligt kontrakt mellan kommunen och BEMAB. Utan taxan skulle det inte finnas något offentligt kontrakt. Detta innebär att det uppstår ett nytt offentligt kontrakt med nya ekonomiska villkor varje gång taxan ersätts med en ny. Ett offentligt kontrakt ingicks därmed när kommunen fattade beslut om renhållningstaxa för 2007 och ett annat när kommunen fattade beslut om återvinningstaxa för 2024. Kommunen har inte formaliserat parternas relation genom ett konkret avtal, till skillnad från vad den upphandlande myndigheten hade gjort i det mål som var föremål för Kammarrätten i Göteborgs prövning. Kommunen har i stället valt lösningen att ingå successiva offentliga kontrakt genom nya beslut om återvinningstaxa. Kammarrätten i Göteborgs avgörande kan därför inte tas till intäkt för att kommunens avgiftsbeslut i detta fall var en tillåten ändring eller tillämpning av ett befintligt avtal. Det motsatta synsättet skulle möjliggöra ett kringgående av direktivets och LOU:s tillämplighet och äventyra förverkligandet av direktivets syfte.

Om förvaltningsrätten trots detta skulle anse att kommunen och BEMAB ingick ett tillsvidareavtal 2006 som reglerade villkoren för all framtida avfallsverksamhet menar Konkurrensverket att kommunens beslut om återvinningstaxa för 2024 innebar en väsentlig ändring av avtalet från 2006. Av renhållningstaxan för 2007 framgår de då gällande priserna för olika kommunala avfallstjänster och därmed den ersättning som BEMAB mottog för utförandet av dessa tjänster. Av återvinningstaxan för 2024 framgår de nu gällande priserna för olika kommunala avfallstjänster och därmed den ersättning som BEMAB nu tar emot för utförandet av dessa tjänster. Vid en jämförelse av de två taxorna framgår att ersättningsvillkoren för

tjänsternas utförande har ändrats betydligt både vad avser avgiftsnivåer och omfattning. Avgifterna har ökat och återvinningstaxan för år 2024 omfattar till exempel även insamling från så kallade fyrfackskärl och insamlingsansvar för förpackningar från hushåll och från samlokaliserade verksamheter. BEMAB:s intäkter för utförandet av avfallstjänsterna är betydligt högre i dag jämfört med år 2007.

Renhållningstaxan för år 2007 saknade reglering av framtida taxor eller ändringsklausul. Likaså saknades sådan reglering i den bolagsordning och det ägardirektiv som antogs år 2006. Det fanns alltså ingen reglering som tillät ändringar i det offentliga kontrakt som ingicks mellan kommunen och BEMAB genom beslutet om taxan för år 2007. Det föreligger en väsentlig ändring av renhållningstaxan för år 2007 jämfört med återvinningstaxan för 2024. Därmed föreligger en väsentlig ändring i förhållande till det offentliga kontraktet från år 2006. Ändringarna avser något så grundläggande som prisvillkor och innebär en betydlig utvidgning av uppdragets omfattning.

Konkurrensverket har under utredningen frågat kommunen vilket värde kommunen uppskattat att verksamheten som omfattas av det senaste beslutet om återvinningstaxa kommer att uppgå till under beslutets giltighetstid. På frågan har kommunen svarat att BEMAB:s intäkter, som kan härledas till taxebeslutet, uppskattningsvis kommer att uppgå till ca 143 000 000 kr under 2024. Kommunen får härmed anses ha angett såväl avtalets löptid som dess uppskattade värde. Kommunens uppskattning av upphandlingens värde framstår som rimlig. Konkurrensverket beräknar således värdet på avtalet och upphandlingen till 143 000 000 kronor. Upphandlingens värde överstiger såväl direktupphandlingsgränsen som tillämpligt tröskelvärde. Upphandlingen skulle därför ha annonserats förutsatt att något undantag inte har varit tillämpligt.

Kommunen har under utredningen anfört att anskaffningen inte omfattas av

upphandlingsregelverket eftersom undantaget för intern upphandling är tillämpligt. En upphandling ska bl.a. anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet),
2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämd enligt 16 §, för myndighetens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som myndigheten utövar kontroll över (verksamhetskriteriet), och
3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

Konkurrensverket bedömer att kontrollkriteriet var uppfyllt vid tidpunkten för direktupphandlingen. Det finns inte heller något privat ägarintresse i BEMAB. Konkurrensverket bedömer att verksamhetskriteriet inte var uppfyllt vid tidpunkten för direktupphandlingen. Skälen för detta utvecklas nedan.

Kommunen har gjort gällande att BEMAB i bolagsordning och ägardirektiv har tilldelats uppdraget att ansvara för alla aktuella verksamhetsområden. Samtliga delar av bolagets omsättning härrör enligt kommunen från det tilldelade uppdraget och verksamhetskriteriet får därför anses uppfyllt. Ägardirektiv och bolagsordningar är associationsrättsliga instrument som syftar till att fastställa ramarna för det kommunala bolagets näringsverksamhet och tillse att denna omfattas av den kommunala kompetensen. Bolagsordningen kan i många fall utgöra ett aktiebolagsrättsligt tolkningsinstrument vid såväl den kvalitativa som den kvantitativa bedömningen, närmare bestämt hur och för vem verksamheten ska drivas. Detta bör även gälla för ägardirektiven. Varken bolagsordningen eller ägardirektiven utgör dock i sig något offentligt kontrakt. Dessa dokument innehåller inga ekonomiska villkor och har inte sådan rättslig innebörd som innebär att en tilldelning av kontrakt, i den mening som avses i EU-domstolens rättspraxis, har skett. Det strider även mot syftena med EUF-fördraget och upphandlingsdirektiven samt det särskilda syftet med



verksamhetskriteriet, d.v.s. att öppna upp den inre marknaden för icke-snedvriden konkurrens, att enbart stödja sig mot innehållet i bolagsordningen och ägardirektiven vid bedömningen av verksamhetskriteriet. Bolagsordningen och ägardirektiven utgör ramarna för ett kommunalt bolags verksamhet och ändamål. Om bolagsordningen och ägardirektiven ensamt skulle vara avgörande vid verksamhetsbedömningen skulle det få till följd att i princip all verksamhet som anges kan anses vara intern, och att med den kommunala verksamheten förenliga tilläggstjänster eller produkter kan tillhandahållas tredje man på marknader där andra leverantörer är verksamma. Ett sådant synsätt skulle innebära att en betydande del upphandlingspliktiga kontrakt automatiskt skulle kunna anses falla utanför upphandlingsbestämmelsernas tillämpningsområde. Detta skulle riskera att det aktuella undantaget skulle komma att tillämpas i mycket större utsträckning än vad som är tillåtet. För att avgöra vilka delar som utgör intern respektive extern verksamhet, måste därför andra kvalitativa omständigheter beaktas, såsom hur relevanta marknader ser ut. Eftersom BEMAB tillhandahåller varor och tjänster till både kommunen och tredje man måste därutöver beaktas vilka rättsförhållanden som föreligger.

Det framgår uttryckligen av LOU och LOU-direktivet att undantaget för intern upphandling förutsätter en tilldelning av ett offentlig kontrakt. BEMAB:s bolagsordning är inte ett offentligt kontrakt. Bolagsordningen kan därför inte ensam läggas till grund för en tilldelning eller för att använda undantaget för intern upphandling. Detsamma gäller för BEMAB:s ägardirektiv, ensamt och tillsammans med bolagsordningen.

Som utgångspunkt ska omsättningen vara hänförlig till den kontrollerande myndigheten, i detta fall kommunen, för att anses vara intern. Konkurrensverket har i detta ärende inte utrett eller bedömt i vilken utsträckning den omsättning som BEMAB redogjort för ska hänföras till kommunen eller olika koncernbolag. Konkurrensverket tillgodoräknar

därför den omsättning som är hänförlig till Kommunens koncernbolag som intern för Kommunen. Konkurrensverket har vid bedömningen av verksamhetskriteriet utgått från förteckningen över BEMAB:s omsättning för åren 2020, 2021, 2022 och 2023 fördelad på verksamhetsområden som kommunen gett in under utredningen.

Omsättningen för den kommunala avfallsverksamheten omfattas av det tilldelade avtalet och räknas i sin helhet som intern verksamhet. För 2020 förekommer inte benämningen kommunalt avfall utan enbart det bredare begreppet avfallsverksamhet. Konkurrensverket har tillgodoräknat kommunen detta verksamhetsområde som internt utan att bedöma dess exakta innehåll. Konkurrensverket bedömer vidare att vatten- och avloppsverksamhet utgör en intern verksamhet i sin helhet. Konkurrensverket bedömer att BEMAB:s fjärrvärmeverksamhet och övriga verksamhetsgrenar utgör extern verksamhet. Den del av omsättningen som inom dessa verksamheter kan hänföras till försäljning till kommunen och koncernbolag tillgodoräknas dock som intern. Fjärrvärmeverksamheten utgör en dominerande del av den omsättning som Konkurrensverket bedömer som extern. Kommunen och BEMAB är inte skyldiga att bedriva fjärrvärmeverksamhet enligt lag. Verksamheten är alltså frivillig. BEMAB har inte heller någon rättslig förpliktelse mot kommunen att bedriva verksamheten mot ersättning. Konkurrensverket anser därför att den inte omfattas av en tilldelning från kommunen. Fjärrvärmemarknaden är avreglerad och öppen för fri prissättning.

Fjärrvärmeföretag, såsom BEMAB, har en form av lokalt naturligt monopol, men andra uppvärmningsformer på uppvärmningsmarknaden kan utgöra alternativ. Enligt fjärrvärmelagen (2008:263) har fjärrvärmeföretaget också en skyldighet att förhandla med den aktör som vill ha tillträde till nätet för att mata in egenproducerad värme. Fjärrvärmeverksamheten utförs alltså på en konkurrensutsatt marknad. Enbart en liten del av BEMAB:s omsättning för

fjärrvärme härrör från kommunen och bolag inom kommunkoncernen. Enligt årsredovisningen tillhandahåller BEMAB fjärrvärme till företag och privatpersoner, det vill säga till tredje man. Avtal om fjärrvärme träffas direkt med kund. De relevanta rättsförhållandena uppkommer och regleras således endast mellan BEMAB och tredje man. Mot denna bakgrund anser Konkurrensverket att fjärrvärmeverksamheten är extern verksamhet, i vart fall till den del som verksamheten utförs för och betalas av tredje man. Eftersom verksamheten är konkurrensutsatt och rättsförhållandena föreligger mellan BEMAB och tredje man anser Konkurrensverket att detta skulle vara fallet oavsett om verksamheten skulle anses falla inom ramen för en tilldelning från kommunen.

Utifrån de uppgifter om omsättning som Konkurrensverket har tagit del av under utredningen utgör den genomsnittliga interna verksamheten för de relevanta åren endast 48,2 procent av BEMAB:s totala verksamhet. Detta även vid en generös beräkning där samtliga koncernintäkter har räknats som interna. BEMAB:s genomsnittliga externa verksamhet under de relevanta åren utgör alltså 51,8 procent av bolagets totala verksamhet, vilket överstiger den tillåtna gränsen om 20 procent.

BEMAB:s fjärrvärmeverksamhet är under alla omständigheter extern i den utsträckning som verksamheten härrör från förbränning av annat bränsle än kommunalt avfall. Kommunen har angett att fjärrvärmen som BEMAB säljer härrör från förbränning av olika bränslen, såsom avfall, biobränsle, olja och gasol. BEMAB bedriver alltså inte fjärrvärmeverksamhet bara för att återvinna kommunalt avfall. Den del av fjärrvärmeverksamheten som bedrivs genom att förbränna andra bränslen än kommunalt avfall omfattas inte av en tilldelning från kommunen. Detta gäller även med Kammarrätten i Stockholms synsätt i mål 1232-24. Den verksamheten ska därmed inte under några omständigheter anses vara intern. BEMAB måste inte förbränna annat bränsle än kommunalt avfall för att uppfylla sin skyldighet att behandla och återvinna det kommunala

avfallet. Bolagets fjärrvärmeverksamhet som härrör från förbränning av annat bränsle än kommunalt avfall omfattas inte heller av en tilldelning från kommunen. Den omständigheten att BEMAB inte hade haft ett ”behov” av att förbränna andra bränslen om bolaget inte förbrände kommunalt avfall innebär inte att förbränningen av annat bränsle utgör intern verksamhet. Kommunen har redovisat att cirka 31–39 procent av omsättningen för BEMAB:s fjärrvärmeverksamhet härrörde från förbränning av avfall under de relevanta åren som föregick tilldelningen av avtalet. Kommunen har inte specificerat i vilken utsträckning det förbrända avfallet består av kommunalt avfall, men har förklarat att BEMAB förbränner annat avfall än bara kommunalt avfall. Andelen omsättning som är hänförlig till försäljning av fjärrvärme som härrör från bara kommunalt avfall är därför sannolikt mindre för de relevanta åren. Om BEMAB:s omsättning från fjärrvärme som härrör från förbränning av allt avfall räknades som intern var bolagets genomsnittliga interna verksamhet för de relevanta åren högst cirka 64,4 procent av bolagets totala verksamhet.

Det noteras att bedömningen av verksamhetskriteriet blir densamma även för det fall att LUK skulle anses vara tillämplig på avfallshanteringen eftersom reglerna om intern upphandling är desamma i LOU och LUK. Undantaget för intern upphandling har därmed inte varit tillämpligt vid tidpunkten för direktupphandlingen. Det har inte heller framkommit att något annat undantag från annonseringsskyldigheten skulle vara tillämpligt. Det är därför fråga om en otillåten direktupphandling. Om bara omsättning från fjärrvärme som härrör från förbränning av kommunalt avfall räknades som intern hade den genomsnittliga interna verksamheten varit ännu lägre. Verksamhetskriteriet skulle följaktligen inte vara uppfyllt även om försäljning av fjärrvärme som härrör från kommunalt avfall ansågs vara hänförlig till intern verksamhet. Det råder därmed ingen oklarhet om att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt även med beaktande av Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 1232-24 eller den fråga som är föremål för begäran om förhandsavgörande från EU-domstolen i mål C-692/23.

Ovanstående resonemang och slutsatser skulle också gälla om LUK var tillämplig på upphandlingen av avtalet.

Avtalet ingicks den 28 september 2023. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska därmed ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det datumet.

Det är fråga om en otillåten direktupphandling och sanktionsvärdet är därför som utgångspunkt högt. Omständigheterna är inte sådana att det kan bli fråga om eftergift. Det är inte heller fråga om ett ringa fall. Det har inte framkommit några förmildrande omständigheter. Upphandlingens höga värde bedöms dock vara en försvårande faktor. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 8 000 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

### **Kommunen**

I första hand utgör kontraktet mellan kommunen och BEMAB en tjänstekoncession, vilken tilldelades innan införandet av LUK och det saknas därmed grund för Konkurrensverket att utöva tillsyn.

I andra hand har Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift inkommit för sent.

I tredje hand har kommunens uppdrag till BEMAB skett med stöd av undantaget för intern upphandling antingen i 3 kap. 13 § och 14 § LUK eller 3 kap. 11 § och 12 § LOU och ingen av lagstiftningarna är således tillämpliga på köpen.

Angående bakgrunden bör beaktas att vid tidpunkten för övertagandet av uppdraget fanns ett gällande taxebeslut från kommunfullmäktige och beslut om förändring av taxan har vid behov fattats av kommunfullmäktige. Vid tidpunkten för överlåtelsen fanns även en av kommunfullmäktige beslutad taxa för fjärrvärmens.

Kommunen anser att det uppdrag som har överlåtit till BEMAB gällande avfallshanteringen utgör en tjänstekoncession vilken tilldelades BEMAB 2006-06-15. Konkurrensverket har i ett yttrande till Finansdepartementet, daterat 2015-06-05, med dnr 268/2015, ansett att det inte finns anledning att ifrågasätta att kontraktet mellan kommunen och BEMAB utgör en tjänstekoncession. Samma bedömning gjordes av Finansdepartementet i deras efterföljande skrivelse till Europeiska kommissionen daterad 2015-06-26.

En tjänstekoncession förutsätter inte att hela risken överförs från myndigheten till leverantören och inte heller att risken är betydande i sig. EU-domstolen har uttryckt att även om risken, på grund av offentlighetsreglering, är mycket begränsad i sin omfattning kan en tjänstekoncession föreligga. En förutsättning är dock att myndigheten överför hela eller åtminstone en betydande del av den risk som myndigheten skulle löpa om den utförde tjänsten själv, alltså även om denna risk redan från början är mycket begränsad. Kommunen har fattat beslut att överlåta ansvaret för kommunens renhållningsansvar till BEMAB. Detta har bland annat inneburit att BEMAB givits rätt att ta ut ersättning för sina tjänster direkt från renhållningsabonenterna. Den ersättning som kommunen har erlagt till BEMAB har endast varit för det avfall de samlat in från kommunens verksamheter, alltså i kommunens roll som renhållningsabonent. BEMAB har genom övertagandet av kommunens renhållningsskyldighet övertagit hela den risk som finns vid utförandet av tjänsten, exempelvis gällande insolvens hos de som nyttjar tjänsterna, att intäkterna inte täcker samtliga kostnader och ansvar för eventuella skador till följd av brister i tjänsten.

Det finns inga avtal, varken skriftliga eller muntliga, mellan kommunen och BEMAB som innehåller villkor som reducerar den verksamhetsrisk som överförs till BEMAB.

Konkurrensverket anger i sitt yttrande det saknas exempelvis skriftligt avtal som reglerar verksamheten. Kammarrätten i Stockholm har i mål 1232-24 konstaterat att den typ av samarbeten som reglerna om intern upphandling avser att undanta inte kräver några avtal eller kontrakt för att vara tillämpliga. Sådana samarbeten kan i stället komma till stånd genom en rad rättshandlingar och åtgärder som kan ta sig formen av beslut och komma till uttryck i kommunala protokoll, i bolagsordningar etc. Begreppen avtal eller kontrakt ger därför inte alltid en rättvisande bild av hur samarbetena som undantas genom den aktuella regleringen konstitueras. Det är inte avgörande för lagens tillämplighet om ett skriftligt avtal ingåtts eller inte. En upphandlande myndighet kan inte undgå rättslig kontroll av en upphandling eller ett ingånget avtal genom att, medvetet eller omedvetet, inte iaktta kravet på att avtalet ska vara skriftligt. Avgörande är i stället att det som anskaffas faller inom lagens materiella tillämpningsområde.

Av ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till LUK framgår att lagen trädde i kraft den 1 januari 2017 och att den inte gäller för upphandlingar av koncessioner som har påbörjats före ikraftträdandet. Kammarrätten i Göteborg har i mål 6311-23 konstaterat att antagandet av en ny taxa inte innebär att ett nytt avtal har ingåtts eller att avtalet har ändrats. Vidare konstaterade kammarrätten att LUK inte var tillämplig eftersom tjänstekoncessionen tillkommit innan tillkomsten av LUK. Kommunen överlät uppdraget till BEMAB 2006-06-15, genom antagande av bolagsordning och ägardirektiv, vid vilken tidpunkt det redan fanns ett gällande beslut från kommunfullmäktige om taxa. Nytt beslut gällande taxa fattades i december 2006 och senast vid detta tillfälle måste således ett eventuellt avtal anses ha ingåtts. Med stöd av Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål 6311-23 får

det anses klart att de beslut gällande ändringar av taxan som kommunfullmäktige har fattat under åren inte har utgjort några nya avtal eller medfört att avtalet har ändrats.

Mot bakgrund härav anser kommunen att det är tydligt att uppdraget avser en tjänstekoncession. Eftersom uppdraget överläts till BEMAB under år 2006, och någon ändring av uppdraget inte har ägt rum, anser kommunen att det är tydligt att avtalet tillkom innan tillkomsten av LUK och att Konkurrensverket således inte har att utöva tillsyn över tjänstekoncessionen.

Kommunen anser, för det fall förvaltningsrätten anser att Konkurrensverket har mandat att utöva tillsyn över uppdraget, att Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift har inkommit för sent. Eftersom avtalet slöts senast 20 december 2006, när Kommunfullmäktige beslutade om en ny taxa, skulle en ansökan om upphandlingsskadeavgift inkommit senast 20 december 2007 och Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift är således för sent inkommen.

För det fall förvaltningsrätten anser att Konkurrensverket har uppdraget att utöva tillsyn över det överlåtna uppdraget och att Konkurrensverkets ansökan är inkommen i rätt tid anser kommunen att undantaget för intern upphandling i antingen 3 kap. 13 och 14 §§ LUK eller 3 kap. 11 och 12 §§ LOU är uppfyllt. Eftersom villkoren för intern upphandling är likadant utformade i både LUK och LOU kommer kommunen hålla sitt resonemang till bestämmelserna i LUK, men resonemanget är tillämpligt på samma grunder för LOU. Eftersom det är ostridigt att kontrollkriteriet är uppfyllt kommer kommunens argumentation fokusera på att tydliggöra att även verksamhetskriteriet är uppfyllt. Eftersom Konkurrensverket konstaterat att intäkterna från verksamhetsgrenarna avfall samt vatten och avlopp är att se som interna i sin helhet blir frågan i målet huruvida även intäkterna från



fjärrvärme och övrig verksamhet ska ses som interna. Denna fråga har nyligen prövats av Kammarrätten i Stockholm i mål 1232-24.

Kommunen anser att verksamhetskriteriet ska anses uppfyllt även för dessa verksamhetsgrenar eftersom intäkterna har uppstått som en konsekvens av det uppdrag kommunen har tilldelat BEMAB gällande samtliga kommunens skyldigheter enligt renhållningslagstiftningen. Den avfallshantering som kommunen är förpliktad att utföra enligt den kommunala renhållningsskyldigheten i 15 kap. 20 § miljöbalken har genom uppdraget överförts på BEMAB. BEMAB har alltså en skyldighet enligt miljöbalken att vid avfallshanteringen utföra energi- och materialåtervinning. En sådan skyldighet omfattar också att avyttra resultatet av återvinningen. Om BEMAB inte skulle få avyttra energi och återvunnet material skulle den framställda energin helt enkelt behöva släppas ut och det återvunna materialet lagras eller deponeras. Kammarrätten i Stockholm konstaterade i mål 1232-24 att enligt förarbetena till miljöbalken har den som behandlar avfall, eller är ansvarig för att avfall blir behandlat, också en skyldighet att se till att avfallet i första hand återvinns. Mot bakgrund av EU-domstolens uttalanden i Carbotermo och Consorzio Alisei (p. 66 och 67) anser kammarrätten att även försäljningen av framställd elektricitet, värme och återvunnet material ska anses vara hänförlig till den interna verksamheten, oavsett om mottagaren är kommunen eller användarna av varorna eller tjänsterna och oavsett om betalningarna kommer från kommunen eller från användarna. Omsättningen från återvinningen och avfallsbehandlingen, inklusive försäljningen av framställd energi och återvunnet material, ska därför i sin helhet räknas som intern verksamhet. Intäkterna härrör från försäljning av energi och fjärrvärme vilket utgör en integrerad del av BEMAB:s uppdrag att ansvara för kommunens avfallshantering och återvinning. Intäkterna från försäljningen ska därför hänföras till den interna verksamheten. Utifrån detta anser kommunen att samtliga intäkter hos BEMAB ska anses vara interna och att verksamhetskriteriet således får anses uppfyllt. Detta innebär att

uppdraget får anses uppfylla villkoren för intern upphandling och att LOU därmed inte är tillämplig på uppdraget.

För det fall förvaltningsrätten inte anser att alla intäkter hos BEMAB kan ses som interna anser kommunen att i vart fall intäkterna från verksamhetsgrenarna Fjärrvärme, Övrig energiverksamhet och Biogas ska ses som interna tillsammans med intäkterna från Avfallsverksamhet samt Vatten och avlopp, vilka Konkurrensverket redan tillstyrkt ska ses som interna. Detta innebär att för år 2020 uppgår andelen interna intäkter till 99,5 procent, för år 2021 99,4 procent och för år 2022 till 99,4 procent. Som Konkurrensverket anger i sitt yttrande är det dock de tre åren innan tilldelningen av uppdraget som ska beaktas vid bedömningen av huruvida verksamhetskriteriet är uppfyllt eller inte. Enligt kommunens mening är det därför mer korrekt att titta på åren 2003, 2004 och 2005. Detta har emellertid ingen påverkan på bedömningen eftersom andelen interna intäkter för dessa år ligger på en nivå mellan 97 och 99 procent.

Konkurrensverket anför att vid bedömningen av om den kontrollerade personen bedriver huvuddelen av sin verksamhet åt den kontrollerande personen ska både kvalitativa och kvantitativa omständigheter beaktas. Kammarrätten i Stockholm konstaterade i mål 1232-24 att denna tolkning inte har något stöd i direktivet och att den fasta procentsats som anges inte ger utrymme för beaktande av kvalitativa omständigheter.

Kommunen anser att det enligt förarbetena till såväl LOU som LUK, liksom av Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål 1232-24, tydligt framgår att det inte krävs något skriftligt avtal för att reglerna om intern upphandling ska vara tillämpliga. Det är tillräckligt att kommunen har tilldelat uppdraget i exempelvis en bolagsordning för att ett samarbete av den typen som reglerna om intern upphandling avser att undanta från upphandlingsplikt ska anses ha uppstått, under förutsättning att kontroll-

och verksamhetskriterierna är uppfyllda. Utifrån detta anser kommunen att det är tydligt att det aktuella uppdraget tilldelades BEMAB år 2006. Utifrån detta följer även att Kammarrätten i Göteborgs resonemang i mål 6311-23 får anses tillämpligt i detta fall, även om det enligt Konkurrensverkets bedömning saknas skriftligt avtal. Således innebär inte kommunfullmäktiges beslut om ny taxa att ett nytt avtal har ingåtts eller att uppdraget har ändrats.

Eftersom kommunen enligt miljöbalken har ett ansvar att behandla och återvinna avfall, ett uppdrag som har tilldelats BEMAB, vilket även innefattar en skyldighet att avyttra resultatet från återvinningen. Det är korrekt som Konkurrensverket anför att det i processen förbränns mer än bara kommunalt avfall. Detta görs för att skapa effektivitet i processen och säkerställa att återvinningen av det kommunala avfallet kan ske så effektivt som möjligt. Utan uppdraget att behandla och återvinna det kommunala avfallet hade det inte funnits något behov av att förbränna andra bränslen.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Gällande regler

#### *Upphandlingslagarnas tillämplighet*

I 1 kap. 2 § första stycket LOU anges att denna lag gäller för upphandling som genomförs av en upphandlande myndighet (offentlig upphandling). Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt.

I 1 kap. 15 § LOU anges att med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som

1. ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, och

2. avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad.

Bestämmelserna grundar sig på Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG där med upphandling avses en eller flera upphandlande myndigheters anskaffning genom ett offentligt kontrakt av byggentreprenader, varor eller tjänster (artikel 1.2). Med begreppet offentligt kontrakt avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor (artikel 2.5) och med begreppet skriftligt avses varje enhet av ord eller siffror som kan läsas, återges och sedan meddelas, inklusive uppgifter som går att överföra eller lagra med elektroniska medel (artikel 2.18).

Enligt EU-domstolen ska begreppet kontrakt tolkas vidsträckt och omfatta såväl alla former av ersättningar som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande myndighet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att bl.a. utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning. Definitionen av kontrakt och det nationella regelverk vari direktivbestämmelserna tillämpas ska tolkas på så sätt att direktivens ändamålsenliga verkan säkerställs (mål C-399/98 Ordine degli architetti, p. 52, 55 och 85). Det är inte den rättsliga beteckningen av en viss avtalsrelation i sig som är viktig utan innebörden av denna tolkad i funktionella termer. Samarbetsavtal mellan olika myndigheter kan vara kontrakt i direktivens mening (mål C-84/03 Kommissionen mot Spanien). Med begreppet ekonomiska villkor avses att varje part åtar sig att utföra en prestation i utbyte mot en annan (mål C-367/19 Tax-Fin-Lex, p. 25).

Enligt förarbetena till LOU kräver den typ av samarbeten som reglerna om intern upphandling avser att undanta inga avtal eller kontrakt för att vara tillämpliga. Sådana samarbeten kan i stället komma till stånd genom en rad

rättshandlingar och åtgärder som kan ta sig formen av beslut och komma till uttryck i kommunala protokoll, i bolagsordningar etc. Begreppen avtal eller kontrakt ger därför inte alltid en rättvisande bild av hur samarbetena som undantas genom den aktuella regleringen konstitueras (prop. 2015/16:195 s. 394). Det är inte avgörande för lagens tillämplighet om ett skriftligt avtal ingåtts eller inte. En upphandlande myndighet kan inte undgå rättslig kontroll av en upphandling eller ett ingånget avtal genom att, medvetet eller omedvetet, inte iaktta kravet på att avtalet ska vara skriftligt. Avgörande är i stället att det som anskaffas faller inom lagens materiella tillämpningsområde (samma prop. s. 933).

I 1 kap. 2 § LUK anges att denna lag gäller för upphandling av byggkoncessioner och tjänstekoncessioner som genomförs av en upphandlande myndighet eller enhet (upphandling av koncessioner). Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av en koncession.

I 1 kap. 13 § LUK anges att med koncession avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en koncessionshavare, där

1. kontraktet utgör antingen en byggkoncession enligt 8 § eller en tjänstekoncession enligt 19 §,
2. ersättningen för arbetet eller tjänsten utgörs antingen av enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller av dels en sådan rätt, dels betalning, och
3. kontraktet innefattar att en sådan verksamhetsrisk som avses i 22 § övertas av koncessionshavaren.

I 1 kap. 19 § LUK anges att med tjänstekoncession avses en koncession genom vilken en upphandlande myndighet eller enhet anförtror till

koncessionshavaren tillhandahållandet och förvaltningen av andra tjänster än de som avses i 8 §.

I 1 kap. 22 § LUK anges att med verksamhetsrisk avses efterfrågerisk eller utbudsrisk eller båda.

I 1 kap. 23 § LUK anges att med övertagande av verksamhetsrisk avses att en koncessionshavare genom koncessionen, vid normala verksamhetsförhållanden,

1. inte är garanterad att kompenseras för de investeringar som görs och de kostnader som uppstår vid utnyttjandet av det byggnadsverk eller tillhandahållandet av de tjänster som är föremål för koncessionen, och
2. utsätts för en verklig exponering för förändringar på marknaden på så sätt att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte är endast nominella eller försumbara.

Bestämmelserna i LUK bygger på Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner där bl.a. följande anges i artikel 5.1 b) tjänstekoncession: skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor genom vilket en eller flera upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter anförtrot tillhandahållande och förvaltning av tjänster som inte avser utförande av byggentreprenad enligt led a till en eller flera ekonomiska aktörer, där ersättningen för tjänsterna endast utgörs av rätten att utnyttja de tjänster som är föremål för kontraktet eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

Tilldelningen av en byggkoncession eller tjänstekoncession innefattar att verksamhetsrisken vid utnyttjandet av dessa byggnadsverk eller tjänster, som omfattar efterfrågerisken eller utbudsrisken eller bådadera, överförs till koncessionshavaren. Koncessionshavaren ska anses överta verksamhetsrisken om denne, vid normala verksamhetsförhållanden, inte är garanterad att få

tillbaka de investeringar som gjorts och de kostnader som uppstått under utnyttjandet av det byggnadsverk eller tillhandahållandet av de tjänster som är föremål för koncessionen. Den del av risken som överförs på koncessionshavaren ska omfatta verklig exponering för marknadens nycker, vilket innebär att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte ska vara endast nominella eller försumbara (art. 5.1).

#### *Rätt tid*

I 21 kap. 7 § andra stycket LOU anges att om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

#### *Undantaget för interna upphandlingar*

I 3 kap. 11 § LOU anges att denna lag inte gäller när den upphandlande myndighetens motpart är en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (2017:725), om upphandlingen är en intern upphandling enligt 12–16 §§.

I 3 kap. 12 § LOU anges att en upphandling ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning,
2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för myndighetens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som myndigheten utövar kontroll över, och
3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

En upphandlande myndighet ska anses utöva kontroll enligt första stycket 1 om den har ett avgörande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller

gemensam nämnd enligt kommunallagen (2017:725) som själv kontrolleras på samma sätt av myndigheten.

I 3 kap. 16 § LOU anges att verksamhetsandelen enligt 12 § första stycket 2, 13 § första stycket 2, 14 § första stycket 2 och 15 § första stycket 2 ska bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor, tjänster och byggtrepenader under de tre år som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod. Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

#### *Annonseringsskyldighet*

I 10 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet ska genom en anbudsinfordran informera om sin avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal. En anbudsinfordran ska göras genom en annons om upphandling eller, i de fall som regleras i 2 §, en förhandsannons.

Särskilda regler om upphandling utan föregående annonsering finns i 6 kap. 12–19 §§.

#### *Upphandlingsskadeavgift*

I 21 kap. 1 § LOU anges att allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), bl.a. om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 6 §.

I 21 kap. 2 § LOU anges att tillsynsmyndigheten ska hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som anges i 1 § 1 och 2.

Tillsynsmyndigheten får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en



upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som avses i 1 § 3.

I 21 kap. 4 § LOU anges att upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap.

I 21 kap. 5 § LOU anges att Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

### **Förvaltningsrättens bedömning**

#### *Upphandlingslagarnas tillämplighet*

Det är ostridigt i målet att kommunen har anskaffat sådana tjänster (återvinnings- och avfallshanteringstjänster) som omfattas av såväl LOU:s som LUK:s materiella tillämpningsområde. Det finns därför skäl att först pröva vilken lagstiftning som är tillämplig. Vad gäller frågan om tillämpning av LUK är det ostridigt att ett sådant kontrakt som avses i 1 kap. 13 § LUK har ingåtts. Det kan också konstateras ersättningen för tjänsten utgörs antingen av enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller av dels en sådan rätt, dels betalning. Frågan är därför om kontraktet innefattar att en sådan verksamhetsrisk som avses i 1 kap. 22 § LUK övertas av koncessionshavaren. För att så ska anses vara fallet krävs att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte är endast nominella eller försumbara.

Konkurrensverkets ansökan gäller den del av BEMAB:s verksamhet som gäller avfallstjänster. I denna del grundar sig intäkterna på av kommunen beslutad taxa. Det är dock BEMAB som tar fram underlag för och lämnar förslag på taxa. Därvid är att beakta att BEMAB:s taxefinansierade verksamhet enligt bolagsordning och ägardirektiv över tid ska gå plus minus noll. Det finns också lagstöd i den s.k. självkostnadsprincipen i 2 kap. 6 § kommunallagen

(2017:725) för att ta ut full kostnadstäckning. Det får därför förutsättas att den kommunala taxan bestäms på ett sådant sätt att BEMAB inte förväntas gå med förlust. Om förlust ändå uppstår kan det förutsättas att taxan korrigeras för kommande år. Vidare måste innehavarna av relevant avfall anlita BEMAB för hantering av avfallet. BEMAB:s ensamrätt till avfallet (överförd från kommunen) medför även att risken för konkurrens är liten eller obefintlig. Kommunen har anfört att BEMAB genom övertagandet av kommunens renhållningsskyldighet har övertagit hela den risk som finns vid utförandet av tjänsten, exempelvis gällande insolvens hos de som nyttjar tjänsterna, att intäkterna inte täcker samtliga kostnader och ansvar för eventuella skador till följd av brister i tjänsten. Att sådana faktorer leder till slutlig förlust för bolaget framstår visserligen som en verklig risk. Mot bakgrund av det ovan sagda framstår dock den sammantagna risken för förluster som så liten att den kan betecknas som försumbar. Då det därmed inte föreligger något övertagande av verksamhetsrisk och således inte heller någon koncession. LUK är alltså inte tillämplig. I stället är LOU tillämplig.

#### *Rätt tid*

Nästa fråga att pröva är när upphandlingskontraktet ingicks eftersom denna fråga är avgörande för frågan om Konkurrensverkets ansökan inkommit i rätt tid (se 21 kap. 7 § LOU). Därvid kan konstateras att bolagsordning och ägardirektiv visserligen kan ålägga BEMAB att utföra något, t.ex. avfallstjänster. De närmare villkoren för tillhandahållandet och framförallt rätten till betalning för dessa tjänster uppkommer dock först genom kommunfullmäktiges beslut om taxa. Det är genom kommunfullmäktiges beslut om taxa som ekonomiska villkor om utförande avfalltjänster mot rätt till betalning och mot rätt att ta betalt av tredje man uppstår. Taxebeslutet är därför avgörande för upphandlingskontraktets uppkomst. Om taxebeslutet byts ut måste det därför, i ett fall som det förevarande när det saknas skriftligt avtal med ekonomiska villkor, anses ha uppkommit ett nytt avtal.

Kommunfullmäktiges beslut om taxa den 28 september 2023 har därmed

inneburit att ett upphandlingskontrakt uppkommit. Konkurrensverkets ansökan har inkommit inom ett år från detta datum och således i rätt tid.

*Undantaget för interna upphandlingar*

I enlighet med det ovan sagda föreligger en sådan upphandling som faller inom LOU:s tillämpningsområde och att Konkurrensverket i rätt tid ansökt om påförande av upphandlingsskadeavgift i anledning av denna. Nästa fråga att pröva är om upphandlingen är undantagen från LOU:s tillämpningsområde såsom utgörande en intern upphandling. Därvid noteras att det är ostridigt att kravet enligt 3 kap. 12 § 1 LOU, det s.k. kontrollkriteriet, är uppfyllt. Det är också ostridigt att kravet enligt 3 kap. 12 § 3 är uppfyllt, d.v.s. att det saknas privat ägarintresse i BEMAB. Vad förvaltningsrätten har att pröva är således om kravet enligt 3 kap. 12 § 2 LOU, det s.k. verksamhetskriteriet. Parterna är därvid oense om vilka av BEMAB:s verksamhetsområden som ska hänföras till s.k. intern verksamhet, d.v.s. verksamhet som bedrivs för kommunens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 3 kap. 11 § LOU och som myndigheten utövar kontroll över. Avgörande för bedömningen i denna del är hur ser på BEMAB:s fjärrvärmeverksamhet. Konkurrensverket gör gällande att omsättningen, med undantag för en liten del som avser omsättning gentemot kommunen respektive kommunkoncernen (kommunala bolag), är hänförlig till extern verksamhet. Kommunen gör gällande att omsättningen i sin helhet är hänförlig till intern verksamhet. I detta sammanhang har Kammarrätten i Stockholm i dom den 8 oktober 2024 i mål nr 1232-24 kommit fram till att omsättningen från återvinningen och avfallsbehandlingen, inklusive försäljningen av framställd energi och återvunnet material, ska i sin helhet räknas som intern verksamhet. Förvaltningsrätten, som gör motsvarande bedömning, anser därför att den del av fjärrvärmeverksamheten som bygger på förbränning av avfall ska räknas som intern verksamhet. Därefter kvarstår dock en betydande del av fjärrvärmeverksamheten som bygger på förbränning av annat bränsle än avfall. Kommunen har i detta avseende anfört att det är korrekt som Konkurrensverket

anför att det i processen förbränns mer än bara kommunalt avfall, detta görs för att skapa effektivitet i processen och säkerställa att återvinningen av det kommunala avfallet kan ske så effektivt som möjligt. Utan uppdraget att behandla och återvinna det kommunala avfallet hade det inte funnits något behov av att förbränna andra bränslen. Även med beaktande av vad kommunen anför finns det dock inte fog för att anse att kommunen måste förbränna annat bränsle än avfall för att uppfylla sin skyldighet att behandla och återvinna avfall. Förbränningen av annat bränsle kan således inte anses vara en följd av BEMAB:s uppdrag på avfallsområdet och kan inte heller på annat sätt anses ske på uppdrag av kommunen. Verksamheten kan därmed inte anses ha tilldelats BEMAB från kommunen. Den omständigheten att BEMAB inte hade haft ett s.a.s. behov av att förbränna andra om bolaget inte förbrände kommunalt avfall innebär inte att förbränningen av annat bränsle utgör intern verksamhet. Mot denna bakgrund kan konstateras att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt eftersom fjärrvärmeverksamheten i den del som bygger på förbränning av annat bränsle än avfall är alltför omfattande. Upphandlingen är således inte undantagen från LOU:s tillämpningsområde enligt reglerna om interna upphandlingar.

#### *Annonseringsskyldighet*

Nästa fråga att pröva är om det förelegat något undantag från skyldigheten att annonsera. Därvid kan först konstateras att Konkurrensverket värderat upphandlingen till 143 000 000 kr med ledning av BEMAB:s uppgifter om att BEMAB:s intäkter, som kan härledas till taxebeslutet, uppskattningsvis kommer att uppgå till ca 143 000 000 kr under 2024. Kommunen får härmed anses ha angett såväl avtalets löptid som dess uppskattade värde. Kommunens uppskattning av upphandlingens värde framstår som rimlig. Då upphandlingens värde därmed överstiger tillämpligt tröskelvärde ska de direktivstyrda bestämmelserna i LOU tillämpas. Annonseringsskyldighet gäller därmed enligt 10 kap. 1 § LOU. Vidare kan konstateras att kommunen inte gjort gällande att något undantag skulle vara tillämpligt och att det inte heller framgår av

utredningen i målet att så skulle vara fallet. Kommunen har således agerat i strid med annonseringsskyldigheten och gjort en otillåten direktupphandling.

#### *Upphandlingsskadeavgift*

Den sista frågan för förvaltningsrätten att pröva är om upphandlingsskadeavgift ska tas ut och i så fall med vilket belopp. Otillåten direktupphandling är i sig en allvarlig överträdelse och det finns därför skäl att utgå från ett högt sanktionsvärde. Det är inte fråga om ett ringa fall och synnerliga skäl för eftergift har inte framkommit. Att upphandlingens värde uppgår till ett högt belopp är en försvårande omständighet. Några förmildrande omständigheter har inte framkommit. Vid en samlad bedömning bedömer förvaltningsrätten att en upphandlingsskadeavgift på 8 000 000 kr är både proportionerlig och väl avvägd. Upphandlingsskadeavgift ska därför påföras med detta belopp.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Avgörandet kan överklagas. Information om detta finns i bilaga 1 (FR-05).

Sylvia Rosén

Rådmannen Sylvia Rosén har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.