

Bjuvs kommun
Box 501
267 25 Bjuv

Bjuvs kommun – avfallshanteringstjänster utförda av Nordvästra Skånes Renhållnings Aktiebolag

Konkurrensverket skriver av ärendet från vidare handläggning. ~~Helsingborgs~~ kommuns tilldelning utgör en tjänstekoncession och omfattas inte av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Konkurrensverket har inte någon tillsyn över tjänstekoncessioner.

*Självutvärdering enligt
26 § FL (1986:223)
på så sätt att
kommunen nämligen
ska vara Bjuv.
2015-06-25*

Sammanfattning

Ni är delägare i det kommunala avfallsbolaget Nordvästra Skånes Renhållnings Aktiebolag, org. nr 556217-4580, (NSR AB) tillsammans med fem andra kommuner. Samtliga kommuner har tidigare menat att de får köpa avfallshanteringstjänster från NSR AB utan föregående upphandling med tillämpning av in house-regeln i 2 kap. 10 a § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).¹ För att regeln ska vara tillämplig måste de så kallade kontroll- och verksamhetskriterierna vara uppfyllda. Samtliga ägarkommuner, utom Höganäs, gör nu gällande att man har tilldelat NSR AB en tjänstekoncession och att man därför inte behöver iakttä bestämmelserna i LOU.

Tjänstekoncessioner är förvisso undantagna förfarandereglerna i LOU, men om tjänstekoncessionen anses ha ett gränsöverskridande intresse måste myndigheten beakta EUF-fördragets grundläggande principer vid tilldelningen. Det innebär att upphandlande myndigheter bland annat är skyldiga att lämna insyn i tilldelningsprocessen. Om tilldelningen inte anses ha något gränsöverskridande intresse är dock en direkttilldelning utan konkurrensutsättning tillåten. Direkttilldelning är vidare tillåten om in house-regeln är tillämplig.

¹ In house-regeln kallas även in house- eller Teckal-undantaget. Det senare efter namnet på en av parterna i mål C-107/98 där EU-domstolen för första gången slog fast möjligheten att göra interna köp utan föregående upphandling.



Vår bedömning är att ni har tilldelat en tjänstekoncession till NSR AB. Eftersom Konkurrensverket inte har tillsyn över tilldelning av tjänstekoncessioner gör vi inte någon särskild prövning av om in house-regeln är tillämplig eller principerna i EUF-fördraget iakttagits på ett korrekt sätt vid tilldelningen. I vårt beslut avseende Höganäs kommun som har tilldelat ett tjänstekontrakt till NSR AB har vi dock gjort bedömningen att verksamhetskriteriet i in house-regeln *inte* är uppfyllt efter att en genomlysning gjorts. Av EU-domstolens praxis framgår att bedömningen av verksamhetskriteriet inte påverkas av om tilldelningen avser ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession.

Ärendet skrivs av från vidare handläggning.

Bakgrund

1. NSR AB bildades år 1981 och ägs gemensamt av kommunerna Helsingborg, Höganäs, Ängelholm, Båstad, Åstorp och Bjuv. Till grund för ägarkommunernas samarbete ligger ett aktieägaravtal från samma år.
2. Av aktieägaravtalet framgår att ägarkommunerna ska bilda NSR AB och att bolaget ska ta emot och behandla avfall för ägarnas räkning. För detta ändamål ska NSR AB driva och underhålla regionala avfallsanläggningar, ansvara för transporter av avfall och sälja de produkter som kan utvinnas ur avfallet. Ägarkommunerna förbinder sig även gentemot varandra att lämna avfall till bolaget så länge aktieägaravtalet är giltigt. NSR AB är inte och har inte heller varit part i avtalet.
3. NSR AB:s verksamhet ska enligt aktieägaravtalet bedrivas på självkostnadsbasis enligt affärsmässiga principer. Bolaget har rätt att ta ut avgift enligt en taxa för att det omhändertar ägarkommunernas avfall. NSR AB ska bestämma taxan så att bolagets inkomster och utgifter balanseras.
4. Aktieägaravtalet gällde ursprungligen till och med utgången av år 2010. Eftersom någon uppsägning inte skedde förlängdes det automatisk och är nu giltigt till åtminstone år 2020. Aktieägaravtalet har ändrats år 1984.
5. Sedan NSR AB bildades har ni och övriga ägarkommuner anlitat bolaget för avfallshanteringstjänster i form av bland annat transport och omhändertagande av hushållsavfall. Såvitt har framkommit under vår utredning upprättades inga kontrakt mellan er och NSR AB. Ni har heller aldrig genomfört något upphandlingsförfarande enligt LOU avseende dessa tjänster.
6. I november 2006 beslutade er kommunfullmäktige att överlämna den kommunala renhållningen till NSR AB från och med år 2007.



Situationen före omorganisationen

7. Verksamheten i NSR AB har sedan start genomgått stora förändringar. Förutom tjänster till ägarkommunerna har bolaget även kommit att rikta sig mot den privata marknaden. Av koncern- och årsredovisningarna för verksamhetsåren 2009-2011 framgår att NSR AB bland annat sålde återvunnet material, och producerade el- och värmeenergi samt biogas till privata aktörer på marknaden. Den delen av bolagets verksamhet har gett betydande intäkter.
8. I årsredovisningarna för verksamhetsåren 2009-2011 har NSR AB särredovisat de intäkter som kommer från den verksamhet som bedrivs på uppdrag av ägarkommunerna respektive från den "kommersiella affärsverksamheten". För dessa år fördelar sig intäkterna enligt följande.²

	Intäkter från ägarkommunerna	Intäkter från kommersiell af- färsverksamhet	Intäkter totalt
Verksamhetsår 2009	252 Mkr (73 %)	93 Mkr (27 %)	345 Mkr
Verksamhetsår 2010	277 Mkr (73 %)	102 Mkr (27 %)	379 Mkr
Verksamhetsår 2011	313 Mkr (77 %)	94 Mkr (23 %)	407 Mkr ³

EU-kommissionens granskning

9. I januari 2010 inledde EU-kommissionen ett överträdelseärende mot Sverige som avsåg vissa svenska kommuners köp av avfallshanteringstjänster.⁴ Ärendet omfattade bland annat Helsingborgs och Ängelholms kommuners köp av tjänster från NSR AB.
10. I svaret till EU-kommissionen uppgav Sveriges regering att 27 procent av NSR AB:s omsättning kom från privata kunder. Enligt regeringen avsåg emellertid ägarkommunerna och NSR AB att anpassa verksamheten för att det skulle vara möjligt att göra interna köp från bolaget. Detta skulle bland annat ske genom nya ägardirektiv. Förändringarna skulle vara genomförda till utgången av år 2011.⁵

² Samtliga uppgifter om intäkter i punkt 8 är hämtade från koncern- och årsredovisningen för NSR AB för de aktuella åren. Värden i kronor anges avrundat till närmaste heltal miljoner (Mkr). Angivna procenttal motsvarar respektive intäktsslags del av de totala intäkterna och är avrundat till närmaste heltal.

³ För år 2009 redovisas intäkterna från ägarkommunerna respektive från kommersiell affärsverksamhet för koncernen som helhet. Medan år 2010 och 2011 redovisas intäkterna endast för NSR AB.

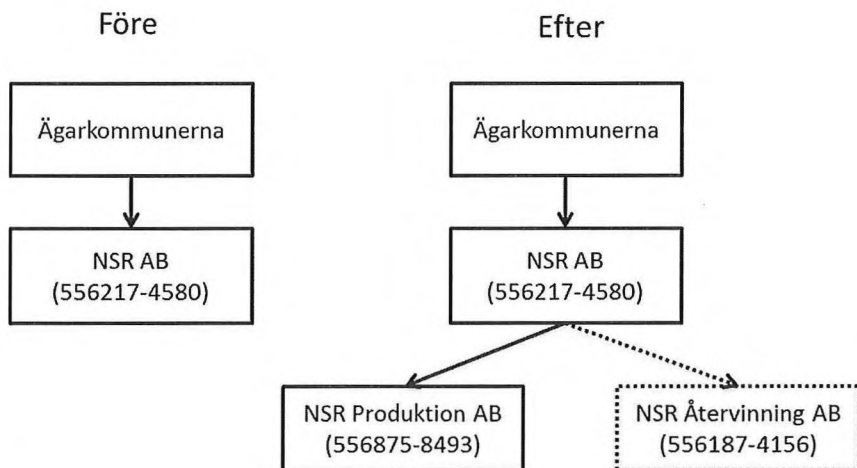
⁴ EU-kommissionens överträdelseärende SG-Greffe (2010) D/903, ärendenummer 2009/4080.

⁵ Svenska regeringens svar på EU-kommissionens formella underrättelse i överträdelseärende 2009/4080, Fi2010/641, 2010-04-29.

11. Kommissionen ansåg emellertid inte att detta var tillräckligt. I ett motiverat yttrande⁶ till Sveriges regering angav kommissionen att NSR AB inte riktade huvuddelen av sin verksamhet till ägarkommunerna. Bolaget bedömdes istället vara aktivt på den privata marknaden och den del av omsättningen som kom från andra än ägarkommunerna var betydande. Enligt kommissionen var därför verksamhetskriteriet inte uppfyllt vilket innebar att Helsingborgs och Ängelholms kommuner inte kunde köpa avfallshanteringstjänster från NSR AB utan att först genomföra en offentlig upphandling. Kommissionen konstaterade därmed att Sveriges regering inte hade uppfyllt sina skyldigheter enligt direktiv 2004/18/EG och uppmanade Sverige att vidta de åtgärder som var nödvändiga för att rätta sig efter det motiverade yttrandet senast inom två månader.

Situationen efter omorganisationen

12. Under år 2011 omorganiserade ni och övriga ägarkommuner verksamheten i NSR AB. Det innebar bland annat att lokal mottagning och behandling av verksamhetsavfall⁷ från andra än ägarkommunerna överfördes till två dotterbolag, NSR Återvinning AB och NSR Produktion AB. Den verksamhet som bestod i att tillhandahålla avfallshanteringstjänster till ägarkommunerna behölls i moderbolaget NSR AB. Moderbolaget förblev även ägare till koncernens verksamhetskritiska anläggningstillgångar och all infrastruktur, däribland förbränningsugnar och den anläggning som används för produktion av biogas.



13. Enligt NSR Produktion AB:s bolagsordning ska bolaget ta emot och behandla det avfall som ägarkommunerna lämnar till NSR AB, och bedriva därmed sammanhängande regional verksamhet. Bolaget ska även stå för driften av de

⁶ Ett motiverat yttrande är ett av leden i ett överträdelseärende. I ett motiverat yttrande kräver kommissionen vanligtvis att landet rättar till sina regler inom en fastställd tidsfrist.

⁷ Med verksamhetsavfall menas det avfall som uppkommer i processen vid exempelvis industrier, restauranger, butiker eller tjänsteföretag.



avfalls- och återvinningsanläggningar som ägs av NSR AB samt sälja återvunnet material och biogas.⁸

14. Enligt aktieägaravtalet tillsätts NSR AB:s styrelse av ägarkommunerna. Av uppgifter från Bolagsverket framgår att det är samma personer som har suttit i styrelsen för såväl NSR AB som för NSR Produktion AB sedan år 2012. De två bolagen har under den här tiden även haft samma verkställande direktör.
15. År 2013 såldes 51 procent av aktierna i NSR Återvinning AB till ett privatägt bolag. NSR Återvinning AB är alltså inte längre ett helägt dotterbolag i NSR-koncernen.

Med vilka bedriver bolagen sin verksamhet?⁹

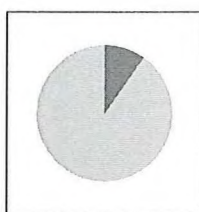
16. Efter omorganisationen år 2011 minskades NSR AB:s andel extern verksamhet. Av de uppgifter som vi begärt in från bolaget för verksamhetsåren 2012, 2013 och första halvåret 2014 fördelar sig intäkterna enligt följande.

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

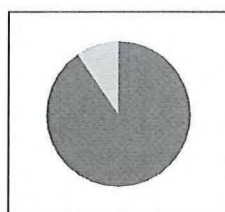
17. Under samma period bedrev NSR Produktion AB den övervägande delen av sin verksamhet tillsammans med *andra* än ägarkommunerna.

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

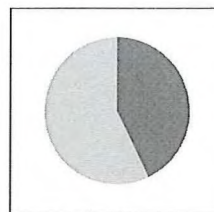
Intäkter verksamhetsåret 2013



NSR AB



NSR Produktion AB



NSR-koncernen

Intern omsättning Extern omsättning

⁸ Bolagsordning för NSR Produktion AB, antagen den 18 december 2013.

⁹ Underlaget för beräkningarna i detta avsnitt har lämnats till Konkurrensverket av NSR AB

18. Rörelseresultatet i NSR AB har utvecklats negativt sedan omorganisationen. För verksamhetsåren 2010 och 2011 redovisade bolaget positiva rörelseresultat med cirka 10 miljoner kronor respektive 20 miljoner kronor. För verksamhetsåren 2012 och 2013, alltså efter omorganisationen, redovisade NSR AB negativa rörelseresultat om cirka 20 miljoner kronor respektive 16 miljoner kronor. År 2012 fick NSR AB ett koncernbidrag om 26 miljoner kronor från NSR Produktion AB.

Ärendet

19. I november 2014 inledde vi en granskning av NSR AB och dess ägare, däribland er. Syftet med vår utredning är att följa upp utvecklingen av verksamheten i NSR-koncernen efter omorganisationen och bedöma om den är förenlig med upphandlingslagstiftningen. Under ärendets handläggning har följande framkommit.
20. NSR AB har under år 2012 och 2013 erhållit drygt 200 miljoner kronor årligen i avgifter för att det skulle omhänderta och behandla hushållsavfall från ert territorium. Första halvåret 2014 var motsvarande siffra drygt 100 miljoner kronor.
21. Ni uppger att ni överlämnat ansvaret för den kommunala renhållningen till NSR AB och att denna åtgärd är att anse som en kommunalrättslig organisationsåtgärd. Ni hänvisar även till att Kammarrätten i Göteborg funnit att ert överlämnande till NSR AB utgör en tjänstekoncession.¹⁰ Ni uppger att LOU inte är tillämpligt på tjänstekoncessioner och att koncessionen saknar gränsöverskridande intresse.
22. Ni uppger vidare att NSR AB uppfyller in house-regeln eftersom bolaget kontrolleras av ägarkommunerna och utför huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med dem.
23. Enligt er är det endast förhållandet mellan er avtalspart, NSR AB, och ägarkommunerna som är intressant för frågan om verksamhetskriteriet är uppfyllt. Bedömningen ska därför ske utan hänsyn till NSR Produktion AB och ni menar att det saknas rättsligt stöd för att koncernförhållandena skulle ha någon betydelse för er möjlighet att göra interna köp från NSR AB. Om bolagen ska bedömas som en enhet anser ni däremot att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt i dagsläget.
24. Under utredningen har det framkommit att en av NSR AB:s ägarkommuner, Höganäs, inte gör gällande att den tilldelat någon tjänstekoncession till bola-

¹⁰ Se dom från Kammarrätten i Göteborg av den 9 januari 2014 i mål 7877-12.

get. Konkurrensverket har denna dag fattat ett tillsynsbeslut avseende Höganäs kommun.¹¹

25. Det har också framkommit att en majoritet av aktierna i NSR Återvinning AB såldes till en tredje part år 2013. Ni har angett att syftet med överlåtelsen av aktierna är att på sikt helt privatisera bolagets verksamhet. Det är er och övriga ägarkommuners avsikt att så ska ha skett senast den 30 juni 2016. Vår granskning omfattar därför inte NSR återvinning AB.

Skäl för beslutet

26. Vi bedriver tillsyn över upphandlingslagstiftningen i syfte att öka regelefterlevnaden och att bidra till en effektiv offentlig upphandling. Tillsynen bedrivs bland annat genom tillsynsbeslut eller ansökan om upphandlings-skadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU. Vi har i detta ärende valt att fatta ett motiverat avskrivningsbeslut.

Rättsläget

27. Syftet med upphandlingsreglerna är bland annat att upphandlande myndigheter ska använda offentliga medel för köp av varor, tjänster och byggtjänster på bästa sätt, genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad. Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörerna möjlighet att tävla på lika villkor i varje upphandling.
28. Huvudregeln i LOU är att upphandlingar ska annonseras och att alla leverantörer ska få lämna anbud respektive ansöka om att få lämna anbud. Endast i vissa i LOU specificerade undantagsfall får avtal ingås med en leverantör utan föregående annonsering. Ett avtal behöver inte föregås av upphandling enligt LOU om det omfattas av in house-regeln i lagens 2 kap. 10 a§.

Vad är en tjänstekoncession?

29. Definitionen av en tjänstekoncession är "ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att leverantörens ersättning för utförande av tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten". Ett tjänstekontrakt är ett kontrakt som gäller utförande av tjänster och som inte utgör ett byggtjänstekontrakt eller ett varukontrakt. Det framgår av 2 kap. 17 och 18 §§ LOU samt artikel 1.2 d och 1.4 i direktiv 2004/18/EG. Vi kommer i avsnitten nedan att närmare redogöra för innebörden av begreppet tjänstekoncession.
30. Tjänstekoncessioner omfattas inte av LOU eller det bakomliggande direktivet (2004/18/EG). Ingående av sådant avtal behöver således inte föregås av en offentlig upphandling enligt reglerna i LOU. Det stadgas i 1 kap. 2 § femte stycket LOU respektive i artikel 1.4 i direktivet.

¹¹ Dnr 728/2014 avseende Höganäs kommun.

31. Att tjänstekoncessioner inte omfattas av LOU innebär dock inte att den upphandlande myndigheten utan vidare får direkttilldela en tjänstekoncession utan konkurrensutsättning. EU-domstolen har i flera avgöranden utvecklat vad upphandlande myndigheter som ingår avtal om tjänstekoncessioner har att iakttä i EUF-fördraget och de principer som följer därav.¹² Det innebär bland annat att myndigheter är skyldiga att på lämpligt sätt lämna insyn i tilldelningsprocessen om koncessionen kan antas vara av intresse för en leverantör i en annan medlemsstat. EU-domstolen har särskilt uttryckt att en tilldelning av en koncession utan någon som helst anbudsinfordran varken är förenlig med kraven i artiklarna 43 EG och 49 EG eller principerna om lika-behandling, icke-diskriminering och insyn.¹³
32. Direkttilldelning av en tjänstekoncession är tillåten om in house-regeln är tillämplig eller om det saknas ett bestämt gränsöverskridande intresse för tilldelningen. Ett gränsöverskridande intresse kan exempelvis saknas om tjänstekoncessionen är av mycket ringa ekonomisk betydelse.¹⁴ Gränser mellan medlemsstater kan emellertid gå genom tätbebyggda områden, vilket kan medföra att även koncessioner av mycket ringa ekonomisk betydelse kan anses ha ett gränsöverskridande intresse.¹⁵ En geografisk närhet till andra medlemsländer är något som kan medföra att ett gränsöverskridande intresse finns.
33. En myndighet som har för avsikt att tilldela ett kontrakt till ett hel- eller delägt bolag bör således *först* bedöma om in house-regeln är tillämplig. Om så är fallet kan en direkttilldelning göras och detta oavsett om kontraktet rätteligen skulle vara att betrakta som ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession. Av EU-domstolens praxis framgår nämligen att bedömningen av in house-regeln och dess verksamhetskriterium får tillämpas för tilldelningar av såväl tjänstekontrakt som tjänstekoncessioner. Om in house-regeln däremot inte är tillämplig är det viktigt att göra en noggrann och korrekt bedömning av om kontraktet ska betraktas som en tjänstekoncession eller tjänstekontrakt. Det är nämligen helt avgörande för vilken form av konkurrensutsättning som myndigheten behöver göra – enligt LOU eller med beaktande av EUF-fördraget och dess grundläggande principer.
34. Av definitionerna för tjänstekontrakt och tjänstekoncession framgår att begreppen är tämligen närliggande. I mål C- 370/07 *Oymanns* framhöll EU-domstolen detta och angav att det inte är okomplicerat att göra en tydlig åtskillnad av kontraktstyperna på förhand.¹⁶ Den rättsliga klassificeringen av

¹² Se bl.a. mål C-275/98 *Unitron Scandinavia*, punkt 31, mål C-203/08 *Sporting Exchange*, punkt 39 och 40 och mål C-458/03 *Parking Brixen*, punkt 50 och 52.

¹³ Mål C-458/03 *Parking Brixen*, punkt 50 och 52.

¹⁴ Mål C- 231/03 *Coname*, punkt 20 samt däri angiven rättspraxis.

¹⁵ Se förenade målen C-147/06 och 148/06 *SECAP*, punkt 31.

¹⁶ Mål C-370/07 *Oymanns*, punkt 70.

ett kontrakt ska uteslutande göras enligt unionsrätten och beror på de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁷

35. Om myndigheten bedömt att det tilltänkta arrangemanget utgör en tjänstekoncession har den sedan att avgöra om det kan tänkas föreligga ett bestämt gränsöverskrivande intresse. Enbart ett antagande eller påstående om att det saknas gränsöverskridande intresse är inte tillräckligt för att underlåta annonsering eller att på annat sätt lämna insyn i tilldelningsprocessen. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att utreda närmare om så skulle kunna vara fallet.

Rätten att utnyttja

36. Vid en tjänstekoncession består ersättningen i *rätten att utnyttja tjänsten* eller sådan rätt i kombination med betalning.
37. Leverantörens rätt att utnyttja tjänsten innefattar möjligheten att få ersättning genom att ta betalt av dem som använder den aktuella tjänsten.¹⁸ Att en leverantör inte får ersättning från den upphandlande myndigheten, utan istället har rätt att ta betalt av de som använder tjänsten, är således ett sätt som utnyttjandet av tjänsten kan ta sig uttryck i.¹⁹
38. I målet C-348/10 *Norma* konstaterade EU-domstolen att det sätt på vilket ersättning utgår visserligen är en av de avgörande faktorerna vid kvalificeringen av en tjänstekoncession, men att en tjänstekoncession *dessutom* innebär att leverantören tar på sig den verksamhetsrisk som är förenad med utnyttjandet av de aktuella tjänsterna. Avsaknaden av en sådan risköverföring på leverantören innebär att transaktionen är ett tjänstekontrakt och inte en tjänstekoncession.²⁰
39. Av EU-domstolens praxis framgår alltså att "rätten att utnyttja tjänsten" innebär att leverantören tar på sig risken för tjänstens utförande. Vid bedömningen av om ett kontrakt utgör en tjänstekoncession krävs således en kontroll av om verksamhetsrisken överförs på leverantören och i så fall i vilken omfattning.

Närmare om risken

40. Övertagande av risken är alltså den karaktäristiska beståndsdelen i en tjänstekoncession och kan sägas vara en inneboende del i uttrycket "rätten att utnyttja tjänsten". EU-domstolen har vid flera tillfällen behandlat frågan om den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten och har uttryckt att

¹⁷ Se mål C-370/07 *Oymanns*, punkt 70 och mål C-382/05 *Kommissionen mot Italien*, punkt 30-31.

¹⁸ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkterna 50-51, 53 och 54 samt i punkt 54 angiven rättspraxis.

¹⁹ Mål C-348/10 *Norma*, punkt 42 och mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 57.

²⁰ Mål C-348/10 *Norma*, punkt 44.



riskerna ska förstås som en risk att utsättas för "*marknadens nycklar*". Domstolen har angett att marknadens nycklar exempelvis kan ta sig uttryck i en risk för:

- att utsättas för konkurrens från andra ekonomiska aktörer,
- bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan,
- insolvens hos dem som är betalningsskyldiga för tillhandahållna tjänster,
- att inkomsterna inte ska täcka samtliga kostnader,
- att stå ansvaret för alla sorters skador som uppkommer till följd av brister i tjänsten.²¹

Dessa är alltså exempel på riskfaktorer som är relevanta att ta i beaktande vid bedömning av om leverantören har övertagit verksamhetsrisken för tjänsternas utövande.

41. Vid en typisk tjänstekoncession uppkommer nämligen den relevanta risken genom att leverantören bär alla kostnaderna för att tillhandahålla tjänsten, men erhåller intäkter, till täckande av sina kostnader och till att göra vinst, *endast* om den är framgångsrik i att "utnyttja tjänsten" – alltså i att sälja den till sina kunder. Den relevanta risken består således i en risk för brist i efterfrågan på tjänsten eller en risk för brist i utbudet på tjänsten, eller båda.
42. I alla kontraktsförhållanden finns en viss ekonomisk risk att av olika anledningar inte göra vinst på tjänsten som kontraktet avser. Men det är inte de risker som återfinns *både* vid tjänstekoncessioner och vid tjänstekontrakt, som ska läggas till grund för bedömningen av om ett kontrakt utgör en tjänstekoncession.
43. Risker som återfinns oavsett kontraktstyp kan exempelvis vara risker som är förknippade med bristfällig företagsledning, felaktiga bedömningar från leverantörens sida vid utförandet av verksamheten eller en förändring av förutsättningarna för verksamhetens utförande på grund av ändrad lagstiftning under avtalsperioden.²²

Riskens omfattning

44. En tjänstekoncession förutsätter inte att hela risken överförs från myndigheten till leverantören och inte heller att risken är av betydande omfattning.

²¹ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 66-67, mål C-274/09 *Stadler*, punkt 37 och mål C-348/10 *Norma*, punkt 48.

²² Mål C-274/09 *Stadler*, punkt 38 samt mål C-348/10 *Norma*, punkt 49.

45. EU-domstolen har i målet *Eurawasser* givit uttryck för sin syn på risken och dess omfattning.²³ Målet gällde ett avtal om distribution av dricksvatten och bortledning av avloppsvatten. Leverantören skulle erhålla sin betalning endast från de som använde tjänsterna. Priset för tjänsterna fastställdes av leverantören, men skulle beräknas enligt en kostnadstäckningsprincip. På grund av offentligrättslig reglering gällde anslutnings- och nyttjandevång avseende tjänsterna.
46. Risken var alltså begränsad redan från början, även för det fall att myndigheten hade utfört tjänsten i egen regi. EU-domstolen uttryckte i domen att även om risken, på grund av offentligrättslig reglering, är *mycket begränsad* i sin omfattning kan en tjänstekoncession föreligga. En förutsättning är dock att myndigheten överför hela, eller åtminstone en *betydande del av*, risken på leverantören.²⁴
47. Detta synsätt upprepades av EU-domstolen i målen *Stadler* och *Norma*.²⁵ I *Norma*-målet uttryckte EU-domstolen att de aktuella offentligrättsliga bestämmelserna och avtalsklausulerna innebar att tjänsteleverantören inte stod en *betydande del* av den risk som var förenad med utnyttjandet av tjänsten.²⁶ Här bekräftades att en allt för stor andel av risken inte får stanna hos myndigheten. Om kontraktsvillkoren mellan myndigheten och leverantören är sådana att risken för leverantören helt tagits bort eller avsevärt begränsats exempelvis genom garantier för full kostnadstäckning föreligger inte någon tjänstekoncession.
48. Sammanfattningsvis följer det av EU-domstolens praxis att en tjänstekoncession förutsätter att den upphandlande myndigheten överför hela eller *åtminstone en betydande del* av den risk som myndigheten skulle löpa om den utförde tjänsten själv, även om denna risk redan från början är mycket begränsad.²⁷
49. Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har i ett mål rörande överprövning av en upphandling av sotningstjänster, där det anfördes att det var fråga om tilldelningen av en tjänstekoncession, konstaterat att avtalet inte utgjorde ett tjänstekontrakt i LOU:s mening. Vi tolkar avgörandet som att domstolen ansåg att avtalet utgjorde en tjänstekoncession. Genom det aktuella kontraktet överförde kommunen sitt ansvar för skorstenssotning till en leverantör som

²³ Mål C-206/08 *Eurawasser*.

²⁴ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 80.

²⁵ Mål C-274/09 *Stadler*, punkt 33 och mål C-348/10 *Norma*, punkt 45.

²⁶ Mål C-348/10 *Norma*, punkt 51.

²⁷ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 80.

gavs rätt att ta betalt av dem som utnyttjar tjänsten. Kunderna hade en lagreglerad skyldighet att köpa sådana tjänster från leverantören.²⁸

50. Vidare har Kammarrätten i Göteborg konstaterat att Uddevalla kommun tilldelat en tjänstekoncession till en leverantör avseende insamling och transport av hushållsavfall. Leverantören erhöll endast ersättning från användarna av tjänsten och precis som i målet i HFD förelåg ett nyttjandetvång för användarna. Vidare saknade leverantören garantier om kostnadstäckning och stod risken för att de betalningsskyldiga skulle bli insolventa.²⁹ I en tidigare laglighetsprövning enligt kommunallagen (1991:900) har samma kammarrätt emellertid bedömt att kommunens kontraktstilldelning var ett tjänstekontrakt och inte en tjänstekoncession.³⁰

Direktiv om koncessioner

51. I sammanhanget kan noteras att det har antagits ett EU-direktiv om tilldelning av koncessioner (direktiv 2014/23/EU). Rådande oklarheter om innebörden av begreppet koncession är ett av motiven till antagandet. Direktivet syftar, förutom till att införa förfaranderegler och rättsmedel vid tilldelning av koncessioner, till att klargöra vad som utgör en koncession. Direktivet ska genomföras i svensk rätt senast den 18 april 2016.
52. I koncessionsdirektivet har det tagits in en skrivning som förtydligar riskbegreppet. Skrivningen utgör dock ett *tillägg* till nuvarande rättsläge, och är inte en kodifiering av praxis. Det finns därmed ingen möjlighet att redan nu, innan direktivet är genomfört i svensk rätt, lägga skrivningen till grund för bedömningen av om en tjänstekoncession föreligger.
53. I koncessionsdirektivets artikel 5.1 anges att 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.
54. För att avgöra om uppskattade förluster är nominella eller försumbara ska värdet av uppskattade förluster ställas i relation till värdet på kontraktet. Vid jämförelsen mot hela kontraktets uppskattade värde får förlusterna alltså inte framstå som alltför obetydliga.

²⁸ RÅ 2008 not 101.

²⁹ Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 maj 2011 i mål nr 6515-10.

³⁰ Kammarrätten i Göteborgs dom den 11 juni 2010 i mål nr 3917-09.

Bedömning

55. Vi vill inledningsvis klargöra följande avseende den dom från Kammarrätten i Göteborg som ni hänvisar till.³¹ Domstolen uttalade i målet att Helsingborgs kommuns överlämnande av renhållningsverksamheten till NSR AB utgör en tjänstekoncession. Frågan i målet var om Helsingborgs kommun haft lagligt stöd för att fatta beslutet, så kallat kommunalbesvär. Domen utgör inte något hinder för oss att pröva om ni tilldelat en tjänstekoncession.
56. Frågan i ärendet är om tilldelningen av kontrakt till NSR AB utgör ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession. Av redogörelsen ovan har framgått att en tjänstekoncession föreligger om leverantören övertar åtminstone en betydande del av den risk som myndigheten själv skulle löpa om den utförde tjänsten i egen regi, även om denna risk redan från början är mycket begränsad. En sådan risköverföring kan föreligga om leverantören har rätt att ta betalt av de som använder tjänsten.
57. Ni har fattat beslut på fullmäktige att från januari 2007 överlämna renhållningen i Bjuvs kommun till NSR AB. Tilldelningens omfattning och förutsättningarna för NSR AB:s utnyttjande av tjänsterna framgår därför till stor del av reglerna om den kommunala renhållningsskyldigheten som följer av miljöbalken (1998:808) (MB).
58. Den kommunala renhållningsskyldigheten regleras i 15 kap. MB. Varje kommun ansvarar för att hushållsavfall inom kommunen transporteras till en behandlingsanläggning och återvinns eller bortskaffas. Med hushållsavfall avses avfall från hushåll och därmed jämförligt avfall från annan verksamhet. Det framgår av 15 kap. 2 och 8 §§ MB. Hushållsavfallet omfattar alltså även visst avfall från skolor och myndigheter med flera.
59. Ingen annan än kommunen, eller den kommunen anlitar, får enligt 15 kap. 21 § MB ta befattning med transport av hushållsavfallet. Vidare får innehavaren av avfallet, vanligen fastighetsägaren, inte själv återvinna eller bortskaffa avfallet. Kommunen har därmed en odelad ensamrätt till hushållsavfall inom sitt territorium.
60. Kommunen får besluta att ta ut en avgift (taxa) från innehavarna av hushållsavfallet för hanteringen. Det är kommunfullmäktige som fattar beslut om storleken på avgiften och denna rätt får inte överlåtas till en fristående juridisk person.
61. Avgiften beräknas enligt en kostnadstäckningsprincip och får inte vara större än att den täcker nödvändiga planerings-, kapital- och driftskostnader för renhållningen. Avgiften får dock tas ut på ett sådant sätt att återanvänd-

³¹ Kammarätten i Göteborgs dom den 9 januari 2014 i mål 7877-12.

ning, återvinning eller annan miljöanpassad avfallshantering främjas. Om kommunen anlitar någon annan att utföra renhållningen, får avtalet läggas till grund för beräkning av avgiften, om kostnaden därigenom inte blir väsentligt högre än om kommunen själv utför renhållningen. Detta framgår av 27 kap. 4-6 §§ MB.

62. Ert beslut i fullmäktige innebär att ni överlämnat renhållningsverksamheten inom kommunen till NSR AB. Därmed har NSR AB givits en faktisk ensamrätt till avfallet. Den offentligrättsliga regleringen innebär vidare att innehavarna av hushållsavfallet är skyldiga att anlita NSR AB för att ta omhand deras avfall. Avgiften beräknas enligt en kostnadstäckningsprincip, men ger även utrymme för kostnader på grund av främjande av miljöanpassad avfallshantering. Vidare finns visst utrymme för påslag för vinster, så länge avgiften inte blir väsentligt högre än vid drift i kommunens egen regi.
63. Förutsättningarna för NSR AB:s utnyttjande av tjänsterna framgår vidare av aktieägaravtal och ägardirektiv. Enligt vår mening innehåller dessa handlingar inte någon reglering som är ägnad att reducera den relevanta verksamhetsrisken för NSR AB. Det finns emellertid en intresse- och persongemenskap mellan er och NSR AB som vi bedömer inverkar riskreducerande i avtalsförhållandet. Denna gemenskap har sitt ursprung i det faktum att ni och övriga kommuner har kontroll över NSR AB motsvarande över era egna förvaltningar och att ni utser dess styrelse och besätter denna med kommunens funktionärer.

Betalning för tjänsternas utförande

64. Leverantörens rätt att "utnyttja tjänsten" innefattar möjligheten att erhålla hela, eller del av sin betalning, från användarna av tjänsterna. Vi har begärt in ekonomisk information från NSR AB av vilken framgår att bolaget inte erhåller någon ersättning direkt från er, utan från renhållningsabonnenterna inom ert territorium. Vi bedömer därför att NSR AB erhåller all sin ersättning från användarna av tjänsterna. Frågan är därefter om NSR AB under sådana omständigheter har övertagit hela, eller åtminstone en betydande del av, den verksamhetsrisk som ni själv skulle löpa om ni utförde tjänsten i egen regi.

Risk för konkurrens

65. Ni som kommun har enligt miljöbalken en uttrycklig ensamrätt till hushållsavfallet och att utse vem som ska ta hand om avfallet. Eftersom ni endast har utsett NSR AB att ta hand om avfallet bedömer vi att det i dagsläget inte föreligger någon risk att NSR AB ska utsättas för konkurrens från andra leverantörer.

66. Förvisso skulle det i teorin stå en kommun fritt att skapa en konkurrens-situation genom att utse fler leverantörer för att ta hand om hushållsavfallet. Kammarrätten i Göteborg har i mål 6515-10 tagit denna teoretiska möjlighet till intäkt för att det föreligger en risk för leverantören att utsättas för konkurrens. Vår uppfattning är emellertid att denna potentiella risk för en eventuell konkurrenssituation inte i sig utgör en relevant riskfaktor. Utan det är först när en faktisk konkurrenssituation föreligger som det kan påverka bedömningen. Ett kontrakt kan på grund av senare inträffade händelser upphöra att utgöra en koncession, men det betyder inte att kontraktet inte var att anse som en koncession vid tillfället för tilldelningen.

Risk för bristande efterfrågan

67. Det föreligger ett tvång för innehavare av hushållsavfall att köpa NSR AB:s tjänster. Efterfrågan på tjänsterna som NSR AB har rätt att utnyttja är därmed i förväg känd och kalkylerbar. Detta minskar risken för brister i efterfrågan avsevärt. Förvisso är det inte osannolikt att kundunderlaget förändras något över tid genom enskilda renhållningsabonnenters in- och utflytt ur kommunen. Dessutom kan renhållningsabbonnenter, om än i mycket begränsad mån, påverka sin produktion av hushållsavfall. Vi bedömer emellertid att konsekvenserna, om denna risk realiserar, är så små att risken är obetydlig för NSR AB.

Risk för insolvens hos användarna

68. En annan risk som NSR AB är utsatt för är risken för insolvens hos användarna av tjänsterna, renhållningsabbonnenter. Det är inte osannolikt att en mindre andel av abonnenterna inte kan eller vill betala för sig. Det förefaller dock osannolikt att många abonnenter samtidigt skulle bli insolventa. Vi bedömer därför att kostnaderna förknippade med denna risk är obetydliga för NSR AB.

Risk för bristande kostnadstäckning

69. Det faktum att NSR AB inte själv får besluta om vilken avgift de ska ta ut för tjänsterna utgör en risk i sig eftersom NSR AB inte fritt kan justera intäkterna i förhållande till verksamhetens kostnader. Risken för att NSR AB inte ska få sina kostnader täckta minskas dock i viss mån av att avgiften enligt lag får beräknas så att den täcker verksamhetens nödvändiga kostnader. Vidare ges utrymme för påslag för rena vinster, så länge avgiften inte väsentligen överstiger vad kommunen själv har kunnat ta ut.
70. Eftersom ni har beslutsrätten avseende avfallstaxan har ni även möjlighet att se till att avgifterna för renhållningen ger NSR AB full kostnadstäckning. Då det föreligger en intressegemenskap mellan er och NSR AB finns anledning att utgå från att ni genom era taxebeslut kommer att se till att NSR AB kan ta ut en avgift som är tillräckligt stor för att täcka kostnaderna i verksamheten. Vi bedömer därför att sannolikheten för att denna risk ska realiseras i praktiken är mycket liten.



Sammanfattande bedömning

71. Vi har ovan konstaterat att NSR AB erhåller all ersättning för utförandet av avfallstjänsterna från användarna av tjänsterna. Vi kan även konstatera att det föreligger en ensamrätt för NSR AB att utföra tjänsterna och ett nyttjandetvång för användarna av tjänsterna. Detta innebär att NSR AB inte kommer att utsättas för någon konkurrens eller någon nämnvärd risk för brist i efterfrågan. Vi har vidare konstaterat att det föreligger en risk för insolvens hos användarna av tjänsterna samt att det faktum att NSR AB inte själv får besluta om vilken avgift de ska ta ut för tjänsterna innebär en risk. Samtliga dessa faktorer har av EU-domstolen ansetts utgöra relevanta riskfaktorer i relation till leverantörens utsatthet för "marknadens nycker".³²
72. På grund av den offentligrättsliga regleringen på området är risken mycket begränsad till sin omfattning. Av EU-domstolens praxis framgår dock att det inte utgör något hinder för en tjänstekoncession att den ursprungliga risken är mycket begränsad.³³ En förutsättning är emellertid att myndigheten överför hela, eller åtminstone en *betydande del av*, risken på leverantören. Det finns inte någon avtalsreglering mellan er och NSR AB som är ägnad att ytterligare reducera risken för bolaget. Vi bedömer därför att åtminstone en betydande del av den verksamhetsrisk som ni skulle löpa om ni utförde tjänsten i egen regi har överförts till NSR AB.
73. NSR AB:s ersättning för utförandet av tjänsternas består därmed av en rätt att utnyttja tjänsterna och tilldelningen utgör en tjänstekoncession.
74. Det får avslutningsvis noteras att det inte kan uteslutas att bedömningen i en liknande situation skulle bli en annan efter att koncessionsdirektivet införlivats i svensk rätt i april 2016. Detta på grund av att leverantörens eventuella förluster endast skulle vara nominella eller försumbara i enlighet med artikel 5.1 i direktivet.
75. I vårt beslut i samma ärende avseende Höganäs kommuns köp av tjänster från NSR AB har vi bedömt att *verksamhetskriteriet* inte är uppfyllt efter att en genomlysning gjorts. Av EU-domstolens praxis framgår att bedömningen av verksamhetskriteriet inte påverkas av om tilldelningen avser ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession.

³² Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 66-67, mål C-274/09 *Stadler*, punkt 37 och mål C-348/10 *Norma*, punkt 48.

³³ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 80, mål C-274/09 *Stadler*, punkt 33 och mål C-348/10 *Norma*, punkt 45.



Slutsats

76. Vår bedömning är att er tilldelning till NSR AB är att betrakta som en tjänstekoncession. Vi bedömer att den risk som NSR AB är utsatt för redan från början är mycket begränsad, men att NSR AB övertagit åtminstone en betydande del av den risk som ni själva skulle löpa om ni utförde tjänsten i egen regi.
77. Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för offentlig upphandling i Sverige i enlighet med 18 kap. LOU. Eftersom tilldelning av tjänstekoncessioner inte omfattas av LOU omfattas de inte heller av vår tillsyn.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Sara Zell.


Dan Sjöblom


Sara Zell

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats

Båstads kommun

269 80 Båstad

Båstads kommun – avfallshanteringstjänster utförda av Nordvästra Skånes Renhållnings Aktiebolag

Beslut

Konkurrensverket skriver av ärendet från vidare handläggning. ~~Helsingborgs~~ kommuns tilldelning utgör en tjänstekoncession och omfattas inte av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Konkurrensverket har inte någon tillsyn över tjänstekoncessioner.

*Självrättelse enligt
26 § FL (1986:223)
på så sätt att
kommunen nämligen
ska vara Båstad.
2015-06-25*

Sammanfattning

Ni är delägare i det kommunala avfallsbolaget Nordvästra Skånes Renhållnings Aktiebolag, org. nr 556217-4580, (NSR AB) tillsammans med fem andra kommuner. Samtliga kommuner har tidigare menat att de får köpa avfallshanteringstjänster från NSR AB utan föregående upphandling med tillämpning av in house-regeln i 2 kap. 10 a § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).¹ För att regeln ska vara tillämplig måste de så kallade kontroll- och verksamhetskriterierna vara uppfyllda. Samtliga ägarkommuner, utom Höganäs, gör nu gällande att man har tilldelat NSR AB en tjänstekoncession och att man därför inte behöver iaktta bestämmelserna i LOU.

Tjänstekoncessioner är förvisso undantagna förfarandereglererna i LOU, men om tjänstekoncessionen anses ha ett gränsöverskridande intresse måste myndigheten beakta EUF-fördragets grundläggande principer vid tilldelningen. Det innebär att upphandlande myndigheter bland annat är skyldiga att lämna insyn i tilldelningsprocessen. Om tilldelningen inte anses ha något gränsöverskridande intresse är dock en direkttilldelning utan konkurrensutsättning tillåten. Direkttilldelning är vidare tillåten om in house-regeln är tillämplig.

¹ In house-regeln kallas även in house- eller Teckal-undantaget. Det senare efter namnet på en av parterna i mål C-107/98 där EU-domstolen för första gången slog fast möjligheten att göra interna köp utan föregående upphandling.



Vår bedömning är att ni har tilldelat en tjänstekoncession till NSR AB. Eftersom Konkurrensverket inte har tillsyn över tilldelning av tjänstekoncessioner gör vi inte någon särskild prövning av om in house-regeln är tillämplig eller principerna i EUF-fördraget iakttagits på ett korrekt sätt vid tilldelningen. I vårt beslut avseende Höganäs kommun som har tilldelat ett tjänstekontrakt till NSR AB har vi dock gjort bedömningen att verksamhetskriteriet i in house-regeln *inte* är uppfyllt efter att en genomlysning gjorts. Av EU-domstolens praxis framgår att bedömningen av verksamhetskriteriet inte påverkas av om tilldelningen avser ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession.

Ärendet skrivs av från vidare handläggning.

Bakgrund

1. NSR AB bildades år 1981 och ägs gemensamt av kommunerna Helsingborg, Höganäs, Ängelholm, Båstad, Åstorp och Bjuv. Till grund för ägarkommunernas samarbete ligger ett aktieägaravtal från samma år.
2. Av aktieägaravtalet framgår att ägarkommunerna ska bilda NSR AB och att bolaget ska ta emot och behandla avfall för ägarnas räkning. För detta ändamål ska NSR AB driva och underhålla regionala avfallsanläggningar, ansvara för transporter av avfall och sälja de produkter som kan utvinnas ur avfallet. Ägarkommunerna förbinder sig även gentemot varandra att lämna avfall till bolaget så länge aktieägaravtalet är giltigt. NSR AB är inte och har inte heller varit part i avtalet.
3. NSR AB:s verksamhet ska enligt aktieägaravtalet bedrivas på självkostnadsbasis enligt affärsmässiga principer. Bolaget har rätt att ta ut avgift enligt en taxa för att det omhändertar ägarkommunernas avfall. NSR AB ska bestämma taxan så att bolagets inkomster och utgifter balanseras.
4. Aktieägaravtalet gällde ursprungligen till och med utgången av år 2010. Eftersom någon uppsägning inte skedde förlängdes det automatisk och är nu giltigt till åtminstone år 2020. Aktieägaravtalet har ändrats år 1984.
5. Sedan NSR AB bildades har ni och övriga ägarkommuner anlitat bolaget för avfallshanteringstjänster i form av bland annat transport och omhändertagande av hushållsavfall. Såvitt har framkommit under vår utredning upprättades inga kontrakt mellan er och NSR AB. Ni har heller aldrig genomfört något upphandlingsförfarande enligt LOU avseende dessa tjänster.
6. I december 2011 fattade kommunfullmäktige beslut om att överlämna det praktiska ansvaret för kommunens renhållningsverksamhet till NSR AB från och med år 2012. Överlämnandet innebar bland annat att NSR AB övertog alla kostnader och intäkter för renhållningsverksamheten.

Situationen före omorganisationen

7. Verksamheten i NSR AB har sedan start genomgått stora förändringar. Förutom tjänster till ägarkommunerna har bolaget även kommit att rikta sig mot den privata marknaden. Av koncern- och årsredovisningarna för verksamhetsåren 2009-2011 framgår att NSR AB bland annat sålde återvunnet material, och producerade el- och värmeenergi samt biogas till privata aktörer på marknaden. Den delen av bolagets verksamhet har gett betydande intäkter.
8. I årsredovisningarna för verksamhetsåren 2009-2011 har NSR AB särredovisat de intäkter som kommer från den verksamhet som bedrivs på uppdrag av ägarkommunerna respektive från den "kommersiella affärsverksamheten". För dessa år fördelar sig intäkterna enligt följande.²

	Intäkter från ägarkommunerna	Intäkter från kommersiell af- färsverksamhet	Intäkter totalt
Verksamhetsår 2009	252 Mkr (73 %)	93 Mkr (27 %)	345 Mkr
Verksamhetsår 2010	277 Mkr (73 %)	102 Mkr (27 %)	379 Mkr
Verksamhetsår 2011	313 Mkr (77 %)	94 Mkr (23 %)	407 Mkr ³

EU-kommissionens granskning

9. I januari 2010 inledde EU-kommissionen ett överträdelseärende mot Sverige som avsåg vissa svenska kommuners köp av avfallshanteringstjänster.⁴ Ärendet omfattade bland annat Helsingborgs och Ängelholms kommuners köp av tjänster från NSR AB.
10. I svaret till EU-kommissionen uppgav Sveriges regering att 27 procent av NSR AB:s omsättning kom från privata kunder. Enligt regeringen avsåg emellertid ägarkommunerna och NSR AB att anpassa verksamheten för att det skulle vara möjligt att göra interna köp från bolaget. Detta skulle bland annat ske genom nya ägardirektiv. Förändringarna skulle vara genomförda till utgången av år 2011.⁵

² Samtliga uppgifter om intäkter i punkt 8 är hämtade från koncern- och årsredovisningen för NSR AB för de aktuella åren. Värden i kronor anges avrundat till närmaste heltal miljoner (Mkr). Angivna procenttal motsvarar respektive intäktsslags del av de totala intäkterna och är avrundat till närmaste heltal.

³ För år 2009 redovisas intäkterna från ägarkommunerna respektive från kommersiell affärsverksamhet för koncernen som helhet. Medan år 2010 och 2011 redovisas intäkterna endast för NSR AB.

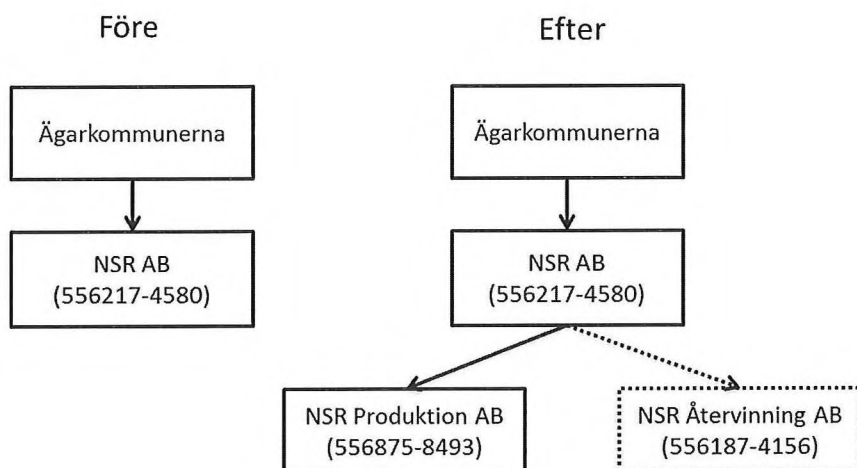
⁴ EU-kommissionens överträdelseärende SG-Greffe (2010) D/903, ärendenummer 2009/4080.

⁵ Svenska regeringens svar på EU-kommissionens formella underrättelse i överträdelseärende 2009/4080, Fi2010/641, 2010-04-29.

11. Kommissionen ansåg emellertid inte att detta var tillräckligt. I ett motiverat yttrande⁶ till Sveriges regering angav kommissionen att NSR AB inte riktade huvuddelen av sin verksamhet till ägarkommunerna. Bolaget bedömdes istället vara aktivt på den privata marknaden och den del av omsättningen som kom från andra än ägarkommunerna var betydande. Enligt kommissionen var därför verksamhetskriteriet inte uppfyllt vilket innebar att Helsingborgs och Ängelholms kommuner inte kunde köpa avfallshanterings tjänster från NSR AB utan att först genomföra en offentlig upphandling. Kommissionen konstaterade därmed att Sveriges regering inte hade uppfyllt sina skyldigheter enligt direktiv 2004/18/EG och uppmanade Sverige att vidta de åtgärder som var nödvändiga för att rätta sig efter det motiverade yttrandet senast inom två månader.

Situationen efter omorganisationen

12. Under år 2011 omorganiserade ni och övriga ägarkommuner verksamheten i NSR AB. Det innebar bland annat att lokal mottagning och behandling av verksamhetsavfall⁷ från andra än ägarkommunerna överfördes till två dotterbolag, NSR Återvinning AB och NSR Produktion AB. Den verksamhet som bestod i att tillhandahålla avfallshanteringstjänster till ägarkommunerna behölls i moderbolaget NSR AB. Moderbolaget förblev även ägare till koncernens verksamhetskritiska anläggningstillgångar och all infrastruktur, däribland förbränningsugnar och den anläggning som används för produktion av biogas.



13. Enligt NSR Produktion AB:s bolagsordning ska bolaget ta emot och behandla det avfall som ägarkommunerna lämnar till NSR AB, och bedriva därmed sammanhängande regional verksamhet. Bolaget ska även stå för driften av de

⁶ Ett motiverat yttrande är ett av leden i ett överträdelseärende. I ett motiverat yttrande kräver kommissionen vanligtvis att landet rättar till sina regler inom en fastställd tidsfrist.

⁷ Med verksamhetsavfall menas det avfall som uppkommer i processen vid exempelvis industrier, restauranger, butiker eller tjänsteföretag.

avfalls- och återvinningsanläggningar som ägs av NSR AB samt sälja återvunnet material och biogas.⁸

14. Enligt aktieägaravtalet tillsätts NSR AB:s styrelse av ägarkommunerna. Av uppgifter från Bolagsverket framgår att det är samma personer som har suttit i styrelsen för såväl NSR AB som för NSR Produktion AB sedan år 2012. De två bolagen har under den här tiden även haft samma verkställande direktör.
15. År 2013 såldes 51 procent av aktierna i NSR Återvinning AB till ett privatägt bolag. NSR Återvinning AB är alltså inte längre ett helägt dotterbolag i NSR-koncernen.

Med vilka bedriver bolagen sin verksamhet?⁹

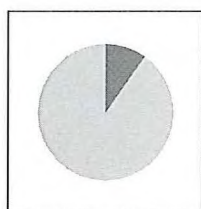
16. Efter omorganisationen år 2011 minskades NSR AB:s andel extern verksamhet. Av de uppgifter som vi begärt in från bolaget för verksamhetsåren 2012, 2013 och första halvåret 2014 fördelar sig intäkterna enligt följande.

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

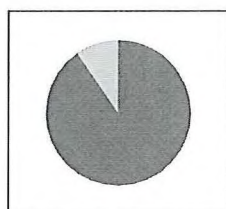
17. Under samma period bedrev NSR Produktion AB den övervägande delen av sin verksamhet tillsammans med *andra* än ägarkommunerna.

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

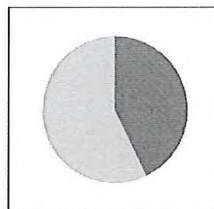
Intäkter verksamhetsåret 2013



NSR AB



NSR Produktion AB



NSR-koncernen

 Intern omsättning
  Extern omsättning

⁸ Bolagsordning för NSR Produktion AB, antagen den 18 december 2013.

⁹ Underlaget för beräkningarna i detta avsnitt har lämnats till Konkurrensverket av NSR AB

18. Rörelseresultatet i NSR AB har utvecklats negativt sedan omorganisationen. För verksamhetsåren 2010 och 2011 redovisade bolaget positiva rörelseresultat med cirka 10 miljoner kronor respektive 20 miljoner kronor. För verksamhetsåren 2012 och 2013, alltså efter omorganisationen, redovisade NSR AB negativa rörelseresultat om cirka 20 miljoner kronor respektive 16 miljoner kronor. År 2012 fick NSR AB ett koncernbidrag om 26 miljoner kronor från NSR Produktion AB.

Ärendet

19. I november 2014 inledde vi en granskning av NSR AB och dess ägare, där ibland er. Syftet med vår utredning är att följa upp utvecklingen av verksamheten i NSR-koncernen efter omorganisationen och bedöma om den är förenlig med upphandlingslagstiftningen. Under ärendets handläggning har följande framkommit.
20. NSR AB har under år 2012 och 2013 erhållit drygt 200 miljoner kronor årligen i avgifter för att det skulle omhänderta och behandla hushållsavfall från ert territorium. Första halvåret 2014 var motsvarande siffra drygt 100 miljoner kronor.
21. Ni uppger att ni överlämnat ansvaret för den kommunala renhållningen till NSR AB och att denna åtgärd är att anse som en kommunalrättslig organisationsåtgärd. Ni hänvisar även till att Kammarätten i Göteborg funnit att ert överlämnande till NSR AB utgör en tjänstekoncession.¹⁰ Ni uppger att LOU inte är tillämpligt på tjänstekoncessioner och att koncessionen saknar gränsöverskridande intresse.
22. Ni uppger vidare att NSR AB uppfyller in house-regeln eftersom bolaget kontrolleras av ägarkommunerna och utför huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med dem.
23. Enligt er är det endast förhållandet mellan er avtalspart, NSR AB, och ägarkommunerna som är intressant för frågan om verksamhetskriteriet är uppfyllt. Bedömningen ska därför ske utan hänsyn till NSR Produktion AB och ni menar att det saknas rättsligt stöd för att koncernförhållandena skulle ha någon betydelse för er möjlighet att göra interna köp från NSR AB. Om bolagen ska bedömas som en enhet anser ni däremot att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt i dagsläget.
24. Under utredningen har det framkommit att en av NSR AB:s ägarkommuner, Höganäs, inte gör gällande att den tilldelat någon tjänstekoncession till bola-

¹⁰ Se dom från Kammarätten i Göteborg av den 9 januari 2014 i mål 7877-12.



get. Konkurrensverket har denna dag fattat ett tillsynsbeslut avseende Höganäs kommun.¹¹

25. Det har också framkommit att en majoritet av aktierna i NSR Återvinning AB såldes till en tredje part år 2013. Ni har angett att syftet med överlåtelsen av aktierna är att på sikt helt privatisera bolagets verksamhet. Det är er och övriga ägarkommuners avsikt att så ska ha skett senast den 30 juni 2016. Vår granskning omfattar därför inte NSR återvinning AB.

Skäl för beslutet

26. Vi bedriver tillsyn över upphandlingslagstiftningen i syfte att öka regel- efterlevnaden och att bidra till en effektiv offentlig upphandling. Tillsynen bedrivs bland annat genom tillsynsbeslut eller ansökan om upphandlings- skadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU. Vi har i detta ärende valt att fatta ett mo- tiverat avskrivningsbeslut.

Rättsläget

27. Syftet med upphandlingsreglerna är bland annat att upphandlande myndig- heter ska använda offentliga medel för köp av varor, tjänster och byggentre- prenader på bästa sätt, genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad. Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörerna möj- lighet att tävla på lika villkor i varje upphandling.
28. Huvudregeln i LOU är att upphandlingar ska annonseras och att alla leverantörer ska få lämna anbud respektive ansöka om att få lämna anbud. Endast i vissa i LOU specificerade undantagsfall får avtal ingås med en leve- rantör utan föregående annonsering. Ett avtal behöver inte föregås av upp- handling enligt LOU om det omfattas av in house-regeln i lagens 2 kap. 10 a §.

Vad är en tjänstekoncession?

29. Definitionen av en tjänstekoncession är "ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att leverantörens ersättning för utförande av tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten". Ett tjänste- kontrakt är ett kontrakt som gäller utförande av tjänster och som inte utgör ett byggentreprenadkontrakt eller ett varukontrakt. Det framgår av 2 kap. 17 och 18 §§ LOU samt artikel 1.2 d och 1.4 i direktiv 2004/18/EG. Vi kommer i avsnitten nedan att närmare redogöra för innebörden av begreppet tjänste- koncession.
30. Tjänstekoncessioner omfattas inte av LOU eller det bakomliggande direktivet (2004/18/EG). Ingående av sådant avtal behöver således inte föregås av en of-

¹¹ Dnr 728/2014 avseende Höganäs kommun.

fentlig upphandling enligt reglerna i LOU. Det stadgas i 1 kap. 2 § femte stycket LOU respektive i artikel 1.4 i direktivet.

31. Att tjänstekoncessioner inte omfattas av LOU innebär dock inte att den upphandlande myndigheten utan vidare får direkttilldela en tjänstekoncession utan konkurrensutsättning. EU-domstolen har i flera avgöranden utvecklat vad upphandlande myndigheter som ingår avtal om tjänstekoncessioner har att iakttä i EUF-fördraget och de principer som följer därav.¹² Det innebär bland annat att myndigheter är skyldiga att på lämpligt sätt lämna insyn i tilldelningsprocessen om koncessionen kan antas vara av intresse för en leverantör i en annan medlemsstat. EU-domstolen har särskilt uttryckt att en tilldelning av en koncession utan någon som helst anbudsinfordran varken är förenlig med kraven i artiklarna 43 EG och 49 EG eller principerna om lika-behandling, icke-diskriminering och insyn.¹³
32. Direkttilldelning av en tjänstekoncession är tillåten om in house-regeln är tillämplig eller om det saknas ett bestämt gränsöverskridande intresse för tilldelningen. Ett gränsöverskridande intresse kan exempelvis saknas om tjänstekoncessionen är av mycket ringa ekonomisk betydelse.¹⁴ Gränser mellan medlemsstater kan emellertid gå genom tätbebyggda områden, vilket kan medföra att även koncessioner av mycket ringa ekonomisk betydelse kan anses ha ett gränsöverskridande intresse.¹⁵ En geografisk närhet till andra medlemsländer är något som kan medföra att ett gränsöverskridande intresse finns.
33. En myndighet som har för avsikt att tilldela ett kontrakt till ett hel- eller delägt bolag bör således *först* bedöma om in house-regeln är tillämplig. Om så är fallet kan en direkttilldelning göras och detta oavsett om kontraktet rätteligen skulle vara att betrakta som ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession. Av EU-domstolens praxis framgår nämligen att bedömningen av in house-regeln och dess verksamhetskriterium får tillämpas för tilldelningar av såväl tjänstekontrakt som tjänstekoncessioner. Om in house-regeln däremot inte är tillämplig är det viktigt att göra en noggrann och korrekt bedömning av om kontraktet ska betraktas som en tjänstekoncession eller tjänstekontrakt. Det är nämligen helt avgörande för vilken form av konkurrensutsättning som myndigheten behöver göra – enligt LOU eller med beaktande av EUF-fördraget och dess grundläggande principer.
34. Av definitionerna för tjänstekontrakt och tjänstekoncession framgår att begreppen är tämligen närliggande. I mål C- 370/07 *Oymanns* framhöll EU-

¹² Se bl.a. mål C-275/98 *Unitron Scandinavia*, punkt 31, mål C-203/08 *Sporting Exchange*, punkt 39 och 40 och mål C-458/03 *Parking Brixen*, punkt 50 och 52.

¹³ Mål C-458/03 *Parking Brixen*, punkt 50 och 52.

¹⁴ Mål C- 231/03 *Coname*, punkt 20 samt däri angiven rättspraxis.

¹⁵ Se förenade målen C-147/06 och 148/06 *SECAP*, punkt 31.

domstolen detta och angav att det inte är okomplicerat att göra en tydlig åtskillnad av kontraktstyperna på förhand.¹⁶ Den rättsliga klassificeringen av ett kontrakt ska uteslutande göras enligt unionsrätten och beror på de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁷

35. Om myndigheten bedömt att det tilltänkta arrangemanget utgör en tjänstekoncession har den sedan att avgöra om det kan tänkas föreligga ett bestämt gränsöverskridande intresse. Enbart ett antagande eller påstående om att det saknas gränsöverskridande intresse är inte tillräckligt för att underlåta annonsering eller att på annat sätt lämna insyn i tilldelningsprocessen. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att utreda närmare om så skulle kunna vara fallet.

Rätten att utnyttja

36. Vid en tjänstekoncession består ersättningen i *rätten att utnyttja tjänsten* eller sådan rätt i kombination med betalning.
37. Leverantörens rätt att utnyttja tjänsten innefattar möjligheten att få ersättning genom att ta betalt av dem som använder den aktuella tjänsten.¹⁸ Att en leverantör inte får ersättning från den upphandlande myndigheten, utan istället har rätt att ta betalt av de som använder tjänsten, är således ett sätt som utnyttjandet av tjänsten kan ta sig uttryck i.¹⁹
38. I målet C-348/10 *Norma* konstaterade EU-domstolen att det sätt på vilket ersättning utgår visserligen är en av de avgörande faktorerna vid kvalificeringen av en tjänstekoncession, men att en tjänstekoncession *dessutom* innebär att leverantören tar på sig den verksamhetsrisk som är förenad med utnyttjandet av de aktuella tjänsterna. Avsaknaden av en sådan risköverföring på leverantören innebär att transaktionen är ett tjänstekontrakt och inte en tjänstekoncession.²⁰
39. Av EU-domstolens praxis framgår alltså att "rätten att utnyttja tjänsten" innebär att leverantören tar på sig risken för tjänstens utförande. Vid bedömningen av om ett kontrakt utgör en tjänstekoncession krävs således en kontroll av om verksamhetsrisken överförs på leverantören och i så fall i vilken omfattning.

Närmare om risken

40. Övertagande av risken är alltså den karaktäristiska beståndsdelen i en tjänstekoncession och kan sägas vara en inneboende del i uttrycket "rätten

¹⁶ Mål C-370/07 *Oymanns*, punkt 70.

¹⁷ Se mål C-370/07 *Oymanns*, punkt 70 och mål C-382/05 *Kommissionen mot Italien*, punkt 30-31.

¹⁸ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkterna 50-51, 53 och 54 samt i punkt 54 angiven rättspraxis.

¹⁹ Mål C-348/10 *Norma*, punkt 42 och mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 57.

²⁰ Mål C-348/10 *Norma*, punkt 44.

att utnyttja tjänsten". EU-domstolen har vid flera tillfällen behandlat frågan om den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten och har uttryckt att risken ska förstås som en risk att utsättas för "*marknadens nyckel*". Domstolen har angett att marknadens nyckel exempelvis kan ta sig uttryck i en risk för:

- att utsättas för konkurrens från andra ekonomiska aktörer,
- bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan,
- insolvens hos dem som är betalningsskyldiga för tillhandahållna tjänster,
- att inkomsterna inte ska täcka samtliga kostnader,
- att stå ansvaret för alla sorters skador som uppkommer till följd av brister i tjänsten.²¹

Dessa är alltså exempel på riskfaktorer som är relevanta att ta i beaktande vid bedömning av om leverantören har övertagit verksamhetsrisken för tjänsternas utövande.

41. Vid en typisk tjänstekoncession uppkommer nämligen den relevanta risken genom att leverantören bär alla kostnaderna för att tillhandahålla tjänsten, men erhåller intäkter, till täckande av sina kostnader och till att göra vinst, *endast* om den är framgångsrik i att "utnyttja tjänsten" – alltså i att sälja den till sina kunder. Den relevanta risken består således i en risk för brist i efterfrågan på tjänsten eller en risk för brist i utbudet på tjänsten, eller båda.
42. I alla kontraktsförhållanden finns en viss ekonomisk risk att av olika anledningar inte göra vinst på tjänsten som kontraktet avser. Men det är inte de risker som återfinns *både* vid tjänstekoncessioner och vid tjänstekontrakt, som ska läggas till grund för bedömningen av om ett kontrakt utgör en tjänstekoncession.
43. Risker som återfinns oavsett kontraktstyp kan exempelvis vara risker som är förknippade med bristfällig företagsledning, felaktiga bedömningar från leverantörens sida vid utförandet av verksamheten eller en förändring av förutsättningarna för verksamhetens utförande på grund av ändrad lagstiftning under avtalsperioden.²²

Riskens omfattning

44. En tjänstekoncession förutsätter inte att hela risken överförs från myndigheten till leverantören och inte heller att risken är av betydande omfattning.

²¹ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 66-67, mål C-274/09 *Stadler*, punkt 37 och mål C-348/10 *Norma*, punkt 48.

²² Mål C-274/09 *Stadler*, punkt 38 samt mål C-348/10 *Norma*, punkt 49.

45. EU-domstolen har i målet *Eurawasser* givit uttryck för sin syn på risken och dess omfattning.²³ Målet gällde ett avtal om distribution av dricksvatten och bortledning av avloppsvatten. Leverantören skulle erhålla sin betalning endast från de som använde tjänsterna. Priset för tjänsterna fastställdes av leverantören, men skulle beräknas enligt en kostnadstäckningsprincip. På grund av offentligrättslig reglering gällde anslutnings- och nyttjandevång avseende tjänsterna.
46. Risken var alltså begränsad redan från början, även för det fall att myndigheten hade utfört tjänsten i egen regi. EU-domstolen uttryckte i domen att även om risken, på grund av offentligrättslig reglering, är *mycket begränsad* i sin omfattning kan en tjänstekoncession föreligga. En förutsättning är dock att myndigheten överför hela, eller åtminstone en *betydande del av*, risken på leverantören.²⁴
47. Detta synsätt upprepades av EU-domstolen i målen *Stadler* och *Norma*.²⁵ I *Norma*-målet uttryckte EU-domstolen att de aktuella offentligrättsliga bestämmelserna och avtalsklausulerna innebar att tjänsteleverantören inte stod en *betydande del* av den risk som var förenad med utnyttjandet av tjänsten.²⁶ Här bekräftades att en allt för stor andel av risken inte får stanna hos myndigheten. Om kontraktsvillkoren mellan myndigheten och leverantören är sådana att risken för leverantören helt tagits bort eller avsevärt begränsats exempelvis genom garantier för full kostnadstäckning föreligger inte någon tjänstekoncession.
48. Sammanfattningsvis följer det av EU-domstolens praxis att en tjänstekoncession förutsätter att den upphandlande myndigheten överför hela eller *åtminstone en betydande del* av den risk som myndigheten skulle löpa om den utförde tjänsten själv, även om denna risk redan från början är mycket begränsad.²⁷
49. Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har i ett mål rörande överprövning av en upphandling av sotningstjänster, där det anfördes att det var fråga om tilldelningen av en tjänstekoncession, konstaterat att avtalet inte utgjorde ett tjänstekontrakt i LOU:s mening. Vi tolkar avgörandet som att domstolen ansåg att avtalet utgjorde en tjänstekoncession. Genom det aktuella kontraktet överförde kommunen sitt ansvar för skorstenssotning till en leverantör som

²³ Mål C-206/08 *Eurawasser*.

²⁴ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 80.

²⁵ Mål C-274/09 *Stadler*, punkt 33 och mål C-348/10 *Norma*, punkt 45.

²⁶ Mål C-348/10 *Norma*, punkt 51.

²⁷ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 80.

gavs rätt att ta betalt av dem som utnyttjar tjänsten. Kunderna hade en lagreglerad skyldighet att köpa sådana tjänster från leverantören.²⁸

50. Vidare har Kammarrätten i Göteborg konstaterat att Uddevalla kommun tilldelat en tjänstekoncession till en leverantör avseende insamling och transport av hushållsavfall. Leverantören erhöll endast ersättning från användarna av tjänsten och precis som i målet i HFD förelåg ett nyttjandetvång för användarna. Vidare saknade leverantören garantier om kostnadstäckning och stod risken för att de betalningsskyldiga skulle bli insolventa.²⁹ I en tidigare laglighetsprövning enligt kommunallagen (1991:900) har samma kammarrätt emellertid bedömt att kommunens kontraktstilldelning var ett tjänstekontrakt och inte en tjänstekoncession.³⁰

Direktiv om koncessioner

51. I sammanhanget kan noteras att det har antagits ett EU-direktiv om tilldelning av koncessioner (direktiv 2014/23/EU). Rådande oklarheter om innebörden av begreppet koncession är ett av motiven till antagandet. Direktivet syftar, förutom till att införa förfaranderegler och rättsmedel vid tilldelning av koncessioner, till att klargöra vad som utgör en koncession. Direktivet ska genomföras i svensk rätt senast den 18 april 2016.
52. I koncessionsdirektivet har det tagits in en skrivning som förtydligar riskbegreppet. Skrivningen utgör dock ett *tillägg* till nuvarande rättsläge, och är inte en kodifiering av praxis. Det finns därmed ingen möjlighet att redan nu, innan direktivet är genomfört i svensk rätt, lägga skrivningen till grund för bedömningen av om en tjänstekoncession föreligger.
53. I koncessionsdirektivets artikel 5.1 anges att den del av risken som överförs på koncessionshavaren ska omfatta *verklig* exponering för marknadens nyckler, vilket innebär att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte ska vara endast nominella eller försumbara.
54. För att avgöra om uppskattade förluster är nominella eller försumbara ska värdet av uppskattade förluster ställas i relation till värdet på kontraktet. Vid jämförelsen mot hela kontraktets uppskattade värde får förlusterna alltså inte framstå som alltför obetydliga.

Bedömning

55. Vi vill inledningsvis klargöra följande avseende den dom från Kammarrätten i Göteborg som vi hänvisar till.³¹ Domstolen uttalade i målet att Helsing-

²⁸ RÅ 2008 not 101.

²⁹ Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 maj 2011 i mål nr 6515-10.

³⁰ Kammarrätten i Göteborgs dom den 11 juni 2010 i mål nr 3917-09.

³¹ Kammarätten i Göteborgs dom den 9 januari 2014 i mål 7877-12.

borgs kommuns överlämnande av renhållningsverksamheten till NSR AB utgör en tjänstekoncession. Frågan i målet var om Helsingborgs kommun haft lagligt stöd för att fatta beslutet, så kallat kommunalbesvär. Domen utgör inte något hinder för oss att pröva om ni tilldelat en tjänstekoncession.

56. Frågan i ärendet är om tilldelningen av kontrakt till NSR AB utgör ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession. Av redogörelsen ovan har framgått att en tjänstekoncession föreligger om leverantören övertar åtminstone en betydande del av den risk som myndigheten själv skulle löpa om den utförde tjänsten i egen regi, även om denna risk redan från början är mycket begränsad. En sådan risköverföring kan föreligga om leverantören har rätt att ta betalt av de som använder tjänsten.
57. Ni har fattat beslut på fullmäktige att från januari 2012 överlämna kommunens renhållningsverksamhet till NSR AB. Tilldelningens omfattning och förutsättningarna för NSR AB:s utnyttjande av tjänsterna framgår därför till stor del av reglerna om den kommunala renhållningsskyldigheten som följer av miljöbalken (1998:808) (MB).
58. Den kommunala renhållningsskyldigheten regleras i 15 kap. MB. Varje kommun ansvarar för att hushållsavfall inom kommunen transporteras till en behandlingsanläggning och återvinns eller bortskaffas. Med hushållsavfall avses avfall från hushåll och därmed jämförligt avfall från annan verksamhet. Det framgår av 15 kap. 2 och 8 §§ MB. Hushållsavfallet omfattar alltså även visst avfall från skolor och myndigheter med flera.
59. Ingen annan än kommunen, eller den kommunen anlitar, får enligt 15 kap. 21 § MB ta befattning med transport av hushållsavfallet. Vidare får innehavaren av avfallet, vanligen fastighetsägaren, inte själv återvinna eller bortskaffa avfallet. Kommunen har därmed en odelad ensamrätt till hushållsavfall inom sitt territorium.
60. Kommunen får besluta att ta ut en avgift (taxa) från innehavarna av hushållsavfallet för hanteringen. Det är kommunfullmäktige som fattar beslut om storleken på avgiften och denna rätt får inte överlåtas till en fristående juridisk person.
61. Avgiften beräknas enligt en kostnadstäckningsprincip och får inte vara större än att den täcker nödvändiga planerings-, kapital- och driftskostnader för renhållningen. Avgiften får dock tas ut på ett sådant sätt att återanvändning, återvinning eller annan miljöanpassad avfallshantering främjas. Om kommunen anlitar någon annan att utföra renhållningen, får avtalet läggas till grund för beräkning av avgiften, om kostnaden därigenom inte blir väsentligt högre än om kommunen själv utför renhållningen. Detta framgår av 27 kap. 4-6 §§ MB.



62. Mellan er och NSR AB har upprättats en handling benämnd "Överlämnande av renhållningen i Båstad kommun" som undertecknats efter fullmäktiges beslut att överlämna renhållningsansvaret till NSR AB. Det innebär att ni överlämnat ert kommunala ansvar att ta hand om hushållsavfall NSR AB. Därmed har NSR AB givits en faktisk ensamrätt till avfallet. Den offentliga grätsliga regleringen innebär vidare att innehavarna av hushållsavfallet är skyldiga att anlita NSR AB för att ta omhand deras avfall. Avgiften beräknas enligt en kostnadstäckningsprincip, men ger även utrymme för kostnader på grund av främjande av miljöanpassad avfallshantering. Vidare finns visst utrymme för påslag för vinster, så länge avgiften inte blir väsentligt högre än vid drift i kommunens egen regi.
63. Förutsättningarna för NSR AB:s utnyttjande av tjänsterna framgår vidare av ovan nämnda handling "Överlämnande av renhållningen i Båstad kommun" som hänvisar till aktieägaravtal och ägardirektiv. Enligt vår mening innehåller dessa handlingar inte någon reglering som är ägnad att reducera den relevanta verksamhetsrisken för NSR AB. Det finns emellertid en intresse- och persongemenskap mellan er och NSR AB som vi bedömer inverkar riskreducerande i avtalsförhållandet. Denna gemenskap har sitt ursprung i det faktum att ni och övriga kommuner har kontroll över NSR AB motsvarande över era egna förvaltningar och att ni utser dess styrelse och besätter denna med kommunens funktionärer.

Betalning för tjänsternas utförande

64. Leverantörens rätt att "utnyttja tjänsten" innefattar möjligheten att erhålla hela, eller del av sin betalning, från användarna av tjänsterna. Vi har begärt in ekonomisk information från NSR AB av vilken framgår att bolaget inte erhåller någon ersättning direkt från er, utan från renhållningsabonnenterna inom ert territorium. Vi bedömer därför att NSR AB erhåller all sin ersättning från användarna av tjänsterna. Frågan är därefter om NSR AB under sådana omständigheter har övertagit hela, eller åtminstone en betydande del av, den verksamhetsrisk som ni själv skulle löpa om ni utförde tjänsten i egen regi.

Risk för konkurrens

65. Ni som kommun har enligt miljöbalken en uttrycklig ensamrätt till hushållsavfallet och att utse vem som ska ta hand om avfallet. Eftersom ni endast har utsett NSR AB att ta hand om avfallet bedömer vi att det i dagsläget inte föreligger någon risk att NSR AB ska utsättas för konkurrens från andra leverantörer.
66. Förvisso skulle det i teorin stå en kommun fritt att skapa en konkurrens-situation genom att utse fler leverantörer för att ta hand om hushållsavfallet. Kammarrätten i Göteborg har i mål 6515-10 tagit denna teoretiska möjlighet till intäkt för att det föreligger en risk för leverantören att utsättas för kon-



kurrens. Vår uppfattning är emellertid att denna potentiella risk för en eventuell konkurrenssituation inte *i sig* utgör en relevant riskfaktor. Utan det är först när en faktisk konkurrenssituation föreligger som det kan påverka bedömningen. Ett kontrakt kan på grund av senare inträffade händelser upphöra att utgöra en koncession, men det betyder inte att kontraktet inte var att anse som en koncession vid tillfället för tilldelningen.

Risk för bristande efterfrågan

67. Det föreligger ett tvång för innehavare av hushållsavfall att köpa NSR AB:s tjänster. Efterfrågan på tjänsterna som NSR AB har rätt att utnyttja är därmed i förväg känd och kalkylerbar. Detta minskar risken för brister i efterfrågan avsevärt. Förvisso är det inte osannolikt att kundunderlaget förändras något över tid genom enskilda renhållningsabonnenters in- och utflytt ur kommunen. Dessutom kan renhållningsabonnenterna, om än i mycket begränsad mån, påverka sin produktion av hushållsavfall. Vi bedömer emellertid att konsekvenserna, om denna risk realiserar, är så små att risken är obetydlig för NSR AB.

Risk för insolvens hos användarna

68. En annan risk som NSR AB är utsatt för är risken för insolvens hos användarna av tjänsterna, renhållningsabonnenterna. Det är inte osannolikt att en mindre andel av abonnenterna inte kan eller vill betala för sig. Det förefaller dock osannolikt att många abonnenter samtidigt skulle bli insolventa. Vi bedömer därför att kostnaderna förknippade med denna risk är obetydliga för NSR AB.

Risk för bristande kostnadstäckning

69. Det faktum att NSR AB inte själv får besluta om vilken avgift de ska ta ut för tjänsterna utgör en risk i sig eftersom NSR AB inte fritt kan justera intäkterna i förhållande till verksamhetens kostnader. Risken för att NSR AB inte ska få sina kostnader täckta minskas dock i viss mån av att avgiften enligt lag får beräknas så att den täcker verksamhetens nödvändiga kostnader. Vidare ges utrymme för påslag för rena vinster, så länge avgiften inte väsentligen överstiger vad kommunen själv har kunnat ta ut.
70. Eftersom ni har beslutsrätten avseende avfallstaxan har ni även möjlighet att se till att avgifterna för renhållningen ger NSR AB full kostnadstäckning. Då det föreligger en intressegemenskap mellan er och NSR AB finns anledning att utgå från att ni genom era taxebeslut kommer att se till att NSR AB kan ta ut en avgift som är tillräckligt stor för att täcka kostnaderna i verksamheten. Vi bedömer därför att sannolikheten för att denna risk ska realiseras i praktiken är mycket liten.



Sammanfattande bedömning

71. Vi har ovan konstaterat att NSR AB erhåller all ersättning för utförandet av avfallstjänsterna från användarna av tjänsterna. Vi kan även konstatera att det föreligger en ensamrätt för NSR AB att utföra tjänsterna och ett nyttjandetvång för användarna av tjänsterna. Detta innebär att NSR AB inte kommer att utsättas för någon konkurrens eller någon nämnvärd risk för brist i efterfrågan. Vi har vidare konstaterat att det föreligger en risk för insolvens hos användarna av tjänsterna samt att det faktum att NSR AB inte själv får besluta om vilken avgift de ska ta ut för tjänsterna innebär en risk. Samtliga dessa faktorer har av EU-domstolen ansetts utgöra relevanta riskfaktorer i relation till leverantörens utsatthet för "marknadens nycker".³²
72. På grund av den offentlighetsrättsliga regleringen på området är risken mycket begränsad till sin omfattning. Av EU-domstolens praxis framgår dock att det inte utgör något hinder för en tjänstekoncession att den ursprungliga risken är mycket begränsad.³³ En förutsättning är emellertid att myndigheten överför hela, eller åtminstone en *betydande del av*, risken på leverantören. Det finns inte någon avtalsreglering mellan er och NSR AB som är ägnad att ytterligare reducera risken för bolaget. Vi bedömer därför att åtminstone en betydande del av den verksamhetsrisk som ni skulle löpa om ni utförde tjänsten i egen regi har överförts till NSR AB.
73. NSR AB:s ersättning för utförandet av tjänsternas består därmed av en rätt att utnyttja tjänsterna och tilldelningen utgör en tjänstekoncession.
74. Det får avslutningsvis noteras att det inte kan uteslutas att bedömningen i en liknande situation skulle bli en annan efter att koncessionsdirektivet införlivats i svensk rätt i april 2016. Detta på grund av att leverantörens eventuella förluster endast skulle vara nominella eller försumbara i enlighet med artikel 5.1 i direktivet.
75. I vårt beslut i samma ärende avseende Höganäs kommuns köp av tjänster från NSR AB har vi bedömt att *verksamhetskriteriet* inte är uppfyllt efter att en genomlysning gjorts. Av EU-domstolens praxis framgår att bedömningen av verksamhetskriteriet inte påverkas av om tilldelningen avser ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession.

³² Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 66-67, mål C-274/09 *Stadler*, punkt 37 och mål C-348/10 *Norma*, punkt 48.

³³ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 80, mål C-274/09 *Stadler*, punkt 33 och mål C-348/10 *Norma*, punkt 45.



Slutsats

76. Vår bedömning är att er tilldelning till NSR AB är att betrakta som en tjänstekoncession. Vi bedömer att den risk som NSR AB är utsatt för redan från början är mycket begränsad, men att NSR AB övertagit åtminstone en betydande del av den risk som ni själva skulle löpa om ni utförde tjänsten i egen regi.
77. Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för offentlig upphandling i Sverige i enlighet med 18 kap. LOU. Eftersom tilldelning av tjänstekoncessioner inte omfattas av LOU omfattas de inte heller av vår tillsyn.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Sara Zell.

Dan Sjöblom

Sara Zell

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats

Helsingborgs kommun
251 89 Helsingborg

Helsingborgs kommun – avfallshanteringstjänster utförda av Nordvästra Skånes Renhållnings Aktiebolag

Beslut

Konkurrensverket skriver av ärendet från vidare handläggning. Helsingborgs kommuns tilldelning utgör en tjänstekoncession och omfattas inte av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Konkurrensverket har inte någon tillsyn över tjänstekoncessioner.

Sammanfattning

Ni är delägare i det kommunala avfallsbolaget Nordvästra Skånes Renhållnings Aktiebolag, org. nr 556217-4580, (NSR AB) tillsammans med fem andra kommuner. Samtliga kommuner har tidigare menat att de får köpa avfallshanteringstjänster från NSR AB utan föregående upphandling med tillämpning av in house-regeln i 2 kap. 10 a § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).¹ För att regeln ska vara tillämplig måste de så kallade kontroll- och verksamhetskriterierna vara uppfyllda. Samtliga ägarkommuner, utom Höganäs, gör nu gällande att man har tilldelat NSR AB en tjänstekoncession och att man därför inte behöver iaktta bestämmelserna i LOU.

Tjänstekoncessioner är förvisso undantagna förfaranderegler i LOU, men om tjänstekoncessionen anses ha ett gränsöverskridande intresse måste myndigheten beakta EUF-fördragets grundläggande principer vid tilldelningen. Det innebär att upphandlande myndigheter bland annat är skyldiga att lämna insyn i tilldelningsprocessen. Om tilldelningen inte anses ha något gränsöverskridande intresse är dock en direkttilldelning utan konkurrensutsättning tillåten. Direkttilldelning är vidare tillåten om in house-regeln är tillämplig.

¹ In house-regeln kallas även in house- eller Teckal-undantaget. Det senare efter namnet på en av parterna i mål C-107/98 där EU-domstolen för första gången slog fast möjligheten att göra interna köp utan föregående upphandling.

Vår bedömning är att ni har tilldelat en tjänstekoncession till NSR AB. Eftersom Konkurrensverket inte har tillsyn över tilldelning av tjänstekoncessioner gör vi inte någon särskild prövning av om in house-regeln är tillämplig eller principerna i EUF-fördraget iakttagits på ett korrekt sätt vid tilldelningen. I vårt beslut avseende Höganäs kommun som har tilldelat ett tjänstekontrakt till NSR AB har vi dock gjort bedömningen att verksamhetskriteriet i in house-regeln *inte* är uppfyllt efter att en genomlysning gjorts. Av EU-domstolens praxis framgår att bedömningen av verksamhetskriteriet inte påverkas av om tilldelningen avser ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession.

Ärendet skrivs av från vidare handläggning.

Bakgrund

1. NSR AB bildades år 1981 och ägs gemensamt av kommunerna Helsingborg, Höganäs, Ängelholm, Båstad, Åstorp och Bjuv. Till grund för ägarkommunernas samarbete ligger ett aktieägaravtal från samma år.
2. Av aktieägaravtalet framgår att ägarkommunerna ska bilda NSR AB och att bolaget ska ta emot och behandla avfall för ägarnas räkning. För detta ändamål ska NSR AB driva och underhålla regionala avfallsanläggningar, ansvara för transporter av avfall och sälja de produkter som kan utvinnas ur avfallet. Ägarkommunerna förbinder sig även gentemot varandra att lämna avfall till bolaget så länge aktieägaravtalet är giltigt. NSR AB är inte och har inte heller varit part i avtalet.
3. NSR AB:s verksamhet ska enligt aktieägaravtalet bedrivas på självkostnadsbasis enligt affärsmässiga principer. Bolaget har rätt att ta ut avgift enligt en taxa för att det omhändertar ägarkommunernas avfall. NSR AB ska bestämma taxan så att bolagets inkomster och utgifter balanseras.
4. Aktieägaravtalet gällde ursprungligen till och med utgången av år 2010. Eftersom någon uppsägning inte skedde förlängdes det automatisk och är nu giltigt till åtminstone år 2020. Aktieägaravtalet har ändrats år 1984.
5. Sedan NSR AB bildades har ni och övriga ägarkommuner anlitat bolaget för avfallshanteringstjänster i form av bland annat transport och omhändertagande av hushållsavfall. Såvitt har framkommit under vår utredning upprättades inga kontrakt mellan er och NSR AB. Ni har heller aldrig genomfört något upphandlingsförfarande enligt LOU avseende dessa tjänster.
6. I december 2011 fattade kommunfullmäktige beslut om att överlämna kommunens skyldigheter på avfallsområdet enligt miljöbalken till NSR AB från och med år 2012. Överlämnandet innebar bland annat att NSR AB övertog utrustning, inventarier, avtal och personal från renhållningsverket inom kommunen.

Situationen före omorganisationen

7. Verksamheten i NSR AB har sedan start genomgått stora förändringar. Förutom tjänster till ägarkommunerna har bolaget även kommit att rikta sig mot den privata marknaden. Av koncern- och årsredovisningarna för verksamhetsåren 2009-2011 framgår att NSR AB bland annat sålde återvunnet material, och producerade el- och värmeenergi samt biogas till privata aktörer på marknaden. Den delen av bolagets verksamhet har gett betydande intäkter.
8. I årsredovisningarna för verksamhetsåren 2009-2011 har NSR AB särredovisat de intäkter som kommer från den verksamhet som bedrivs på uppdrag av ägarkommunerna respektive från den "kommersiella affärsverksamheten". För dessa år fördelar sig intäkterna enligt följande.²

	Intäkter från ägarkommunerna	Intäkter från kommersiell af- färsverksamhet	Intäkter totalt
Verksamhetsår 2009	252 Mkr (73 %)	93 Mkr (27 %)	345 Mkr
Verksamhetsår 2010	277 Mkr (73 %)	102 Mkr (27 %)	379 Mkr
Verksamhetsår 2011	313 Mkr (77 %)	94 Mkr (23 %)	407 Mkr ³

EU-kommissionens granskning

9. I januari 2010 inledde EU-kommissionen ett överträdelseärende mot Sverige som avsåg vissa svenska kommuners köp av avfallshanteringstjänster.⁴ Ärendet omfattade bland annat ert och Ängelholms kommuns köp av tjänster från NSR AB.
10. I svaret till EU-kommissionen uppgav Sveriges regering att 27 procent av NSR AB:s omsättning kom från privata kunder. Enligt regeringen avsåg emellertid ägarkommunerna och NSR AB att anpassa verksamheten för att det skulle vara möjligt att göra interna köp från bolaget. Detta skulle bland annat ske genom nya ägardirektiv. Förändringarna skulle vara genomförda till utgången av år 2011.⁵

² Samtliga uppgifter om intäkter i punkt 8 är hämtade från koncern- och årsredovisningen för NSR AB för de aktuella åren. Värden i kronor anges avrundat till närmaste heltal miljoner (Mkr). Angivna procenttal motsvarar respektive intäktsslags del av de totala intäkterna och är avrundat till närmaste heltal.

³ För år 2009 redovisas intäkterna från ägarkommunerna respektive från kommersiell affärsverksamhet för koncernen som helhet. Medan år 2010 och 2011 redovisas intäkterna endast för NSR AB.

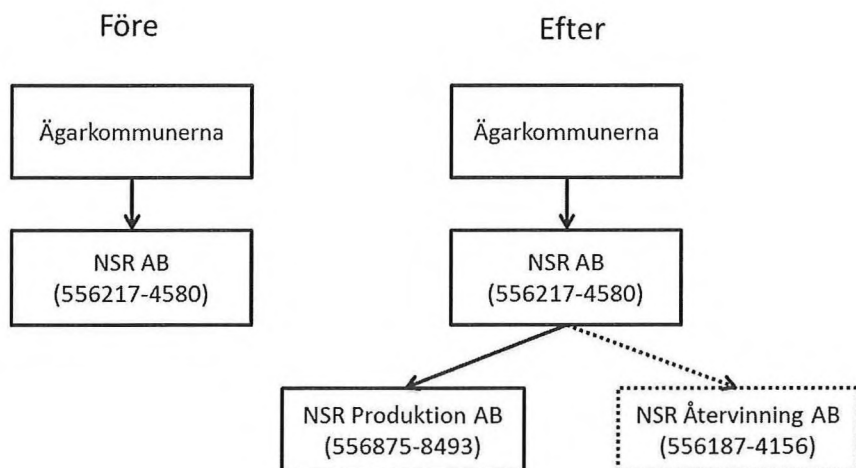
⁴ EU-kommissionens överträdelseärende SG-Greffe (2010) D/903, ärendenummer 2009/4080.

⁵ Svenska regeringens svar på EU-kommissionens formella underrättelse i överträdelseärende 2009/4080, Fi2010/641, 2010-04-29.

11. Kommissionen ansåg emellertid inte att detta var tillräckligt. I ett motiverat yttrande⁶ till Sveriges regering angav kommissionen att NSR AB inte riktade huvuddelen av sin verksamhet till ägarkommunerna. Bolaget bedömdes istället vara aktivt på den privata marknaden och den del av omsättningen som kom från andra än ägarkommunerna var betydande. Enligt kommissionen var därför verksamhetskriteriet inte uppfyllt vilket innebar att ni och Ängelholms kommun inte kunde köpa avfallshanteringstjänster från NSR AB utan att först genomföra en offentlig upphandling. Kommissionen konstaterade därmed att Sveriges regering inte hade uppfyllt sina skyldigheter enligt direktiv 2004/18/EG och uppmanade Sverige att vidta de åtgärder som var nödvändiga för att rätta sig efter det motiverade yttrandet senast inom två månader.

Situationen efter omorganisationen

12. Under år 2011 omorganiserade ni och övriga ägarkommuner verksamheten i NSR AB. Det innebar bland annat att lokal mottagning och behandling av verksamhetsavfall⁷ från andra än ägarkommunerna överfördes till två dotterbolag, NSR Återvinning AB och NSR Produktion AB. Den verksamhet som bestod i att tillhandahålla avfallshanteringstjänster till ägarkommunerna behölls i moderbolaget NSR AB. Moderbolaget förblev även ägare till koncernens verksamhetskritiska anläggningstillgångar och all infrastruktur, däribland förbränningsugnar och den anläggning som används för produktion av biogas.



13. Enligt NSR Produktion AB:s bolagsordning ska bolaget ta emot och behandla det avfall som ägarkommunerna lämnar till NSR AB, och bedriva därmed sammanhängande regional verksamhet. Bolaget ska även stå för driften av de

⁶ Ett motiverat yttrande är ett av leden i ett överträdelseärende. I ett motiverat yttrande kräver kommissionen vanligtvis att landet rättar till sina regler inom en fastställd tidsfrist.

⁷ Med verksamhetsavfall menas det avfall som uppkommer i processen vid exempelvis industrier, restauranger, butiker eller tjänsteföretag.

avfalls- och återvinningsanläggningar som ägs av NSR AB samt sälja återvunnet material och biogas.⁸

14. Enligt aktieägaravtalet tillsätts NSR AB:s styrelse av ägarkommunerna. Av uppgifter från Bolagsverket framgår att det är samma personer som har suttit i styrelsen för såväl NSR AB som för NSR Produktion AB sedan år 2012. De två bolagen har under den här tiden även haft samma verkställande direktör.
15. År 2013 såldes 51 procent av aktierna i NSR Återvinning AB till ett privatägt bolag. NSR Återvinning AB är alltså inte längre ett helägt dotterbolag i NSR-koncernen.

Med vilka bedriver bolagen sin verksamhet?⁹

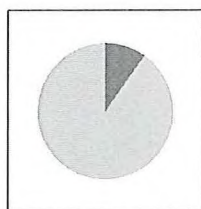
16. Efter omorganisationen år 2011 minskades NSR AB:s andel extern verksamhet. Av de uppgifter som vi begärt in från bolaget för verksamhetsåren 2012, 2013 och första halvåret 2014 fördelar sig intäkterna enligt följande.

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

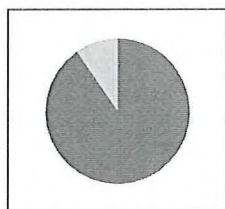
17. Under samma period bedrev NSR Produktion AB den övervägande delen av sin verksamhet tillsammans med *andra* än ägarkommunerna.

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

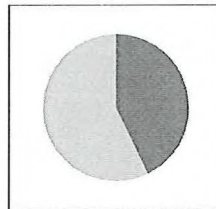
Intäkter verksamhetsåret 2013



NSR AB



NSR Produktion AB



NSR-koncernen

Intern omsättning

Extern omsättning

⁸ Bolagsordning för NSR Produktion AB, antagen den 18 december 2013.

⁹ Underlaget för beräkningarna i detta avsnitt har lämnats till Konkurrensverket av NSR AB

18. Rörelseresultatet i NSR AB har utvecklats negativt sedan omorganisationen. För verksamhetsåren 2010 och 2011 redovisade bolaget positiva rörelseresultat med cirka 10 miljoner kronor respektive 20 miljoner kronor. För verksamhetsåren 2012 och 2013, alltså efter omorganisationen, redovisade NSR AB negativa rörelseresultat om cirka 20 miljoner kronor respektive 16 miljoner kronor. År 2012 år fick NSR AB ett koncernbidrag om 26 miljoner kronor från NSR Produktion AB.

Ärendet

19. I november 2014 inledde vi en granskning av NSR AB och dess ägare, där ibland er. Syftet med vår utredning är att följa upp utvecklingen av verksamheten i NSR-koncernen efter omorganisationen och bedöma om den är förenlig med upphandlingslagstiftningen. Under ärendets handläggning har följande framkommit.
20. NSR AB har under år 2012 och 2013 erhållit drygt 200 miljoner kronor årligen i avgifter för att det skulle omhänderta och behandla hushållsavfall från ert territorium. Första halvåret 2014 var motsvarande siffra drygt 100 miljoner kronor.
21. Ni uppger att ni överlämnat ansvaret för den kommunala renhållningen till NSR AB och att denna åtgärd är att anse som en kommunalrättslig organisationsåtgärd. Ni hänvisar även till att Kammarrätten i Göteborg funnit att ert överlämnande till NSR AB utgör en tjänstekoncession.¹⁰ Ni uppger att LOU inte är tillämpligt på tjänstekoncessioner och att koncessionen saknar gränsöverskridande intresse.
22. Ni uppger vidare att NSR AB uppfyller in house-regeln eftersom bolaget kontrolleras av ägarkommunerna och utför huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med dem.
23. Enligt er är det endast förhållandet mellan er avtalspart, NSR AB, och ägarkommunerna som är intressant för frågan om verksamhetskriteriet är uppfyllt. Bedömningen ska därför ske utan hänsyn till NSR Produktion AB och ni menar att det saknas rättsligt stöd för att koncernförhållandena skulle ha någon betydelse för er möjlighet att göra interna köp från NSR AB. Om bolagen ska bedömas som en enhet anser ni däremot att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt i dagsläget.
24. Under utredningen har det framkommit att en av NSR AB:s ägarkommuner, Höganäs, inte gör gällande att den tilldelat någon tjänstekoncession till bola-

¹⁰ Se dom från Kammarrätten i Göteborg av den 9 januari 2014 i mål 7877-12.

get. Konkurrensverket har denna dag fattat ett tillsynsbeslut avseende Höganäs kommun.¹¹

25. Det har också framkommit att en majoritet av aktierna i NSR Återvinning AB såldes till en tredje part år 2013. Ni har angett att syftet med överlåtelsen av aktierna är att på sikt helt privatisera bolagets verksamhet. Det är er och övriga ägarkommuners avsikt att så ska ha skett senast den 30 juni 2016. Vår granskning omfattar därför inte NSR återvinning AB.

Skäl för beslutet

26. Vi bedriver tillsyn över upphandlingslagstiftningen i syfte att öka regel- efterlevnaden och att bidra till en effektiv offentlig upphandling. Tillsynen bedrivs bland annat genom tillsynsbeslut eller ansökan om upphandlings- skadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU. Vi har i detta ärende valt att fatta ett motiverat avskrivningsbeslut.

Rättsläget

27. Syftet med upphandlingsreglerna är bland annat att upphandlande myndig- heter ska använda offentliga medel för köp av varor, tjänster och byggtre- prenader på bästa sätt, genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad. Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörerna möj- lighet att tävla på lika villkor i varje upphandling.
28. Huvudregeln i LOU är att upphandlingar ska annonseras och att alla leverantörer ska få lämna anbud respektive ansöka om att få lämna anbud. Endast i vissa i LOU specificerade undantagsfall får avtal ingås med en leve- rantör utan föregående annonsering. Ett avtal behöver inte föregås av upp- handling enligt LOU om det omfattas av in house-regeln i lagens 2 kap. 10 a §.

Vad är en tjänstekoncession?

29. Definitionen av en tjänstekoncession är "ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att leverantörens ersättning för utförande av tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten". Ett tjänste- kontrakt är ett kontrakt som gäller utförande av tjänster och som inte utgör ett byggtreprenadkontrakt eller ett varukontrakt. Det framgår av 2 kap. 17 och 18 §§ LOU samt artikel 1.2 d och 1.4 i direktiv 2004/18/EG. Vi kommer i avsnitten nedan att närmare redogöra för innebörden av begreppet tjänste- koncession.
30. Tjänstekoncessioner omfattas inte av LOU eller det bakomliggande direktivet (2004/18/EG). Ingående av sådant avtal behöver således inte föregås av en

¹¹ Dnr 728/2014 avseende Höganäs kommun.

offentlig upphandling enligt reglerna i LOU. Det stadgas i 1 kap. 2 § femte stycket LOU respektive i artikel 1.4 i direktivet.

31. Att tjänstekoncessioner inte omfattas av LOU innebär dock inte att den upphandlande myndigheten utan vidare får direkttilldela en tjänstekoncession utan konkurrensutsättning. EU-domstolen har i flera avgöranden utvecklat vad upphandlande myndigheter som ingår avtal om tjänstekoncessioner har att iaktta i EUF-fördraget och de principer som följer därav.¹² Det innebär bland annat att myndigheter är skyldiga att på lämpligt sätt lämna insyn i tilldelningsprocessen om koncessionen kan antas vara av intresse för en leverantör i en annan medlemsstat. EU-domstolen har särskilt uttryckt att en tilldelning av en koncession utan någon som helst anbudsinfordran varken är förenlig med kraven i artiklarna 43 EG och 49 EG eller principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn.¹³
32. Direkttilldelning av en tjänstekoncession är tillåten om in house-regeln är tillämplig eller om det saknas ett bestämt gränsöverskridande intresse för tilldelningen. Ett gränsöverskridande intresse kan exempelvis saknas om tjänstekoncessionen är av mycket ringa ekonomisk betydelse.¹⁴ Gränser mellan medlemsstater kan emellertid gå genom tätbebyggda områden, vilket kan medföra att även koncessioner av mycket ringa ekonomisk betydelse kan anses ha ett gränsöverskridande intresse.¹⁵ En geografisk närhet till andra medlemsländer är något som kan medföra att ett gränsöverskridande intresse finns.
33. En myndighet som har för avsikt att tilldela ett kontrakt till ett hel- eller delägt bolag bör således *först* bedöma om in house-regeln är tillämplig. Om så är fallet kan en direkttilldelning göras och detta oavsett om kontraktet rätteligen skulle vara att betrakta som ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession. Av EU-domstolens praxis framgår nämligen att bedömningen av in house-regeln och dess verksamhetskriterium får tillämpas för tilldelningar av såväl tjänstekontrakt som tjänstekoncessioner. Om in house-regeln däremot inte är tillämplig är det viktigt att göra en noggrann och korrekt bedömning av om kontraktet ska betraktas som en tjänstekoncession eller tjänstekontrakt. Det är nämligen helt avgörande för vilken form av konkurrensutsättning som myndigheten behöver göra – enligt LOU eller med beaktande av EUF-fördraget och dess grundläggande principer.
34. Av definitionerna för tjänstekontrakt och tjänstekoncession framgår att begreppen är tämligen närliggande. I mål C- 370/07 *Oymanns* framhöll EU-

¹² Se bl.a. mål C-275/98 *Unitron Scandinavia*, punkt 31, mål C-203/08 *Sporting Exchange*, punkt 39 och 40 och mål C-458/03 *Parking Brixen*, punkt 50 och 52.

¹³ Mål C-458/03 *Parking Brixen*, punkt 50 och 52.

¹⁴ Mål C- 231/03 *Coname*, punkt 20 samt däri angiven rättspraxis.

¹⁵ Se förenade målen C-147/06 och 148/06 *SECAP*, punkt 31.

domstolen detta och angav att det inte är okomplicerat att göra en tydlig åtskillnad av kontraktstyperna på förhand.¹⁶ Den rättsliga klassificeringen av ett kontrakt ska uteslutande göras enligt unionsrätten och beror på de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁷

35. Om myndigheten bedömt att det tilltänkta arrangemanget utgör en tjänstekoncession har den sedan att avgöra om det kan tänkas föreligga ett bestämt gränsöverskridande intresse. Enbart ett antagande eller påstående om att det saknas gränsöverskridande intresse är inte tillräckligt för att underlåta annonsering eller att på annat sätt lämna insyn i tilldelningsprocessen. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att utreda närmare om så skulle kunna vara fallet.

Rätten att utnyttja

36. Vid en tjänstekoncession består ersättningen i *rätten att utnyttja tjänsten* eller sådan rätt i kombination med betalning.
37. Leverantörens rätt att utnyttja tjänsten innefattar möjligheten att få ersättning genom att ta betalt av dem som använder den aktuella tjänsten.¹⁸ Att en leverantör inte får ersättning från den upphandlande myndigheten, utan istället har rätt att ta betalt av de som använder tjänsten, är således ett sätt som utnyttjandet av tjänsten kan ta sig uttryck i.¹⁹
38. I målet C-348/10 *Norma* konstaterade EU-domstolen att det sätt på vilket ersättning utgår visserligen är en av de avgörande faktorerna vid kvalificeringen av en tjänstekoncession, men att en tjänstekoncession *dessutom* innebär att leverantören tar på sig den verksamhetsrisk som är förenad med utnyttjandet av de aktuella tjänsterna. Avsaknaden av en sådan risköverföring på leverantören innebär att transaktionen är ett tjänstekontrakt och inte en tjänstekoncession.²⁰
39. Av EU-domstolens praxis framgår alltså att "rätten att utnyttja tjänsten" innebär att leverantören tar på sig risken för tjänstens utförande. Vid bedömningen av om ett kontrakt utgör en tjänstekoncession krävs således en kontroll av om verksamhetsrisken överförs på leverantören och i så fall i vilken omfattning.

Närmare om risken

40. Övertagande av risken är alltså den karaktäristiska beståndsdelen i en tjänstekoncession och kan sägas vara en inneboende del i uttrycket "rätten

¹⁶ Mål C-370/07 *Oymanns*, punkt 70.

¹⁷ Se mål C-370/07 *Oymanns*, punkt 70 och mål C-382/05 *Kommissionen mot Italien*, punkt 30-31.

¹⁸ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkterna 50-51, 53 och 54 samt i punkt 54 angiven rättspraxis.

¹⁹ Mål C-348/10 *Norma*, punkt 42 och mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 57.

²⁰ Mål C-348/10 *Norma*, punkt 44.

att utnyttja tjänsten". EU-domstolen har vid flera tillfällen behandlat frågan om den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten och har uttryckt att risken ska förstås som en risk att utsättas för "*marknadens nycker*". Domstolen har angett att marknadens nycker exempelvis kan ta sig uttryck i en risk för:

- att utsättas för konkurrens från andra ekonomiska aktörer,
- bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan,
- insolvens hos dem som är betalningsskyldiga för tillhandahållna tjänster,
- att inkomsterna inte ska täcka samtliga kostnader,
- att stå ansvaret för alla sorters skador som uppkommer till följd av brister i tjänsten.²¹

Dessa är alltså exempel på riskfaktorer som är relevanta att ta i beaktande vid bedömning av om leverantören har övertagit verksamhetsrisken för tjänsternas utövande.

41. Vid en typisk tjänstekoncession uppkommer nämligen den relevanta risken genom att leverantören bär alla kostnaderna för att tillhandahålla tjänsten, men erhåller intäkter, till täckande av sina kostnader och till att göra vinst, endast om den är framgångsrik i att "utnyttja tjänsten" – alltså i att sälja den till sina kunder. Den relevanta risken består således i en risk för brist i efterfrågan på tjänsten eller en risk för brist i utbudet på tjänsten, eller båda.
42. I alla kontraktsförhållanden finns en viss ekonomisk risk att av olika anledningar inte göra vinst på tjänsten som kontraktet avser. Men det är inte de risker som återfinns *både* vid tjänstekoncessioner och vid tjänstekontrakt, som ska läggas till grund för bedömningen av om ett kontrakt utgör en tjänstekoncession.
43. Risker som återfinns oavsett kontraktstyp kan exempelvis vara risker som är förknippade med bristfällig företagsledning, felaktiga bedömningar från leverantörens sida vid utförandet av verksamheten eller en förändring av förutsättningarna för verksamhetens utförande på grund av ändrad lagstiftning under avtalsperioden.²²

Riskens omfattning

44. En tjänstekoncession förutsätter inte att hela risken överförs från myndigheten till leverantören och inte heller att risken är av betydande omfattning.

²¹ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 66-67, mål C-274/09 *Stadler*, punkt 37 och mål C-348/10 *Norma*, punkt 48.

²² Mål C-274/09 *Stadler*, punkt 38 samt mål C-348/10 *Norma*, punkt 49.

45. EU-domstolen har i målet *Eurawasser* givit uttryck för sin syn på risken och dess omfattning.²³ Målet gällde ett avtal om distribution av dricksvatten och bortledande av avloppsvatten. Leverantören skulle erhålla sin betalning endast från de som använde tjänsterna. Priset för tjänsterna fastställdes av leverantören, men skulle beräknas enligt en kostnadstäckningsprincip. På grund av offentligrättslig reglering gällde anslutnings- och nyttjandetvång avseende tjänsterna.
46. Risken var alltså begränsad redan från början, även för det fall att myndigheten hade utfört tjänsten i egen regi. EU-domstolen uttryckte i domen att även om risken, på grund av offentligrättslig reglering, är *mycket begränsad* i sin omfattning kan en tjänstekoncession föreligga. En förutsättning är dock att myndigheten överför hela, eller åtminstone en *betydande del av*, risken på leverantören.²⁴
47. Detta synsätt upprepades av EU-domstolen i målen *Stadler* och *Norma*.²⁵ I *Norma*-målet uttryckte EU-domstolen att de aktuella offentligrättsliga bestämmelserna och avtalsklausulerna innebar att tjänsteleverantören inte stod en *betydande del* av den risk som var förenad med utnyttjandet av tjänsten.²⁶ Här bekräftades att en allt för stor andel av risken inte får stanna hos myndigheten. Om kontraktsvillkoren mellan myndigheten och leverantören är sådana att risken för leverantören helt tagits bort eller avsevärt begränsats exempelvis genom garantier för full kostnadstäckning föreligger inte någon tjänstekoncession.
48. Sammanfattningsvis följer det av EU-domstolens praxis att en tjänstekoncession förutsätter att den upphandlande myndigheten överför hela eller *åtminstone en betydande del* av den risk som myndigheten skulle löpa om den utförde tjänsten själv, även om denna risk redan från början är mycket begränsad.²⁷
49. Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har i ett mål rörande överprövning av en upphandling av sotningstjänster, där det anfördes att det var fråga om tilldelningen av en tjänstekoncession, konstaterat att avtalet inte utgjorde ett tjänstekontrakt i LOU:s mening. Vi tolkar avgörandet som att domstolen ansåg att avtalet utgjorde en tjänstekoncession. Genom det aktuella kontraktet överförde kommunen sitt ansvar för skorstenssotning till en leverantör som

²³ Mål C-206/08 *Eurawasser*.

²⁴ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 80.

²⁵ Mål C-274/09 *Stadler*, punkt 33 och mål C-348/10 *Norma*, punkt 45.

²⁶ Mål C-348/10 *Norma*, punkt 51.

²⁷ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 80.

gavs rätt att ta betalt av dem som utnyttjar tjänsten. Kunderna hade en lagreglerad skyldighet att köpa sådana tjänster från leverantören.²⁸

50. Vidare har Kammarrätten i Göteborg konstaterat att Uddevalla kommun tilldelat en tjänstekoncession till en leverantör avseende insamling och transport av hushållsavfall. Leverantören erhöll endast ersättning från användarna av tjänsten och precis som i målet i HFD förelåg ett nyttjandetvång för användarna. Vidare saknade leverantören garantier om kostnadstäckning och stod risken för att de betalningsskyldiga skulle bli insolventa.²⁹ I en tidigare laglighetsprövning enligt kommunallagen (1991:900) har samma kammarrätt emellertid bedömt att kommunens kontraktstilldelning var ett tjänstekontrakt och inte en tjänstekoncession.³⁰

Direktiv om koncessioner

51. I sammanhanget kan noteras att det har antagits ett EU-direktiv om tilldelning av koncessioner (direktiv 2014/23/EU). Rådande oklarheter om innebörden av begreppet koncession är ett av motiven till antagandet. Direktivet syftar, förutom till att införa förfaranderegler och rättsmedel vid tilldelning av koncessioner, till att klargöra vad som utgör en koncession. Direktivet ska genomföras i svensk rätt senast den 18 april 2016.
52. I koncessionsdirektivet har det tagits in en skrivning som förtydligar riskbegreppet. Skrivningen utgör dock ett *tillägg* till nuvarande rättsläge, och är inte en kodifiering av praxis. Det finns därmed ingen möjlighet att redan nu, innan direktivet är genomfört i svensk rätt, lägga skrivningen till grund för bedömningen av om en tjänstekoncession föreligger.
53. I koncessionsdirektivets artikel 5.1 anges att den del av risken som överförs på koncessionshavaren ska omfatta *verklig* exponering för marknadens nyckler, vilket innebär att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte ska vara endast nominella eller försumbara.
54. För att avgöra om uppskattade förluster är nominella eller försumbara ska värdet av uppskattade förluster ställas i relation till värdet på kontraktet. Vid jämförelsen mot hela kontraktets uppskattade värde får förlusterna alltså inte framstå som alltför obetydliga.

Bedömning

55. Vi vill inledningsvis klargöra följande avseende den dom från Kammarrätten i Göteborg som ni hänvisar till.³¹ Domstolen uttalade i målet att ert över-

²⁸ RÅ 2008 not 101.

²⁹ Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 maj 2011 i mål nr 6515-10.

³⁰ Kammarrätten i Göteborgs dom den 11 juni 2010 i mål nr 3917-09.

³¹ Kammarrätten i Göteborgs dom den 9 januari 2014 i mål 7877-12.



lämnande av renhållningsverksamheten till NSR AB utgör en tjänstekoncession. Frågan i målet var om ni haft lagligt stöd för att fatta beslutet, så kallat kommunalbesvär. Domen utgör inte något hinder för oss att pröva om ni tilldelat en tjänstekoncession.

56. Frågan i ärendet är om tilldelningen av kontrakt till NSR AB utgör ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession. Av redogörelsen ovan har framgått att en tjänstekoncession föreligger om leverantören övertar åtminstone en betydande del av den risk som myndigheten själv skulle löpa om den utförde tjänsten i egen regi, även om denna risk redan från början är mycket begränsad. En sådan risköverföring kan föreligga om leverantören har rätt att ta betalt av de som använder tjänsten.
57. Ni har fattat beslut på fullmäktige att per den 1 januari 2012 "överlämna kommunens skyldigheter på avfallsområdet enligt miljöbalken" till NSR AB. Tilldelningens omfattning och förutsättningarna för NSR AB:s utnyttjande av tjänsterna framgår därför till stor del av reglerna om den kommunala renhållningsskyldigheten som följer av miljöbalken (1998:808) (MB).
58. Den kommunala renhållningsskyldigheten regleras i 15 kap. MB. Varje kommun ansvarar för att hushållsavfall inom kommunen transporteras till en behandlingsanläggning och återvinns eller bortskaffas. Med hushållsavfall avses avfall från hushåll och därmed jämförligt avfall från annan verksamhet. Det framgår av 15 kap. 2 och 8 §§ MB. Hushållsavfallet omfattar alltså även visst avfall från skolor och myndigheter med flera.
59. Ingen annan än kommunen, eller den kommunen anlitar, får enligt 15 kap. 21 § MB ta befattning med transport av hushållsavfallet. Vidare får innehavaren av avfallet, vanligen fastighetsägaren, inte själv återvinna eller bortskaffa avfallet.³² Kommunen har därmed en odelad ensamrätt till hushållsavfall inom sitt territorium.
60. Kommunen får besluta att ta ut en avgift (taxa) från innehavarna av hushållsavfallet för hanteringen. Det är kommunfullmäktige som fattar beslut om storleken på avgiften och denna rätt får inte överlåtas till en fristående juridisk person.³³
61. Avgiften beräknas enligt en kostnadstäckningsprincip och får inte vara större än att den täcker nödvändiga planerings-, kapital- och driftskostnader för renhållningen. Avgiften får dock tas ut på ett sådant sätt att återanvändning, återvinning eller annan miljöanpassad avfallshantering främjas. Om kommunen anlitar någon annan att utföra renhållningen, får avtalet läggas

³² Se 15 kap. 5 § MB.

³³ Se 3 kap. 16 § kommunallagen (1991:900) jämfört med 27 kap. 4-6 §§ MB.

till grund för beräkning av avgiften, om kostnaden därigenom inte blir väsentligt högre än om kommunen själv utför renhållningen. Detta framgår av 27 kap. 4-6 §§ MB.

62. Mellan er och NSR AB har upprättats en handling benämnd "Överlämnande av renhållningsverksamheten" som undertecknats av er i samband med fullmäktiges beslut att överlämna renhållningsansvaret till NSR AB. Det innebär att ni överlämnat ert kommunala ansvar att ta hand om hushållsavfall NSR AB. Därmed har NSR AB givits en faktisk ensamrätt till avfallet. Den offentlighetsrättsliga regleringen innebär vidare att innehavarna av hushållsavfallet är skyldiga att anlita NSR AB för att ta omhand deras avfall. Avgiften beräknas enligt en kostnadstäckningsprincip, men ger även utrymme för kostnader på grund av främjande av miljöanpassad avfallshantering. Vidare finns visst utrymme för påslag för vinster, så länge avgiften inte blir väsentligt högre än vid drift i kommunens egen regi.
63. Förutsättningarna för NSR AB:s utnyttjande av tjänsterna framgår vidare av ovan nämnda handling "Överlämnande av renhållningsverksamheten" som hänvisar till aktieägaravtal och ägardirektiv samt de handlingar som låg till grund för kommunfullmäktiges beslut. Enligt vår mening innehåller dessa handlingar inte någon reglering som är ägnad att reducera den relevanta verksamhetsrisken för NSR AB. Det finns emellertid en intresse- och persongemenskap mellan er och NSR AB som vi bedömer inverkar riskreducerande i avtalsförhållandet. Denna gemenskap har sitt ursprung i det faktum att ni och övriga kommuner har kontroll över NSR AB motsvarande över era egna förvaltningar och att ni utser dess styrelse och besätter denna med kommunens funktionärer

Betalning för tjänsternas utförande

64. Leverantörens rätt att "utnyttja tjänsten" innefattar möjligheten att erhålla hela, eller del av sin betalning, från användarna av tjänsterna. Vi har begärt in ekonomisk information från NSR AB av vilken framgår att bolaget inte erhåller någon ersättning direkt från er, utan från renhållningsabonnenterna inom ert territorium. Vi bedömer därför att NSR AB erhåller all sin ersättning från användarna av tjänsterna. Frågan är därefter om NSR AB under sådana omständigheter har övertagit hela, eller åtminstone en betydande del av, den verksamhetsrisk som ni själv skulle löpa om ni utförde tjänsten i egen regi.

Risk för konkurrens

65. Ni som kommun har enligt miljöbalken en uttrycklig ensamrätt till hushållsavfallet och att utse vem som ska ta hand om avfallet. Eftersom ni endast har utsett NSR AB att ta hand om avfallet bedömer vi att det i dagsläget inte föreligger någon risk att NSR AB ska utsättas för konkurrens från andra leverantörer.

66. Förvisso skulle det i teorin stå en kommun fritt att skapa en konkurrens-situation genom att utse fler leverantörer för att ta hand om hushållsavfallet. Kammarrätten i Göteborg har i mål 6515-10 tagit denna teoretiska möjlighet till intäkt för att det föreligger en risk för leverantören att utsättas för konkurrens. Vår uppfattning är emellertid att denna potentiella risk för en eventuell konkurrenssituation inte *i sig* utgör en relevant riskfaktor. Utan det är först när en faktisk konkurrenssituation föreligger som det kan påverka bedömningen. Ett kontrakt kan på grund av senare inträffade händelser upphöra att utgöra en koncession, men det betyder inte att kontraktet inte var att anse som en koncession vid tillfället för tilldelningen.

Risk för bristande efterfrågan

67. Det föreligger ett tvång för innehavare av hushållsavfall att köpa NSR AB:s tjänster. Efterfrågan på tjänsterna som NSR AB har rätt att utnyttja är därmed i förväg känd och kalkylerbar. Detta minskar risken för brister i efterfrågan avsevärt. Förvisso är det inte osannolikt att kundunderlaget förändras något över tid genom enskilda renhållningsabonnenters in- och utflytt ur kommunen. Dessutom kan renhållningsabonnenterna, om än i mycket begränsad mån, påverka sin produktion av hushållsavfall. Vi bedömer emellertid att konsekvenserna, om denna risk realiseras, är så små att risken är obetydlig för NSR AB.

Risk för insolvens hos användarna

68. En annan risk som NSR AB är utsatt för är risken för insolvens hos användarna av tjänsterna, renhållningsabonnenterna. Det är inte osannolikt att en mindre andel av abonnenterna inte kan eller vill betala för sig. Det förefaller dock osannolikt att många abonnenter samtidigt skulle bli insolventa. Vi bedömer därför att kostnaderna förknippade med denna risk är obetydliga för NSR AB.

Risk för bristande kostnadstäckning

69. Det faktum att NSR AB inte själv får besluta om vilken avgift de ska ta ut för tjänsterna utgör en risk i sig eftersom NSR AB inte fritt kan justera intäkterna i förhållande till verksamhetens kostnader. Risken för att NSR AB inte ska få sina kostnader täckta minskas dock i viss mån av att avgiften enligt lag får beräknas så att den täcker verksamhetens nödvändiga kostnader. Vidare ges utrymme för påslag för rena vinster, så länge avgiften inte väsentligen överstiger vad kommunen själv har kunnat ta ut.
70. Eftersom ni har beslutsrätten avseende avfallstaxan har ni även möjlighet att se till att avgifterna för renhållningen ger NSR AB full kostnadstäckning. Då det föreligger en intressegemenskap mellan er och NSR AB finns anledning att utgå från att ni genom era taxebeslut kommer att se till att NSR AB kan ta ut en avgift som är tillräckligt stor för att täcka kostnaderna i verksamheten.

Vi bedömer därför att sannolikheten för att denna risk ska realiseras i praktiken är mycket liten.

Sammanfattande bedömning

71. Vi har ovan konstaterat att NSR AB erhåller all ersättning för utförandet av avfallstjänsterna från användarna av tjänsterna. Vi kan även konstatera att det föreligger en ensamrätt för NSR AB att utföra tjänsterna och ett nyttjandevång för användarna av tjänsterna. Detta innebär att NSR AB inte kommer att utsättas för någon konkurrens eller någon nämnvärd risk för brist i efterfrågan. Vi har vidare konstaterat att det föreligger en risk för insolvens hos användarna av tjänsterna samt att det faktum att NSR AB inte själv får besluta om vilken avgift de ska ta ut för tjänsterna innebär en risk. Samtliga dessa faktorer har av EU-domstolen ansetts utgöra relevanta riskfaktorer i relation till leverantörens utsatthet för "marknadens nycker".³⁴
72. På grund av den offentligrättsliga regleringen på området är risken mycket begränsad till sin omfattning. Av EU-domstolens praxis framgår dock att det inte utgör något hinder för en tjänstekoncession att den ursprungliga risken är mycket begränsad.³⁵ En förutsättning är emellertid att myndigheten överför hela, eller åtminstone en *betydande del av*, risken på leverantören. Det finns inte någon avtalsreglering mellan er och NSR AB som är ägnad att ytterligare reducera risken för bolaget. Vi bedömer därför att åtminstone en betydande del av den verksamhetsrisk som ni skulle löpa om ni utförde tjänsten i egen regi har överförts till NSR AB.
73. NSR AB:s ersättning för utförandet av tjänsternas består därmed av en rätt att utnyttja tjänsterna och tilldelningen utgör en tjänstekoncession.
74. Det får avslutningsvis noteras att det inte kan uteslutas att bedömningen i en liknande situation skulle bli en annan efter att koncessionsdirektivet införlivats i svensk rätt i april 2016. Detta på grund av att leverantörens eventuella förluster endast skulle vara nominella eller försumbara i enlighet med artikel 5.1 i direktivet.
75. I vårt beslut i samma ärende avseende Höganäs kommuns köp av tjänster från NSR AB har vi bedömt att *verksamhetskriteriet* inte är uppfyllt efter att en genomlysning gjorts. Av EU-domstolens praxis framgår att bedömningen av verksamhetskriteriet inte påverkas av om tilldelningen avser ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession.

³⁴ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 66-67, mål C-274/09 *Stadler*, punkt 37 och mål C-348/10 *Norma*, punkt 48.

³⁵ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 80, mål C-274/09 *Stadler*, punkt 33 och mål C-348/10 *Norma*, punkt 45.



Slutsats

76. Vår bedömning är att er tilldelning till NSR AB är att betrakta som en tjänstekoncession. Vi bedömer att den risk som NSR AB är utsatt för redan från början är mycket begränsad, men att NSR AB övertagit åtminstone en betydande del av den risk som ni själva skulle löpa om ni utförde tjänsten i egen regi.
77. Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för offentlig upphandling i Sverige i enlighet med 18 kap. LOU. Eftersom tilldelning av tjänstekoncessioner inte omfattas av LOU omfattas de inte heller av vår tillsyn.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Sara Zell.

Dan Sjöblom

Sara Zell

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats

Höganäs kommun
263 82 Höganäs

Höganäs kommun – köp av avfallshanteringstjänster från Nordvästra Skånes Renhållnings Aktiebolag

Beslut

Höganäs kommun får inte köpa avfallshanteringstjänster utan föregående annonsering från Nordvästra Skånes Renhållnings Aktiebolag med stöd av in house-regeln i 2 kap. 10 a § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eftersom verksamhetskriteriet inte är uppfyllt. Vid bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt har såväl verksamheten i Nordvästra Skånes Renhållnings Aktiebolag som i dess dotterbolag NSR Produktion AB beaktats.

Sammanfattning

Ni är delägare i det kommunala avfallsbolaget Nordvästra Skånes Renhållnings Aktiebolag, org. nr 556217-4580, (NSR AB). Ni har gjort gällande att ni får köpa avfallshanteringstjänster från NSR AB utan föregående offentlig upphandling med tillämpning av in house-regeln i 2 kap. 10 a § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).¹ För att in house-regeln ska vara tillämplig krävs att ni utövar en kontroll över NSR AB som motsvarar den som ni utövar över er egen förvaltning samt att bolaget bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med er och övriga ägare. Efter Konkurrensverkets granskning kan det emellertid konstateras att NSR AB tillsammans med det helägda dotterbolaget NSR Produktion AB, org. nr 556875-8493, har en omfattande verksamhet som riktar sig mot andra än ägarna. Vi bedömer att omsättningen i NSR AB och NSR Produktion AB ska räknas samman för att avgöra om in house-regelns verksamhetskriterium är uppfyllt. Vid en sådan genomlysning framgår att en alltför stor del av bolagens verksamhet bedrivs tillsammans med andra än ägarna. Verksamhets-

¹ In house-regeln kallas även in house- eller Teckal-undantaget. Det senare efter namnet på en av parterna i mål C-107/98 där EU-domstolen för första gången slog fast möjligheten att göra interna köp utan föregående upphandling.



kriteriet är därför inte uppfyllt och ni kan således inte köpa tjänster från NSR AB utan att upphandla enligt LOU.

Bakgrund

1. NSR AB bildades år 1981 och ägs gemensamt av er och kommunerna Helsingborg, Ängelholm, Båstad, Åstorp och Bjuv. Till grund för ägarkommunernas samarbete ligger ett aktieägaravtal från samma år.
2. Av aktieägaravtalet framgår att ägarkommunerna ska bilda NSR AB och att bolaget ska ta emot och behandla avfall för ägarnas räkning. För detta ändamål ska NSR AB driva och underhålla regionala avfallsanläggningar, ansvara för transporter av avfall och sälja de produkter som kan utvinnas ur avfallet. Ägarkommunerna förbinder sig även gentemot varandra att lämna avfall till bolaget så länge aktieägaravtalet är giltigt. NSR AB är inte och har inte heller varit part i avtalet.
3. NSR AB:s verksamhet ska enligt aktieägaravtalet bedrivas på självkostnadsbasis enligt affärsmässiga principer. Bolaget har rätt att ta ut avgift enligt en taxa för att det omhändertar ägarkommunernas avfall. NSR AB ska bestämma taxan så att bolagets inkomster och utgifter balanseras.
4. Aktieägaravtalet gällde ursprungligen till och med utgången av år 2010. Eftersom någon uppsägning inte skedde förlängdes det automatisk och är nu giltigt till åtminstone år 2020. Aktieägaravtalet har ändrats år 1984.
5. Sedan NSR AB bildades har ni och övriga ägarkommuner anlitat bolaget för avfallshanteringstjänster i form av bland annat transport och omhändertagande av hushållsavfall. Såvitt har framkommit under vår utredning finns det inga skriftliga avtal upprättade mellan er och bolaget. Ni har heller aldrig genomfört något upphandlingsförfarande enligt LOU avseende dessa tjänster.

Situationen före omorganisationen

6. Verksamheten i NSR AB har sedan start genomgått stora förändringar. Förutom tjänster till ägarkommunerna har bolaget även kommit att rikta sig mot den privata marknaden. Av koncern- och årsredovisningarna för verksamhetsåren 2008-2011 framgår att NSR AB bland annat sålde återvunnet material, och producerade el- och värmeenergi samt biogas till privata aktörer på marknaden. Den här delen av bolagets verksamhet har gett betydande intäkter.
7. I årsredovisningarna för verksamhetsåren 2008-2011 har NSR AB särredovisat de intäkter som kommer från den verksamhet som bedrivs på uppdrag av

ägarkommunerna respektive från den "kommersiella affärsverksamheten". För dessa år fördelar sig intäkterna enligt följande.²

	Intäkter från ägarkommunerna	Intäkter från kommersiell af- färsverksamhet	Intäkter totalt
Verksamhetsår 2008	230 Mkr (65 %)	126 Mkr (35 %)	356 Mkr
Verksamhetsår 2009	252 Mkr (73 %)	93 Mkr (27 %)	345 Mkr
Verksamhetsår 2010	277 Mkr (73 %)	102 Mkr (27 %)	379 Mkr
Verksamhetsår 2011	313 Mkr (77 %)	94 Mkr (23 %)	407 Mkr ³

EU-kommissionens granskning

8. I januari 2010 inledde EU-kommissionen ett överträdelseärende mot Sverige som avsåg vissa svenska kommuners köp av avfallshanteringstjänster.⁴ Ärendet omfattade bland annat kommunerna Helsingborg och Ängelholms köp av tjänster från NSR AB.
9. I svaret till EU-kommissionen uppgav Sveriges regering att 27 procent av NSR AB:s omsättning kom från privata kunder. Enligt regeringen avsåg emellertid ägarkommunerna och NSR AB att anpassa verksamheten för att det skulle vara möjligt att göra interna köp från bolaget. Detta skulle bland annat ske genom nya ägardirektiv. Förändringarna skulle vara genomförda till utgången av år 2011.⁵
10. Kommissionen ansåg emellertid inte att detta var tillräckligt. I ett motiverat yttrande⁶ till Sveriges regering angav kommissionen att NSR AB inte riktade huvuddelen av sin verksamhet till ägarkommunerna. Bolaget bedömdes istället vara aktivt på den privata marknaden och den del av omsättningen som kom från andra än ägarkommunerna var betydande. Enligt kommissionen var därför verksamhetskriteriet inte uppfyllt vilket innebar att Helsingborg och Ängelholms kommuner inte kunde köpa avfallshanteringstjänster från NSR AB utan att först genomföra en offentlig upphandling. Kommissionen konstaterade att Sveriges regering därmed inte hade uppfyllt

² Samtliga uppgifter om intäkter i punkt 7-10 är hämtade från koncern- och årsredovisningen för NSR AB för de aktuella åren. Värden i kronor anges avrundat till närmaste heltal miljoner (Mkr). Angivna procenttal motsvarar respektive intäktsslags del av de totala intäkterna och är avrundat till närmaste heltal.

³ För år 2009 redovisas intäkterna från ägarkommunerna respektive från kommersiell affärsverksamhet för koncernen som helhet. Medan år 2008, 2010 och 2011 redovisas intäkterna endast för NSR AB.

⁴ EU-kommissionens överträdelseärende SG-Greffe (2010) D/903, ärendenummer 2009/4080.

⁵ Svenska regeringens svar på EU-kommissionens formella underrättelse i överträdelseärende 2009/4080, Fi2010/641, 2010-04-29.

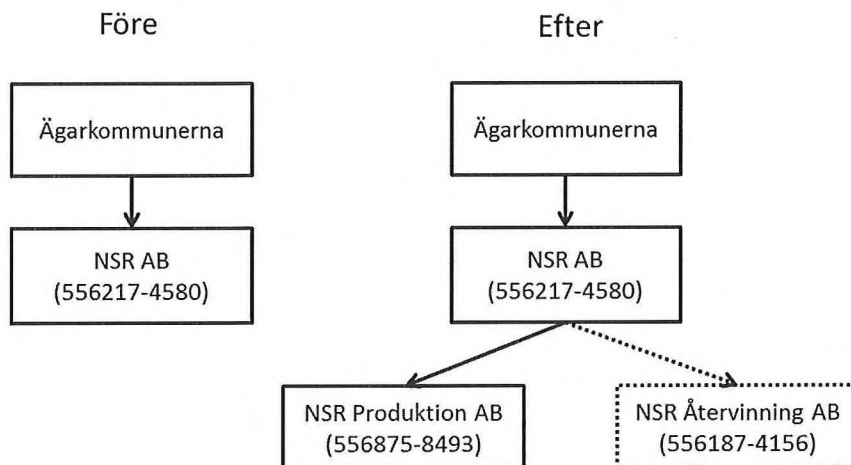
⁶ Ett motiverat yttrande är ett av leden i ett överträdelseärende. I ett motiverat yttrande kräver kommissionen vanligtvis att landet rättar till sina regler inom en fastställd tidsfrist.



sina skyldigheter enligt direktiv 2004/18/EG och uppmanade Sverige att vidta de åtgärder som var nödvändiga för att rätta sig efter det motiverade yttrandet senast inom två månader.

Situationen efter omorganisationen

11. År 2011 omorganiserade ni och övriga ägarkommuner verksamheten i NSR AB. Det innebar bland annat att lokal mottagning och behandling av verksamhetsavfall⁷ från andra än ägarkommunerna överfördes till två dotterbolag, NSR Återvinning AB och NSR Produktion AB. Den verksamhet som bestod i att tillhandahålla avfallshanteringstjänster till ägarkommunerna behölls i moderbolaget NSR AB. Moderbolaget förblev även ägare till koncernens verksamhetskritiska anläggningstillgångar och all infrastruktur, däribland förbränningsugnar och den anläggning som används för produktion av biogas.



12. Enligt NSR Produktion AB:s bolagsordning ska bolaget ta emot och behandla det avfall som ägarkommunerna lämnar till NSR AB, och bedriva därmed sammanhängande regional verksamhet. Bolaget ska även stå för driften av de avfalls- och återvinningsanläggningar som ägs av NSR AB samt sälja återvunnet material och biogas.⁸
13. Som framgår nedan tar NSR Produktion AB även emot avfall från andra aktörer än ägarkommunerna. Bolaget ansvarar för att detta avfall, och avfallet från ägarkommunerna – som alltså NSR AB först tagit omhand – behandlas för återvinning samt produktion av biogas och värmeenergi. NSR Produktion AB hyr de anläggningstillgångar som krävs för behandling av avfallet från NSR AB.

⁷ Med verksamhetsavfall menas det avfall som uppkommer i processen vid exempelvis industrier, affärer eller tjänsteföretag.

⁸ Bolagsordning för NSR Produktion AB, antagen den 18 december 2013.



14. Även om omorganisationen alltså formellt lett till att den verksamhet som tidigare bedrevs i NSR AB delats upp på flera bolag, är moderbolaget och NSR Produktion AB mycket nära sammankopplade. Som framgått ovan är NSR Produktion AB helt beroende av NSR AB för tillgång till de anläggningar och den infrastruktur som bolaget behöver för att bedriva sin verksamhet.
15. Enligt aktieägaravtalet tillsätts NSR AB:s styrelse av ägarkommunerna. Av uppgifter från Bolagsverket framgår att det är samma personer som har suttit i styrelsen för såväl NSR AB som för NSR Produktion AB sedan år 2012. De två bolagen har under den här tiden även haft samma verkställande direktör.
16. År 2013 såldes 51 procent av aktierna i NSR Återvinning AB till ett privatägt bolag. NSR Återvinning AB är alltså inte längre ett helägt dotterbolag i NSR-koncernen.

Med vilka bedriver bolagen sin verksamhet?⁹

17. Efter omorganisationen minskade moderbolaget NSR AB andelen extern verksamhet. Av de uppgifter som vi begärt in från bolaget för verksamhetsåren 2012, 2013 och första halvåret 2014 fördelar sig intäkterna enligt följande.

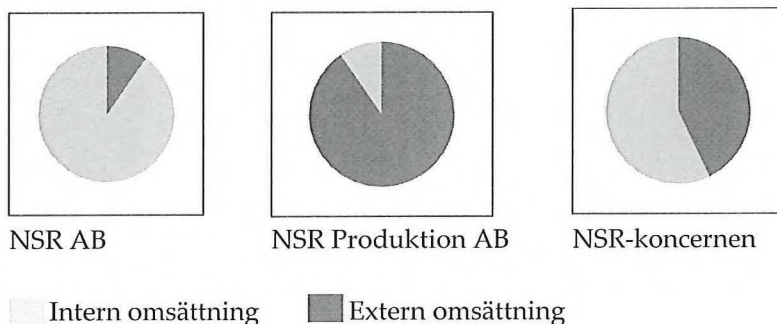
NSR AB	Intäkter från ägarkommuner	Intäkter från andra	Intäkter totalt
Verksamhetsår 2012	221 Mkr (93 %)	16 Mkr (7 %)	237 Mkr
Verksamhetsår 2013	205 Mkr (90 %)	22 Mkr (10 %)	227 Mkr
1 jan-30 juni 2014	106 Mkr (88 %)	15 Mkr (12 %)	121 Mkr

18. Under samma period bedrev NSR Produktion AB den övervägande delen av sin verksamhet tillsammans med *andra* än ägarkommunerna.

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

⁹ Underlaget för beräkningarna i detta avsnitt har lämnats till Konkurrensverket av NSR AB.

Intäkter verksamhetsåret 2013



20. Rörelseresultatet i NSR AB har utvecklats negativt sedan omorganisationen. Verksamhetsåren 2010 och 2011 redovisade bolaget positiva rörelseresultat med cirka 10 miljoner kronor respektive 20 miljoner kronor. För verksamhetsåren 2012 och 2013, efter omorganisationen, har NSR AB redovisat negativa rörelseresultat om cirka 20 miljoner kronor respektive 16 miljoner kronor. År 2012 fick NSR AB ett koncernbidrag om 26 miljoner kronor från NSR Produktion AB.

Ärendet

21. I november 2014 inledde vi en utredning som berör NSR AB och dess ägare, däribland er. Syftet med vår utredning var att följa upp utvecklingen av verksamheten i NSR-koncernen efter omorganisationen år 2011 och bedöma om den har medfört att verksamhetskriteriet numera är uppfyllt. Under ärendets handläggning har följande framkommit.
22. Ni har för såväl år 2012 som år 2013 betalat drygt 10 miljoner kronor till NSR AB i ersättning för att omhänderta och behandla ert hushållsavfall. Första halvåret 2014 var motsvarande siffra drygt 5 miljoner kronor.
23. Värdet av de tjänster som ni köper av NSR AB överstiger alltså klart de beloppsgränser som gäller för upphandling enligt LOU.¹⁰
24. Ni menar emellertid att era anskaffningar från NSR AB inte behöver föregås av något upphandlingsförfarande enligt LOU, eftersom in house-regeln i 2 kap. 10 a § LOU är tillämplig. Ni har gjort gällande att NSR AB kontrolleras av ägarkommunerna och utför huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med er och att förutsättningarna för att göra interna köp från NSR AB därför är uppfyllda. Omsättning som härrör från NSR Produktion AB ska enligt er inte tillmätas någon betydelse vid prövningen av verksamhetskriteriet. Detta

¹⁰ En direktupphandling enligt LOU är möjlig att göra om värdet uppgår till högst 505 800 kronor, inklusive värdet av eventuella options- och förlängningsklausuler. Tröskelvärdet för upphandling av A-tjänster är för närvarande 1 806 427 kronor för kommuner och kommunala bolag.



eftersom inte någon av ägarkommunerna tilldelat bolaget några uppdrag. Det är endast med NSR AB som ägarkommunerna har en affärsrelation.

25. Ni påstår att omorganisationen i NSR-koncernen inte enbart genomfördes för att NSR AB skulle uppfylla verksamhetskriteriet, utan ni ville även uppnå vissa strategiska och miljömässiga mål med verksamheten samt få till stånd ett arbetssätt som drev verksamheten mot att minska mängden avfall. Ni anger att anledningen till att NSR AB fortfarande äger de väsentliga anläggningstillgångarna är att koncernen ska uppnå vissa miljömål och skapa förutsättningar för sund konkurrens. NSR Produktion AB betalar sju miljoner kronor årligen för administrativa tjänster som NSR AB utför och för att använda de angivna tillgångarna.
26. Ni anger vidare att det långsiktiga målet med koncernens verksamhet är att NSR AB ska äga all infrastruktur och att driften av koncernens anläggningar ska skötas av upphandlade leverantörer. Intäkterna från den privata marknaden kommer då att hamna hos de upphandlade leverantörerna. Koncernen kommer därmed endast ha externa intäkter från uthyrning av lokaler och anläggningar till de upphandlade leverantörerna. På sikt ska NSR Produktion AB helt avvecklas. Preliminärt ska denna omorganisation vara genomförd under år 2017.
27. Ni anser att det endast är förhållandet mellan er avtalspart NSR AB och ägarkommunerna som är intressant för frågan om verksamhetskriteriet är uppfyllt. Bedömningen ska därför ske utan hänsyn till NSR Produktion AB och ni menar att det saknas rättsligt stöd för att koncernförhållandena skulle ha någon betydelse för er möjlighet att göra interna köp från NSR AB. Om bolagen ska bedömas som en enhet anser ni däremot att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt i dagsläget.
28. Ni har även fått möjlighet att yttra er över vårt utkast till beslut. Ni har huvudsakligen anfört att ni inte delar vår bedömning eller vår syn på EU-domstolens rättspraxis och dess betydelse för ärendet. Enligt er redovisar vi inte ett tillräckligt gott underlag för slutsatsen att omsättning i NSR AB och NSR Produktion AB ska räknas samman.
29. Under utredningen har det framkommit att övriga ägarkommuner beslutat att överlämna kommunens skyldigheter på avfallsområdet enligt miljöbalken (1998:808) till NSR AB. Enligt dem utgör detta förfarande en tilldelning av en tjänstekoncession som LOU inte är tillämplig på. Konkurrensverket har idag även fattat beslut i samma ärende avseende dessa kommuner.¹¹

¹¹ Beslut avseende kommunerna Helsingborg, Ängelholm, Båstad, Bjuv och Åstorp.



30. Det har också framkommit att en majoritet av aktierna i NSR Återvinning AB såldes till en tredje part år 2013. Ni har angett att syftet med överlåtelsen av aktierna är att på sikt helt privatisera bolagets verksamhet. Det är er och övriga ägarkommuners avsikt att så ska ha skett senast den 30 juni 2016.
31. Vår granskning och detta beslut omfattar därför inte NSR Återvinning AB.

Skäl för beslutet

32. Vi bedriver tillsyn över upphandlingslagstiftningen i syfte att öka regel- efterlevnaden och att bidra till en effektiv offentlig upphandling. Tillsynen bedrivs bland annat genom tillsynsbeslut eller ansökan om upphandlings- skadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU.
33. Vi har i detta ärende valt att fatta ett tillsynsbeslut då vi inte granskar ett specifikt avtal. Granskningen avser om ni får köpa de aktuella tjänsterna av NSR AB utan föregående offentlig upphandling med stöd av in house-regeln i 2 kap. 10 a § LOU.

Rättsläget

34. Syftet med upphandlingsreglerna är bland annat att upphandlande myndig- heter ska använda offentliga medel för köp av varor och tjänster på bästa sätt, genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad. Sam- tidigt syftar regelverket till att ge leverantörerna möjlighet att tävla på lika villkor i varje upphandling.
35. Huvudregeln i LOU är att upphandlingar ska annonseras och att alla leve- rantörer ska få lämna anbud respektive ansöka om att få lämna anbud. Endast i vissa i LOU specificerade undantagsfall får avtal ingås med en leve- rantör utan föregående annonsering.
36. In house-regeln i 2 kap. 10 a § LOU bygger på den rättspraxis som EU-dom- stolen utarbetat i bland annat målen C-107/98 *Teckal* och C-340/04 *Carbotermo*. Regeln innebär att vissa avtal inte omfattas av upphandlingsskyldighet trots att en upphandlande myndighet gör inköp från till exempel ett aktiebolag som formellt sett är fristående från myndigheten.
37. För att in house-regeln ska leda till att era anskaffningar från NSR AB inte omfattas av upphandlingsskyldighet måste enligt 2 kap. 10 a § LOU följande två förutsättningar vara uppfyllda samtidigt:
- 1) Den upphandlande myndigheten ska utöva en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet).



- 2) Den juridiska personen eller den gemensamma nämnden ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den (verksamhetskriteriet).

Om både kontroll- och verksamhetskriteriet är uppfyllda omfattas inte ert köp av tjänster från NSR AB av LOU. Inköpen behöver i så fall inte upphandlas.

38. Det bör understrykas att in house-regeln inte innebär någon automatisk befrielse från upphandlingsskyldigheten. En upphandlande myndighet måste i varje enskilt fall göra en bedömning av om kontroll- och verksamhetskriteriet är uppfyllda.¹²
39. EU-domstolen har beskrivit *verksamhetskriteriet* som att det kontrollerade bolaget måste bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den upphandlande myndigheten samtidigt som all annan verksamhet endast får vara av marginell karaktär. För att i det enskilda fallet kunna avgöra om detta krav är uppfyllt är det den verksamhet som bolaget bedriver "inom ramen för en tilldelning som gjorts av den upphandlande myndigheten" som ska beaktas.¹³ EU-domstolen har vid denna bedömning utgått från bolagets omsättning.¹⁴ Vi anser att omsättningen är det lämpligaste måttet vid bedömning av verksamhetskriteriet. Genom att använda sig av omsättningen som det relevanta måttet kan man jämföra olika typer av verksamhet som ett bolag bedriver. Exempelvis kan varuproduktion och tjänsteproduktion jämföras i kronor men inte i vikt.
40. Vem det är som utnyttjar resultatet av verksamheten saknar däremot betydelse och bedömningen är heller inte beroende av vem bolaget får betalt av för de utförda tjänsterna.¹⁵ Verksamhetskriteriet kan alltså vara uppfyllt trots att den upphandlande myndigheten varken betalar för eller använder sig av till exempel den tjänst som utförs, så länge det sker på uppdrag av myndigheten.
41. LOU anger inte någon fastställd gräns för hur stor andel av ett bolags verksamhet som ska utföras åt den upphandlande myndigheten för att verksamhetskriteriet ska anses uppfyllt. I EU-domstolens rättspraxis finns dock exempel på att det ansetts tillräckligt att 90 procent av verksamheten bedrivits tillsammans med de myndigheter som kontrollerar bolaget.¹⁶

¹² Prop. 2009/10:134, s. 44.

¹³ Mål C-340/04 *Carbotermo*, punkt 63, 65 och 66.

¹⁴ Mål C-340/04 *Carbotermo*, punkt 65.

¹⁵ Mål C-340/04 *Carbotermo*, punkt 67.

¹⁶ Mål C-295/05 *Tragsa*, se särskilt punkt 63.



42. Enligt de nya upphandlingsdirektiven, som ska vara införlivade 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.¹⁷
43. Om bolaget ägs av flera upphandlande myndigheter gemensamt kan verksamhetskriteriet uppfyllas om huvuddelen av bolagets sammantagna verksamhet bedrivs gentemot delägarna.¹⁸ Eftersom NSR AB ägs av flera kommuner, ska alltså den verksamhet som bolaget utför med alla dessa myndigheter tillsammans beaktas.

Bedömning

44. Nedan prövas om verksamhetskriteriet är uppfyllt. Vid denna bedömning ska en genomlysning av koncernstrukturen göras och både verksamheten i NSR AB och dotterbolaget NSR Produktion AB ska beaktas.

Allmänt om genomlysning

45. Ordalydelsen i 2 kap. 10 a § LOU kan tolkas som att det är den kontrollerade enheten, NSR AB – det vill säga inte NSR AB och dess dotterbolag – som ska utföra huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med ägarkommunerna. Bestämmelsen kan emellertid inte ges en sådan strikt tolkning om syftet med den ska uppnås.
46. LOU bygger på EU-direktiv och ska därför tolkas och tillämpas i enlighet med direktivens syfte och lydelse samt EU-domstolens praxis. Detta brukar kallas för direktivkonform tolkning.¹⁹
47. Av EU-domstolens rättspraxis framgår att kraven i in house-regeln har till syfte att undvika att konkurrensen snedvrids. Verksamhetskriteriet har särskilt till syfte att säkerställa att upphandlingsdirektivet²⁰ är tillämpligt i det fall då ett företag som kontrolleras av en eller flera myndigheter är aktivt på marknaden och alltså kan konkurrera med andra.²¹
48. Av EU-domstolens rättspraxis framgår vidare att det skulle äventyra förverkligandet av upphandlingsdirektivets²² syfte om upphandlande myndig-

¹⁷ Jfr artikel 12 i direktiv 2014/24/EU och artikel 28 i direktiv 2014/25/EU.

¹⁸ Mål C-107/98 *Teckal*, punkt 50.

¹⁹ Se t.ex. mål 14/83 *Von Colson m.fl.*, punkt 26, mål C-212/04 *Adeneler m.fl.*, punkt 108, mål C-364/07 *Vassilakis m.fl.*, punkt 56 och mål C-378/07–C-380/07 *Angelidaki m.fl.*, punkt 198.

²⁰ I målet var fråga om tillämpning av det äldre upphandlingsdirektivet 93/36/EEG, vilket ersatts av nuvarande 2004/18/EU.

²¹ Mål C-340/04 *Carbotermo*, punkt 59-60.

²² Direktiv 92/50/EEG om offentlig upphandling av tjänster. Numera ersatt av direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.



heter tilläts skapa konstlade upplägg för att dölja tilldelningen av offentliga kontrakt.²³ Det är alltså nödvändigt att utöver ordalydelsen i LOU se till upphandlingsdirektivets syfte och låta den tolkning som ger direktivet en ändamålsenlig verkan få företräde. EU-domstolen har uttryckt att en sådan så kallad funktionell tolkning kan göras om det är nödvändigt för att EU-rätten ska få fullt genomslag.²⁴ En funktionell tolkning kan göras genom en utredning som omfattar en *genomlysning* av samtliga omständigheter och syftet bakom parternas arrangemang.

49. Vi kommer nedan att redogöra för relevant rättspraxis där EU-domstolen gjort en funktionell tolkning av upphandlingsdirektivet. Det bör poängteras att de särskilda omständigheterna i de enskilda fallen inte är desamma som i aktuellt ärende. Det viktiga här är emellertid inte omständigheterna i de enskilda fallen utan de bakomliggande principer som EU-domstolen har lagt till grund för sin prövning. Därefter kommer vi att redovisa våra skäl för att en genomlysning ska göras i detta ärende.
50. Av mål C-480/06 *Kommissionen mot Tyskland* framgår att det vid bedömningen av om ett avtal omfattas av upphandlingsdirektivets tillämpningsområde ska utredas om ingåendet av avtalet utgör ett led i ett konstlat upplägg som har skapats i syfte att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling.²⁵
51. EU-domstolen har även i andra avgöranden berört möjligheten att genomlys situationer där det kan vara fråga om ett otillåtet kringgående av upphandlingslagstiftningen.
52. I mål C-29/04 *Mödling* hade en kommun åberopat EU-domstolens rättspraxis om interna köp för att utan föregående upphandling teckna avtal med ett kommunalt bolag, som kort därefter delvis sålts till ett privat bolag. Tilldelningen hade möjliggjorts genom ett upplägg bestående av flera separata moment, nämligen bildandet av bolaget, ingående av avtalet med detta bolag samt överlåtelse av aktierna i bolaget till det privata bolaget. EU-domstolen uttalade att om det vore möjligt att på detta sätt kringgå skyldigheten att upphandla, skulle det äventyra förutsättningarna för fri rörlighet för tjänster och icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater. EU-domstolen bortsåg därför från det strikt kronologiska händelseförloppet i samband med anskaffningen och bedömde istället alla omständigheter i ett sammanhang utifrån dess syfte.²⁶

²³ Se till exempel mål C-29/04 *Mödling*, punkt 38-42.

²⁴ Se bl.a. mål 31/87 *Beentjes*, punkt 11, mål C-360/96 *BFI Holding*, punkt 34, mål C-353/96 *Irish Forestry Board*, punkt 36 och mål C-470/99 *Universale-Bau*, punkt 53.

²⁵ Mål C480/06 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 48.

²⁶ Mål C-29/04 *Mödling*, punkt 38-42.



53. I mål C-573/07 *Sea* var frågan om kontrollkriteriet kan vara uppfyllt för ett kommunägt aktiebolag om det finns en potentiell möjlighet för privata investerare att bli delägare i bolaget. EU-domstolen fann att det inte vore förenligt med rättssäkerhetsprincipen om detta skulle göra det omöjligt att definitivt avgöra huruvida ett bolag som tilldelas ett offentligt kontrakt ska anses vara offentligägt. Däremot kan det i undantagsfall finnas omständigheter som gör att händelser som inträffar efter att ett kontrakt tilldelats måste beaktas, om det är fråga om ett konstlat upplägg avsett att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling.²⁷
54. I sitt förslag till avgörande i mål C-451/08 *Helmut Müller*, uttalar generaladvokaten att EU-domstolens dom i *Mödling* vilar på två grundvalar: (i) nödvändigheten att skydda direktivets ändamålsenliga verkan samt (ii) en önskan att beivra lagöverträdelser.²⁸ Enligt generaladvokaten kan dessa motiv "naturligtvis generaliseras" och "två handlingar som formellt sett är åtskilda, även ur en kronologisk synvinkel, kan [därför] anses ha skett samtidigt eller också utgöra en enda rättshandling".²⁹
55. Det går även att utläsa av EU-domstolens rättspraxis att en ändamålsenlig verkan av det bakomliggande upphandlingsdirektivet måste säkerställas vid prövning av upphandlingsrättsligt komplexa konstruktioner.³⁰ De mål som eftersträvas med direktivet utgör därför en av de viktigaste utgångspunkterna vid bedömningen av dess tillämpningsområde. Vid fastställandet av detta tillämpningsområde måste sammanhanget och de mål som eftersträvas med bestämmelserna om offentlig upphandling beaktas.³¹
56. Av EU-domstolens rättspraxis följer att det ska göras en bedömning i det enskilda fallet om ett visst agerande är förenligt med unionsrätten och dess syften. Det är inte tillräckligt att ett agerande i formellt hänseende är korrekt om det samtidigt leder till att unionsrätten inte får fullt genomslag. När så krävs ska istället en genomlysning göras där samtliga omständigheter som har betydelse för bedömningen av om en kontraktstilldelning är förenlig med det upphandlingsrättsliga regelverket beaktas. Det innebär att förhållanden i den koncern som ett kontrollerat bolag tillhör kan få betydelse för bedömningen av om bestämmelsen om interna köp är tillämplig, trots att detta inte uttryckligen anges i LOU. Förutsättningen för en sådan genomlysning är

²⁷ Mål C-573/07 *Sea*, punkt 44-51.

²⁸ Se punkt 105 i förslaget.

²⁹ Se punkt 106 i förslaget.

³⁰ Se generaladvokat Trstenjaks förslag till avgörande i mål C-536/07 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 64 med hänvisning till mål C-29/04 *Mödling*.

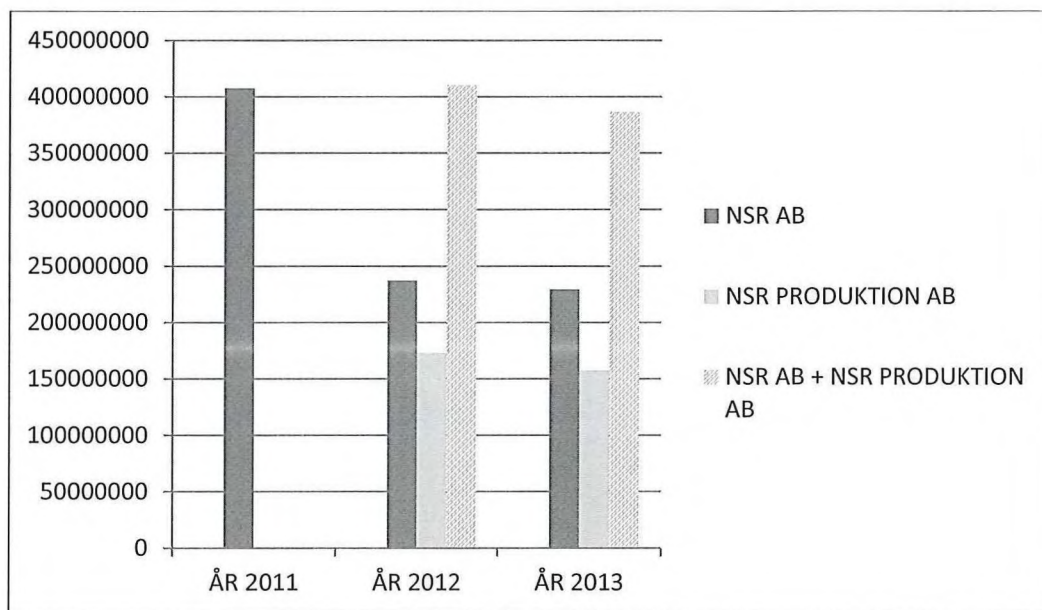
³¹ Generaladvokat Mengozzis förslag till avgörande i mål C-451/08 *Helmut Müller*, punkt 39, med hänvisning till bl.a. mål 292/82 *Merck*, punkt 12, mål C-223/98 *Adidas*, punkt 23 samt mål C-17/03 *VEMW*, punkt 41. Se även bl.a. mål C-199/08 *Erhard Esching*, punkt 38.



dock att det är nödvändigt för att säkerställa ändamålet med verksamhetskriteriet, det vill säga att förhindra att konkurrensen snedvrids. Nu kommer vi därför att pröva om det finns skäl för att genomlysna den aktuella situationen.

Förhållandet mellan NSR AB och NSR Produktion AB ska genomlysas

57. Omorganisationen år 2011 innebar att NSR AB:s verksamhet delades upp. Moderbolaget behöll den verksamhet som ägarkommunerna bedömt bedrevs tillsammans med dem. Dotterbolaget NSR Produktion AB övertog delar av den verksamhet som riktade sig till andra än ägarkommunerna.
58. Bolagens verksamhet som helhet har emellertid inte ändrat inriktning eller omfattning i något betydande hänseende. NSR AB och NSR Produktion AB:s verksamhet har inte ändrat karaktär och de tjänster som bolagen tillhandahåller är i stort sett oförändrade. Det framgår även av utredningen att den totala omsättningen i bolagen ligger på samma nivåer som före omorganisationen, med den enda skillnaden att omsättningen numera är uppdelad mellan moderbolaget och dotterbolaget.



59. NSR AB äger de väsentliga anläggningstillgångar som behövs för avfallshanteringen. Detta inkluderar kapitalkrävande resurser som av praktiska skäl är svåra att dela upp mellan bolagen. NSR Produktion AB är i detta avseende beroende av NSR AB och saknar förutsättningar att självständigt bedriva sin verksamhet. Bolagen har även samma ledning.



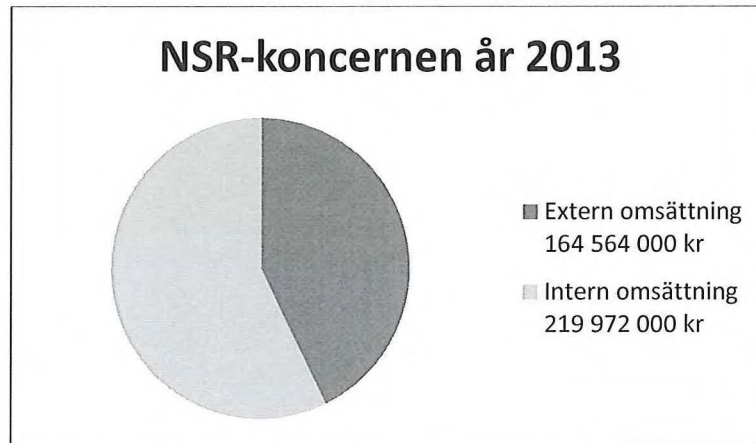
60. Den enda skillnaden som åstadkommits genom omorganisationen synes därför vara att den verksamhet som riktas mot andra än ägarna numera huvudsakligen bedrivs av NSR Produktion AB. Den verksamhet som koncernen bedriver i konkurrens på den privata marknaden har inte förändrats i sin omfattning, endast till sin form.
61. Ni har gjort gällande att det är tillräckligt att moderbolaget NSR AB uppfyller verksamhetskriteriet och att det saknas rättsligt stöd för att koncernförhållandena skulle ha någon betydelse för er möjlighet att köpa avfallshanteringstjänster från NSR AB med stöd av in house-regeln.
62. Som redogjorts för ovan är kontroll-och verksamhetskriteriet i in house-regeln emellertid inte enbart formföreskrifter, utan viktiga krav som syftar till att säkerställa att konkurrensen inte snedvrids när en upphandlande myndighet köper varor eller tjänster av ett kontrollerat bolag.
63. I det aktuella fallet måste krävas att den omorganisation som NSR-koncernen genomgick återspeglas i dess påverkan på marknaden. Om denna påverkan inte minskat och om andelen extern verksamhet är lika stor som tidigare, finns det följaktligen skäl för att göra en genomlysning där såväl moderbolagets som dotterbolagens omsättning beaktas. Detta trots att det i formell mening endast är moderbolaget som är ägarkommunernas avtalspart.
64. Vår utredning visar att NSR-koncernen har intäkter från andra än ägarkommunerna som i vart fall ligger på motsvarande nivå som före år 2011. Koncernens närvaro på marknaden är alltså fortfarande allt för omfattande och omorganisationen har således inte begränsat den marknadsstörande effekt som verksamhetskriteriet är avsett att förhindra.
65. Vi bedömer att NSR Produktion AB är beroende av NSR AB för sin verksamhet. Uppdelningen av moderbolagets verksamhet kan i detta avseende beskrivas som rent formell eftersom bolagen är fortsatt nära sammankopplade. Dotterbolaget synes ha inrättats för att ägarkommunerna ska kunna fortsätta köpa tjänster av NSR AB utan föregående upphandling, trots att bolagen, sedda som en helhet, fortfarande bedriver omfattande verksamhet gentemot den privata marknaden. Omorganisationen är enligt oss ett konstlat upplägg i syfte att kringgå upphandlingsreglarna.
66. Mot denna bakgrund bedömer vi att den ändamålsenliga verkan med LOU och unionsrätten skulle förhindras om det vid prövningen av huruvida NSR AB uppfyller verksamhetskriteriet endast fästs avseende vid det bolaget. Istället är det den samlade verksamheten i NSR AB och NSR Produktion AB som ska ligga till grund för bedömningen om förhållandet mellan er och NSR AB är sådant att det omfattas av in house-regeln i 2 kap. 10 a § LOU.

*Huvuddelen av verksamheten bedrivs inte tillsammans med ägarna*

67. Som angetts ovan följer det av EU-domstolens rättspraxis att både mottagaren och den som betalar för resultatet av den verksamhet som det kontrollerade bolaget bedriver kan vara någon annan än den upphandlande myndigheten själv. Om verksamheten ska anses bedrivas tillsammans med myndigheten är det emellertid fortfarande ett krav att den bedrivs inom ramen för en tilldelning som myndigheten gjort. Den upphandlande myndigheten måste alltså ha gett i uppdrag åt bolaget att tillhandahålla tredje man den aktuella tjänsten enligt koncessioner eller andra rättsförhållanden som upprättats av myndigheten.³²
68. Att NSR Produktion AB tillhandahåller varor och tjänster till andra än ägarkommunerna innebär alltså inte automatiskt att den delen av bolagets verksamhet ska anses bedrivas tillsammans med någon annan än ägarna. Avgörande för bedömningen är fortfarande att verksamheten bedrivs inom ramen för en tilldelning som gjorts av ägarna.
69. Ni har emellertid uppgett att varken ni eller övriga ägarkommuner ingått något avtal med NSR Produktion AB eller tilldelat bolaget något uppdrag. Detta stämmer även väl överens med att ni uppgett att en av anledningarna till att NSR Produktion AB bildades var för att överta den del av NSR AB:s verksamhet som utfördes tillsammans med andra än ägarkommunerna. NSR Produktion AB bedriver även rent faktiskt större delen av sin verksamhet tillsammans med andra än ägarna och har inte annat än marginella intäkter från ägarkommunerna.
70. Mot denna bakgrund anser vi att det är uteslutet att NSR Produktion AB:s verksamhet bedrivs inom ramen för en tilldelning som gjorts av er och övriga ägarkommuner. Bolagets intäkter från omhändertagande av avfall och försäljning av värmeenergi, biogas samt återvunnet material ska därför inte anses utgöra omsättning som härrör från verksamhet som bolaget bedriver tillsammans med er och övriga ägarkommuner.
71. Enligt de uppgifter som NSR AB lämnat till oss härrörde omkring 90 procent av NSR Produktion AB:s omsättning under år 2013 från verksamhet som bedrevs tillsammans med *andra* än ägarkommunerna. För moderbolaget NSR AB är förhållandet det omvända och cirka 10 procent av omsättningen

³² Mål C-340/04 *Carbotermo*, punkt 67.

avsåg verksamhet mot tredje part. I förhållande till bolagen sedda i deras helhet utgör den externa omsättningen således 43 procent. När en så stor del av koncernens verksamhet bedrivs tillsammans med andra än ägarkommunerna är verksamhetskriteriet inte uppfyllt.



Vårt beslut omfattar inte formerna för ägarkommunernas samarbete

72. Ni har med hänvisning till EU-domstolens dom i mål C-480/06 *Kommissionen mot Tyskland*, angett att ni och övriga ägarkommuner har rätt att utföra en allmännyttig uppgift med egna medel i den rättsliga form som ni finner lämplig.
73. Vi ifrågasätter inte att ni har möjlighet att till exempel välja den bolagsform som ni anser lämplig för att bedriva viss verksamhet eller samverka med övriga ägarkommuner i gemensamma frågor. Samverkansformen mellan ägarkommunerna är heller inte föremål för vår prövning. Eftersom det i detta fall sker köp av tjänster från en fristående kontrollerad enhet ska prövningen däremot ske mot in house-regeln i 2 kap. 10 a § LOU. EU-domstolens praxis om samverkan mellan upphandlande myndigheter är därför inte relevant i ärendet.

Slutsats

74. NSR AB uppfyller inte förutsättningarna för att ni med stöd av in house-regeln i 2 kap. 10 a § LOU ska få köpa avfallshanteringstjänster av bolaget utan ett annonserat upphandlingsförfarande enligt samma lag. Orsaken till det är att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt. Det finns därför inte anledning att bedöma om kontrollkriteriet är uppfyllt.



75. Otillåtna direktupphandlingar anses både av unionslagstiftaren och av den svenska lagstiftaren vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet. Vi förväntar oss att ni vidtar rättelse genom att agera för att fortsättningsvis upphandla de aktuella avfallstjänsterna i enlighet med LOU.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Sara Zell.


Dan Sjöblom


Sara Zell

HUR MAN ÖVERKLAGAR, bilaga 1

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats

Åstorps kommun
265 80 Åstorp

Åstorps kommun – avfallshanteringstjänster utförda av Nordvästra Skånes Renhållnings Aktiebolag

Beslut

Konkurrensverket skriver av ärendet från vidare handläggning. Helsingborgs kommuns tilldelning utgör en tjänstekoncession och omfattas inte av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Konkurrensverket har inte någon tillsyn över tjänstekoncessioner.

Själv rättelse
enligt 26 § FL
(1986:223) 4 a oå
Sätt att
kommunen
fått igen ska
vara Åstorp

2015-06-25

D)

Sammanfattning

Ni är delägare i det kommunala avfallsbolaget Nordvästra Skånes Renhållnings Aktiebolag, org. nr 556217-4580, (NSR AB) tillsammans med fem andra kommuner. Samtliga kommuner har tidigare menat att de får köpa avfallshanteringstjänster från NSR AB utan föregående upphandling med tillämpning av in house-regeln i 2 kap. 10 a § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).¹ För att regeln ska vara tillämplig måste de så kallade kontroll- och verksamhetskriterierna vara uppfyllda. Samtliga ägarkommuner, utom Höganäs, gör nu gällande att man har tilldelat NSR AB en tjänstekoncession och att man därför inte behöver iaktta bestämmelserna i LOU.

Tjänstekoncessioner är förvisso undantagna förfaranderegler i LOU, men om tjänstekoncessionen anses ha ett gränsöverskridande intresse måste myndigheten beakta EUF-fördragets grundläggande principer vid tilldelningen. Det innebär att upphandlande myndigheter bland annat är skyldiga att lämna insyn i tilldelningsprocessen. Om tilldelningen inte anses ha något gränsöverskridande intresse är dock en direkttilldelning utan konkurrensutsättning tillåten. Direkttilldelning är vidare tillåten om in house-regeln är tillämplig.

¹ In house-regeln kallas även in house- eller Teckal-undantaget. Det senare efter namnet på en av parterna i mål C-107/98 där EU-domstolen för första gången slog fast möjligheten att göra interna köp utan föregående upphandling.

Vår bedömning är att ni har tilldelat en tjänstekoncession till NSR AB. Eftersom Konkurrensverket inte har tillsyn över tilldelning av tjänstekoncessioner gör vi inte någon särskild prövning av om in house-regeln är tillämplig eller principerna i EUF-fördraget iakttagits på ett korrekt sätt vid tilldelningen. I vårt beslut avseende Höganäs kommun som har tilldelat ett tjänstekontrakt till NSR AB har vi dock gjort bedömningen att verksamhetskriteriet i in house-regeln *inte* är uppfyllt efter att en genomlysning gjorts. Av EU-domstolens praxis framgår att bedömningen av verksamhetskriteriet inte påverkas av om tilldelningen avser ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession.

Ärendet skrivs av från vidare handläggning.

Bakgrund

1. NSR AB bildades år 1981 och ägs gemensamt av kommunerna Helsingborg, Höganäs, Ängelholm, Båstad, Åstorp och Bjuv. Till grund för ägarkommunernas samarbete ligger ett aktieägaravtal från samma år.
2. Av aktieägaravtalet framgår att ägarkommunerna ska bilda NSR AB och att bolaget ska ta emot och behandla avfall för ägarnas räkning. För detta ändamål ska NSR AB driva och underhålla regionala avfallsanläggningar, ansvara för transporter av avfall och sälja de produkter som kan utvinnas ur avfallet. Ägarkommunerna förbinder sig även gentemot varandra att lämna avfall till bolaget så länge aktieägaravtalet är giltigt. NSR AB är inte och har inte heller varit part i avtalet.
3. NSR AB:s verksamhet ska enligt aktieägaravtalet bedrivas på självkostnadsbasis enligt affärsmässiga principer. Bolaget har rätt att ta ut avgift enligt en taxa för att det omhändertar ägarkommunernas avfall. NSR AB ska bestämma taxan så att bolagets inkomster och utgifter balanseras.
4. Aktieägaravtalet gällde ursprungligen till och med utgången av år 2010. Eftersom någon uppsägning inte skedde förlängdes det automatisk och är nu giltigt till åtminstone år 2020. Aktieägaravtalet har ändrats år 1984.
5. Sedan NSR AB bildades har ni och övriga ägarkommuner anlitat bolaget för avfallshanteringstjänster i form av bland annat transport och omhändertagande av hushållsavfall. Såvitt har framkommit under vår utredning upprättades inga kontrakt mellan er och NSR AB. Ni har heller aldrig genomfört något upphandlingsförfarande enligt LOU avseende dessa tjänster.
6. I augusti 1999 fattade kommunfullmäktige beslut om att överlåta ansvaret för fastighetsrenhållningen till NSR AB från och med år 2000.

Situationen före omorganisationen

7. Verksamheten i NSR AB har sedan start genomgått stora förändringar. Förutom tjänster till ägarkommunerna har bolaget även kommit att rikta sig mot den privata marknaden. Av koncern- och årsredovisningarna för verksamhetsåren 2009-2011 framgår att NSR AB bland annat sålde återvunnet material, och producerade el- och värmeenergi samt biogas till privata aktörer på marknaden. Den delen av bolagets verksamhet har gett betydande intäkter.
8. I årsredovisningarna för verksamhetsåren 2009-2011 har NSR AB särredovisat de intäkter som kommer från den verksamhet som bedrivs på uppdrag av ägarkommunerna respektive från den "kommersiella affärsverksamheten". För dessa år fördelar sig intäkterna enligt följande.²

	Intäkter från ägarkommunerna	Intäkter från kommersiell af- färsverksamhet	Intäkter totalt
Verksamhetsår 2009	252 Mkr (73 %)	93 Mkr (27 %)	345 Mkr
Verksamhetsår 2010	277 Mkr (73 %)	102 Mkr (27 %)	379 Mkr
Verksamhetsår 2011	313 Mkr (77 %)	94 Mkr (23 %)	407 Mkr ³

EU-kommissionens granskning

9. I januari 2010 inledde EU-kommissionen ett överträdelseärende mot Sverige som avsåg vissa svenska kommuners köp av avfallshanteringstjänster.⁴ Ärendet omfattade bland annat Helsingborgs och Ängelholms kommuners köp av tjänster från NSR AB.
10. I svaret till EU-kommissionen uppgav Sveriges regering att 27 procent av NSR AB:s omsättning kom från privata kunder. Enligt regeringen avsåg emellertid ägarkommunerna och NSR AB att anpassa verksamheten för att det skulle vara möjligt att göra interna köp från bolaget. Detta skulle bland annat ske genom nya ägardirektiv. Förändringarna skulle vara genomförda till utgången av år 2011.⁵

² Samtliga uppgifter om intäkter i punkt 8 är hämtade från koncern- och årsredovisningen för NSR AB för de aktuella åren. Värden i kronor anges avrundat till närmaste heltal miljoner (Mkr). Angivna procenttal motsvarar respektive intäktsslags del av de totala intäkterna och är avrundat till närmaste heltal.

³ För år 2009 redovisas intäkterna från ägarkommunerna respektive från kommersiell affärsverksamhet för koncernen som helhet. Medan år 2010 och 2011 redovisas intäkterna endast för NSR AB.

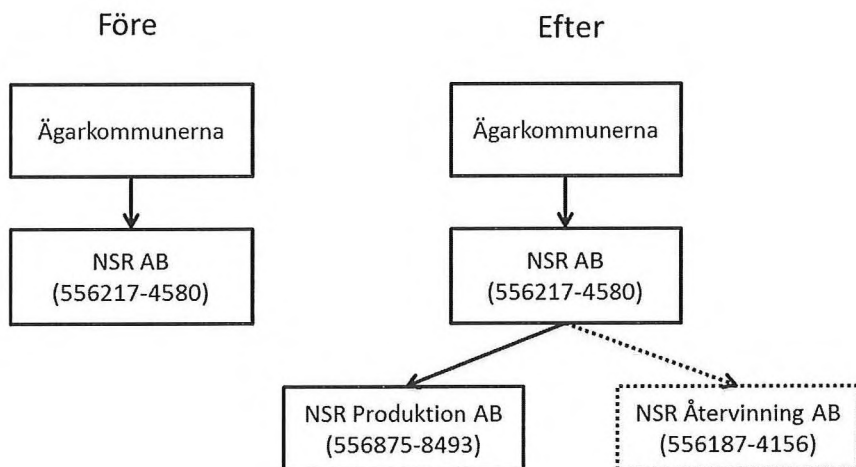
⁴ EU-kommissionens överträdelseärende SG-Greffe (2010) D/903, ärendenummer 2009/4080.

⁵ Svenska regeringens svar på EU-kommissionens formella underrättelse i överträdelseärende 2009/4080, Fi2010/641, 2010-04-29.

11. Kommissionen ansåg emellertid inte att detta var tillräckligt. I ett motiverat yttrande⁶ till Sveriges regering angav kommissionen att NSR AB inte riktade huvuddelen av sin verksamhet till ägarkommunerna. Bolaget bedömdes istället vara aktivt på den privata marknaden och den del av omsättningen som kom från andra än ägarkommunerna var betydande. Enligt kommissionen var därför verksamhetskriteriet inte uppfyllt vilket innebar att Helsingborgs och Ängelholms kommuner inte kunde köpa avfallshanterings tjänster från NSR AB utan att först genomföra en offentlig upphandling. Kommissionen konstaterade därmed att Sveriges regering inte hade uppfyllt sina skyldigheter enligt direktiv 2004/18/EG och uppmanade Sverige att vidta de åtgärder som var nödvändiga för att rätta sig efter det motiverade yttrandet senast inom två månader.

Situationen efter omorganisationen

12. Under år 2011 omorganiserade ni och övriga ägarkommuner verksamheten i NSR AB. Det innebar bland annat att lokal mottagning och behandling av verksamhetsavfall⁷ från andra än ägarkommunerna överfördes till två dotterbolag, NSR Återvinning AB och NSR Produktion AB. Den verksamhet som bestod i att tillhandahålla avfallshanteringstjänster till ägarkommunerna behölls i moderbolaget NSR AB. Moderbolaget förblev även ägare till koncernens verksamhetskritiska anläggningstillgångar och all infrastruktur, däribland förbränningsugnar och den anläggning som används för produktion av biogas.



13. Enligt NSR Produktion AB:s bolagsordning ska bolaget ta emot och behandla det avfall som ägarkommunerna lämnar till NSR AB, och bedriva därmed sammanhängande regional verksamhet. Bolaget ska även stå för driften av de

⁶ Ett motiverat yttrande är ett av leden i ett överträdelseärende. I ett motiverat yttrande kräver kommissionen vanligtvis att landet rättar till sina regler inom en fastställd tidsfrist.

⁷ Med verksamhetsavfall menas det avfall som uppkommer i processen vid exempelvis industrier, restauranger, butiker eller tjänsteföretag.

avfalls- och återvinningsanläggningar som ägs av NSR AB samt sälja återvunnet material och biogas.⁸

14. Enligt aktieägaravtalet tillsätts NSR AB:s styrelse av ägarkommunerna. Av uppgifter från Bolagsverket framgår att det är samma personer som har suttit i styrelsen för såväl NSR AB som för NSR Produktion AB sedan år 2012. De två bolagen har under den här tiden även haft samma verkställande direktör.
15. År 2013 såldes 51 procent av aktierna i NSR Återvinning AB till ett privatägt bolag. NSR Återvinning AB är alltså inte längre ett helägt dotterbolag i NSR-koncernen.

Med vilka bedriver bolagen sin verksamhet?⁹

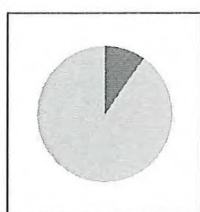
16. Efter omorganisationen år 2011 minskades NSR AB:s andel extern verksamhet. Av de uppgifter som vi begärt in från bolaget för verksamhetsåren 2012, 2013 och första halvåret 2014 fördelar sig intäkterna enligt följande.

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

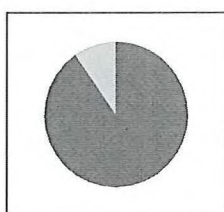
17. Under samma period bedrev NSR Produktion AB den övervägande delen av sin verksamhet tillsammans med *andra* än ägarkommunerna.

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

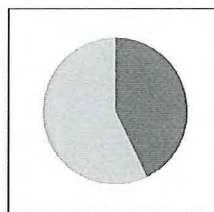
Intäkter verksamhetsåret 2013



NSR AB



NSR Produktion AB



NSR-koncernen

 Intern omsättning
  Extern omsättning

⁸ Bolagsordning för NSR Produktion AB, antagen den 18 december 2013.

⁹ Underlaget för beräkningarna i detta avsnitt har lämnats till Konkurrensverket av NSR AB



18. Rörelseresultatet i NSR AB har utvecklats negativt sedan omorganisationen. För verksamhetsåren 2010 och 2011 redovisade bolaget positiva rörelseresultat med cirka 10 miljoner kronor respektive 20 miljoner kronor. För verksamhetsåren 2012 och 2013, alltså efter omorganisationen, redovisade NSR AB negativa rörelseresultat om cirka 20 miljoner kronor respektive 16 miljoner kronor. År 2012 fick NSR AB ett koncernbidrag om 26 miljoner kronor från NSR Produktion AB.

Ärendet

19. I november 2014 inledde vi en granskning av NSR AB och dess ägare, där ibland er. Syftet med vår utredning är att följa upp utvecklingen av verksamheten i NSR-koncernen efter omorganisationen och bedöma om den är förenlig med upphandlingslagstiftningen. Under ärendets handläggning har följande framkommit.
20. NSR AB har under år 2012 och 2013 erhållit drygt 200 miljoner kronor årligen i avgifter för att det skulle omhänderta och behandla hushållsavfall från ert territorium. Första halvåret 2014 var motsvarande siffra drygt 100 miljoner kronor.
21. Ni uppger att ni överlämnat ansvaret för den kommunala renhållningen till NSR AB och att denna åtgärd är att anse som en kommunalrättslig organisationsåtgärd. Ni hänvisar även till att Kammarätten i Göteborg funnit att ert överlämnande till NSR AB utgör en tjänstekoncession.¹⁰ Ni uppger att LOU inte är tillämpligt på tjänstekoncessioner och att koncessionen saknar gränsöverskridande intresse.
22. Ni uppger vidare att NSR AB uppfyller in house-regeln eftersom bolaget kontrolleras av ägarkommunerna och utför huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med dem.
23. Enligt er är det endast förhållandet mellan er avtalspart, NSR AB, och ägarkommunerna som är intressant för frågan om verksamhetskriteriet är uppfyllt. Bedömningen ska därför ske utan hänsyn till NSR Produktion AB och ni menar att det saknas rättsligt stöd för att koncernförhållandena skulle ha någon betydelse för er möjlighet att göra interna köp från NSR AB. Om bolagen ska bedömas som en enhet anser ni däremot att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt i dagsläget.
24. Under utredningen har det framkommit att en av NSR AB:s ägarkommuner, Höganäs, inte gör gällande att den tilldelat någon tjänstekoncession till bola-

¹⁰ Se dom från Kammarätten i Göteborg av den 9 januari 2014 i mål 7877-12.

get. Konkurrensverket har denna dag fattat ett tillsynsbeslut avseende Höganäs kommun.¹¹

25. Det har också framkommit att en majoritet av aktierna i NSR Återvinning AB såldes till en tredje part år 2013. Ni har angett att syftet med överlåtelsen av aktierna är att på sikt helt privatisera bolagets verksamhet. Det är er och övriga ägarkommuners avsikt att så ska ha skett senast den 30 juni 2016. Vår granskning omfattar därför inte NSR återvinning AB.

Skäl för beslutet

26. Vi bedriver tillsyn över upphandlingslagstiftningen i syfte att öka regel- efterlevnaden och att bidra till en effektiv offentlig upphandling. Tillsynen bedrivs bland annat genom tillsynsbeslut eller ansökan om upphandlings- skadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU. Vi har i detta ärende valt att fatta ett mo- tiverat avskrivningsbeslut.

Rättsläget

27. Syftet med upphandlingsreglerna är bland annat att upphandlande myndig- heter ska använda offentliga medel för köp av varor, tjänster och byggentre- prenader på bästa sätt, genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad. Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörerna möj- lighet att tävla på lika villkor i varje upphandling.
28. Huvudregeln i LOU är att upphandlingar ska annonseras och att alla leve- rantörer ska få lämna anbud respektive ansöka om att få lämna anbud. Endast i vissa i LOU specificerade undantagsfall får avtal ingås med en leve- rantör utan föregående annonsering. Ett avtal behöver inte föregås av upp- handling enligt LOU om det omfattas av in house-regeln i lagens 2 kap. 10 a §.

Vad är en tjänstekoncession?

29. Definitionen av en tjänstekoncession är "ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att leverantörens ersättning för utförande av tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten". Ett tjänste- kontrakt är ett kontrakt som gäller utförande av tjänster och som inte utgör ett byggentreprenadkontrakt eller ett varukontrakt. Det framgår av 2 kap. 17 och 18 §§ LOU samt artikel 1.2 d och 1.4 i direktiv 2004/18/EG. Vi kommer i avsnitten nedan att närmare redogöra för innebörden av begreppet tjänste- koncession.
30. Tjänstekoncessioner omfattas inte av LOU eller det bakomliggande direktivet (2004/18/EG). Ingående av sådant avtal behöver således inte föregås av en of-

¹¹ Dnr 728/2014 avseende Höganäs kommun.

fentlig upphandling enligt reglerna i LOU. Det stadgas i 1 kap. 2 § femte stycket LOU respektive i artikel 1.4 i direktivet.

31. Att tjänstekoncessioner inte omfattas av LOU innebär dock inte att den upphandlande myndigheten utan vidare får direkttilldela en tjänstekoncession utan konkurrensutsättning. EU-domstolen har i flera avgöranden utvecklat vad upphandlande myndigheter som ingår avtal om tjänstekoncessioner har att iakttä i EUF-fördraget och de principer som följer därav.¹² Det innebär bland annat att myndigheter är skyldiga att på lämpligt sätt lämna insyn i tilldelningsprocessen om koncessionen kan antas vara av intresse för en leverantör i en annan medlemsstat. EU-domstolen har särskilt uttryckt att en tilldelning av en koncession utan någon som helst anbudsinfordran varken är förenlig med kraven i artiklarna 43 EG och 49 EG eller principerna om lika-behandling, icke-diskriminering och insyn.¹³
32. Direkttilldelning av en tjänstekoncession är tillåten om in house-regeln är tillämplig eller om det saknas ett bestämt gränsöverskridande intresse för tilldelningen. Ett gränsöverskridande intresse kan exempelvis saknas om tjänstekoncessionen är av mycket ringa ekonomisk betydelse.¹⁴ Gränser mellan medlemsstater kan emellertid gå genom tätbebyggda områden, vilket kan medföra att även koncessioner av mycket ringa ekonomisk betydelse kan anses ha ett gränsöverskridande intresse.¹⁵ En geografisk närhet till andra medlemsländer är något som kan medföra att ett gränsöverskridande intresse finns.
33. En myndighet som har för avsikt att tilldela ett kontrakt till ett hel- eller delägt bolag bör således *först* bedöma om in house-regeln är tillämplig. Om så är fallet kan en direkttilldelning göras och detta oavsett om kontraktet rätteligen skulle vara att betrakta som ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession. Av EU-domstolens praxis framgår nämligen att bedömningen av in house-regeln och dess verksamhetskriterium får tillämpas för tilldelningar av såväl tjänstekontrakt som tjänstekoncessioner. Om in house-regeln däremot inte är tillämplig är det viktigt att göra en noggrann och korrekt bedömning av om kontraktet ska betraktas som en tjänstekoncession eller tjänstekontrakt. Det är nämligen helt avgörande för vilken form av konkurrensutsättning som myndigheten behöver göra – enligt LOU eller med beaktande av EUF-fördraget och dess grundläggande principer.
34. Av definitionerna för tjänstekontrakt och tjänstekoncession framgår att begreppen är tämligen närliggande. I mål C- 370/07 *Oymanns* framhöll EU-

¹² Se bl.a. mål C-275/98 *Unitron Scandinavia*, punkt 31, mål C-203/08 *Sporting Exchange*, punkt 39 och 40 och mål C-458/03 *Parking Brixen*, punkt 50 och 52.

¹³ Mål C-458/03 *Parking Brixen*, punkt 50 och 52.

¹⁴ Mål C- 231/03 *Coname*, punkt 20 samt däri angiven rättspraxis.

¹⁵ Se förenade målen C-147/06 och 148/06 *SECAP*, punkt 31.

domstolen detta och angav att det inte är okomplicerat att göra en tydlig åtskillnad av kontraktstyperna på förhand.¹⁶ Den rättsliga klassificeringen av ett kontrakt ska uteslutande göras enligt unionsrätten och beror på de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁷

35. Om myndigheten bedömt att det tilltänkta arrangemanget utgör en tjänstekoncession har den sedan att avgöra om det kan tänkas föreligga ett bestämt gränsöverskrivande intresse. Enbart ett antagande eller påstående om att det saknas gränsöverskridande intresse är inte tillräckligt för att underlåta annonsering eller att på annat sätt lämna insyn i tilldelningsprocessen. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att utreda närmare om så skulle kunna vara fallet.

Rätten att utnyttja

36. Vid en tjänstekoncession består ersättningen i *rätten att utnyttja tjänsten* eller sådan rätt i kombination med betalning.
37. Leverantörens rätt att utnyttja tjänsten innefattar möjligheten att få ersättning genom att ta betalt av dem som använder den aktuella tjänsten.¹⁸ Att en leverantör inte får ersättning från den upphandlande myndigheten, utan istället har rätt att ta betalt av de som använder tjänsten, är således ett sätt som utnyttjandet av tjänsten kan ta sig uttryck i.¹⁹
38. I målet C-348/10 *Norma* konstaterade EU-domstolen att det sätt på vilket ersättning utgår visserligen är en av de avgörande faktorerna vid kvalificeringen av en tjänstekoncession, men att en tjänstekoncession *dessutom* innebär att leverantören tar på sig den verksamhetsrisk som är förenad med utnyttjandet av de aktuella tjänsterna. Avsaknaden av en sådan risköverföring på leverantören innebär att transaktionen är ett tjänstekontrakt och inte en tjänstekoncession.²⁰
39. Av EU-domstolens praxis framgår alltså att "rätten att utnyttja tjänsten" innebär att leverantören tar på sig risken för tjänstens utförande. Vid bedömningen av om ett kontrakt utgör en tjänstekoncession krävs således en kontroll av om verksamhetsrisken överförts på leverantören och i så fall i vilken omfattning.

Närmare om risken

40. Övertagande av risken är alltså den karaktäristiska beståndsdelen i en tjänstekoncession och kan sägas vara en inneboende del i uttrycket "rätten

¹⁶ Mål C-370/07 *Oymanns*, punkt 70.

¹⁷ Se mål C-370/07 *Oymanns*, punkt 70 och mål C-382/05 *Kommissionen mot Italien*, punkt 30-31.

¹⁸ Mål C-206/08 *Euravasser*, punkterna 50-51, 53 och 54 samt i punkt 54 angiven rättspraxis.

¹⁹ Mål C-348/10 *Norma*, punkt 42 och mål C-206/08 *Euravasser*, punkt 57.

²⁰ Mål C-348/10 *Norma*, punkt 44.

att utnyttja tjänsten". EU-domstolen har vid flera tillfällen behandlat frågan om den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten och har uttryckt att risken ska förstås som en risk att utsättas för "*marknadens nycker*". Domstolen har angett att marknadens nycker exempelvis kan ta sig uttryck i en risk för:

- att utsättas för konkurrens från andra ekonomiska aktörer,
- bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan,
- insolvens hos dem som är betalningsskyldiga för tillhandahållna tjänster,
- att inkomsterna inte ska täcka samtliga kostnader,
- att stå ansvaret för alla sorters skador som uppkommer till följd av brister i tjänsten.²¹

Dessa är alltså exempel på riskfaktorer som är relevanta att ta i beaktande vid bedömning av om leverantören har övertagit verksamhetsrisken för tjänsternas utövande.

41. Vid en typisk tjänstekoncession uppkommer nämligen den relevanta risken genom att leverantören bär alla kostnaderna för att tillhandahålla tjänsten, men erhåller intäkter, till täckande av sina kostnader och till att göra vinst, *endast* om den är framgångsrik i att "utnyttja tjänsten" – alltså i att sälja den till sina kunder. Den relevanta risken består således i en risk för brist i efterfrågan på tjänsten eller en risk för brist i utbudet på tjänsten, eller båda.
42. I alla kontraktsförhållanden finns en viss ekonomisk risk att av olika anledningar inte göra vinst på tjänsten som kontraktet avser. Men det är inte de risker som återfinns *både* vid tjänstekoncessioner och vid tjänstekontrakt, som ska läggas till grund för bedömningen av om ett kontrakt utgör en tjänstekoncession.
43. Risker som återfinns oavsett kontraktstyp kan exempelvis vara risker som är förknippade med bristfällig företagsledning, felaktiga bedömningar från leverantörens sida vid utförandet av verksamheten eller en förändring av förutsättningarna för verksamhetens utförande på grund av ändrad lagstiftning under avtalsperioden.²²

Riskens omfattning

44. En tjänstekoncession förutsätter inte att hela risken överförs från myndigheten till leverantören och inte heller att risken är av betydande omfattning.

²¹ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 66-67, mål C-274/09 *Stadler*, punkt 37 och mål C-348/10 *Norma*, punkt 48.

²² Mål C-274/09 *Stadler*, punkt 38 samt mål C-348/10 *Norma*, punkt 49.

45. EU-domstolen har i målet *Eurawasser* givit uttryck för sin syn på risken och dess omfattning.²³ Målet gällde ett avtal om distribution av dricksvatten och bortledning av avloppsvatten. Leverantören skulle erhålla sin betalning endast från de som använde tjänsterna. Priset för tjänsterna fastställdes av leverantören, men skulle beräknas enligt en kostnadstäckningsprincip. På grund av offentligrättslig reglering gällde anslutnings- och nyttjandevång avseende tjänsterna.
46. Risken var alltså begränsad redan från början, även för det fall att myndigheten hade utfört tjänsten i egen regi. EU-domstolen uttryckte i domen att även om risken, på grund av offentligrättslig reglering, är *mycket begränsad* i sin omfattning kan en tjänstekoncession föreligga. En förutsättning är dock att myndigheten överför hela, eller åtminstone en *betydande del av*, risken på leverantören.²⁴
47. Detta synsätt upprepades av EU-domstolen i målen *Stadler* och *Norma*.²⁵ I *Norma*-målet uttryckte EU-domstolen att de aktuella offentligrättsliga bestämmelserna och avtalsklausulerna innebar att tjänsteleverantören inte stod en *betydande del* av den risk som var förenad med utnyttjandet av tjänsten.²⁶ Här bekräftades att en allt för stor andel av risken inte får stanna hos myndigheten. Om kontraktsvillkoren mellan myndigheten och leverantören är sådana att risken för leverantören helt tagits bort eller avsevärt begränsats exempelvis genom garantier för full kostnadstäckning föreligger inte någon tjänstekoncession.
48. Sammanfattningsvis följer det av EU-domstolens praxis att en tjänstekoncession förutsätter att den upphandlande myndigheten överför hela eller *åtminstone en betydande del* av den risk som myndigheten skulle löpa om den utförde tjänsten själv, även om denna risk redan från början är mycket begränsad.²⁷
49. Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har i ett mål rörande överprövning av en upphandling av sotningstjänster, där det anfördes att det var fråga om tilldelningen av en tjänstekoncession, konstaterat att avtalet inte utgjorde ett tjänstekontrakt i LOU:s mening. Vi tolkar avgörandet som att domstolen ansåg att avtalet utgjorde en tjänstekoncession. Genom det aktuella kontraktet överförde kommunen sitt ansvar för skorstenssotning till en leverantör som

²³ Mål C-206/08 *Eurawasser*.

²⁴ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 80.

²⁵ Mål C-274/09 *Stadler*, punkt 33 och mål C-348/10 *Norma*, punkt 45.

²⁶ Mål C-348/10 *Norma*, punkt 51.

²⁷ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 80.

gavs rätt att ta betalt av dem som utnyttjar tjänsten. Kunderna hade en lagreglerad skyldighet att köpa sådana tjänster från leverantören.²⁸

50. Vidare har Kammarrätten i Göteborg konstaterat att Uddevalla kommun tilldelat en tjänstekoncession till en leverantör avseende insamling och transport av hushållsavfall. Leverantören erhöll endast ersättning från användarna av tjänsten och precis som i målet i HFD förelåg ett nyttjandetvång för användarna. Vidare saknade leverantören garantier om kostnadstäckning och stod risken för att de betalningsskyldiga skulle bli insolventa.²⁹ I en tidigare laglighetsprövning enligt kommunallagen (1991:900) har samma kammarrätt emellertid bedömt att kommunens kontraktstilldelning var ett tjänstekontrakt och inte en tjänstekoncession.³⁰

Direktiv om koncessioner

51. I sammanhanget kan noteras att det har antagits ett EU-direktiv om tilldelning av koncessioner (direktiv 2014/23/EU). Rådande oklarheter om innebörden av begreppet koncession är ett av motiven till antagandet. Direktivet syftar, förutom till att införa förfaranderegler och rättsmedel vid tilldelning av koncessioner, till att klargöra vad som utgör en koncession. Direktivet ska genomföras i svensk rätt senast den 18 april 2016.
52. I koncessionsdirektivet har det tagits in en skrivning som förtydligar riskbegreppet. Skrivningen utgör dock ett *tillägg* till nuvarande rättsläge, och är inte en kodifiering av praxis. Det finns därmed ingen möjlighet att redan nu, innan direktivet är genomfört i svensk rätt, lägga skrivningen till grund för bedömningen av om en tjänstekoncession föreligger.
53. I koncessionsdirektivets artikel 5.1 anges att 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.
54. För att avgöra om uppskattade förluster är nominella eller försumbara ska värdet av uppskattade förluster ställas i relation till värdet på kontraktet. Vid jämförelsen mot hela kontraktets uppskattade värde får förlusterna alltså inte framstå som alltför obetydliga.

²⁸ RÅ 2008 not 101.

²⁹ Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 maj 2011 i mål nr 6515-10.

³⁰ Kammarrätten i Göteborgs dom den 11 juni 2010 i mål nr 3917-09.



Bedömning

55. Vi vill inledningsvis klargöra följande avseende den dom från Kammarrätten i Göteborg som ni hänvisar till.³¹ Domstolen uttalade i målet att Helsingborgs kommuns överlämnande av renhållningsverksamheten till NSR AB utgör en tjänstekoncession. Frågan i målet var om Helsingborgs kommun haft lagligt stöd för att fatta beslutet, så kallat kommunalbesvär. Domen utgör inte något hinder för oss att pröva om ni tilldelat en tjänstekoncession.
56. Frågan i ärendet är om tilldelningen av kontrakt till NSR AB utgör ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession. Av redogörelsen ovan har framgått att en tjänstekoncession föreligger om leverantören övertar åtminstone en betydande del av den risk som myndigheten själv skulle löpa om den utförde tjänsten i egen regi, även om denna risk redan från början är mycket begränsad. En sådan risköverföring kan föreligga om leverantören har rätt att ta betalt av de som använder tjänsten.
57. Ni har fattat beslut på fullmäktige att från år 2000 överlåta ansvaret för fastighetsrenhållningen till NSR AB. Tilldelningens omfattning och förutsättningarna för NSR AB:s utnyttjande av tjänsterna framgår därför till stor del av reglerna om den kommunala renhållningsskyldigheten som följer av miljöbalken (1998:808) (MB).
58. Den kommunala renhållningsskyldigheten regleras i 15 kap. MB. Varje kommun ansvarar för att hushållsavfall inom kommunen transporteras till en behandlingsanläggning och återvinns eller bortskaffas. Med hushållsavfall avses avfall från hushåll och därmed jämförligt avfall från annan verksamhet. Det framgår av 15 kap. 2 och 8 §§ MB. Hushållsavfallet omfattar alltså även visst avfall från skolor och myndigheter med flera.
59. Ingen annan än kommunen, eller den kommunen anlitar, får enligt 15 kap. 21 § MB ta befattning med transport av hushållsavfallet. Vidare får innehavaren av avfallet, vanligen fastighetsägaren, inte själv återvinna eller bortskaffa avfallet. Kommunen har därmed en odelad ensamrätt till hushållsavfall inom sitt territorium.
60. Kommunen får besluta att ta ut en avgift (taxa) från innehavarna av hushållsavfallet för hanteringen. Det är kommunfullmäktige som fattar beslut om storleken på avgiften och denna rätt får inte överlåtas till en fristående juridisk person.
61. Avgiften beräknas enligt en kostnadstäckningsprincip och får inte vara större än att den täcker nödvändiga planerings-, kapital- och driftskostnader för renhållningen. Avgiften får dock tas ut på ett sådant sätt att återanvänd-

³¹ Kammarätten i Göteborgs dom den 9 januari 2014 i mål 7877-12.

ning, återvinning eller annan miljöanpassad avfallshantering främjas. Om kommunen anlitar någon annan att utföra renhållningen, får avtalet läggas till grund för beräkning av avgiften, om kostnaden därigenom inte blir väsentligt högre än om kommunen själv utför renhållningen. Detta framgår av 27 kap. 4-6 §§ MB.

62. Ert beslut i fullmäktige innebär att ni överlämnat renhållningsverksamheten inom kommunen till NSR AB. Därmed har NSR AB givits en faktisk ensamrätt till avfallet. Den offentligrättsliga regleringen innebär vidare att innehavarna av hushållsavfallet är skyldiga att anlita NSR AB för att ta omhand deras avfall. Avgiften beräknas enligt en kostnadstäckningsprincip, men ger även utrymme för kostnader på grund av främjande av miljöanpassad avfallshantering. Vidare finns visst utrymme för påslag för vinster, så länge avgiften inte blir väsentligt högre än vid drift i kommunens egen regi.
63. Förutsättningarna för NSR AB:s utnyttjande av tjänsterna framgår vidare av aktieägaravtal och ägardirektiv. Enligt vår mening innehåller dessa handlingar inte någon reglering som är ägnad att reducera den relevanta verksamhetsrisken för NSR AB. Det finns emellertid en intresse- och persongemenskap mellan er och NSR AB som vi bedömer inverkar riskreducerande i avtalsförhållandet. Denna gemenskap har sitt ursprung i det faktum att ni och övriga kommuner har kontroll över NSR AB motsvarande över era egna förvaltningar och att ni utser dess styrelse och besätter denna med kommunens funktionärer.

Betalning för tjänsternas utförande

64. Leverantörens rätt att "utnyttja tjänsten" innefattar möjligheten att erhålla hela, eller del av sin betalning, från användarna av tjänsterna. Vi har begärt in ekonomisk information från NSR AB av vilken framgår att bolaget inte erhåller någon ersättning direkt från er, utan från renhållningsabonnenterna inom ert territorium. Vi bedömer därför att NSR AB erhåller all sin ersättning från användarna av tjänsterna. Frågan är därefter om NSR AB under sådana omständigheter har övertagit hela, eller åtminstone en betydande del av, den verksamhetsrisk som ni själv skulle löpa om ni utförde tjänsten i egen regi.

Risk för konkurrens

65. Ni som kommun har enligt miljöbalken en uttrycklig ensamrätt till hushållsavfallet och att utse vem som ska ta hand om avfallet. Eftersom ni endast har utsett NSR AB att ta hand om avfallet bedömer vi att det i dagsläget inte föreligger någon risk att NSR AB ska utsättas för konkurrens från andra leverantörer.
66. Förvisso skulle det i teorin stå en kommun fritt att skapa en konkurrens-situation genom att utse fler leverantörer för att ta hand om hushållsavfallet.

Kammarrätten i Göteborg har i mål 6515-10 tagit denna teoretiska möjlighet till intäkt för att det föreligger en risk för leverantören att utsättas för konkurrens. Vår uppfattning är emellertid att denna potentiella risk för en eventuell konkurrenssituation inte *i sig* utgör en relevant riskfaktor. Utan det är först när en faktisk konkurrenssituation föreligger som det kan påverka bedömningen. Ett kontrakt kan på grund av senare inträffade händelser upphöra att utgöra en koncession, men det betyder inte att kontraktet inte var att anse som en koncession vid tillfället för tilldelningen.

Risk för bristande efterfrågan

67. Det föreligger ett tvång för innehavare av hushållsavfall att köpa NSR AB:s tjänster. Efterfrågan på tjänsterna som NSR AB har rätt att utnyttja är därmed i förväg känd och kalkylerbar. Detta minskar risken för brister i efterfrågan avsevärt. Förvisso är det inte osannolikt att kundunderlaget förändras något över tid genom enskilda renhållningsabonnenters in- och utflytt ur kommunen. Dessutom kan renhållningsabbonnenterna, om än i mycket begränsad mån, påverka sin produktion av hushållsavfall. Vi bedömer emellertid att konsekvenserna, om denna risk realiserar, är så små att risken är obetydlig för NSR AB.

Risk för insolvens hos användarna

68. En annan risk som NSR AB är utsatt för är risken för insolvens hos användarna av tjänsterna, renhållningsabbonnenterna. Det är inte osannolikt att en mindre andel av abonnenterna inte kan eller vill betala för sig. Det förefaller dock osannolikt att många abonnenter samtidigt skulle bli insolventa. Vi bedömer därför att kostnaderna förknippade med denna risk är obetydliga för NSR AB.

Risk för bristande kostnadstäckning

69. Det faktum att NSR AB inte själv får besluta om vilken avgift de ska ta ut för tjänsterna utgör en risk i sig eftersom NSR AB inte fritt kan justera intäkterna i förhållande till verksamhetens kostnader. Risken för att NSR AB inte ska få sina kostnader täckta minskas dock i viss mån av att avgiften enligt lag får beräknas så att den täcker verksamhetens nödvändiga kostnader. Vidare ges utrymme för påslag för rena vinster, så länge avgiften inte väsentligen överstiger vad kommunen själv har kunnat ta ut.
70. Eftersom ni har beslutsrätten avseende avfallstaxan har ni även möjlighet att se till att avgifterna för renhållningen ger NSR AB full kostnadstäckning. Då det föreligger en intressegemenskap mellan er och NSR AB finns anledning att utgå från att ni genom era taxebeslut kommer att se till att NSR AB kan ta ut en avgift som är tillräckligt stor för att täcka kostnaderna i verksamheten. Vi bedömer därför att sannolikheten för att denna risk ska realiseras i praktiken är mycket liten.



Sammanfattande bedömning

71. Vi har ovan konstaterat att NSR AB erhåller all ersättning för utförandet av avfallstjänsterna från användarna av tjänsterna. Vi kan även konstatera att det föreligger en ensamrätt för NSR AB att utföra tjänsterna och ett nyttjandetvång för användarna av tjänsterna. Detta innebär att NSR AB inte kommer att utsättas för någon konkurrens eller någon nämnvärd risk för brist i efterfrågan. Vi har vidare konstaterat att det föreligger en risk för insolvens hos användarna av tjänsterna samt att det faktum att NSR AB inte själv får besluta om vilken avgift de ska ta ut för tjänsterna innebär en risk. Samtliga dessa faktorer har av EU-domstolen ansetts utgöra relevanta riskfaktorer i relation till leverantörens utsatthet för "marknadens nycker".³²
72. På grund av den offentlighetsrättsliga regleringen på området är risken mycket begränsad till sin omfattning. Av EU-domstolens praxis framgår dock att det inte utgör något hinder för en tjänstekoncession att den ursprungliga risken är mycket begränsad.³³ En förutsättning är emellertid att myndigheten överför hela, eller åtminstone en *betydande del av*, risken på leverantören. Det finns inte någon avtalsreglering mellan er och NSR AB som är ägnad att ytterligare reducera risken för bolaget. Vi bedömer därför att åtminstone en betydande del av den verksamhetsrisk som ni skulle löpa om ni utförde tjänsten i egen regi har överförts till NSR AB.
73. NSR AB:s ersättning för utförandet av tjänsternas består därmed av en rätt att utnyttja tjänsterna och tilldelningen utgör en tjänstekoncession.
74. Det får avslutningsvis noteras att det inte kan uteslutas att bedömningen i en liknande situation skulle bli en annan efter att koncessionsdirektivet införlivats i svensk rätt i april 2016. Detta på grund av att leverantörens eventuella förluster endast skulle vara nominella eller försumbara i enlighet med artikel 5.1 i direktivet.
75. I vårt beslut i samma ärende avseende Höganäs kommuns köp av tjänster från NSR AB har vi bedömt att *verksamhetskriteriet* inte är uppfyllt efter att en genomlysning gjorts. Av EU-domstolens praxis framgår att bedömningen av verksamhetskriteriet inte påverkas av om tilldelningen avser ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession.

³² Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 66-67, mål C-274/09 *Stadler*, punkt 37 och mål C-348/10 *Norma*, punkt 48.

³³ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 80, mål C-274/09 *Stadler*, punkt 33 och mål C-348/10 *Norma*, punkt 45.

Slutsats

76. Vår bedömning är att er tilldelning till NSR AB är att betrakta som en tjänstekoncession. Vi bedömer att den risk som NSR AB är utsatt för redan från början är mycket begränsad, men att NSR AB övertagit åtminstone en betydande del av den risk som ni själva skulle löpa om ni utförde tjänsten i egen regi.
77. Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för offentlig upphandling i Sverige i enlighet med 18 kap. LOU. Eftersom tilldelning av tjänstekoncessioner inte omfattas av LOU omfattas de inte heller av vår tillsyn.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Sara Zell.


Dan Sjöblom
Sara Zell

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats

Ängelholms kommun
262 80 Ängelholm

Ängelholms kommun – avfallshanteringstjänster utförda av Nordvästra Skånes Renhållnings Aktiebolag

Beslut

Konkurrensverket skriver av ärendet från vidare handläggning. ~~Helsingborgs~~ kommuns tilldelning utgör en tjänstekoncession och omfattas inte av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Konkurrensverket har inte någon tillsyn över tjänstekoncessioner.

Självrättelse enligt
26 § FL (1986:223) på
så sätt att kommunen
säteligen ska vara
Ängelholm.
2015-06-25

7)

Sammanfattning

Ni är delägare i det kommunala avfallsbolaget Nordvästra Skånes Renhållnings Aktiebolag, org. nr 556217-4580, (NSR AB) tillsammans med fem andra kommuner. Samtliga kommuner har tidigare menat att de får köpa avfallshanteringstjänster från NSR AB utan föregående upphandling med tillämpning av in house-regeln i 2 kap. 10 a § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).¹ För att regeln ska vara tillämplig måste de så kallade kontroll- och verksamhetskriterierna vara uppfyllda. Samtliga ägarkommuner, utom Höganäs, gör nu gällande att man har tilldelat NSR AB en tjänstekoncession och att man därför inte behöver iaktta bestämmelserna i LOU.

Tjänstekoncessioner är förvisso undantagna förfaranderegler i LOU, men om tjänstekoncessionen anses ha ett gränsöverskridande intresse måste myndigheten beakta EUF-fördragets grundläggande principer vid tilldelningen. Det innebär att upphandlande myndigheter bland annat är skyldiga att lämna insyn i tilldelningsprocessen. Om tilldelningen inte anses ha något gränsöverskridande intresse är dock en direkttilldelning utan konkurrensutsättning tillåten. Direkttilldelning är vidare tillåten om in house-regeln är tillämplig.

¹ In house-regeln kallas även in house- eller Teckal-undantaget. Det senare efter namnet på en av parterna i mål C-107/98 där EU-domstolen för första gången slog fast möjligheten att göra interna köp utan föregående upphandling.

Vår bedömning är att ni har tilldelat en tjänstekoncession till NSR AB. Eftersom Konkurrensverket inte har tillsyn över tilldelning av tjänstekoncessioner gör vi inte någon särskild prövning av om in house-regeln är tillämplig eller principerna i EUF-fördraget iakttagits på ett korrekt sätt vid tilldelningen. I vårt beslut avseende Höganäs kommun som har tilldelat ett tjänstekontrakt till NSR AB har vi dock gjort bedömningen att verksamhetskriteriet i in house-regeln *inte* är uppfyllt efter att en genomlysning gjorts. Av EU-domstolens praxis framgår att bedömningen av verksamhetskriteriet inte påverkas av om tilldelningen avser ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession.

Ärendet skrivs av från vidare handläggning.

Bakgrund

1. NSR AB bildades år 1981 och ägs gemensamt av kommunerna Helsingborg, Höganäs, Ängelholm, Båstad, Åstorp och Bjuv. Till grund för ägarkommunernas samarbete ligger ett aktieägaravtal från samma år.
2. Av aktieägaravtalet framgår att ägarkommunerna ska bilda NSR AB och att bolaget ska ta emot och behandla avfall för ägarnas räkning. För detta ändamål ska NSR AB driva och underhålla regionala avfallsanläggningar, ansvara för transporter av avfall och sälja de produkter som kan utvinnas ur avfallet. Ägarkommunerna förbinder sig även gentemot varandra att lämna avfall till bolaget så länge aktieägaravtalet är giltigt. NSR AB är inte och har inte heller varit part i avtalet.
3. NSR AB:s verksamhet ska enligt aktieägaravtalet bedrivas på självkostnadsbasis enligt affärsmässiga principer. Bolaget har rätt att ta ut avgift enligt en taxa för att det omhändertar ägarkommunernas avfall. NSR AB ska bestämma taxan så att bolagets inkomster och utgifter balanseras.
4. Aktieägaravtalet gällde ursprungligen till och med utgången av år 2010. Eftersom någon uppsägning inte skedde förlängdes det automatisk och är nu giltigt till åtminstone år 2020. Aktieägaravtalet har ändrats år 1984.
5. Sedan NSR AB bildades har ni och övriga ägarkommuner anlitat bolaget för avfallshanteringstjänster i form av bland annat transport och omhändertagande av hushållsavfall. Såvitt har framkommit under vår utredning upprättades inga kontrakt mellan er och NSR AB. Ni har heller aldrig genomfört något upphandlingsförfarande enligt LOU avseende dessa tjänster.
6. I juni 2013 fattade kommunfullmäktige beslut om att överlämna kommunens skyldigheter på avfallsområdet till NSR AB från och med år 2014. Överlämnandet innebar bland annat att NSR AB övertog befintliga avtal och personal från tekniska kontoret inom kommunen.

Situationen före omorganisationen

7. Verksamheten i NSR AB har sedan start genomgått stora förändringar. Förutom tjänster till ägarkommunerna har bolaget även kommit att rikta sig mot den privata marknaden. Av koncern- och årsredovisningarna för verksamhetsåren 2009-2011 framgår att NSR AB bland annat sålde återvunnet material, och producerade el- och värmeenergi samt biogas till privata aktörer på marknaden. Den delen av bolagets verksamhet har gett betydande intäkter.
8. I årsredovisningarna för verksamhetsåren 2009-2011 har NSR AB särredovisat de intäkter som kommer från den verksamhet som bedrivs på uppdrag av ägarkommunerna respektive från den "kommersiella affärsverksamheten". För dessa år fördelar sig intäkterna enligt följande.²

	Intäkter från ägarkommunerna	Intäkter från kommersiell af- färsverksamhet	Intäkter totalt
Verksamhetsår 2009	252 Mkr (73 %)	93 Mkr (27 %)	345 Mkr
Verksamhetsår 2010	277 Mkr (73 %)	102 Mkr (27 %)	379 Mkr
Verksamhetsår 2011	313 Mkr (77 %)	94 Mkr (23 %)	407 Mkr ³

EU-kommissionens granskning

9. I januari 2010 inledde EU-kommissionen ett överträdelseärende mot Sverige som avsåg vissa svenska kommuners köp av avfallshanteringstjänster.⁴ Ärendet omfattade bland annat ert och Helsingborgs kommuns köp av tjänster från NSR AB.
10. I svaret till EU-kommissionen uppgav Sveriges regering att 27 procent av NSR AB:s omsättning kom från privata kunder. Enligt regeringen avsåg emellertid ägarkommunerna och NSR AB att anpassa verksamheten för att det skulle vara möjligt att göra interna köp från bolaget. Detta skulle bland annat ske genom nya ägardirektiv. Förändringarna skulle vara genomförda till utgången av år 2011.⁵

² Samtliga uppgifter om intäkter i punkt 8 är hämtade från koncern- och årsredovisningen för NSR AB för de aktuella åren. Värden i kronor anges avrundat till närmaste heltal miljoner (Mkr). Angivna procenttal motsvarar respektive intäktslags del av de totala intäkterna och är avrundat till närmaste heltal.

³ För år 2009 redovisas intäkterna från ägarkommunerna respektive från kommersiell affärsverksamhet för koncernen som helhet. Medan år 2010 och 2011 redovisas intäkterna endast för NSR AB.

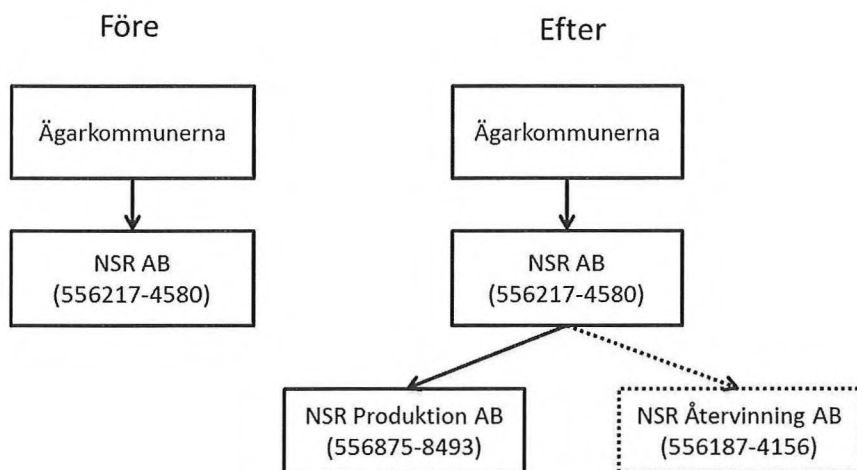
⁴ EU-kommissionens överträdelseärende SG-Greffe (2010) D/903, ärendenummer 2009/4080.

⁵ Svenska regeringens svar på EU-kommissionens formella underrättelse i överträdelseärende 2009/4080, Fi2010/641, 2010-04-29.

11. Kommissionen ansåg emellertid inte att detta var tillräckligt. I ett motiverat yttrande⁶ till Sveriges regering angav kommissionen att NSR AB inte riktade huvuddelen av sin verksamhet till ägarkommunerna. Bolaget bedömdes istället vara aktivt på den privata marknaden och den del av omsättningen som kom från andra än ägarkommunerna var betydande. Enligt kommissionen var därför verksamhetskriteriet inte uppfyllt vilket innebar att ni och Helsingborgs kommun inte kunde köpa avfallshanteringstjänster från NSR AB utan att först genomföra en offentlig upphandling. Kommissionen konstaterade därmed att Sveriges regering inte hade uppfyllt sina skyldigheter enligt direktiv 2004/18/EG och uppmanade Sverige att vidta de åtgärder som var nödvändiga för att rätta sig efter det motiverade yttrandet senast inom två månader.

Situationen efter omorganisationen

12. Under år 2011 omorganiserade ni och övriga ägarkommuner verksamheten i NSR AB. Det innebar bland annat att lokal mottagning och behandling av verksamhetsavfall⁷ från andra än ägarkommunerna överfördes till två dotterbolag, NSR Återvinning AB och NSR Produktion AB. Den verksamhet som bestod i att tillhandahålla avfallshanteringstjänster till ägarkommunerna behölls i moderbolaget NSR AB. Moderbolaget förblev även ägare till koncernens verksamhetskritiska anläggningstillgångar och all infrastruktur, däribland förbränningsugnar och den anläggning som används för produktion av biogas.



13. Enligt NSR Produktion AB:s bolagsordning ska bolaget ta emot och behandla det avfall som ägarkommunerna lämnar till NSR AB, och bedriva därmed sammanhängande regional verksamhet. Bolaget ska även stå för driften av de

⁶ Ett motiverat yttrande är ett av leden i ett överträdelseärende. I ett motiverat yttrande kräver kommissionen vanligtvis att landet rättar till sina regler inom en fastställd tidsfrist.

⁷ Med verksamhetsavfall menas det avfall som uppkommer i processen vid exempelvis industrier, restauranger, butiker eller tjänsteföretag.

avfalls- och återvinningsanläggningar som ägs av NSR AB samt sälja återvunnet material och biogas.⁸

14. Enligt aktieägaravtalet tillsätts NSR AB:s styrelse av ägarkommunerna. Av uppgifter från Bolagsverket framgår att det är samma personer som har suttit i styrelsen för såväl NSR AB som för NSR Produktion AB sedan år 2012. De två bolagen har under den här tiden även haft samma verkställande direktör.
15. År 2013 såldes 51 procent av aktierna i NSR Återvinning AB till ett privatägt bolag. NSR Återvinning AB är alltså inte längre ett helägt dotterbolag i NSR-koncernen.

*Med vilka bedriver bolagen sin verksamhet?*⁹

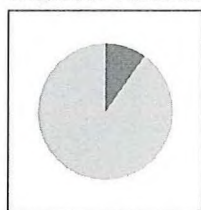
16. Efter omorganisationen år 2011 minskades NSR AB:s andel extern verksamhet. Av de uppgifter som vi begärt in från bolaget för verksamhetsåren 2012, 2013 och första halvåret 2014 fördelar sig intäkterna enligt följande.

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

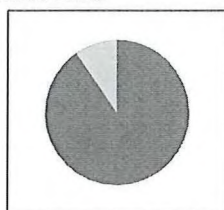
17. Under samma period bedrev NSR Produktion AB den övervägande delen av sin verksamhet tillsammans med *andra* än ägarkommunerna.

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

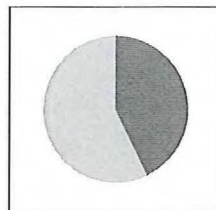
Intäkter verksamhetsåret 2013



NSR AB



NSR Produktion AB



NSR-koncernen

 Intern omsättning
  Extern omsättning

⁸ Bolagsordning för NSR Produktion AB, antagen den 18 december 2013.

⁹ Underlaget för beräkningarna i detta avsnitt har lämnats till Konkurrensverket av NSR AB

18. Rörelseresultatet i NSR AB har utvecklats negativt sedan omorganisationen. För verksamhetsåren 2010 och 2011 redovisade bolaget positiva rörelseresultat med cirka 10 miljoner kronor respektive 20 miljoner kronor. För verksamhetsåren 2012 och 2013, alltså efter omorganisationen, redovisade NSR AB negativa rörelseresultat om cirka 20 miljoner kronor respektive 16 miljoner kronor. År 2012 fick NSR AB ett koncernbidrag om 26 miljoner kronor från NSR Produktion AB.

Ärendet

19. I november 2014 inledde vi en granskning av NSR AB och dess ägare, däribland er. Syftet med vår utredning är att följa upp utvecklingen av verksamheten i NSR-koncernen efter omorganisationen och bedöma om den är förenlig med upphandlingslagstiftningen. Under ärendets handläggning har följande framkommit.
20. NSR AB har under år 2012 och 2013 erhållit drygt 200 miljoner kronor årligen i avgifter för att det skulle omhänderta och behandla hushållsavfall från ert territorium. Första halvåret 2014 var motsvarande siffra drygt 100 miljoner kronor.
21. Ni uppger att ni överlämnat ansvaret för den kommunala renhållningen till NSR AB och att denna åtgärd är att anse som en kommunalrättslig organisationsåtgärd. Ni hänvisar även till att Kammarrätten i Göteborg funnit att ert överlämnande till NSR AB utgör en tjänstekoncession.¹⁰ Ni uppger att LOU inte är tillämpligt på tjänstekoncessioner och att koncessionen saknar gränsöverskridande intresse.
22. Ni uppger vidare att NSR AB uppfyller in house-regeln eftersom bolaget kontrolleras av ägarkommunerna och utför huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med dem.
23. Enligt er är det endast förhållandet mellan er avtalspart, NSR AB, och ägarkommunerna som är intressant för frågan om verksamhetskriteriet är uppfyllt. Bedömningen ska därför ske utan hänsyn till NSR Produktion AB och ni menar att det saknas rättsligt stöd för att koncernförhållandena skulle ha någon betydelse för er möjlighet att göra interna köp från NSR AB. Om bolagen ska bedömas som en enhet anser ni däremot att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt i dagsläget.
24. Under utredningen har det framkommit att en av NSR AB:s ägarkommuner, Höganäs, inte gör gällande att den tilldelat någon tjänstekoncession till bola-

¹⁰ Se dom från Kammarrätten i Göteborg av den 9 januari 2014 i mål 7877-12.

get. Konkurrensverket har denna dag fattat ett tillsynsbeslut avseende Höganäs kommun.¹¹

25. Det har också framkommit att en majoritet av aktierna i NSR Återvinning AB såldes till en tredje part år 2013. Ni har angett att syftet med överlåtelsen av aktierna är att på sikt helt privatisera bolagets verksamhet. Det är er och övriga ägarkommuners avsikt att så ska ha skett senast den 30 juni 2016. Vår granskning omfattar därför inte NSR återvinning AB.

Skäl för beslutet

26. Vi bedriver tillsyn över upphandlingslagstiftningen i syfte att öka regel- efterlevnaden och att bidra till en effektiv offentlig upphandling. Tillsynen bedrivs bland annat genom tillsynsbeslut eller ansökan om upphandlings- skadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU. Vi har i detta ärende valt att fatta ett mo- tiverat avskrivningsbeslut.

Rättsläget

27. Syftet med upphandlingsreglerna är bland annat att upphandlande myndig- heter ska använda offentliga medel för köp av varor, tjänster och byggtre- prenader på bästa sätt, genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad. Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörerna möj- lighet att tävla på lika villkor i varje upphandling.
28. Huvudregeln i LOU är att upphandlingar ska annonseras och att alla leve- rantörer ska få lämna anbud respektive ansöka om att få lämna anbud. Endast i vissa i LOU specificerade undantagsfall får avtal ingås med en leve- rantör utan föregående annonsering. Ett avtal behöver inte föregås av upp- handling enligt LOU om det omfattas av in house-regeln i lagens 2 kap. 10 a §.

Vad är en tjänstekoncession?

29. Definitionen av en tjänstekoncession är "ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att leverantörens ersättning för utförande av tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten". Ett tjänste- kontrakt är ett kontrakt som gäller utförande av tjänster och som inte utgör ett byggtreprenadkontrakt eller ett varukontrakt. Det framgår av 2 kap. 17 och 18 §§ LOU samt artikel 1.2 d och 1.4 i direktiv 2004/18/EG. Vi kommer i avsnitten nedan att närmare redogöra för innebörden av begreppet tjänste- koncession.
30. Tjänstekoncessioner omfattas inte av LOU eller det bakomliggande direktivet (2004/18/EG). Ingående av sådant avtal behöver således inte föregås av en of-

¹¹ Dnr 728/2014 avseende Höganäs kommun.

fentlig upphandling enligt reglerna i LOU. Det stadgas i 1 kap. 2 § femte stycket LOU respektive i artikel 1.4 i direktivet.

31. Att tjänstekoncessioner inte omfattas av LOU innebär dock inte att den upphandlande myndigheten utan vidare får direkttilldela en tjänstekoncession utan konkurrensutsättning. EU-domstolen har i flera avgöranden utvecklat vad upphandlande myndigheter som ingår avtal om tjänstekoncessioner har att iaktta i EUF-fördraget och de principer som följer därav.¹² Det innebär bland annat att myndigheter är skyldiga att på lämpligt sätt lämna insyn i tilldelningsprocessen om koncessionen kan antas vara av intresse för en leverantör i en annan medlemsstat. EU-domstolen har särskilt uttryckt att en tilldelning av en koncession utan någon som helst anbudsinfordran varken är förenlig med kraven i artiklarna 43 EG och 49 EG eller principerna om lika-behandling, icke-diskriminering och insyn.¹³
32. Direkttilldelning av en tjänstekoncession är tillåten om in house-regeln är tillämplig eller om det saknas ett bestämt gränsöverskridande intresse för tilldelningen. Ett gränsöverskridande intresse kan exempelvis saknas om tjänstekoncessionen är av mycket ringa ekonomisk betydelse.¹⁴ Gränser mellan medlemsstater kan emellertid gå genom tätbebyggda områden, vilket kan medföra att även koncessioner av mycket ringa ekonomisk betydelse kan anses ha ett gränsöverskridande intresse.¹⁵ En geografisk närhet till andra medlemsländer är något som kan medföra att ett gränsöverskridande intresse finns.
33. En myndighet som har för avsikt att tilldela ett kontrakt till ett hel- eller delägt bolag bör således *först* bedöma om in house-regeln är tillämplig. Om så är fallet kan en direkttilldelning göras och detta oavsett om kontraktet rätteligen skulle vara att betrakta som ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession. Av EU-domstolens praxis framgår nämligen att bedömningen av in house-regeln och dess verksamhetskriterium får tillämpas för tilldelningar av såväl tjänstekontrakt som tjänstekoncessioner. Om in house-regeln däremot inte är tillämplig är det viktigt att göra en noggrann och korrekt bedömning av om kontraktet ska betraktas som en tjänstekoncession eller tjänstekontrakt. Det är nämligen helt avgörande för vilken form av konkurrensutsättning som myndigheten behöver göra – enligt LOU eller med beaktande av EUF-fördraget och dess grundläggande principer.
34. Av definitionerna för tjänstekontrakt och tjänstekoncession framgår att begreppen är tämligen närliggande. I mål C- 370/07 *Oymanns* framhöll EU-

¹² Se bl.a. mål C-275/98 *Unitron Scandinavia*, punkt 31, mål C-203/08 *Sporting Exchange*, punkt 39 och 40 och mål C-458/03 *Parking Brixen*, punkt 50 och 52.

¹³ Mål C-458/03 *Parking Brixen*, punkt 50 och 52.

¹⁴ Mål C- 231/03 *Coname*, punkt 20 samt däri angiven rättspraxis.

¹⁵ Se förenade målen C-147/06 och 148/06 *SECAP*, punkt 31.

domstolen detta och angav att det inte är okomplicerat att göra en tydlig åtskillnad av kontraktstyperna på förhand.¹⁶ Den rättsliga klassificeringen av ett kontrakt ska uteslutande göras enligt unionsrätten och beror på de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁷

35. Om myndigheten bedömt att det tilltänkta arrangemanget utgör en tjänstekoncession har den sedan att avgöra om det kan tänkas föreligga ett bestämt gränsöverskrivande intresse. Enbart ett antagande eller påstående om att det saknas gränsöverskridande intresse är inte tillräckligt för att underlåta annonsering eller att på annat sätt lämna insyn i tilldelningsprocessen. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att utreda närmare om så skulle kunna vara fallet.

Rätten att utnyttja

36. Vid en tjänstekoncession består ersättningen i *rätten att utnyttja tjänsten* eller sådan rätt i kombination med betalning.
37. Leverantörens rätt att utnyttja tjänsten innefattar möjligheten att få ersättning genom att ta betalt av dem som använder den aktuella tjänsten.¹⁸ Att en leverantör inte får ersättning från den upphandlande myndigheten, utan istället har rätt att ta betalt av de som använder tjänsten, är således ett sätt som utnyttjandet av tjänsten kan ta sig uttryck i.¹⁹
38. I målet C-348/10 *Norma* konstaterade EU-domstolen att det sätt på vilket ersättning utgår visserligen är en av de avgörande faktorerna vid kvalificeringen av en tjänstekoncession, men att en tjänstekoncession *dessutom* innebär att leverantören tar på sig den verksamhetsrisk som är förenad med utnyttjandet av de aktuella tjänsterna. Avsaknaden av en sådan risköverföring på leverantören innebär att transaktionen är ett tjänstekontrakt och inte en tjänstekoncession.²⁰
39. Av EU-domstolens praxis framgår alltså att "rätten att utnyttja tjänsten" innebär att leverantören tar på sig risken för tjänstens utförande. Vid bedömningen av om ett kontrakt utgör en tjänstekoncession krävs således en kontroll av om verksamhetsrisken överförs på leverantören och i så fall i vilken omfattning.

Närmare om risken

40. Övertagande av risken är alltså den karaktäristiska beståndsdel i en tjänstekoncession och kan sägas vara en inneboende del i uttrycket "rätten

¹⁶ Mål C-370/07 *Oymanns*, punkt 70.

¹⁷ Se mål C-370/07 *Oymanns*, punkt 70 och mål C-382/05 *Kommissionen mot Italien*, punkt 30-31.

¹⁸ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkterna 50-51, 53 och 54 samt i punkt 54 angiven rättspraxis.

¹⁹ Mål C-348/10 *Norma*, punkt 42 och mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 57.

²⁰ Mål C-348/10 *Norma*, punkt 44.

att utnyttja tjänsten". EU-domstolen har vid flera tillfällen behandlat frågan om den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten och har uttryckt att risken ska förstås som en risk att utsättas för "*marknadens nycker*". Domstolen har angett att marknadens nycker exempelvis kan ta sig uttryck i en risk för:

- att utsättas för konkurrens från andra ekonomiska aktörer,
- bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan,
- insolvens hos dem som är betalningsskyldiga för tillhandahållna tjänster,
- att inkomsterna inte ska täcka samtliga kostnader,
- att stå ansvaret för alla sorters skador som uppkommer till följd av brister i tjänsten.²¹

Dessa är alltså exempel på riskfaktorer som är relevanta att ta i beaktande vid bedömning av om leverantören har övertagit verksamhetsrisken för tjänsternas utövande.

41. Vid en typisk tjänstekoncession uppkommer nämligen den relevanta risken genom att leverantören bär alla kostnaderna för att tillhandahålla tjänsten, men erhåller intäkter, till täckande av sina kostnader och till att göra vinst, *endast* om den är framgångsrik i att "utnyttja tjänsten" – alltså i att sälja den till sina kunder. Den relevanta risken består således i en risk för brist i efterfrågan på tjänsten eller en risk för brist i utbudet på tjänsten, eller båda.
42. I alla kontraktsförhållanden finns en viss ekonomisk risk att av olika anledningar inte göra vinst på tjänsten som kontraktet avser. Men det är inte de risker som återfinns *både* vid tjänstekoncessioner och vid tjänstekontrakt, som ska läggas till grund för bedömningen av om ett kontrakt utgör en tjänstekoncession.
43. Risker som återfinns oavsett kontraktstyp kan exempelvis vara risker som är förknippade med bristfällig företagsledning, felaktiga bedömningar från leverantörens sida vid utförandet av verksamheten eller en förändring av förutsättningarna för verksamhetens utförande på grund av ändrad lagstiftning under avtalsperioden.²²

Riskens omfattning

44. En tjänstekoncession förutsätter inte att hela risken överförs från myndigheten till leverantören och inte heller att risken är av betydande omfattning.

²¹ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 66-67, mål C-274/09 *Stadler*, punkt 37 och mål C-348/10 *Norma*, punkt 48.

²² Mål C-274/09 *Stadler*, punkt 38 samt mål C-348/10 *Norma*, punkt 49.

45. EU-domstolen har i målet *Eurawasser* givit uttryck för sin syn på risken och dess omfattning.²³ Målet gällde ett avtal om distribution av dricksvatten och bortledning av avloppsvatten. Leverantören skulle erhålla sin betalning endast från de som använde tjänsterna. Priset för tjänsterna fastställdes av leverantören, men skulle beräknas enligt en kostnadstäckningsprincip. På grund av offentlighetsreglering gällde anslutnings- och nyttjandevång avseende tjänsterna.
46. Risken var alltså begränsad redan från början, även för det fall att myndigheten hade utfört tjänsten i egen regi. EU-domstolen uttryckte i domen 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*, risken på leverantören.²⁴
47. Detta synsätt upprepades av EU-domstolen i målen *Stadler* och *Norma*.²⁵ I *Norma*-målet uttryckte EU-domstolen att de aktuella offentlighetsregleringarna och avtalsklausulerna innebar att tjänsteverantören inte stod en *betydande del* av den risk som var förenad med utnyttjandet av tjänsten.²⁶ Här bekräftades att en allt för stor andel av risken inte får stanna hos myndigheten. Om kontraktsvillkoren mellan myndigheten och leverantören är sådana att risken för leverantören helt tagits bort eller avsevärt begränsats exempelvis genom garantier för full kostnadstäckning föreligger inte någon tjänstekoncession.
48. Sammanfattningsvis följer det av EU-domstolens praxis att en tjänstekoncession förutsätter att den upphandlande myndigheten överför hela eller *åtminstone en betydande del* av den risk som myndigheten skulle löpa om den utförde tjänsten själv, även om denna risk redan från början är mycket begränsad.²⁷
49. Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har i ett mål rörande överprövning av en upphandling av sotningstjänster, där det anfördes att det var fråga om tilldelningen av en tjänstekoncession, konstaterat att avtalet inte utgjorde ett tjänstekontrakt i LOU:s mening. Vi tolkar avgörandet som att domstolen ansåg att avtalet utgjorde en tjänstekoncession. Genom det aktuella kontraktet överförde kommunen sitt ansvar för skorstenssotning till en leverantör som

²³ Mål C-206/08 *Eurawasser*.

²⁴ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 80.

²⁵ Mål C-274/09 *Stadler*, punkt 33 och mål C-348/10 *Norma*, punkt 45.

²⁶ Mål C-348/10 *Norma*, punkt 51.

²⁷ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 80.

gavs rätt att ta betalt av dem som utnyttjar tjänsten. Kunderna hade en lagreglerad skyldighet att köpa sådana tjänster från leverantören.²⁸

50. Vidare har Kammarrätten i Göteborg konstaterat att Uddevalla kommun tilldelat en tjänstekoncession till en leverantör avseende insamling och transport av hushållsavfall. Leverantören erhöll endast ersättning från användarna av tjänsten och precis som i målet i HFD förelåg ett nyttjandetvång för användarna. Vidare saknade leverantören garantier om kostnadstäckning och stod risken för att de betalningsskyldiga skulle bli insolventa.²⁹ I en tidigare laglighetsprövning enligt kommunallagen (1991:900) har samma kammarrätt emellertid bedömt att kommunens kontraktstilldelning var ett tjänstekontrakt och inte en tjänstekoncession.³⁰

Direktiv om koncessioner

51. I sammanhanget kan noteras att det har antagits ett EU-direktiv om tilldelning av koncessioner (direktiv 2014/23/EU). Rådande oklarheter om innebörden av begreppet koncession är ett av motiven till antagandet. Direktivet syftar, förutom till att införa förfaranderegler och rättsmedel vid tilldelning av koncessioner, till att klargöra vad som utgör en koncession. Direktivet ska genomföras i svensk rätt senast den 18 april 2016.
52. I koncessionsdirektivet har det tagits in en skrivning som förtydligar riskbegreppet. Skrivningen utgör dock ett *tillägg* till nuvarande rättsläge, och är inte en kodifiering av praxis. Det finns därmed ingen möjlighet att redan nu, innan direktivet är genomfört i svensk rätt, lägga skrivningen till grund för bedömningen av om en tjänstekoncession föreligger.
53. I koncessionsdirektivets artikel 5.1 anges att den del av risken som överförs på koncessionshavaren ska omfatta *verklig* exponering för marknadens nyckler, vilket innebär att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte ska vara endast nominella eller försumbara.
54. För att avgöra om uppskattade förluster är nominella eller försumbara ska värdet av uppskattade förluster ställas i relation till värdet på kontraktet. Vid jämförelsen mot hela kontraktets uppskattade värde får förlusterna alltså inte framstå som alltför obetydliga.

Bedömning

55. Vi vill inledningsvis klargöra följande avseende den dom från Kammarrätten i Göteborg som ni hänvisar till.³¹ Domstolen uttalade i målet att Helsing-

²⁸ RÅ 2008 not 101.

²⁹ Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 maj 2011 i mål nr 6515-10.

³⁰ Kammarrätten i Göteborgs dom den 11 juni 2010 i mål nr 3917-09.

³¹ Kammarätten i Göteborgs dom den 9 januari 2014 i mål 7877-12.



borgs kommuns överlämnande av renhållningsverksamheten till NSR AB utgör en tjänstekoncession. Frågan i målet var om Helsingborgs kommun haft lagligt stöd för att fatta beslutet, så kallat kommunalbesvär. Domen utgör inte något hinder för oss att pröva om ni tilldelat en tjänstekoncession.

56. Frågan i ärendet är om tilldelningen av kontrakt till NSR AB utgör ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession. Av redogörelsen ovan har framgått att en tjänstekoncession föreligger om leverantören övertar åtminstone en betydande del av den risk som myndigheten själv skulle löpa om den utförde tjänsten i egen regi, även om denna risk redan från början är mycket begränsad. En sådan risköverföring kan föreligga om leverantören har rätt att ta betalt av de som använder tjänsten.
57. Ni har fattat beslut på fullmäktige att per den 1 januari 2014 överlämna kommunens skyldigheter på avfallsområdet till NSR AB. Tilldelningens omfattning och förutsättningarna för NSR AB:s utnyttjande av tjänsterna framgår därför till stor del av reglerna om den kommunala renhållningsskyldigheten som följer av miljöbalken (1998:808) (MB).
58. Den kommunala renhållningsskyldigheten regleras i 15 kap. MB. Varje kommun ansvarar för att hushållsavfall inom kommunen transporteras till en behandlingsanläggning och återvinns eller bortskaffas. Med hushållsavfall avses avfall från hushåll och därmed jämförligt avfall från annan verksamhet. Det framgår av 15 kap. 2 och 8 §§ MB. Hushållsavfallet omfattar alltså även visst avfall från skolor och myndigheter med flera.
59. Ingen annan än kommunen, eller den kommunen anlitar, får enligt 15 kap. 21 § MB ta befattning med transport av hushållsavfallet. Vidare får innehavaren av avfallet, vanligen fastighetsägaren, inte själv återvinna eller bortskaffa avfallet. Kommunen har därmed en odelad ensamrätt till hushållsavfall inom sitt territorium.
60. Kommunen får besluta att ta ut en avgift (taxa) från innehavarna av hushållsavfallet för hanteringen. Det är kommunfullmäktige som fattar beslut om storleken på avgiften och denna rätt får inte överlåtas till en fristående juridisk person.
61. Avgiften beräknas enligt en kostnadstäckningsprincip och får inte vara större än att den täcker nödvändiga planerings-, kapital- och driftskostnader för renhållningen. Avgiften får dock tas ut på ett sådant sätt att återanvändning, återvinning eller annan miljöanpassad avfallshantering främjas. Om kommunen anlitar någon annan att utföra renhållningen, får avtalet läggas till grund för beräkning av avgiften, om kostnaden därigenom inte blir väsentligt högre än om kommunen själv utför renhållningen. Detta framgår av 27 kap. 4-6 §§ MB.



62. Mellan er och NSR AB har upprättats en handling benämnd "Överlämning av renhållningsverksamheten" som undertecknats av er i samband med fullmäktiges beslut att överlämna renhållningsansvaret till NSR AB. Det innebär att ni överlämnat ert kommunala ansvar att ta hand om hushållsavfall NSR AB. Därmed har NSR AB givits en faktisk ensamrätt till avfallet. Den offentligrättsliga regleringen innebär vidare att innehavarna av hushållsavfallet är skyldiga att anlita NSR AB för att ta omhand deras avfall. Avgiften beräknas enligt en kostnadstäckningsprincip, men ger även utrymme för kostnader på grund av främjande av miljöanpassad avfallshantering. Vidare finns visst utrymme för påslag för vinster, så länge avgiften inte blir väsentligt högre än vid drift i kommunens egen regi.
63. Förutsättningarna för NSR AB:s utnyttjande av tjänsterna framgår vidare av ovan nämnda handling "Överlämning av renhållningsverksamheten" som hänvisar till aktieägaravtal, bolagsordning och ägardirektiv. Enligt vår mening innehåller dessa handlingar inte någon reglering som är ägnad att reducera den relevanta verksamhetsrisken för NSR AB. Det finns emellertid en intresse- och persongemenskap mellan er och NSR AB som vi bedömer inverkar riskreducerande i avtalsförhållandet. Denna gemenskap har sitt ursprung i det faktum att ni och övriga kommuner har kontroll över NSR AB motsvarande över era egna förvaltningar och att ni utser dess styrelse och besätter denna med kommunens funktionärer.

Betalning för tjänsternas utförande

64. Leverantörens rätt att "utnyttja tjänsten" innefattar möjligheten att erhålla hela, eller del av sin betalning, från användarna av tjänsterna. Vi har begärt in ekonomisk information från NSR AB av vilken framgår att bolaget inte erhåller någon ersättning direkt från er, utan från renhållningsabonnenterna inom ert territorium. Vi bedömer därför att NSR AB erhåller all sin ersättning från användarna av tjänsterna. Frågan är därefter om NSR AB under sådana omständigheter har övertagit hela, eller åtminstone en betydande del av, den verksamhetsrisk som ni själv skulle löpa om ni utförde tjänsten i egen regi.

Risk för konkurrens

65. Ni som kommun har enligt miljöbalken en uttrycklig ensamrätt till hushållsavfallet och att utse vem som ska ta hand om avfallet. Eftersom ni endast har utsett NSR AB att ta hand om avfallet bedömer vi att det i dagsläget inte föreligger någon risk att NSR AB ska utsättas för konkurrens från andra leverantörer.
66. Förvisso skulle det i teorin stå en kommun fritt att skapa en konkurrens-situation genom att utse fler leverantörer för att ta hand om hushållsavfallet. Kammarrätten i Göteborg har i mål 6515-10 tagit denna teoretiska möjlighet till intäkt för att det föreligger en risk för leverantören att utsättas för kon-

kurrens. Vår uppfattning är emellertid att denna potentiella risk för en eventuell konkurrenssituation inte *i sig* utgör en relevant riskfaktor. Utan det är först när en faktisk konkurrenssituation föreligger som det kan påverka bedömningen. Ett kontrakt kan på grund av senare inträffade händelser upphöra att utgöra en koncession, men det betyder inte att kontraktet inte var att anse som en koncession vid tillfället för tilldelningen.

Risk för bristande efterfrågan

67. Det föreligger ett tvång för innehavare av hushållsavfall att köpa NSR AB:s tjänster. Efterfrågan på tjänsterna som NSR AB har rätt att utnyttja är därmed i förväg känd och kalkylerbar. Detta minskar risken för brister i efterfrågan avsevärt. Förvisso är det inte osannolikt att kundunderlaget förändras något över tid genom enskilda renhållningsabonnenters in- och utflytt ur kommunen. Dessutom kan renhållningsabonnenterna, om än i mycket begränsad mån, påverka sin produktion av hushållsavfall. Vi bedömer emellertid att konsekvenserna, om denna risk realiserar, är så små att risken är obetydlig för NSR AB.

Risk för insolvens hos användarna

68. En annan risk som NSR AB är utsatt för är risken för insolvens hos användarna av tjänsterna, renhållningsabonnenterna. Det är inte osannolikt att en mindre andel av abonnenterna inte kan eller vill betala för sig. Det förefaller dock osannolikt att många abonnenter samtidigt skulle bli insolventa. Vi bedömer därför att kostnaderna förknippade med denna risk är obetydliga för NSR AB.

Risk för bristande kostnadstäckning

69. Det faktum att NSR AB inte själv får besluta om vilken avgift de ska ta ut för tjänsterna utgör en risk i sig eftersom NSR AB inte fritt kan justera intäkterna i förhållande till verksamhetens kostnader. Risken för att NSR AB inte ska få sina kostnader täckta minskas dock i viss mån av att avgiften enligt lag får beräknas så att den täcker verksamhetens nödvändiga kostnader. Vidare ges utrymme för påslag för rena vinster, så länge avgiften inte väsentligen överstiger vad kommunen själv har kunnat ta ut.
70. Eftersom ni har beslutsrätten avseende avfallstaxan har ni även möjlighet att se till att avgifterna för renhållningen ger NSR AB full kostnadstäckning. Då det föreligger en intressegemenskap mellan er och NSR AB finns anledning att utgå från att ni genom era taxebeslut kommer att se till att NSR AB kan ta ut en avgift som är tillräckligt stor för att täcka kostnaderna i verksamheten. Vi bedömer därför att sannolikheten för att denna risk ska realiseras i praktiken är mycket liten.



Sammanfattande bedömning

71. Vi har ovan konstaterat att NSR AB erhåller all ersättning för utförandet av avfallstjänsterna från användarna av tjänsterna. Vi kan även konstatera att det föreligger en ensamrätt för NSR AB att utföra tjänsterna och ett nyttjandetvång för användarna av tjänsterna. Detta innebär att NSR AB inte kommer att utsättas för någon konkurrens eller någon nämnvärd risk för brist i efterfrågan. Vi har vidare konstaterat att det föreligger en risk för insolvens hos användarna av tjänsterna samt att det faktum att NSR AB inte själv får besluta om vilken avgift de ska ta ut för tjänsterna innebär en risk. Samtliga dessa faktorer har av EU-domstolen ansetts utgöra relevanta riskfaktorer i relation till leverantörens utsatthet för "marknadens nycker".³²
72. På grund av den offentlighetsregleringen på området är risken mycket begränsad till sin omfattning. Av EU-domstolens praxis framgår dock att det inte utgör något hinder för en tjänstekoncession att den ursprungliga risken är mycket begränsad.³³ En förutsättning är emellertid att myndigheten överför hela, eller åtminstone en *betydande del av*, risken på leverantören. Det finns inte någon avtalsreglering mellan er och NSR AB som är ägnad att ytterligare reducera risken för bolaget. Vi bedömer därför att åtminstone en betydande del av den verksamhetsrisk som ni skulle löpa om ni utförde tjänsten i egen regi har överförts till NSR AB.
73. NSR AB:s ersättning för utförandet av tjänsternas består därmed av en rätt att utnyttja tjänsterna och tilldelningen utgör en tjänstekoncession.
74. Det får avslutningsvis noteras att det inte kan uteslutas att bedömningen i en liknande situation skulle bli en annan efter att koncessionsdirektivet införlivats i svensk rätt i april 2016. Detta på grund av att leverantörens eventuella förluster endast skulle vara nominella eller försumbara i enlighet med artikel 5.1 i direktivet.
75. I vårt beslut i samma ärende avseende Höganäs kommuns köp av tjänster från NSR AB har vi bedömt att *verksamhetskriteriet* inte är uppfyllt efter att en genomlysning gjorts. Av EU-domstolens praxis framgår att bedömningen av verksamhetskriteriet inte påverkas av om tilldelningen avser ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession.

³² Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 66-67, mål C-274/09 *Stadler*, punkt 37 och mål C-348/10 *Norma*, punkt 48.

³³ Mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 80, mål C-274/09 *Stadler*, punkt 33 och mål C-348/10 *Norma*, punkt 45.



Slutsats

76. Vår bedömning är att er tilldelning till NSR AB är att betrakta som en tjänstekoncession. Vi bedömer att den risk som NSR AB är utsatt för redan från början är mycket begränsad, men att NSR AB övertagit åtminstone en betydande del av den risk som ni själva skulle löpa om ni utförde tjänsten i egen regi.
77. Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för offentlig upphandling i Sverige i enlighet med 18 kap. LOU. Eftersom tilldelning av tjänstekoncessioner inte omfattas av LOU omfattas de inte heller av vår tillsyn.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Sara Zell.


Dan Sjöblom


Sara Zell

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats