

Tjänstekoncessioner

- och dess rättsutveckling inom den kommunala avfallsbranschen

Amanda Hoffmann

Kandidatuppsats i handelsrätt
Konkurrensrätt
VT 2012

Handledare
Catrin Karlsson



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

1. Inledning.....	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte/Frågeställning.....	7
1.3 Avgränsning	8
1.4 Metod och material	8
1.5 Disposition	10
2. Kommunala avfallssektorn.....	11
2.1 Avfallsmarknaden	11
2.1.1 Kommunal renhållningsskyldighet	12
2.1.2 Kommunallag.....	12
2.2 Privata avfallsbolag.....	13
3. Upphandlingsförfarande.....	15
3.1 Offentlig upphandling	15
3.1.1 Lagen om offentlig upphandling.....	15
3.1.2 Upphandlingsundantag	16
3.1.3 Unionsrätt.....	18
3.2 Koncessioner	19
3.2.1 Tjänstekoncessioner	19
3.2.2 Svensk lagstiftning.....	20
3.2.3 Unionsrätt.....	21
4. Rättspraxis.....	23
4.1 Unionsrättslig praxis	23
4.1.1 Teckal.....	23
4.1.2 Stadt Halle.....	24

4.1.3	Kommissionen mot Tyskland	24
4.2	Svensk rättspraxis.....	25
4.2.1	Sysav-målet.....	25
4.2.2	Uddevalla-målet.....	27
4.3	Nuvarande rättsläge.....	29
5.	Slutsatser.....	31
5.1	Sammanfattning	31
5.2	Diskussion.....	31
5.3	Förväntningar inför framtiden.....	33
6.	Källförteckning.....	35

Sammanfattning

Denna uppsats syftar till att klargöra upphandlingskraven inom avfallsområdet och att beskriva hur den svenska och unionsrättsliga rättsutvecklingen på området ser ut. Läsaren erbjuds en inblick i hur avfallsmarknaden rent faktiskt fungerar och hur den har förändrats till att se ut som den gör idag.

Uppsatsen förtydligar hur rättsutvecklingen avseende tjänstekoncession påverkat upphandlingskriterierna för kommunala renhållningsbolag. Vidare förklaras när en tjänstekoncession anses föreligga och vilka regler som gäller vid tilldelning av en tjänstekoncession. Uppsatsen redogör för den nationella och unionsrättsliga praxis som har föranlett en viss förändring på avfallsområdet där extra fokus läggs på två nationella domar - Sysav-målet och Uddevalla-målet - då dessa exemplifierar problematiken och rättsutvecklingen på ett särskilt tydligt sätt.

Summary

The main purpose of this thesis is to clarify which procurement criteria are relevant to the waste-recycling market and to describe what impact both Swedish and European legal developments have had on the waste-recycling sector. The reader is offered a glimpse of how the waste market actually works and how it has changed and developed into the market it is today.

The thesis clarifies how legal developments regarding service concession affected the procurement criteria for local waste-recycling companies. It also discusses when a service concession is deemed to exist and which rules govern the award of this type of concessions. Both Swedish and EU case laws are accounted for as regards the changes they brought to the waste-recycling industry, including a focus on two Swedish case laws - the Sysav case and the Uddevalla case - for they exemplify the legal problems and developments in a particularly accurate way.

Förkortningar

Aktiebolagslagen	Aktiebolagslagen (2005:551)
Avfallsförordningen	Avfallsförordningen (2011:927)
Art.	Artikel
Dir.	Direktiv
Ds	Departementsserien
ESS	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EU	Europeiska Unionen
EUF	Fördraget om Europeiska Unionen
EMKR	Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt
FL	Förvaltningslag (1986:223)
FR	Förvaltningsrätten
JO	Justitieombud
Kap.	Kapitel
KL	Kommunallag (1991:900)
KR	Kammarrätten
LR	Länsrätten
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
MB	Miljöbalk (1998:808)
NSR	Nordvästra Skånes Renhållnings AB
OFUKI	Utredning om offentliga företag - upphandling, kontroll, insyn
Prop.	Proposition
p.	Punkt
RR	Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstol)
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
Sysav	Sydsånes avfallsaktiebolag

1. Inledning

1.1 Bakgrund

*”One man’s trash is another man’s treasure”*¹

Då avfallshantering de senaste åren genomgått en transformering från att vara något oviktigt, nästan pinsamt att prata om till att bli en guldgruva har dess mindre lukrativa baksida ofta hamnat i omdiskuterat blåsväder.

Mycket av debatten handlar om direkttilldelade tjänstekontrakt utan något föregående upphandlingsförfarande, något som för övrigt varit föremål för en hel del rättsfall de senaste fem åren. Spekulationer kring en snedvridande konkurrens från de kommunala renhållningsföretagen diskuteras ofta inom branschen. Branschens oro förstärkts bara ytterligare genom uttalanden av Sysavs VD i stil med det som förekom i bolagets årsredovisning 2003: *“... nya organisationen innebär att Sysav mer än tidigare fokuserar på marknadsfrågorna”*² och när förutsättningarna finns *“skall bolaget också vidareutveckla projekt och idéer rörande avfallshantering och återvinning för att kommersiellt erbjuda dessa till marknader såsom färdiga produkter i form av tjänster och utrustning”*.³ De kommunala renhållningsbolagen verksamhetsområde har tydligt ändrats från att ”enbart” tillgodose en allmännyttig tjänst i form av den kommunala renhållningsskyldigheten till att ta hand om avfall från andra, konkurrensutsatta, delar av samhället. Byggavfall är en vanligt förekommande del av exempelvis Sysavs totala avfallssammanställning. I takt med att allt fler privata avfallsentreprenörer har kapacitet att ta emot, behandla och transportera avfall är principen om ett korrekt upphandlingsförfarande viktigare än någonsin. Det är dock tydligt att upphandlande myndigheter är skickliga på att hitta undantagsregler och luckor i lagtexterna för att se till att avfallskontrakt och renhållningstjänster direkt tilldelas egna kommunala renhållningsbolag. De senaste åren har begreppet *”tjänstekoncession”* införts på avfallsområdet vilket föranlett en viss oklarhet i begreppets innebörd och dess inverkan på upphandlingsförfarandet. Vidare har Sverige, i enlighet med unionspraxis, infört ett temporärt upphandlingsundantag i LOU som medför ett undantag till upphandlingsskyldighet i vissa fall.

1.2 Syfte | Frågeställning

Syftet med denna uppsats är att klargöra vilka upphandlingskrav inom avfallsområdet som föreligger och hur rättsutvecklingen på området ser ut. Vidare tydliggörs när en tjänstekoncession anses föreligga och vilka regler som gäller vid tilldelning av en sådan. Huvudfrågeställningen som kommer besvaras är:

- På vilket sätt har rättsutvecklingen avseende tjänstekoncession påverkat upphandlingskriterierna för kommunala renhållningsbolag?

¹ *Gammalt engelskt ordspråk.*

² Sysav årsredovisning 2003, s.3.

³ Sysav årsredovisning 2003, s.24.

Underliggande frågeställningar kommer också att besvaras i uppsatsen.

- Har Sysav-målet och Uddevalla-målet påverkat tjänstekoncessioners utveckling i Sverige?
- Skiljer sig upphandlingskraven vid tjänstekoncession från upphandlingskraven vid offentlig upphandling enligt LOU?
- Hur har tjänstekoncessioners rättsutveckling påverkat avfallsmarknaden?
- Hur har Teckal-undantaget påverkat upphandlingskraven inom den kommunala renhållningssektorn?

1.3 Avgränsning

Det finns som sagt var mycket att diskutera och analysera inom denna bransch; allt från konkurrenspåverkande utnyttjande av monopolställning, snedvriden konkurrens genom att rabattera ett bolag men inte det andra, till korssubventioner i miljonbelopp. Jag har därmed känt mig tvingad att avgränsa mig till ett område, inte bara geografiskt utan också inom den faktiska avfallshanteringen. Kommunen har en lagstadgad renhållningsskyldighet att ta hand om och återvinna kommuninvånarnas hushållsavfall.⁴ Med denna renhållningsskyldighet som bas har jag valt att analysera tjänstekoncessioners rättsutveckling från att vara näst intill försumbar till gällande praxis. Andra avfallsfraktioner som inte räknas som ”hushållsavfall och därmed jämförligt avfall” kommer således ej att diskuteras. För att belysa rättsutvecklingen har jag valt att framhäva *Sysav-* och *Uddevalla-målen*, som i min mening, exemplifierar den tydliga rättsutvecklingen.

1.4 Metod och material

Jag har valt att använda mig av en juridisk rättsdogmatisk metod där jag inriktar mig på att tolka och systematisera gällande rätt genom att framställa rättsordningen som ett koherent nätverk av huvudregler och undantag.⁵ I den rättsdogmatiska metoden använder jag traditionella medel som argumentation och analys av rättsregler och begrepp till grund för mina påståenden. Rättsdogmatisk metod anvisar vilka rättsregler eller rättskällor som beaktar eller uttalar sig i det aktuella fallet. Detta uttalande analyseras sedan med hjälp av diverse tolkningsmetoder och resulterar sedan i någon form av juridisk slutsats. En rättsdogmatisk metod innebär att man bearbetar en rättskällas ursprung och värderar dess legitimitet.⁶ Normalt är det domstolarna som analyserar dessa juridiska rättskällor och uttalar sig i form av en dom som i sig blir vägledande (främst när det rör sig om de högsta instanserna). Denna rättspraxis utgör empiriskt stöd för den rättsdogmatiska metoden, något som den till viss del annars saknar. Den rättsdogmatiska metoden är varken rent normativ eller rent deskriptiv då dess viktigaste beståndsdelar är värderingar. Det här får en att fundera över hur lämpad metoden då är med tanke på att den är baserad på just värderingar. Värderingar som varierar från person till person och från situation till situation. I slutändan är det så med alla typer av infallsvinklar inom juridiken; att samtliga metoder begränsas av någon form av personligt betraktelsesätt.

⁴ 15 kap. 8§ MB.

⁵ Aleksander Peczenik, *Juridikens allmänna läror* s. 249.

⁶ Aleksander Peczenik, *Juridikens allmänna läror* s. 252.

Aleksander Peczenik menar i sin bok *Juridikens allmänna läror* att för att förstå ett juridiskt begrepp måste man förstå många olika begrepp, då juridiska begrepp bildar ett sammanhängande nät.⁷ Dessa begrepp gör sig påmind i alla delar av juridiken, inte minst inom det området som denna uppsats avser, nämligen avfallshanteringen, där den kommunala renhållningsskyldigheten och dess lagstadgade *ensamrätt* blir ett begrepp som måste hanteras i ljuset av andra begrepp och rättsregler.

En annan väsentlig begränsning i den rättsdogmatiska metodläran är att den innefattar allmänna läror. Detta har medfört en del kritik då många menar att metoden därmed innefattar normativa komponenter⁸ och kan anses vara ovetenskaplig.

Detta till trots är det dock så att de grundläggande unionsrättsliga rättsprinciperna som; legalitetsprincipen, solidaritetsprincipen, likabehandlingsprincipen, rättssäkerhetsprincipen och subsidiaritetsprincipen är viktiga grundpelare såväl inom unionsrätten som i det nuvarande svenska rättssystemet.⁹ Rättsdogmatisk metod innefattar även konkreta rättsfallsbeskrivningar och rättfallsanalyser som resulterar i en exemplifiering av rättsreglerna. Det är med denna infallsvinkel jag har valt att angripa problematiken kring tjänstekoncessioners rättsutveckling inom avfallshanteringsbranschen. Till grund för min argumentation kommer jag använda mig av rättsvetenskapens traditionella källor; Lag, förarbeten, rättspraxis och slutligen doktrinen.

Sedan Sverige gick med i EU (januari 1995) har unionsrätten blivit en viktig del i den svenska gällande rätten där unionsrätten har en s.k. *direkt effekt* i medlemsländerna. Detta innebär att nationella domstolar måste beakta den inhemska rätten samtidigt som de även måste tillämpa unionsrätten. Unionsrätten består av primär- och sekundärrätt där primärrätten består av de två grundläggande fördragen EUF och FEUF med dess knutna protokoll. Sekundärrätten särskiljs från primärrätten och omfattar övrig lagstiftning och rättsbildning. Sekundärrätten bygger på korrekt rättslig grund, närmare bestämt på primärrätten. Unionsrättens rättskällelära består av skriven rätt följt av de grundläggande rättsprinciperna. Därefter följer praxis från EU-domstolen och slutligen doktrinen. Utanför den gällande rättskälleläran faller de icke-bindande rekommendationerna, deklARATIONER och yttranden från rådet eller kommissionen. Denna s.k. *soft-law* är inte utan betydelse då den i vissa fall kan vara avgörande för den unionsrättsliga rättskipningen.¹⁰

En av de mest centrala författningstyperna inom unionsrätten är *förordningar* som äger, i enlighet med art. 288.2 FEUF, allmän giltighet i samtliga medlemsländer. Det innebär att dessa förordningar är direkt bindande och tillämpliga inom svensk nationell rätt, för svenska myndigheter och domstolar. Det finns även rättsakter som måste implementeras i nationell rätt, där varje medlemsstat i enlighet med art. 288.3 FEUF, får bestämma tillvägagångssättet och genomförandet, dessa utgör s.k. *direktiv*.¹¹ Direktiv har normalt

⁷ Aleksander Peczenik, *Juridikens allmänna läror* s. 250.

⁸ Aleksander Peczenik, *Juridikens allmänna läror* s. 253.

⁹ Art. 4.1 och art. 5.2 FEUF, art. 4.3 EUF, art. 4.3 EUF, art. 18 FEUF, art. 5.1 och art. 5.3 EUF, resp. art. 6 EMKR.

¹⁰ Ulf Bernitz, *Finna rätt*, s. 65.

¹¹ Ulf Bernitz, *Finna rätt*, s. 66.

inte någon inverkan i Sverige utom i de fall det rör sig om regler av vertikal karaktär.¹² Direktiv kan exempelvis ha en inverkan i fall där tidsfristen för genomförandet gått ut.¹³ De unionsrättsliga rättskällorna är en viktig del i den svenska lagstiftningen vilket gör sig tydligt påmint på många områden, inte minst inom området- tjänstekoncessioner, där den svenska lagstiftningen, i min mening, är nästan obefintlig. Förutom faktumet att unionsrätten har företrädesrätt¹⁴ framför svensk rätt, så är unionsrättslig praxis också direkt vägledande för alla medlemsstater. Detta för att uppnå målet om enhetlighet inom unionsrätten, vilket spelat en avgörande roll för tjänstekoncessioners rättsutveckling i Sverige.

Förarbeten spelar en väsentlig roll i den svenska rättskällevärdet vars motsvarighet inom unionsrätten utgör ingressen (preamble) samt den s.k. *Grönbok*. Ingressen är ett viktigt tolkningshjälpmedel till lagtextens innebörd då den bl.a. beskriver syftet bakom lagtexten. Ingressens innebörd är specificerad i art. 296.2 FEUF. Den s.k. Grönbok bildar det första steget inför framtida förslag om ändringar i EU direktiv och ingår i samrådsförfarandet med berörda parter. Grönboken är inte juridiskt bindande utan skall enbart ses som ett tolkningsmedel som kan jämföras med nationella SOU betänkanden. Grönboken innehåller även EU-domstolens rättspraxis om exempelvis undantag för samarbete mellan offentliga myndigheter.

1.5 Disposition

Inledningsvis har jag valt att beskriva bakgrund och förutsättningar inom avfallsområdet där läsaren även får en inblick i hur avfallsmarknaden förändrats till att se ut som den gör idag. Därefter följer mitt syfte och mina frågeställningar. I ett kortare stycke redogör jag för varför jag valt detta område och hur min avgränsning ser ut. Därefter följer metod- och material kapitlet, som förutom vald metod, även innehåller en redogörelse för använt material; där jag bl.a. beskriver hur unionsrätten förhåller sig till den nationella rätten. Jämförelsen bedömer jag vara av allra högsta vikt då den nationella lagstiftningen inom vissa delar av mitt valda område är förhållandevis tunn medan däremot unionsrätten tätar hålen. Kapitel 2 beskriver hur den rådande avfallsmarknaden ser ut och vilka förutsättningar som föreligger för privata respektive offentliga aktörer. Jag beskriver sedan vilka förutsättningar som gäller för offentliga myndigheter att bedriva näringsverksamhet och vilka regler som då är tillämpliga. Kapitel 3 beskriver upphandlingsförfarandet för offentlig upphandling respektive förfarandet vid tjänstekoncessioner och hur den nationella respektive unionsrättsliga lagstiftningen på området ser ut. Kapitel 4 beskriver rättsutvecklingen på avfallsområdet beträffande offentlig upphandling av tjänstekontrakt respektive upphandling av tjänstekoncessioner. Här framställs både unionsrättslig praxis samt nationell praxis på området. Extra fokus läggs på två nationella domar då dessa exemplifierar problematiken och rättsutvecklingen på ett särskilt tydligt sätt. Kapitel 5 består av en kortare sammanfattning, mina egna reflektioner, slutsatser och framtida förhoppningar inom området. Uppsatsen avslutas med en källförteckning.

¹² Def: Regler som ger privata rättssubjekt rättigheter mot de allmänna, se Ulf Bernitz, Finna rätt, s. 74.

¹³ Ulf Bernitz, Finna rätt, s. 74.

¹⁴ Ulf Bernitz, Finna rätt, s. 75.

2. Kommunala avfallssektorn

2.1 Avfallsmarknaden

I Sverige omsätter avfalls- och återvinningsindustrin 32 miljarder kronor per år.¹⁵ Sedan 1970-talet har avfallshanteringen varit en kommunal angelägenhet men i takt med ökad avfallsmängd, jakt på ekonomisk rationalitet och stordriftsfördelar valde kommunerna att bilda gemensamt ägda bolag för att på så sätt skapa förutsättningar för en miljömässigt bättre avfallshantering.¹⁶

”Kommunala bolag finns för att behovet av en mer affärsmässig verksamhet finns än vad som är möjligt för Malmö stads kommunala verksamheter.”¹⁷

I början låg allt fokus på miljöpåverkan och resurshållning. I nuläget gäller det istället att förebygga själva uppkomsten av avfallet. I samband med detta skifte introducerades *Producentansvaret*, vilket innebär att verksamhetsutövaren bär ansvaret för att avfall omhändertas på ett miljömässigt korrekt sätt (återvinning, återanvändning, bortskaffande). Kommunens monopol för behandling och mottagning av farligt avfall avreglerades 1994 medan hushållsavfallsmonopolet finns kvar än i dag. Detta har öppnat upp för de privata avfallsaktörerna vilket ur konkurrenssynpunkt är viktigare än någonsin då vi lever i en värld där avfall är en attraktiv och efterfrågad energi- och climateffektiv råvara.

Avfallsmarknaden består av delmarknader med olika förutsättningar.¹⁸ Det finns idag ca 1 600 kommunalägda företag¹⁹ och Konkurrensverket identifierade (2008) 85st kommunala avfallsbolag som ägs av 133st kommuner.²⁰ Kommunala aktiebolag är för övrigt skyldiga att följa Aktiebolagslagen och ”vanliga” kommunalrättsliga regler gäller i princip inte för dessa bolag.²¹

Den största skillnaden mellan offentligägda verksamheter och privatägda är att offentliga aktörer garanteras skattemedel och besitter därmed en lägre finansiell risk. Detta innebär att den offentliga delen av marknaden inte behöver vara särskilt omfattande innan de privata aktörerna påverkas negativt av det osunda konkurrensförhållandet.²²

¹⁵ SOU 2011:43 s. 278.

¹⁶ Marknadssituationen för avfallshantering s. 9.

¹⁷ Malmö Stads hemsida. <http://www.malmo.se/Kommun--politik/Om-oss/Forvaltningar--bolag.html>.

¹⁸ SOU 2011:43 s. 277.

¹⁹ SOU 2011:43 s. 24.

²⁰ Upphandling av avfallstjänster s. 45.

²¹ Daniel Stattin, Kommunal aktiebolagsrätt, s. 19.

²² Kommunala bolag – laglöst land s. 12.

2.1.1 Kommunal renhållningsskyldighet

I enlighet med 15:8 MB föreligger en kommunal renhållningsskyldighet som innebär att varje kommun ska ansvara för att hushållsavfall inom kommunen transporteras till en behandlingsanläggning och återvinns eller bortscaffas. Kommunen har alltså en odelad rätt till transport, återvinning och bortscaffande av hushållsavfall. Hushållsavfall definieras som *”avfall som kommer från hushåll samt därmed jämförligt avfall från annan verksamhet”*.²³ Kommunen får, för de kommunala kostnaderna, ta ut en renhållningsavgift som fastställs av kommunfullmäktige och som ytterst betalas av hushållen men vars underskott finansieras med skattemedel.²⁴ Avfall Sverige, som är en intresseorganisation inom avfall och återvinning vars medlemmar är kommuner och kommunala bolag, anser att kommunerna själv måste kunna välja hur avfallshanteringen skall hanteras.²⁵

Det kommunala renhållningsansvaret kan inte överlåtas till annan part.²⁶ Kommunen kan dock avtala med annan part att denna skall tillhandahålla själva insamlingen, transporten och behandlingen av avfallet. Kommunen kan även besluta att den kommunala avgiften som betalas av hushåll och fastighetsägare för renhållningen skall betalas direkt till den som utför renhållningen.²⁷ Förutsatt att en tjänstekoncession inte inbegrips så omfattas dessa typer av avtal av LOU.²⁸

2.1.2 Kommunallag

I enlighet med KL får kommuner och landsting, efter fullmäktiges beslut, lämna över ansvaret för en kommunal angelägenhet till en verksamhetsutövare som i sin tur bedriver den kommunala verksamheten i bolagsform.²⁹ Vidare har kommunfullmäktige en skyldighet att se till att vissa frågor regleras i bolagsordningen som exempelvis att bolaget skall uppfylla ett kommunalt ändamål.³⁰ Kommunen utser därefter styrelseledamöterna och där fullmäktige *”får ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt”*.³¹ Kriterierna för att bilda kommunala bolag är att dessa skall tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster utan att vara vinstdrivande.³²

²³ 15:2 MB.

²⁴ SOU 2011:43 s. 277.

²⁵ SOU 2011:43 s. 321.

²⁶ 15:8 MB.

²⁷ 27:4 MB.

²⁸ Se KR mål 6515-10 samt RÅ 2008 ref. 26.

²⁹ 2:16 KL.

³⁰ Daniel Stattin, Kommunal aktiebolagsrätt, s. 28.

³¹ 2:17 p. 3 KL.

³² 2:7 KL samt Prop. 1990/91:117.

Den kommunala kompetensen, d.v.s. vad kommunen har befogenhet att göra, regleras även den i KL. Enbart i undantagsfall får kommuner engagera sig i områden inom det ”*egentliga näringslivet*”.³³

I de fall det kommunala bolagets verksamhet faller utanför den kommunala kompetensen är verksamheten inte bara konkurrensnedvridande utan även olaglig.³⁴ Om det kommunala bolaget bedriver verksamhet som strider mot den kommunala kompetensen har allmänheten ingen möjlighet att överklaga dessa beslut i enligt med 10 kap. KL.

Fullmäktige skall, i enlighet med KL, verka för allmänhetens rätt att ta del av företagets allmänna handlingar i enlighet med offentlighetsprincipen.³⁵

Vidare skall kommunen, i de fall det rör sig om delägda bolag, verka för att allmänheten ska få insyn på samma grunder som gäller för myndigheter.³⁶

Denna rätt har diskuterats en del den senaste tiden och har också varit föremål för JO-granskande.³⁷

Det är dock viktigt att beakta den kommunala organisationsfriheten och möjligheten för kommuner att organisera sin verksamhet på ett ändamålsenligt och effektivt sätt.³⁸ Det kan utläsas i kommittédirektivet från 2009 att i de fall upphandling ej anses vara lämplig bör andra åtgärder vidtas för att säkerställa att samhällets resurser används på ett effektivt sätt.³⁹

2.2 Privata avfallsbolag

Privata aktörer har en större del av marknaden för insamling och transport medan kommunala avfallsbolag har ett betydande inflytande på behandlingsledet.⁴⁰

Inskränkningar i den kommunala ensamrätten inom avfallsbranschen, såsom exempelvis inrättande av producentansvar och hantering av farligt avfall, har medfört ett ökat inflytande och ökade marknadsandelar för privata aktörer.

Avfallsmarknaden består idag av ett antal större privata aktörer, däribland SITA, Ragn-Sells och Renonorden (f.d. Resta) som alla, var för sig, har möjlighet att utföra renhållningstjänster. Inför utredningen om *Offentlig upphandling från eget företag*⁴¹ inhämtades uppgifter från vissa berörda aktörer inom avfallsbranschen. I detta sammanhang kan nämnas att branschorganisationen Återvinningsindustrierna, som representerar privatägda återvinningsföretag, hävdar att deras viktigaste uppgift är att arbeta för marknadsmässiga lösningar och konkurrensneutralitet inom avfalls- och återvinningsområdet. I en av Återvinningsindustriernas rapporter från 2009 anføres att de kommunala avfallsbolagen i hög grad subventionerar deras konkurrensutsatta verksamhet

³³ Prop. 1990/91:117, s. 31.

³⁴ Kommunala bolag – laglöst land s. 14.

³⁵ 2:18 KL.

³⁶ 3:18 KL.

³⁷ JO 3026-2009, beslutsdatum 2010-05-06.

³⁸ Dir. 2009:81 s. 6.

³⁹ Dir. 2009:81 s. 6.

⁴⁰ SOU 2011:43 s. 278-279.

⁴¹ SOU 2011:43.

med skattefinansierad verksamhet.⁴² Detta är något som kan vara oerhört konkurrenspåverkande för de privata avfallsaktörerna. Som ovan nämnts är kommunala bolag ofta garanterade skattemedel och innehar en lägre finansiell risk jämfört med privata aktörer. Faktumet att allmänheten inte heller kan överklaga beslut där den kommunala verksamheten faller utanför den kommunala kompetensen tillsammans med dålig insyn för allmänheten resulterar i att de privata aktörerna blir beroende av att myndigheterna sköter sina angelägenheter såsom exempelvis upphandlingar på ett korrekt sätt.

⁴² SOU 2011:43 s. 322-323.

3. Upphandlingsförfarande

3.1 Offentlig upphandling

Det finns inget i LOU som utgör något rättsligt hinder för den upphandlade enheten att, med enbart egen personal, producera alla de tjänster som kan tänkas behövas inom den egna verksamheten. Något krav på att vända sig till externa offentliga eller privata producenter finns alltså inte.⁴³ Det är först när den upphandlande enheten anser att den övriga marknaden kan erbjuda en bättre och/eller billigare lösning för egen produktion som LOU blir tillämplig.⁴⁴ Motsvarande rättsläge föreligger inom unionsrätten eftersom det saknas krav på att en upphandlande myndighet skall vända sig utanför den egna organisationen för att utföra sina uppdrag. Exempel på detta är art. 7 i det Klassiska direktivet (se nedan 3.1.3) där begreppet *offentliga kontrakt* avgränsar direktivets tillämpning.⁴⁵

3.1.1 Lagen om offentlig upphandling

LOU reglerar förfarandet och reglerna kring offentlig upphandling och innehåller diverse definitioner som har stor betydelse för lagens tillämpningsområde däribland *upphandlande myndighet* och *kontrakt*.⁴⁶ LOU pekar på fem olika principer som skall föreligga vid en upphandling; Likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering, principen om transparens, proportionalitetsprincipen och slutligen principen om ömsesidigt erkännande.⁴⁷ **Likabehandlingsprincipen** innebär att alla leverantörer skall ges samma förutsättningar och behandlas lika.⁴⁸

Principen om icke-diskriminering innebär att en direkt eller indirekt diskriminering av leverantörer p.g.a. deras nationalitet är förbjuden. Med grund i EU-rätten⁴⁹ innebär principen om icke-diskriminering också att myndigheter inte får införa krav i förfrågningsunderlaget som enbart svenska företag kan tänkas känna till. Inte heller får ett lokalt företag ges företräde framför något annat p.g.a. dess geografiska läge.⁵⁰

Transparensprincipen innebär en skyldighet för den upphandlade myndigheten att skapa öppenhet och transparens i upphandlingsförfarandet. Myndigheten har exempelvis en skyldighet att lämna information om upphandlingen och hur själva förfarandet kommer att gå till. På så sätt ges samtliga anbudsgivare samma förutsättningar och kan tydligt se vilka krav som ställs och vad som är av störst vikt vid valet av leverantör.⁵¹

⁴³ SOU 1999:139, s. 72.

⁴⁴ SOU 1999:139, s. 72.

⁴⁵ SOU 2011:43 s. 70.

⁴⁶ 2 kap. LOU.

⁴⁷ 1:9 LOU.

⁴⁸ http://www.kkv.se/t/Process_2231.aspx.

⁴⁹ Art. 1 och art. 18 FEUF.

⁵⁰ http://www.kkv.se/t/Process_2231.aspx.

⁵¹ http://www.kkv.se/t/Process_2231.aspx.

De krav som ställs på potentiella leverantörer måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som skall upphandlas (Proportionalitetsprincipen).

Proportionalitetsprincipen återspeglas även i Miljöbalkens andra kapitel i de s.k. *allmänna hänsynsreglerna* där den, precis som i LOU, förespråkar att kraven som ställs från myndigheter skall vara nödvändiga och lämpliga för att uppnå syftet. Slutligen innebär **principen om ömsesidigt erkännande** att certifikat och intyg som utfärdats av annan medlemsstats behöriga myndighet också skall gälla i samtliga EU/ESS-länder.⁵²

Vid upphandling av tjänster, i det här fallet avfallstjänster, över tröskelvärdet skall, i enlighet med 4:1 LOU, ett öppet eller selektivt förfarande i huvudregel användas. Vid upphandlingar under tröskelvärdet blir de nationella förfarandereglerna i 15 kap. LOU tillämpliga.⁵³

Reglerna kring ett s.k. *förenklat förfarande* eller ett *urvalsförfarande* finner man i 15:3 LOU. Tröskelvärdena kan utläsas i 3 kap. LOU.

3.1.2 Upphandlingsundantag

Den 15 juli 2010 infördes ett antal förändringar i LOU, däribland införandet av undantagsregler för definitionen av kontrakt som innefattas av upphandlingsskyldigheten, det s.k. Teckal-undantaget⁵⁴ i 2:10a LOU (se även 4.1.1).

En förutsättning för att kunna åberopa Teckal-kriterierna är att den upphandlande myndigheten samtidigt utövar en likartad kontroll över den aktuella enheten som myndigheten gör över sin egen förvaltning och att enheten bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den aktuella myndigheten. Verksamheten måste alltså vara en *fristående juridisk person*, eller i vissa fall har begreppet *fristående enhet* använts. Detta är begrepp som återfinns i exempelvis *Teckal-* och *Stadt Halle-målen*⁵⁵ och ligger till grund för den temporära bestämmelsen i 2:10a LOU och i förarbetena.⁵⁶ Det finns dock inget egentligt krav att den upphandlande myndigheten behöver äga eller inneha den aktuella verksamheten.⁵⁷

När en domstol skall bedöma om kontrollkriteriet är uppfyllt skall en helhetsbedömning göras där samtliga omständigheter och lagbestämmelser skall beaktas, vilket även bekräftas av gällande unionspraxis så som exempelvis *Parking Brixen*.⁵⁸ *Coditel-domen*⁵⁹ förtydligade att kontrollkriteriet inte behöver vara identisk i alla aspekter utan huvudsaken är att den är effektiv, d.v.s. att den upphandlande enheten har en avgörande påverkan på verksamheten.⁶⁰ EU-praxis har fastställt, genom bl.a. *Carbotermo*,⁶¹ att om den upphandlande myndigheten äger antingen hela, eller delar av verksamheten

⁵² http://www.kkv.se/t/Process_2231.aspx.

⁵³ http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/rap_2008-4.pdf.

⁵⁴ Även kallat Inhouse-undantaget.

⁵⁵ Teckal C-107/98 p. 50-51 samt Stadt Halle C-26/03 p. 49.

⁵⁶ Prop. 2009/10:134 s. 13.

⁵⁷ SOU 2011:43 s. 81.

⁵⁸ Parking Brixen C-458/03 p.65.

⁵⁹ Coditel C-324/07 p. 46.

⁶⁰ SOU 2011:43 s. 85.

⁶¹ Carbotermo C-340/04 p. 37.

tillsammans med andra offentliga myndigheter, anses den upphandlande enheten ha en kontroll som motsvarar den som myndigheten utövar över sin egen verksamhet.⁶² För att kunna bedöma om kontrollkriteriet är uppfyllt måste man även se till verksamhetens självständighet i förhållande till den upphandlande myndigheten och dess marknadsmässiga inriktning - något som aktualiserats i bl.a. *Sea-målet*.⁶³

Sysav-målet (se nedan 4.2.1) har i avvaktan på OFUKI-utredningen föranlett införandet av denna temporära undantagsbestämmelse i 2:10a LOU som för övrigt upphör att gälla 1:e januari 2013.⁶⁴

I utredningen SOU 2011:43, som består av tre steg, har utredarna analyserat behov för undantag, utrett hur kommunala bolag binds till kommunalrättsliga principer och slutligen undersökt insynen i kommunala bolag. Utredarna har vägt de positiva och negativa aspekterna kring Teckal-undantaget och har kommit fram till följande tre aspekter som talar för ett permanent införande av undantaget. Dessa aspekter utgör de faktiska förhållandena på området och dess organisatoriska struktur; som att redan gjorda investeringar äventyras och att framtida investeringar försvåras om en upphandling krävs.⁶⁵ Slutligen är det viktigt att unionsrätten är enhetlig mellan alla medlemsstater.⁶⁶ Aspekter som talar mot ett permanent införande av undantagsregeln är att en lagstadgad upphandlingsskyldighet innebär en ökad möjlighet för privata aktörer att konkurrera. Utredningen lämnade in sitt betänkande till Regeringen den 28 april 2011, där de föreslår ett permanent upphandlingsundantag i LOU.

I promemorian *Upphandling från statliga och kommunala bolag* har departementet undersökt hur andra medlemsländer i EU ställt sig till Teckal-undantaget; det konstaterades att vissa länder har infört kontroll och verksamhetskriterier i den nationella lagstiftning, däribland Frankrike och Italien.⁶⁷ Medan i vissa andra länder, däribland Danmark och Nederländerna, har bedömningen gjorts att någon särskild nationell lagstiftning ej krävs för att Teckal-kriterierna ska kunna tillämpas.⁶⁸

EU-domstolen har i bl.a. *Carbotermo-domen* konstaterat att det underliggande syftet för Teckal-kriterierna är att undvika att konkurrensen snedvrids.⁶⁹ EU-domstolen har även fastställt att Teckal-kriterierna skall tolkas restriktivt. Vidare fastställdes i *Stadt Halle* och *Parking Brixen-domarna* att det är den som åberopar att kriterier föreligger som har bevisbördan.⁷⁰

⁶² SOU 2011:43 s. 87.

⁶³ Sea C-573/07.

⁶⁴ SOU 2011:43, s. 23.

⁶⁵ SOU 2011:43, s. 25.

⁶⁶ SOU 2011:43, s. 26.

⁶⁷ Ds 2009:36 s. 61.

⁶⁸ Ds 2009:36 s. 61.

⁶⁹ Carbotermo C-340/04 p. 59.

⁷⁰ Stadt Halle C-26/03 p. 46 samt Parking Brixen C-458/03 p. 63.

3.1.3 Unionsrätt

Unionsrätten innehåller regler som är av väsentlig betydelse och fungerar som en bas för den nationella lagstiftningen. Art. 18 FEUF utgör ett förbud kring icke-diskriminering som innebär att all diskriminering på grund av nationalitet är otillåten. Denna artikel kan åberopas i de fall utländska avfallsbolag vill lämna anbud på avfallstjänster i Sverige. En annan rättighet som regleras i FEUF är den om fri rörlighet av tjänster vilket innebär att inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom unionen förbjuds.⁷¹

När man diskuterar frågor rörande kommunala bolag bör fördraget om Europeiska unionen art. 4.2 nämnas. I denna artikel framhävs och erkänns rätten till regionalt och lokalt självstyre för första gången i EU:s primärrätt.⁷² Vilket för övrigt är något som myndigheter ofta åberopar vid domstolsprövningar när deras tillvägagångssätt ifrågasätts av motparten.

I det s.k. Klassiska direktivet⁷³ finner man regler kring förfarandet vid offentlig upphandling. Där står det stadgat att diskriminering vid upphandlingsförfarande inte får förekomma och att alla skall behandlas lika. EU-kommissionen har även kommit ut med ett tolkningsmeddelande om gemenskapsrätten (numera unionsrättens) tillämplighet på upphandlingskontrakt som vidare exemplifierar och förklarar direktivet.⁷⁴ I enlighet med tolkningsmeddelandet skall upphandlingsförfarandet föregås med transparens och öppenhet. Vidare förespråkas proportionalitetsprincipen och principen kring ömsesidigt erkännande.⁷⁵ En upphandling skall annonseras i hela EU i de fall de överstiger de tröskelvärden som framgår av kommissionens förordning nr 1251/2011.

När man diskuterar avfalls- och avfallshanteringsfrågor är Avfallsdirektivet⁷⁶ av stor betydelse. Avfallsdirektivet syftar till att skydda miljön och människors hälsa genom förebyggande åtgärder bl.a. genom att förhindra själva uppkomsten av avfall där målet är att minska resursanvändningen genom att effektivisera resursanvändningen.⁷⁷ Direktivet förespråkar en avfallshierarki som består av följande steg; Förebyggande, förberedelse för återanvändning, materialåtervinning, annan återvinning, t.ex. energiåtervinning och slutligen bortskaffande av avfall. Dessa principer återspeglas i den nationella lagstiftningen genom 15 kap. MB och Avfallsförordningen.

I art. 16 Avfallsdirektivet finner man närhetsprincipen där medlemsländerna, med stor frihet, kan reglera de geografiska förhållandena för avfallstransporterna under förbehåll att *”varje medlemsstat på sitt territorium måste förfoga över samtliga slag av anläggningar för slutlig återvinning”*.⁷⁸

⁷¹ Art. 56 FEUF.

⁷² Art. 4.2 C 83/17.

⁷³ 2004/18/EG Direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster.

⁷⁴ Kommissionens tolkningsmeddelande (2006/C 179/2) om gemenskapens tillämplighet på upphandlingskontrakt.

⁷⁵ Kommissionens tolkningsmeddelande (2006/C 179/2) om gemenskapens tillämplighet på upphandlingskontrakt, p. 1.1-1.2.

⁷⁶ Avfallsdirektivet (2008/98/EG).

⁷⁷ Art. 1 2008/98/EG.

⁷⁸ Art. 16 p. 4 2008/98/EG.

I Europaparlamentets resolution från 2010 kan det utläsas att Parlamentet beklagar sig över att syftena med 2004 års översyn av direktiven om offentlig upphandling ännu inte uppnåtts. Det är dock Parlamentets förhoppning att EU-domstolens rättspraxis bidragit till ett tydligare rättsläge och att antalet överklaganden därav kommer minska.⁷⁹

Slutligen bör Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtjänster, varor och tjänster (även kallat Upphandlingsdirektivet) nämnas. Direktivet innehåller regler kring upphandlingsförfarandet så som exempelvis kontraktsdefinitioner, tröskelvärden och undantag för upphandlingsskyldighet.

3.2 Koncessioner

När statliga och kommunala myndigheter genomför projekt av allmänt intresse är koncessioner ett särskilt tilltalande sätt att genomföra dessa.

Enligt tillgänglig information regleras mer än 60 % av all offentlig-privat verksamhet genom koncessioner.⁸⁰ Eftersom koncessioner innebär en modell där en privat partner får rätten att utnyttja byggtjänsten eller tjänsten och ta den inneboende ekonomiska risken utgör koncessioner ett tilltalande val för myndigheter vid genomförande av offentliga uppdrag i form av ett offentligt-privat partnerskap.⁸¹ Faktumet att dessa tillåtar, i form av uteblivet ekonomiskt ansvarsrisktagande, hålls utanför de offentliga räkenskaperna bör heller inte överses.

3.2.1 Tjänstekoncession

Innan man kan börja diskutera tjänstekoncessioner bör man klargöra dess innebörd. Tjänstekoncession nämns men är inte, i min mening, tydligt definierad i svensk lagstiftning. I 2:17 LOU står det stadgat att *”med tjänstekoncession avses ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten”*. För ytterligare definition av begreppet får man istället gå till direktiv 2004/18/EG där tjänstekoncession definieras som *”ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning”*.⁸² Vidare i art. 1 p.2d samma lag kan man tyda att offentliga tjänstekontrakt är *”andra offentliga kontrakt än offentliga byggtjänst- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i bilaga II”*. I p.16 Bilaga 2 finner man *”Avlopps- och renhållningstjänster, sanering och liknande tjänster”*. Tjänstekontrakt skall upphandlas enligt LOU medan det saknas detaljerad reglering av upphandlingskraven vid tjänstekoncession. LOU är dock inte tillämplig på tjänstekontrakt som en myndighet tilldelar en annan upphandlande myndighet rörande tjänst, som man på grund av lag, råder ensamrätt att utföra.⁸³

⁷⁹ Europaparlamentets resolution 18/5 2010 om nya utvecklingstendenser inom offentlig upphandling 2009/2175 INI, punkt 1.

⁸⁰ EU-kommissionens arbetsbok, koncessioner s. 2

⁸¹ EU-kommissionens arbetsbok, koncessioner s. 2.

⁸² Art. 1 p. 4 2004/18/EG.

⁸³ Pernilla Gertell, Nya lagen om Offentlig upphandling – en handbok s. 32.

Det rör sig om en tjänstekoncession när leverantören för en upphandlad tjänst bär riskerna för att etablera och driva den aktuella tjänsten. Ersättningen för den upphandlade tjänsten kommer inte från den upphandlade myndigheten utan direkt från användarna som brukar tjänsten (tredjeman), t.ex. i form av avgifter. Men, i de fall ersättningen till tjänsteleverantören innefattar en motprestation och betalas i form av en avgift från den upphandlande myndigheten direkt till tjänsteleverantören och om denna avgift inte baseras på det faktum att leverantören utnyttjat rätten för egna tjänster eller inte heller tagit en ekonomisk risk i samband med utnyttjandet rör det sig istället om ett vanligt tjänstekontrakt.⁸⁴ Problematiken kring gränsdragningen mellan tjänstekontrakt och tjänstekoncession är ett faktum vilket även aktualiserades i EU-domstolens mål *Kommissionen mot Italien*.⁸⁵ Även ersättningsproblematiken vid tjänstekoncession är svårdefinierad. I EU-domstolens mål *Parking Brixen*⁸⁶ framgår det att betalningen för att utnyttja tjänsten delvis måste erläggas av tredje man och att tjänsteleverantören måste ta en verksamhetsrisk. Om en del av ersättningen erläggs direkt från den upphandlande enheten så får denna del inte vara allt för omfattande i förhållande till de intäkter som krävs för att kontraktet skall vara lönsamt.⁸⁷

Gällande risktagandet som aktualiseras i en tjänstekoncession så framgår det av EU-kommissionens tolkningsmeddelande 2000/C 121/02 att den direkta ersättningens storlek förutsätter att entreprenören gör ett substantiellt risktagande.⁸⁸ Det är dock fastställt genom EU-domstolens mål *Eurawasser*⁸⁹ att tjänstekoncession kan anses föreligga även i de fall som risköverföringen är begränsad.

3.2.2 Svensk lagstiftning

Som tidigare nämnts är begreppet tjänstekoncession inte vidare definierat i svensk lagstiftning men trots detta finner man uttryck för begreppet i LOU. Det kan utläsas i 1:2 LOU att lagen inte är tillämplig på tjänstekoncessioner. Undantaget för denna tillämpningsbegränsning är 1:12 LOU som berör ”*beviljande av särskilda rättigheter eller ensamrätt att utöva offentlig tjänsteverksamhet*” och blir därmed likafullt tillämplig även på tjänstekoncessioner. Paragrafen fastställer att principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet skall iakttas när man tilldelar tredje man varukontraktet.

Jan-Erik Falk har, i sin bok *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, belyst vikten av icke-diskriminering i upphandlingsprocessen. Falk menar att i de fall en offentlig myndighet beviljar en annan organisation eller verksamhet exklusiva rättigheter eller andra särskilda rättigheter att bedriva verksamhet som anses inkluderas i begreppet ”allmännas intresse” så skall det upprättas bestämmelser som föreskriver att innehavaren av dessa rättigheter skall iakttas och upprätthålla en icke-diskrimineringsprincip vid

⁸⁴ Jan-Erik Falk, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar* s. 89.

⁸⁵ *Kommissionen mot Italien* C-382/05.

⁸⁶ *Parking Brixen* C-458/03.

⁸⁷ Jan-Erik Falk, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar* s. 414.

⁸⁸ Jan-Erik Falk, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar* s. 416.

⁸⁹ *Eurawasser* C-206/08.

upphandlingsförfarandet.⁹⁰ E contrario kan man konstatera att om det inte rör sig om en upphandling av allmänt intresse så föreligger således inte detta krav.

3.2.3 Unionsrätt

Det fastställdes redan i *Acoset-domen*⁹¹ att tjänstekoncessioner inte omfattas av det dåvarande äldre direktivet på det klassiska området och i princip heller inte av direktiv 2004/18/EG. Man får istället gå till EUF-fördragets grundläggande bestämmelser och principer (exempelvis *diskrimineringsförbud, likabehandling och öppenhet*) vid tilldelning av tjänstekoncession.⁹² I enlighet med *Sea-domen* p.37 är art. 18, art. 49 samt art. 56 i EUF-fördraget (dåvarande art. 12, art. 43 och art. 49 i EG-fördraget) och de allmänna grundläggande principer som artiklarna ger uttryck för inte tillämpliga i de fall Teckal-kriterierna är uppfyllda.⁹³

Europaparlamentets resolution om nya utvecklingstendenser inom offentlig upphandling behandlar tjänstekoncessioner och dess innebörd genom att främst hänvisa till kontraktsdefinitionen i art. 1.3 b direktiv 2004/17/EG och art. 1.4 direktiv 2004/18/EG.⁹⁴

Enligt Europaparlamentet är anledningen till att tjänstekoncessioner inte togs med i direktiven om offentlig upphandling att man ville ge de upphandlande myndigheterna större flexibilitet. Trots detta konstaterar EU-kommissionen att det föreligger rättslig osäkerhet, inträdeshinder och avsaknad av lämpliga rättsliga garantier för anbudsgivarna inom området för tjänstekoncessioner.⁹⁵ EU-domstolen har, som ovan nämnts, fastställt i ett flertal domar att tjänstekoncessioner inte omfattas av dessa direktiv men att de allmänna principerna i EUF-fördraget fortfarande måste beaktas och respekteras. Vidare har EU-domstolen fastställt, i bl.a. *Hamburg-domen* (se nedan 4.1.3) att det är tillåtet för en upphandlande myndighet att, genom en koncession, säkerställa tillhandahållandet av tjänster förutsatt att det är det bästa sättet att uppfylla den aktuella allmännyttiga tjänsten. En förutsättning för detta är att risken, oavsett om den må vara begränsad, överförs till koncessionären/leverantören.⁹⁶

Europaparlamentet betonar vikten av rättspraxis som kompletterande funktion i fastställandet av definitionen för tjänstekoncession och dess juridiska innebörd. Vidare uppmanas medlemsländerna att visa vederbörlig hänsyn till de olika medlemstaternas rättskulturer och rättstraditioner gällande tjänstekoncessioner. Samtidigt förtydligar Europaparlamentet att enbart de förslag till rättsakter vars syfte är att avhjälpa konkurrensnedvridningar på den inre marknaden är motiverade.⁹⁷ Europaparlamentet

⁹⁰ Jan-Erik Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar s. 56.

⁹¹ *Acoset-domen* C-196/08

⁹² SOU 2011:43 s. 83.

⁹³ SOU 2011:43 s. 83-84.

⁹⁴ Europaparlamentets resolution 18/5 2010 om nya utvecklingstendenser inom offentlig upphandling 2009/2175 INI, p. 13.

⁹⁵ EU-kommissionens arbetsbok, koncessioner s. 2.

⁹⁶ Europaparlamentets resolution 18/5 2010 om nya utvecklingstendenser inom offentlig upphandling 2009/2175 INI, p. 13.

⁹⁷ Europaparlamentets resolution 18/5 2010 om nya utvecklingstendenser inom offentlig upphandling 2009/2175 INI, p. 14.

avslutar med att konstatera att eftersom några sådana omständigheter inte konstaterats är någon ytterligare rättsakt på området ej befogad.

I kommissionens *Grönbok om offentlig-privata partnerskap och unionsrätt om offentlig upphandling och koncessioner*⁹⁸ klargör kommissionen de ramar som gäller för upphandling av koncessioner och däribland tjänstekoncessioner. Denna regelram är tämligen fri till sin struktur och dess skyldigheter sammanfattas i p. 30. Paragrafen inkluderar fastställandet av bestämmelser för urval av den privata partnern, lämpligheten av ett offentliggörande av avsikten att utfärda en koncession samt regler kring kontroll av opartiskhet under hela upphandlingsförfarandet; Allt för att skapa en verklig konkurrens mellan de aktuella aktörerna samtidigt som principen om likabehandling, objektivitet och icke-diskriminerande kriterier iakttas.⁹⁹

⁹⁸ Grönbok om offentlig-privata partnerskap och unionsrätt om offentlig upphandling och koncessioner p.30.

⁹⁹ Jan-Erik Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar s. 417.

4. Rättspraxis

4.1 Unionsrättslig praxis

4.1.1 Teckal

EG-domstolen (numera EU-domstolen) fastställer i *Teckal-målet* att myndigheter kan frångå kravet på offentlig upphandling i de fall den upphandlade myndigheten avser att sluta ett skriftligt kontrakt om ekonomiska villkor för leverans av produkter med en, i formellt hänseende, fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av den aktuella myndigheten.¹⁰⁰ Ett visst samband mellan parterna måste alltså finnas och den upphandlande myndigheten får inte vara ett offentligt styrt organ för att undantaget skall kunna åberopas.¹⁰¹

Målet avser ett direktköp där den italienska kommunen *Viano* beslutade att föra över förvaltningen av vissa kommunala byggnader till det kommunalägda företaget *AGAC*¹⁰² utan ett föregående anbudsförfarande.

Domstolen fastslår att *AGAC* är en självständig juridisk person som omfattas av f.d. Varudirektivet (numera upphävda 93/36/EEG). Domstolen konstaterar följande:

*”... Endast i det fallet att den lokala myndigheten, samtidigt, utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla.”*¹⁰³

Sammanfattningsvis måste både det s.k. kontrollkriteriet och det s.k. verksamhetskriteriet föreligga för att den upphandlande myndigheten ej skall behöva upphandla tjänsten i enlighet med Upphandlingsdirektivet.¹⁰⁴

Domstolen konstaterar i sitt domslut att om dessa förutsättningar ej föreligger är den upphandlade myndigheten skyldig att tillämpa reglerna i 93/36/EEG (numera Upphandlingsdirektivet).

¹⁰⁰ http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/rap_2008-4.pdf.

¹⁰¹ SOU 2011:43 s. 64-65.

¹⁰² *AGAC* = sammanslutning som bildats av flera olika italienska kommuner.

¹⁰³ *Teckal C-107/98* p. 50.

¹⁰⁴ Upphandlingsdirektivet 2004/17/EG.

4.1.2 Stadt Halle

Målet avser en tvist angående rättsenligheten, med hänsyn till de gemenskapsrättsliga bestämmelserna. Den ena parten i tvisten är Stadt Halle (staden Halle, Tyskland) och bolaget *RPL Recyclingpark Lochau GmbH* (nedan kallat RPL Lochau). Den andra parten är bolaget *Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna* (nedan kallat TREA Leuna). Tvisten uppkom när Stadt Halle hade tilldelat RPL Lochau ett kontrakt rörande avfallshanteringstjänster utan att offentligt infordra anbud.¹⁰⁵ För övrigt ägs majoriteten av aktierna i RPL Lochau av Stadt Halle. I *Stadt Halle-målet* uttrycker EU-domstolen synen på *verksamhet i egen regi* på följande sätt:

*”En offentlig myndighet som är en upphandlande myndighet har möjlighet att utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger denna med egna medel... utan att behöva vända sig till externa enheter utanför sin organisation... De gemenskapsrättsliga bestämmelserna angående offentlig upphandling skall då inte tillämpas.”*¹⁰⁶

Innebörden av detta uttalande är alltså att unionsrättens regler kring offentlig upphandling ej skall tillämpas på interna transaktioner inom den egna verksamheten. *Stadt Halle-målet* klargör dock att när en upphandlande myndighet avser att ingå ett avtal med ekonomiska villkor avseende tjänster med ett bolag som i förhållande till myndigheten är en fristående juridisk person så skall alltid rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster tillämpas. Faktumet att kommunen äger företaget tillsammans med ett eller flera privata företag ändrar inte direktivets tillämpning.¹⁰⁷

4.1.3 Kommissionen mot Tyskland (Hamburg-målet)

I domen utreds en situation då flera offentliga aktörer, nämligen fyra förvaltningsdistrikt, samverkade och ingick ett avtal med Hamburg stads renhållningsenhet gällande bortskaffande av avfall till en ny, ännu inte befintlig, avfallsanläggning. Det är för övrigt en annan avtalspart som driver själva anläggningen vars specifika avtal med Hamburg Stad ej omfattas av kommissionens talan.

Myndigheterna ingick alltså ett avtal utan att detta samarbete skedde inom ramen för en fristående enhet. Det är alltså inte fråga om den fristående enheten är att betrakta som internt/in house i förhållande till en fristående enhet.¹⁰⁸ Fastän ingen av myndigheterna utövar kontroll över någon av de andra myndigheterna, eller det privata bolaget som driver anläggningen,¹⁰⁹ anser EU-domstolen att kontrollkriteriet är uppfyllt genom ett horisontellt samverkansförhållande¹¹⁰ och att det därmed saknas upphandlingsskyldighet. Förutsättningar för när en upphandling kan frångås klargörs inte tydligt i domen och några ytterligare vägledande avgöranden saknas. EU-domstolen fastställer dock att avtalet har inrättats mellan de samarbetande myndigheterna för att uppnå en allmännyttig tjänst, nämligen återvinning och bortskaffande av avfall, vilket för övrigt var det sista skedet av

¹⁰⁵ Stadt Halle C-26/03 p. 2.

¹⁰⁶ Stadt Halle C-26/03 p. 48.

¹⁰⁷ Stadt Halle C-26/03 p. 54.2.

¹⁰⁸ SOU 2011:43 s. 77.

¹⁰⁹ Kommissionen mot Tyskland C-480/06 p. 36.

¹¹⁰ Kommissionen mot Tyskland C-480/06 p. 19.

ett mellankommunalt samarbete och hade en koppling till genomförandet av ett avfallsdirektiv.¹¹¹ Syftet med avtalet var att utföra ett sammanhängande åtagande att driva en avfallsanläggning under bästa möjliga ekonomiska villkor som kunde säkerställas genom en säker rulljängs på inkommande avfall till anläggningen från de olika kommundistrikten.

EU-domstolen hänvisar under förhandlingen till *Coditel-målet*¹¹² som fastställer att en offentlig myndighet inte behöver vända sig utanför den egna organisation för att utföra de uppgifter som är av allmänintresse och att dessa uppgifter kan utövas i samarbete med andra offentliga myndigheter.¹¹³

Domen har föranlett en diskussion inom kommissionen om huruvida lagstiftning som motsvarar ovanstående praxis bör införas på EU-nivå.¹¹⁴

I Europaparlamentets resolution om nya utvecklingstendenser inom offentlig upphandling har just *Hamburg-domen* uppmärksammats. Parlamentet konstaterar att någon särskild rättslig form inte krävs i en gemensam samverkan avseende en allmännyttig tjänst.¹¹⁵

Vidare konstaterar kommissionen i ovanstående resolution att offentliga myndigheter inte omfattas av lagstiftningen om offentlig upphandling om följande kriterier är uppfyllda; då det rör sig om en allmännyttig tjänst som åligger den berörda myndigheten, då verksamheten ombesörjs endast av berörd offentliga myndigheter, d.v.s. inte privata aktörer och slutligen då verksamheten utförs huvudsakligen åt de berörda offentliga myndigheterna.¹¹⁶

4.2 Svensk rättspraxis

4.2.1 Sysav-målet

Målet baseras på en överprövning av ett interimistiskt beslut utfört av Simrishamn kommun (hädanefter kallad Kommunen) gällande ett överlämnat uppdrag till SYSAV rörande löpande omhändertagande av kommunens avfall. Målet avser frågan om huruvida Kommunen, genom ingånget konsortialavtal, har rätt att anlita Sysav för renhållningstjänster då avtalet inte försiggåtts av en upphandling samt frågan kring huruvida överprövning av förfarande enligt LOU är möjlig. Motparten i målet är ett antal privata renhållningsbolag varibland SITA, Ragn-Sells m.fl. ingår (hädanefter kallad Bolagen).

Sysav är ett helägt kommunalt aktiebolag som startades 1974 av nio kommuner som ingick i dåvarande Sydvästra Skånes kommunalförbund. 2003 tillträdde ytterligare fem kommuner som delägare i Sysav. År 2000 upprättades ett konsortialavtal mellan ägarkommunerna som sedan den aktuella kommunen tillträdde 2003. Konsortialavtalet avser löpande köp av renhållningstjänster av Sysav. Något skriftligt avtal mellan Sysav

¹¹¹ Kommissionen mot Tyskland C-480/06 p. 37.

¹¹² *Coditel-målet* C-342/07.

¹¹³ Kommissionen mot Tyskland C-480/06 p. 45.

¹¹⁴ Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad, 27 januari 2011, s. 53.

¹¹⁵ Europaparlamentets resolution (2009/2175(INI)) p. 9.

¹¹⁶ Europaparlamentets resolution (2009/2175(INI)) p. 9.

och kommunerna existerar således inte. Några konkurrerande anbud eller upphandlingsförfarande har inte ägt rum. Kommunen beräknar kontraktsvärdet till att vara drygt 12.3 miljoner kronor.

Kommunen åberopar att den enligt lag är ombedd att sköta renhållningen i samhället och att kraven beträffande detta renhållningsansvar skärptes under 1960-1990-talen. Till följd av detta gick ett antal kommuner ihop för att tillsammans finansiera en utbyggnad av den infrastruktur som, enligt Kommunen, var en förutsättning för att de i lag angivna kraven om omhändertagande och behandling skulle kunna uppfyllas. Kommunen åberopar att några privatägda anläggningar inte stått till buds. Kommunen fastställer att Sysav utför huvuddelen av sin verksamhet (90%) för delägarkommunerna och att bolaget till 100% ägs av kommunerna. Kommunen anser sig själv förfoga över de resurser som krävs och hävdar, med hänsyn till gällande praxis, att någon upphandling av tjänster för förbränning och deponi ej krävs. Sammanfattningsvis menar Kommunen att det inte är fråga om ett upphandlingsförfarande som kan överprövas enligt LOU och hävdar dessutom att Bolagen inte har kapacitet att hantera den aktuella avfallshanteringen.

Bolagens yttrande baseras på att Kommunen inte iakttagit kraven på affärsmässighet i LOU utan lämnat uppdraget om renhållningstjänster direkt åt Sysav mot ersättning enligt fastställd taxa. Några upphandlingskontrakt har inte tecknats. Bolagen åberopade att de var för sig har möjlighet att utföra dessa renhållningstjänster, att de uteslutits från att lämna anbud och konkurrera med varandra och med Sysav på felaktiga grunder. Sammanfattningsvis menar Bolagen att kommunernas underlåtenhet att upphandla tjänsterna möjliggör ett överprövningsförfarande enligt LOU.

Länsrättens (numera Förvaltningsrätten) bifaller Bolagens begäran om överprövning och anmodar Kommunen att göra om upphandlingen. LR fastställer att det enligt praxis får ske en överprövning av ett upphandlingskontrakt tills dess att ett skriftligt upphandlingskontrakt tecknats.¹¹⁷ Samma överprövningsmöjlighet ges även i de fall ett upphandlingsförfarande aldrig inletts. Vidare konstaterar LR att vid köp av tjänster inom samma upphandlande enhet behöver upphandling ej ske medan köp av tjänster med, en från den upphandlade myndigheten, skild och självständig juridisk person skall föregås av en upphandling. LR fastslår att Sysav skall anses som en skild, självständig juridisk person och att de aktuella renhållningstjänsterna inte enbart kan utföras av Sysav.

Domen överklagas till Kammarrätten där Kommunen åberopar att det, i enlighet med kommunal praxis, föreligger ett undantag från upphandlingsreglerna gällande tjänster mellan Kommunen och dess helägda kommunala bolag. Kommunen hänvisar även till unionsrättsligt praxis i det s.k. *Teckal-målet* som visar på ett undantagsfall där en upphandlande myndigheten inte behöver upphandla tjänster till, en från myndigheten fristående enhet, så länge myndigheten utövar likartad kontroll över den aktuella enheten som myndigheten gör över sin egen förvaltning och att enheten bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den aktuella myndigheten. Kommunen hänvisar även till fler unionsrättsliga mål som det s.k. *Stadt Halle-målet* samt *Mål C-84/03* vilka ytterligare styrker det undantag som fastställdes i *Teckal-målet*.

¹¹⁷ RÅ 1988 not. 44.

Bolagen yttrade i KR att Sysav är en fristående juridisk person som är självständig i förhållande till dess ägare enlighet med Aktiebolagslagens regler. Vidare tillhandahåller Sysav sådana tjänster som står skrivna i p.16 i bilaga till LOU och tjänsterna skall därmed upphandlas. Avtalsförhållandet kan sålunda prövas enligt LOU. Något lagligt undantag, menar Bolagen, för kommuner att utan upphandling köpa tjänster från Sysav föreligger inte enligt LOU.

KR slog fast att det inte föreligger något undantag från upphandlingsskyldighet vid ensamrätt enligt 5:2 LOU och att Varudirektivet¹¹⁸ inte är tillämpligt i de fall Teckal-kriterierna är uppfyllda. Teckal-undantaget skall tolkas restriktivt och om dessa undantag åberopas så är det den åberopande parten som bär bevisbördan.¹¹⁹ KR fastställer därmed att kontrollrekvisitet inte är uppfyllt varav omsättningskravet ej behöver bedömas och fastslår vidare att överprövning enligt 7 kap LOU kan ske.

Målet avgjordes slutligen i Regeringsrätten (nuvarande Högsta förvaltningsdomstol). RR fastslog att Sysav är ett aktiebolag och därigenom en självständig juridisk person som skall bedrivas enligt affärsmässiga principer. LOU medger inte något undantag för kommuner att utan formell upphandling köpa varor eller tjänster från eget bolag vilket ytterligare styrks genom *RA 2000 ref.16*. RR som fastställer att den svenska nationella lagstiftningen inte innehåller ett sådant undantag från upphandlingsskyldigheten som nämns i *Teckal-målet*. Teckal-kriterierna kan således inte åberopas i det aktuella fallet. RR konstaterar vidare att det är fråga om tjänst i enlighet med 5 kap. LOU och att det överstiger de angivna tröskelvärdena angivna i LOU. Kommunen borde därmed ha upphandlat tjänsten. RR finner vidare att ärendet kan överklagas enligt 7 kap. LOU eftersom bestämmelserna i LOU inte har iakttagits och RR förpliktigar Kommunen att göra om upphandlingen.

4.2.2 Uddevalla-målet

Målet gäller Uddevalla kommuns (hädanefter kallad Kommunen) överföring av renhållningsverksamhet genom direkt upphandling till kommunalägda Uddevalla Energi AB. Dess huvudsakliga verksamhet utgörs av insamling och transport av hushållsavfall. Uddevalla Energi som till 100 % ägs av kommunens holdingbolag Uddevalla Utveckling AB, äger i sin tur Uddevalla Kraft AB som bedriver avfallsförbränning.

Kommunen yrkar i Förvaltningsrätten att överföringen av renhållningsverksamheten syftar till att även återvinna avfallet vilket kan göras i Uddevalla Krafts AB:s avfallsanläggning. Enligt Kommunen omfattas deras renhållningsverksamhet av ensamrätt och därmed undantaget enligt 1:7 LOU då Kommunen har en lagstadgad renhållningsskyldighet. Kommunen har i sin tur, genom kommunfullmäktige beslut, delegerat det kommunala avfallsmonopolet och dess verkställande uppgifter till Uddevalla Energi som därigenom blev innehavare av ensamrätt genom överföringsavtalet. Ensamrätt kan vara nödvändigt, trots dess konkurrensbegränsning för att skapa tillräcklig återvinningskapacitet i avfallsanläggningen och fullgöra en uppgift av allmänt ekonomiskt intresse, vilket även styrks av EU-domstolens mål *C-209/98*. Detta

¹¹⁸ Varudirektivet 93/36/EEG.

¹¹⁹ Fastställs genom EU-domstolens domar C-20/01 och C 28/01.

fullmäktigebeslut omfattas av begreppet "*lag eller annan författning*" i 1:7 LOU. Till stöd för detta påstående använder Kommunen en hänvisning till paragrafens grund i rådets direktiv 2004/18 där 1:7 LOU är en, i deras uppfattning, direkt implementering av art. 18 i rådets direktiv 2004/18. I art. 18 av detta direktiv uttrycks motsvarande begrepp "*offentliggjorda lagar eller andra författningar som är förenliga med fördraget*". Det är Kommunens uppfattning att lagstiftarnas syfte inte är att göra implementeringen av LOU snävare i sin innebörd än direktivets.

Kommunen åberopar även undantagsbestämmelsen i 2:10a LOU då ägardirektiven och bolagsordningen säkerställer en långtgående kontroll över verksamheten och därmed uppfyller kontrollkriteriet. Verksamhetskriteriet, menar Kommunen, är också uppfyllt då huvuddelen av företags verksamhet utgörs av den allmännyttiga tjänst som företaget utför. Annan verksamhet är enbart av marginell karaktär. Slutligen anser Kommunen att motpartens ansökan skall avvisas då uppdraget utgör en tjänstekoncession eftersom avtalet finansieras genom avgifter från fastighetsägarna (d.v.s. brukarna), vilket är en viktig omständighet för att ett kontrakt skall klassificeras som en tjänstekoncession.¹²⁰ En annan väsentlig omständighet är att det på leverantören överlåts en risk.

Motparten i målet (hädanefter kallad Bolaget) ifrågasätter Uddevalla Energis ensamrätt då Bolaget har annan uppfattning av definitionen för "*lag eller annan författning*" och hänvisar till Konkurrensverkets rapport 2008:4. Denna rapport förtydligar att det är föreskrifter som "*annan författning*" syftar till. Kommunala myndigheter har i sin tur inte behörighet att meddela föreskrifter om legal ensamrätt. Denna ensamrätt måste för övrigt redan finnas hos företaget när uppdraget tilldelats dem. Bolaget motsätter sig relevansen i det åberopade målet *C-480/06* då det inte rör sig om interkommunalt samarbete. Upphandlingsundantaget i 2:10a LOU anses, enligt Bolaget, inte vara uppfyllt då Kommunen ej uppfyller kontrollkriteriet då renhållningsuppdraget i Uddevalla Energi enbart utgör en mindre del av den totala verksamheten. Således är verksamhetskriteriet inte heller uppfyllt.

Slutligen anser Bolaget att gällande frågan om tjänstekoncession föreligger eller ej så har en faktisk riskövergång inte ägt rum då det är Kommunen som bär det yttersta ansvaret för tjänsternas genomförande och att Uddevalla Energi dessutom garanteras betalning i form av den kommunala taxan. Vidare visar domen *C-382/05* att förbränning av avfall för utvinning av energi inte utgör en tjänstekoncession utan ett tjänstekontrakt. Köpet överstiger för övrigt tröskelvärdet enligt LOU och kontraktet skall därmed upphandlas. Kommunen har lämnat uppdraget till Uddevalla Energi AB utan att tillämpa LOU och dess principer om bl.a. likabehandling och icke-diskriminering.

FR beslutar först i frågan om huruvida transaktionen skall anses vara en tjänstekoncession och kommer tidigt fram till att gränsdragningen mellan tjänstekontrakt och tjänstekoncession är svårdragen. De hänvisar till KR mål *3917-09* som prövat frågan huruvida LOU var tillämplig på beslut som fattas av kommunfullmäktige i kommunen angående överföring av renhållningsansvar. KR kom fram till att det rörde sig om ett tjänstekontrakt då riskkriteriet inte var uppfyllt. FR prövar därefter begreppet "*lag eller annan författning*" i 1:7 LOU som motsvarar art. 18 av direktivet 2004/18/EG och fastställer att undantagsregeln inte är tillämplig på kommunens skyldigheter i fråga om avfallshantering och att beslut av kommunfullmäktige inte innefattas i begreppet. Vidare

¹²⁰ Se även EU-domstolens mål *C-206/08*.

fastställer FR att rättsfallet *C-480/06* inte ger klart stöd för att man i fall som detta kan åsidosätta grundläggande principer för offentlig upphandling.¹²¹

Slutligen prövar FR om kontroll- och verksamhetskriterierna som framgår i bl.a. *Teckal-målet* och återspeglas i 2:10a LOU inte kan anses vara uppfyllt då Uddevalla Energi och Uddevalla Kraft bedriver annan verksamhet som inte kan anses vara av marginell karaktär, och i konkurrens med privata företag. Därmed fastslår FR att upphandling skall göras om.

Målet avgjordes slutligen i Kammarrätten där FR dom upphävdes och Bolagets ansökan om överprövning enligt LOU avvisades.

Kommunen åberopade i KR att FR bortsett från viktig unionsrättslig praxis¹²² som rör gränsdragning mellan tjänstekoncession och tjänstekontrakt. Domen, menar Kommunen, ger ytterligare stöd för att Kommunens transaktion med Uddevalla Energi är en tjänstekoncession eftersom ersättnings- och riskkriteriet är uppfyllt. Kommunen menar att det inte finns något krav på kommersiell risk och att det saknar betydelse om ersättningen är privat eller offentligrättsligt reglerad.

Bolaget vidhåller i KR att någon riskövergång ej ägt rum då de aktuella avfallstjänsterna omfattas av ett kommunalt monopol där Kommunen bär det yttersta ansvaret. Bolaget framför vidare att eftersom det inte rör sig om något kommunalt samarbete saknar rättsfallet *C-480/06* relevans i ärendet. Slutligen åberopar Bolaget att vid tilldelning av tjänstekoncessioner skall samma grundläggande principer om likabehandling, icke-diskriminering, transparens etc. iakttas som vid offentlig upphandling av tjänstekontrakt.¹²³ Kommunen har inte annonserat kontraktet utan vänt sig direkt till Uddevalla Energi och tecknat avtal.

KR fastslår att den väsentliga skillnaden mellan tjänstekontrakt och tjänstekoncession ligger i ersättningsmodellen för tjänsternas utförande. KR fastställer därför att det rör sig om en tjänstekoncession då tredjeman/användaren av den berörda tjänsten betalar för tjänsten. Det saknar betydelse att denna ersättning är privat- eller offentligrättsligt reglerad och det räcker att leverantören har en möjlighet att ta ut ersättning från tredjeman. Riskkriteriet i tjänstekoncessions transaktioner behöver inte, enligt praxis,¹²⁴ vara betydande. KR fastställer dock att Uddevalla Energi besitter all ekonomisk risk för tjänstens utförande. Slutligen konstaterar KR att eftersom det rör sig om tjänstekoncession och att dessa koncessioner ej kan göras föremål för prövning enligt LOU skulle FR ha avvisat Bolagets ansökan om överprövning varav någon anledning att pröva Kommunens övriga invändningar ej föreligger.

4.3 Nuvarande rättsläge

Enligt Återvinningsindustrierna har *Sysav-domen* medfört att omfattningen av otillåten kommunal direktupphandling för kommuner utan egna bolag påtagligen minskat medan ett större problem kvarstår, då upphandlingar fortfarande inte görs av de kommuner som

¹²¹ Uddevalla-målet FR 16577-10 E s. 15.

¹²² EU-domstolens mål C-206/08.

¹²³ Uddevalla-målet KR 6515-10 s. 6.

¹²⁴ EU-domstolens mål C-206/08.

helt eller delvis är ägare av egna avfallsbolag.¹²⁵ Återvinningsindustrierna är dock positiva till ett permanent införande av Teckal-undantaget i nationell lagstiftning då de anser att det är viktigt att upphandlingsreglerna efterlevs och att det finns adekvata kontroll- och uppföljningsåtgärder.¹²⁶

Avfall Sverige framför vidare i utredning om *Offentlig upphandling från eget företag* att *Sysav-domen* har gjort det svårare med inom- och mellankommunal samverkan inom avfallshantering, och att om ett permanent upphandlingsundantag inte införs i LOU kommer investeringar i större behandlingsanläggningar bli mer osäkra då en viss mängd avfall inte kan garanteras till anläggningen på samma sätt som vid ett direktköp.¹²⁷ Vidare menar Avfall Sverige att ökade krav på upphandling kan ge ökade transporter då det inte är garanterat att avfallet körs till den närmsta behandlingsanläggningen.¹²⁸

Vidare har Kommissionen uttalat sig om att verksamhetskriteriet inte kan anses vara uppfyllt om mer än 20 % av omsättningen härrör från privat verksamhet vilket för övrigt var fallet i *Sysav-målet*.¹²⁹

I utredningen SOU 2011:43 förelås att det s.k. Teckal-undantaget permanent skall inrättas med följande lydelse i 2 kap 10§ LOU:

”Med kontrakt enligt 2 kap. 10 § avses dock inte avtal som sluts mellan

1. en upphandlande myndighet,

och

2. en leverantör som är

a) en juridisk person som den upphandlande myndigheten

helt eller delvis äger eller är medlem i, eller

b) en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900)...”

¹²⁵ SOU 2011:43 s. 323.

¹²⁶ SOU 2011:43 s. 323.

¹²⁷ SOU 2011:43 s. 321.

¹²⁸ SOU 2011:43 s. 321.

¹²⁹ SOU 2011:43 s. 109.

5. Slutsatser

5.1 Sammanfattning

Det kan konstateras att synen på avfall förändrats drastiskt de senaste åren och att avfall numera betraktas som en attraktiv och efterfrågad energi- och klimateffektiv råvara. Kommunen har en ensamrätt på transport, återvinning och bortskaffning av hushållsavfall, men kan välja att, genom avtal, överföra denna hantering till en fristående juridisk person. Traditionellt sätt har kommunerna valt att gå samman med andra kommuner och bilda gemensamt ägda kommunala avfallsbolag. Vidare har kommunerna i många fall, utan någon föregående upphandling, direkttilldelat dessa tjänstekontrakt rörande avfallshantering till sina ”egna” avfallsbolag. Förutsatt att det rör sig om ett traditionellt tjänstekontrakt skall dessa kontrakt upphandlas enligt LOU. Dessa direkttilldelningar har varit föremål för en rad domstolsprövningar, både nationellt och inom EU. Denna utveckling inom avfallsbranschen har föranlett ett temporärt upphandlingsundantag i LOU. Det s.k. Teckal-undantag innebär att den upphandlande myndigheten inte behöver upphandla tjänsten i de fall myndigheten samtidigt utövar en likartad kontroll över både den aktuella avfallsenheten som över den egna förvaltningen och att enheten bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den aktuella myndigheten.

Avfallsbranschen har även sett en tydlig ökning av tjänstekoncessioner inom området vars lagstiftning är betydligt mer otydlig jämfört med lagstiftningen kring en offentlig upphandling som följer LOU. Tjänstekoncessionen innefattar, jämfört med tjänstekontrakt, en annan ersättningsmodell där koncessionären innehar den egentliga risken för verksamheten och erhåller betalning från tredjeman, inte från den upphandlande myndigheten. Tjänstekoncessioner omfattas inte av LOU och kan således heller inte överklagas eller prövas enligt LOU. Istället får man vända sig till unionsrätten för vägledning. De oklara reglerna kring tjänstekoncessioner bäddar för missbruk och osund konkurrens gentemot privata aktörer. Man kan dock konstatera att upphandlingskraven för tjänstekoncession visar stor likhet med de krav som framställs i LOU.

5.2 Diskussion

För att besvara frågan huruvida *Sysav-målet* och *Uddevalla-målet* har påverkat tjänstekoncessioners utveckling i Sverige bör först följande särskiljning göras. *Sysav-målet* skiljer sig från *Uddevalla-målet* i en väsentlig del, nämligen med det faktum att Sysav inte tar hand om insamlingen av avfall utan enbart svarar för omhändertagandet, d.v.s. avfallsförbränningen. Det innebär att ersättningskriteriet i begreppet tjänstekoncession inte är uppfyllt då Sysav inte uppbär ersättning direkt från hushållen. *Sysav-målet* spelar dock en viktig roll i rättsutvecklingen av In-house/Teckal- undantaget i LOU och har, i min mening, inneburit startskottet för den intensiva utvecklingen av lagtexten gällande ett eventuellt permanent införande av upphandlingsundantag i LOU.

Utredning SOU 2011:43 antyder att ett permanent upphandlingsundantag snart kan bli verklighet då utredningen har visat att de positiva effekterna övervinner de negativa. Vilka konsekvenser detta undantag får i verkligheten, får tiden utvisa. Men så länge det finns adekvata kontroll- och uppföljningsåtgärder så kommer förhoppningsvis de positiva effekterna dominera och ge en positiv inverkan på den kommunala renhållningssektorn.

Uddevalla-målet, å andra sidan, har definitivt inneburit en tydlig utveckling av tjänstekoncessioner vars innebörd nu är tydligare formulerad. Faktumet att så många unionsrättsliga mål beaktas i denna dom har medfört att rättsläget nu är betydligt mer lättolkat. Detta har i min mening, knutit samman säcken och därigenom samlat ihop alla väsentliga EU-mål inom den kommunala renhållningsverksamheten. *Uddevalla-målet* har definitivt resulterat i en tydligare kartläggning över hur, i min mening, tjänstekoncessioners tunna lagstiftning skall tolkas.

Ser man till de faktiska upphandlingskraven vid offentlig upphandling jämfört med de krav som följer vid tjänstekoncession kan man snabbt konstatera att de inte skiljer sig något avsevärt från varandra. Men, upphandlingsförfarandet vid offentlig upphandling är betydligt mer detaljreglerat i LOU jämfört med det befintliga regelverket för tjänstekoncessioner. I avsaknad av nationell lagstiftning på området får man istället se om unionsrätten ger vägledning. EUF-fördraget reglerar upphandlingsförfarandet vid offentlig upphandling där det står stadgat att diskriminering vid upphandlingsförfarande inte får förekomma och att alla skall behandlas lika. Vidare skall upphandlingsförfarandet föregås med transparens och öppenhet där proportionalitetsprincipen och principen kring ömsesidigt erkännande skall beaktas. Dessa principer återfinns i LOU varav det kan konstateras att de grundläggande upphandlingskraven är någorlunda de samma vid offentlig upphandling som vid tjänstekoncession.

Man kan dock konstatera att överklagningsförfarandet enligt LOU är betydligt tydligare, om inte t.o.m. lättare, då det inte står specifikt utskrivet om/eller hur tjänstekoncessioner skall överklagas. I enlighet med EU-stadgar¹³⁰ måste dessa typer av beslut kunna prövas vilket föranleder, i brist på annan speciallagstiftning, att tjänstekoncessioner bör kunna överklagas enligt 22 och 22a§ FL.

Det temporära införandet av upphandlingsundantaget i LOU innebär att den upphandlande myndigheten kan frångå upphandlingskrav i de fall verksamhets- och kontroll kriteriet är uppfyllt. Det nya förslaget till ett permanent införande av upphandlingsundantaget innefattar samma upplägg som det nu gällande Teckal-undantaget. Eftersom den kommunala avfallsbranschen till stor del styrs genom helägda kommunalägda aktiebolag kommer Teckal-undantaget troligtvis att åberopas ofta av myndigheter i ett led att tillförsäkra sig ett ständigt flöde av avfall till sina anläggningar, främst då till sina förbränningsanläggningar. Detta resulterar i att Teckal-undantaget påverkar upphandlingskraven inom den kommunala renhållningssektorn då den upphandlande myndigheten i vissa fall kan frångå kravet på offentlig upphandling. Det är dock viktigt att komma ihåg att enligt EU-domstolens fastställda praxis är varje medlemsstats nationella domstol skyldig att tolka tillämpliga lagar i ljuset av EU-rätten.¹³¹

¹³⁰ Art. 47 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

¹³¹ C-14/83 von Colson och Kamann.

Detta innefattar att en tjänstekoncession skall genomföras konkurrensneutralt oavsett om den upphandlande myndigheten har eller inte har en upphandlingsskyldighet i enlighet med undantagsreglerna i upphandlingslagarna. Upphandlingsundantaget innebär inte att myndigheten får åsidosätta de grundläggande unionsrättsliga reglerna kring transparens, icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande vilket framgår av EUF-fördraget.

5.3 Förväntningar inför framtiden

Kommissionen har konstaterat att det föreligger en viss osäkerhet över hur myndigheter skall tillämpa EU-lagstiftningen på området för offentlig upphandling. Detta har föranlett EU-kommissionen att publicera ett arbetsdokument som är ämnat att ge vägledning vid tolkningen av rättspraxis inom området. Detta dokument offentliggjordes 2011.

För närvarande pågår ett nytt laglighetsprövningsmål i Helsingborgs kommun angående direkttilldelning av tjänstekoncession till NSR. En inhibition är inlämnad till Förvaltningsrätten i Malmö där kärke begär en inhibition av ett beslut fattat av Helsingborgs kommuns Kommunfullmäktiges den 14 december 2011 där ansvaret för viss kommunal renhållningsverksamhet överlåtits till NSR.¹³²

Denna tilldelning av renhållningsverksamhet utgör en tjänstekoncession eftersom det i pressmeddelandet från den 14 december 2011 KF § 169/11 framgår att ersättningen till NSR för utförda renhållningstjänster skall utgå direkt från renhållningskollektivet i enlighet med den kommunala renhållningstaxan och då NSR står för den aktuella risken.¹³³ I yrkandet framgår att beslutet strider mot EU-fördragets grundläggande norm om likabehandling, öppenhet m.m. då uppdraget inte föregåtts av ett öppet annonserat anbudsförfarande. Vidare uppfyller denna direkttilldelning inte Teckal-undantaget i 2:10a LOU då varken kontrollrekvisitet eller verksamhetsrekvisitet är uppfyllda.¹³⁴ Målet ligger nu hos Förvaltningsdomstolen i Malmö där svarande kommit in med sitt svarsmål. I detta åberopas rätten till organisationsfrihet, kommunens självstyre och att tjänstekoncessionen inte innefattar ett kommersiellt utnyttjande av de aktuella tjänsterna. Vidare åberopar svarande bl.a. C-480/06 där samarbete mellan offentliga myndigheter inte behöver föregås av ett upphandlingsförfarande.

Det ska bli intressant att följa rättsutvecklingen avseende detta ärende. Inom ett område där ett prejudikat i sak länge varit mycket efterlängtat ligger nu, sent omsider, alla korten synliga på bordet.

Avfallsmarknaden har sett en tydlig utveckling av tjänstekoncessioner på området varav de effektuerade tjänstekoncessionerna på avfallsmarknaden uppenbarligen har rört om en del i grytan då de privata avfallsaktörerna reagerat med tydlighet över den rådande situationen. Personligen tycker jag det är viktigt att dessa frågor förs fram i ljuset och bedömer därför det positivt att organisationer som Konkurrenskommissionen¹³⁵

¹³² FR målnr. 11851-11 s. 1.

¹³³ Michael Liverstam. Ansökan om laglighetsprövning om yrkande om inhibition.

¹³⁴ Michael Liverstam. Ansökan om laglighetsprövning om yrkande om inhibition.

¹³⁵ *Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som startades av Stiftelsen Den Nya Välfärden 1994. Gruppen utreder och bedömer anmälningar om att skattepengar använts på sådant sätt att konkurrensen snedvrids.*
<http://www.dnv.se/konkurrenskommissionen/indexkonkurrens.asp>

kostnadsfritt bistår privata aktörer så att de får sin röst hörd och att Konkurrenskommissionen faktiskt offentligt ifrågasätter myndigheternas agerande. Det är i min mening av högsta vikt att denna typ av frågor tas upp till diskussion, inte bara på lokal nivå, utan även regionalt.

Slutligen, för att besvara frågan om hur rättsutveckling avseende tjänstekoncessioner har påverkat upphandlingskriterierna för kommunala renhållningsbolag vill jag framföra följande: *Uddevalla-målet* har föranlett att begreppet tjänstekoncessioner har lyfts fram i ljuset. Någon närmare prövning kring tjänstekoncessionen i sak prövades dock aldrig i *Uddevalla-målet* då det konstaterades att eftersom en tjänstekoncession faktiskt förelåg skulle målet ha avskrivits redan på första instansen då någon överklagan enligt LOU inte kan åberopas. Tjänstekoncessioner har tidigare inte behandlats inom renhållningsbranschen. Eftersom lagstiftningen kring tjänstekoncessioner är tämligen tunn har unionsrättslig lagstiftning och domar från EU-domstolen fått fylla ut tomrummet. Min förhoppning är att det kommande *NSR-målet* blir vägledande, förtydligar vad som innefattas i begreppet tjänstekoncession och under vilka förutsättningar det skall anses föreligga. Vidare kommer det, i min mening, att medföra en tydlighet i om och hur tjänstekoncessionen skall upphandlas. Det kan dock konstateras att i stort sett samma upphandlingskrav föreligger vid offentlig upphandling som vid en upphandling av tjänstekoncession. Nationell och unionsrättslig praxis utgör en kompletterande funktion i fastställandet av definitionen av tjänstekoncession och dess innebörd. Jag ser personligen ingen anledning till varför tjänstekoncessioner skall undantas från de grundläggande EU-rättsliga principerna bara för att kommunerna har en lagstadgad ensamrätt över den kommunala renhållningen eller för att de tillgodoser en allmännyttig tjänst. Kanske vore det även dags för en avreglering av det kommunala renhållningsmonopolet då det uppenbarligen finns privata aktörer som är fullt kapabla att utföra uppdraget. Enligt min åsikt bör privata aktörer ges möjlighet att komma in med anbud, och om detta ej är möjligt är det min förhoppning att de upphandlande myndigheterna i alla fall skall bibehålla en transparens under koncessionsförfarande så att allmänheten får tillgång till de offentliga handlingar som ligger till grund för myndighetsbeslutet.

Vidare pågår det för närvarande ett överträdelseförfarande i EU mot Sverige just med anledning av att svenska kommuner har anlitat egna renhållningsbolag utan upphandling. Det ovanstående *NSR-målet* är föremål för granskning i denna fördragsbrottsutredning där EU-kommissionen har framfört att Helsingborg (stadens) förfarande gentemot NSR inte utgör en ”kommunalrättslig organisationsåtgärd”.¹³⁶

Uddevalla-målet har vunnit laga kraft men en ansökan om resning i laglighetsprövning är inlämnad till domstol. En framtida dom kommer därmed kunna fastställa exakt vilka upphandlingsregler som gäller vid tjänstekoncessioner då denna fråga aldrig faktiskt prövades i *Uddevalla-målet*. Därmed kommer det kunna konstateras, en gång för alla, om och/eller hur en tjänstekoncession avseende de kommunala renhållningstjänsterna skall upphandlas.

¹³⁶ Yrkande till Mål 11851-121, s.3.

6. Källförteckning

Offentligt tryck

Betänkande 1996/97:KU12 Kommunala kompetensfrågor.

JO 3026-2009, beslutsdatum 2010-05-06.

DS 2009:36 Upphandling från statliga och kommunala företag.

Prop. 1990/91:117 om en ny kommunallag.

Prop. 1998/99:66 om en stärkt kommunal revision.

Prop. 2009/10/:134 Upphandling från statliga och kommunala företag.

SOU 2011:43 Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor.

Arbetsdokument från kommissionens avdelningar. Sammanfattning av

konsekvensbedömning för ett initiativ avseende koncessioner.20.12.2011
http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2011/1589/COM_SEC%282011%291589_SV.pdf
(2012-02-23).

Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/98/EG av den 19 november 2008 om avfall och om upphävande av vissa direktiv, EUT 2008 L 312/3.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG, EUT 2009 L 67/612.

Konsoliderad version av fördraget om Europeiska Unionen, EUT 2010 C 83/13.

Europaparlamentets resolution 18/5 2010 om nya utvecklingstendenser inom offentlig upphandling 2009/2175 INI, EUT 2011 C 161 E/38.

Konsoliderad version av fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt, EUT 2010 C 83/47.

Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad, Bryssel den 27.1.2011, KOM(2011) 15 slutlig.

Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner, Bryssel den 30.4.2004, KOM(2004) 327 slutlig.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, EUT 2004 L 134/114.

Kommissionens Förordning nr 1251/2011 av den 30 november 2011 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG, 2004/18/EG och 2009/81/EG vad gäller de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden, EUT 2011 L 319/43.

Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentligt upphandling, EUT 2006 C 179/2.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG, EUT 2010, L 67/ 612.

Litteratur

Bernitz, Ulf, Finna rätt- Juristens källmaterial och arbetsmetod, 11 u, 2010, Nordstedts Juridik.

Falk, Jan-Erik, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2 u, 2011, Jure förlag.

Gertéll, Pernilla, Nya lagen om offentlig upphandling – en handbok, 1 u, 2010, Studentlitteratur.

Peczenik, Aleksander, Juridikens allmänna läror (Utdrag från) http://peczenik.ivr2003.net/SvJT_Brusiin.pdf (2012-01-26).

Stattin, Daniel, Kommunal aktiebolagsrätt, 2 u, 2004, Litteraturcompagniet: Jure. Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling – LOU och LUF, 1 u, 2010, Studentlitteratur AB.

Rättspraxis

FR 11851-11, Michael Liverstam mot Helsingborgs stad (2001).

RÅ 2008 ref.26, Sita Sverige AB, Sydkraft EcoPlus AB, Ragn Sells AB och X AB mot Simrishamns kommun (2008).

RR 176-179-06, Sita Sverige AB, Sydkraft EcoPlus AB, Ragn Sells AB och X AB mot Tomelilla kommun (2008).

RR 172-175-06, Sita Sverige AB, Sydkraft EcoPlus AB, Ragn Sells AB och X AB mot Simrishamns kommun (2008).

KR 6515-10, Uddevalla Kommun mot Liselott Löf AB (2011).

EU-domstolen

Mål C-340/04, Carbotermo SpA och Consorzio Alisei mot Comune di Busto Arsizio och AGESP SpA (2006).

Mål C-324/07, Coditel Brabant SA mot Commune d'Uccle och Région de Bruxelles-Capitale (2008).

Mål C-14/83, von Colson och Kamann mot land Nordrhein-westfalen (1984).

- Mål C-382/05, Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Italien (2007).
- Mål C-480/06, Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland (2009).
- Mål C-458/03, Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen och Stadtwerke Brixen AG (2005).
- Mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (2005).
- Mål C-573/07, Sea Srl mot Comune di Ponte Nossa (2009).
- Mål C-107/98, Teckal Srl mot Comune di Viano och Azienda Gas-Acqua Consorziata (AGAC) di Reggio Emilia (1999).

Övriga publikationer

Kommunala bolag – laglöst land

http://www.dnv.se/komm_bolag/rapport-webb.pdf (2012.01.23)

Konkurrenskommissionen

<http://www.dnv.se/konkurrenskommissionen/indexkonkurrens.asp> (2012-02-22)

Konkurrensverket

http://www.kkv.se/t/Process_2231.aspx (2012.01.23)

Konkurrensverket

http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/rap_2008-4.pdf (2012.01.23)

Malmö Stads hemsida

<http://www.malmo.se/Kommun--politik/Om-oss/Forvaltningar--bolag.html> (2012.0.23)

Marknadssituationen för avfallshantering

<http://www.naturvardsverket.se/Documents/publikationer/620-5408-2.pdf> (2012.01.23)

PWC – den svenska avfallsmarknaden

http://www.pwc.se/sv_SE/se/energi/assets/rapport-svenska-avfallsmarknaden.pdf (2012.02.19)

Sysav Retur nr. 1 2009 Nätupplaga

http://www.sysav.se/upload/ovrigt/retur/RETUR_1_2009.pdf (2012.01.23)

Sysav årsredovisning 2003 Nätupplaga

<http://www.sysav.se/upload/ovrigt/5422%20%C3%85rsredovisning%2003.pdf> (2012.02.20)

Upphandling av avfallstjänster

http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/rap_2008-4.pdf (2012.01.23)

Ansökan om laglighetsprövning med yrkande om inhibition. Klagande: Michael Liverstam. Yrkande inlämnat till Förvaltningsrätten avseende laglighetsprövning av kommunfullmäktige i Helsingborgs beslut av den 14 december 2011, KF § 169/11.