

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM
2016-05-30
Meddelad i
StockholmMål nr
15328-15**KLAGANDE**Höganäs kommun
Stadshuset
263 82 Höganäs**MOTPART**Konkurrensverket
103 85 Stockholm**ÖVERKLAGAT BESLUT**

Konkurrensverkets beslut 2015-06-24

SAKEN

Tillsyn över upphandlingslagstiftningen

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår överklagandet.

Dok.Id 714973

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:forvaltningsrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt**Telefax**

08-561 680 01

Expeditionstidmåndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

I tillsynsbeslut den 24 juni 2015 meddelade Konkurrensverket att Höganäs kommun (kommunen) inte får köpa avfallshanteringstjänster utan föregående annonsering från Nordvästra Skånes Renhållnings Aktiebolag (NSR) med stöd av in house-regeln i 2 kap 10 a § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), eftersom verksamhetskriteriet inte är uppfyllt. Vid sin bedömning beaktade Konkurrensverket såväl verksamheten i NSR som i dess dotterbolag NSR Produktion AB (NSR Produktion).

Kommunen yrkar att förvaltningsrätten ändrar Konkurrensverkets beslut på så sätt att kommunen tillåts att köpa avfallshanteringstjänster från NSR utan föregående annonsering.

Konkurrensverket bestrider bifall till överklagandet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Kan Konkurrensverkets beslut överklagas?

I målet har fråga uppkommit om Konkurrensverkets tillsynsbeslut kan överklagas, vilket Konkurrensverket anser. Kommunen har inte lämnat någon inställning i frågan.

I LOU regleras inte frågan om tillsynsbesluts överklagbarhet. Frågan i målet blir därmed om beslutet kan överklagas med stöd av 22 § förvaltningslagen (1986:223). I bestämmelsen anges att ett beslut får överklagas av den som beslutet angår, om det har gått honom emot och beslutet kan överklagas. Frågan om beslutets överklagbarhet måste bedömas utifrån allmänna förvaltningsrättsliga principer framvuxna ur praxis. Avgörande för denna

bedömning är beslutets innebörd och faktiska verkningar för den som berörs av beslutet.¹

Ett tillsynsbeslut av Konkurrensverket som gäller en upphandlande myndighets tillämpning av upphandlingslagstiftningen är inte exigibelt. Det saknas således tvångsmedel för att garantera att den upphandlande myndigheten rättar sig efter tillsynsmyndighetens beslut. Beslutet får inte heller positiv rättskraft och kan därmed inte ligga till grund för något senare beslut med ingripande effekter för den upphandlande myndigheten.

Tillsynsbesluten kan emellertid få vägledande betydelse i framtida överprövnings- och skadeståndsprocesser i domstol. Även i mål om upphandlingsskadeavgift har det visat sig att underlåtenhet att rätta sig efter Konkurrensverkets beslut har bedömts som en försvårande omständighet.² Förvaltningsrätten anser därför att Konkurrensverkets tillsynsbeslut kan komma att medföra sådana faktiska verkningar för ägarkommunerna att beslutet bör anses överklagbart.

Förvaltningsrättens prövningsram

Kommunen anför bl.a. att den bör undantas från upphandlingstvånget vid köp av avfallshanteringstjänster från NSR med stöd av artikel 18 i direktiv 2004/18³ som stadgar att upphandlingsdirektivet inte gäller för tjänstekontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller författning har ensamrätt att utföra tjänsten. Kommunen upplyser också om att den har för avsikt att överföra den verksamhet som finns i NSR Produktion till externa aktörer och att verksamheten i NSR Produktion då kommer att avvecklas i sin nuvarande

¹ HFD 2014 ref. 56 och RÅ 2010 ref. 72.

² Se t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls dom den 23 januari 2015 i mål nr 1767-14.

³ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

form. Därefter så kommer mer än 80 procent av den totala omsättningen i NSR-koncernen att härröra från de kommuner som äger bolagen. Kommunen anför även att kontrollkriteriet är uppfyllt. Konkurrensverket anser att dessa frågor inte kan prövas av förvaltningsrätten.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att göra en överprövning av det överklagade beslutet. I denna ingår att göra en bedömning av om den beslutande myndigheten vid beslutstidpunkten har fattat ett riktigt beslut. Förvaltningsrätten är med hänsyn till instansordningsprincipen förhindrad att pröva omständigheter som inte först har prövats av myndigheten.

Konkurrensverkets prövning har endast innefattat ett ställningstagande i frågan om Höganäs kommun, utan föregående annonsering vid köp av avfallshanteringstjänster från NSR, får återropa sig på in house-undantaget i 2 kap. 10 a § LOU. Konkurrensverket har besvarat denna fråga nekande eftersom verket anser att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt. Det är således endast dessa frågor som förvaltningsrätten kan pröva inom ramen för detta mål. Huruvida det finns andra undantag från upphandlingstvånget liksom frågorna om kontrollkriteriet är uppfyllt eller hur eventuella framtida förändringar i koncernstrukturen påverkar verksamhetskriteriet, faller därmed utanför prövningsramen.

In house-regeln

Den s.k. in house-regeln i 2 kap. 10 a § LOU bygger på rättspraxis från EU-domstolen.⁴ Regeln innebär att vissa avtal inte omfattas av upphandlings-skyldighet trots att en upphandlande myndighet gör inköp från en juridisk person som formellt sett är fristående från myndigheten. För att in house-

⁴ Se t.ex. C-107/98 Teckal och C 340/04 Carbotermo.

regeln ska vara tillämplig krävs både att myndigheten utövar kontroll över den juridiska personen motsvarande den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning och att den juridiska personen bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den. Under förutsättning att såväl kontrollkriteriet som verksamhetskriteriet är uppfyllt behöver inköp från den juridiska personen inte upphandlas. För att huvuddelen av verksamheten ska anses vara bedriven tillsammans med de upphandlande myndigheterna får övrig verksamhet endast vara av marginell karaktär.⁵ Frågan i målet är om verksamhetskriteriet är uppfyllt vid kommunens inköp av avfallshanteringstjänster från NSR.

NSR:s avfallshanteringsorganisation

I målet är följande upplyst. NSR bildades 1981 och ägs gemensamt av kommunen samt kommunerna Helsingborg, Ängelholm, Båstad, Åstorp och Bjuv. Sedan NSR bildades har kommunen och övriga ägarkommuner anlitat bolaget för avfallshanteringstjänster i form av bl.a. transport och omhändertagande av hushållsavfall.

År 2010 inledde EU-kommissionen ett överträdelseärende mot Sverige.⁶ Ärendet omfattade bl.a. Helsingborg och Ängelholms kommuners köp av tjänster från NSR. Enligt kommissionen riktade inte NSR huvuddelen av sin verksamhet till ägarkommunerna. NSR ansågs vara aktivt på den privata marknaden och den del av omsättningen som hänförde sig till andra än ägarkommunerna var betydande. Verksamhetskriteriet ansågs därför inte uppfyllt. Kommissionen ansåg att Sveriges regering inte hade uppfyllt sina skyldigheter enligt 2004 års upphandlingsdirektiv⁷ och uppmanade Sverige att vidta de åtgärder som var nödvändiga för att rätta sig efter kommissionens yttrade.

⁵ Jfr EU-domstolens dom i mål C-340/04 Carbotermo p 63.

⁶ EU-kommissionens överträdelseärende nr 2009/4080.

⁷ Direktiv 2004/18/EG

År 2011 omorganiserades verksamheten i NSR. Lokal mottagning och behandling av verksamhetsavfall från andra än ägarkommunerna överfördes till dotterbolagen NSR Återvinning AB (NSR Återvinning) och NSR Produktion. Den verksamhet som gick ut på att tillhandahålla avfallshanteringstjänster till ägarkommunerna behölls i NSR.

NSR Produktion tar bl.a. emot och behandlar det avfall som ägarkommunerna lämnar till NSR. Bolaget svarar även för driften av de avfalls- och återvinningsanläggningar som ägs av NSR och säljer återvunnet material och biogas. NSR Produktion tar även emot avfall från andra än ägarkommunerna.

I målet är ostridigt att bolagens verksamhet som helhet är densamma som före omorganisationen. NSR och NSR Produktions verksamheter har inte ändrat inriktning eller omfattning på något betydande sätt. De tjänster som bolagen tillhandahåller är i stort sett oförändrade. Det framgår även att den totala omsättningen ligger på samma nivåer som tidigare med den förändringen att den nu är uppdelad mellan moderbolag och dotterbolag. NSR Produktion är beroende av moderbolagets anläggningstillgångar och infrastruktur för att kunna bedriva sin verksamhet. Samma personer sitter i bolagens styrelser sedan 2012 och bolagen har också haft samma VD sedan dess. 2012 tog NSR emot ett koncernbidrag om 26 miljoner kronor från NSR Produktion.

51 procent av aktierna i NSR Återvinning såldes 2013 till ett privatägt bolag med syftet att på sikt helt privatisera bolagets verksamhet. Konkurrensverkets granskning har därför inte omfattat NSR Återvinning.

Bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt

I det överklagade beslutet har Konkurrensverket funnit att verksamhetskriteriet ska bedömas utifrån verksamheterna i både NSR och NSR Produktion eftersom bolagen bedriver samma typ av verksamhet. Konkurrensverket har därmed gjort en s.k. genomsyn av koncernstrukturen.

Konkurrensverket har bedömt att omsättningen i de båda bolagen utgör ett lämpligt mått vid bedömning av verksamhetskriteriet. Konkurrensverket har vidare bedömt att verksamheten som helhet inte har ändrat inriktning sedan omorganisationen samt anfört att de tjänster som bolagen tillhandahåller i stort sett är oförändrade, att omsättningen i bolagen ligger på samma nivåer som tidigare, att NSR äger anläggningstillgångar som NSR Produktion är beroende av samt att bolagen har samma ledning. Konkurrensverket har även pekat på att NSR Produktion lämnar koncernbidrag till NSR.

Kommunen anser att bolagen NSR och NSR Produktion ska ses som självständiga enheter vid bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt. Det framgår vare sig av upphandlingsdirektiven, förarbeten eller lagstiftning att bolag i samma koncern ska bedömas som en enhet. I förarbetena till den nya upphandlingslagstiftningen⁸ talar man om *avtalsparten* vid resonemangen kring interna kontrakt. Det förutsätts att det är *avtalsparten* – inte avtalsparten och dess dotterbolag – som ska utföra mer än 80 procent av sin verksamhet för myndighetens räkning för att verksamhetskriteriet ska vara uppfyllt.

Att bolagen ingår i samma koncern och använder sig av möjligheten att lämna koncernbidrag innebär inte per automatik att bolagen ska anses vara så förknippade med varandra att de anses utgöra ett och samma bolag eftersom koncernbidrag endast utgör en bokslutmässig disposition. Ett

⁸ SOU 2014:51.

koncernbidrag utgör inte någon del av bolagets nettoomsättning och ska inte påverka bedömningen av verksamhetskriteriet.

Konkurrensverket vidhåller att en genomsyn ska göras eftersom syftet med direktivet – att kontrakt som ingås med företag som är aktiva på den privata marknaden ska omfattas av annonseringsskyldighet – annars kan kringgås.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har, som tidigare nämnts, att göra en överprövning av det överklagade beslutet. I denna ingår att göra en bedömning av om den beslutande myndigheten har fattat ett riktigt beslut. Vid tidpunkten för Konkurrensverkets beslut hade införlivandefristen för 2014 års upphandlingsdirektiv inte gått ut.⁹ Direktivet hade då ännu inte trätt i kraft. Förvaltningsrätten anser därför att den i målet aktuella frågan inte ska tolkas i ljuset av det nya upphandlingsdirektivet. Prövningen ska istället utgå från de bestämmelser som gällde vid tidpunkten för Konkurrensverkets beslut.

Enligt 2 kap. 10 a § LOU ska ett avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och *en* juridisk person undantas från bestämmelserna i lagen. Vid en strikt semantisk tolkning av bestämmelsen framstår det således som att det är varje juridisk person för sig som ska vara föremål för bedömning av om verksamhetskriteriet är uppfyllt. LOU bygger på EU-direktiv och lagen ska därför tolkas och tillämpas i enlighet med direktivets syfte och lydelse samt EU-domstolens praxis, s.k. direktivkonform tolkning.¹⁰ Enligt EU-domstolen har in house-regeln särskilt till syfte att undvika att konkurrensen snedvrids.¹¹ Det skulle vara mycket lätt att kringgå detta syfte om upphandlande myndigheter tilläts skapa upplägg för att undgå bestämmelserna i

⁹ Europaparlamentet och Rådets 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹⁰ Se t.ex. C-212/04 Adendeler m.fl. p. 108.

¹¹ C-340/04, Carbotermo p. 59.

LOU. Enligt förvaltningsrättens mening ska in house-regeln därför inte ges en strikt semantisk tolkning. Bestämmelsen ska istället tolkas i ljuset av det äldre upphandlingsdirektivet¹² och EU-domstolens praxis. Vid en direktivkonform tolkning av in house-regeln framstår det som både nödvändigt och lämpligt att i förevarande fall tillämpa principen om genomsyn. I sammanhanget kan konstateras att en prövning av regeln mot bestämmelserna i 2014 års upphandlingsdirektiv¹³ inte skulle utmynna i någon annan bedömning.

I sammanhanget kan det noteras att EU-kommissionen ånyo har inlett ett överträdelseärende mot Sverige.¹⁴ Utredningen rör bl.a. kommunens tilldelning av tjänstekontrakt respektive tjänstekoncessionskontrakt avseende avfallstjänster till hel- eller delägda bolag. Kommissionen anför i en formell underrättelse till Sverige i februari 2015 bl.a. följande.

”Vad gäller kravet på att bedriva huvuddelen av verksamheten tillsammans med sina ägare, anser kommissionen att inget av företagen uppfyller detta krav. Detta syns tydligt i [...] och NSR AB:s årsrapporter för 2012 och 2013 där man kan utläsa att dotterbolagens verksamhet inte är verkligt avskild från moderbolagen utan snarare är helt beroende av dem. I båda fallen är dotterbolaget helägt av det respektive moderbolaget som i sin tur ägs tillsammans med kommungruppen som tilldelar kontrakt till moderbolaget direkt. Därför bör bedömningen göras på koncernnivå. [...] I själva verket verkar det som om dotterbolagen hade inrättats för att låta de påstådda interna enheterna fortsätta att uppföra en hög andel av sina tjänster till den privata sektorn. Det framgår av båda gruppernas årsrapporter att moderbolagen äger all väsentlig utrustning för avfallsbehandling, särskilt förbränningsanläggningar för energiproduktion. Dotterbolagen förefaller endast ha funktionen att möjliggöra fortsatt tillhandahållande av tjänster till privata kunder med hjälp av moderbolagens utrustning. Det verkar därför som om särskiljningen mellan dotterbolagens och moderbolagens verksamhet är artificiell. Årsrapporterna visar vidare att moderbolagen ([...] och NSR AB) uppvisar ett negativt rörelseresultat som görs positivt eller delvis kompenseras genom omfattande koncernbidrag från dotterbolagen.”

¹² Direktiv 2004/18/EG.

¹³ Direktiv 2014/24/EU.

¹⁴ EU-kommissionens överträdelseärende nr 2014/4183.

Förvaltningsrätten anser med beaktande av de ovan anförda att det därför var riktigt av Konkurrensverket att tillämpa principen om genomsyn vid bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt.

EU-domstolen har vid sin bedömning av om verksamhetskriteriet är uppfyllt utgått från ett bolags omsättning.¹⁵ Även svenska domstolar har beaktat omsättningen vid bedömning av om verksamhetskriteriet är uppfyllt.¹⁶

Enligt Konkurrensverkets beslut fördelar sig NSR:s intäkter från 2012 fram till första halvåret 2014 enligt följande.

Verksamhetsår	Intäkter från ägarkommuner	Intäkter från andra	Intäkter totalt
2012	221 Mkr (93 %)	16 Mkr (7 %)	237 Mkr
2013	205 Mkr (90 %)	22 Mkr (10 %)	227 Mkr
1 jan - 30 jun 2014	106 Mkr (88 %)	15 Mkr (12 %)	121 Mkr

Enligt samma beslut fördelar sig NSR Produktions intäkter enligt följande.

Verksamhetsår	Intäkter från ägarkommuner	Intäkter från andra	Intäkter totalt
2012	40 Mkr (23 %)	133 Mkr (77 %)	173 Mkr
2013	15 Mkr (10 %)	143 Mkr (90 %)	158 Mkr
1 jan – 30 jun 2014	6 Mkr (7 %)	77 Mkr (93 %)	83 Mkr

Kommunen har inte invänt mot Konkurrensverkets uppgifter. Det kan således konstateras att en betydande del av koncernens intäkter kommer från andra än ägarkommuner.

Förvaltningsrätten anser att omsättning tillsammans med samtliga övriga relevanta omständigheter är av betydelse för att bedöma om verksamhets-

¹⁵ C-340/04 Carbotermo p. 65.

¹⁶ Se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 8 november 2011 i mål nr 7089-10 och Kammarrätten i Stockholms dom den 30 april 2014 i mål nr 5649-5651-13.

kriteriet är uppfyllt.¹⁷ Enligt förvaltningsrättens mening är det genom utredningen i målet klarlagt att bolagen, sedda som en helhet, bedriver en omfattande verksamhet mot den privata marknaden. Denna kan inte anses vara av marginell karaktär. Verksamhetskriteriet kan därför inte anses uppfyllt. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A).



Ulrika Melin

Chefsrådman

Nämndemännen Lena Spiik, Birgit Stenberg och Gunnar Örneus har också deltagit i avgörandet.

Helena Boson har föredragit målet.

¹⁷ Jfr C-340/04 Carbotermo där EU-domstolen slår fast att alla omständigheter ska beaktas, såväl kvalitativa som kvantitativa, vid bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt. I målet grundade domstolen sin bedömning av om verksamhetskriteriet är uppfyllt på bolagets omsättning.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

För att kamrarrätten ska kunna ta upp Ett överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då Ni fick del av domen/beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kamrarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kamrarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kamrarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kamrarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.