



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM
2018-03-09
Meddelad i Uppsala

Mål nr
6658-15 E

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

VafabMiljö kommunalförbund, 222000-3129

Ombud:

1. Advokat Erik Olsson
Advokatfirman Kahn Pedersen KB
Box 16119
103 23 Stockholm

2. Advokaterna Per-Ola Bergqvist och Christoffer Löfquist
Foyen Advokatfirma AB
Södergatan 28
211 34 Malmö

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU, och lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2018-05-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	AKS1

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrätten avslår yrkandet att rätten ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.

Dok.Id 193343

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1853 751 48 Uppsala	Kungsgatan 49	018-431 63 00 E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se	018-10 00 34	måndag–fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Vafab Miljö AB (Vafab) bildades 2004 genom en sammanslagning av de kommunalt ägda bolagen Västra Mälardalens Renhållningsaktiebolag och Västmanlands avfallsaktiebolag. Vafabs ägarkommuner från vardera tidigare bolaget var därmed å ena sidan Arboga, Kungsör och Köping kommuner och å andra sidan Enköping, Fagersta, Hallstahammar, Heby, Norberg, Sala, Skinnskatteberg, Surahammar och Västerås kommuner. När ägarkommunerna skulle utvärdera samarbetet i Vafab beslutade de att ge Västmanlands kommuner och landsting (VKL) i uppdrag att göra en översyn av bolagets verksamhet. Rekommendationen i VKL:s rapport den 28 augusti 2012 till Vafabs ägarkommuner blev bl.a. att utöka samarbetet till att med vissa undantag omfatta samtliga uppgifter enligt det kommunala renhållningsansvaret i form av ett kommunalförbund. Den 13 juni 2013 godkände en extra bolagsstämma för Vafab förslaget att rekommendera ägarkommunerna att genom beslut i respektive kommunfullmäktige ombilda bolaget till ett kommunalförbund. Enligt den tidsplan som Vafab föreslog skulle kommunalförbundet överta ansvaret för kommunernas renhållningsansvar den 1 januari 2014. Under slutet av år 2013 började ägarkommunerna till Vafab att fatta beslut i respektive fullmäktige om att ombilda bolaget till ett kommunalförbund. En av ägarkommunerna, Enköpings kommun, kom emellertid inte att fatta beslut om att godkänna bildandet av kommunalförbundet. Vafab föreslog då att övriga kommuner skulle bilda kommunalförbundet utan Enköpings kommuns medverkan och skickade ut en skrivelse med förslag till beslut om temporär ändring av förbundsordning för kommunalförbundet, vilken skulle gälla till dess att Enköpings kommun beslutade sig för att ansluta sig till kommunalförbundet. Övriga kommuner fick med anledning av den föreslagna temporära förbundsordningen fatta nya beslut i respektive kommunfullmäktige. Skinnskattebergs kommun var den sista förbundsmedlem som den 17 november 2014 beslutade att godkänna den temporära förbundsordningen.

Den 12 januari 2015 ägde kommunalförbundets konstituerande sammanträde med direktionen för förbundet rum. Vid sammanträdet beslutade direktionen bl.a. att godkänna ett uppdragsavtal mellan Vafab och förbundet. Samma dag ingick förbundet uppdragsavtalet med Vafab. Av uppdragsavtalet framgår bl.a. att Vafabs ägarkommuner hade beslutat att ombilda bolaget till ett kommunalförbund och att förbundet skulle överta ansvaret för den verksamhet som bedrevs i bolaget. Under en övergångsperiod skulle emellertid personal och verksamhet kvarstå i Vafab. I uppdragsavtalet åtog sig därför bolaget att ansvara för kommunalförbundets hela verksamhet enligt förbundsordningen till dess övertagandet sker.

Enköpings kommun beslutade den 8 juni 2015 att godkänna förbundsordningen och anslöt sig då slutligen till kommunalförbundet. När godkännandet skedde upphörde den temporära förbundsordningen att gälla och ersattes av den ordinarie förbundsordningen, som Vafab skickat ut till kommunerna 2013 och som godtagits av de övriga kommunerna under slutet av samma år och början av 2014. Verksamheten skulle därmed överföras från Vafab till kommunalförbundet genom bl.a. aktieöverlåtelse och inkråmsöverlåtelse, varefter Vafab antingen skulle likvideras eller läggas vilande. I vart fall aktieöverlåtelsen är genomförd.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket ansöker om att förvaltningsrätten ska besluta att VafabMiljö kommunalförbund (kommunalförbundet) ska betala 10 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Till stöd för sin talan anför Konkurrensverket i huvudsak följande.

Uppdragsavtalet mellan kommunalförbundet och Vafab utgör en otillåten direktupphandling.

Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift har kommit in till domstolen i rätt tid. Kommunalförbundet gör gällande att uppdragsavtalet har ingåtts muntligt den 27 november 2014. Konkurrensverket har aldrig påstått att ett avtal måste vara skriftligt. Det är dock ostridigt att det i detta fall finns ett skriftligt avtal. Parterna får genom det skriftliga avtalet anses ha gett uttryck för den gemensamma partsavsikten och utgångspunkten måste vara att ett bindande avtal föreligger från och med den dag uppdragsavtalet är undertecknat. Om ett annat datum ska godtas när det finns ett skriftligt avtal bör det krävas att kommunalförbundet presenterar en övertygande bevisning till stöd för ett sådant påstående.

Det föreligger genom uppdragsavtalet inte en sådan befogenhetsöverföring, som i enlighet med EU-domstolens avgörande C-51/15, *Remondis*, under vissa villkor ska anses utgöra en åtgärd som rör medlemsstaternas interna organisation och som således omfattas av den frihet som medlemsstaterna säkerställs enligt artikel 4.2 i Fördraget om Europeiska unionen, FEU. Inledningsvis kan det konstateras att en befogenhetsöverföring enligt *Remondis* förutsätter att en myndighet som tidigare hade vissa befogenheter blir fråntagen eller avsäger sig skyldigheten och rättigheten att utföra visst allmännyttigt uppdrag samtidigt som en annan myndighet ges denna skyldighet eller rättighet. Enligt EU-domstolen ska en sådan befogenhetsöverföring avse all den offentliga makt som följer av befogenheterna. Den myndighet som tar över uppgifterna ska således ha makten att fastställa regelverket och de närmare bestämmelserna för fullgörandet av uppgifterna. Den kommunala renhållningsskyldigheten regleras i 15 kap. 20 § miljöbalken (1998:808), MB, och innebär att varje kommun ska svara för att hushållsavfall inom kommunen transporteras till en behandlingsanläggning, om det behövs för att tillgodose såväl skyddet för människors hälsa och miljön som enskilda intressen, och att hushållsavfall från kommunen återvinns eller bortscaffas. Det är uppenbart att det aktuella uppdragsavtalet inte utgör en sådan befogenhetsöverföring som avses i *Remondis* av flera skäl. Bolagets

uppdrag ska utföras i samråd med och enligt anvisningar från såväl kommunalförbundet som enskilda medlemskommuner. Varken kommunalförbundet eller bolaget har rätt att besluta om kommunernas renhållning och varken kommunalförbundet eller bolaget har rätt att besluta om kommunernas renhållningstaxa. Det bör vidare noteras att *Remondis* förutsätter en befogenhetsöverföring från en myndighet till en annan och något som talar mot detta är att bolaget har rätt att utföra uppgifterna genom en underentreprenör (se vidare *Remondis*, punkt 50, och EU-domstolens avgörande mål C-386/11, Piepenbrock). Det finns även andra omständigheter som talar mot att kriterierna i *Remondis* skulle vara uppfyllda i målet. En sådan befogenhetsöverföring förutsätter att myndigheten som övertar uppgifterna är ekonomiskt självständig så att den kan säkerställa finansieringen av uppdraget samtidigt som den myndighet som befrias från befogenheterna inte har något ekonomiskt intresse av att uppgifterna utförs. Vidare är det aktuella uppdragsavtalets utformning, åtminstone enligt Konkurrensverkets mening, både knapphändig och svårtolkat, och en sådan befogenhetsöverföring av ett allmännyttigt uppdrag och av den offentliga makt som följer av uppdraget bör kräva en både tydligare och utförligare reglering. Det kan slutligen noteras att inte ens kommunalförbundet gör gällande att uppdragsavtalet mellan förbundet och bolaget i sig ska anses utgöra en befogenhetsöverföring. Konkurrensverket instämmer inte i kommunalförbundets bedömning att uppdragsavtalet ska betraktas som en oskiljbar del av en befogenhetsöverföring mellan ägarkommunerna och kommunalförbundet. Tilldelningen av uppdragsavtalet till Vafab Miljö AB var inte en nödvändig beståndsdel för slutförandet av befogenhetsöverföringen från ägarkommunerna till kommunalförbundet. Eftersom tilldelningen av uppdragsavtalet och verksamhetsöverföringen till kommunalförbundet är två separata avtal med två olika avtalsparter som över huvud taget inte är avhängiga av varandra kan de inte anses utgöra en odelbar enhet.

Uppdragsavtalet uppfyller inte förutsättningarna för interna köp. Av 2 kap. 10 a § ÄLOU framgår att avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person inte utgör kontrakt i upphandlingsrättslig mening, under förutsättning att den upphandlande myndigheten utövar en juridisk kontroll över den juridiska personen som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet) och att den juridiska personen bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den (verksamhetskriteriet). Verksamhetskriteriet är inte uppfyllt här. Enligt Konkurrensverkets beräkningar uppgår Vafabs intäkter för verksamhetsåret 2014 till totalt 429 406 570 kr, varav 234 252 157 kr härrör från förbundsmedlemmarna och 195 154 413 kr är hänförliga till andra kunder. Det innebär att 45,4 procent av Vafabs totala intäkter under år 2014 kommer från bolagets externa verksamhet. Intäkter som har redovisats under posterna försäljning av återvinningsmaterial (skrot) och försäljning av återvinningsmaterial (wellpapp, kartong och tidningar) avser försäljning av material till privata aktörer. Även merparten av intäkterna för försäljningen av biogas kommer från sådana externa kunder. För att verksamhetskriteriet ska vara uppfyllt krävs det att företagets tjänster huvudsakligen är avsedda för den kontrollerande myndigheten och att all annan verksamhet är av marginell karaktär. De externa intäkterna hänför sig inte till sådan verksamhet som bedrivs enbart tillsammans med den upphandlande myndigheten. Detta påverkas inte av det kommunala renhållningsansvaret enligt MB. Det kommunala renhållningsansvaret enligt MB medför inte heller i sig att den verksamhet som avser extern försäljning anses ha tilldelats bolaget av förbundsmedlemmarna. Inte heller det förhållandet att en intern verksamhet i viss mån gynnas av en extern verksamhet medför att den externa verksamheten anses bedriven tillsammans med den upphandlande myndigheten. Förbundet gör till synes vidare gällande att konsekvensen av att de externa intäkterna beaktas som extern verksamhet i förlängningen blir att bolaget, och sedermera kommunalförbundet, skulle tvingas samla avfall på hög i så kallade "sopberg" eller att man tvingas

skänka bort återvinningsmaterial. Det stämmer inte. Att intäkterna beaktas som externa och verksamhetskriteriet inte anses uppfyllt orsakar inte några andra konsekvenser än att förbundet inte har rätt att direkttilldela uppdrag till bolaget utan föregående annonsering enligt LOU. Det står den upphandlande myndigheten fritt att välja hur man organiserar sin avfallshantering. I den mån man väljer att överlåta avfallshanteringen till ett fristående organ som inte uppfyller verksamhetskriteriet är det dock inte tillåtet att direkttilldela uppdrag till detta organ utan föregående annonsering enligt LOU. Om den upphandlande myndigheten anser att detta medför praktiska svårigheter har man goda möjligheter att välja ett annat sätt att organisera sin verksamhet. När det gäller paralleller till koncessionsavtal vill Konkurrensverket betona att det i målet ifråga rör ett tjänstekontrakt och inte ett koncessionsavtal. Det är en viktig skillnad eftersom vid en tjänstekoncession den upphandlande myndigheten överför hela eller åtminstone en betydande del av den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten. Det erinras om att varje undantag från skyldigheten att tillämpa upphandlingsdirektivets bestämmelser ska tolkas restriktivt. Det kan vidare konstateras att Vafabs verksamhet mot tredje man inte omfattas av något tilldelningsbeslut. Den verksamhet som Vafab bedriver ger inte upphov till rättsligt bindande skyldigheter mellan tredje man och kommunalförbundet. Skulle kommunalförbundets tolkning av begreppet intern verksamhet accepteras skulle det innebära att all verksamhet som ett kommunalt bolag bedriver ska beaktas som intern så snart dess ägare uppdrar åt bolaget att bedriva sådan verksamhet. En sådan extensiv tolkning av begreppet är varken förenlig med EU-domstolens praxis eller med unionslagstiftarens avsikt. Den omständigheten att den kontrollerande enheten bedriver en viss del av sin verksamhet tillsammans med andra än den som kontrollerar den innebär typiskt sett en risk för att konkurrensen på den aktuella marknaden skadas. Även möjligheterna för den fristående enheten att skapa relationer till företag inom den privata sektorn ska enligt EU-domstolens praxis beaktas. Det kan också konstateras att de intäkter, som Vafab erhåller från andra än förbundsmedlemmarna, inte

följer av en uttrycklig skyldighet i uppdragsavtalet. Detta styrker att det inte är fråga om en verksamhet som bedrivs tillsammans med den kontrollerande enheten.

Uppdragsavtalet reglerar inte en horisontell samverkan mellan myndigheter. Av EU-domstolens rättspraxis framgår att avtal med ekonomiska villkor mellan upphandlande myndigheter under vissa förutsättningar faller utanför tillämpningsområdet för de unionsrättsliga reglerna om offentlig upphandling, t.ex. vid en s.k. Hamburgsamverkan. Eftersom kommunalförbundet helt har överlämnat sin verksamhet till Vafab är det inte fråga om en horisontell samverkan mellan myndigheter utan uppdragsavtalet är ett sedvanligt tjänstekontrakt som reglerar förhållandet mellan en beställare och en leverantör. Någon verksamhet som avser insamling, behandling eller återvinning av avfall, vilket är uppdragsavtalets huvudföremål, bedrivs över huvud taget inte av kommunalförbundet. Vafab utför istället all verksamhet åt förbundet mot ersättning enligt de villkor som framgår av uppdragsavtalet. Avtalet är alltså inte ett samarbete mellan kommunerna som är medlemmar i kommunalförbundet. Vafab har fortsatt den verksamhet som bedrevs dessförinnan och som framgår av dess verksamhetsföremål. Skillnaden är att Vafab har fått en annan beställare, dvs. kommunalförbundet. Vafab bildades ursprungligen av ett antal kommuner för att tillhandahålla sådana avfallstjänster som kommunerna behövde och för att uppföra samt underhålla anläggningar som krävdes för utförandet av dessa tjänster. Vafab ska utföra detta uppdrag eftersom kommunerna, och inte bolaget, enligt kommunallagen (1991:900) och MB är ansvariga för omhändertagande av hushållsavfall. Vafab är ett aktiebolag som är ett från kommunerna fristående privaträttsligt rättssubjekt utan eget intresse av att de aktuella avfallstjänsterna utförs. Det uppdrag som enligt uppdragsavtalet ska utföras åt kommunalförbundet är alltså inte heller gemensamt för parterna. Det är endast kommunalförbundet som är skyldigt att tillse att det allmännyttiga uppdraget utförs och Vafab är endast utförare av tjänster som förbundet beställt

genom uppdragsavtalet. Enligt Konkurrensverkets mening är uppdragsavtalet inte ett sådant avtal som reglerar en samverkan mellan myndigheter gällande ett uppdrag som är gemensamt för parterna. Uppdragsavtalet är därmed inte en Hamburgsamverkan. Varken uppdragsavtalets lydelse eller syftet med avtalet talar för att det är fråga om ett samarbete mellan parterna. Parternas avsikt är att Vafab Miljö AB ska fullgöra *samtliga* åtaganden som åligger förbundet.

Köpet är inte undantaget från annonseringsskyldigheten. Kommunalförbundet har anfört att förbundet har rätt att ingå uppdragsavtalet utan föregående annonsering med hänsyn till undantaget för synnerlig brådska. Enligt kommunalförbundet beror den uppkomna brådskan på Enköpings kommuns agerande. Konkurrensverket anser att det inte har varit fråga om sådan brådska situation som möjliggör en upphandling utan föregående annonsering. Av utredningen i målet framgår att arbetet med att bilda kommunalförbundet har pågått under en längre tid. Det är kommunerna själva som har kunnat bestämma när kommunalförbundet skulle bildas. Den brådska som uppstod berodde alltså på den situation som kommunerna hade skapat och den är att hänföra till kommunernas eget agerande. Om kommunalförbundet bedöms ha rätt att ingå uppdragsavtalet med Vafab med stöd av undantaget för synnerlig brådska finns en risk för missbruk och kringgående av förfarandereglererna i LOU även i liknande situationer. Det skulle då regelmässigt vara möjligt att hänvisa till synnerlig brådska utifrån de direktiv som en uppdragsgivare lämnar.

Eftersom avtalet mellan kommunalförbundet och Vafab löper på obestämd tid och inte heller är begränsat på annat sätt, exempelvis ifråga om volymer, kan något exakt avtalsvärde inte bestämmas. Kommunalförbundets uppfattning att uppdragsavtalet endast skulle gälla till och med den 31 december 2015 stämmer inte. Vägledning kan tas ifråga om vad som gäller vid tjänstekontrakt som löper på obestämd tid. Värdet ska då bestämmas till det upp-

skattade värdet per månad multiplicerat med 48. För år 2015 finns, såvitt det är känt, ingen budgeterad kostnad för de tjänster Vafab ska utföra. Konkurrensverket anser därför att 2014 års intäkter om 234 252 157 kr från förbundsmedlemmarna kan läggas till grund för beräkningen. Kontraktsvärdet ska då, med tillämpning av 3 kap. 12 § ÄLOU, beräknas uppgå till totalt 937 008 628 kr. Eftersom tio procent av kontraktsvärdet motsvarar en avgift på 93 700 863 kr blir det i detta fall den maximala avgiften på tio miljoner kr som kan utgå. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till försvårande och förmildrande omständigheter. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför vara högt. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Därtill kommer att uppdragsavtalets värde om drygt 930 miljoner kr är avsevärt högt. Utifrån såväl individualpreventiva som allmänpreventiva hänsyn är det mot denna bakgrund enligt Konkurrensverkets mening uteslutet att besluta om annan avgift än den högsta möjliga, dvs. tio miljoner kr.

Kommunalförbundet bestrider bifall till Konkurrensverkets ansökan. Kommunalförbundet yrkar i första hand att ansökan ska avvisas, i andra hand att ansökan ska avslås och i tredje hand att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ned i dess helhet eller i vart fall inte överstiga en procent av uppdragets värde. Kommunalförbundet yrkar vidare att förvaltningsrätten ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Till stöd för sin talan anför kommunalförbundet i huvudsak följande.

Konkurrensverkets talan är preskriberad. Uppdragsavtalet ingicks den 27 november 2014. Konkurrensverket ansökte om upphandlingsskadeavgift den 17 december 2015, dvs. mer än ett år efter det att uppdragsavtalet ingicks. Eftersom ansökan inte gjordes inom ett år från avtals ingående är Konkurrensverkets talan preskriberad och kan inte tas upp till prövning av förvaltningsrätten.

Som skäl för att ansökan ska avslås gör Kommunalförbundet i första hand gällande att det händelseförlopp som målet rör utgör en sådan befogenhetsöverföring som enligt *Remondis* omfattas av medlemsstaternas fördragskyddade rätt till intern organisation. Uppdragsavtalet utgör en oseparatorbar del av en befogenhetsöverföring mellan kommunerna och kommunalförbundet och prövningen ska därför ske utifrån händelseförloppet i sin helhet (där uppdragsavtalet endast utgör ett temporärt led för befogenhetsöverföringens slutförande). Befogenhetsöverföringen har samtliga de relevanta karaktäristika som förelåg i *Remondis* och som ledde till att EU-domstolen fann att händelseförloppet där var undantaget. De befogenheter på avfallsområdet som kvarstår hos kommunerna efter befogenhetsöverföringen är ett uttryck för kommunernas normgivningskompetens, vilken inte kan överföras utan stöd i grundlag. Att sådan kompetens inte överförs beror på Sveriges konstitutionella särart och kommunernas rätt härvidlag skyddas därmed av samma fördragsbestämmelser som gett upphov till *Remondis*-undantaget. Under alla omständigheter ryms sådan kompetens inom ramen för vad en överförande myndighet får behålla enligt vad EU-domstolen beskriver i *Remondis*. Uppdragsavtalet är, alldeles oavsett, så kopplat till befogenhetsöverföringen att den kostnadsersättning som Vafab får enligt avtalet inte medför att avtalet är att betrakta som ett sådant kontrakt med ekonomiska villkor som omfattas av LOU.

Kommunalförbundet gör i andra hand gällande att kommunalförbundets tilldelning av uppdragsavtalet till Vafab omfattas av det så kallade Teckal-undantaget i 3 kap. 12 § LOU. Teckal-undantag utgör, precis som *Remondis*-undantaget, ett uttryck för medlemsstaters rätt till självbestämmande avseende frågor om intern organisation. Medlemsstaterna har även rätt att själva bestämma vilka tjänster man tillhandahåller på den öppna marknaden. Begränsningar i detta avseende finns i konkurrenslagen och kommunallagen men inte i upphandlingslagarna eller upphandlingsdirektiven. Bestämmel-

serna i 4.2 och 5.2 FEU medför hinder mot en tolkning av Teckal-undantaget som innebär att medlemsstater förhindras att tillhandahålla vissa tjänster i bolagsform eller som innebär att de förhindras att finansiera dessa tjänster med den mix av avkastning, avgifter och skatter som medlemsstaterna finner lämplig. Den tolkning som Konkurrensverket först gjort gällande, men sedan frånfallit, och som går ut på att alla betalningar som erläggs av annan än de kontrollerande kommunerna och deras dotterbolag anses som externa intäkter vid bedömningen av verksamhetskriteriet, utgör just ett sådant hinder som enligt ovan står i strid med fördraget. En sådan tolkning motsägs också av EU-domstolens praxis och medför dessutom att bestämmelserna om Teckal-undantaget i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, LUK, blir meningslösa. Som verksamhetskriteriet rätteligen ska förstås ska alla intäkter som uppstår till följd av en tilldelning av de kontrollerande myndigheterna anses interna. En sådan tolkning, som Konkurrensverket numera också gör gällande, står i överensstämmelse med såväl fördraget, direktiven och svensk lag som med EU-domstolens praxis. En sådan tolkning medför också att en konflikt med LUK:s Teckal-bestämmelser undviks. Kommunalförbundet gör gällande att all den verksamhet som Vafab bedriver följer av den tilldelning som uppdragsavtalet innebär och att all Vafabs verksamhet därför ska anses som intern. Till stöd för detta synsätt har kommunalförbundet bland annat åberopat det förhållandet att alla de intäkter som Vafab har, är att anse som hänförliga till tilldelningen av uppdragsavtalet enligt de bestämmelser om kontraktsvärdesberäkning som finns i LOU och LUK. För att lagstiftningen ska vara koherent och då det inte finns någon rättskälla som ger stöd för någon annan beräkningsmodell framstår det som rimligt att använda de bestämmelser som faktiskt finns att tillgå i lagarna. Kommunalförbundet gör även gällande att all verksamhet som Vafab bedriver, inklusive sådan avfallshantering som omfattas av kategori 5 och 6, är intimt förknippad med det uppdrag som Vafab tilldelats genom uppdragsavtalet. Att det förhåller sig på detta sätt märks inte minst av att Vafab förlorade samtliga sina intäkter i samma ögonblick

som uppdragsavtalet upphörde. Vafab har ingen verksamhet och inga intäkter som är oberoende av uppdragsavtalet. Konkurrensverket bestrider, såsom det får förstås, en sådan beräkningsmodell som kommunalförbundet gör gällande men har inte för egen del föreslagit någon adekvat och sammanhängande alternativ beräkningsmodell. Än mindre har Konkurrensverket pekat på någon rättslig grund för att en alternativ beräkningsmodell ska tillämpas. Den uppdelning mellan interna och externa intäkter som Konkurrensverket presenterade i sin ansökan om upphandlingsskadeavgift, och som helt bygger på identiteten hos fakturabetalaren, förlorade sin relevans och blev otillräcklig för domstolens bedömning när Konkurrensverket medgav att även intäkter från tredje man kan anses som interna när de har koppling till en tilldelning från en kontrollerande myndighet. Konkurrensverket synes möjligen i sitt sista yttrande göra gällande att uppdelningen mellan interna och externa kostnader ska göras utifrån vad Vafab enligt uppdragsavtalet *ska* respektive *får* göra. Konkurrensverket har inte presenterat någon rättslig grund för en sådan uppdelning och såvitt kommunalförbundet erfar saknas rättslig grund för en sådan uppdelning i relevanta rättskällor. Under alla omständigheter skulle en uppdelning mellan sådana tjänster som Vafab ska tillhandahålla och sådana tjänster som Vafab får tillhandahålla resultera i att 83,3 procent av Vafabs intäkter ska anses som interna. Då Konkurrensverket nu vitsordat att det är 3 kap. 12 § begränsningsregel om 80 procent som äger tillämpning i målet leder även en sådan uppdelning till att verksamhetskriteriet ska anses uppfyllt. Kommunalförbundet har redogjort för och utvecklat sin inställning att kontrollkriteriet är uppfyllt. Konkurrensverket har, trots upprepad anmodan härom, avstått från att ta ställning i denna fråga. Vid sådana förhållanden måste vad kommunalförbundet anfört i frågan ensamt ligga till grund för domstolens avgörande.

Kommunalförbundet gör i tredje hand gällande att det händelseförlopp som målet rör utgör en sådan samverkan mellan myndigheter som omfattas av Hamburg-undantaget i 3 kap. 17 § LOU. Uppdragsavtalet är ett avtal som

inrättar ett samarbete mellan myndigheter för fullgörandet av allmännyttigt uppdrag – avfallshantering – vilket är gemensamt för myndigheterna. Samarbetet styrs uteslutande av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse och sker utan inblandning av någon privat part. Uppdragsavtalet syftar inte till att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling, utan endast till att lösa en brådskande situation som ett led i myndigheternas övergripande samarbete på avfallsområdet. Som framgår av vad som anförts avseende Teckal-undantaget, kan konstateras att myndigheterna bedriver mindre än 80 % av den verksamhet, som samarbetet rör, på den öppna marknaden.

Kommunalförbundet gör i fjärde hand gällande att uppdragsavtalet är en tillåten direktupphandling med beaktande av 4 kap. 5 § 3 ÄLOU. De tjänster som uppdragsavtalet avser är av en sådan art att det har varit absolut nödvändigt att ingå avtalet. Det är fullständigt orealistiskt att tro att en upphandling av de relevanta tjänsterna skulle ha kunnat genomföras på den tid som stod kommunalförbundet till buds. Det har inte varit möjligt för kommunalförbundet att förutse att Enköpings kommun skulle agera på ett sätt som medförde att synnerlig brådskande uppstod. Kommunalförbundet kan inte hållas ansvarigt för Enköpings kommuns agerande.

För det fall förvaltningsrätten skulle finna att upphandlingsskyldighet förelegat för uppdragsavtalet gör kommunalförbundet gällande att fråga är om ringa fall eller åtminstone att sanktionsvärdet är det lägsta möjliga 10 000 kr och under alla omständigheter inte det högsta möjliga. Syftet med kommunalförbundets handlande har varit att vara i överensstämmelse med gällande lagstiftning och att efterkomma tidigare domstolsavgöranden. Det är således inte fråga om något medvetet upplägg för att undgå upphandlingsskyldighet utan tvärtom en strävan att vara i överensstämmelse med upphandlingsregelverken liksom övrig lagstiftning. En eventuell överträdelser måste således bedömas som ringa. De i målet aktuella tjänsterna har

inte heller varit möjliga för någon annan leverantör att utföra, varför ingen sådan leverantör har gått miste om ett potentiellt uppdrag. Det är överträdelens svårighetsgrad som avgör hur hög sanktionsavgiften ska vara i det enskilda fallet. Sanktionsavgiftens procentuella relation till kontraktsvärdet utgör en skyddsventil och kan inte användas som en utgångspunkt för fastställandet av sanktionsavgiften. Straffrättsliga hänsyn måste tas vid fastställandet av sanktionsvärdets storlek. Utgångspunkten är då det lägsta beloppet varefter försvårande och förmildrande omständigheter ska beaktas. Vid denna bedömning låter sig inte allmänpreventiva hänsyn tas. Rättsläget är ostridigt oklart vilket ska påverka sanktionsvärdet och kommunalförbundet har agerat för att lösa en problematik som i stort sett alla kommuner har varför det inte är skäligt att ett klargörande av rättsläget ska drabba kommunalförbundet. Utgångspunkten för bedömandet av maxgränsen för storleken på upphandlingsskadeavgiften är det faktiska värdet av kontraktet. Det kan således inte bli aktuellt att döma ut maxbeloppet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Allmän förvaltningsdomstol ska enligt 17 kap. 1 § 3 ÄLOU besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § samma lag. Enligt 17 kap. 4 § ÄLOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska enligt 17 kap. 5 § ÄLOU särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.

I föreliggande mål har kommunalförbundet gjort ett antal invändningar mot att förbundet skulle kunna åläggas att betala upphandlingsskadeavgift. Kommunalförbundet har även anfört att, för det fall att det skulle anses

kunna åläggas att betala upphandlingsskadeavgift, avgiften bör sättas ned. De invändningar som kommunalförbundet anfört mot att det skulle föreligga grund för att ålägga förbundet att betala upphandlingsskadeavgift är att det aktuella uppdragsavtalet omfattas av regeln i EU-domstolens avgörande C-51/15, Remondis, att det omfattas av det s.k. Teckal-undantaget och att det utgör en s.k. Hamburgsamverkan. Kommunalförbundet har också gjort gällande att det förelegat rätt till direktupphandling på grund av synnerlig brådska. I första hand anser emellertid kommunalförbundet att Konkurrensverkets ansökan inte kommit in i rätt tid och därför inte ska tas upp till prövning.

Kommunalförbundet har även yrkat att förvaltningsrätten ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.

Tillämplig lagstiftning

Det kan inledningsvis konstateras att det skriftliga uppdragsavtalet, som föranlett Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift, undertecknades den 12 januari 2015. Även om det är tvistigt vid vilken tidpunkt avtalet i realiteten ingicks är detta i vart fall den senaste tidpunkten för avtalets ingående. Enligt övergångsbestämmelserna till LOU gäller ÄLOU för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet den 1 januari 2017 (se övergångsbestämmelserna [2016:1145] p. 1 och 4). Vissa av bestämmelserna i LOU, nämligen de i 3 kap. 11-18 §§, tillämpas även på förhållanden som avser tiden före ikraftträdandet (se övergångsbestämmelserna p. 2). Detta innebär att de regler, som avser Teckal-undantaget och Hamburgsamverkan, ska tillämpas enligt LOU.

Rättidsprövning

Kommunalförbundet har gjort gällande att Konkurrensverkets ansökan är för sent inkommen. För att förvaltningsrätten ska kunna ta upp ansökan till prövning krävs enligt 17 kap. 7 § andra stycket ÄLOU att den kommit in till

förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. Konkurrensverkets ansökan inkom till förvaltningsrätten den 17 december 2015. Det skriftliga uppdragsavtalet undertecknades den 12 januari 2015. Med utgångspunkt i det datum som angavs i kontraktet är således Konkurrensverkets ansökan inkommen i rätt tid. Kommunalförbundet har däremot gjort gällande att avtalet faktiskt ingåtts vid tidigare tidpunkt och att det skriftliga uppdragsavtalet endast utgör en bekräftelse av gällande avtal. Kommunalförbundet anser att avtalsbundenhet inträdde den 27 november 2014. Konkurrensverkets ansökan är med den utgångspunkten för sent inkommen.

Frågan om ogiltighetstalan kommit in i rätt tid var föremål för Kammarrätten i Stockholms prövning i dom den 24 november 2014, mål nr 4174-14. Domstolen konstaterade att det saknas krav på att avtal måste upprättas skriftligen för att tidsfristen ska börja löpa. Det avtal, som var föremål för ansökan, hade ingåtts muntligen så långt tillbaka att den aktuella tidsfristen (sex månader) för att ansöka om ogiltighet hade gått ut. Ansökan hade därmed inte kommit in i rätt tid och kunde inte tas upp till prövning.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning måste motsvarande gälla för Konkurrensverkets tidsfrist att ansöka om upphandlingsskadeavgift, dvs. tidsfristen ska räknas från den faktiska tidpunkten för avtalets ingående, även om avtalet vid denna tidpunkt endast ingåtts muntligen. När, som i förevarande fall, det finns ett skriftligt avtal får det dock inledningsvis presumeras att den verkliga tidpunkten för avtalets ingående är den som framgår av den skriftliga handlingen. Framgår det av föreliggande omständigheter att avtalsbundenhet inträtt tidigare, på ett icke formaliserat sätt, är det emellertid den tidpunkten som gäller för beräkning av tidsfristen. Eftersom det finns ett skriftligt avtal är det kommunalförbundet som har bevisbördan för att avtalsbundenhet inträtt vid en tidigare tidpunkt. Förvaltningsrätten ska därför ta ställning till om, det med hänsyn till anförda omständigheter, finns fog för att

beräkna tidpunkten för avtals ingående till tidigare datum än vad som anges i det skriftliga uppdragsavtalet.

Kommunalförbundet har bl.a. anfört följande omständigheter till stöd för att avtal skulle ha ingåtts redan den 27 november 2014. Uppdragsavtalet slöts den 27 november 2014 i samband med ett styrelsemöte på Vafab genom att kommunalförbundets förbundsdirektör [REDACTED] framlade ett anbud från kommunalförbundet som bolagets verkställande direktör [REDACTED] accepterade. Direkt i samband med detta registrerades även kommunalförbundet den 4 december 2014 för att samverkan mellan kommunalförbundet och bolaget skulle kunna startas. Likaledes påbörjades en del förberedande åtgärder direkt efter det att uppdragsavtalet slöts, som t.ex. utbildning av personal för att kunna hantera följderna av uppdragsavtalets samverkan och genomgång av IT-system för att praktiskt kunna hantera verksamhetens bedrivande, allt för att möjliggöra att kommunalförbundets och bolagets samverkan skulle träda i kraft den 1 januari 2015. Detta framgår av tidigare ingivna fakturor.

Förvaltningsrätten gör följande sammanvägda bedömning. Det har framkommit omständigheter som talar för att tidpunkten för avtals ingående skulle vara tidigare än vad som angetts i uppdragsavtalet. Beviskraven för att kunna frångå den skriftligen angivna tidpunkten måste dock ställas högt. Enligt förvaltningsrättens uppfattning bör det i princip anses styrkt att det är den tidigare tidpunkten som är den verkliga för avtalsbundenhetens inträde för att dateringen i det skriftliga avtalet ska kunna frångås. Även om det finns en del omständigheter som tyder på att avtalet kan ha ingåtts på ett icke formaliserat sätt tidigare, anser förvaltningsrätten att dessa faktorer inte med tillräcklig styrka talar för att presumptionen att avtal ingåtts vid skriftligen angiven tidpunkt ska anses kullkastad. Utgångspunkten för Konkurrensverkets tidsfrist att ansöka om överprövning ska därför vara 12 januari 2015. Eftersom ansökan kom in till förvaltningsrätten den 17 december 2015 har

den inkommit inom ett år och därmed i tid i enlighet med vad som anges i 17 kap. 7 § andra stycket ÄLOU. Konkurrensverkets ansökan ska därmed tas upp till prövning.

EU-domstolens avgörande Remondis

Kommunalförbundet har i första hand gjort gällande att det händelseförlopp som målet rör utgör en sådan befogenhetsöverföring som enligt *Remondis* omfattas av medlemsstaternas fördragsskyddade rätt till intern organisation.

I artikel 4.2 FEU anges följande. Unionen ska respektera medlemsstaternas likhet inför fördragen samt deras nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer, inbegripet det lokala och regionala självstyret. Den ska respektera deras väsentliga statliga funktioner, särskilt funktioner vars syfte är att hävda deras territoriella integritet, upprätthålla lag och ordning och skydda den nationella säkerheten. I synnerhet ska den nationella säkerheten också i fortsättningen vara varje medlemsstats eget ansvar.

I mål C-51/15, *Remondis*, tog EU-domstolen i ett förhandsavgörande ställning till frågor som hade uppkommit huruvida regionen Hannovers överföring av de uppgifter avseende behandling av avfall som den ansvarade för till ett offentligt organ skett på ett lagenligt sätt. I målet behandlades särskilt frågan i vilken utsträckning en sådan överföring omfattades av medlemsstaternas skydd enligt artikel 4.2 FEU.

EU-domstolen uttalade bl.a. följande (se särskilt punkterna 37, 39-45, 47, 49 och 51).

Vid bedömningen av om en transaktion, som består av flera moment, ska anses utgöra tilldelning av ett kontrakt, ska det göras en helhetsbedömning av transaktionen varvid dess syfte ska beaktas. Den omständigheten att en viss verksamhet

som omfattas av en myndighets behörighet utgör en tjänst som avses i upphandlingsdirektivet räcker emellertid inte i sig för att det direktivet ska vara tillämpligt. En myndighet har nämligen möjlighet att välja om den själv vill utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger den eller om den föredrar att vända sig till enheter utanför sin organisation.

Det ska för det första erinras om att befogenhetsfördelningen inom en medlemsstat skyddas genom artikel 4.2 FEU, enligt vilken unionen är skyldig att respektera medlemsstaternas nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer, inbegripet det lokala och regionala självstyret. Eftersom nämnda befogenhetsfördelning kan ändras, omfattar det skydd som följer av artikel 4.2 FEU även omorganisation av befogenhetsfördelningen inom en medlemsstat. Sådana omorganisationer, som kan avse omfördelning av befogenheter från en myndighet till en annan enligt beslut som fattats av en högre myndighet eller frivillig överföring av befogenheter mellan myndigheter, medför att en myndighet som tidigare hade vissa befogenheter blir fråntagen eller avsäger sig skyldigheten och rättigheten att utföra ett visst allmännyttigt uppdrag samtidigt som en annan myndighet i stället ges denna skyldighet och rättighet.

För det andra kan det konstateras att en sådan omfördelning eller en sådan överföring av befogenheter inte uppfyller samtliga villkor som uppställs för att det ska anses föreligga ett offentligt kontrakt. Endast ett kontrakt med ekonomiska villkor kan nämligen utgöra ett offentligt kontrakt som omfattas av upphandlingsdirektivet. För att det ska vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor krävs att den upphandlande myndighet som ingått ett offentligt kontrakt, i enlighet med detta kontrakt, erhåller en prestation mot vederlag. En sådan prestation ska vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten. En väsentlig del av begreppet offentligt kontrakt är att det uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär. Oberoende av att ett beslut om fördelning av myndigheters befogenheter inte rör ekonomiska transaktioner, följer det av den omständigheten att en myndighet befrias från befogenheter som den tidigare hade att den myndigheten inte har något ekonomiskt intresse av att uppgifter utförs som omfattas av de befogenheterna. Den omfördelning av medel som används vid utövandet av befogenheterna som överförs från den myndighet som lämnar ifrån sig befogenheter till den myndighet som ges befogenheter, ska inte anses utgöra en betalning utan är tvärtom en logisk följd, och till och med en nödvändig sådan, av den frivilliga eller påtvingade omfördelningen av befogenheter från den ena myndigheten till den andra.

Domstolen understryker emellertid för det tredje att en överföring av befogenheter mellan myndigheter måste uppfylla vissa villkor, för att det ska anses vara fråga om en åtgärd som rör den interna organisationen, och således omfattas av den frihet som medlemsstaterna säkerställs enligt artikel 4.2 FEU. En överföring av befogenheter ska, för att anses utgöra en sådan, inte endast avse det ansvar som de överförda befogenheterna medför, bland annat skyldigheten att utföra de uppgifter som följer av befogenheterna, utan även avse den offentliga makt som följer därav. Det organ som befogenheterna överförs till ska således ha all makt som krävs för att utföra de uppdrag som befogenheterna omfattar. Organet ska ha makt att fastställa regelverket och de närmare bestämmelserna för fullgörandet av uppdragen och vara ekonomiskt självständigt, så att det kan säkerställa finansieringen av uppdragen. Det kan således inte anses vara fråga om en överföring av befogenheter om det

offentliga organ som tilldelats befogenheter inte utövar dessa befogenheter självständigt och på eget ansvar.

Kommunalförbundet anser att alla karaktäristika för befogenhetsöverföring som förelåg i *Remondis* också föreligger i befogenhetsöverföringen mellan kommunerna och kommunalförbundet. Kommunalförbundet betonar också att det aktuella uppdragsavtalet ska, i en helhetsbedömning, anses ingå som ett led i befogenhetsöverföringen mellan kommunerna och kommunalförbundet. Konkurrensverket gör gällande att kriterierna i *Remondis* inte är uppfyllda och anför bl.a. att t.ex. makten att ändra regelverket inte överförs. Vidare ska bolagets uppdrag utföras i samråd med och enligt anvisningar från såväl kommunalförbundet som enskilda medlemskommuner och varken kommunalförbundet eller bolaget har rätt att besluta om kommunernas renhållningstaxa. Vidare är myndigheten inte ekonomiskt självständig. Kommunalförbundet anför mot detta att de befogenheter på avfallsområdet som kvarstår hos kommunerna är uttryck för deras normgivningskompetens, vilken inte kan överföras utan stöd i grundlag. Detta beror på Sveriges konstitutionella särart och bör inte inverka på bedömningen. Sådan kompetens ryms vidare inom ramen för vad en överförande myndighet får behålla enligt EU-domstolens avgörande *Remondis*. Kostnadsersättningen enligt uppdragsavtalet är kopplat till befogenhetsöverföringen på sådant sätt att de inte utgör ekonomiska villkor som omfattas av LOU.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning synes inte kriterierna i *Remondis* vara uppfyllda. Framför allt förefaller inte händelseförloppet syfta till att överföra offentlig makt. Det har inte framkommit att det skett någon förändring av makten över regelverket. Det bakomliggande intresset bakom överföring av renhållningen till kommunalförbundet synes främst bestå i hur avfallshanteringen praktiskt ska genomföras snarare än i hur den till avfallshanteringen knutna offentlig makt ska utformas. De för Sverige specifika begränsningarna när det gäller överföring av normgivningskompetensen ändrar inte bedömningen av detta förhållande.

Förvaltningsrätten gör den sammantagna bedömningen att det inte visats att uppdragsavtalet ska undantas från upphandlingsplikt med hänsyn till artikel 4.2 FEU och EU-domstolens avgörande *Remondis*.

Teckal-undantaget

Kommunalförbundet har i andra hand gjort gällande att kommunalförbundets tilldelning av uppdragsavtalet till Vafab omfattas av det s.k. Teckal-undantaget i 3 kap. 12 § LOU.

I 3 kap. 12 § första stycket LOU anges följande. En upphandling ska anses vara en intern upphandling, om 1. den upphandlande myndigheten utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning,

2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för myndighetens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som myndigheten utövar kontroll över, och
3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

Nämnda bestämmelse i LOU är huvudsakligen en kodifiering av gällande praxis från EU-domstolen, särskilt avgörandet C-107/98, Teckal. Regeln om att mer än 80 procent av verksamheten ska utföras för myndighetens räkning (3 kap. 12 § första stycket 2 LOU) är dock ny genom att talet 80 procent införts i upphandlingsdirektivet och således inte framgår av EU-domstolens praxis. Tidigare har inte den nedre gränsen för det s.k. verksamhetskriteriet specificerats på annat sätt än att i vart fall 90 procent varit tillräckligt (se EU-domstolens avgörande C-295/05, Tragsa, p. 63). Trots att uppdragsavtalet ingåtts före ikraftträdandet av LOU ska bestämmelsen enligt övergångsbestämmelserna tillämpas retroaktivt på avtalet. Även om det är reglerna när en upphandling påbörjas som ska tillämpas enligt EU-domstolens avgöran-

den anser förvaltningsrätten att det inte finns något principiellt hinder mot att tillämpa 3 kap. 12 § första stycket LOU retroaktivt, med hänsyn till att bestämmelsen huvudsakligen är en kodifiering av tidigare EU-rättslig praxis.

Som framgår av bestämmelsen ska alltså myndigheten, i detta fall kommunalförbundet, utöva kontroll över motparten motsvarande den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet). Vidare ska motparten, Vafab, utföra mer än 80 procent av sin verksamhet för myndighetens, kommunalförbundets räkning (verksamhetskriteriet). Det får inte heller finnas något direkt privat ägarintresse i motparten, Vafab.

Förvaltningsrätten kan konstatera att det inte i målet satts ifråga att kommunalförbundet utövar erforderlig kontroll över Vafab eller att det skulle finnas något direkt privat ägarintresse i Vafab. Vad Konkurrensverket och kommunalförbundet är oense om är huruvida verksamhetskriteriet är uppfyllt eller ej. Det ska dock noteras att Konkurrensverket inte medgett att kontrollkriteriet är uppfyllt.

Enligt 3 kap. 12 § första stycket 2 LOU ska, som ovan framgått, enligt verksamhetskriteriet motparten utföra mer än 80 procent av sin verksamhet för myndighetens räkning. I 3 kap. 16 § första stycket LOU anges att verksamhetsandelen ska bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under de tre år som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Konkurrensverket har i sin bedömning av verksamhetskriteriet utgått från 2014 års intäkter. Parterna är ense ifråga om valet av tidsperiod.

Konkurrensverket och kommunalförbundet har skilda uppfattningar om till vilken procentuell andel Vafab utfört tjänster för kommunalförbundets räkning. Enligt Konkurrensverkets beräkningar kommer 54,6 procent av Vafabs intäkter under år 2014 från kommunalförbundets medlemmar medan enligt kommunalförbundets uppfattning denna andel uppgår till 83,3 procent.

Den centrala skillnaden i beräkning beror på om vissa intäktsposter ska anses ingå i tjänster som utförts för kommunalförbundets räkning eller inte. Enligt Konkurrensverkets uppfattning ska samtliga intäkter som uppkommit vid försäljning till tredje man räknas som externa intäkter som inte räknas in, medan kommunalförbundet anser att endast vissa av dessa inkomster bör räknas in.

Kommunalförbundets intäkter delas sammantaget in i sex olika kategorier. Kategori 1 avser intäkter baserade på den kommunala grundavgiften, återbruksavgiften och behandlingsavgifter samt försäljning av energi från avfall som hushållen sorterat. Kategori 2 avser intäkter baserade på försäljning av återvinningsmaterial och biogas från avfall som hushållen sorterat. Kategori 3 avser intäkter från kommunernas bolag baserade på avgifter för hushållsavfall och övrigt avfall. Kategori 4 avser intäkter från hushåll i regionen baserade på avgifter och försäljning i samband med fastighetsnära insamling av i huvudsak tidningar och förpackningar. Kategori 5 avser intäkter från andra offentliga verksamheter baserade på behandlingsavgifter för annat avfall än hushållsavfall. Kategori 6 avser slutligen intäkter från övriga organisationer baserade på behandlingsavgifter och försäljning av annat avfall än hushållsavfall.

Konkurrensverket och kommunalförbundet är överens om att intäkterna från kategori 1 och kategori 4 är hänförliga till den verksamhet Vafab har gjort för kommunalförbundets räkning. Det är även ostridigt att intäkterna från

kategori 5 och kategori 6 inte ingår i denna verksamhet. Vad Konkurrensverket och kommunalförbundet har skilda meningar om är i vilken utsträckning intäkterna från kategori 2 och kategori 3 ska anses ingå i verksamheten ifråga.

Kategori 2 består av intäkter baserade på försäljning av återvinningsmaterial och biogas från avfall som hushållen sorterat. Kategori 3 består av intäkter från kommunernas bolag baserade på avgifter för hushållsavfall och övrigt avfall.

För frågan om Teckal-undantaget är uppfyllt enligt 3 kap. 12 § första stycket LOU är det därmed avgörande om intäkterna från kategori 2 respektive kategori 3 ska anses ingå i den verksamhet som Vafab gör för kommunalförbundets räkning.

Bedömning av kategori 2: försäljning av återvinningsmaterial och biogas

Konkurrensverket anser att de intäkter, som ingår i kategori 2, delvis faller utanför den verksamhet som Vafab bedriver för kommunalförbundets räkning. De intäkter, som härrör från försäljning av återvinningsmaterial och biogas till förbundsmedlemmarna, faller innanför verksamheten. Däremot faller de intäkter, som härrör från försäljning av återvinningsmaterial och biogas till andra än förbundsmedlemmarna, t.ex. kommersiella företag, utanför verksamheten. Konkurrensverket gör här en distinktion mellan interna och externa intäkter.

Kommunalförbundet anser att Konkurrensverkets uppfattning motsägs av EU-domstolens praxis och att den medför att Teckal-undantaget inte skulle kunna tillämpas vid koncession, vilket skulle göra LUK:s bestämmelser i denna fråga meningslösa. Enligt kommunalförbundets uppfattning ska verk-

samhetskriteriet rätteligen förstås så att alla intäkter som uppstår till följd av en tilldelning av de kontrollerande myndigheterna ska anses vara interna.

Det kan konstateras att det vid bedömningen av verksamhetskriteriet är av avgörande betydelse vilken metod som ska användas för att avgöra om intäkterna härrör från verksamhet som utförts för uppdragsgivarens räkning. Det kan vidare konstateras att det är kommunalförbundet som har bevisbördan för att kriterierna för Teckal-undantaget är uppfyllda. Det bör också noteras att Teckal-undantaget, liksom andra undantag från skyldigheten att upphandla, ska tillämpas restriktivt.

Enligt förvaltningsrättens bedömning synes kommunalförbundet ha redovisat samtliga omständigheter, som ankommer på kommunalförbundet, för att kravet på att inkomma med bevisning ska anses uppfyllt. Vad som återstår är att ta ställning till en renodlat rättslig fråga, nämligen hur redovisade intäkter ska klassificeras, vilka intäkter som i LOU:s mening ska anses hänförliga till verksamhet för uppdragsgivarens räkning och vilka som inte är det. Det står klart att val av metod för klassificering är helt avgörande för bedömningen av verksamhetskriteriet. Även om Teckal-undantaget ska tillämpas restriktivt följer givetvis inte av detta att den för kommunalförbundet minst fördelaktiga klassificeringsmetoden per definition är att föredra. Av avgörande betydelse bör vara vilken metod som synes bäst förankrad i EU:s rättskällor.

Av Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och upphävande av direktiv 2004/18/EG, skäl 32, framgår att det aktuella undantaget ska gälla förutsatt att den kontrollerade juridiska personen genomför mer än 80 procent av sin verksamhet i och med fullgörandet av de uppgifter som den anförtrotts av den kontrollerande upphandlande myndigheten, oavsett vem som drar nytta av fullgörandet av kontraktet.

I EU-domstolens förhandsavgörande C-340/04, *Carbotermo*, tog domstolen bl.a. ställning till hur bedömningen skulle göras beträffande om ett företag bedriver sin verksamhet tillsammans med den myndighet som innehar det. EU-domstolen uttalade då bl.a. följande (punkterna 64-67).

Den behöriga domstolen ska beakta alla omständigheter i målet, såväl kvalitativa som kvantitativa. Vad beträffar frågan huruvida det i detta sammanhang endast skall tas hänsyn till den omsättning som härrör från verksamhet som bedrivits tillsammans med den övervakande myndigheten eller till den omsättning som härrör från verksamhet som bedrivits på denna myndighets territorium, ska den omsättning anses avgörande som härrör från verksamhet som det ifrågavarande företaget bedrivit enligt tilldelningsbeslut som antagits av den övervakande myndigheten, däribland den omsättning som härrör från verksamhet som det bedrivit tillsammans med användare vid genomförandet av sådana beslut. All den verksamhet som det företag som tilldelats kontraktet bedriver inom ramen för en tilldelning som gjorts av den upphandlande myndigheten skall nämligen beaktas, oavsett om mottagaren är den upphandlande myndigheten själv eller tjänsteanvändaren. Det saknar betydelse vem som betalar det ifrågavarande företaget, det vill säga oavsett om det är den myndighet som innehar det eller tredje parter som använder tjänster som tillhandahålls enligt koncessioner eller andra rättsförhållanden som upprättas av nämnda myndighet. Det saknar likaså betydelse på vilket territorium nämnda tjänster tillhandahålls.

Av EU-domstolens avgörande framgår att det är den omsättning som härrör från myndighetens tilldelningsbeslut som är avgörande. Det uttalas även att det saknar betydelse vem som betalar det ifrågavarande företaget.

Konkurrensverket anser att EU-domstolens uttalande om att det saknar betydelse vem som betalar endast tar sikte på förhållanden vid koncessionsavtal. Konkurrensverket föreslår följande tillämpning. Intäkter från tredje man som den kontrollerande enheten får del av inom ramen för en tilldelad tjänstekoncession utgör interna intäkter. Intäkter från tredje man som härrör från verksamhet som inte kan anses ha tilldelats genom en koncession utgör däremot externa intäkter i verksamheten.

Förvaltningsrätten anser till skillnad från Konkurrensverket att det redan av EU-domstolens uttalande i *Carbotermo* står klart att Vafabs intäkter hänförliga till försäljning av återvinningsmaterial och biogas inte kan anses som

”externa intäkter” på den grund att inbetalningarna härrör från tredje man. Förvaltningsrätten instämmer därtill i kommunalförbundets uppfattning att det skulle var inkonsekvent att anse intäkterna som externa samtidigt som det skulle vara möjligt tillämpa Teckal-undantaget enligt LUK. Även om uppdragsavtalet inte bör anses som ett koncessionsavtal synes det inte finnas skäl att utgå från att det ska föreligga olika metoder för att klassificera intäkter vid bestämning av verksamhetskriteriet, beroende på om det föreligger en koncession eller inte. Skulle Konkurrensverkets bedömning i denna fråga vara korrekt, skulle det vara nödvändigt att växla metod vid bedömning om viss verksamhet genomförts för myndighetens räkning, beroende på om koncessionsavtal föreligger eller inte, för att inte – i strid med LUK - konsekvent underkänna verksamhetskriteriet vid koncessioner. När det gäller Konkurrensverkets invändning att EU-domstolens uttalande i *Carbotermo* tar sikte på koncessionsavtal anser förvaltningsrätten att domstolens uttalande är alltför generellt för att vara avsett att begränsas på det sätt Konkurrensverket gör gällande. Det kan i sammanhanget också noteras att EU-domstolen särskilt anger att det saknar betydelse vem som betalar det ifrågavarande företaget, om det är myndigheter eller tredje parter som använder tjänster enligt koncessioner *eller andra rättsförhållanden* (se punkt 67 in fine).

Förvaltningsrätten anser inte att Generaladvokat Stix-Hackls uttalande (p. 114) om att inte varje tjänst som utförs för befolkningen ska räknas in ger stöd för Konkurrensverkets synsätt. Generaladvokatens uppfattning att inte all försäljning, såsom när en enhet som hanterar energi och avfall också säljer värmare och avfallsbehållare, ska inräknas ger inte stöd för att ingen försäljning ska kunna räknas in, om det inte föreligger ett koncessionsavtal. ???

Konkurrensverket har också i sammanhanget åberopat EU-domstolens avgörande C-537/07, *Sea*, och bl.a. uttalandet i punkt 80. EU-domstolen har i målet gjort ett antal ställningstaganden rörande kontrollkriteriet, däremot

inte rörande verksamhetskriteriet. De i målet åberopade uttalandena av domstolen tar sikte på den problematiken, att ett företag, som visserligen är offentligt helägt, genom att ingå olika typer av avtal med t.ex. kommersiella aktörer därigenom kan tänkas begränsa den fulla kontroll som den ägande myndigheten (eller myndigheterna) annars skulle ha. EU-domstolens uttalande i punkt 80 får förstås på följande sätt. Om det inte kunde anses möjligt för det offentligt ägda företaget att på något sätt interagera med tredje man, t.ex. företag i den privata sektorn, utan att kontrollkriteriet trädde för när, vore det meningslöst att under verksamhetskriteriet ens i någon utsträckning tillåta sådan verksamhet. För att Teckal-principen ska tillämpas konsekvent kan således inte kontrollkriteriet hindra sådan verksamhet som tillåts under verksamhetskriteriet. Förvaltningsrätten kan inte se att EU-domstolens uttalande i *Sea* ger stöd för någon specifik metod vid beräkningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt och inte heller att uttalandet skulle begränsa eller avgränsa domstolens uttalande i *Carbotermo*.

EU-kommissionen har i Arbetsdokument från kommissionens avdelningar om tillämpning av EU:s upphandlingslagstiftning på relationer mellan upphandlande myndigheter (offentligt-offentligt samarbete), SEC(2011) 1169, av den 4 oktober 2011, bl.a. behandlat verksamhetskriteriet i Teckal-undantaget. I arbetsdokumentet anges (s. 11) bl.a. följande, med hänvisning till *Carbotermo*, om den här aktuella frågeställningen.

För denna bedömning ska man beakta all **verksamhet som den interna enheten utövar som del av det avtal som tilldelats den av den upphandlande myndigheten. Detta gäller** oberoende av förmånstagarens identitet (den upphandlande myndigheten själv eller den som utnyttjar tjänsten), av vilken enhet som betalar entreprenören (den upphandlande myndigheten själv eller tredje parter som utnyttjar tjänsten) eller var tjänsten tillhandahålls.

Av sammanhanget i arbetsdokumentet framgår att kommissionen anser att detta gäller generellt och således inte begränsar EU-domstolens uttalande i *Carbotermo*, p. 67, till att gälla särskilt för koncessioner. Att tredje parter betalar för tjänsten påverkar således inte om verksamheten ska anses bedri-

ven externt eller internt och detta är inte begränsat till koncessionsavtal eller dylikt. Det kan också noteras att kommissionen i sammanhanget inte tagit hänsyn till EU-domstolens avgörande C-537/07, *Sea* (det har däremot behandlats under kontrollkriteriet, se arbetsdokumentet s. 10), och synes således inte ha uppfattningen att det sistnämnda avgörandet skulle begränsa räckvidden av uttalandet i *Carbotermo* eller på annat sätt påverka tillämpningen av verksamhetskriteriet.

Utgångspunkten för bedömning av intäkterna från försäljningen av återvinningsmaterial och biogas bör således, enligt förvaltningsrättens uppfattning, vara om intäkterna härrör från den verksamhet som Vafab tilldelats av kommunalförbundet. Det kan här noteras, som påpekats av kommunalförbundet, att återvinningsverksamhet följer av miljörättsliga krav. Bakom dessa krav finns också ett EU-direktiv (Europaparlamentets och Rådets direktiv 2008/98/EG av den 19 november 2008 om avfall och om upphävande av vissa direktiv). Enligt förvaltningsrättens uppfattning måste det vid kommunal renhållning, som innefattar återvinning, anses ligga som en integrerad del att tillse att återvunnet material överläts vidare där det kan komma till användning. Detta gäller även om det är nödvändigt att överlåta materialet till kommersiella aktörer för att det inte ska gå till spillo. Att överlåta återvunnet material liksom framställd biogas från hushållsavfall får således – särskilt betraktat utifrån nu gällande normer om kretsloppssamhället – närmast ses som en del av själva kärnverksamheten i den kommunala renhållningen. Vafabs intäkter från försäljning av återvinningsmaterial och biogas måste således anses uppkomma i verksamhet som följer av kommunalförbundets tilldelningsbeslut och som är utförd tillsammans med kommunalförbundet. Att det inte i uppdraget skrivits in en uttrycklig skyldighet för Vafab att sälja återvinningsmaterialet och biogasen bör enligt förvaltningsrättens uppfattning inte föranleda en annan bedömning. Vad Vafab gjort är inte något annat än det som ingår i den offentliga verksamheten rörande renhållning, nämligen att tillse att återvinningsmaterialet ge-

nom överlåtelse åter kan komma i bruk. Det får anses underförstått i uppgörelsen mellan kommunalförbundet och Vafab att så skulle ske. Eftersom dels inget annat framkommit än att Vafab stod under kommunalförbundets kontroll, dels att Vafab hade ekonomiska incitament att fullfölja denna del av den offentliga verksamheten, saknades skäl att skriva in en särskild förpliktelse om försäljning i uppdragsavtalet. Förvaltningsrätten kan inte heller se, att det finns något stöd i rättskällorna för att betrakta intäkterna som externa på den grunden att de inte särskilt följer av en inskriven förpliktelse. Det torde även i andra sammanhang, t.ex. vid koncessioner, vara vanligt att sådana förpliktelser saknas. Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att Vafab tilldelats hela renhållningsverksamheten – och därmed i denna ingående samtliga moment - av kommunalförbundet och att försäljningen av återvinningsmaterial och biogas i konsekvens med detta gjorts tillsammans med kommunalförbundet.

I sammanhanget kan även några slutliga reflektioner göras. Kommunalförbundet har i målet gjort gällande att konsekvenserna av om de externa intäkterna beaktas som extern verksamhet i förlängningen blir att det skulle bli nödvändigt att samla avfall på hög eller skänka bort återvinningsmaterial. Konkurrensverket har med anledning av detta invänt att i den mån man väljer att överlåta avfallshanteringen till ett fristående organ som inte uppfyller verksamhetskriteriet är det inte tillåtet att direkttilldela uppdraget till detta organ och om den upphandlande myndigheten anser att detta medför praktiska svårigheter har man goda möjligheter att välja ett annat sätt att organisera sin verksamhet. Det kan enligt förvaltningsrättens uppfattning ifrågasättas om inte dessa praktiska svårigheter uppkommer på grund av att det – med Konkurrensverkets sätt att räkna – i princip görs otillåtet att med stöd av Teckal-undantaget överlåta vissa centrala delar av renhållningsverksamheten. För att renhållningsverksamhet ska kunna överlåtas till ett av myndigheten kontrollerat bolag, förutsätter det att all verksamhet, som ankommer på myndigheten, kan tillgodoräknas såsom verksamhet utförd tillsam-

mans med myndigheten, i vart fall när försäljningsintäkterna blir så pass betydande som i det aktuella målet. Om myndigheter, som har ansvar för renhållning, behöver överlåta denna till ett kontrollerat bolag, bör de inte tvingas att istället upphandla verksamheten på grund av en, enligt förvaltningsrättens uppfattning, felaktig tolkning av verksamhetskriteriet i Teckalundantaget.

Bedömning av kategori 3: intäkter från kommunernas bolag baserade på avgifter för hushållsavfall och övrigt avfall

Konkurrensverket har gjort gällande att de intäkter, som kommer från andra än förbundsmedlemmarna, ska anses vara hänförliga till den externa verksamheten. Kommunalförbundet anser däremot att dessa intäkter är hänförliga till tjänster som Vafab utfört åt ägarkommunerna.

Kommunalförbundet har pekat på att i den utsträckning som det tagits ut avgifter från kommersiella aktörer är det fråga om företag, som tilldelats uppdrag i kommunernas upphandling. Företagen har särskilt anvisats plats för avlämning av avfall. Det har således varit fråga om avfall, som haft ett naturligt samband med kommunernas verksamhet. Det ligger därmed nära till hands att omhänderta avfallet inom ramen för den kommunala renhållningen. Kommunalförbundet har särskilt uppdragit åt Vafab att svara för denna renhållning. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att det är fråga om en verksamhet, som Vafab bedrivit tillsammans med kommunalförbundet. Med hänsyn till den mycket nära kopplingen mellan avfallshanteringen och kommunernas verksamhet kan det enligt förvaltningsrättens mening inte anses som ett godtyckligt uppdrag som kommunalförbundet tilldelat Vafab.

Sammanfattning och slutsatser

Förvaltningsrätten har i föregående avsnitt funnit att de intäkter, som ingår i kategori 2 och kategori 3, är hänförliga till verksamhet som Vafab bedrivit tillsammans med kommunalförbundet, dvs. för kommunalförbundets räkning i den mening som avses i 3 kap 12 § första stycket 2 LOU. Förvaltningsrätten har bl.a. därvid tillbakavisat Konkurrensverkets uppfattning att intäkter från tredje man utgör externa intäkter, om de inte härrör från verksamhet som kan anses ha tilldelats genom en koncession. Dels synes uppfattningen inte ha något egentligt stöd i ordalydelsen i åberopade uttalanden från EU-domstolen, dels är den i direkt strid med den tolkning av EU-domstolens praxis som gjorts av kommissionen i ett vägledande arbetsdokument, SEC(2011) 1169. Konkurrensverkets tolkning riskerar dessutom att medföra orimliga konsekvenser ifråga om rättsliga möjligheter för myndigheter att överföra avfallshantering internt. Eftersom det i övrigt är ostridigt hur övriga intäktsposter ska bedömas innebär det att förvaltningsrätten finner att 83,3 procent av Vafabs verksamhet under 2014 bedrivits för kommunalförbundets räkning. Verksamhetskriteriet är därmed uppfyllt. Eftersom det inte är ifrågasatt att övriga kriterier enligt 3 kap. 12 § första stycket LOU är uppfyllda, även om Konkurrensverket inte velat lämna något medgivande såvitt gäller kontrollkriteriet, finner förvaltningsrätten att uppdragsavtalet inte är upphandlingspliktigt enligt undantagsregeln.

Förvaltningsrätten har således bedömt att uppdragsavtalet omfattas av Teckal-undantaget. Förvaltningsrätten anser att det finns skäl att i det följande ändå behandla övriga invändningar och frågor.

Hamburgsamverkan

Kommunalförbundet har i tredje hand gjort gällande att det händelseförlopp som målet rör utgör en sådan samverkan mellan myndigheter som omfattas av Hamburg-undantaget i 3 kap. 17 § LOU.

I 3 kap 17 § LOU anges att LOU inte gäller för upphandling mellan två eller flera upphandlande myndigheter, om

1. upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas gemensamma mål,
2. samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och
3. myndigheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.

Bestämmelsen är en kodifiering av gällande praxis från EU-domstolen, bl.a. C-480/06, Hamburg. Enligt upphandlingsdirektivet ska EU-domstolens avgörande vara vägledande vid tolkningen av bestämmelsen (se skäl 31). Enligt övergångsbestämmelserna till LOU tillämpas 3 kap. 17 § LOU retroaktivt även på upphandlingar som påbörjats före lagens ikraftträdande, vilket är fallet här.

Kommunalförbundet har anfört att uppdragsavtalet är ett avtal som inrättar ett samarbete mellan myndigheter för fullgörandet av ett allmännyttigt uppdrag, nämligen avfallshantering, och som är gemensamt för myndigheterna. Samarbetet styrs uteslutande av övervägande och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse och det sker utan inblandning av någon privat part. Konkurrensverket anser inte att uppdragsavtalet uppfyller kriterierna för en Hamburgsamverkan och anför att det inte är fråga om någon horisontell samverkan mellan myndigheter, eftersom kommunalförbundet helt har överlämnat sin verksamhet till Vafab. Kommunalförbundet bedriver inte någon verksamhet som är hänförlig till avfallshantering, utan istället utför Vafab all verksamhet åt förbundet mot ersättning.

Kammarrätten har i dom den 21 juni 2017, mål nr 7355-16, tagit ställning till tillämpningen av 3 kap. 17 § LOU i ett mål rörande avtal mellan Kungliga biblioteket och Riksarkivet. I målet fann kammarrätten att avtalet snarare hade karaktären av ett köp av tjänst än att avtalet syftade till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete.

Enligt förvaltningsrättens bedömning får även det i målet aktuella uppdragsavtalet närmast ses som införskaffande av en tjänst. Kommunalförbundets åtaganden består främst i betalning till Vafab för utförd avfallshantering, vilket framstår som det dominerande momentet, även om det enligt uppdragsavtalet också anges en skyldighet för parterna att samarbeta och samråda. Undantaget från upphandlingsplikt i 3 kap. 17 § LOU är således inte tillämpligt.

Övriga frågor

I målet har även vissa andra frågor aktualiserats från kommunalförbundets sida, för det fall att uppdragsavtalet som sådant skulle anses som upphandlingspliktigt. Kommunalförbundet har gjort gällande att det i så fall ska anses vara fråga om en tillåten direktupphandling på grund av synnerlig brådskas. Även beräkningen av kontraktsvärdet har varit tvistig. Kommunalförbundet har slutligen gjort gällande att för det fall att det skulle föreligga en otillåten direktupphandling bör upphandlingsskadeavgiften jämkas.

När det gäller frågan om det ska anses föreligga en tillåten direktupphandling på grund av synnerlig brådskas har kommunalförbundet bl.a. anfört att denna uppkom på grund av Enköpings kommuns oväntade agerande och att kommunalförbundet inte kan göras ansvarig för detta. Konkurrensverket har bl.a. anfört att om invändningen om synnerlig brådskas skulle godkännas i ett fall som detta skulle det öppna för kringgående av lagstiftningen och har framhållit att det är kommunerna själva som har kunnat bestämma när

kommunalförbundet skulle bildas och att den brådska som uppstod beror på kommunernas eget agerande.

I 4 kap. 5 § första stycket 3 ÄLOU anges att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Förvaltningsrätten instämmer i Konkurrensverkets bedömning och anser att kommunalförbundet inte kan åberopa synnerlig brådska med hänsyn till att förseningen med att bilda kommunalförbundet beror på omständigheter på den offentliga sidan. Det förelåg således ingen rätt i sig att direkttilldela kontrakt som följd av den brådska som uppkommit. Ett vägrat myndighetsgodkännande före en viss fastställd tidsgräns har i EU-domstolens praxis inte ansetts utgöra en sådan oförutsedd händelse som ger myndighet rätt att direktupphandla (se mål C-318/94, Kommissionen mot Tyskland, p. 18 och 19, och mål C-394/02, Kommissionen mot Grekland, p. 42 och 43). Högsta förvaltningsdomstolen fann i dom den 15 november 2017, mål nr 4575-15, att ett regeringsbeslut, som satte genomförandet och starten av en ny myndighet under press, inte kunde betraktas som en oförutsedd händelse som kunde berättiga till avsteg från lagens krav på hur en offentlig upphandling ska gå till. Att Enköpings kommun avvaktade med att godkänna förbundsordningen bör enligt förvaltningsrättens bedömning, även om det delvis rör sig om en annorlunda situation än i nämnda avgöranden, mot denna bakgrund inte i sig anses ge Kommunalförbundet rätt att direktupphandla.

Även beräkningen av uppdragsavtalets kontraktsvärde har varit tvistigt i målet. Konkurrensverket har ursprungligen utgått från 2014 års ersättningar

till Vafab för utförda tjänster men har senare uppgett att beloppet i vart fall ska beräknas utifrån 2015 års ersättningar till 301 840 000 kr. Uppdragsavtalet har angetts gälla tills vidare. Förvaltningsrätten finner inte anledning att göra en annan bedömning än Konkurrensverket och anser, i likhet med verket, att beräkningen av kontraktsvärdet ska göras utifrån bestämmelsen i 3 kap. 12 § ÄLOU.

Kommunalförbundet har slutligen gjort gällande att, för det fall att det skulle anses ha gjorts en otillåten direktupphandling, det finns anledning att sätta ned upphandlingsskadeavgiften. Förvaltningsrätten har i målet funnit att uppdragsavtalet bör anses som en sådan intern transaktion som omfattas av Teckal-undantaget. Hade rätten kommit till motsatt slutsats och i likhet med Konkurrensverket ansett att uppdragsavtalet utgjorde en olaglig direkttilldelning av kontrakt till en aktör, som inte utövade huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med kommunalförbundet, torde upphandlingsskadeavgiften inte kunnat bli lägre än vad Konkurrensverket begärt. Med hänsyn till det beräknade värdet på uppdraget finns det enligt förvaltningsrättens uppfattning i övrigt inte tillräckligt förmildrande omständigheter som talar för att utdöma ett lägre belopp.

Fråga om inhämtande av förhandsavgörande

Kommunalförbundet har i målet yrkat att förvaltningsrätten ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen rörande dels tillämpningen av verksamhetskriteriet vid in-house-tilldelningar, dels rörande övergångsbestämmelserna. Konkurrensverket har inte avgett inställning till yrkandet. Enligt förvaltningsrättens uppfattning är frågan om verksamhetskriteriets tillämpning av stort principiellt intresse, eftersom det är av grundläggande betydelse för i vilken utsträckning det över huvud taget är praktiskt möjligt att föra över sådan verksamhet som t.ex. renhållning med stöd av Teckal-undantaget. Förvaltningsrätten anser att det finns explicit stöd – i EU-

domstolens uttalanden och i tolkningen av dessa i kommissionens arbetsdokument – för slutsatsen att uppdragsavtalet inte är upphandlingspliktigt. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att det inte är nödvändigt att begära förhandsavgörande från EU-domstolen. Kommunalförbundets yrkande avslås i denna del.

Sammanfattning och slutsatser

Förvaltningsrätten har instämt i Konkurrensverkets uppfattning ifråga om att uppdragsavtalet inte utgör en befogenhetsöverföring som skyddas i art. 4.2 FEU enligt EU-domstolens avgörande C-51/15, Remondis, och ansett även i likhet med Konkurrensverket att undantaget enligt 3 kap. 17 § LOU för Hamburgsamverkan inte heller är uppfyllt.

Förvaltningsrätten har dock i målet funnit att uppdragsavtalet mellan kommunalförbundet och Vafab inte är upphandlingspliktigt då kriterierna för Teckal-undantaget, såsom de angetts i 3 kap. 12 § första stycket LOU, är uppfyllda.

Förvaltningsrätten har inte ansett att det varit möjligt att på grund av synnerlig brådska genomföra en tillåten direktupphandling. Förvaltningsrätten har slutligen ansett inte att det finns skäl att avvika från Konkurrensverkets beräkning av uppdragsavtalets värde och anser inte heller att det, vid en annan bedömning huruvida uppdragsavtalet var tecknat *in house*, skulle ha förelagat anledning att sätta ned upphandlingsskadeavgiften.

Förvaltningsrätten har således funnit att uppdragsavtalet inte är upphandlingspliktigt. Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A)

Per-Erik Nistér
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Carl Martin Gölstam.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.