

Tomelilla kommun

Via ombudet advokaten AA
per e-post

Tillsyn enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling; anskaffning av avfallstjänster från Sydskånes avfallsaktiebolag

Konkurrensverkets beslut

Tomelilla kommun (Kommunen) har, vid anskaffning av tjänster avseende omhändertagande av hushållsavfall (avfallstjänster) under 2018 från Sydskånes avfallsaktiebolag (Sysav), agerat i strid med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, genom att

- tillämpa undantaget för intern upphandling i 3 kap. 11 § LOU utan att uppfylla verksamhetskriteriet i 3 kap. 13 § LOU. Eftersom anskaffningen inte har föregåtts av annonsering utgör den en otillåten direktupphandling i strid med 10 kap. 1 § LOU.
- inte uppfylla dokumentationsplikten i 12 kap. 14–16 §§ LOU vid den aktuella anskaffningen.

Kommunen förtjänar kritik för sitt agerande.

Konkurrensverket förutsätter att Kommunen i den mån det inte redan skett, vidtar åtgärder för att säkerställa att Kommunens anskaffningar från Sysav sker i enlighet med LOU. Kommunens åtgärder i detta syfte kan komma att följas upp genom förnyad tillsyn.

Ärendet avslutas.

Redogörelse för tillsynsärendet

Bakgrund till Konkurrensverkets ärende

1. Sydskånes avfallsaktiebolag, 556187-0410, Sysav, är ett kommunalt bolag i Skåne. Bolaget ägs gemensamt av kommunerna Burlöv, Kävlinge, Lomma, Lund, Malmö, Simrishamn, Sjöbo, Skurup, Staffanstorp, Svedala, Tomelilla, Trelleborg, Vellinge och Ystad (ägarkommunerna).
2. Under 2010 inledde Europeiska kommissionen (kommissionen) ett överträdelseärende mot Sverige avseende vissa svenska kommuners anskaffningar av avfallstjänster. Ärendet omfattade bland annat Simrishamn kommuns och Tomelilla kommuns anskaffningar av tjänster från Sysav och avsåg bland annat frågan huruvida kommunerna kunde anskaffa tjänster från Sysav utan föregående annonserad upphandling med stöd av det s.k. in-house-undantaget^{1,2}
3. I ett motiverat yttrande till Sveriges regering angav kommissionen att Sysav inte riktade huvuddelen av sin verksamhet till ägarkommunerna. Sysav bedömdes vara aktivt på den privata marknaden och det bedömdes att den del av Sysavs omsättning som härrörde från andra än ägarkommunerna var betydande. Enligt kommissionen var det därför inte möjligt för kommunerna att anskaffa tjänster från Sysav utan föregående annonserad upphandling med stöd av in-house-undantaget. Kommissionen konstaterade att Sveriges regering därmed inte hade uppfyllt sina skyldigheter enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster och uppmanade Sverige att vidta de åtgärder som var nödvändiga för att rätta sig efter det motiverade yttrandet.³
4. År 2012 omorganiserade ägarkommunerna verksamheten i Sysav. Hanteringen av den konkurrensutsatta verksamheten avseende avfall från företag och andra kommuner än ägarkommunerna fördes över till dotterbolaget Sysav Industri AB.⁴ Syftet med omorganisationen var att verksamheten i Sysav endast skulle utövas för eller tillsammans med ägarkommunerna.
5. Mot bakgrund av ovanstående inledde Konkurrensverket under 2014 en utredning avseende ägarkommunernas anskaffningar av avfallstjänster från Sysav.⁵ Syftet med utredningen var att följa upp utvecklingen av verksamheten i Sysav-koncernen efter omorganisationen och att bedöma om

¹ Numera undantaget för intern upphandling.

² Kommissionens klagomålsärende avseende överträdelse nummer 2009/4080.

³ Se kommissionens yttrande av den 28 oktober 2010 avseende överträdelse nummer 2009/4080.

⁴ Sysavs årsredovisning 2012 s. 2.

⁵ Konkurrensverkets ärende med dnr 733/2014.

denna medfört att det s.k. verksamhetskriteriet i in-house-undantaget var uppfyllt vid tillfället.

6. Konkurrensverket fattade den 24 juni 2015 14 separata och likalydande tillsynsbeslut mot samtliga ägarkommuner. I besluten konstaterade Konkurrensverket att ägarkommunerna inte får köpa avfallstjänster från Sysav och Sysav Industri AB utan föregående annonsering med stöd av in-house-undantaget i den nu upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eftersom verksamhetskriteriet inte var uppfyllt. Enligt Konkurrensverket riktade sig en för stor del av Sysavs verksamhet mot andra än ägarkommunerna. Högsta förvaltningsdomstolen undanröjde i december 2018 Konkurrensverkets beslut av den 24 juni 2015.⁶ Anledningen var att Högsta förvaltningsdomstolen bedömde Konkurrensverkets beslut som ett förbud och att Konkurrensverket därmed agerat utanför sin kompetens. Konkurrensverket saknar enligt Högsta förvaltningsdomstolen befogenhet att tvinga en upphandlande myndighet att vidta eller underlåta en viss åtgärd efter en konstaterad regelöverträdelse.⁷
7. Med anledning av att Konkurrensverkets beslut undanröjdes inledde Konkurrensverket den 12 februari 2019 den aktuella utredningen om ägarkommunernas anskaffningar av tjänster avseende omhändertagande av hushållsavfall (trädgårdsavfall, restavfall och matavfall) från Sysav.⁸ Vid detta tillfälle hade kommissionen också inlett ett nytt överträdelseärende mot Sverige avseende bland annat ägarkommunernas anskaffningar av avfallstjänster från Sysav. Kommissionens ärende pågår fortfarande vid tidpunkten för när detta beslut fattas.⁹

Konkurrensverkets utredning

8. Konkurrensverkets utredning har avgränsats till ägarkommunernas anskaffningar under 2018.
9. Den 14 februari 2019 skickade Konkurrensverket skrivelser med ett antal frågor till de 14 ägarkommunerna. Den 12 april 2019 inkom en gemensam svarsskrivelse från samtliga 14 kommuner. I skrivelsen har ägarkommunerna bland annat uppgett att undantaget för intern upphandling i 3 kap. 13 § LOU

⁶ Se HFD 2018 ref. 71 som avsåg Konkurrensverkets beslut med dnr 733/2014.

⁷ I sak bedömde förvaltningsrätten och kammarrätten att ägarkommunerna inte fick köpa avfallshanteringstjänster utan föregående annonsering från Sysav med stöd i in-house-undantaget eftersom verksamhetskriteriet inte var uppfyllt, se Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 30 maj 2016 i mål nr 15332-15 och Kammarrätten i Stockholms dom den 23 mars 2017 i mål nr 4167-16.

⁸ Konkurrensverkets ärenden med dnr 135-148/2019. Granskningen har skett inom ramen för 14 ärenden, ett ärende för varje ägarkommun som meddelats ett tillsynsbeslut den 24 juni 2015. Av praktiska skäl har utredningen handlagts gemensamt i ärende med dnr 137/2021.

⁹ Kommissionens klagomålsärende avseende överträdelse nummer 2014/4183.

är tillämpligt när Sysav tillhandahåller varor och tjänster till ägarkommunerna.

10. Med anledning av information som inkommit inledde Konkurrensverket även en granskning av VA SYD och Österlens Kommunala Renhållnings AB.¹⁰ Orsaken var att det framkommit att ett antal ägarkommuner genomfört sina anskaffningar genom dessa bolag. Dessa ärenden har avslutats genom beslut den 22 december 2021.
11. Den 7 februari 2022 skickade Konkurrensverket ett utkast till beslut till ägarkommunerna i syfte att ge ägarkommunerna möjlighet att yttra sig över Konkurrensverkets preliminära bedömningar. Den 4 mars 2022 inkom ägarkommunerna med ett gemensamt yttrande. Vidare har ägarkommunerna den 30 juni 2022 inkommit med en uppdaterad sammanställning av de omsättningsuppgifter som framgår av yttrandet den 4 mars 2022.
12. Utöver den information som ägarkommunerna inkommit med genom svarsskrivelsen den 12 april 2019 och yttrandet den 4 mars 2022 har Konkurrensverket inom ramen för utredningen även granskat: Sysavs bolagsordning i lydelse av den 21 maj 2010, ägardirektiv daterade samma dag, konsortialavtal mellan ett antal av ägarkommunerna tecknat 2000 och tillägg till konsortialavtal tecknat med ytterligare tillträdande ägarkommuner 2004.

Skäl för beslutet

Rättslig reglering

Annonseringsskyldighet

13. LOU är tillämplig på upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter. Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt.¹¹
14. Huvudregeln enligt LOU är att kontrakt och ramavtal ska föregås av annonsering och att alla leverantörer ska få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud vilket bland annat följer av 10 kap. 1 § LOU.
15. För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska kunna ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt

¹⁰ Konkurrensverkets ärenden med dnr 337–338/2019.

¹¹ 1 kap. 2 § LOU.

angivna undantagen i LOU är tillämpligt. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.¹²

Tilldelning av kontrakt och ramavtal

16. Med begreppet kontrakt i LOU avses ett avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer och som avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggtreprenad.¹³
17. För att det ska föreligga ett kontrakt krävs att det rör sig om en anskaffning.¹⁴ Begreppet anskaffning ska förstås i vid mening som att få tillgång till fördelarna av de berörda byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna, vilket inte nödvändigtvis kräver att äganderätten överläts till de upphandlande myndigheterna. Ett kontrakt förutsätter att det uppstår ömsesidiga förpliktelser mellan parterna, vars fullgörande går att uppnå genom rättsliga åtgärder.¹⁵ Av EU-domstolens praxis följer att begreppet kontrakt ska tolkas på så sätt att direktivens ändamålsenliga verkan säkerställs.¹⁶ Det är inte den rättsliga beteckningen av en viss transaktion i sig som är avgörande utan i stället innebörden av denna tolkad i funktionella termer. Ett kontrakt uppstår således när det föreligger rättsligt bindande åtaganden om anskaffning som innebär att en leverantör åtar sig att tillhandahålla en tjänst till en upphandlande myndighet och den upphandlande myndigheten i utbyte åtar sig att utge ersättning för tjänsten.¹⁷
18. Med begreppet ramavtal i LOU avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod.¹⁸ Förekomsten av ett ramavtal förutsätter inte nödvändigtvis att det föreligger ömsesidiga åtaganden.¹⁹ Eftersom definitionen av begreppet ramavtal förutsätter att det rör sig om villkor för senare tilldelning av "kontrakt" krävs det dock att det i vart fall senast efter avrop uppstår ömsesidiga rättsligt

¹² Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-199/85 Kommissionen mot Italien, p. 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland, p. 58, mål C-385/02 Kommissionen mot Italien, p. 19, mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland, p. 33 och mål C-26/03 Stadt Halle, p. 46. Se även prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

¹³ 1 kap. 15 § LOU. Av definitionen framgår även att det med ett kontrakt avses ett *skriftligt* avtal. Vad gäller detta kan emellertid konstateras att även muntliga avtal är upphandlingspliktiga, se bland annat prop. 2015/16:195 s. 318 f och 321 f.

¹⁴ 1 kap. 2 § LOU och skäl 4 till Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹⁵ Se bland annat EU-domstolens domar i mål C-796/18 Stadt Köln, mål C-51/15 Remondis, mål C-451/08 Helmut Müller, p. 62–63, mål C-107/98 Teckal och mål C-26/03 Stadt Halle. Jfr även generaladvokatens yttrande i mål C-451/08 Helmut Müller, p. 78–80.

¹⁶ Se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-399/98 Ordine degli Architetti, p. 52, 55 och 85.

¹⁷ Se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-220/05 Jean Auroux, p. 40.

¹⁸ 1 kap. 20 § LOU.

¹⁹ Jfr 1 kap. 20 § LOU samt Högsta domstolens dom NJA 2021 s. 643.

bindande åtaganden om anskaffning som innebär att en leverantör åtar sig att tillhandahålla en tjänst till en upphandlande myndighet och den upphandlande myndigheten i utbyte åtar sig att utge ersättning för tjänsten.²⁰

19. Ett ramavtal uppstår således när en upphandlande myndighet och en leverantör avtalar om villkoren för senare avrop avseende viss tjänst, i syfte att senare, vid avrop enligt dessa villkor, tilldela kontrakt i den mening som avses i LOU.

Intern upphandling

20. I 3 kap. 11–16 §§ LOU framgår undantagen för intern upphandling. Bestämmelserna innebär att avtal som ingås internt, mellan till exempel en kommun och kommunens bolag, under vissa förutsättningar inte behöver upphandlas enligt LOU.
21. Undantagen i fråga kodifierar EU-domstolens avgörande i mål C-107/98 Teckal och den efterföljande rättsutvecklingen.²¹
22. I 3 kap. 13 § LOU regleras situationen då flera upphandlande myndigheter tillsammans utövar kontroll över motparten. För att en upphandling ska anses vara en intern upphandling enligt 3 kap. 13 § LOU ska följande tre förutsättningar vara uppfyllda.
- 1) Den upphandlande myndigheten utövar, gemensamt med andra upphandlande myndigheter, kontroll över motparten motsvarande den kontroll som myndigheterna utövar över sina egna förvaltningar (kontrollkriteriet).
 - 2) Motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för myndigheternas räkning, eller för juridiska personer som myndigheterna utövar kontroll över (verksamhetskriteriet).
 - 3) Det finns inte något direkt privat ägarintresse i motparten.
23. I enlighet med 3 kap. 16 § LOU ska verksamhetskriteriet bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under de tre år som föregick tilldelningen, eller annat lämpligt verksamhetsbaserat mått under samma tidsperiod. Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga får verksamhetsandelen bestämmas utifrån ett annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått. Då ett bolag innehas av flera myndigheter ska

²⁰ Jfr 1 kap. 20 § LOU.

²¹ Jfr prop. 2015/16:195 s. 393 f.

verksamheten som bolaget bedriver tillsammans med samtliga dessa myndigheter beaktas.²²

24. Bestämmelserna om intern upphandling är undantagsbestämmelser och ska därför tolkas restriktivt.²³ Det ankommer på den upphandlande myndigheten att visa att det har förelegat förutsättningar att tillämpa ett undantag från upphandlingsskyldigheten enligt upphandlingslagstiftningen.

Värdet av en upphandling

25. Av huvudregeln i LOU framgår att tjänstekontrakt ska upphandlas genom ett annonserat förfarande. Vilka regler i lagstiftningen som ska tillämpas vid genomförandet av en upphandling avgörs bland annat av upphandlingens värde. Om värdet av en upphandling överstiger tillämpligt tröskelvärde ska upphandlingen, som huvudregel, genomföras enligt de direktivstyrda reglerna i LOU.
26. Enligt 5 kap. 3 § LOU ska värdet av en upphandling uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt de tjänstekontrakt som ingår i upphandlingen. Uppskattningen ska inbegripa värdet av samtliga options- och förlängningsklausuler som om de utnyttjats.
27. I 5 kap. 11 § LOU regleras beräkningen av värdet för varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom viss tid. Enligt bestämmelsen ska värdet uppskattas med ledning av det verkliga totala värdet av en följd av liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller det uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som kommer att upphandlas under den tolv månadersperiod som följer på den första leveransen.
28. Enligt 5 kap. 14 § LOU ska värdet av ett ramavtal uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalet under löptiden.

Dokumentationsplikt

29. Av 12 kap. 14–16 §§ LOU följer bland annat att genomförandet av upphandlingar ska dokumenteras. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden. Vid upphandling över tröskelvärdet ska en individuell rapport upprättas för varje kontrakt som tilldelas och för varje ramavtal som ingås.²⁴

²² Se EU-domstolens dom i mål C-340/04 Carbotermo, p. 71.

²³ Se prop. 2015/16:195 s. 396.

²⁴ Av 19 kap. 30 § LOU framgår att om upphandlingens värde är högre än 100 000 kronor ska den upphandlande myndigheten dokumentera genomförandet av upphandlingen.

Vad som kommit fram i utredningen om ägarkommunernas avtal och anskaffningar från Sysav

30. Konkurrensverket har utrett Kommunens anskaffningar av avfallstjänster från Sysav under 2018. I det följande redogör Konkurrensverket mer utförligt för vad som framkommit i utredningen.

Avfallshanteringen i Kommunen

31. Kommunen har tillsammans med övriga ägarkommuner inkommit med information om att det kommunägda bolaget Sysav tillhandahållit avfallstjänster till samtliga av bolagets ägarkommuner under 2018.
32. Ägarkommunerna har inkommit med av Sysav utfärdade fakturor avseende de avfallstjänster som Sysav tillhandahållit till ägarkommunerna. Av fakturorna framgår bland annat för vilken kommuns räkning som Sysav hanterat avfall, vilken typ av avfall och hur stor mängd avfall som behandlats och det sammanlagda beloppet som fakturan avser.
33. Av fakturorna går att utläsa att Sysav kontinuerligt tillhandahållit avfallstjänster till ägarkommunerna.
34. Under utredningen har framkommit att det praktiska tillhandahållandet av avfallstjänster går till på så sätt att ägarkommunerna ombesörjer insamling av avfall i sina respektive kommuner. Ägarkommunerna, eller de leverantörer som respektive ägarkommun satt i sitt ställe, transporterar sedan avfallet till Sysavs anläggningar. På anläggningen vägs avfallet in och dokumenteras innan det lämnas på anläggningen för vidare behandling. Efter avlämning fakturerar Sysav ägarkommunerna i enlighet med fastställda avgifter.
35. Sysav tillhandahåller alltså kontinuerligt avfallstjänster till ägarkommunerna i utbyte mot ekonomisk ersättning. Tillhandahållandet av aktuella tjänster har inte föregåtts av någon annonserad upphandling. Mot bakgrund av detta finns anledning att närmare redogöra för Sysavs verksamhet och förhållandet mellan ägarkommunerna och Sysav.

Förhållandet mellan ägarkommunerna och Sysav

36. Sysavs verksamhet styrs av ett antal dokument. Utöver den *bolagsordning* genom vilken ramarna för Sysavs verksamhet fastställs, har ägarkommunerna också utfärdat *ägardirektiv* i vilket riktningen och visionen för Sysavs arbete preciseras. Vidare har ägarkommunerna också ingått ett *konsortialavtal*, även kallat aktieägaravtal, i syfte att reglera ägarkommunernas samarbete i Sysav. Nedan redogörs kortfattat för det övergripande innehållet i respektive dokument.

37. Av bolagsordningen, som ställer upp ramarna för Sysavs verksamhet, framgår att Sysav ska ha till föremål för sin verksamhet att svara för den regionala avfallshanteringen inom verksamhetsområdet för ägarkommunerna. Vidare framgår att Sysavs verksamhet i huvudsak ska bedrivas för eller tillsammans med ägarkommunerna.
38. Ägarkommunernas ägardirektiv har beslutats av Sysavs bolagsstämma. Direktiven innehåller anvisningar till Sysavs ledning och syftar till att ytterligare precisera hur Sysav ska bedriva verksamhet. Av ägardirektiven framgår bland annat att Sysavs ändamål är att fullgöra ägarkommunernas skyldigheter enligt det mellan ägarkommunerna tecknade konsortialavtalet, att verksamheten i huvudsak ska bedrivas för eller tillsammans med ägarkommunerna och syfta till att tillgodose ägarkommunernas behov av resurser för att fullgöra sina åtaganden avseende avfallsbehandling och återvinning. Av direktiven framgår bland annat också att bolagets verksamhet ska bedrivas enligt aktiebolagslagen, kommunallagen, miljöbalken och för avfallshanteringen gällande förordningar och direktiv samt Sysavs regionala kretsloppsplan och miljöpolicy och att verksamheten ska utövas på grundval av de renhållningsordningar och avfallsplaner som ägarkommunerna antar.
39. Av det konsortialavtal som ägarkommunerna tecknat framgår att ägarkommunerna gentemot varandra förbinder sig att samverka på avfallsområdet bland annat genom att hos Sysavs anläggningar avlämna dels allt avfall som kan tas emot i bolagets anläggningar och som ägarkommunerna har ansvar för enligt lagstiftningen, dels sådant avfall som ägarkommunerna gemensamt beslutat att omhänderta. Avtalet gäller till och med den 31 december 2025 och förlängs därefter med fem år i taget om ingen av ägarkommunerna säger upp avtalet. Avtalet kan sägas upp på förhand om majoriteten av ägarkommunerna, representerande minst två tredjedelar av aktiekapitalet i bolaget, kommer överens om att avtalet ska upphöra i förtid. Att notera är att Sysav inte är part i avtalet.

Fastställande av avgifter

40. Av konsortialavtalet som tecknats mellan ägarkommunerna framgår bland annat att Sysavs verksamhet ska bedrivas enligt affärsmässiga principer och att bolaget ska debitera enligt taxa som möjliggör att inkomster och utgifter i princip balanserar.
41. Ärligen håller ägarkommunerna ett ägarsamråd vid vilket de tar ställning till den avgift som Sysav tar ut för det avfall som ägarkommunerna låter behandla genom Sysav. Att notera är emellertid att slutligt beslut om dessa behandlingsavgifter inte fattas vid ägarsamrådet, utan att beslut om kommande års avgifter fattas av styrelsen vid senare styrelsesammanträde.

Styrelsens beslut expedieras till ägarkommunerna. Det är dessa avgifter som ligger till grund för faktureringen avseende de avfallstjänster som Sysav kontinuerligt utför för ägarkommunernas räkning.

Konkurrensverkets bedömning avseende otillåtna direktupphandlingar

42. Konkurrensverket bedömer att Kommunen har tilldelat kontrakt, eller i vart fall ett ramavtal, rörande avfallstjänster till Sysav för 2018. Tilldelningen har inte föregåtts av någon annonserad upphandling trots att förutsättningar att avstå från annonsering saknats. Anskaffningarna har således skett genom otillåten direktupphandling. Nedan redogörs för Konkurrensverkets bedömning avseende frågan.

Tilldelningen av uppdraget att utföra avfallstjänster

43. Som framgår ovan har Sysav kontinuerligt tillhandahållit avfallstjänster till ägarkommunerna i utbyte mot ekonomisk ersättning.
44. Utöver av Sysav utfärdade fakturor finns, såvitt framkommit av utredningen, inte någon ytterligare dokumentation av anskaffningarna mellan ägarkommunerna och Sysav, som till exempel kontraktsdokument eller andra skriftliga handlingar. Det innebär bland annat att tidpunkt för tilldelning och ingående av kontrakt eller ramavtal avseende aktuella tjänster måste fastställas genom tolkning av befintligt material och parternas agerande.
45. Då tidpunkten för tilldelning av ramavtal eller kontrakt är av relevans för den fortsatta bedömningen, redogörs nedan för Konkurrensverkets bedömning av när detta skett.
46. Av Sysavs bolagsordning framgår att Sysav ska ha till föremål för sin verksamhet att svara för den regionala avfallshanteringen inom verksamhetsområdet för ägarkommunerna och att verksamheten i huvudsak ska bedrivas för eller tillsammans med ägarkommunerna.
47. Genom ägardirektiv klargörs ytterligare att Sysavs ändamål är att fullgöra ägarkommunernas skyldigheter enligt det mellan ägarkommunerna tecknade konsortialavtalet, att verksamheten syftar till att tillgodose ägarkommunernas behov av resurser för att fullgöra sina åtaganden avseende avfallsbehandling och återvinning och att verksamheten bland annat ska utövas på grundval av de renhållningsordningar och avfallsplaner som ägarkommunerna antar.
48. Att ägarkommunerna också har för avsikt att utnyttja Sysavs tjänster framgår bland annat av att ägarkommunerna, genom att ingå konsortialavtalet, gentemot varandra har förbundit sig att anskaffa avfallstjänster från Sysav.

49. Genom Sysavs årliga styrelsebeslut om behandlingsavgifter, som fattas efter att frågan varit föremål för behandling vid ägarsamrådet där ägarkommunerna deltar, fastställs de behandlingsavgifter som bolaget kommer att ta ut för behandling av ägarkommunernas avfall nästkommande år. Beslutet innebär således att de ekonomiska villkoren för Sysavs tillhandahållande av avfallstjänster nästkommande år fastställs, vilket i sin tur också innebär att det är då samtliga villkor för Sysavs tillhandahållande av tjänsten enligt ägarkommunernas direktiv slutligen regleras.
50. Vid tidpunkten för beslutet om behandlingsavgifter uppstår således ett kontrakt, eller i vart fall ett ramavtal, mellan Kommunen och Sysav. Det är detta som ligger till grund för nästkommande års behandling av avfall.

Upphandlingens värde

51. Under utredningen har Kommunen inkommit med uppgifter om Kommunens kostnad för anskaffningar av avfallstjänster från Sysav. Av dessa uppgifter kan utläsas att värdet av den aktuella upphandlingen klart överstiger tröskelvärdet för när annonsering ska ske enligt 5 kap. 1 § och 10 kap. 1 § LOU. Anskaffningarna borde således ha föregåtts av annonserad upphandling, förutsatt att något undantag inte kunnat tillämpas.

Ingen intern upphandling

52. Kommunen har under utredningen uppgett att undantaget för intern upphandling i 3 kap. 13 § LOU varit tillämpligt vid anskaffningar från Sysav.
53. I detta beslut bedömer Konkurrensverket om verksamhetskriteriet i 3 kap. 13 § LOU är uppfyllt. För Konkurrensverkets beslut i detta ärende saknas skäl att behandla övriga kriterier i 3 kap. 13 § LOU.

Verksamhetskriteriet

54. För att verksamhetskriteriet i bestämmelsen om intern upphandling i 3 kap. 13 § LOU ska vara uppfyllt ska 80 procent av Sysavs verksamhet utföras för ägarkommunernas räkning eller för andra juridiska personer som ägarkommunerna utövar kontroll över. Syftet med denna reglering är att undvika att konkurrensen på marknaden snedvrids.²⁵
55. Det är sådan verksamhet som bedrivs med anledning av ett tilldelningsbeslut som har fattats av den eller de kontrollerande myndigheterna som är relevant att beakta vid bedömningen. Av EU-domstolens praxis framgår att det ska röra sig om åtaganden av den karaktär som omfattas av begreppet kontrakt i

²⁵ Se prop. 2011/12:106 s. 24 samt EU-domstolens dom i mål C-340/04 Carbotermo (särskilt p. 59–63).

bland annat LOU.²⁶ Den fristående enheten ska med andra ord ha ingått ett kontrakt med den kontrollerande myndigheten enligt vilket enheten åtagit sig att utföra en prestation mot vederlag. Denna skyldighet ska vara rättsligt bindande och därmed kunna åberopas inför domstol.²⁷

56. Som angetts ovan (punkt 23) ska verksamhetsandelen bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor och tjänster under de tre år som föregått tilldelningen, eller annat lämpligt verksamhetsbaserat mått under samma tidsperiod. Om uppgifterna inte längre är relevanta får verksamhetsandelen bestämmas utifrån ett annat verksamhetsmått. Då ett bolag innehas av flera myndigheter ska verksamheten som bolaget bedriver tillsammans med samtliga dessa myndigheter beaktas.²⁸

Sysavs uppdrag från ägarkommunerna

57. Kommunen har uppgett att Sysav utför i stort sett all avfallshantering för samtliga ägarkommuners räkning, dvs. även den verksamhet som består av försäljning av energi och materialåtervinning av ägarkommunernas hushållsavfall.
58. Avgörande för vilken verksamhet som ska anses utföras för ägarkommunernas räkning är omfattningen av det uppdrag Sysav har tilldelats av ägarkommunerna.
59. Ägarkommunerna har reglerat sina förhållanden sinsemellan genom bland annat ett konsortialavtal med tillägg och upprättat ägardirektiv i egenskap av aktieägare. Dessa dokument reglerar dock ägarnas förhållanden till varandra och deras styrning av Sysav men inte utförandet av avfallsstjänsterna på uppdrag av ägarkommunerna. Inte heller har några övriga dokument upprättats, vilka reglerar utförandet av avfallstjänster där såväl ägarkommunerna som Sysav är parter.
60. Bolagsordningen kan förvisso utgöra ett aktiebolagsrättsligt tolkningsinstrument vid den kvalitativa bedömningen, närmare bestämt hur och för vem verksamheten ska drivas.²⁹ Detta bör även gälla för ägardirektiven.
61. Inte heller mot bakgrund av dessa dokument framgår emellertid att all den verksamhet som Sysav bedriver har utförts med anledning av sådana

²⁶ Se EU-domstolens dom i mål C-340/04 Carbotermo, p. 65–66. I den svenska versionen av domen används begreppet tilldelningsbeslut. I den engelska versionen används begreppet "decisions to award contracts".

²⁷ Jfr 1 kap. 15 § LOU och mål C-451/08 Helmut Müller, p. 59–60 och 62–63 (notera att detta mål avsåg ett byggentreprenadkontrakt, men EU-domstolens slutsatser går likväl att tillämpa på begreppet "kontrakt").

²⁸ Se EU-domstolens dom i mål C-340/04 Carbotermo, p. 71.

²⁹ Jfr generaladvokatens yttrande i Carbotermo, p. 98–99.

tilldelningsbeslut som har meddelats av ägarkommunerna som har föranlett kontrakt med rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär. Det noteras särskilt att det inte finns stöd för att det skulle finnas sådana åtaganden avseende andra intäktskällor för Sysav än de som ägarkommunerna själva faktiskt betalar för. Avsaknaden av åtaganden av ömsesidigt bindande karaktär mellan Sysav och ägarkommunerna är särskilt tydlig för intäkterna som är hänförliga till försäljning av återvunnen el, återvunnen värme och återvunnen metall, plast och papper ur ägarnas avfall till andra än ägarkommunerna.

62. Konkurrensverket har fått ta del av fakturor som Sysav har utställt till Kommunen och övriga ägarkommuner för 2018. På fakturorna står endast vilken slags avfallsfraktion som ska behandlas. Den dokumentation som finns för att bedöma innehållet i ägarkommunernas tilldelning till Sysav är därmed ytterst begränsad.
63. Det finns inget skriftligt tilldelningsbeslut mellan Kommunen och Sysav. Det finns heller inga skriftliga avtal mellan Sysav och Kommunen om avfallshantering eller andra slags tjänster. Det saknas således annat underlag än fakturorna som utvisar innehållet i förhållandet mellan Kommunen och Sysav.
64. Reglerna om intern upphandling utgör som nämnts ett undantag i upphandlingslagstiftningen och ska tolkas restriktivt. Det är Kommunen och övriga ägarkommuner som ska visa att förutsättningarna för en undantagssituation är uppfyllda. Det bör därför framgå av ett tilldelningsdokument eller någon form av anskaffningsdokument vilken verksamhet som ägarkommunerna har uppdragit åt Sysav att utföra.³⁰ Sådan dokumentation saknas, varför omfattningen av uppdraget får anses framgå av fakturorna till ägarkommunerna och därmed är begränsat till avfallshantering såsom den beskrivs i punkterna 31–35.

Sysavs intäkter från andra än ägarkommunerna

65. Ägarkommunerna har till svaret på Konkurrensverkets inledande skrivelse bilagt uppgifter om Sysavs omsättning under 2015–2018. Av uppgifterna kan utläsas att Sysavs genomsnittliga totala omsättning 2015–2017 uppgick till högst 449 607 000 kronor.
66. Ägarkommunerna har genom yttrandet den 4 mars 2022 och de kompletterande uppgifterna den 30 juni 2022 inkommit med reviderade uppgifter om Sysavs genomsnittliga omsättning under 2015–2017, av vilka

³⁰ Se prop. 2015/16:195 s. 398 f.

kan utläsas att Sysavs genomsnittliga totala omsättning för aktuella år uppgick till högst 463 213 000 kronor.

67. Sysav har enligt uppgift sålt energi och återvunnet material till andra än ägarkommunerna under åren 2015–2017. Av utredningen har framkommit att den genomsnittliga omsättningen från denna försäljning uppgick till åtminstone 153 533 000 kronor aktuella år.³¹
68. Ägarkommunerna har anfört att ägarkommunerna har gett Sysav i uppdrag att sälja energi och återvunnet material externt till andra än ägarkommunerna.
69. Det finns inget underlag (exempelvis beställningar) som visar på att ägarkommunerna gett Sysav i uppdrag att sälja energi och återvunnet material till andra aktörer. Konkurrensverket har heller inte kunnat identifiera något koncessionsförhållande mellan ägarkommunerna och Sysav avseende Sysavs externa försäljning.
70. Konkurrensverket bedömer vidare att det saknas rättslig grund för att en tilldelning av avfallstjänster ska kunna utvidgas till att även avse verksamhet som är *en naturlig följd* av tilldelningen.
71. Av EU-domstolens dom i mål C-340/04 Carbotermo framgår vad som avses med att ett bolag ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med de myndigheter som kontrollerar den. Syftet med kriteriet är att undvika att konkurrensen snedvrids genom att ett sådant bolag verkar på marknaden. Enbart kontroll över ett sådant bolag är inte tillräckligt för att förhindra oönskade effekter på konkurrensen och därför ställs det upp ett krav på att verksamheten ska bedrivas tillsammans med den kontrollerande parten. Eventuell verksamhet som bedrivs tillsammans med andra får endast vara av marginell karaktär.
72. För att avgöra om en intäkt härrör från interna transaktioner är det tilldelade uppdraget avgörande. All verksamhet som bedrivs inom ramen för en tilldelning ska beaktas, oavsett vem som är mottagare av eller betalar för tjänsterna.³²
73. I en senare dom, i mål C-573/07 Sea, utvecklar EU-domstolen sitt resonemang. I målet bedrev ett bolag avfallshantering åt såväl sina ägare som åt andra. Den externa verksamheten uppgavs av ena parten vara en nödvändig sidoeffekt av den huvudsakliga verksamheten, som till exempel återvinning. Enligt EU-domstolen, som hänvisar till tidigare praxis i domarna

³¹ Se svarsskrivelse från ägarkommunerna den 12 april 2019 och yttrandet från ägarkommunerna den 4 mars 2022.

³² Se EU-domstolens dom i mål C-340/04 Carbotermo, p. 59–72.

Teckal och Carbotermo, får ett bolag bedriva verksamhet tillsammans med annan än den kontrollerande myndigheten. I annat fall skulle villkoren som utformats i praxis vara meningslösa. Dock är utrymmet för sidoverksamhet begränsat och får endast avse verksamhet av marginell karaktär.³³

74. Genom direktiv 2014/24/EU har de principer som utvecklats genom domstolens praxis om intern upphandling kodifierats. Den praxis som finns är fortfarande vägledande vid tolkning av reglerna för intern upphandling.³⁴ I skälen till direktivet anges att relevant verksamhet som ska ligga till grund för bedömningen är den som bedrivs för fullgörandet av ett av den kontrollerande myndigheten tilldelat uppdrag.³⁵ Utrymmet för kompletterande verksamhet är därmed klart och sådan verksamhet får inte överstiga 20 procent.
75. Konkurrensverket bedömer mot bakgrund av ovanstående att det saknas rättslig grund för att en tilldelning av avfallstjänster ska kunna utvidgas till att även avse verksamhet som är *en naturlig följd* av en tilldelning.
76. För Konkurrensverkets bedömning saknar det betydelse om den energi och det återvunna material som Sysav säljer härrör från ägarkommunernas avfall eller från något annat avfall. Utgångspunkten för bedömningen av verksamhetskriteriet är enbart vilken slags verksamhet som ingår i ägarkommunernas tilldelning till Sysav.
77. Konkurrensverket anser att det inte framgår av omständigheterna att ägarkommunerna har gett Sysav i uppdrag att sälja energi och återvunnet material som härrör från ägarkommunernas hushållsavfall. Dessa intäkter ska därför inte räknas med i de interna intäkterna.
78. Med hänsyn till detta kan konstateras att Sysavs externa verksamhet uppgått till åtminstone 33 procent (153 533 000/463 213 000) av den totala verksamheten under åren 2015–2017.³⁶
79. Redan sett till dessa intäkter har Sysav således haft en extern verksamhet som går utöver marginell karaktär. Konkurrensverket finner mot bakgrund av detta inte skäl att närmare redogöra för övriga intäkter.³⁷

³³ Se EU-domstolens dom i mål C-573/07 Sea, p. 78–80.

³⁴ Se prop. 2015/16:195 s. 394.

³⁵ Se direktiv 2014/24/EU, skäl 31 och 32.

³⁶ Mot bakgrund av att det redan med hänsyn till en bedömning utifrån den högsta totala genomsnittliga omsättningen och den lägsta genomsnittliga omsättningen från försäljningen av energi och återvunnet material, se punkterna 65-79 ovan, kan konstateras att den externa verksamheten är för omfattande finner Konkurrensverket inte skäl att närmare redogöra för relevant omsättning.

³⁷ Även utan att beakta den verksamhet som ägarkommunerna bedömer utföras för annan än ägarkommunerna, se kompletterande uppgifter den 30 juni 2022, kan således konstateras att en för stor del av Sysavs verksamhet riktas mot andra än ägarkommunerna.

Sammanfattande bedömning av undantaget för intern upphandling

80. Konkurrensverket kan sammanfattningsvis konstatera att mer än 20 procent av Sysavs totala omsättning från 2015–2017 härrör från verksamhet som inte bedrivits för ägarkommunernas räkning. Det saknades därmed grund för att tillämpa undantaget för intern upphandling i 3 kap. 11 och 13 §§ LOU vid Kommunens anskaffningar av avfallstjänster från Sysav för 2018.

Ägarkommunernas avtal och anskaffningar från Sysav Industri AB

81. I Konkurrensverkets tidigare beslut rörande Sysav inkluderades även Sysav Industri AB:s verksamhet vid bedömningen av om tilldelning av kontrakt kunde ske utan annonsering med stöd av undantaget för intern upphandling. Sysav Industri AB tillhandahåller avfallstjänster till företag samt andra regioner och länder. Ägarkommunerna har tilldelat bolaget kontrakt avseende bland annat olika typer av farligt avfall. Utredningen i detta ärende har utvisat att huvuddelen av ägarkommunernas tilldelningar rörande avfallstjänster sker till Sysav och flertalet tilldelningar till Sysav Industri AB ligger under direktupphandlingsgränsen. Dessa tilldelningar saknar mot denna bakgrund betydelse för slutsatserna i detta ärende och har därmed inte inkluderats i beräkningarna av verksamhetskriteriet ovan.

82. Sedan det tidigare beslutet fattades har vidare nya LOU trätt i kraft och därmed har även nya regler om intern upphandling införts. Av förarbetena framgår att bedömningen av verksamheten ska utgå från den kontrollerade partens verksamhet. Att det inom samma koncern eller koncernliknande organisation finns juridiska personer som bedriver samma typ av verksamhet men utan att uppfylla verksamhetskriteriet, påverkar inte bedömningen av verksamhetskriteriet.³⁸ Även mot denna bakgrund har Konkurrensverket inte inkluderat tilldelningarna till Sysav Industri AB inom ramen för bedömningarna ovan.

Konkurrensverkets bedömning avseende bristande dokumentation

83. Genom att inte dokumentera anskaffningar av avfallstjänster har Kommunen brutit i den s.k. dokumentationsplikten.

84. Brister i eller avsaknad av dokumentation om direktupphandlingar medför en ökad risk för oegentligheter och otillbörlig påverkan. En sådan brist försvårar också avsevärt möjligheten för en upphandlande myndighet att göra uppföljningar av inköp och att avgöra om inköp överstiger direktupphandlingsgränsen eller inte. Bristande dokumentation försvårar även tillsynsmyndigheternas arbete med att genomföra och granska utredningar.

³⁸ Se prop. 2015/16:195 s. 397 f.

85. Konkurrensverket bedömer att ägarkommunernas dokumentation av tilldelning av uppdrag till Sysav är mycket bristfällig.
86. Vad gäller de anskaffningar som har utretts har det inte varit möjligt att ta del av någon fullständig dokumentation. Bristen på dokumentation har gjort det svårt att fastställa det närmare innehållet i respektive ägarkommuns avtalsförhållande med Sysav.
87. Kommunen har därmed agerat i strid med 12 kap. 14–16 §§ LOU.

Slutsats

88. Konkurrensverkets utredning visar att det har förekommit omfattande brister i Kommunens hantering av anskaffning av avfallstjänster från Sysav under 2018. Bristerna föranleder Konkurrensverket att rikta kritik mot Kommunen.
89. Kommunen har vid anskaffning av avfallstjänster från Sysav tillämpat undantaget för intern upphandling i 3 kap. 11 § LOU utan att uppfylla verksamhetskriteriet i 3 kap. 13 § LOU. Eftersom anskaffningen inte har föregåtts av annonsering utgör den en otillåten direktupphandling i strid med 10 kap. 1 § LOU.
90. Konkurrensverket konstaterar även att Kommunens dokumentation över Kommunens och övriga ägarkommuners tilldelning av uppdrag till Sysav är mycket bristfällig och i strid med 12 kap. 14–16 §§ LOU.

Allmänt om Konkurrensverkets tillsyn

91. Konkurrensverket har i uppdrag att utöva tillsyn på området för offentlig upphandling i syfte att öka regelefterlevnaden och bidra till en effektiv offentlig upphandling.
92. Konkurrensverkets granskning i ett enskilt ärende kan visa att en upphandlande myndighet har agerat i strid med regelverket för offentlig upphandling. Konkurrensverket kan då ansöka om upphandlingsskadeavgift, om förutsättningarna för det är uppfyllda, eller sammanfatta resultatet av tillsynen i ett beslut. Genom att fatta ett tillsynsbeslut kan Konkurrensverket peka på förfaranden hos myndigheten som är i strid med regelverket eller göra andra påpekanden som är motiverade.
93. Ett tillsynsbeslut innebär inte ett förbud eller föreläggande. Det är således inte förenat med en sanktion i sig, men kan ändå få rättsliga följder. Om en upphandlande myndighet genomför upprepade otillåtna upphandlingar kan exempelvis tidigare förseelser utgöra en försvärande omständighet som motiverar en högre upphandlingsskadeavgift vid efterföljande otillåtna direktupphandlingar.

Hur man överklagar

Detta beslut kan överklagas. Om ni vill överklaga ska detta göras skriftligen. Överklagandet ska ställas till Förvaltningsrätten i Stockholm men ges in till Konkurrensverket, gärna via e-post till konkurrensverket@kkv.se. Överklagandet ska ha kommit in till Konkurrensverket inom tre veckor från den dag då beslutet meddelades.

I överklagandet ska ni ange vilket beslut som överklagas och den ändring av beslutet som ni begär.

Detta beslut har fattats av generaldirektören Rikard Jermsten. Föredragande har varit Therése Westermark.

Beslutet underteckas inte egenhändigt och saknar därför namnunderskrift.

Rikard Jermsten

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats.