

Enligt sändlista

X kommun– köp av avfallshanteringstjänster från Sydsåånes avfallsaktiebolag

Beslut

X kommun får inte köpa avfallshanteringstjänster utan föregående annonsering från Sydsåånes avfallsaktiebolag (556187-0410) 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 Sydsåånes avfallsaktiebolag som i dess dotterbolag Sysav Industri AB (556474-8803) beaktats.

Sammanfattning

Ni är delägare i det kommunala bolaget Sydsåånes avfallsaktiebolag (Sysav AB). Ni har hävdatt att ni får köpa avfallshanteringstjänster från Sysav 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 Sysav 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 Sysav AB tillsammans med det helägda dotterbolaget Sysav Industri AB har en omfattande verksamhet som riktar sig mot andra än ägarna. Vi bedömer att omsättningen i Sysav AB och Sysav Industri 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. Verksamhetskriteriet är därför inte uppfyllt och ni kan således inte köpa tjänster från Sysav AB utan att upphandla enligt LOU.

¹ In house-regeln har även kallats 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.

Bakgrund

1. Sysav AB bildades år 1974 och ägs gemensamt av kommunerna Burlöv, Kävlinge, Lomma, Lund, Malmö, Simrishamn, Sjöbo, Skurup, Staffanstorps, Svedala, Tomelilla, Trelleborg, Vellinge och Ystad. Till grund för ägarkommunernas samarbete ligger ett aktieägaravtal från samma år.
2. Av aktieägaravtalet framgår att ägarkommunerna ska bilda Sysav AB och att bolaget ska svara för den regionala återvinningen och avfallshanteringen för ägarnas räkning. Sysav AB ska driva och utveckla en miljöriktig och kretsloppsanpassad avfallshantering, med målet att maximera återvinningen av material och energi samt minimera deponeringen. Bolaget åläggs även att bygga och driva regionala behandlingsläggningar samt bedriva därmed sammanhängande regional verksamhet. Ägarkommunerna förbinder sig även gentemot varandra att lämna avfall till bolaget så länge aktieägaravtalet är giltigt.²
3. Sysav AB:s verksamhet ska drivas enligt affärsmässiga principer. Bolaget har rätt att ta ut avgift enligt en taxa för att det omhändertar ägarkommunernas avfall. Taxan ska bestämmas så att bolagets inkomster och utgifter i princip balanseras.³
4. Aktieägaravtalet gäller till och med utgången av år 2025. Avtalet har ersatts av nya vid två tillfällen, 1978 och 2000. Genom ett tillägg till 2000 års avtal anslöt sig kommunerna Simrishamn, Sjöbo, Skurup, Tomelilla och Ystad till samarbetet 2004. Sysav AB varken är eller har varit part till något av dessa avtal.
5. Sedan Sysav AB bildades har ägarkommunerna köpt avfallshanterings-tjänster från bolaget. Från och med 2012 hanterar Sysav AB endast avfall inom ramen för det kommunala ansvaret, det vill säga hushållsavfall och därmed jämförligt avfall från ägarkommunerna.⁴ 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 för köp av dessa tjänster.

² Se ägarkommunernas konsortialavtal, §§ 3 och 11.

³ Ibid § 10.

⁴ Årsredovisning för Sysav AB år 2012 s. 2.

Situationen före omorganisationen

6. Verksamheten i Sysav AB har genomgått stora förändringar. Förutom tjänster till ägarkommunerna har bolaget även kommit att rikta sig mot den privata marknaden och andra kommuner. Av koncern- och årsredovisningarna för verksamhetsåren 2008-2011 framgår att Sysav AB under denna period bland annat sålde återvunnet material samt producerade el- och värmeenergi till externa köpare. Bolaget tog även emot industri- och verksamhetsavfall samt hushållsavfall från andra ägarkommunerna. Den här delen av bolagets verksamhet är betydande och har gett stora intäkter.

EU-kommissionens granskning

7. I januari 2010 inledde EU-kommissionen ett överträdelseärende mot Sverige som avsåg vissa svenska kommuners köp av avfallshanteringstjänster.⁵ Ärendet omfattade bland annat kommunerna Simrishamns och Tomelillas köp av tjänster från Sysav AB.
8. I svaret till EU-kommissionen uppgav Sveriges regering att 48 procent av Sysav AB:s omsättning då kom från privata kunder. Enligt regeringen avsåg emellertid ägarkommunerna och Sysav AB att anpassa verksamheten för att det skulle vara möjligt att göra interna köp från bolaget. Detta skulle bl.a. ske genom förändrade ägardirektiv och regeringen uppgav att kommunerna avsåg öka den del av omsättningen som härrörde från dem till 80 procent innan årets slut.⁶
9. Kommissionen ansåg emellertid inte att detta var tillräckligt. I ett motiverat yttrande⁷ till Sveriges regering angav kommissionen att Sysav 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 Simrishamns och Tomelillas kommuner inte kunde köpa avfallshanteringstjänster från Sysav AB utan att först genomföra en offentlig upphandling. Kommissionen konstaterade att Sveriges regering därmed 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

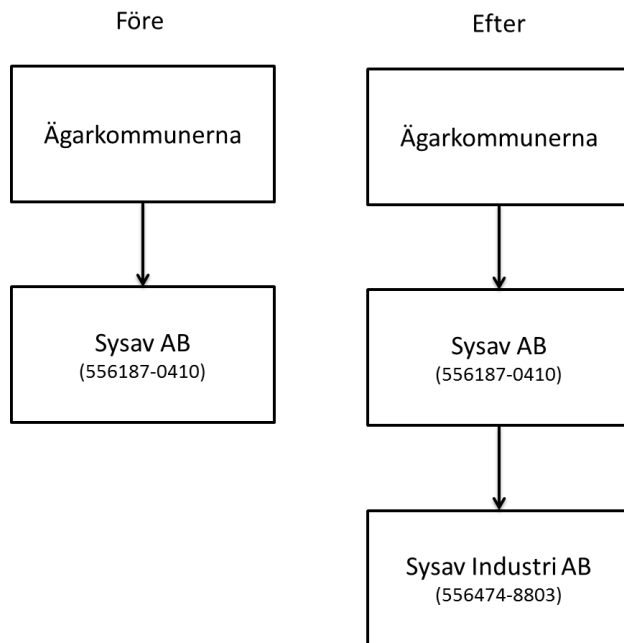
10. År 2012 omorganiserade ni och övriga ägarkommuner verksamheten i Sysav AB. Hanteringen av den konkurrensutsatta verksamheten avseende

⁵ EU-kommissionens klagomålsärende SG-Greffe (2010) D/903, ärendenummer 2009/4080.

⁶ Svenska regeringens svar på EU-kommissionens formella underrättelse i klagomålsärende 2009/4080, Fi2010/641, 2010-04-29.

⁷ 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.

avfall från företag och andra kommuner än ägarna fördes över till dotterbolaget Sysav Industri AB.⁸ Syftet med omorganisationen var att renodla verksamheten i Sysav AB så att denna endast skulle utövas för eller tillsammans med ägarkommunerna.



11. Enligt Sysav Industri AB:s bolagsordning ska bolaget bedriva avfallshandtering och återvinning av avfall och därmed förenlig verksamhet.⁹ Återvinningen består i behandling av olika material samt produktion av el- och värmeenergi för försäljning. Vissa av de anläggningstillgångar som krävs för behandling av avfallet hyr bolaget från Sysav AB.¹⁰
12. Även om omorganisationen alltså formellt lett till att den verksamhet som tidigare bedrevs i Sysav AB delats upp på flera bolag, är moderbolaget och Sysav Industri AB nära sammankopplade. Sysav Industri AB är beroende av Sysav AB för tillgång till anläggningar och infrastruktur som den behöver för att bedriva sin verksamhet. Enligt uppgifter från Bolagsverket har bolagen även delat såväl styrelse som VD sedan år 2012.

*Med vilka bedriver bolagen sin verksamhet?*¹¹

13. Efter omorganisationen minskade moderbolaget Sysav 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.

⁸ Årsredovisning för Sysav Industri AB år 2012 s. 2.

⁹ Bolagsordning för Sysav Industri AB antagen den 20 december 2011 § 3.

¹⁰ Årsredovisning för Sysav Industri AB år 2012 s. 3.

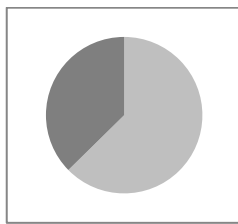
¹¹ Underlaget för beräkningarna i detta avsnitt har lämnats till Konkursverket av Sysav AB.

	Intäkter från ägarkommunerna	Intäkter från andra	Intäkter totalt
Verksamhetsår 2012	266 Mkr (65 %)	144 Mkr (35 %)	410 Mkr
Verksamhetsår 2013	256 Mkr (63 %)	152 Mkr (37 %)	408 Mkr
1 jan-30 juni 2014	126 Mkr (67 %)	62 Mkr (33 %)	188 Mkr

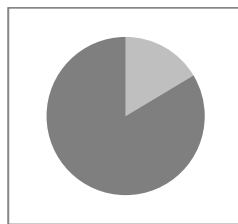
14. Under samma period bedrev Sysav Industri AB den övervägande delen av sin verksamhet tillsammans med *andra* än ägarkommunerna.

	Intäkter från ägarkommunerna	Intäkter från andra	Intäkter totalt
Verksamhetsår 2012	67 Mkr (16 %)	360 Mkr (84 %)	427 Mkr
Verksamhetsår 2013	73 Mkr (16 %)	374 Mkr (84 %)	447 Mkr
1 jan-30 juni 2014	37 Mkr (16 %)	199 Mkr (84 %)	236 Mkr

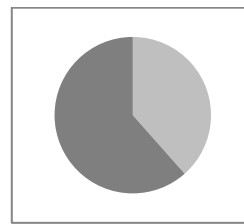
Intäkter verksamhetsåret 2013



Sysav AB



Sysav Industri AB



Sysav-koncernen

■ Intern omsättning ■ Extern omsättning

15. Rörelseresultatet i Sysav AB har utvecklats negativt sedan omorganisationen. För verksamhetsåren 2010 och 2011 redovisade bolaget positiva rörelseresultat med cirka 57 miljoner kronor respektive 73 miljoner kronor. För verksamhetsåren 2012 och 2013, efter omorganisationen, har Sysav AB redovisat negativa rörelseresultat om cirka 96 miljoner kronor respektive 59 miljoner kronor. År 2012 och 2013 fick Sysav AB koncernbidrag om 107 miljoner kronor respektive 133 miljoner kronor från Sysav Industri AB.

Ärendet

16. I november 2014 inledde vi en utredning som berör Sysav AB och dess ägare, däribland er. Syftet med vår utredning var att följa upp utvecklingen av verksamheten i Sysav-koncernen efter omorganisationen år 2011 och bedöma om den har medfört att verksamhetskriteriet numera är uppfyllt. Under ärendets handläggning har följande framkommit.

17. Av uppgifter från Sysav AB framgår att ägarkommunerna under år 2012 köpte avfallshanteringstjänster av bolaget för 185 miljoner kronor. År 2013 uppgick köpen till drygt 188 miljoner kronor. Första halvåret 2014 var motsvarande siffra 92 miljoner kronor.
18. Värdet av de tjänster som ägarkommunerna köper av Sysav AB överstiger alltså klart de beloppsgränser som gäller för upphandling enligt LOU.¹²
19. Ni menar emellertid att era anskaffningar från Sysav 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 Sysav AB kontrolleras av ägarkommunerna och utför huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med er och att förutsättningarna för att göra interna köp från Sysav AB därför är uppfyllda.
20. Enligt er var syftet med omorganisationen att renodla verksamheten i Sysav AB till att avse verksamhet som utövas tillsammans med ägarkommunerna.
21. Ni anser att det endast är förhållandet mellan Sysav AB och ägarkommunerna som är intressant för frågan om verksamhetskriteriet är uppfyllt. Bedömningen ska därför ske utan hänsyn till Sysav Industri AB och ni menar att det saknas rättsligt stöd för att koncernförhållandena skulle ha någon betydelse för er möjlighet att göra interna köp från Sysav AB.
22. Vidare är er uppfattning att avyttringen av återvunnen energi och återvunnet avfall i Sysav AB:s verksamhet sker på ägarkommunernas uppdrag och därför måste anses vara en verksamhet som utförs för och tillsammans med ägarkommunerna. Ni anser även att avyttringen av återvunnen energi och återvunnet avfall i Sysav Industri AB:s verksamhet, beroende på omständigheterna, kan anses vara en verksamhet som utförs för ägarkommunerna.
23. 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 Sysav AB och Sysav Industri AB bedriver en omfattande verksamhet tillsammans med andra än ägarna. Detsamma gäller bedömningen att omsättningen i bolagen ska räknas samman.

¹² 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.

Skäl för beslutet

24. 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.
25. 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
Sysav AB utan föregående offentlig upphandling med stöd av in house-
regeln i 2 kap. 10 a § LOU.

Rättsläget

26. 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.
Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörerna möjlighet att tävla på
lika villkor i varje upphandling.
27. Huvudregeln i LOU är att upphandlingar ska annonseras och att alla leveran-
törer 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.
28. In house-regeln i 2 kap. 10 a § LOU bygger på den rättspraxis som EU-
domstolen utarbetat i bland annat målen C-107/98 *Teckal* och C-340/04
Carbotermo. Regeln innebär att vissa avtal inte omfattas av upphandlings-
skyldighet trots att en upphandlande myndighet gör inköp från till exempel
ett aktiebolag som formellt sett är fristående från myndigheten.
29. För att in house-regeln ska leda till att era anskaffningar från Sysav 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 Sysav AB av LOU. Inköpen behöver i så fall inte upp-
handlas.

30. 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.¹³
31. 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.¹⁴ EU-domstolen har vid denna bedömning utgått från bolagets omsättning.¹⁵ 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.
32. 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.¹⁶ 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.
33. 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.¹⁷
34. 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.¹⁸
35. Om bolaget ägs av flera upphandlande myndigheter gemensamt kan verksamhetskriteriet uppfyllas om huvuddelen av bolagets sammantagna

¹³ Prop. 2009/10:134, s. 44.

¹⁴ Mål C-340/04 *Carbotermo*, punkt 63, 65 och 66.

¹⁵ Mål C-340/04 *Carbotermo*, punkt 65.

¹⁶ Mål C-340/04 *Carbotermo*, punkt 67.

¹⁷ Mål C-295/05 *Tragsa*, se särskilt punkt 63.

¹⁸ Jfr artikel 12 i direktiv 2014/24/EU och artikel 28 i direktiv 2014/25/EU.

verksamhet bedrivs gentemot delägarna.¹⁹ Eftersom Sysav AB ägs av flera kommuner, ska alltså den verksamhet som bolaget utför med alla dessa myndigheter tillsammans beaktas.

Bedömning

36. Vi ifrågasätter inte att kontrollkriteriet är uppfyllt avseende Sysav AB. Vi går därför vidare för att pröva om verksamhetskriteriet är uppfyllt. Vid denna bedömning ska en genomlysning av koncernstrukturen göras och både verksamheten i Sysav AB och dotterbolaget Sysav Industri AB ska beaktas. Skälen för detta anges nedan.

Allmänt om genomlysning

37. Ordalydelsen i 2 kap. 10 a § LOU kan tolkas som att det är den kontrollerade enheten, Sysav AB – det vill säga inte Sysav AB och dess dotterbolag – som ska utföra huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med ägar-kommunerna. Bestämmelsen kan emellertid inte ges en sådan strikt tolkning om syftet med den ska uppnås.
38. LOU bygger på EU-direktiv och ska därför tolkas och tillämpas i enlighet med direktivens syfte och lydelse samt EU-domstolens rättspraxis. Detta brukar kallas för direktivkonform tolkning.²⁰
39. 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 upphandlingsdirektivet²¹ 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.²²
40. Av EU-domstolens rättspraxis framgår vidare att det skulle äventyra förverkligandet av upphandlingsdirektivets²³ syfte om upphandlande myndigheter tilläts skapa konstlade upplägg för att dölja tilldelningen av offentliga kontrakt.²⁴ 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

¹⁹ Mål C-107/98 *Teckal*, punkt 50.

²⁰ 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.

²¹ I målet var fråga om tillämpning av det äldre upphandlingsdirektivet 93/36/EEG, vilket ersatts av nuvarande 2004/18/EU.

²² Mål C-340/04 *Carbotermo*, punkt 59-60.

²³ 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.

²⁴ Se till exempel mål C-29/04 *Mödling*, punkt 38-42.

ska få fullt genomslag.²⁵ En funktionell tolkning kan göras genom en utredning som omfattar en *genomlysning* av samtliga omständigheter och syftet bakom parternas arrangemang.

41. 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.
42. 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.²⁶
43. EU-domstolen har även i andra avgöranden berört möjligheten att genomlysa situationer där det kan vara fråga om ett otillåtet kringgående av upphandlingslagstiftningen.
44. 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.²⁷
45. 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 omständig-

²⁵ 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.

²⁶ Mål C-480/06 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 48.

²⁷ Mål C-29/04 *Mödling*, punkt 38-42.

heter 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.²⁸

46. 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.²⁹ 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".³⁰
47. 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.³¹ 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.³²
48. Av EU-domstolens rättspraxis följer således 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 in house-regeln är tillämplig, trots att detta inte uttryckligen anges i LOU. Förutsättningen för en sådan genomlysning är 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 Sysav AB och Sysav Industri AB ska genomlysas

49. Omorganisationen år 2012 innebar att Sysav AB:s verksamhet delades upp. Moderbolaget behöll den verksamhet som ägarkommunerna bedömde

²⁸ Mål C-573/07 *Sea*, punkt 44-51.

²⁹ Se punkt 105 i förslaget.

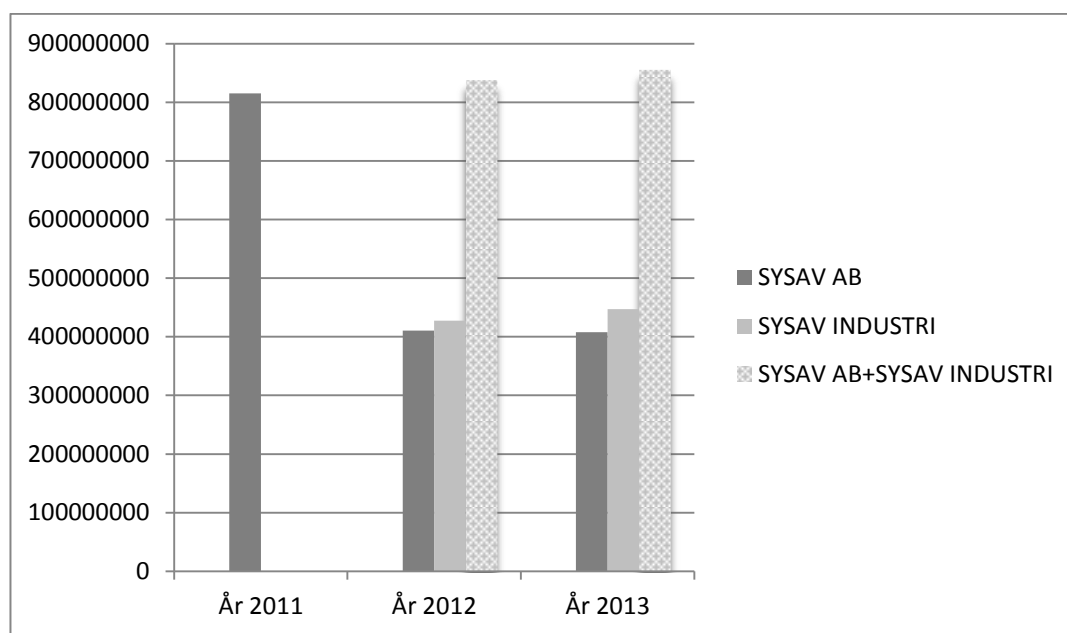
³⁰ Se punkt 106 i förslaget.

³¹ Se generaladvokat Trstenjaks förslag till avgörande i mål C-536/07 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 64 med hänvisning till mål C-29/04 *Mödling*.

³² 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.

bedrevs tillsammans med dem. Dotterbolaget Sysav Industri AB övertog den verksamhet som riktade sig till tredje part.

50. Bolagens verksamhet som helhet har emellertid inte ändrat inriktning eller omfattning i något betydande hänseende. Sysav AB och Sysav Industri 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.



51. Sysav AB äger även vissa anläggningstillgångar som Sysav Industri AB behöver för sin verksamhet. Bolagen har även samma ledning.
52. Den enda skillnaden som åstadkommits genom omorganisationen synes därför vara att den verksamhet som riktas mot andra än ägarna numera huvudsakligen bedrivs av Sysav Industri AB. Den verksamhet som bolagen bedriver i konkurrens på den privata marknaden har alltså inte förändrats i sin omfattning, endast till sin form.
53. Ni har gjort gällande att det är tillräckligt att moderbolaget Sysav AB uppfyller verksamhetskriteriet och att det saknas rättsligt stöd för att koncernförhållandena skulle ha någon betydelse för er möjlighet att köpa avfallshanteringstjänster från Sysav AB med stöd av in house-regeln.
54. 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.

55. I det aktuella fallet måste krävas att den omorganisation som Sysav-koncernen genomgick återspeglas i dess påverkan på marknaden. Om denna påverkan inte minskat och om andelen extern verksamhet fortfarande är betydande, 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.
56. Vår utredning visar att både Sysav AB och Sysav Industri AB har betydande intäkter från andra än ägarkommunerna. Det har alltså inte skett någon förändring i detta avseende sedan omorganisationen år 2012. Bolagens närvaro på marknaden är alltså fortfarande allt för omfattande och omorganisationen har således inte begränsat den marknadsstörande effekt som verksamhetskriteriet är avsett att förhindra.
57. Vi bedömer att Sysav Industri AB är beroende av Sysav AB för sin verksamhet. Uppdelningen av moderbolagets verksamhet kan i detta avseende beskrivas som rent formell eftersom bolagen är fortsatt nära sammankopplade. Dotterbolaget synes endast ha övertagit den externa verksamheten för att ägarkommunerna ska kunna fortsätta köpa tjänster av Sysav AB utan föregående upphandling, trots att bolagen, sedda som en helhet, fortfarande bedriver omfattande verksamhet gentemot den privata marknaden. Omorganisationen är enligt oss ett konstlat upplägg i syfte att kringgå upphandlingsreglarna.
58. Mot denna bakgrund bedömer vi att den ändamålsenliga verkan med LOU och unionsrätten skulle förhindras om det vid prövningen av huruvida Sysav AB uppfyller verksamhetskriteriet endast fästs avseende vid det bolaget. Istället är det den samlade verksamheten i Sysav AB och Sysav Industri AB som ska ligga till grund för bedömningen om förhållandet mellan er och Sysav AB är sådant att det omfattas av in house-regeln i 2 kap. 10 a § LOU.

Sysav AB:s försäljningsintäkter

59. Även moderbolaget Sysav AB bedriver försäljning av el- och värmeenergi samt återvunnet material med andra än ägarkommunerna som kunder. Till skillnad från dotterbolaget kommer avfallet som produkterna utvinns ur nästan uteslutande från ägarna.³³ Försäljningsintäkterna skulle därför kunna ses som ett resultat av att ägarkommunerna gett bolaget i uppdrag att på olika sätt omhänderta hushållsavfall för deras räkning. Ni har vidare framfört

³³ Av utredningen i ärendet framgår att endast cirka tre procent av det avfall som bolaget tog emot under verksamhetsåret 2013 kom från någon annan än ägarkommunerna.

att moderbolagets hela verksamhet, inklusive intäkterna från försäljningen till tredje man, bör betraktas som en förlängning av ägarkommunernas egen.

60. För frågan om försäljningen ska anses bedrivas inom ramen för en tilldelning från kommunerna finns det emellertid flera skäl att hålla isär de olika delarna av Sysav AB:s verksamhet. Att omhänderta hushållsavfall för ägarkommunernas räkning och att behandla avfallet för försäljning till tredje man är rent faktiskt två skilda verksamheter. Medan omhändertagande av hushållsavfall utförs tillsammans med kommunerna som även betalar Sysav AB för att tillhandahålla dem denna tjänst, är den senare inriktad på försäljning till tredje man. Försäljningen bedriver bolaget dessutom i konkurrens med andra aktörer på marknaden för till exempel produktion av elenergi.
61. Mot bakgrund av vad EU-domstolen uttalat om syftet med verksamhetskriteriet är det därför vår uppfattning att denna verksamhet inte ska anses bedrivas inom ramen för en tilldelning som gjorts av ägarkommunerna.³⁴ Intäkterna från Sysav AB:s försäljning av el- och värmeenergi samt återvunnet material ska därför inte anses härröra från verksamhet som bolaget bedriver tillsammans med ägarkommunerna.

Huvuddelen av verksamheten bedrivs inte tillsammans med ägarna

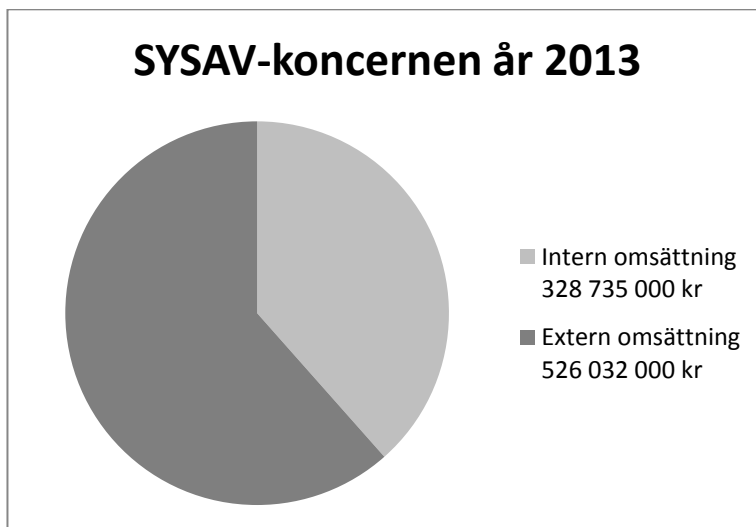
62. Som angetts ovan följer det av EU-domstolens rättspraxis att både mottagaren och den som betalar för resultatet av den verksamhet som det kontrollerade bolaget bedriver, kan vara någon annan än den upphandlande myndigheten själv. Om verksamheten ska anses bedrivas tillsammans med myndigheten är det 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 upprättas av myndigheten.³⁵
63. Att Sysav Industri 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.
64. Ni har emellertid uppgett att det endast är relationen med moderbolaget Sysav AB som är av betydelse för att bedöma om verksamhetskriteriet är uppfyllt. Detta stämmer även väl överens med att ni uppgett att anledningen till att Sysav Industri AB fick överta uppgifter från moderbolaget var för att överta den del av Sysav AB:s verksamhet som utfördes tillsammans med

³⁴ Se ovan under punkt 31.

³⁵ Mål C-340/04 *Carbotermo*, punkt 67.

andra än ägarkommunerna. Sysav Industri AB bedriver även rent faktiskt större delen av sin verksamhet tillsammans med andra än ägarna och har inte annat än marginella intäkter från ägarkommunerna.

65. Mot denna bakgrund anser vi att det är uteslutet att Sysav Industri AB:s verksamhet bedrivs inom ramen för en tilldelning som gjorts av er och övriga ägarkommuner. Bolagets intäkter från omhändertagande av avfall, försäljning av el- och värmeenergi samt återvunnet material ska därför inte anses utgöra omsättning som härrör från verksamhet som bolaget bedriver tillsammans med er.
66. Enligt de uppgifter som Sysav AB lämnat till oss härrörde 84 procent av Sysav Industri AB:s omsättning under år 2013 från verksamhet som bedrevs tillsammans med *andra* än ägarkommunerna. För Sysav AB uppgick den här delen av omsättningen till 37 procent.³⁶ I förhållande till bolagen sedda som en helhet utgjorde den externa omsättningen 62 procent. När en så stor del av verksamheten bedrivs tillsammans med andra än ägarkommunerna är verksamhetskriteriet inte uppfyllt.



67. Även om det helt skulle bortses från bolagens intäkter från försäljning av el- och värmeenergi samt återvunnet material skulle den del av bolagens samlade omsättning som härrör från andra än ägarna uppgå till 30 procent. Eftersom vi bedömer att omsättningen i Sysav Industri AB ska tillräknas Sysav AB framgår således redan härigenom att den verksamhet som Sysav AB bedriver gentemot andra än ägarkommunerna inte är av marginell karaktär. Verksamhetskriteriet är alltså inte uppfyllt.

³⁶ Se ovan punkterna 13 och 14.

Slutsats

68. Sysav 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.
69. 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 Patrik Määttä.

Dan Sjöblom

Patrik Määttä

HUR MAN ÖVERKLAGAR, bilaga 1

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats