

Förvaltningsrätten i Jönköping  
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

## Ansökan om upphandlingsskadeavgift

### Sökande

Konkurrensverket, Ringvägen 100, 118 60 Stockholm

### Motpart

Borås kommun, 501 80 Borås

### Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)<sup>1</sup>

---

### Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Borås kommun ska betala 8 000 000 (åtta miljoner) kronor i upphandlingsskadeavgift.

---

<sup>1</sup> Upphandlingen av Avtalet påbörjades innan den 1 januari 2024. I enlighet med punkt 2 i ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till lagen (2023:815) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ansöker Konkurrensverket därför om upphandlingsskadeavgift i det här fallet. Se 21 kap. 2 § LOU (i lydelsen innan den 1 januari 2024). Se även prop. 2023/24:3 s. 66–67.

## Grunder

1. Borås kommun (Kommunen) har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 28 september 2023 ingå avtal om avfallstjänster med Borås Energi och Miljö AB (BEMAB) utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för detta saknades. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

## Bakgrund och omständigheter

2. BEMAB bildades 2006 och är ett helägt dotterbolag till det kommunala bolaget Borås Stadshus AB som i sin tur är helägt av Kommunen. Av bolagsordning, bilaga 1, och ägardirektiv, bilaga 2, för BEMAB framgår bl.a. följande.
3. Bolagets syfte är att enligt god teknisk praxis och med optimalt resursutnyttjande främja en god och långsiktigt hållbar avfallshantering, energiförsörjning samt vatten- och avloppsverksamhet. BEMAB ska, avseende avfalls- och renhållningsverksamheten samt vatten- och avloppsverksamheten, tillämpa de kommunalrättsliga principerna enligt 2 kap. kommunallagen (2017:725). Den taxefinansierade verksamheten ska över tid gå plus minus noll. BEMAB har till föremål för sin verksamhet att köpa in, producera och sälja energi, återvinningsmaterial och avfallstjänster samt att svara för Kommunens avfallshantering. BEMAB har likaså att svara för Kommunens vatten- och avloppsverksamhet.<sup>2</sup>
4. BEMAB är verksamt inom såväl kommunal avfallsverksamhet som övrig avfallsverksamhet, inom vatten och avlopp, fjärrvärme, övrig energiverksamhet och biogas. Utöver att tillgodose Kommunens och andra koncernbolags behov av tjänster tillhandahåller BEMAB även tjänster till andra företag och privatpersoner. Verksamheterna kommunalt avfall samt vatten- och avlopp regleras genom fastställd taxa. Övriga verksamheter saknar sådan taxa.
5. Kommunen ansvarar för behandling av kommunalt avfall och visst annat avfall enligt 15 kap. 20 § miljöbalken. För denna hantering har Kommunen rätt att ta ut avgifter enligt 27 kap. 4 § miljöbalken. Kommunen beslutar om en återvinningstaxa för avfallet. BEMAB tar fram underlag och förslag på avgifter.
6. Det senaste beslutet om återvinningstaxa (taxebeslutet) fattades den 28 september 2023, se Kommunfullmäktiges sammanträdesprotokoll, bilaga 3, och återvinningstaxan, bilaga 4. Avgifterna gäller från den 1 januari 2024.

---

<sup>2</sup> Bolagsordning § 3 och 4 samt Ägardirektiv för Borås Energi och Miljö AB § 3.



Kommunen har uppgett att BEMAB:s intäkter som kan härröras till taxebeslutet kommer att uppgå till ca 143 miljoner kronor under 2024. Kommunen har under utredningen även inkommit med en sammanställning över fakturor som tillställts Kommunen för utförda avfallstjänster under 2023.

7. Kommunen har vidare gett in en förteckning över BEMAB:s omsättning för åren 2020, 2021, 2022 och 2023 fördelad på verksamhetsområden och på vad som betalats av Kommunen, bolag inom kommunkoncernen, respektive övriga (tredje man), se bilaga 5. Verksamhetsområdenas omfattning har förtydligats. Med Övrig avfallsverksamhet avses intäkter från återvinningstjänster, cirkulär masshantering (deponering) och delar av biogasen. Biogas avser intäkter från biogasproduktionen. Fjärrvärme avser intäkter från fjärrvärmeproduktionen. Övrigt och gemensamt innefattar stödjande funktioner, främst Energitjänster och Projektavdelningen.

### **Avtalet mellan Kommunen och BEMAB utgör en otillåten direktupphandling**

8. Konkurrensverket bedömer att Kommunen har tilldelat ett ramavtal enligt LOU rörande avfallstjänster till BEMAB för 2024. Tilldelningen har inte föregåtts av någon annonserad upphandling trots att förutsättningar att avstå från annonsering saknats. I det följande redogör Konkurrensverket för sin bedömning.

### **Offentligt kontrakt enligt LOU**

9. LOU gäller för upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter. Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt.<sup>3</sup>
10. Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en upphandlande myndighet och en leverantör och som avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggtreprenader.<sup>4</sup> Med ramavtal avses ett avtal som ingås mellan en upphandlande myndighet och en leverantör i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod.<sup>5</sup>
11. För att det ska föreligga ett offentligt kontrakt krävs att det rör sig om en anskaffning.<sup>6</sup> 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

---

<sup>3</sup> 1 kap. 2 § LOU.

<sup>4</sup> 1 kap. 15 § LOU.

<sup>5</sup> 1 kap. 20 § LOU.

<sup>6</sup> 1 kap. 2 § LOU och skäl 4 till direktiv 2014/24/EU.



upphandlande myndigheterna. Ett kontrakt förutsätter att det uppstår ömsesidiga förpliktelser mellan parterna, vars fullgörande går att uppnå genom rättsliga åtgärder.<sup>7</sup> Begreppet kontrakt ska tolkas på så sätt att direktivens ändamålsenliga verkan säkerställs.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> Det saknar betydelse om leverantörens prestation kommer den upphandlande myndigheten eller tredje man till godo.<sup>10</sup>

### Avtalets karaktär och tillämplig lag

#### *Avtalet avser inte en tjänstekoncession enligt LUK*

12. Kommunen har gjort gällande att LOU inte är tillämplig eftersom det är fråga om en tjänstekoncession.
13. Med upphandling enligt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av koncession.<sup>11</sup> Med koncession avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en upphandlande myndighet och en koncessionshavare, där
  1. kontraktet utgör antingen en byggkoncession enligt 8 § eller en tjänstekoncession enligt 19 §,
  2. ersättningen för arbetet eller tjänsten utgörs antingen av enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller av dels en sådan rätt, dels betalning, och
  3. kontraktet innefattar att en sådan verksamhetsrisk som avses i 22 § övertas av koncessionshavaren.<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> Se bl.a. C-451/08 *Helmut Müller*, ECLI:EU:C:2010:168, p. 62-63.

<sup>8</sup> Se t.ex. C-399/98 *Ordine degli Architetti*, ECLI:EU:C:2001:401, p. 52, 55 och 85.

<sup>9</sup> Se t.ex. C-220/05 *Jean Auroux*, ECLI:EU:C:2007:31, p. 40.

<sup>10</sup> Prop. 2015/16:195 s. 934.

<sup>11</sup> 1 kap. 2 § LUK.

<sup>12</sup> 1 kap. 13 § LUK.



14. Med verksamhetsrisk avses efterfrågerisk eller utbudsrisik eller båda.<sup>13</sup> Med övertagande av verksamhetsrisk avses att en koncessionshavare genom koncessionen, vid normala verksamhetsförhållanden,
1. inte är garanterad att kompenseras för de investeringar som görs och de kostnader som uppstår vid utnyttjandet av det byggnadsverk eller tillhandahållandet av de tjänster som är föremål för koncessionen, och
  2. utsätts för en verklig exponering för förändringar på marknaden på så sätt att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte är endast nominella eller försumbara.
15. Med tjänstekoncession avses en koncession genom vilken en upphandlande myndighet anförtrot till koncessionshavaren tillhandahållandet och förvaltningen av andra tjänster än de som avses för byggkoncessioner.<sup>14</sup>
16. Konkurrensverket bedömer att BEMAB inte har övertagit en verksamhetsrisk i den mening som avses enligt LUK och att det inte föreligger en tjänstekoncession. Skälen för detta är i huvudsak följande.
17. Enligt miljöbalken får en innehavare av hushållsavfall inte själv ta hand om avfallet utan måste vända sig till sin kommun eller den kommunen utsett för hantering av avfallet.<sup>15</sup> Tjänsterna måste därför anskaffas från BEMAB. Mängden avfall bedöms inte kunna minska nämnvärt genom enskilda fastighetsägares agerande. Risken för BEMAB att utsättas för konkurrens är starkt begränsad om inte obefintlig eftersom Kommunens ensamrätt till avfallet överförts till BEMAB.<sup>16</sup>
18. BEMAB kan vidare i hög grad påverka avgiftens storlek eftersom BEMAB tar fram underlag och förslag på avgift. Av beslutet om antagandet av avfallstaxan samt bolagsordningen framgår att verksamheten för kommunalt avfall ska gå plus minus noll över tid. Det finns även lagstöd för att avgiften kan fastställas så att den täcker nödvändiga kostnader.<sup>17</sup>
19. Konkurrensverket konstaterar därutöver att Kommunen enligt bolagsordningen tillsätter BEMAB:s styrelse, ordförande och vice ordförande. Detta utgör en riskreducerande faktor.

---

<sup>13</sup> 1 kap. 22 § LUK.

<sup>14</sup> 1 kap. 19 § LUK.

<sup>15</sup> 15 kap. 20 och 24 §§ MB.

<sup>16</sup> Enligt miljöbalken är det straffbelagt för annan än Kommunen, eller den Kommunen utsett, att ta befattning med avfallet, 29 kap. 9 § första stycket 14 miljöbalken.

<sup>17</sup> 2 kap. 6 § kommunallagen.



20. Konkurrensverket bedömer sammantaget att den verksamhetsrisk som BEMAB tar enbart kan bedömas som nominell eller försumbar. LUK är således inte tillämplig på avfallshanteringen.

*Tilldelningen av uppdraget att utföra avfallstjänster*

21. Kommunen har under utredningen gjort gällande att uppdraget gällande avfallstjänster tilldelades BEMAB år 2006 när bolaget bildades varför det redan vid denna tidpunkt får anses att ett avtal ingicks. Konkurrensverket delar inte denna bedömning vilket utvecklas nedan.
22. BEMAB tillhandahåller avfallstjänster i utbyte mot ekonomisk ersättning från dels Kommunen, dels tredje man. Utöver av BEMAB utfärdade fakturor finns inte någon ytterligare dokumentation rörande anskaffning av avfallstjänster som t.ex. skriftliga avtal. Det innebär att tidpunkten för tilldelningen och ingående av kontrakt eller ramavtal avseende tjänsterna måste fastställas genom tolkning av befintligt material och parternas agerande.
23. Av bolagsordning och ägardirektiv framgår bl.a. att BEMAB har till föremål för sin verksamhet att ansvara för Kommunens avfallshantering och att bolagets syfte är att främja en god och långsiktigt hållbar avfallshantering. Därigenom har Kommunen överlätit sin skyldighet att behandla det kommunala avfallet enligt miljöbalken till BEMAB.<sup>18</sup> Genom Kommunens beslut om återvinningstaxa fastställs denna för bolaget att ta ut för behandling av kommunalt avfall nästkommande år. Beslutet innebär att de ekonomiska villkoren för BEMAB:s tillhandahållande av avfallstjänster fastställs. Därigenom regleras de slutliga villkoren för BEMAB:s avfallshantering utan att volymerna för detta anges.
24. Vid tidpunkten för beslutet om återvinningstaxa uppstår enligt Konkurrensverket en tilldelning av ett ramavtal avseende tjänster mellan Kommunen och BEMAB om nästkommande års behandling av avfall (Avtalet).
25. Avtalet innebär att BEMAB ska ansvara för Kommunens avfallshantering. I utbyte mot dessa tjänster åtar sig Kommunen att dels utge ersättning i egenskap av brukare, dels låta BEMAB uppbära ersättning från tredje man. Genom Avtalet uppstår därmed rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär. Avtalet omfattas av LOU och har ingåtts vid den tidpunkt då de slutliga villkoren för Avtalet fastställts genom antagandet av återvinningstaxa.

---

<sup>18</sup> Se även kap. 1 och 2 Borås Stads Författningssamling, Avfallsföreskrifter, fastställda 18 mars 2021.

## Upphandlingens värde

26. Huvudregeln enligt LOU är att kontrakt och ramavtal ska föregås av annonsering så att alla potentiella leverantörer får samma förutsättningar att lämna anbud.<sup>19</sup>
27. Avtalet omfattas av LOU:s tillämpningsområde men har inte föregåtts av någon annonserad upphandling. Med anledning av detta måste det bedömas om det med hänsyn till upphandlingens värde har varit tillåtet att ingå Avtalet utan att först genomföra en annonserad upphandling.
28. Om värdet av en upphandling överstiger tillämpligt tröskelvärde ska upphandlingen, som huvudregel, annonseras enligt de direktivstyrda bestämmelserna i LOU. Om värdet understiger tillämpligt tröskelvärde men överstiger direktupphandlingsgränsen ska upphandlingen annonseras enligt de icke-direktivstyrda bestämmelserna i LOU.<sup>20</sup> Om upphandlingens värde understiger direktupphandlingsgränsen föreligger förutsättning att genomföra en direktupphandling.<sup>21</sup>
29. Tillämpligt tröskelvärde för upphandlingen uppgick 2023 till 2 236 731 kronor.<sup>22</sup> Direktupphandlingsgränsen uppgick till 700 000 kronor.<sup>23</sup>
30. Värdet av en upphandling är det totala belopp som ska betalas enligt de kontrakt som ingår i upphandlingen. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.<sup>24</sup> Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet.<sup>25</sup> Värdet av ett ramavtal ska uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalet under löptiden.<sup>26</sup>
31. Konkurrensverket har under utredningen frågat Kommunen vilket värde Kommunen uppskattat att verksamheten som omfattas av det senaste beslutet om återvinningstaxa kommer att uppgå till under beslutets giltighetstid. På frågan har Kommunen svarat att BEMAB:s intäkter, som kan härledas till taxebeslutet, uppskattningsvis kommer att uppgå till ca

---

<sup>19</sup> 10 kap. 1 § LOU.

<sup>20</sup> 1 kap. 4 § LOU.

<sup>21</sup> 19 kap. 1 § och 19 a kap. 2 § LOU.

<sup>22</sup> Tillkännagivande (2022:190) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>23</sup> 19 a kap. 2 § LOU.

<sup>24</sup> 5 kap. 3 § LOU.

<sup>25</sup> 5 kap. 5 § LOU.

<sup>26</sup> 5 kap. 14 § LOU.



143 000 000 kronor under 2024. Kommunen får härmed anses ha angett såväl Avtalets löptid som dess uppskattade värde.

32. Av BEMAB:s budgetförslag till Kommunen framgår att för att över tid nå ett plus minus noll resultat för verksamheten för kommunalt avfall behöver återvinningstaxan för 2024 höjas i genomsnitt med tio procent. Omsättningen för verksamheten för kommunalt avfall 2023 uppgick till strax under 136 000 000 kronor. Den föreslagna höjningen ger således en omsättning om drygt 149 000 000 kronor. Kommunens uppskattning av upphandlingens värde framstår därmed som rimlig.
33. Konkurrensverket beräknar således värdet på Avtalet och upphandlingen till 143 000 000 kronor. Upphandlingens värde överstiger såväl direktupphandlingsgränsen som tillämpligt tröskelvärde. Upphandlingen skulle därför ha annonserats förutsatt att något undantag inte har varit tillämpligt.

#### Undantaget för intern upphandling

34. Kommunen har under utredningen anfört att anskaffningen inte omfattas av upphandlingsregelverket eftersom undantaget för intern upphandling är tillämpligt.
35. Undantagen för intern upphandling<sup>27</sup> innebär att vissa avtal som ingår internt inom en och samma koncern inte behöver föregås av en annonserad upphandling. Undantagen kodifierar delvis EU-domstolens praxis<sup>28</sup> och ska tolkas restriktivt. Det är den part som åberopar att undantagen för intern upphandling ska tillämpas, i detta fall Kommunen, som har att visa att förutsättningarna för detta är uppfyllda.<sup>29</sup>
36. En upphandling ska bl.a. anses vara en intern upphandling, om
1. den upphandlande myndigheten utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet),
  2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämd enligt 16 §, för myndighetens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som myndigheten utövar kontroll över (verksamhetskriteriet), och

---

<sup>27</sup> 3 kap. 12–16 §§ LOU.

<sup>28</sup> Prop. 2015/16:195 s. 393 f.

<sup>29</sup> C-26/03 *Stadt Halle*, ECLI:EU:C:2005:5 p. 44–46.





3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.<sup>30</sup>

37. Konkurrensverket bedömer att kontrollkriteriet var uppfyllt vid tidpunkten för direktupphandlingen. Det finns inte heller något privat ägarintresse i BEMAB.

### *Verksamhetskriteriet*

38. Konkurrensverket bedömer att verksamhetskriteriet inte var uppfyllt vid tidpunkten för direktupphandlingen. Skälen för detta utvecklas nedan.

### **Rättsliga utgångspunkter**

39. Verksamhetskriteriet ska i första hand bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under de tre år som föregår tilldelningen.<sup>31</sup>

40. Verksamhetskriteriet har särskilt till syfte att säkerställa att upphandlingsdirektiven är tillämpliga när ett företag som kontrolleras av en eller flera myndigheter är aktivt på marknaden och kan konkurrera med andra företag. Detta grundas i att ett företag inte nödvändigtvis berövas sin handlingsfrihet endast på grund av att de beslut som berör företaget kontrolleras av den myndighet som innehar det, om företaget fortfarande kan utöva en betydande del av sin ekonomiska verksamhet tillsammans med andra aktörer.<sup>32</sup>

41. Vid bedömningen av om den kontrollerade personen bedriver huvuddelen av sin verksamhet åt den kontrollerande personen ska både kvalitativa och kvantitativa omständigheter beaktas.<sup>33</sup> Kvalitativa omständigheter kan omfatta hur den relevanta marknaden ser ut och, om motparten tillhandahåller varor och tjänster till både den upphandlande myndigheten och tredje man, vilka rättsförhållanden som föreligger.<sup>34</sup> Vad gäller kvantitativa omständigheter kan inte omsättningen ensamt vara avgörande. Även andra indikatorer måste kunna beaktas, såsom hur stor andel av de totala intäkterna som härrör från den verksamhet som utförs för ägarens räkning.<sup>35</sup> Verksamhet som den kontrollerade personen bedriver för andra personer än den kontrollerande personen ska anses vara extern verksamhet.<sup>36</sup>

---

<sup>30</sup> 3 kap. 12 § LOU.

<sup>31</sup> 3 kap. 16 § LOU.

<sup>32</sup> C-340/04 *Carbotermo*, ECLI:EU:C:2006:24, p. 60 och 61.

<sup>33</sup> C-340/04 *Carbotermo*, p. 64.

<sup>34</sup> Se förslag till avgörande av generaladvokaten i C-340/04 *Carbotermo*, p. 98, 109 och 113–114.

<sup>35</sup> C-553/15 *Undis Servizi*, ECLI:EU:C:2016:935, p. 34 och 36 samt generaladvokatens yttrande i C-340/04 *Carbotermo*, p. 106.

<sup>36</sup> C-553/15 *Undis Servizi*, p. 36.



42. 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 vad som är intern verksamhet. Det gäller oavsett om mottagaren av varan eller tjänsten är den kontrollerande myndigheten själv eller om betalningen kommer från dem som använder varan eller tjänsten, dvs. om det är myndigheter eller tredje parter som använder tjänster enligt koncessioner eller andra rättsförhållanden.<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup>
43. Intäkter från tredje man kan således i vissa fall anses vara hänförliga till den interna verksamheten, särskilt om kommunen har en skyldighet att tillhandahålla den aktuella tjänsten till kommuninvånarna, antingen enligt lag eller privaträttsliga avtal.<sup>39</sup>

#### **Bolagsordningens och ägardirektivens betydelse som kvalitativ omständighet**

44. Kommunen har gjort gällande att BEMAB i bolagsordning och ägardirektiv har tilldelats uppdraget att ansvara för alla aktuella verksamhetsområden. Samtliga delar av bolagets omsättning härrör enligt Kommunen från det tilldelade uppdraget och verksamhetskriteriet får därför anses uppfyllt.
45. Ägardirektiv och bolagsordningar är associationsrättsliga instrument som syftar till att fastställa ramarna för det kommunala bolagets näringsverksamhet och tillse att denna omfattas av den kommunala kompetensen. Bolagsordningen kan i många fall utgöra ett aktiebolagsrättsligt tolkningsinstrument vid såväl den kvalitativa som den kvantitativa bedömningen, närmare bestämt hur och för vem verksamheten ska drivas.<sup>40</sup> Detta bör även gälla för ägardirektiven. Varken bolagsordningen eller ägardirektiven utgör dock i sig något offentligt kontrakt. Dessa dokument innehåller inga ekonomiska villkor och har inte sådan rättslig innebörd som innebär att en tilldelning av kontrakt, i den mening som avses i EU-domstolens rättspraxis, har skett.<sup>41</sup>
46. Det strider även mot syftena med EUF-fördraget och upphandlingsdirektiven samt det särskilda syftet med verksamhetskriteriet, dvs. att öppna upp den inre marknaden för icke-snedvriden konkurrens, att enbart stödja sig mot

---

<sup>37</sup> C-340/04 *Carbotermo*, p. 65–67. I den svenska versionen av domen används begreppet tilldelningsbeslut. I den engelska versionen används begreppet "decisions to award contracts".

<sup>38</sup> Jfr 1 kap. 15 § LOU och C-451/08 *Helmut Müller*, p. 59–60 och 62–63.

<sup>39</sup> Se C-340/04 *Carbotermo*, p. 67 och generaladvokatens yttrande i *Carbotermo*, p. 109 och 113–114.

<sup>40</sup> Jfr generaladvokatens yttrande i C-340/04 *Carbotermo*, p. 98–99.

<sup>41</sup> Jfr Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 4 oktober 2023 i mål nr 3621-23.

innehållet i bolagsordningen och ägardirektiven vid bedömningen av verksamhetskriteriet. Bolagsordningen och ägardirektiven utgör ramarna för ett kommunalt bolags verksamhet och ändamål. Om bolagsordningen och ägardirektiven ensamt skulle vara avgörande vid verksamhetsbedömningen skulle det få till följd att i princip all verksamhet som anges kan anses vara intern, och att med den kommunala verksamheten förenliga tilläggstjänster eller produkter kan tillhandahållas tredje man på marknader där andra leverantörer är verksamma.<sup>42</sup> Ett sådant synsätt skulle innebära att en betydande del upphandlingspliktiga kontrakt automatiskt skulle kunna anses falla utanför upphandlingsbestämmelsernas tillämpningsområde.<sup>43</sup> Detta skulle riskera att det aktuella undantaget skulle komma att tillämpas i mycket större utsträckning än vad som är tillåtet.<sup>44</sup>

47. För att avgöra vilka delar som utgör intern respektive extern verksamhet, måste därför andra kvalitativa omständigheter beaktas, såsom hur relevanta marknader ser ut.<sup>45</sup> Eftersom BEMAB tillhandahåller varor och tjänster till både Kommunen och tredje man måste därutöver beaktas vilka rättsförhållanden som föreligger.<sup>46</sup>

### **Konkurrensverkets bedömning av de olika verksamhetsområdena**

48. Som utgångspunkt ska omsättningen vara hänförlig till den kontrollerande myndigheten, i detta fall Kommunen, för att anses vara intern. Konkurrensverket har i detta ärende inte utrett eller bedömt i vilken utsträckning den omsättning som BEMAB redogjort för ska hänföras till Kommunen eller olika koncernbolag. Konkurrensverket tillgodoräknar därför den omsättning som är hänförlig till Kommunens koncernbolag som intern för Kommunen.
49. Konkurrensverket har vid bedömningen av verksamhetskriteriet utgått från förteckningen i bilaga 5 över BEMAB:s omsättning för åren 2020, 2021, 2022 och 2023 fördelad på verksamhetsområden som Kommunen gett in under utredningen. I bilaga 6 har Konkurrensverket redovisat sin bedömning av vilken omsättning som ska hänföras till intern respektive extern verksamhet de relevanta åren enligt följande.

### **Avfall samt vatten- och avlopp**

50. Omsättningen för den kommunala avfallsverksamheten omfattas av det tilldelade Avtalet och räknas i sin helhet som intern verksamhet. För 2020

---

<sup>42</sup> Se C-340/04 *Carbotermo*, p. 60. Jfr även exemplet som generaladvokaten ger i p. 114 i sitt yttrande i samma mål.

<sup>43</sup> Jfr C-340/04 *Carbotermo*, p. 64. Jfr även p. 79 i generaladvokatens yttrande i samma mål, där det uttalas att det är den verksamhet som faktiskt bedrivs som är avgörande och inte den verksamhet som den kontrollerande enheten kan utföra enligt t.ex. bolagsordningen.

<sup>44</sup> Varje undantag från skyldigheten att tillämpa upphandlingsbestämmelserna ska tolkas restriktivt. Jfr punkt 34 ovan.

<sup>45</sup> Jfr C-340/04 *Carbotermo*, p. 58 och 60.

<sup>46</sup> Jfr C-340/04 *Carbotermo*, p. 64 och 67. Jfr även generaladvokatens yttrande i *Carbotermo*, p. 98, 109 och 113–114.



förekommer inte benämningen kommunalt avfall utan enbart det bredare begreppet avfallsverksamhet. Konkurrensverket har tillgodoräknat Kommunen detta verksamhetsområde som internt utan att bedöma dess exakta innehåll.

51. Konkurrensverket bedömer vidare att vatten- och avloppsverksamhet utgör en intern verksamhet i sin helhet. Kommunen har en skyldighet att ordna med vattentjänster, dvs. vattenförsörjning och avlopp enligt 6 § lagen (2006:412) om allmänna vattentjänster. Även för dessa tjänster har Kommunen rätt att ta ut avgifter vilket görs genom en taxa.<sup>47</sup> Verksamheten utgör således en obligatorisk verksamhet för Kommunen och förpliktelsen att utföra detta har genom bolagsordning och ägardirektiv överlåtits på BEMAB.<sup>48</sup>

#### Fjärrvärme och övrig verksamhet

52. Konkurrensverket bedömer att BEMAB:s fjärrvärmeverksamhet och övriga verksamhetsgrenar<sup>49</sup> utgör extern verksamhet. Den del av omsättningen som inom dessa verksamheter kan hänföras till försäljning till Kommunen och koncernbolag tillgodoräknas dock som intern.
53. Kommunen har under utredningen anfört att i vart fall fjärrvärmeverksamheten ska betraktas som intern verksamhet eftersom denna har tilldelats BEMAB på samma sätt som avfallsverksamheten samt vatten- och avloppsverksamheten. Fjärrvärmeverksamheten utgör en dominerande del av den omsättning som Konkurrensverket bedömer som extern och behandlas därför närmare i det följande.<sup>50</sup>
54. Kommunen och BEMAB är inte skyldiga att bedriva fjärrvärmeverksamhet enligt lag. Verksamheten är alltså frivillig. BEMAB har inte heller någon rättslig förpliktelse mot Kommunen att bedriva verksamheten mot ersättning. Konkurrensverket anser därför att den inte omfattas av en tilldelning från kommunen.
55. Fjärrvärmemarknaden är avreglerad och öppen för fri prissättning. Fjärrvärmeföretag, såsom BEMAB, har en form av lokalt naturligt monopol, men andra uppvärmningsformer på uppvärmningsmarknaden kan utgöra

---

<sup>47</sup> 34 § lagen om allmänna vattentjänster.

<sup>48</sup> Se även Borås stads författningssamling, Allmänna bestämmelser för användande av Borås Energi och Miljö AB:s allmänna vatten- och avloppsanläggning (ABVA) antagna den 18 november 2010.

<sup>49</sup> Med övriga verksamhetsgrenar avses alla verksamheter förutom avfall, vatten- och avlopp samt fjärrvärme.

<sup>50</sup> Fjärrvärmeverksamheten utgjorde 45,2 procent av BEMAB:s omsättning 2020 (exklusive intern omsättning); 47,7 procent av omsättningen 2021 (exklusive intern omsättning) och 52,3 procent av omsättningen 2022 (exklusive intern omsättning). Övriga verksamhetsgrenar utgjorde 3,2 procent av omsättningen 2021 (exklusive intern omsättning); 3,6 procent av omsättningen 2022 (exklusive intern omsättning) och 3,31 procent av omsättningen för 2022 (exklusive intern omsättning). Omsättningsuppgifterna framgår av bilaga 6.



alternativ.<sup>51</sup> Enligt fjärrvärmelagen (2008:263) har fjärrvärmeföretaget också en skyldighet att förhandla med den aktör som vill ha tillträde till nätet för att mata in egenproducerad värme.<sup>52</sup>

56. Fjärrvärmeverksamheten utförs alltså på en konkurrensutsatt marknad. Av bilaga 6 framgår att enbart en liten del av BEMAB:s omsättning för fjärrvärme härrör från Kommunen och bolag inom kommunkoncernen.
57. Enligt årsredovisningen tillhandahåller BEMAB fjärrvärme till företag och privatpersoner, det vill säga till tredje man. Avtal om fjärrvärme träffas direkt med kund. De relevanta rättsförhållandena uppkommer och regleras således endast mellan BEMAB och tredje man.
58. Mot denna bakgrund anser Konkurrensverket att fjärrvärmeverksamheten är extern verksamhet, i vart fall till den del som verksamheten utförs för och betalas av tredje man. Eftersom verksamheten är konkurrensutsatt och rättsförhållandena föreligger mellan BEMAB och tredje man anser Konkurrensverket att detta skulle vara fallet oavsett om verksamheten skulle anses falla inom ramen för en tilldelning från Kommunen.<sup>53</sup>

#### Slutsats

59. Utifrån de uppgifter om omsättning som Konkurrensverket har tagit del av under utredningen utgör den genomsnittliga interna verksamheten för de relevanta åren endast 48,2 procent av BEMAB:s totala verksamhet. Detta även vid en generös beräkning där samtliga koncernintäkter har räknats som interna. BEMAB:s genomsnittliga externa verksamhet under de relevanta åren utgör alltså 51,8 procent av bolagets totala verksamhet, vilket överstiger den tillåtna gränsen om 20 procent.
60. Det noteras att bedömningen av verksamhetskriteriet blir densamma även för det fall att LUK skulle anses vara tillämplig på avfallshanteringen eftersom reglerna om intern upphandling är desamma i LOU och LUK.
61. Undantaget för intern upphandling har därmed inte varit tillämpligt vid tidpunkten för direktupphandlingen. Det har inte heller framkommit att något annat undantag från annonseringsskyldigheten skulle vara tillämpligt. Det är därför fråga om en otillåten direktupphandling.

---

<sup>51</sup> Energimarknadsinspektionen – PM2024:01 Genomlysning av fjärrvärmemarknaden samt Prisbildning på Svenska fjärrvärmemarknaden <https://ei.se/download/18.220af5d17a75ec08bc1af/1625641092080/Prisbildning-p%C3%A5-Svenska-fj%C3%A4rrv%C3%A4rme-marknaden-2021.pdf>.

<sup>52</sup> 37 § fjärrvärmelagen. Enligt 38 § fjärrvärmelagen ska verksamheten också bedrivas på affärsmässig grund.

<sup>53</sup> Jfr Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 4 oktober 2023 i mål nr 3621-23.



### Upphandlingsskadeavgift

62. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.<sup>54</sup> Det krävs inte att den upphandlande myndigheten har agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.<sup>55</sup>
63. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.<sup>56</sup>

### Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

64. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut.<sup>57</sup>
65. Avtalet ingicks den 28 september 2023. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska därmed ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det datumet.

### Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

66. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde. Beräkningen av värdet ska ske enligt 5 kap. LOU.<sup>58</sup> Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.<sup>59</sup> Konkurrensverket har beräknat upphandlingens värde till 143 000 000 kronor (se punkt 33 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 10 000 000 kronor.
67. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.<sup>60</sup>

---

<sup>54</sup> 3 kap. 12–16 §§ LOU.

<sup>55</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

<sup>56</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 196–197.

<sup>57</sup> Se 21 kap. 7 § LOU.

<sup>58</sup> Se 21 kap. 4 § LOU.

<sup>59</sup> Se HFD 2014 ref. 69.

<sup>60</sup> 21 kap. 5 § LOU.



68. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.<sup>61</sup>
69. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att till exempel rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.<sup>62</sup> Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.<sup>63</sup>
70. Det är fråga om en otillåten direktupphandling och sanktionsvärdet är därför som utgångspunkt högt. Omständigheterna är inte sådana att det kan bli fråga om eftergift. Det är inte heller fråga om ett ringa fall. Det har inte framkommit några förmildrande omständigheter. Upphandlingens höga värde bedöms dock vara en försvårande faktor.
71. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 8 000 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

---

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman  
Chefsjurist

Erik Sollenberg  
Processråd

Maria Andersson Müller  
Processråd

---

<sup>61</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369–370.

<sup>62</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198 och 369–370.

<sup>63</sup> Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

## Bifogas

- Bilaga 1 Bolagsordning för Borås Energi och Miljö AB 2023-02-23
- Bilaga 2 Ägardirektiv för Borås Energi och Miljö AB 2023-03-01
- Bilaga 3 Sammanträdesprotokoll Kommunfullmäktige 2023-09-28 om återvinningstaxa – kommunalt avfall 2024
- Bilaga 4 Återvinningstaxa 2024, fastställd av Kommunfullmäktige 2023-09-28
- Bilaga 5 Förteckning över omsättning BEMAB 2020–2023
- Bilaga 6 Konkurrensverkets sammanställning av BEMAB:s omsättning samt intern och extern verksamhet 2020–2022