

Förvaltningsrätten i Uppsala
Box 1853
751 48 Uppsala

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

VafabMiljö kommunalförbund (222000-3129), Returvägen 20, 721 37 Västerås

Ombud: Advokaterna och Södergatan 28, 211 34 Malmö

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 LOU beslutar att VafabMiljö kommunalförbund ska betala 10 000 000 (tiomiljoner) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. VafabMiljö kommunalförbund (kommunalförbundet) har brutit mot 7 kap. 1 § LOU genom att ingå avtal om tillhandahållande av avfallstjänster med Vafab Miljö Aktiebolag (Vafab) utan föregående annonsering, se [bilaga 1](#). Eftersom det saknades förutsättningar för detta utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund

Tidigt kommunalt samarbete om renhållningstjänster och bildandet av Vafab

2. Kommunerna Arboga, Kungsör och Köping bildade år 1969 renhållningsbolaget Västra Mälardalens Renhållningsaktiebolag. Ändamålet med verksamheten var att utföra insamling, sortering och behandling av alla slags sopor och avfall samt därmed förenlig verksamhet för ägarkommunernas räkning.
3. År 1981 bildades Västmanlands avfallsaktiebolag med ändamålet att svara för den regionala avfallshanteringen för kommunerna i Västmanlands län och Enköpings kommun. Dåvarande ägarkommuner i Västmanlands län var Fagersta, Hallstahammar, Heby¹, Norberg, Sala, Skinnskatteberg, Surahammar och Västerås kommuner.
4. Den 27 augusti 2004 beslutade ägarna till Västra Mälardalens Renhållningsaktiebolag och Västmanlands avfallsaktiebolag att slå samman bolagen för att bilda det gemensamma Vafab. Sammanslagningen skedde genom att Vafab köpte samtliga aktier i de båda bolagen. Samarbetet och grunderna för det nya bolaget reglerades genom ett aktieägaravtal mellan ägarkommunerna, se [bilaga 2](#).

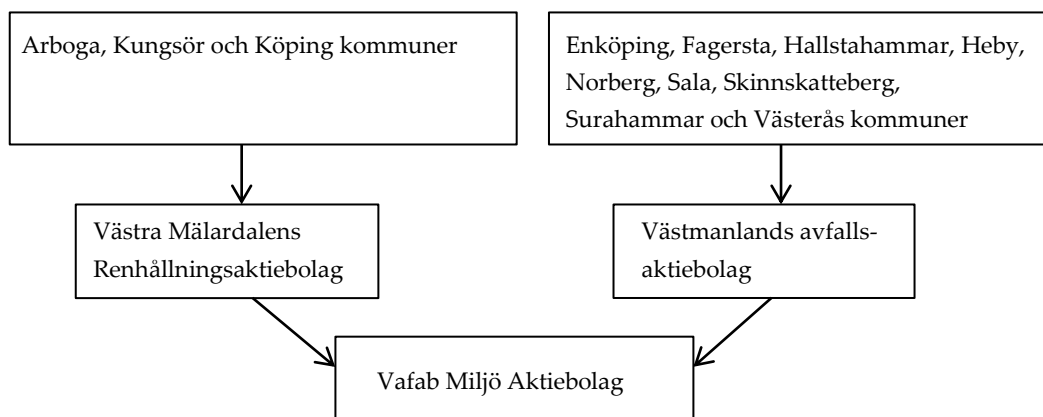


Bild: Schematisk översikt av bildandet av Vafab Miljö Aktiebolag.

¹ Vid årsskiftet 2006/2007 överfördes Heby kommun till Uppsala län.

5. Syftet med att bedriva verksamheten i ett gemensamt bolag var att skapa en sammanhållen organisation för att bättre klara av de krav som ställdes på den regionala avfallshanteringen. Av 4 § i aktieägaravtalet framgår att Vafab bland annat fick i uppdrag att bygga och driva behandlingsanläggningar och avfallsupplag samt att svara för omlastningsstationer och transporter av avfall. Av samma paragraf framgår att verksamheten huvudsakligen ska vara regional, men att bolaget kan vara verksamt och erbjuda sina tjänster även utanför regionen till gagn för syftet med dess verksamhet.
6. Av 8 § i aktieägaravtalet framgår vidare att Vafabs verksamhet ska bedrivas enligt affärsmässiga principer. Anläggningar, fordon och inventarier ska i första hand finansieras med eget kapital, statsbidrag och externa lån. För mottagande och behandling av avfall har bolaget rätt att ta ut taxor, som kan vara olika för olika slags avfall.
7. Av 20 § i aktieägaravtalet framgår att avtalet är giltigt till och med år 2024 och att verksamheten ska utvärderas senast vid utgången av år 2013.

Tillsynsärende mot en av ägarkommunernas köp av avfallstjänster

8. Under år 2008 inledde Konkurrensverket ett tillsynsärende mot Västerås kommuns köp av avfallstjänster från Vafab. Granskningen resulterade i ett beslut den 10 september 2008, se [bilaga 3](#). Konkurrensverket fann att Västerås kommun bröt mot upphandlingslagstiftningen genom att tilldela Vafab kontrakt avseende avfallstjänster utan föregående annonsering. Genom beslutet förelades Västerås kommun att senast den 1 december 2008 redovisa vilka åtgärder kommunen skulle vidta för att avveckla kontraktet med Vafab. Kommunen hördes emellertid inte av och Konkurrensverket skickade en ny begäran till kommunen, se [bilaga 4](#). Efter kommunens svar beslutade Konkurrensverket den 11 mars 2009 att avsluta ärendet med bedömningen att Västerås kommun inte hade gjort vad som krävdes för att avveckla de avtal som direkttilldelats Vafab, se [bilaga 5](#).

Överprövning i domstol gällande en av kommunernas köp av avfallstjänster

9. Utöver Konkurrensverkets granskning har Västerås kommuns köp av tjänster från Vafab varit föremål för överprövning i förvaltningsdomstol.
10. Förvaltningsrätten i Uppsala beslutade genom dom den 7 december 2011 i mål nr 5493-11 att ogiltigförklara Västerås kommuns avtal med Vafab om köp av renhållningstjänster under år 2012 efter ansökan om överprövning från tre bolag inom avfallsbranschen. Förvaltningsrätten fann att kommunens avtal med Vafab inte kunde undantas från LOU:s tillämpningsområde eftersom den verksamhet som bolaget bedrev tillsammans med andra än

ägarkommunerna inte bedömdes vara av marginell karaktär, se bilaga 6.² Domen överklagades till Kammarrätten i Stockholm som den 16 februari 2012 i mål nr 7545-11 beslutade att inte meddela prövningstillstånd.

11. Efter ny ansökan om överprövning beslutade Förvaltningsrätten i Uppsala genom dom den 19 november 2012 i mål nr 4544-12, 4546-12 och 4550-12 att ogiltigförklara Västerås kommuns avtal om köp av renhållningstjänster från Vafab under år 2013, se bilaga 7. Förvaltningsrätten fann att den verksamhet som Vafab bedrev åt andra än sina ägarkommuner uppgick till ca 25 procent av bolagets omsättning under år 2011 och till ca 24 procent av bolagets omsättning under de tre första kvartalen av år 2012. Verksamhet som bedrevs med andra än ägarkommunerna bedömdes därför inte vara endast av marginell karaktär och avtalet kunde därmed inte undantas från LOU:s tillämpningsområde. Kammarrätten i Stockholm beslutade dock den 14 februari 2013 att undanröja den överklagade domen på grund av domarjäv och återförvisade målen till förvaltningsrätten för ny handläggning.
12. Vid den förnyade prövningen beslutade Förvaltningsrätten i Uppsala genom dom den 16 augusti 2013 i mål nr 857-13, 862-13 och 864-13 att Västerås kommun skulle göra om upphandlingen av renhållningstjänster för år 2013, se bilaga 8. Förvaltningsrätten fann att upphandlingen av avfallstjänster var påbörjad senast genom att kommunen år 2004 ingick aktieägaravtalet, det vill säga innan bestämmelserna om överprövning av avtals giltighet hade trätt ikraft den 15 juli 2010. Eftersom kommunen hade agerat i strid med bestämmelserna i den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling beslutade domstolen i stället att upphandlingen skulle göras om. Domslutet fastställdes av Kammarrätten i Stockholm genom dom den 30 april 2014 i mål nr 5649–5651-13, se bilaga 9. Av kammarrättens domskäl framgår bland annat att Vafab hade uppgett att den del av bolagets omsättning som kom från den privata marknaden och från andra offentligrättsliga aktörer än ägarkommunerna uppgick till ca 19 procent under år 2011 och till ca 21 procent under år 2012. Kammarrätten bedömde mot den bakgrunden att den verksamhet som Vafab bedrev åt andra än sina ägarkommuner inte endast var av marginell karaktär. Avtalet var därför inte undantaget från offentlig upphandling. Kammarrättens dom har vunnit laga kraft.

Utvärdering av Vafabs verksamhet i enlighet med 20 § i aktieägaravtalet

13. När ägarkommunerna i enlighet med bestämmelserna i aktieägaravtalet skulle utvärdera samarbetet i Vafab beslutade kommunerna att ge service- och intresseorganisationen Västmanlands kommuner och landsting (VKL) i uppdrag att göra en översyn av bolagets verksamhet. Mot bakgrund av hur

² Västerås kommun hördes inte av under målets handläggning i förvaltningsrätten och sökandenas uppgift om att 45,8 procent av Vafabs omsättning för år 2010 kunde hänföras till verksamhet som bedrevs tillsammans med andra än ägarkommunerna godtogs.

domstolarna (se punkterna 10–12 ovan) hade bedömt Västerås kommuns köp av tjänster från Vafab skulle utredningen bland annat lämna förslag på hur ägarnas samverkan avseende avfallstjänster kunde utvecklas för att upphandlingsregelverket inte skulle överträdas.

14. Av VKL:s rapport den 28 augusti 2012 framgår bland annat att det är svårt att göra en juridisk bedömning av vilken organisationslösning som skulle väljas för att kommunernas samverkan inom avfallsområdet ska vara förenlig med LOU. VKL bedömde att det var osäkert att utgå ifrån att kommunernas köp av tjänster från Vafab i framtiden skulle omfattas av Teckal-kriterierna³ och därmed vara undantagna från upphandlingskyldighet, eftersom regelns tillämpningsområde kan förändras genom ny rättspraxis. Det mest juridiskt säkra alternativet för kommunal samverkan bedömdes vara att kommunerna valde att samarbeta i ett kommunalförbund, se bilaga 10 (s. 6 och 21 f.).
15. Rekommendationen till Vafabs ägarkommuner blev därför bland annat att utöka samarbetet till att omfatta samtliga uppgifter enligt det kommunala renhållningsansvaret, med undantag för sådana myndighetsuppgifter som behövde ligga kvar hos kommunerna. Alternativt råddes ägarkommunerna att tilldela Vafab en tjänstekoncession genom att kostnaderna för den kommunala renhållningen fakturerades direkt från Vafab och inte via kommunerna (se s. 25 i bilaga 10).
16. Den 13 juni 2013 godkände en extra bolagsstämma för Vafab förslaget att i enlighet med slutsatserna i VKL:s utredning rekommendera ägarkommunerna att genom beslut i respektive kommunfullmäktige ombilda bolaget till ett kommunalförbund. I augusti samma år skickade Vafab därför ett beslutsunderlag till samtliga ägarkommuner, se bilaga 11. Till beslutsunderlaget bifogades förslag till konsortialavtal avseende ombildningen av Vafab, förslag till förbundsordning för kommunalförbundet och reglemente för förbundets direktion samt förslag till aktieöverlåtelseavtal, se bilaga 12.
17. Av 2 § i den föreslagna förbundsordningen framgår att medlemmarna i kommunalförbundet är Arboga, Enköping, Fagersta, Hallstahammar, Heby, Kungsör, Köping, Norberg, Sala, Skinnskatteberg, Surahammar och Västerås kommuner. Av 3 § i samma förbundsordning framgår att förbundet ska svara för den strategiska planeringen av frågor kring avfallshantering och de uppgifter rörande insamling och behandling av avfall samt den myndighetsutövning som åligger kommunerna enligt 15 kap. miljöbalken med tillhörande lagstiftning samt omhändertagande av medlemmarnas verksamhetsavfall och avloppsreningsslam, om inte medlemskommunen beslutar annat och överenskommelse om detta träffas med förbundet. I samma bestämmelse

³ Angående Teckal-kriterierna och bestämmelsen om interna köp i 2 kap. 10 a § LOU, se nedan punkterna 40–42.

regleras också att förbundet inte ska besluta om renhållningstaxa eller renhållningsordning, utan att sådana beslut tas av respektive medlem.

18. Enligt den tidplan som Vafab föreslog skulle kommunalförbundet överta ansvaret för kommunernas renhållningsverksamhet den 1 januari 2014. En förutsättning för detta var att ägarkommunerna fattade beslut om ombildning senast under oktober 2013. Undertecknande av dokument och handlingar planerades att ske under november 2013 (se s. 3 bilaga 11).

Bildandet av kommunalförbundet

19. Under slutet av år 2013 började ägarkommunerna till Vafab att fatta beslut i respektive fullmäktige om att ombilda bolaget till ett kommunalförbund och att godkänna de utkast till handlingar som Vafab hade skickat ut. En av ägarkommunerna, Enköpings kommun, kom emellertid inte att fatta beslut om att godkänna bildandet av kommunalförbundet. Enköpings kommuns agerande innebar att kommunalförbundet inte kunde bildas som planerat.
20. Eftersom flera av ägarkommunerna hade fått akuta problem på grund av den försenade tidplanen föreslog Vafab att övriga kommuner skulle bilda kommunalförbundet utan Enköpings kommuns medverkan. Eftersom Enköpings kommun angavs som förbundsmedlem i den tidigare föreslagna förbundsordningen behövde denna ändras för att förbundet skulle kunna bildas. Den 20 augusti 2014 skickade därför Vafab ut en ny skrivelse med bilagor till ägarkommunerna med förslag till beslut om temporär ändring av förbundsordning för kommunalförbundet som skulle gälla till dess att Enköpings kommun beslutade sig för att ansluta sig till kommunalförbundet, se [bilaga 13](#). I denna fanns alltså inte Enköpings kommun omnämnd som medlem. Förslaget till den temporära förbundsordningen innehåller även några andra ändringar såsom bland annat bestämmelsen om bildandet och ändringar i förbundsordningen. Enligt 21 § i den temporära förbundsordningen är förbundet bildat när medlemmarnas fullmäktige har antagit förbundsordningen. I samma bestämmelse anges att förbundet ansvarar för verksamheten enligt förbundsordningen när konstituerande direktionmöte hållits. Några följdändringar i konsortial- eller aktieöverlåtelseavtalet gjordes emellertid inte. Enköpings kommuns möjligheter att gå med i kommunalförbundet på de villkor och enligt de handlingar som övriga kommuner redan antagit ansågs kvartstå, trots att en ny förbundsordning antagits.
21. Övriga kommuner fick med anledning av den föreslagna temporära förbundsordningen fatta nya beslut i respektive kommunfullmäktige. Skinnkattebergs kommun var den sista förbundsmedlem som den 17 november 2014 beslutade att godkänna den temporära förbundsordningen.
22. Ett antal förbundsmedlemmar har valt att utnyttja möjligheten att träffa separata överenskommelser med förbundet om att återta viss verksamhet till den

egna kommunen (se 3 § i den temporära förbundsordningen, bilaga 13). Så har bland annat Kungsör, Köping, Sala och Surahammars kommuner valt att göra.

23. Den 12 januari 2015 ägde kommunalförbundets konstituerande sammanträde med direktionen för förbundet rum, se [bilaga 14](#). Vid sammanträdet beslutades bland annat om vem som skulle vara ordförande för direktionen och hur firman skulle tecknas. Vidare beslutade direktionen att godkänna uppdragsavtalet mellan Vafab och förbundet.

Uppdragsavtalet mellan kommunalförbundet och Vafab

24. Samma dag som det konstituerande sammanträdet hade hållits och förbundet därigenom fick ansvaret för verksamheten, det vill säga den 12 januari 2015, ingick förbundet ett uppdragsavtal med Vafab (se bilaga 1).
25. Av uppdragsavtalet framgår bland annat att Vafabs ägarkommuner hade beslutat att ombilda bolaget till ett kommunalförbund och att förbundet skulle överta ansvaret för den verksamhet som bedrevs i bolaget. Under en övergångsperiod skulle emellertid personal och verksamhet kvarstå i Vafab (se punkt 2.1 och 2.2 i bilaga 1). Enligt punkt 3 i uppdragsavtalet åtog sig därför bolaget att ansvara för utförandet av kommunalförbundets hela verksamhet enligt förbundsordningen till dess övertagandet sker. Enligt avtalet skulle kommunalförbundet ersätta Vafab för dess självkostnader för utförandet av uppdraget (se punkt 9.1 i bilaga 1).
26. Det är uppdragsavtalet mellan kommunalförbundet och Vafab som är föremålet för denna ansökan om upphandlingsskadeavgift.

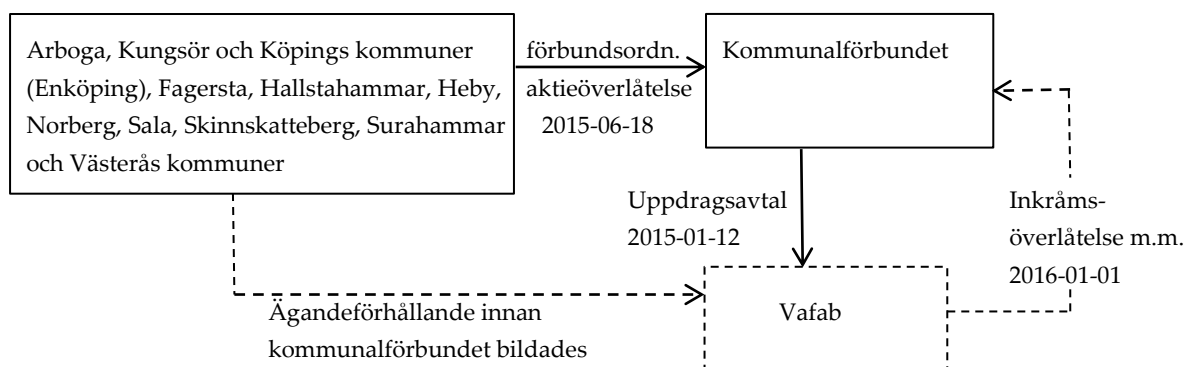


Bild: Bilden visar översiktligt de dåvarande och de nuvarande ägarförhållandena till Vafab, mellan vilka parter uppdragsavtalet har tecknats och de händelserna som har skett efter det att kommunalförbundet har bildats samt den framtida inkrämsöverlåtelsen.

Den temporära förbundsordningen upphör att gälla och den fortsatta processen

27. En kort tid efter uppdragsavtalets ingående beslutade Enköpings kommun att gå med i kommunalförbundet. Kommunen beslutade emellertid först den

8 juni 2015 att godkänna förbundsordningen och anslöt sig då slutligen till kommunalförbundet. När godkännandet skedde upphörde den temporära förbundsordningen att gälla och ersattes av den ordinarie förbundsordningen som Vafab hade skickat ut till kommunerna under år 2013 och som godtagits av de övriga kommunerna under slutet av år 2013 och i början av år 2014.

28. Processen med att överföra verksamheten från Vafab till kommunalförbundet skulle genomföras i tre steg. Kommunerna skulle inledningsvis sälja sina aktier i Vafab till kommunalförbundet. Därefter skulle en inkråmsöverlåtelse genomföras från Vafab till förbundet och genom det tredje och sista steget skulle Vafab antingen likvideras eller läggas vilande, se bilaga 15.
29. Av Konkurrensverkets utredning framgår att det första steget redan är genomfört. Aktieöverlåtelseavtalet undertecknades den 18 juni 2015 av kommunerna och av kommunalförbundet. Kommunerna finansierade själva kommunalförbundets köp av aktierna genom att mot revers låna ut pengar till förbundet. Det utlånade beloppet motsvarande det nominella värdet av respektive kommuns ägarandel i Vafab, sammanlagt 64 200 000 kronor. Inkråmsöverlåtelsen från Vafab till kommunalförbundet har påbörjats och planeras vara avslutad den 1 januari 2016. Något beslut om vad som därefter ska hända med Vafab har, såvitt Konkurrensverket känner till, ännu inte fattats.

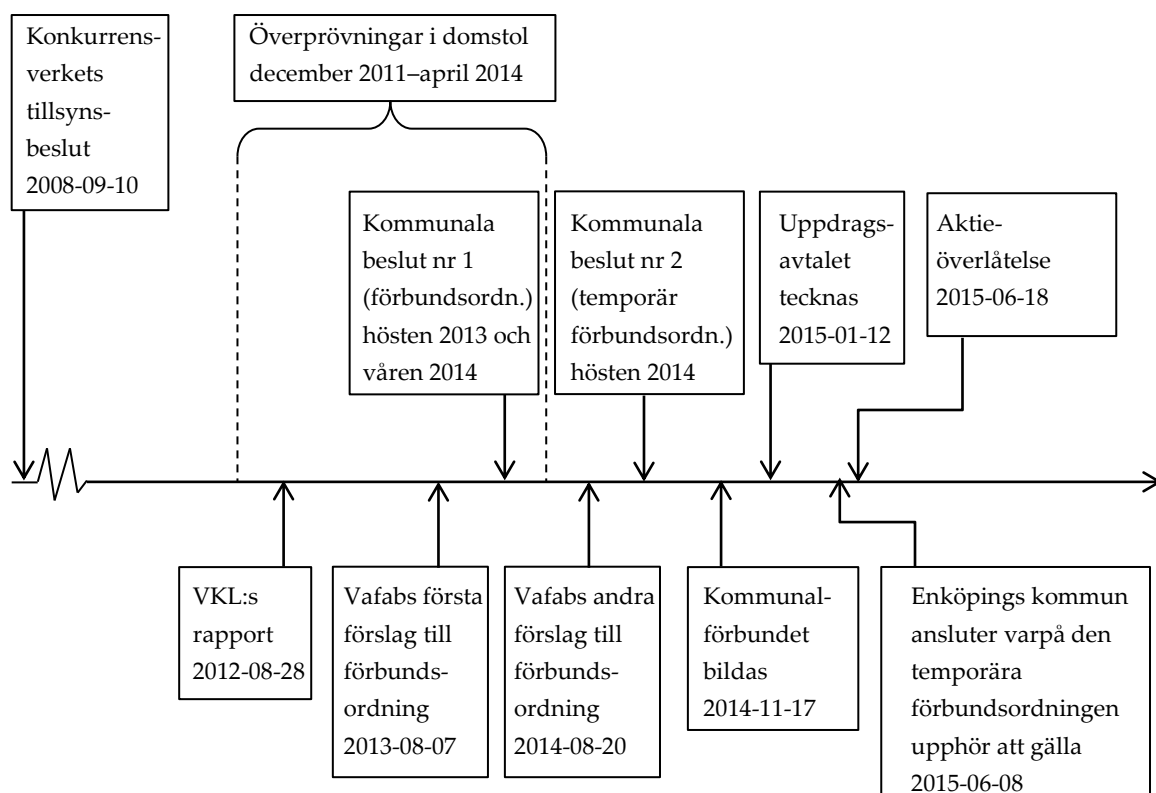


Bild: Tidslinje över händelseförloppet som har lett fram till bildandet av kommunalförbundet.

30. Konkurrensverket har den 6 november 2015 berett kommunalförbundet möjlighet att yttra sig över ett utkast till ansökan om upphandlingsskadeavgift. Kommunalförbundet har den 10 december 2015 kommit in med ett svar över Konkurrensverkets utkast, se bilaga 16.

Uppdragsavtalet mellan kommunalförbundet och Vafab utgör en otillåten direktupphandling

31. Ett kommunalförbund består av en sammanslutning av flera upphandlande myndigheter och är en självständig juridisk person.⁴ Ett sådant förbund är en upphandlande myndighet enligt 2 kap. 19 § 3 LOU och ska iaktta bestämmelserna i LOU vid offentlig upphandling.
32. Uppdragsavtalet avser utförande av avfallstjänster, som omfattas av kategori 16 i bilaga 2 avseende förteckning över tjänstekontrakt (A-tjänster) till LOU, mot ekonomisk ersättning. Uppdragsavtalet är ett avtal med ekonomiska villkor mellan en upphandlande myndighet och en leverantör avseende tillhandahållande av en tjänst som lagen är tillämplig på (se 2 kap. 10 § LOU).
33. Eftersom avtalets värde överstiger såväl direktupphandlingsgränsen som det tillämpliga tröskelvärdet ska anskaffningen som huvudregel konkurrensutsettas genom annonsering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT). Uppdragsavtalet har emellertid inte föregåtts av annonsering. Under Konkurrensverkets utredning har kommunalförbundet som skäl för att inte genomföra en annonserad upphandling enligt LOU gjort gällande att uppdragsavtalet är ett avtal som inte omfattas av upphandlingsskyldigheten enligt LOU.
34. Kommunalförbundet har angett att uppdragsavtalet inte omfattas av annonseringsskyldigheten i LOU eftersom det är fråga om sådan offentlig samverkan om allmännyttiga tjänster mellan förbundet och Vafab, som enligt EU-domstolens praxis faller utanför tillämpningsområdet för upphandlingsdirektiven (så kallad Hamburg-samverkan). Om det inte är frågan om sådan samverkan menar förbundet att kontraktet omfattas av bestämmelsen om interna köp i 2 kap. 10 a § LOU (Teckal-bestämmelsen).

Uppdragsavtalet reglerar inte en horisontell samverkan mellan myndigheter

35. Kommunalförbundet anser i första hand att uppdragsavtalet är ett samverkansavtal mellan upphandlande myndigheter som faller utanför regelverkets tillämpningsområde enligt de så kallade Hamburg-kriterierna. Enligt förbundet utövar de deltagande myndigheterna verksamhet på den öppna marknaden i en omfattning som understiger 20 procent av de verksamheter som berörs av samarbetet, varför förutsättningarna för sådan samverkan är

⁴ Bestämmelser om ett kommunalförbund finns i 3 kap. 20–28 §§ kommunallagen (1991:900).

uppfyllda. Kommunalförbundet har bland annat anfört att Vafabs försäljning till den öppna marknaden endast uppgick till 16,7 procent under år 2014 och att försäljningen inte heller kommer att överstiga 20 procent under år 2015.

36. Av EU-domstolens rättspraxis framgår att avtal med ekonomiska villkor mellan upphandlande myndigheter under vissa förutsättningar faller utanför tillämpningsområdet för de unionsrättsliga reglerna om offentlig upphandling. En sådan situation kallas för Hamburg-samverkan.⁵ Ett sådant avtal om samverkan mellan myndigheter faller utanför regelverket om följande förutsättningar är uppfyllda.⁶
- Det ska vara fråga om avtal genom vilka ett samarbete mellan myndigheter inrättas.
 - Samarbetet ska syfta till att säkerställa att ett allmännyttigt uppdrag som är gemensamt för de deltagande myndigheterna fullgörs.
 - Samarbetet ska uteslutande styras av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse.
 - Samarbetet ska ske utan inblandning av någon privat part och ingen privat leverantör får ges någon fördel i förhållande till sina konkurrenter.
 - Avtalet syftar inte till att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling.
37. Samtliga förutsättningar måste vara uppfyllda för att samarbetet ska falla utanför tillämpningsområdet för det upphandlingsrättsliga regelverket.⁷
38. Enligt Konkurrensverkets bedömning är EU-domstolens praxis om samverkan mellan upphandlande myndigheter i och för sig tillämplig i svensk rätt, trots att någon uttrycklig bestämmelse om detta inte finns i LOU.⁸ Konkurrensverket kan dock konstatera att kommunalförbundet genom uppdragsavtalet helt har överlämnat utförandet av sin verksamhet till Vafab. Det är således inte fråga om en horisontell samverkan mellan myndigheter utan

⁵ Se EU-domstolens domar i mål C-480/06 *Kommissionen mot Tyskland*, mål C-159/11 *Locale di Lecce* och mål C-386/11 *Piepenbrock*. Se även artikel 12.4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet). Någon motsvarande bestämmelse finns inte i de nu gällande upphandlingslagarna, men ett arbete med att genomföra det nya direktivet pågår och en lagrådsremiss innehållande förslag till ny lagstiftning har den 4 juni 2015 överlämnats till lagrådet, se lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling. Kontrakt mellan myndigheter – Hamburg-samverkan behandlas på s. 373–378 och s. 381–383 i lagrådsremissen gällande LOU-direktivet.

⁶ Se EU-domstolens dom i mål C-480/06 *Kommissionen mot Tyskland*, punkterna 37, 44 och 47; mål C-159/11 *Locale di Lecce*, punkterna 34-35 samt mål C-386/11 *Piepenbrock*, punkterna 36-38. Jfr även punkterna 64-94 i generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-159/11.

⁷ Se EU-domstolens dom i mål C-386/11 *Piepenbrock*, punkt 38.

⁸ Se för denna fråga Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift mot Skellefteå kommun den 16 mars 2015, dnr 196/2015, punkterna 43-47.

uppdraagsavtalet är ett sedvanligt tjänstekontrakt som reglerar förhållandet mellan en beställare och en leverantör. Någon verksamhet som avser insamling, behandling eller återvinning av avfall, vilket är uppdraagsavtalets huvudföremål, bedrivs över huvud taget inte av kommunalförbundet. Vafab utför i stället *all* verksamhet åt förbundet mot ersättning enligt de villkor som framgår av uppdraagsavtalet. Det avtal som är föremål för Konkurrensverkets ansökan rör alltså inte ett samarbete mellan kommunerna som är medlemmar i kommunalförbundet. Vafab har fortsatt den verksamhet som bedrevs dessförinnan och som framgår av dess verksamhetsföremål. Den enda skillnaden är att Vafab har fått en annan beställare, det vill säga kommunalförbundet.

39. Därutöver kan konstateras att Vafab ursprungligen bildades av ett antal kommuner för att tillhandahålla sådana avfallstjänster som kommunerna behövde och för att bland annat uppföra samt underhålla anläggningar som krävdes för utförandet av dessa tjänster. Vafab ska utföra detta uppdrag eftersom kommunerna, inte bolaget, enligt kommunallagen och miljöbalken är ansvariga för att bland annat omhänderta hushållsavfall inom sitt område. Vafab är ett aktiebolag som är ett från kommunerna fristående privaträttsligt rättssubjekt utan eget intresse av att de aktuella avfallstjänsterna utförs. Det uppdrag som enligt uppdraagsavtalet ska utföras åt kommunalförbundet är alltså inte heller gemensamt för parterna. Det är endast kommunalförbundet som är skyldigt att tillse att det allmännyttiga uppdraget utförs och Vafab är endast en utförare av tjänster som förbundet beställt genom uppdraagsavtalet.
40. Enligt Konkurrensverkets mening är uppdraagsavtalet inte ett sådant avtal som reglerar en samverkan mellan myndigheter gällande ett uppdrag som är gemensamt för parterna. Uppdraagsavtalet är därmed inte en Hamburg-samverkan.

Uppdraagsavtalet uppfyller inte förutsättningarna för interna köp enligt 2 kap. 10 a § LOU

41. Kommunalförbundet har i andra hand gjort gällande att uppdraagsavtalet är ett internt köp som inte omfattas av upphandlingsskyldigheten enligt 2 kap. 10 a § LOU.
42. Av 2 kap. 10 a § LOU framgår att avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person inte utgör kontrakt i LOU:s mening. Detta gäller under förutsättning att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet). Den juridiska personen måste dessutom bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den (verksamhetskriteriet).
43. När det gäller verksamhetskriteriet ska en jämförelse göras mellan sådan verksamhet som den fristående juridiska personen bedriver med den eller de

myndigheter som kontrollerar den och eventuellt annan verksamhet som den juridiska personen bedriver. Huvuddelen av den juridiska personens verksamhet ska utföras tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den och all annan verksamhet får endast vara av marginell betydelse.⁹ EU-domstolen har uttalat att verksamhetskriteriet särskilt har till syfte att säkerställa att upphandlingsdirektiven är tillämpliga i det fall då ett företag som kontrolleras av en eller flera myndigheter är aktivt på marknaden och således kan konkurrera med andra företag.¹⁰ Av samma avgörande framgår att om flera myndigheter innehar ett företag kan verksamhetskriteriet vara uppfyllt om företaget utövar huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med samtliga dessa myndigheter. Den verksamhet som ska beaktas i ett sådant fall är alltså den som företaget bedriver tillsammans med samtliga dessa myndigheter.¹¹

44. Varken i LOU eller i EU-domstolens praxis finns någon fastställd gräns för hur stor andel av den juridiska personens verksamhet som ska utföras åt den upphandlande myndigheten för att verksamhetskriteriet ska anses uppfyllt. I EU-domstolens praxis finns dock exempel på att det ansetts tillräckligt att 90 procent av verksamheten bedrivits tillsammans med de kontrollerande myndigheterna för att avtalet ska falla utanför regelverkets tillämpningsområde.¹² Enligt de nya upphandlingsdirektiven, som ska vara genomförda i svensk rätt senast i april 2016, måste bolaget utföra minst 80 procent av sin verksamhet för den upphandlande myndighetens räkning eller för andra juridiska personer som den upphandlande myndigheten utövar kontroll över.¹³ I lagrådsremissen gällande de nya upphandlingslagarna föreslås att bestämmelsen om interna kontrakt ska tillämpas retroaktivt.¹⁴

Prövning av verksamhetskriteriet

45. Prövningen av om Vafab uppfyller verksamhetskriteriet får göras genom en jämförelse mellan den verksamhet som Vafab bedriver tillsammans med kommunalförbundet (intern verksamhet) och all annan verksamhet (extern verksamhet). Det relevanta måttet för att göra en sådan jämförelse är i detta fall Vafabs intäkter. Avgörande är således från vem eller vilka Vafab får sina intäkter och om den del av intäkterna som kommer från andra kunder än

⁹ Se prop. 2011/12:106 s. 126.

¹⁰ Se EU-domstolens mål C-340/04 *Carbotermo*, punkt 60.

¹¹ EU-domstolens mål C-340/04 *Carbotermo*, punkterna 70 och 71.

¹² EU-domstolens mål C-295/05 *Tragsa*, se punkt 63.

¹³ Jfr artikel 12 LOU-direktivet och artikel 28 om kontrakt mellan upphandlande myndigheter i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG. Se även lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling s. 378–381.

¹⁴ Se lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling s. 792 f.

kommunalförbundet och medlemskommunerna endast är av marginell karaktär.

46. Kommunalförbundet har till Konkurrensverket uppgett att Vafab endast bedrev 16,7 procent av sin verksamhet tillsammans med andra än förbundsmedlemmarna under år 2014, se bilaga 17. Konkurrensverkets utredning visar emellertid att de intäkter som kommer från andra än förbundsmedlemmarna är högre än så. Konkurrensverket har utgått från de uppgifter som kommunalförbundet har lämnat till verket om Vafabs intäkter för verksamhetsåret 2014. Uppgifterna har också jämförts med de uppgifter som har kommit fram om Vafabs intäkter under åren 2010–2013.

Uppgifter om Vafabs verksamhet åren 2010-2013

47. I de domar från Förvaltningsrätten i Uppsala och Kammarrätten i Stockholm som tidigare har redogjorts för (se punkterna 10–12 ovan) har domstolarna under en sammanhängande period av fyra år inte i något fall funnit att Vafab har uppfyllt verksamhetskriteriet, det vill säga under åren 2010–2013. I en skrivelse till Konkurrensverket den 23 maj 2014 har Västerås kommun, det vill säga en av förbundsmedlemmarna och tidigare Vafabs enskilt största ägarkommun, uppgett att så mycket som 49 procent av bolagets omsättning under år 2012 och 2013 har härrört från andra än ägarkommunerna (numera förbundsmedlemmarna), se bilagorna 18 och 19.

Intäkter under verksamhetsåret 2014

48. Som ovan nämnts har kommunalförbundet efter Konkurrensverkets förfrågan, se bilaga 20, lämnat en sammanställning över Vafabs intäkter för verksamhetsåret 2014 (se bilaga 17). Enligt kommunalförbundet omsatte Vafab sammanlagt 435 400 000 kronor under verksamhetsåret 2014.

49. Intäkterna för år 2014 fördelade sig enligt förbundet på följande kategorier.

Kategori	Belopp (miljoner kronor)
1. Intäkter baserade på den kommunala grundavgiften. Återbruksavgiften (återvinningscentraler) och behandlingsavgifter (bio- och restavfall) samt försäljning av energi från avfall som hushållen separerat.	203,7
2. Intäkter baserade på försäljning av återvinningsmaterial och biogas från avfall som hushållen sorterat.	91,3
3. Intäkter från kommunernas bolag baserade på avgifter för hushållsavfall och övrigt avfall.	63,2
4. Intäkter från hushållen i regionen baserade på avgifter och försäljning i samband med fastighetsnära insamling (FNI) av i huvudsak tidningar och förpackningar.	4,6
5. Intäkter från andra offentliga verksamheter baserade på behandlingsavgifter för annat avfall än hushållsavfall.	1,9
6. Intäkter från övriga organisationer baserade på behandlingsavgifter och försäljning av annat avfall än hushållsavfall.	70,7
Summa intäkter	435,4

50. Enligt kommunalförbundet kommer intäkterna i kategorierna 1–4 från den verksamhet som Vafab bedriver tillsammans med förbundsmedlemmarna och för förbundets räkning. Kategorierna 5 och 6 består enligt kommunalförbundet av intäkter som kommer från verksamheter där andra än förbundsmedlemmarna är kunder, men som ingår som en uppgift i det ägaravtal som styr förbundets uppdrag (se bilaga 12). Intäkterna för kategorierna 5 och 6 motsvarar 16,7 procent av de totala intäkterna som förbundet anser bedrivs tillsammans med andra än förbundsmedlemmarna.¹⁵

51. Prövningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt ska som ovan nämnts göras genom en jämförelse mellan intäkterna från Vafabs interna och externa verksamhet (se punkt 43). Eftersom det av kommunalförbundets sammanställning inte framgår vilka som var Vafabs kunder skickade Konkurrensverket en ny förfrågan till kommunalförbundet med önskemål om att förbundet skulle förtydliga de först lämnade uppgifterna, se [bilaga 21](#). Kommunalförbundet har därför kommit in med en ny skrivelse, se [bilaga 22](#).

52. Konkurrensverket kan konstatera att de totala intäkterna är lägre än vad kommunalförbundet först har uppgett. Enligt den nya sammanställningen fördelar sig intäkterna för verksamhetsår 2014 enligt följande.

¹⁵ $1,9 + 70,7 = 72,6$, $72,6 / 435,4 = 0,1667$, avrundat 16,7 procent

Kategori	Belopp (miljoner kronor), se bilaga 17	Belopp (miljoner kronor), se bilaga 22
1. Intäkter baserade på den kommunala grundavgiften. Återbruksavgiften (återvinningscentraler) och behandlingsavgifter (bio- och restavfall) samt försäljning av energi från avfall som hushållen separerat.	203,7	203,2
2. Intäkter baserade på försäljning av återvinningsmaterial och biogas från avfall som hushållen sorterat.	91,3	95,5
3. Intäkter från kommunernas bolag baserade på avgifter för hushållsavfall och övrigt avfall.	63,2	52,6
4. Intäkter från hushållen i regionen baserade på avgifter och försäljning i samband med fastighetsnära insamling (FNI) av i huvudsak tidningar och förpackningar.	4,6	5,4
5. Intäkter från andra offentliga verksamheter baserade på behandlingsavgifter för annat avfall än hushållsavfall.	1,9	1,9 (inga nya uppgifter)
6. Intäkter från övriga organisationer baserade på behandlingsavgifter och försäljning av annat avfall än hushållsavfall.	70,7	70,7 (inga nya uppgifter)
Summa intäkter	435,4	429,3

Konkurrensverket har ombett kommunalförbundet att förklara varför summan av intäkterna för verksamhetsåret 2014 skiljer sig åt, men förbundet har inte hörts av. Konkurrensverket väljer att utgå från de uppgifter som förbundet senast har lämnat uppgift om gällande kategorierna 1–4.

53. För kategori 1 har kommunalförbundet specificerat de underliggande posterna enligt följande.

Kategori 1	Belopp (kronor)
Kommunala grundavgifter	105 378 696
Återbruksavgifter	18 791 030
Behandlingsavgifter	48 374 633
Försäljning av energi	30 669 003
Summa kategori 1	203 213 362

Då samtliga av Vafabs kunder i kategori 1 enligt sammanställningen är förbundsmedlemmar eller av förbundsmedlemmarna helägda bolag väljer Kon-

kurrensverket att godta kommunalförbundets uppgifter att samtliga intäkter i kategorin ska anses komma från Vafabs interna verksamhet, det vill säga 203 213 362 kronor¹⁶.

54. Enligt kommunalförbundets uppgifter fördelar sig intäkterna för kategori 2 enligt följande.

Kategori 2	Belopp (kronor)
Försäljning av återvinningsmaterial (skrot)	15 018 559
Försäljning av återvinningsmaterial (wellpapp, kartong och tidningar)	10 946 881
Försäljning av biogas	69 582 581
Summa kategori 2	95 548 021

Konkurrensverket kan konstatera att merparten av de kunder som har redovisats under posten *Försäljning av biogas* är andra än förbundsmedlemmar. Det är endast bolaget Sala-Heby Energi AB, som är helägt av Sala och Heby kommuner, som bör räknas till den interna verksamheten. Enligt förbundets sammanställning köpte det bolaget biogas för 123 595 kronor (se bilaga 22). Övriga intäkter gällande biogasförsäljningen härrör från den externa verksamheten. Vad gäller posterna *Försäljning av återvinningsmaterial (skrot)* och *Försäljning av återvinningsmaterial (wellpapp, kartong och tidningar)* anser Konkurrensverket att samtliga intäkter kommer från andra kunder än förbundsmedlemmarna, se [bilaga 23](#) med av verket gjorda markeringar. Detta innebär att 95 424 426 kronor av intäkterna för kategori 2 härrör från den externa verksamheten (95 548 021 kronor – 123 595 kronor).

55. Enligt kommunalförbundets uppgifter uppgår de intäkter som redovisats för kategori 3 till 52 603 630 kronor. Kategorin består enligt förbundet av intäkter från kommunernas bolag och bolag som är baserade på hushållsavfall, grovavfall, farligt avfall och övrigt avfall. Förbundet har redovisat de bolag som respektive intäkt kommer ifrån. Konkurrensverket har bedömt att vissa av intäkterna är hänförliga till den interna verksamheten medan andra härrör från den externa verksamheten (se Konkurrensverkets markeringar i bilaga 23). De intäkter som kommer från den interna verksamheten genom de bolag som ägs av förbundsmedlemmarna uppgår till 25 473 643 kronor. De resterande intäkterna, det vill säga 27 129 987 kronor (52 603 630 kronor – 25 473 643 kronor), kommer enligt Konkurrensverket från andra än förbundsmedlemmarna och utgör därför extern verksamhet.
56. För kategori 4 har kommunalförbundet redovisat ett stort antal kunder i form av privatpersoner och bostadsrättsföreningar samt samfälligheter med flera.

¹⁶ Enligt Konkurrensverkets summering uppgår intäkterna för kategori 1 till 203 213 363 kronor.

De sammanlagda intäkterna från dessa är 5 441 557 kronor (497 386 kronor + 4 944 171 kronor). Konkurrensverket väljer i detta ärende att inte göra gällande att dessa intäkter kommer från extern verksamhet.

57. Intäkterna för kategorierna 5 och 6 härrör enligt kommunalförbundets första skrivelse (se bilaga 17) från andra kunder är förbundsmedlemmarna. Konkurrensverket gör ingen annan bedömning i den delen. Summan av dessa intäkter, 72 600 000 kronor (1 900 000 kronor + 70 700 000 kronor) kommer därför från Vafabs externa verksamhet.
58. Enligt Konkurrensverkets beräkningar i punkterna 50–54 ovan ska Vafabs interna och externa verksamhet summeras på följande sätt.

	Intern verksamhet (från förbundsmedlemmar eller deras helägda kommunala bolag)		Extern verksamhet (från andra aktörer än förbundsmedlemmarna)	
Kategori 1	203 213 362 kronor			
Kategori 2	123 595 kronor		95 424 426 kronor	
Kategori 3	25 473 643 kronor		27 129 987 kronor	
Kategori 4	5 441 557 kronor			
Kategori 5			1 900 000 kronor	
Kategori 6			70 700 000 kronor	
	Summa intern verksamhet	234 252 157 kronor	Summa extern verksamhet	195 154 413 kronor

Verksamhetskriteriet är inte uppfyllt

59. Enligt Konkurrensverkets beräkningar uppgår Vafabs intäkter för verksamhetsåret 2014 till totalt 429 406 570 kronor (234 252 157 + 195 154 413) varav 234 252 157 kronor härrör från förbundsmedlemmarna och 195 154 413 kronor är hänförliga till andra kunder. Det innebär att 45,4 procent (195 154 413 / 429 406 570) av Vafabs totala intäkter under år 2014 kommer från bolagets externa verksamhet.
60. Eftersom endast 54,6 procent av Vafabs intäkter under år 2014 kommer från förbundsmedlemmarna anser Konkurrensverket att den verksamhet som Vafab bedriver med andra aktörer än medlemmarna inte är av marginell karaktär. Verksamhetskriteriet är därmed inte uppfyllt och kommunalförbundet har inte kunnat sluta uppdragsavtalet med Vafab utan föregående annonsering med stöd av 2 kap. 10 a § LOU.
61. Eftersom verksamhetskriteriet inte är uppfyllt i detta fall saknas anledning att utreda om kontrollkriteriet är uppfyllt.



Slutsatser – uppdragsavtalet är en otillåten direktupphandling

62. Uppdragsavtalet är inte ett sådant avtal som faller utanför LOU:s tillämpningsområde på grund av Hamburg-samverkan. Vafab uppfyller inte heller förutsättningarna för att kommunalförbundet ska få köpa avfallstjänster av bolaget med stöd av 2 kap. 10 a § LOU utan ett annonserat upphandlingsförfarande enligt samma lag.
63. Någon annonserad upphandling i konkurrens av de aktuella avfallshanterings tjänsterna har – såvitt framkommit – aldrig varit aktuellt att genomföra. Kommunernas, Vafabs och kommunalförbundets olika åtgärder och bedömningar har genomgående syftat till att Vafab ska kunna tilldelas kontrakt utan konkurrensutsättning enligt LOU. Det har aldrig påbörjats någon annonserad upphandling av tjänsterna. Kommunalförbundet har därför inte heller haft rätt att sluta avtalet utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska enligt 4 kap. 5 § 3 LOU.
64. Konkurrensverket anser därmed att uppdragsavtalet rätteligen borde ha upphandlats genom ett annonserat förfarande. Eftersom ett sådant förfarande inte har tillämpats har avtalet tillkommit genom en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

65. Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift trädde ikraft den 15 juli 2010. Den upphandling som ligger till grund för denna ansökan ska enligt Konkurrensverkets mening anses påbörjad tidigast då kommunalförbundet bildades, det vill säga den 17 november 2014. Den juridiska personen, kommunalförbundet, existerade inte före den tidpunkten. Detta innebär att bestämmelserna i 17 kap. LOU om upphandlingsskadeavgift är tillämpliga på den aktuella överträdelsen.¹⁷
66. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (17 kap. 1 § 3 LOU). En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut (17 kap. 7 § LOU).

¹⁷ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 31 om när en upphandling ska anses påbörjad. Enligt HFD bör den tidpunkt när en upphandling har påbörjats sammanfalla med tidpunkten för när en upphandlande myndighets beslut kan bli föremål för överprövning. Ett upphandlingsförfarande anses ha påbörjats när *den upphandlande myndigheten* beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att *myndigheten* har tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser (Konkurrensverkets kursiveringar).

67. Det aktuella uppdragsavtalet är undertecknat av parterna den 12 januari 2015, det vill säga samma dag som det konstituerade sammanträdet med direktionen för kommunalförbundet ägde rum och förbundet övertog ansvaret för verksamheten.
68. Kommunalförbundet har i sitt svar på Konkurrensverkets utkast till ansökan om upphandlingsskadeavgift (se bilaga 16) gjort gällande att uppdragsavtalet ingicks muntligen den 27 november 2014 vid ett sammanträde med styrelsen för Vafab. Konkurrensverket bedömer dock att uppdragsavtalet inte kan ha slutits vid den tidpunkten. Ett bindande avtal har i stället uppkommit först den 12 januari 2015 och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.
69. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a § LOU (17 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹⁸ En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.¹⁹ Det finns inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.²⁰

Avtalets värde bestämmer inom vilket intervall en avgift kan tas ut

70. Som ovan nämnts kan en upphandlingsskadeavgift uppgå till maximalt tio procent av kontraktsvärdet, dock högst tio miljoner kronor. För att bestämma inom vilket intervall en upphandlingsskadeavgift kan tas ut i förevarande fall måste det aktuella kontraktsvärdet beräknas. Enligt 17 kap. 4 § LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet enligt särskilt angivna bestämmelser i 3 kap. eller 15 kap. LOU. I detta fall är det bestämmelserna i 3 kap. LOU som ska tillämpas.
71. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vidare ska de premier och ersättningar som den upphandlande myndigheten planerar att betala till anbudssökande eller anbudsgivare räknas in i värdet (3 kap. 3 § LOU).
72. Eftersom avtalet mellan kommunalförbundet och Vafab löper på obestämd tid och inte heller är begränsat på annat sätt, exempelvis i fråga om volymer,

¹⁸ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

¹⁹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 196–197.

²⁰ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och s. 368.

kan något exakt avtalsvärde inte bestämmas enligt 3 kap. 3 § LOU. Konkurrensverket anser att det är orimligt att det högsta möjliga beloppet på tio miljoner kronor per automatik ska utgöra beloppstaket i de situationer där kontraktets värde inte kan beräknas enligt 3 kap. 3 LOU. Det skulle inte heller vara förenligt med de syften som motiverar uttagandet av en upphandlings-skadeavgift. Till fördel för den upphandlande myndigheten anser Konkurrensverket därför att kontraktets värde i detta fall får beräknas med ledning av andra bestämmelser i 3 kap. LOU.

73. Eftersom avtalet rör tillhandahållandet av tjänster på obestämd tid kan bestämmelsen i 3 kap. 12 § LOU vara vägledande. Enligt denna bestämmelse ska värdet av ett tjänstekontrakt som löper på obestämd tid bestämmas till det uppskattade värdet per månad multiplicerat med 48.
74. För år 2015 finns det, såvitt känt, ingen budgeterad kostnad för de tjänster som Vafab ska utföra. Av Konkurrensverkets utredning framgår emellertid inte att Vafabs verksamhet på något vis skulle ha förändrats till sin omfattning eller karaktär till följd av uppdragsavtalet med kommunalförbundet. Tvärtom har uppdragsavtalet ingåtts i syfte att försäkra sig om att Vafabs verksamhet skulle kunna fortsätta att bedrivas på ett oförändrat sätt, fram till dess att verksamheten gick upp i kommunalförbundet. Att värdet av Vafabs tjänster till förbundsmedlemmarna skulle ha minskat till följd av bildandet av kommunalförbundet har heller inte framkommit. Konkurrensverket anser därför att 2014 års intäkter om 234 252 157 kronor från förbundsmedlemmarna kan läggas till grund för beräkningen av kontraktsvärdet, se punkt 56.
75. Med tillämpning av 3 kap. 12 § LOU ska kontraktsvärdet därmed beräknas till totalt 937 008 628 kronor.²¹ Eftersom tio procent av kontraktsvärdet motsvarar en avgift på 93 700 863 kronor ($937\,008\,628 \text{ kronor} \times 0,1$) blir det i detta fall den maximala avgiften på tio miljoner kronor som kan utgå.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

76. 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 (17 kap. 5 § LOU).
77. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myn-

²¹ $234\,252\,157 / 12 \text{ månader} = 19\,521\,013,08 \text{ kronor per månad}$
 $19\,521\,013,08 \times 48 \text{ månader} = 937\,008\,627,8 \text{ kronor}$
avrundas till 937 008 628 kronor.

digheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.²²

78. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att till exempel rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.²³ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.²⁴
79. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet ska alltså redan på grund av överträdelsens art vara högt. Därtill kommer att uppdragsavtalets värde om drygt 930 miljoner kronor är avsevärt högt. De tjänster som utförs enligt uppdragsavtalet har dessutom tidigare tilldelats under omständigheter som under flera år har ansetts otillåtna enligt olika avgöranden från Förvaltningsrätten i Uppsala och Kammarrätten i Stockholm. Konkurrensverket har redan under år 2008 konstaterat att det är fråga om ett agerande som är upphandlingspliktigt enligt LOU.
80. Utifrån såväl individualpreventiva som allmänpreventiva hänsyn är det mot denna bakgrund enligt Konkurrensverkets mening uteslutet att besluta om en annan avgift än den högsta möjliga, det vill säga tio miljoner kronor.

Per Karlsson

Frida Nordholm

²² Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.

²³ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198 och s. 369–370.

²⁴ Se a prop. s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

Bifogas

- Bilaga 1 Uppdragsavtal den 12 januari 2015 mellan VafabMiljö kommunalförbund och Vafab Miljö AB
- Bilaga 2 Aktieägaravtal för Vafab Miljö AB den 27 augusti 2004
- Bilaga 3 Konkurrensverkets beslut den 10 september 2008 i ärende dnr 260/2008
- Bilaga 4 Konkurrensverkets föreläggande den 13 januari 2009 i ärende dnr 260/2008
- Bilaga 5 Konkurrensverkets beslut den 11 mars 2009 i ärende dnr 260/2008
- Bilaga 6 Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 7 december 2011 i mål nr 5493-11
- Bilaga 7 Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 19 november 2012 i mål nr 4544-12, 4546-12 och 4550-12
- Bilaga 8 Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 16 augusti 2013 i mål nr 857-13, 862-13 och 864-13
- Bilaga 9 Kammarrätten i Stockholms dom den 30 april 2014 i mål nr 5649-5651-13
- Bilaga 10 Rapport daterad den 28 augusti 2012 upprättad av Västmanlands kommuner och landsting
- Bilaga 11 Vafab Miljö AB:s beslutsunderlag daterat den 7 augusti 2013 om förslag till beslut att ombilda Vafab Miljö AB till kommunalförbundet VafabMiljö
- Bilaga 12 Bilagor till beslutsunderlag daterade den 7 augusti 2013 med förslag till aktieägaravtal avseende ombildningen av Vafab Miljö AB, förslag till förbundsordning för VafabMiljö kommunalförbund och reglemente för förbundets direktion samt utkast till aktieöverlåtelseavtal
- Bilaga 13 Vafab Miljö AB:s förslag till beslut daterat den 20 augusti 2014 om temporär ändring av förbundsordning med bilagor
- Bilaga 14 Konstituerande sammanträde med direktionen för VafabMiljö kommunalförbund den 12 januari 2015
- Bilaga 15 Vafab Miljö AB:s sammanträdesprotokoll den 28 maj 2015
- Bilaga 16 Kommunalförbundets svar på Konkurrensverkets utkast till ansökan om upphandlingskadeavgift
- Bilaga 17 Kommunalförbundets skrivelse den 12 oktober 2015
- Bilaga 18 Västerås kommuns svar till Konkurrensverket daterat den 23 maj 2014
- Bilaga 19 Utdrag ut Konkurrensverkets skrivelse Europeiska kommissionens skrivelse (Public Procurement – Sweden – Waste Management – EU Pilot 6385/14MARK) angående ett klagomål om ett antal kommuners tilldelning av upphandlingskontrakt och koncessionskontrakt avseende avfallstjänster i ärende dnr 298/2014 till Socialdepartementet
- Bilaga 20 Konkurrensverkets förfrågan om uppdragsavtal med Vafab Miljö AB daterad den 18 september 2015
- Bilaga 21 Konkurrensverkets förfrågan om kompletterande frågor daterad den 16 oktober 2015
- Bilaga 22 Kommunalförbundets skrivelse den 28 oktober 2015
- Bilaga 23 Kommunalförbundets skrivelse den 28 oktober 2015 med Konkurrensverkets markeringar för de intäkter som bedöms härröra från den externa verksamheten