

REGERINGSRÄTTENS DOM

Mål nr
172-175-06

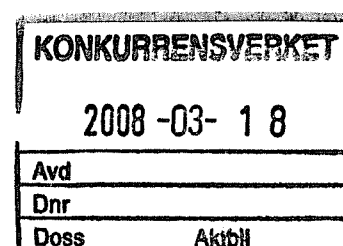
meddelad i Stockholm den 17 mars 2008

KLAGANDE

Simrishamns kommun

Ombud

Advokaten Anders Boquist
Hamilton Advokatbyrå Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö



MOTPARTER

1. SITA Sverige AB, 556108-8393
2. SAKAB EcoPlus AB (tidigare Sydkraft EcoPlus AB), 556527-2944
3. Ragn-Sells AB, 556057-3452
4. Liselotte Lööf AB, 556423-0125

Ombud

1. Chefsjuristen Pär Cronhult
Box 5625
114 86 Stockholm

2. Advokaten Ulf Hökeberg
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrättens i Göteborg dom den 22 december 2005 i mål nr
1236-1239-05 (bilaga)

Dok.Id 49851

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 5

Expeditionstid
09:00-12:00
13:00-15:00

Telefon
08-561 676 00
Telefax
08-561 678 20

SAKEN

Offentlig upphandling

YRKANDEN M.M.

Simrishamns kommun (kommunen) yrkar att Regeringsrätten, med ändring av kammarrättens dom, lämnar ansökan om överprövning utan bifall. Kommunen åberopar samma grunder i Regeringsrätten som vid underinstanserna och anför därutöver bl.a. följande. Regeringen anförde i prop. 2005/06:78 Allmänna vattentjänster följande: ”Om kommunen väljer att organisera huvudmannskapet genom ett bolag över vilket kommunen har det bestämmande inflytandet, rör detta i sig inte om något som kan vara föremål för upphandling utan om en överföring av kommunala uppgifter. En sådan uppgiftsöverföring omfattas av den konventions-skyddade och grundlagsfästa kommunala självstyrelsen. Relationen mellan kommunen och bolaget konstituerar inte ett upphandlingskontrakt, eftersom ett sådant måste avse köp, hyra, hyrköp eller leasing av en vara, tjänst eller anläggningsarbeten.” – Kammarrättens slutsatser rörande aktiebolagsinstitutet och dess betydelse kan inte vara riktiga. Att ett aktiebolag är kommunalt betyder, oavsett aktiebolagslagens (2005:551) allmänna associationsrättsliga natur, att bolaget och dess delägare är bundna av kommunalrättsliga principer och underkastade kommunala kontrollfunktioner. De kommunala bolagen (av en eller flera kommuner helägda bolag) är i alla relevanta hänseenden att jämställa med annan kommunal verksamhet. De kommunala bolagen och deras förhållande till delägarna skiljer sig varken från kommunala samverkansformer utan rättspersonlighet (exempelvis gemensamma nämnder eller enkla bolag) eller samverkansformer med särskild rättspersonlighet, såsom kommunalförbund. Den kommunalrättsliga regleringen är i alla relevanta avseenden densamma. Kammarrättens slutsats att aktiebolagsformen i sig utesluter att kontrollrekvisitet kan anses uppfyllt, kan följaktligen inte vara riktig, vare sig för minoritets- eller majoritetsägare. Kontrollrekvisitets innebörd såsom detta beskrivs i EG-domstolens hittillsvarande praxis innebär enligt kommunens mening att det av EG-domstolen anvisade undantaget är tillämpligt även i de fall ett bolag har flera delägare, om ägarna faktiskt alltid har möjlighet att i full omfattning påverka bolaget att beakta de mål av allmänintresse som eftersträvas.

Enligt kommunens mening säkras denna kontroll genom kommunallagens (1991:900) regler om kommuners verksamhet i kommunala bolag och det konsortialavtal delägarkommunerna tillträtt. Det förhållandet att några delägare har färre aktier än andra saknar i detta sammanhang betydelse. Att aktiebolagslagen också är tillämplig på kommunala bolag förändrar inte detta förhållande, i synnerhet som aktiebolagslagen innehåller bestämmelser som särskilt tar sikte på kommunala aktiebolag. – Kommunen åberopar inte någon direktivbestämmelse men nationella domstolar är på grund av EG-rätten och numera vedertagen nationell praxis skyldiga att beakta gemenskapsrättslig praxis. Det är som tidigare anförts inte fråga om tolkning i strid med nationell rätt, eftersom någon nationell rätt som strider mot direktivet inte finns, utan en tolkning av innebörden av stadgandena i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU. – Kammarrättens bedömning i fråga om möjligheterna till överprövning förefaller, med hänvisning till vad kommunen anför i frågan, endast innefatta en hänvisning till vad som borde införlivas i svensk rätt. Kammarrätten gör dock inte någon analys eller bedömning i fråga om möjligheterna för och effekterna av att en domstol, utan föregående lagstiftning, genom hänvisning till ett tolkningsbesked, tillskapar ett procedursystem och rättsmedel som LOU i dess nuvarande lydelse inte ger utrymme för och vars förhållande till exempelvis reglerna i 10 kap. kommunallagen den lagstiftande församlingen inte tagit ställning till. Skulle överprövning, i strid med LOU:s lydelse och systematik, tillåtas i förevarande fall medför detta att ett överklagande jämlikt 10 kap. kommunallagen inte är möjligt (se 7 kap. 5 § LOU). Enligt kommunens mening är det uppenbart att en sådan ordning inte kan tillskapas utan föregående lagstiftningsprocess och ändring av LOU och kommunallagen. – Kommunen yrkar vidare att Regeringsrätten inhämtar förhandsavgörande från EG-domstolen angående tillämpningsområdet för Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (direktiv 92/50) såvitt avser förhållandet mellan ett helägt kommunalt aktiebolag, vilket inrättats för att fullgöra kommunala uppgifter, och dess delägare.

SITA Sverige AB, SAKAB EcoPlus AB, Ragn-Sells AB samt Liselotte Löf AB (bolagen) bestrider ändring och åberopar vad som tidigare anförts i länsrätten och kammarrätten samt anför därutöver bl.a. följande. Rättsläget enligt svensk nationell rätt är att det inte är tillåtet för kommuner att utan mellankommande upphandling enligt LOU genomföra anskaffningar från hel- eller delägda företag. Kommunen har åberopat en

gemenskapsrättslig grund som saknar motsvarighet i svensk nationell lagstiftning. Nationella myndigheter får inte gentemot enskilda åberopa gemenskapsrättsliga direktivbestämmelser som ännu inte implementerats i nationell rätt. Anledning saknas därför att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen. – Den av kommunen åberopade tolkningen, att direktiv 92/50 i belysning av EG-domstolens dom i mål C-107/98 Teckal skulle medge en rätt för kommunen att köpa renhållningstjänster direkt från Sydvästra Skånes avfallsaktiebolag (SYSÄV), medför inte något hinder mot att ett sådant förbud ändå kan följa av nationell rätt. Medlemsstaterna är oförhindrade att förelägga sina myndigheter hårdare krav eller skarpare restriktioner än vad som följer av direktiven. – Är det emellertid Regeringsrättens mening att det i förevarande mål är relevant att pröva möjligheter till Teckal-undantag, ska enligt gemenskapsrättslig praxis prövningen ske restriktivt och bevisbördan – att visa sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs – åligger kommunen. Det är bolagens uppfattning att inget av Teckal-kriterierna, varken kontrollrekvisitet eller omsättningsrekvisitet, kan anses uppfyllt i de aktuella fallen. – Den omständigheten att kommunen i stället för att genomföra ett formellt upphandlingsförfarande har valt att ingå ett konsortialavtal med övriga delägarkommuner för att därefter avropa sitt behov av renhållningstjänster direkt från SYSÄV, kan med hänvisning till vad som anförts i EG-domstolens dom i mål C-26/03 Stadt Halle inte medföra hinder mot överprövning enligt LOU.

SKÄLEN FÖR REGERINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 15 kap. 8 § miljöbalken ska varje kommun, om annat inte särskilt föreskrivits, bl.a. svara för att hushållsavfall från kommunen återvinns eller bortskaffas.

Mellan ett antal kommuner i Skåne län, däribland Simrishamns kommun, gäller ett konsortialavtal enligt vilket kommunerna förbundit sig att samverka inom avfallsområdet genom SYSÄV. SYSÄV ska bl.a. svara för den regionala återvinningen och avfallshanteringen för delägarkommunerna och driva regionala behandlingsanläggningar. Verksamheten ska drivas enligt affärsmässiga principer. Till grund för debiteringen ska ligga en taxa framtagen på närmare angivet sätt. Varje delägarkommun för binder sig att till bolagets anläggningar avlämna allt avfall som kan tas emot i anläggningarna och som kommunen har ansvar för enligt lagstiftningen. Bestämmelser finns också om hembud av aktier. SYSÄV är inte

part i konsortialavtalet. Såvitt framkommit i målen finns det inte något skriftligt avtal mellan kommunerna och SYSAV rörande avfallshanteringen.

LOU har upphört att gälla med verkan fr.o.m. den 1 januari 2008 (SFS 2007:1093) och har såvitt är av intresse i dessa mål ersatts av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Enligt övergångsbestämmelserna till den lagen ska dock LOU alljämt tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Den fråga som först måste besvaras i målen är om någon sådan upphandling som avses i LOU har ägt rum mellan kommunen och SYSAV.

Enligt 1 kap. 5 § LOU avses med upphandling köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster.

Kommunen anser att den inte har upphandlat någon tjänst avseende avfallshantering. Det system som kommunerna i samverkan skapat kan inte upphandlas i konkurrens. Kommunen hänvisar till ett antal domar från EG-domstolen och menar att det enligt gemenskapsrätten inte är fråga om en upphandling utan om verksamhet i egen regi. Den nationella domstolen har vid tolkningen av den nationella lagen en skyldighet att ta hänsyn till EG-domstolens praxis. Kommunen har sådan kontroll över SYSAV att de s.k. Teckal-kriterierna är uppfyllda. Bolagens yrkande innebär enligt kommunen att de begär att kommunen ska tvingas att frånträda, säga upp eller bryta mot ett löpande avtal.

Regeringsrätten gör i denna del följande bedömning.

SYSAV är ett aktiebolag och således en egen juridisk person. Verksamheten drivs enligt affärsmässiga principer. Kommunen levererar avfall som omhändertas av SYSAV. Kommunen erlägger ersättning för detta enligt en taxa som ska fastställas på visst sätt. I målen har närmare redovisats vilka belopp de i konsortialavtalet ingående kommunerna har betalat till SYSAV. I det uttalande i propositionen om allmänna vattentjänster (prop. 2005/06:78) som kommunen hänvisar till sägs – utöver vad kommunen uppgivit – att det för att det ska vara fråga om ett upphandlingskontrakt krävs att det sker ett utbyte av något slags nyttigheter mot ersättning (a. prop. s. 113).

Regeringsrätten konstaterar att LOU:s ordalydelse svårligen ger utrymme för en tolkning innebärande att kommunerna när de köper tjänster från kommunala bolag skulle vara undantagna från LOU:s regelverk. Tvärtom torde det allmänt anses att LOU inte medger att kommuner och landsting utan formell upphandling köper varor och tjänster från sina egna bolag (se t.ex. Hentze, Sylvén, Offentlig upphandling s. 36, SOU 1999:139 s. 71 och 2001:31 s. 293; jfr prop. 2001/02:142 s. 84, SOU 2006:28 s. 264 f.; jfr prop. 2006/07:128 s. 188 f.). Regeringsrätten har också gett uttryck för denna uppfattning, se RÅ 2000 ref. 60.

EG-domstolen har i ett antal domar, se t.ex. EG-domstolens dom i mål C-295/05 Tragsa, uttalat att direktiv 92/50 inte utgör hinder mot nationell lagstiftning som innebär att företag som på visst sätt är knutna till en upphandlande enhet (de s.k. Teckal-kriterierna) utför uppdrag åt enheten utan iakttagande av direktivets bestämmelser. Då den nationella lagstiftningen i Sverige inte innehåller några sådana undantag från upphandlingskyldigheten aktualiseras enligt Regeringsrättens mening inte frågan om tillämpning av Teckal-kriterierna i de nu aktuella målen. Skäl saknas därmed också att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen.

Regeringsrätten finner att innebörden av konsortialavtalet är att kommunen ska köpa tjänster av SYSAV. Regeringsrätten konstaterar vidare att det är fråga om en tjänst som omfattas av 5 kap. LOU (Bilagan Avdelning A 16 Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande verksamhet) och det framgår av utredningen i målen att ersättningen till leverantören överstiger de i 5 kap. angivna tröskelvärdena. Kommunen skulle därför ha upphandlat tjänsten enligt bestämmelserna i 5 kap. LOU. Som underinstanserna funnit får bolagen på grund av kommunens underlåtenhet i detta avseende anses ha lidit skada.

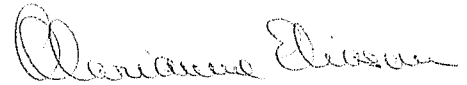
Regeringsrätten finner också i likhet med underinstanserna att överprövning enligt 7 kap. LOU kan ske och att kommunen – eftersom bestämmelserna i LOU inte iakttagits vid upphandlingen – är skyldig att göra om denna. Överklagandet ska därför avslås.

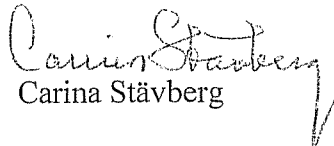
REGERINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

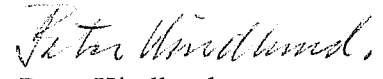
Regeringsrätten avslår yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande från EG-domstolen.

Regeringsrätten avslår överklagandet.



Kjerstin Nordborg


Marianne Eliason


Carina Stävberg


Peter Kindlund


Henrik Jermsten


Karin Hartmann
Regeringsrättssekreterare

Avd. I
Föredraget 2007-10-17

Målen har föredragits av regeringsrättssekreteraren Margareta Larsson



KLAGANDE

Simrishamns kommun
272 80 Simrishamn

Ombud: Advokat Anders Boquist, Hamilton Advokatbyrå Malmö HB,
Box 226, 201 22 Malmö

MOTPARTER

SITA Sverige AB, 556108-8393
Transportgatan 9
262 71 Ängelholm

Sydkraft EcoPlus AB, 556527-2944
205 09 Malmö

Ragn-Sells AB, 556057-3452
Box 952
191 29 Sollentuna

Liselotte Löf AB, 556423-0125
Norra Stationsgatan 60
113 33 Stockholm

x) chefsjuristen
xx) advokaten
Rättat 2005-12-23
jml. 32 § FPL

Beit Nilsson

Ombud för bolagen: ~~Advokaterna~~ Pär Cronhult, Box 5625,
114 86 Stockholm och ~~Ölf Hökeberg~~, Advokatfirman Fylgia KB,
Box 55555, 102 04 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Skåne läns dom den 4 februari 2005 i mål nr
15040--15043-04, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (1992:1528) om offentlig
upphandling (LOU)

Kommunen yrkar att kammarrätten upphäver länsrättens dom. Kommu-
nen åberopar samma grunder som i länsrätten och tillägger följande. I
målet aktualiseras två frågor av stor principiell betydelse. Den första frå-
gan är huruvida upphandling skall äga rum eller om den verksamhet

kommunen i samarbete med övriga delägarkommuner bedriver i SYSAV är att hänföra till verksamhet i kommunens egen regi. Den andra frågan är huruvida stadgandena i 7 kap. 1 – 2 §§ LOU i dess nuvarande lydelse är tillämpliga i förevarande mål och, i sådant fall, hur dessa stadganden skall tillämpas. Vid bedömningen av den första frågan är följande omständigheter att beakta. Ända sedan den svenska lagen om offentlig upphandling trädde i kraft har frågan huruvida kommuner kan organisera sin verksamhet i bolagsform, utan att det därigenom uppstår ett upphandlingspliktigt förhållande mellan kommunen och bolaget i fråga, varit föremål för omfattande diskussioner. En kommun kan, enligt kommunalrätten, välja att organisera sin verksamhet på flera olika sätt, i förvaltningsform, i aktiebolagsform och i samarbete med annan i bolag med eller utan rättspersonlighet. Den traditionella organisationen består av kommunfullmäktige som högsta beslutande organ och därunder en kommunstyrelse jämte de förvaltningar som fullmäktige bedömer nödvändiga för att fullgöra kommunens uppgifter. Det står helt klart att varken LOU eller de bakomliggande upphandlingsdirektiven innebär någon skyldighet att upphandla tjänster mellan kommunens olika nämnd- eller förvaltningsgrenar, eftersom någon anskaffning i lagens och direktivens mening (köp, leasing, hyra eller hyrköp, vilka förutsätter två skilda rättssubjekt) då inte kommer ifråga. Vidare torde (av samma skäl) stå klart att varken LOU eller direktiven kan tillämpas i kommunens förhållande till en verksamhet som bedrivs i samarbete med annan i en form som saknar rättspersonlighet, exempelvis i enkelt bolag med eller utan tillämpning av bestämmelserna i lagen (1904:48 s. 1) om samäganderätt. Sedan lång tid har emellertid funnits praktiskt betingade behov av att organisera den kommunala verksamheten på andra sätt, däribland i bolagsform, främst genom aktiebolag. Kommunallagen har därför kommit att innehålla bestämmelser om förutsättningarna för att driva kommunal verksamhet i bolagsform. Utgångspunkten för dessa bestämmelser är att en kommun, med undantag för verksamhet för vars handhavande särskild ordning föreskrivits eller som innefattar myndighetsutövning, fritt kan organisera sig i bolagsform och fullgöra ansvaret för vissa uppgifter genom ett av

kommunen hel- eller delägt bolag. Valet av organisationsform på kommunalrättslig grund innebär att kommunen sakligt väljer den driftsform som bedöms vara lämpligast och effektivast ur ett verksamhetsperspektiv och att verksamheten är underkastad samma regler som kommunal verksamhet i förvaltningsform. Enligt en utbredd uppfattning i kommunala kretsar är förhållandet mellan en kommun och dess bolag undantagna från upphandlingsreglernas tillämpning eftersom det på både nationell och EG-rättslig grund finns ett undantag från upphandlingsbestämmelsernas tillämpning när kommuner interagerar med sina bolag. Mot detta synsätt har hävdats att ett upphandlingskontrakt föreligger så snart det utväxlas prestationer mellan en upphandlande enhet och ett från enheten fristående rättssubjekt och att något undantag härifrån inte finns. Vid bedömningen bör skiljas mellan två faser; dels själva bolagsbildningen genom vilken ett bolag inrättas för att fullgöra viss uppgift, dels kontrahenternas relation därefter, t.ex. vid utväxling av prestationer. Enligt kommunens mening står det klart att själva bolagsbildningen, som på associationsrättslig grund sker för visst specifikt ändamål som anges i bolagsordning, inte i sig kan anses utgöra ett upphandlingskontrakt i LOU:s eller direktivens mening. Detsamma torde gälla beslut att inträda i ett avtal i syfte att i aktiebolagsform samarbeta med andra kommuner. - I den andra fasen är frågan väsentligen beroende av de bedömningar som gjorts av EG-domstolen. I det s.k. Arnhem-fallet, mål C-360-96, ägde två holländska kommuner gemensamt bolaget ARA, som hade till uppgift att samla in och behandla avfall inom kommunerna. Fråga uppkom om förhållandet mellan kommunerna och ARA var sådant att kommunerna borde ha upphandlat ARA:s tjänster i enlighet med tjänstedirektivet 92/50/EEG. Sedan den holländska överrätten begärt förhandsbesked från EG-domstolen, yttrade generaladvokaten följande i sitt förslag till beslut (p. 38):

"Sammanfattningsvis utgör enligt min mening i det förevarande fallet ARA inte en tredje man i förhållande till de två kommunerna, det vill säga det skiljer sig inte väsentligen från dessa. Det är här fråga om en form av delegation mellan organ som inte går utanför kommunernas administrativa sfär. Dessa hade, när de anförtrodde ARA verksamheten i fråga, inte på något sätt för avsikt att privatisera de funktioner som de

tidigare utövade inom detta område. Enligt min mening kan det förhållande som binder kommunerna och ARA inte anses vara en upphandling i den mening som avses i direktivet."

Slutsatsen i generaladvokatens förslag till beslut formulerades enligt följande:

Det samarbete som binder två kommuner till ett organ som har tillkommit på deras initiativ, åt vilket de har anförtrott insamling och behandling av avfall inom sina geografiska områden och vilket även får ersättning av medel ur kommunernas budget, något som under alla omständigheter säkerställer detta organs ekonomiska jämvikt, utgör inte upphandling av tjänster i den mening som avses i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster."

EG-domstolen tolkade emellertid den holländska domstolens frågor på ett annat sätt och prövade därför inte samma frågeställning som generaladvokaten. Något avgörande av den uppmärksammade frågan kom därmed inte till stånd. Domens prejudicerande verkan är i detta avseende därför begränsad. Generaladvokatens ställningstagande kvarstår dock och kan ge vägledning vid en rättslig bedömning av den nu aktuella frågan. EG-domstolen har därefter i ett uppmärksammat fall (Teckal- domen, mål C-107/98) prövat huruvida förhållandet mellan en italiensk kommun och ett konsortium, som bl.a. hade till uppgift att leverera bränsle till kommunen och övriga kommuner som bildat konsortiet, var av sådan karaktär att det borde underkastats upphandling i konkurrens. Vid bedömningen av om ett upphandlingskontrakt ansågs föreligga i direktivets mening anförde domstolen att det i princip är tillräckligt att avtalet slutits mellan en upphandlande enhet och en från enheten fristående juridisk person. Domstolen anförde vidare att endast i det fallet att den upphandlande enheten 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. Avgörande för den principiella räckvidden av EG-domstolens dom i Teckal-målet är således frågan huruvida det s.k. kontrollkriteriet är uppfyllt och huruvida bolaget i fråga bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de upphandlande enheter som äger aktierna eller andelarna i bolaget. Från vissa håll har hävdats att kontrollkriteriet i

princip aldrig kan vara uppfyllt eftersom bolagen är autonoma med stämman och styrelsen som självständigt beslutar om bolagets verksamhet. Teckal- domen tolkas med detta synsätt så restriktivt att den numera regelbundet återopparas som stöd för att något undantag inte existerar. Enligt den uppfattning som allmänt råder i den kommunala bolagsvärlden är detta emellertid ett felaktigt betraktelsesätt. Enligt denna uppfattning ger Teckal- domen ett betydande utrymme för undantag från direktivens och LOU:s tillämpning eftersom, i vart fall i Sverige, relationen mellan kommunala aktiebolag och dess delägarkommuner typiskt sett uppfyller kraven för att undantaget skall kunna tillämpas. Kommunens uppfattning om innebörden och vidden av Teckal- domen vinner också stöd i generaladvokatens förslag till avgörande i EG-domstolens mål C-26/03, det s.k. Stadt Halle-målet, rörande tillämpningen av bl.a. tjänstedirektivet på förhållandet mellan en tysk kommun - Stadt Halle - och ett avfallsbolag - RPL - som till 75,1 % ägdes av ett kommunägt koncernmoderbolag och till återstående 24,9 % av ett privat bolag. I sitt förslag till avgörande uttalar generaladvokaten följande vid bedömningen av huruvida kontrollkriteriet är uppfyllt:

64. För att kriteriet skall kunna tillämpas på andra situationer talar dessutom den omständigheten att det av domen i målet Teckal, på rättegångsspråket italienska, framgår att domstolen enbart kräver att en motsvarande ("analogo"), det vill säga en jämförbar, emellertid inte någon identisk, kontroll utövas.

65. Majoritetsaktieägarens ställning skall följaktligen för det första bedömas mot bakgrund av de relevanta bestämmelserna i nationell rätt, det vill säga i förevarande fall mot bakgrund av de bolagsrättsliga bestämmelserna avseende bolag med begränsat ansvar. För det andra skall de bestämmelser som närmare reglerar förhållandet, det vill säga i allmänhet bolagsordningen, bedömas. Detta innebär att det inte räcker att göra en helt abstrakt bedömning på grundval av den rättsform som valts för den enhet över vilken kontroll utövas, exempelvis typen av juridisk person.

/.../

76. Vid tillämpningen av kontrollkriteriet skall den nationella domstolen utgå från befogenheterna att kontrollera. Redan av rättssäkerhetsskäl kan det inte spela någon roll om och hur denna kontroll faktiskt utövas, eller prognoser om hur majoritetsaktieägaren skulle använda sin andel, det vill säga om han även skulle fatta beslut mot minoritetsaktieägaren, vara avgörande. På så sätt skall även betydelsen av majoritetsaktieägarens eventuella lojalitetsplikt relativiseras, särskilt som även minoritetsaktieägarens lojalitetsplikt skall beaktas, vilket staden Halle har påpekat.

Konklusionen av generaladvokatens förslag till avgörande är att Teckal-
domen de facto innebär att ett undantagsfall kan föreligga för relationen
mellan kommuner och dess bolag. EG-domstolen lade emellertid andra
utgångspunkter till grund för sitt avgörande, främst bolagets "halvoffent-
liga" karaktär. Efter att domstolen i punkt 47 först återgivit huvudregeln
enligt Teckal-målet att varudirektivet 93/36/EEG befunnits tillämpligt på
avtal med ekonomiska villkor mellan en upphandlande enhet och en i
förhållande till enheten fristående juridisk person, fastslår domstolen i
punkt 49 följande:

"Enligt domstolens rättspraxis är det inte uteslutet att det kan finnas andra
omständigheter under vilka anbudsinfordran inte är obligatorisk även om
avtalsparten är en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristå-
ende juridisk person. Så är fallet om den offentliga myndigheten, som är
en upphandlande myndighet, utövar en kontroll över den fristående enhe-
ten i fråga som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet
och denna enhet utför huvuddelen av sin verksamhet för den eller de
upphandlande myndigheter som äger enheten (se för ett liknande reso-
nemang domen i målet Teckal, p. 50). Det skall erinras om att den fristå-
ende enheten i nämnda mål ägdes helt av offentliga myndigheter. Att ett
privat företag ingår som delägare, om än i minoritetsställning, i ett bolag
som även till viss del ägs av den upphandlande myndigheten i fråga ute-
sluter däremot i alla händelser att denna upphandlande myndighet kan
utöva en kontroll över bolaget som motsvarar den som den utövar över
sin egen verksamhet."

I EG-domstolens dom den 13 januari 2005 i mål C-84/03 uttalar domsto-
len med hänvisning till sin dom i Teckal-målet bl. a. att undantag från
tillämpning av direktiven med avseende på rättsförhållanden mellan en
lokal myndighet och dess bolag förutsätter att myndigheten samtidigt
utövar en kontroll över den ifrågavarande personen motsvarande den som
den utövar över sin egen förvaltning, och denna person bedriver huvud-
delen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som
innehar den. - Sammanfattningsvis innebär domstolens domar att det un-
dantag som anvisats redan i Teckalmålet, ännu en gång fastslagits. Ge-
nom Stadt Halle- domen har domstolen dock satt en gräns för undantagets
tillämplighet i så måtto att undantaget enligt domstolen endast kan aktua-
liseras när samtliga aktier eller andelar i bolaget ägs av en eller flera

"offentliga myndigheter". - Den statliga Upphandlingskommittén redovisade i sitt slutbetänkande (SOU 2001:31) gällande rätt i fråga om omfattningen av och de rättsliga förutsättningarna för ett undantag från upphandlingsreglerna vid avtal mellan kommuner och dess bolag, från både ett nationellt och ur ett EG-rättsligt perspektiv (avsnitt 4, s. 89-111). Utredningens slutsats är att det finns ett behov av att möjliggöra för en kommun eller ett landsting att under vissa förutsättningar köpa varor, tjänster och bygg- och anläggningsentreprenader av sina helägda företag utan upphandlingsförfarande (avsnitt 11.4, s. 289-294). Kommittén gjorde också bedömningen att gemenskapsrätten medger att Sverige inför en regel med den innebörden i LOU. Mot bakgrund av bl.a. Teckal-domen föreslog utredningen att det skulle införas en ny bestämmelse i LOU (1 kap. 6 a §) av innebörd att alla typer av upphandlingar inom de klassiska sektorerna, från eller till ett kommunalt eller interkommunalt bolag, skall kunna ske direkt, under förutsättning att företaget i sig är en upphandlande enhet och att åtgärden innebär uppenbara och dokumenterade samordningsfördelar för upphandlaren. Förslaget har ännu inte lett till lagstiftning. Även med utgångspunkt i ett konkurrenspräglat perspektiv står det således klart att EG-rätten, främst genom EG-domstolens domar i Teckal- och Stadt Halle-målen, innebär att transaktioner mellan kommuner och dess helägda bolag inte omfattas av reglerna om upphandling. Enligt kommunens uppfattning kan det nämligen i normalfallet inte råda någon tvekan om att en kommuns kontroll över sina bolag i allmänhet motsvarar den kontroll kommunen har över den verksamhet som bedrivs i förvaltningsform. Skälen härför är:

att kommuner, direkt eller genom annat helägt bolag, äger samtliga aktier eller andelar i bolaget och utövar därigenom det rättsligt bestämmande inflytandet över bolagets verksamhet,
att kommunen, tillika direkt eller indirekt, tillskjuter bolagets kapital,
att kommunfullmäktige, enligt kommunallagen, utses samtliga styrelseledamöter, således med åsidosättande av aktiebolagslagens vanliga bestämmelser om att ledamöterna utses av bolagsstämman,

att kommunfullmäktige fastställer bolagsordningen och därigenom det kommunala ändamålet med bolagets verksamhet. I många kommunalägda bolags bolagsordningar har dessutom föreskrivits att bestämmelsen om verksamhetsföremålet inte får ändras utan fullmäktiges godkännande, att kommunfullmäktige skall ta ställning till frågor av principiell beskaffenhet eller som annars är av större vikt innan bolaget fattar beslut i frågan,

att kommunen kan utöva kontroll över bolaget genom sin lagstadgade insyns rätt i bolagets verksamhet och sålunda regelmässigt avkräver bolagen fortlöpande och regelbunden ekonomisk och annan rapportering, att kommunfullmäktige i flertalet kommuner antagit ägardokument som i stort reglerar kommunens ägarstyrning av bolaget; dessa dokument kompletteras dessutom vanligtvis av särskilda ägardirektiv, som mer detaljerat redovisar kommunens insyn i och kontroll över bolagets verksamhet, att kommunen utövar förvaltningsrevision genom de lagreglerade lekmanarevisorerna, samt

att verksamheten i bolaget är underkastad kommunallagens regler om kommunal verksamhet.

Ur ett praktiskt perspektiv kan också tilläggas att den eller de som företräder samtliga aktier i ett bolag kan dispensera från alla krav på tidsfrister för kallelse till bolagsstämma etc, vilket möjliggör en omedelbar kontroll över t.ex. styrelsens sammansättning. Parentetiskt kan nämnas att motsvarande kommunalrättsliga bestämmelser för ändring av en kommunal nämnds sammansättning är väsentligen mer komplicerade och ger i realiteten sämre möjligheter till snabba förändringar om sådana skulle behövas. - Enligt kommunens uppfattning innebär de ovan angivna omständigheterna sammantaget att kommunens kontroll över SYSAV:s förvaltning är minst lika god som motsvarande kontroll över en kommunal nämnd- eller förvaltningsorganisation. Härigenom är kontrollkriteriet uppfyllt. I de flesta fall där frågan om relationen mellan kommunen och dess bolag ifrågasätts ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv, torde också kravet på att bolaget i huvudsak bedriver sin verksamhet tillsammans med kommunen, vara uppfyllt. I själva verket är förutsättningen för

kommunal verksamhet i aktiebolagsform att bolagets verksamhet faller inom den kommunala kompetensen. Enligt kommunens mening kan inte råda någon tvekan att SYSAV:s verksamhet bedrivs tillsammans med och för dess delägarkommuner och att kommunen tillsammans med övriga delägarkommuner utövar en kontroll över SYSAV som motsvarar den kontroll som kommunen utövar över sin egen verksamhet. SYSAV är vidare inrättat för att tillgodose behov av allmänt intresse (kommunernas skyldigheter såvitt avser avfallshantering) och ägs till 100 procent av kommuner. Enligt kommunens mening uppfyller SYSAV således väl kriterierna för tillämpning av de undantagsregler som EG-domstolen anvisat när det gäller relationerna mellan en kommun och ett kommunägt bolag. - I detta sammanhang förtjänar vidare att påpekas att det inte föreligger några skillnader i sak mellan kommunal verksamhet bedriven av en kommunal förvaltning, i aktiebolagsform eller i samäganderättsform (s.k. enkelt bolag utan rättspersonlighet) eftersom verksamheten, oavsett i vilken form den bedrivs, är underkastad kommunallagens bestämmelser om kommunal verksamhet och de övriga lagar som gäller för offentlig verksamhet, däribland LOU. Det finns följaktligen inga sakliga skäl att, beroende på vilken organisationsform som valts, göra olika bedömningar när det gäller upphandlingsreglernas tillämpning. Frågan huruvida kommunen och verksamheten är två skilda juridiska personer kan följaktligen inte vara avgörande för frågan om upphandling skall äga rum. Sammanfattningsvis innebär det ovan anförda att SITA Sverige AB:s, m.fl. (nedan bolagen) talan skall lämnas utan bifall på den grunden att LOU inte är tillämplig på förhållandet mellan kommunen och SYSAV. - Den andra frågan är huruvida stadgandena om överprövning i LOU i deras nuvarande lydelse kan tillämpas i ett mål av förevarande slag och hur reglerna i ett sådant fall skall tillämpas. I detta avseende är följande att beakta. Av 7 kap. 2 § LOU framgår att rätten kan besluta om att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Av lagtexten, i vilken upphandlingen har bestämd form, liksom av rättsföljderna "göras om" och "rättas" framgår att förutsättningen för tillämpning av lagrummet är att en viss upphandling ägt eller äger rum,

d.v.s. att den kan identifieras och inordnas i tid och rum. Rätten kan således inte med stöd av 7 kap. 2 § LOU i dess nuvarande lydelse förordna om annat eller mer än att en viss konkret upphandling skall rättas eller göras om. I förevarande mål har enligt kommunens mening upphandling inte ägt rum. Kommunen har istället levererat avfall till SYSAV i enlighet med ett konsortialavtal, vilket kommunen tillträtt genom beslut av kommunfullmäktige i september 2003. Konsortialavtalet reglerar kommunens rättigheter och skyldigheter i förhållande till övriga delägarkommuner med avseende på delägarnas samverkan i det gemensamt ägda bolaget SYSAV och löper t.o.m. utgången av år 2025. Avtalet innehåller förutom i konsortialavtal sedvanliga villkor, däribland en förpliktelse att till de gemensamma anläggningarna leverera avfall, bl.a. åtaganden rörande regional återvinning och avfallshantering för delägarkommunerna, utveckling av denna verksamhet, projektering, uppförande och drift av regionala behandlingsanläggningar och avfallsupplag, fördelning av borgensansvar och deltagande i samrådsorgan. Bolagen har inte förmått precisera vilket upphandlingsförfarande som ifrågasätts, vilket inte är ägnat att förvåna, då något sådant förfarande varken ägt rum eller äger rum. Mot denna bakgrund är det enligt kommunens mening uppenbart att bolagens talan i själva verket går ut på att kommunen skall åläggas att säga upp eller bryta mot konsortialavtalet eller på annat sätt frånträda samarbetet med övriga delägarkommuner. Av lagtexten och praxis, se RÅ 2004 ref. 24, följer emellertid att reglerna i LOU om överprövning inte kan tillämpas i förevarande fall eftersom dessa regler endast kan tillämpas i upphandlingsförfaranden som skulle kunna göras om eller rättas efter ett domstolsbeslut och således inte kan tillämpas i syfte att angripa en löpande avtalsrelation. Överprövningsinstitutet kan följaktligen inte användas i förevarande fall eftersom kommunens efterlevnad, d.v.s. underlåtelse att säga upp, bryta mot eller frånträda konsortialavtalet, varken helt eller delvis utgör ett sådant förfarande som kan göras om eller rättas enligt bestämmelserna i 7 kap. LOU. Vådan av att tillämpa överprövningsinstitutet i andra fall än konkreta upphandlingar framgår av länsrättsens domskäl och domslut. Utan att precisera vilket upphandlingsförfarande

rande som avses har länsrätten, under hänvisning till att kommunen "löpande under år 2004 genom konsortialavtal överlätit sin avfallshantering på SYSAV" och med konstaterande av att "upphandling varom fråga är" skall "ske i konkurrens med beaktande av den totala volym som kommunen avser upphandla under en specifikt angiven period" förordnat att upphandlingen skall göras om med tillämpning av bestämmelserna i LOU. Det behöver knappast påpekas att länsrättens dom får orimliga konsekvenser. Kommunen har redan omhändertagit och behandlat avfallet. Något behov av tjänster för omhändertagande och behandling av ifrågavarande avfall föreligger inte längre och någon möjlighet att göra om upphandlingen finns inte. Det är följaktligen inte möjligt att efterleva länsrättens förordnande. Med beaktande av vad som ovan anförts om tillämpningsområdet för 7 kap. 2 § LOU, avsaknaden av en konkret preciserad upphandling och omfattningen av länsrättens dom kan länsrättens dom inte avse annat än ett åläggande för kommunen att framdeles bryta mot, säga upp eller frånträda konsortialavtalet. Ett sådant förordnande är emellertid som ovan anförts inte möjligt att meddela med stöd av LOU. Bolagens talan skall följaktligen lämnas utan bifall. För det fall leveranserna i enlighet med åtagandet i konsortialavtalet, trots det ovan anförda skulle kunna betraktas som direktupphandlingar, vilket kommunen i och för sig bestrider, är följande att beakta. Om direktupphandling förekommit löpande under 2004 har avtal redan slutits och tjänsterna redan utförts. En ansökan om överprövning av en direktupphandling enligt 7 kap. 1 § andra stycket LOU får enligt lagtexten inte prövas efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts. Med hänsyn till att utformningen av lagtexten inte tillåter olika bedömningar mellan tillåtna och otillåtna direktupphandlingar står det klart att bestämmelsen i 7 kap. 1 § andra stycket även tar sikte på en otillåten direktupphandling. Den "praxis" länsrätten hänvisat till, för det fall en sådan praxis finns, strider följaktligen mot vad som klart framgår av lagtexten. De "upphandlingar" som ägt rum kan följaktligen inte bli föremål för överprövning enligt lagens nuvarande lydelse. När länsrätten kom fram till att fråga är om direktupphandling borde rätten således inte ha upptagit ansökan om överprövning till

prövning eftersom sådan prövning inte får äga rum efter den tidpunkt då avtal slutits. För motsvarande bedömningar vill kommunen hänvisa till Kammarrättens i Stockholm dom 2004-09-21 i mål 3560-04 och Kammarrättens i Sundsvall dom 2005-02-28 i mål 2587-04. Det sagda torde i än högre grad gälla när, som i förevarande fall, det händelseförlopp som kvalificerats som "direktupphandling" redan ägt rum och möjligheten att "rätta" eller "göra om" således inte finns. Även på denna grund föreligger således skäl för ändring av länsrättens dom.

Särskilt yrkande

Som framgår ovan föreligger i svensk praxis betydande osäkerhet beträffande tillämpningsområdet för upphandlingsreglerna i förhållandet mellan kommuner och dess bolag och innebörden av Teckal- och Stadt Halle-avgörandena. Mot denna bakgrund hemställer kommunen att kammarrätten hos EG-domstolen inhämtar ett förhandsavgörande angående tillämpningsområdet för tjänstedirektivet såvitt avser förhållandet mellan ett helägt kommunalt aktiebolag, vilket inrättats för att fullgöra kommunala uppgifter, och dess delägare.

Bolagen anser att kammarrätten skall avslå överklagandena och anför följande. Något lagligt undantag för kommuner att utan mellankommande offentlig upphandling köpa tjänster direkt från hel- eller delägda företag föreligger inte enligt LOU. Något undantag i angivet avseende föreligger heller inte enligt gällande gemenskapsrätt. Det gemenskapsrättsliga regelverket saknar i aktuellt avseende vidare företräde framför nationell svensk rätt eftersom den aktuella rättsfrågan - kommuners köp direkt från delägda företag - inte berör någon *enskilds* rätt. Anledning saknas därför att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen. Skulle kammarrätten ändå överväga besluta att inhämta sådant avgörande hemställer bolagen att dessförinnan beredas möjlighet att ytterligare yttra sig i målet. - Med "upphandling" avses enligt gällande bestämmelser varje köp som en upphandlande enhet gör av bland annat tjänster från en fristående juridisk person. Vad kommunen anført om att någon upphandling inte har ägt rum är således felaktigt. Prövning enligt 7 kap. LOU kan mycket väl komma

ifråga. Sverige är enligt gällande gemenskapsrätt dessutom skyldigt att tillhandahålla ett sådant förfarande.

Svensk rätt.

Frågan huruvida kommun är skyldig att tillämpa bestämmelserna i LOU vid en sådan anskaffning av tjänster som sker från ett delägt kommunalt företag, har vid ett flertal tillfällen i svensk rättspraxis besvarats jakande. I RÅ 2000 ref. 60 (Landstinget Dalarna) hade Regeringsrätten bl.a. att ta ställning till ett sakkunnigt yttrande från före chefsjuristen vid Svenska Kommunförbundet, Curt Riberdahl, med innebörd liknande det som kommunen nu anför i målet, nämligen att köp från hel- eller delägda kommunala bolag närmast skall vara att anse som kommunal uppgiftsöverföring och därvid anses utgöra kommunal egenregiverksamhet. Regeringsrätten var i sitt avgörande emellertid av annan uppfattning. Den omständigheten att Landstinget Dalarna var delägare i det bolag som skulle utföra aktuella tjänster (Dalatrafik AB) medförde enligt Regeringsrättens mening inte att upphandling enligt LOU kunde underlåtas. Regeringsrätten fastställde kammarrättens dom, vilken innebar att upphandlingen skulle göras om. - Kammarrätterna i Göteborg (mål nr 4851-2002) och Stockholm (mål nr 76-03 -- 77-03) har i lagakraftvunna avgöranden kommit till liknande slutsatser vid kommunala köp från egna bolag. Av kammarrätternas domskäl framstår som avgörande för LOU:s tillämpning att aktuella köp har skett från en från den upphandlande enheten skild juridisk person. Inte heller före LOU:s ikraftträdande var det tillåtligt för kommuner att utan offentlig anbudsinfordran köpa tjänster direkt från hel- eller delägda företag vilka, liksom SYSAV, själv framställer varan eller utför arbetet eller tjänsten. Före 1994 reglerades kommunernas upphandling genom kommunalt upphandlingsreglemente, vilket hade påtvingats kommunerna genom hot om ingripande från statsmakten. Av Svenska Kommunförbundets normalreglemente för kommunal upphandling - UR, framgår avseende upphandlingsskyldighetens omfattning bl.a. följande:

"Detta reglemente äger tillämpning på kommunens upphandling. Bestämmelserna gäller dock ej i fråga om upphandling från annan kommun eller från företag, som ägs av en eller flera kommuner eller sammanslut-

ningar av kommuner, under förutsättning att kommunen eller företaget vid sin egen upphandling av varan, arbetet eller tjänsten tillämpar regler som anges i detta reglemente".

Av specialkommentaren till bestämmelsen framgår vidare följande förtydligande:

"Det bör observeras, att undantagsregeln i andra stycket endast kan åberopas vid upphandling av vara, arbete eller tjänst som leverantören i sin tur tidigare har upphandlat. Undantagsregeln är sålunda inte tillämplig vid exempelvis upphandling från kommunalt aktiebolag, som självt framställer varan eller utför arbetet eller tjänsten".

Förbudet mot kommunala köp direkt från helägda företag överfördes 1994 till nu gällande lag om offentlig upphandling. Förbudet utökades till att omfatta alla köp. Även kommunala köp som sker från hel- eller delägda kommunala företag vilka själva inte framställer varan eller utför arbetet eller tjänsten omfattas således numera av lagens reglering.

Den av regeringen tillsatta Upphandlingskommittén (dir. 1998:58 samt dir. 1999:34), sammanfattade i delbetänkandet "Effektivare offentlig upphandling" (SOU 1999:139) rättsläget på följande sätt:

"Lagen är också tillämplig när den upphandlande enheten köper från egna eller andra enheters företag. Om t.ex. en kommun har överfört det kommunala huvudmannskapet för en viss verksamhet till ett kommunalt företag, t.ex. ett bostadsföretag, är lagen inte tillämplig på kommunens ägarroll i förhållandet till företaget. Om däremot kommunen köper tjänster av företaget, till exempel fastighetsförvaltning, får det kommunala företaget inte gynnas på bekostnad av till exempel privata företag på så sätt att kommunen underlåter att infordra anbud enligt LOU:s regler. Det samma gäller om den upphandlande enheten bildar ett särskilt företag för t.ex. städning av enhetens lokaler" (bet. s. 71).

Även i slutbetänkandet (SOU 2001:31) anförde kommittén liknande slutsatser och föreslog till följd härav att LOU skulle ändras på så sätt att kommuner skulle medges undantag att utanför lagens bestämmelser i övrigt genomföra köp direkt från hel- eller delägda kommunala företag. Förslaget medförde emellertid aldrig någon lagändring. I prop. 2001/02:142 med förslag på ändringar i LOU avvisades den föreslagna lagändringen. Regeringens inställning motiverades enligt föredragande statsrådet bland annat på följande sätt:

"EG-direktiven om offentlig upphandling och EG-domstolens praxis ger inte någon tydlig anvisning om rättsläget vad gäller rätten för kommun att göra anskaffningar utan upphandling från sitt helägda bolag" Regeringen anser därför att "...frågan med hänsyn till det anförda bör beredas ytterligare" (prop. s. 84).

Någon bestämmelse med innebörd att kommuner undantagsvis skulle medges rätt att köpa tjänster direkt från hel- eller delägda kommunala företag har således aldrig införts i svensk rätt. På området gällande bestämmelser anknyter istället till äldre reglering av den kommunala upphandlingen, enligt vilken kommunerna inte fick genomföra direkta köp från varu- eller tjänsteproducerande hel- eller delägda kommunala företag. Det varken är eller har någonsin varit tillåtet enligt svensk rätt för kommuner att utan föregående upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden köpa renhållningstjänster direkt från hel- eller delägda kommunala företag vilka, liksom SYSAV, utför arbetet eller tjänsten i egen produktion. Vad kommunen har anfört om kommunal egenregiverksamhet kan således inte medföra annan bedömning än att överklagandet skall avslås.

Gemenskapsrättslig reglering.

Kommunen har åberopat att gemenskapsrätten skulle medge undantag för kommuner att köpa tjänster direkt från hel- eller delägda företag. Som bolagen angivit i länsrätten och som närmare utvecklas nedan är detta påstående felaktigt. En avgörande förutsättning för att gemenskapsrätten skall tillmätas någon betydelse i målet är att gemenskapsrätten äger företräde framför däremot stridande svenska bestämmelser vilka inte medger dylikt undantag. Sådant företräde föreligger inte i det aktuella målet, eftersom fråga inte är om någon enskilds rättighet. Verkan av gemenskapsrättens s.k. direkta effekt samt gränsdragningen till nationell rätt har varit föremål för ett flertal avgöranden i (huvudsakligen gemenskapsrättslig) praxis. En sammanfattande redovisning av denna praxis med anpassning till svenska förhållanden finns i RÅ 1996 ref. 50 (Buss i Uppland). Regeringsrätten konstaterade i detta avgörande att gemenskapsrätten under vissa förhållanden skall ges företräde framför svensk nationell rätt, men att en grundläggande förutsättning för sådant företräde är att det gemen-

skapsrättsliga regelverket medger en enskild en särskild rättighet som eljest beskärs genom nationell lagstiftning. Regeringsrätten anför i nu angivet mål:

"Enligt artikel 189 i Romfördraget är ett direktiv bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat i vad avser det resultat som skall uppnås. Det lämnas däremot till de nationella myndigheterna att välja form och sätt för genomförandet. Romfördraget är införlivat med svensk lagstiftning genom 4 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen. För att stärka kontrollen av att upphandlingsreglerna iakttas har Gemenskapen antagit särskilda rättsmedelsdirektiv (bl.a. 92/13/EEG). Dessa direktiv skall enligt EG-domstolens praxis ges företräde framför däremot stridande nationella regler i det fall en avvikelse innebär att en direktivbestämmelse ger en enskild en rättighet och denna rättighet beskärs genom en nationell lagstiftning (jfr. t.ex. rättsfallen Van Gend en Loos mål 26/62 [1963] ECR I och Simmenthal, mål 106/77 [1978] ECR 625)"

Omvänt förhållande gäller emellertid inte, varför exempelvis en kommun - som ju knappast kan anses utgöra någon "enskild" - inte kan åberopa gemenskapsrättsliga bestämmelser till stöd för ett förfarande som eljest strider mot svensk nationell rätt. Av kommunen åberopad gemenskapsrättslig grund kan således inte tillmätas något avseende i målet eftersom kammarrätten i sitt avgörande skall utgå från en tillämpning av svensk nationell rätt. Anledning saknas därför att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen. - För det fall kammarrätten skulle finna att gemenskapsrätten ändå kan tillmätas betydelse i målet får bolagen anförda följande. Till stöd för sin talan har kommunen åberopat två avgöranden från EG-domstolen. Arnhemålet avsåg tillåtligheten av ett kommunalt köp från ett delägt företag, vilket enligt nationell rätt tillagts ensamrätt att tillhandahålla aktuella tjänster. Målet avsåg således tillämpning av art. 6 i tjänstedirektivet vilket motsvaras av 5 kap. 2 § LOU. Av bestämmelsen framgår att köp direkt från viss utförare kan komma ifråga om utföraren dels är en s.k. upphandlande enhet eller ett "organ som lyder under offentlig rätt" som termen lyder enligt aktuell gemenskapsrättslig reglering, dels har tillagts ensamrätt att tillhandahålla aktuella tjänster med stöd av författning som är förenlig med EU-fördraget. Vad EG-domstolen uttalar sig om var det första ledet - huruvida det kommunala renhållningsbolaget var att betrakta som ett "organ som lyder under offentlig rätt" - inget

annat. De övriga synpunkter som kom till uttryck i generaladvokatens yttrande omfattades således aldrig av domstolens bedömning. Det förhållandet att EG-domstolen valde en helt annan lösning än den av generaladvokaten föreslagna måste närmast anses visa att domstolen inte delade generaladvokatens slutsatser, varför yttrandet knappast kan tillmätas betydelse som rättskälla, i vart fall inte med den innebörd som kommunen vill göra gällande i målet. - Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har med anledning av Arnhemdomen antecknat bl.a. följande:

"NOU vill framhålla att domstolen behandlar frågor gällande tillämpningen av direktiven för ARA-bolaget inför den nederländska domstolens tillämpning av artikel 6 (motsvarar 5 kap. 2 § LOU). Domen utgör enligt NOU:s mening inte någon grund för en generell rätt för kommuner eller landsting att utan upphandling köpa varor eller tjänster från sina helägda bolag. För detta krävs att bolaget är en upphandlande enhet enligt 5 kap. 2 §, har en ensamrätt att utföra tjänsten samt att ensamrätten bygger på publicerad lag eller författning och är förenlig med Romfördraget" (se NOU-info december 1998 s. 14 ff)".

Kommunens påstående att förevarande köp av tjänster direkt från SYSAV skulle innefatta någon form av interorganisatorisk delegering av egenregiverksamhet, som inte behöver utsättas för ett offentligt upphandlingsförfarande, innefattar således en feltolkning av EG-domstolens bedömning. - Den omständigheten att SYSAV är en s.k. upphandlande enhet (eller ett "organ som lyder under offentlig rätt") har aldrig bestritts. Någon legal ensamrätt för SYSAV att tillhandahålla Simrishamns kommun med aktuella renhållningstjänster föreligger däremot inte, varför tjänstedirektivets art. 6 i eller 5 kap. 2 § LOU inte äger någon motsvarande tillämpning i det nu aktuella målet.

Av Teckalmålet framgår att ett formellt upphandlingsförfarande som huvudregel skall genomföras vid avtal mellan lokala myndigheter och från myndigheterna fristående juridiska personer samt att detta kan underlåtas: "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".

Det svenska aktiebolagsinstitutet är strikt privaträttsligt reglerat. Kommuner och landsting är liksom andra ägarkategorier hänvisade till de ordinarie bolagsorganen: stämman respektive styrelse för att kunna utöva inflytande över sina bolag. - Till skillnad från vad förhållandena kan vara i andra EU-länder finns det i Sverige inte någon särskild förvaltningsrättslig associationsform. Frågan om införande av ett bolagsinstitut för kommuner och landsting har flera gånger utretts, bl.a. i kommunalrättskommitténs betänkande "Kommunala bolag" (SOU 1965:40), men har aldrig lett till någon lagstiftning. - Förutsättningarna för drift av kommunal verksamhet i bolagsform har underhand utvecklats i praxis och kodifierades slutligen genom 1991 års kommunallag (1991:900) - KL. - Av 3 kap. 16-19 §§ KL framgår att kommuner och landsting med vissa inskränkningar får lämna över vården av sina angelägenheter till bl.a. aktiebolag. Av bestämmelserna följer att kommunen eller landstinget därvid skall tillförsäkra sig möjlighet att kontrollera och följa upp verksamheten. Denna minimiregel gäller även om bolaget ägs av någon annan än kommunen eller landstinget. För hel- eller delägda kommunala bolag gäller dessutom att det kommunala ändamålet skall fastställas samt att kommunen skall tillförsäkra sig rätten att yttra sig över vissa särskilt betydelsefulla beslut. - I samband med införandet av den aktuella regleringen diskuterades de kommunala bolagens självstyrelse. Bland annat övervägde kommunallagskommittén (SOU 1990:24) att införa en bestämmelse om att kommunala bolagsbeslut som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt först måste underställas kommunfullmäktige för godkännande. - Mot detta restes invändningar om aktiebolagens privaträttsliga reglering och självständiga roll, vilket medförde att kommunfullmäktiges maktbefogenheter i angivet avseende inskränktes till att få yttra sig innan dylika beslut fattades av bolagens styrelser (se prop. 1990/91:117 s. 54). Förekommande yttranden medför emellertid inga som helst rättsverkningar för bolagen, utan dessa är - till skillnad från vad som gäller för motsvarande kommunala nämnder - helt oförhindrade att sätta sig över kommunfullmäktiges synpunkter och anvisningar. Även den konstitutionella kontroll som ligger i kommunmed-

lemmarnas rätt till laglighetsprövning av kommunala beslut saknar motsvarighet för kommunala bolag (jfr. 10 kap. 2 § KL). Således kan lagligheten enligt kommunallagen av ett kommunalt bolags beslut - till skillnad från beslut i motsvarande kommunal nämnd - aldrig göras till föremål för judiciell prövning. Även på denna punkt motiveras skillnaderna med att bolagen är från kommunalrätten fristående enheter och att en laglighetsprövning av bolagens beslut skulle kunna leda till problem i förhållande till associationsrättens reglering. Detta argument framhålls även allt som oftast av företrädare för kommunala bolag när lagligheten av deras beslut ifrågasätts. - Bolagen menar med stöd av det anförda att svenska kommuner och landsting, inte ens om de innehar samtliga aktier, kan anses utöva sådan kontroll över ifrågavarande kommunala aktiebolag, motsvarande den som de utövar över sina egna förvaltningar. Ännu mer uppenbart framstår detta för de bolag där ingen äger ensamt bestämmande inflytande, utan aktierna innehas av flera kommuner och landsting var för sig. Som tidigare framgått i målet ägs SYSAV av 14 kommuner, däribland Simrishamn som kontrollerar ca 1,95 procent av kapitalet och rösterna i bolaget. Skulle Simrishamns kommun vara av annan mening än övriga ägare om hur SYSAV skall skötas kan de med angivna röstetal knappast genomdriva sin vilja. Påståendet att kommunen utövar en kontroll över SYSAV motsvarande den som de utövar över sina egna förvaltningar faller på sin egen orimlighet. Av SYSAV:s tidigare ingivna årsredovisningshandlingar framgår vidare att bolaget förutom med att omhänderta hushållsavfall från ägarkommunerna även är verksamt på den privata marknaden för industriavfall och farligt avfall. Under 2003 fördelade sig verksamheterna så att av den totala mängden omhändertaget avfall (572.000 ton) hänförde sig 255.000 ton eller 44,6 procent till kommunernas hushållsavfall, medan 284.000 ton eller 49,6 procent hänförde sig till industriavfall. Andelen farligt avfall/specialavfall samt övrigt avfall uppgick till 33.000 ton eller 5,8 procent. - Sammanfattningsvis kan sägas att Simrishamns kommun inte utövar någon sådan kontroll över SYSAV som motsvarar den som de utövar över sin egen förvalt-

ning. SYSAV bedriver heller inte huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med de 14 ägarkommuner som innehar aktierna bolaget. De i Teckalmålet angivna förutsättningarna när undantag från upphandlingskyldighet skulle kunna gälla är således inte uppfyllda i någon del. Vad kommunen åberopat om gemenskapsrättslig grund kan därför inte medföra annat än att överklagandet skall avslås.

Kan stadgandena om överprövning i LOU tillämpas i mål av förevarande slag?

Som påpekats tidigare definieras "upphandling" enligt 1 kap. 5 § LOU såsom upphandlande enheters köp av bl.a. tjänster från fristående juridiska personer. Förevarande aktieägaravtal, vilket kommunen genom hängavtal i april 2004 anslutit sig till, stipulerar att SYSAV skall ansvara för den regionala avfallshanteringen och därvid projektera, bygga, utbygga och driva regionala behandlingsanläggningar, anskaffa, planera och omhänderta skötseln av regionala deponeringsområden, handha inköp och drift av fordon och maskinpark, erforderliga för att återvinna och behandla avfall, samt bedriva därmed sammanhängande regional verksamhet, att verksamheten skall drivas på självkostnadsbas och enligt affärsmässiga principer samt att de delägande kommunerna är förpliktade att under konsortialavtalets giltighetstid avlämna allt avfall som kan behandlas av SYSAV:s befintliga anläggningar och till SYSAV anmäla större förutsebara förändringar beträffande mängd och sammansättning av avfallet. Debitering för utförda prestationer sker genom fakturering. Således framgår att kommunen träffat en överenskommelse om köp av tjänster från SYSAV. Enligt gällande praxis (RÅ 2000 ref. 60) innefattar en dylik överenskommelse upphandling av tjänster på vilken LOU är tillämplig. I ett annat, nyligen avgjort, direktupphandlingsmål (Regeringsrättens dom den 21 mars 2005 i mål nr 8466-03 - Ryanair) invändes på samma sätt som kommunen gjort, att det inte var fråga om någon upphandling, varför rättsmedlen i 7 kap. LOU inte kunde göras tillämpliga. Regeringsrätten delade emellertid inte denna inställning utan förordnade att upphandlingen skulle göras om. Regeringsrätten angav därvid följande motivering:

"Kommunen har gjort gällande att huvuddelen av avtalet avser upplåtelse av vissa rättigheter och inte tillhandahållande av tjänster enligt LOU. I avtalet åtar sig Ryanair att under hela avtalstiden och mot ersättning tillhandahålla kommunen vissa "marknadsföringsinsatser/nyttigheter"... Enligt Regeringsrättens mening står det klart att Ryanair tillhandahåller sådana tjänster avseende annonsering (reklam) som skall upphandlas enligt avdelning A punkt 13 i bilagan till LOU. Avtalet kan därför provas enligt LOU. Den omständigheten att avtalet är av speciell karaktär medför inte annan bedömning." (domskälen sid. 5, femte stycket)

På motsvarande sätt skall SYSÄV under konsortialavtalets giltighetstid och mot ersättning tillhandahålla kommunerna vissa renhållningstjänster. Det måste på samma sätt som i Ryanairmålet stå klart att SYSÄV tillhandahåller sådana tjänster avseende sophantering som skall upphandlas enligt avdelning A punkt 16 i bilagan till LOU. Avtalsförhållandet kan därför provas enligt LOU. Den omständigheten att avtalsförhållandet är av speciell karaktär kan inte medföra annan bedömning. Avseende frågan om överprövning enligt 7 kap. LOU kan tillämpas i förevarande mål åberopar bolagen även gemenskapsrätten, och att förhållandena avser enskilds rätt. Enligt art. 1, punkterna 1 - 3 i EU-rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (första rättsmedelsdirektivet) skall medlemsstaterna vidtaga nödvändiga åtgärder för att garantera att upphandlande enheters beslut provas effektivt. Medlemsstaterna skall förhindra diskriminering mellan företag, vilka vid upphandling gör gällande skada, samt se till att införa ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas bestämmande som kan åberopas av var och en som har eller har haft ett intresse att få avtal om viss offentlig upphandling och som har skadats eller riskerat skadas av en påstådd överträdelse. Aktuella bestämmelser har för svenskt vidkommande införlivats genom 7 kap. LOU, främst 1 och 2 §§. Av gemenskapsrättslig praxis, domslutet i EG-domstolens avgörande i Stadt Halle-målet, framgår vidare att:

"...medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till effektiv och skyndsamt rättslig prövning av den upphandlande myndighetens beslut även omfattar beslut som fattats utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfordran, särskilt ett beslut som syftar till att klargöra huruvida ett visst kontrakt skall hänföras till det materiel-

la tillämpningsområdet för direktiv 92/50 i dess ändrade lydelse eller till den personkrets som direktivet är tillämpligt på. Denna möjlighet att ansöka om överprövning tillkommer var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse, från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan. Medlemsstaterna har följaktligen inte rätt att låta möjligheten att ansöka om överprövning bero på om det aktuella upphandlingsförfarandet formellt har nått ett bestämt stadium.

Enligt den s.k. lojalitetsprincipen, som framgår av art. 10 i EU-fördraget, skall varje medlemsstat och dess myndigheter lojalt främja gemenskapens intresse och handla så att syftet med EU-avtalet kan uppfyllas. Lojalitetsprincipen omfattar medlemsstaternas samtliga statsorgan, till vilka räknas bl.a. ländernas domstolsväsenden. I gemenskaprättslig praxis har lojalitetsprincipen uttolkats som en skyldighet för bl.a. medlemsstaternas myndigheter att lojalt effektuera gemenskapsrätten och vid sina avgöranden säkerställa dess fulla verkan genom att garantera ett effektivt skydd av enskildas rättigheter (se EG-domstolens avgöranden i målen C-106/77 - Simmenthal och C-26/62 Van Gend en Loos, se även mål nr. C-213/89, C-6/90 och C-9/90, C-46/93 samt C48/93). Vad kommunen anfört om att någon upphandling inte har ägt rum är således felaktigt. Kamrarrätten kan utan hinder av vad kommunen anfört avslå överklagandet, med innebörd att upphandlingen skall göras om. – Bolagen åberopar ett utlåtande den 3 juni 2005 av professor Lars Pehrson om och i vilken mån kommunalägda aktiebolag är självständiga i förhållande till ägaren eller ägarna.

1. Sammanfattning

Enligt min uppfattning är ett aktiebolag alltid självständigt i förhållande till sin ägare. Genom att välja att driva viss verksamhet genom ett aktiebolag åtar sig ägaren eller ägarna att driva verksamheten inom vissa legala ramar. Det sagda gäller oavsett vem som äger bolaget.

Hur självständigt ett bolag är i förhållande till sin eller sina ägare beror naturligtvis bl. a. på hur många ägare som bolaget har. Är det bara fråga om en ägare har denne avsevärt större möjligheter att bestämma över bolagets agerande än om det finns flera ägare. När det är fråga om aktiebolag som ägs gemensamt av minst två kommuner är det nedan angivna omständigheter som jag drar upp som exempel på att aktiebolaget är självständigt i förhållande till ägarna. Det finns många flera exempel som skulle kunna anges.

- På grund av likhetsprincipen och generalklausulerna måste den eller de som representerar majoriteten ofta beakta minoritetens krav. Detta gäller

även om det föreligger ett aktieägaravtal, eftersom detta bara är bindande för avtalsparterna, inte för bolaget eller organledamöterna.

- En majoritetsägare har i många situationer möjlighet att bestämma hur bolaget skall agera. En minoritet som representerar ett visst minsta antal aktier eller röster kan dock motsätta sig vissa beslut och ibland t o m diktera dem.

- Innehar två ägare lika många aktier i ett aktiebolag kommer bolagets styrning och förvaltning i allt väsentligt att bestämmas genom lottdragning om inte ägarna kommer överens.

2. Allmänt om reglerna om kommunalägda aktiebolag.

Aktiebolagslagen är fullt ut tillämplig på bolag som ägs av en eller flera kommuner. Över huvud taget reglerar aktiebolagslagen inte vilka rättssubjekt som kan vara innehavare av aktier i ett aktiebolag. Aktiebolagslagen gör således inte någon skillnad mellan bolag som ägs av en eller flera kommuner och bolag som ägs av andra rättssubjekt.

Däremot finns vissa särskilda regler om kommunala bolag i 3 kap. 17 § kommunallagen. Vissa av dessa regler är bara tillämpliga när en kommun äger samliga aktier i ett aktiebolag. När så är fallet skall fullmäktige

1. fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten och
2. utse samtliga styrelseledamöter samt
3. utse en lekmannarevisor (gäller även om kommuner endast indirekt äger alla aktierna i bolaget).

Vidare föreskrivs att kommunen skall se till att fullmäktige får ta ställning till sådana beslut i verksamheten inom ett bolag som är av principiell beskaffenhet eller om det annars är fråga om beslut av större vikt.

3. Vissa allmänna aktiebolagsrättsliga regler och principer av betydelse för utlåtandet.

Ett aktiebolag är en egen juridisk person. Bolaget kan således förvärva rättigheter och ådra sig förpliktelser, se 2 kap. 13 § aktiebolagslagen, ABL. Vidare gäller att ägarna av ett aktiebolag inte har något ansvar för bolagets förpliktelser, 1 kap. 1 § ABL. Strikt formellt är således ett aktiebolag redan på denna grund självständigt i förhållande till sina aktieägare.

Ett aktiebolag skall ha en viss organisation med en bolagsstämma och en styrelse, 9 kap. 1 § resp. 8 kap. 1 § aktiebolagslagen, ABL. Alla bolag har också rätt att utse en verkställande direktör. Om det är fråga om ett publikt aktiebolag skall bolaget ha en sådan direktör, 8 kap. 23 § ABL. I princip är ett aktiebolags organisation strikt hierarkisk. På skilda håll i ABL finns bestämmelser som innebär att vissa beslut är förbehållna bolagsstämman. Den förhärskade åsikten är att bolagsstämman även måste fatta beslut i vissa andra särskilt viktiga frågor, trots att detta inte anges uttryckligen i lagen. Ett exempel som ofta brukar nämnas är försäljning av samtliga de tillgångar som ett bolag behöver för att kunna fortsätta att bedriva den avsedda verksamheten. Frånsett sådana frågor där bolagsstämman måste fatta beslut har bolagsstämman i princip rätt att fatta beslut även i alla andra angelägenheter.

Under bolagsstämman är det styrelsen som ansvarar för bolagets organisation och förvaltningen av bolagets angelägenheter, 8 kap. 3 § ABL. Direkt av ordalydelsen av stadgandet framgår att det är bolagsstämman

som kan ge instruktioner till styrelsen. Formellt har således inte en ägare någon rätt att kräva att styrelsen agerar på visst sätt om det inte framgår av ett bolagsstämmbeslut, en regel som ofta inte iakttas i praktiken. Någon undre gräns för vilka typer av beslut som styrelsen kan fatta finns inte.

Om ett aktiebolag har en verkställande direktör skall denna sköta den löpande förvaltningen enligt styrelsens riktlinjer och anvisningar, 8 kap. 25 § ABL.

I Sverige anses ett aktiebolag inte ha något särskilt bolagsintresse som är skilt från aktieägarnas. Bolagets intresse är istället vad som utgör aktieägarnas gemensamma intresse. När ett bolag bara har en aktieägare, t ex en kommun, är således bolagets intresse detsamma som kommunens. Oaktat detta måste ett aktiebolag som endast har en ägare följa aktiebolagslagens regler. Generellt gäller dock att regler som är uppställda i aktieägarnas intresse inte behöver iakttas om alla aktieägarna har lämnat sitt samtycke. Ett tydligt exempel är att ett bolag som bara har en aktieägare inte behöver hålla någon formell bolagsstämma, utan det räcker att det skrivs ett bolagsstämmaprotokoll som undertecknas av ägaren eller en företrädare för denne.

Ett aktiebolag har emellertid även olika förpliktelser gentemot bolagets borgenärer. Detta följer av att aktieägarna inte har något ansvar för bolagets förpliktelser. Bestämmelser som är uppställda i borgenärernas intresse kan ett bolag inte disponera över även om alla aktieägarna är överens.

4. Aktiebolag som ägs av två eller flera kommuner.

När ett aktiebolag ägs av två eller flera kommuner är det enligt min uppfattning uppenbart att bolaget måste anses självständigt i förhållande till ägarna. Uppfattningen grundas bl.a. på följande förhållanden.

4.1 Likhetsprincipen och generalklausulerna

Alla aktier i ett aktiebolag skall som huvudregel ha lika rätt i bolaget, 3 kap. 1 § 1 st ABL. Det finns dock möjlighet att i bolagsordningen föreskiva något annat, 3 kap 1 § 2 st. Vanliga är skillnader i rösträtt, s.k. A-respektive B-aktier, och skillnader såvitt avser bolagets tillgångar och vinst, s k preferensaktier respektive stamaktier.

De s.k. generalklausulerna föreskriver att vare sig bolagsstämman, styrelsen eller någon annan ställföreträdare för bolaget får fatta något beslut, företa någon rättshandling eller vidta någon annan åtgärd som kan ge en otillbörlig fördel åt en aktieägare eller annan till nackdel för bolaget eller någon annan aktieägare, 8 kap. 34 § och 9 kap. 37 § ABL.

När det finns flera aktieägare i ett bolag förekommer det allt emellanåt att dessa kan ha olika intressen av hur bolaget skall agera. De nu nämnda bestämmelserna ger en ram för vad en minoritetsaktieägare behöver acceptera. Bestämmelserna innebär i praktiken att majoriteten i sitt agerande måste ta hänsyn till de andra aktieägarnas intressen.

När det finns ett mindre antal aktieägare i ett bolag har dessa ofta ingått ett aktieägaravtal i vilket anges hur bolaget skall skötas. Det är värt att notera att ett sådant avtal mellan aktieägarna inte är bindande för bolaget eller bolagsorganen, utan endast för avtalsparterna. Skulle bolaget agera på ett sätt som är förenligt med aktieägaravtalet men som står i strid med

likhetsprincipen eller generalklausulerna kan därför minoriteten således ändå åberopa likhetsprincipen och generalklausulerna.

4.2 Styrelseledamöternas lojalitetsplikt

Styrelseledamöterna i ett bolag har en lojalitetsplikt gentemot bolaget. Denna plikt baserar sig på att ledamöterna intar en ställning i bolaget som liknar en sysslomans. Oberoende av vem som har föreslagit eller utsett en styrelseledamot skall denne vid utförande av sitt uppdrag se till bolagets bästa, d v s till alla ägares gemensamma bästa. Det är således ett brott mot lojalitetsplikten om ett styrelseledamot enbart agerar på instruktioner från den som har föreslagit eller utsett honom eller henne.

Ett exempel kan belysa det sagda. Antag att ett avfallshanteringsföretag som ägs av ett antal kommuner måste etablera sig på en ny ort. Ingen av de olika ägarkommunerna vill ha avfallshanteringen inom sin egen kommun. Oavsett vilken kommun som har föreslagit de olika styrelseledamöterna i bolaget har ledamöterna att plikt att utreda vilken ort som är den bästa för ägarna sammantaget.

4.3 Minoritetsskydds rättigheter

I bolag där en ägare har mer än 50 procent av aktierna eller rösterna eller där det finns fler än två ägare finns alltid en minoritetsägare. Denna har då vissa i aktiebolagslagen föreskrivna rättigheter. Dessa kan indelas i följande:

- En minoritet som representerar ett visst minsta antal aktier och röster har möjlighet att motsätta sig vissa beslut. Ett exempel är att bolagsstämman inte kan ändra bolagsordningen om aktieägare som representerar mer än en tredjedel av de aktier och de röster som är representerade på bolagsstämman inte biträder ändringen, se 9 kap. 30 § ABL.
- En minoritet av viss storlek har också rätt att tvinga fram vissa beslut. T.ex. kan en minoritet som representerar minst tio procent av samtliga aktier i ett bolag kräva att en minoritetsrevisor tillsätts, se 10 kap. 9 § ABL, eller att minoritetsutdelning utbetalas om förutsättningarna härför föreligger, 12 kap. 3 § 2 st ABL.
- Till minoritetsskyddet hör också likhetsprincipen och generalklausulerna som redan har berörts.

Kommunen har härefter anfört följande. Som tidigare anförts är den första principiella frågan i målet huruvida verksamheten i SYSAV är att jämställa med drift i kommunens egen regi. Kommunen hänvisar i denna del till vad som anförts i utvecklingen av grunderna för överklagandet. Därutöver bör särskilt beaktas vad som anförts i generaladvokatens förslag till beslut i EG-domstolens mål C-458-03 (Parking Brixen GmbH). Detta mål rör en begäran om förhandsavgörande från en italiensk domstol i ett ärende där en kommun till sitt helägda bolag överlätit driften av två avgiftspliktiga offentliga parkeringsplatser utan föregående upphandling. Av intresse i förevarande mål är generaladvokatens konstaterande att det

självklart även står en upphandlande myndighet fritt att fullgöra sina uppgifter helt och hållet med egna medel, det vill säga rent internt, utan att över huvud taget behöva vända sig till juridiskt självständiga - offentliga eller privata - företag samt att myndigheten i sådant fall inte heller behöver iaktta de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling och bestämmelserna i artikel 86 EG (p. 42). --- Det står klart att det av bolagen åberopade utlåtandet och de allmänna slutsatser som där redovisas beträffande bolags självständighet saknar betydelse för bedömningen av frågan huruvida kontrollrekvisitet i förevarande fall är uppfyllt. Generaladvokatens förslag och förslagets redovisning av EG-domstolens praxis ger vid handen att de av kommunen åberopade grunderna för tolkning och tillämpning av LOU i fall av förevarande slag är gällande EG-rättslig praxis. - Såvitt gäller frågan om verksamheten i SYSAV är att jämföras med drift i kommunens egen regi invänder bolagen att regleringen i LOU inte ger något lagligt undantag för kommuner att utan upphandling köpa tjänster direkt från hel- eller delägda företag. Det bör i detta sammanhang observeras att någon uttrycklig reglering av frågan inte framgår av lagtexten i LOU. Att frågan inte är uttryckligen reglerad framgår också av den redogörelse för förslagen till ändringar i LOU som bolagen redogjort för. LOU:s tillämpningsområde är enligt lagtexten begränsat till fall då en upphandling är för handen. Som framgår av EG-domstolens praxis och av det ovan återgivna uttalandet av generaladvokaten föreligger inte någon upphandling då myndigheten väljer att istället utföra tjänsten internt, med vilket är att jämföras genom dotterbolag som ägs av myndigheten själv eller tillsammans med andra myndigheter, för såvitt de ovan angivna kriterierna är uppfyllda. Med beaktande av att uttryckliga bestämmelser om lagens omfattning således saknas och med hänsyn till den skyldighet som svenska domstolar och myndigheter har att tolka bestämmelserna mot bakgrund av gällande gemenskapsrätt måste slutsatsen följaktligen bli att tillämpningsområdet för LOU inte omfattar transaktioner mellan SYSAV och dess delägarkommuner. Vad bolagen anfört rörande det tidigare gällande kommunala upphandlingsreglementet och tidigare avgöranden av nationella domstolar förändrar inte

detta förhållande. Tolkningen och tillämpningen av LOU är i förevarande fall beroende av vad som framgår av EG-domstolens praxis. - Bolagen gör slutligen gällande att gemenskapsrätten inte äger företräde framför svensk rätt och motiverar denna ståndpunkt med att det aktuella målet inte gäller enskilda rättigheter. I förevarande mål uppkommer dock inga frågor rörande gemenskapsrättens företräde framför svensk rätt. Som framgått ovan innehåller LOU inte någon uttrycklig bestämmelse som avgör frågan om det i målet aktuella samarbetet är att betrakta som en upphandling som faller under lagens tillämpningsområde. Istället måste en tolkning av lagens bestämmelser och lagens syften göras för att fastställa dess tillämpningsområde. Vid denna tolkning måste beaktas att LOU utgör en implementering av EG-direktiv och därigenom ett led i uppfyllandet av Sveriges förpliktelser i förhållande till EU. EG-domstolen har i flera avgöranden uttalat att medlemsländernas domstolar är skyldiga att tolka all nationell rätt mot bakgrund av EG-rätten. Det anförda innebär att LOU skall tolkas och tillämpas också med beaktande av EG-domstolens praxis. Det är alltså fråga om tolkning av LOU och inte en fråga om gemenskapsrättens företräde framför nationell rätt. Hurvida frågan rör enskilda rätt saknar följaktligen betydelse. - Det är riktigt att medlemsstaterna enligt den s.k. lojalitetsprincipen är skyldiga att tillhandahålla ett effektivt skydd av enskildas rättigheter. Som tidigare anförts föreligger dock enligt LOU inga möjligheter att överpröva annat än ett konkret upphandlingsförfarande. Tillskapandet av processuella regler är en nationell angelägenhet för envar medlemsstats lagstiftande församling. Domstolarna kan följaktligen inte utan föregående lagstiftning genom praxis skapa ett procedursystem och rättsmedel som inte LOU ger utrymme för och vars förhållande till exempelvis reglerna i 10 kap. KL den lagstiftande församlingen inte tagit ställning till. Skulle överprövning, i strid mot LOU:s lydelse och dess systematik, tillåtas i förevarande fall medför denna möjlighet att ett överklagande jämlikt 10 kap. KL inte är möjligt (se 7 kap. 5 § LOU). Enligt kommunens mening är det uppenbart att en sådan ordning inte kan tillskapas utan ändring av LOU och KL. Någon sådan lagändring har dock inte ägt rum. För

det fall bolagen anser att den svenska lagstiftningen inte uppfyller gemenskapsrättens krav på möjligheter till överprövning kan detta förhållande angripas på annat sätt. Någon möjlighet att tillämpa 7 kap. 2 § LOU i förevarande mål föreligger emellertid inte.

Bolagen har härefter anför bl.a. följande. Någon ändring eller förtydligande av EG-domstolens praxis på det aktuella området har inte skett sedan regeringen i mars 2002, som framgår av det som tidigare anförts, avvisade ett förslag om undantagande från upphandling i vissa fall. Domstolens uttalanden i det s.k. Stadt Halle-målet innefattar enbart hänvisning till det tidigare Teckal-avgörandet. Den svenska lagen om offentlig upphandling är heltäckande och skall allmänt tillämpas i den mån någon avvikande bestämmelse i lag eller förordning med stöd av lag inte föreskriver annat (jfr. 2 kap. 11 § lagen om kulturminnen m.m.). LOU uppställer ett antal undantagssituationer när upphandling inte behöver genomföras (se bl.a. 1 kap. 3 §, 4 kap. 4 och 4 a §§ samt 7 och 7 a §§, 5 kap. 1 § andra stycket samt 2 § LOU). Dessa undantag, som återfinns tydligt preciserade i lagen, omfattar emellertid inte kommunala köp från hel- eller delägda företag. Rättslig grund för att undanta sådana köp från lagens regelverk föreligger således inte. Att det skall anses vara fråga om ett köp av tjänster (och därmed upphandling) även om en kommun till ett delägt företag mot fakturerad ersättning "överlämnar" utförandet av vissa åligganden framgår av Regeringsrättens tidigare åberopade avgörande RÅ 2000 ref. 60 (Landstinget Dalarna). Vad kommunen påstått om att svensk rätt skulle medge tillåtelse för kommunen att köpa tjänster direkt från det av dem delägda SYSÄV samt att sådan tillåtelse skulle vara förenlig med gemenskapsrätten är således felaktigt. Tillåtelse i angivet avseende föreligger först sedan gemenskapsrätten förtydligas varvid klarlagts att aktuellt undantag omfattar också delägda bolag vilka, liksom SYSÄV, inte utgör några dotterbolag i laglig mening, utan där ägandet är spritt på ett flertal kommuner. - På nationell svensk nivå räcker det emellertid inte med ett sådant gemenskapsrättsligt förtydligande utan som tidigare redovisats krävs det dessutom att den svenska lagen om offentlig upphandling

ändras, eftersom gemenskapsrättslig tillåtlighet för kommuner att handla direkt med hel- eller delägda bolag knappast kan anses innefatta någon rättighet för enskild som skulle medföra företräde framför gällande svensk lag. Som framgår av bl.a. RÅ 1996 ref. 50 (Buss i Uppland) medför inte de gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektiven, även om dessa har s.k. direkt effekt, någon maximireglering, utan medlemsstaterna kan fritt lagstifta om exempelvis hårdare bestämmelser för de egna myndigheternas upphandling. Sådan normerande effekt - både uppåt och nedåt - som kommunen söker göra gällande i målet tillkommer enbart gemenskapsrättsliga förordningar. En grundläggande förutsättning är att gemenskapsrättsliga direktiv med s.k. direkt fastlagda minimibestämmelser har underskridits på ett sätt som innebär att någon enskilds, på gemenskapsrätten grundade, rätt har trätts för när. Varken kommunen eller andra nationella myndigheter kan således åberopa en gemenskapsrättslig direktivbestämmelse till stöd för att tillskansas sig själv en rättighet i strid mot det egna landets lagstiftning. - Sakförhållandena i det nu aktuella målet är sådana att Simrishamns kommun inte helt äger SYSAV eller uteslutande utser medlemmarna i företagens organ. Även om kommunen i sina inläggor upprepade gånger refererar till SYSAV som ett "dotterbolag" är detta fullständigt missvisande. I verkligheten innehar kommunen endast 1,96 procent av bolagets aktier och kan således inte i något avseende påräkna koncernförhållande i förhållande till SYSAV. Kommunens hänvisningar till SYSAV som "dotterbolag" är således felaktiga och ägnade att vilseleda avseende faktiska förhållanden i målet. - Det är SYSAV:s egen styrelse som autonomt fattar för bolaget avgörande beslut. Detta förhållande, som f.ö. är helt i överensstämmelse med svensk bolagsrätt, medför att det s.k. första Teckal-kriteriet (kontrollrekvisitet) inte kan anses uppfyllt avseende SYSAV. När det sedan gäller det andra Teckal-kriteriet, det s.k. omsättningsrekvisitet, har bolagen tidigare visat att av den totala mängden avfall som SYSAV behandlar hänför sig endast c:a 45 procent till sådant hushållsavfall som delägarkommunerna ansvarar för medan c:a 50 procent hänför sig till industriavfall, vilket inte är någon kommunal angelägenhet. Kommunens ansvar i angivet avseende regleras genom

miljöbalken - MB, avfallsförordningen (2001:1063) samt genom kommunala renhållningsordningar och avfallsplaner. Av 15 kap. 8 § MB framgår att kommunerna ansvarar för att hushållsavfallet inom deras respektive område samlas in, transporteras samt återvinns eller behandlas. Enligt 15 kap. 21 § MB får ingen annan än kommunen eller "den kommunen anlitar för ändamålet" ta befattning med själva insamlingen och transporten av avfall. Hushållsavfall omfattas således av kommunalt monopol. - Skulle det behövas av hälso- eller miljöskäl, får regeringen med stöd av 15 kap. 10 § MB, undantagsvis meddela föreskrifter om ett utökat kommunalt renhållningsansvar, genom att annat avfall än hushållsavfall skall transporteras bort genom kommunens försorg eller att kommunen skall se till att avfallet återvinns eller bortskaffas. Någon föreskrift om utökat kommunalt renhållningsansvar avseende sådant industriavfall som motsvarar drygt hälften av SYSAV:s omsättning har emellertid inte meddelats av regeringen. Det är således inte någon kommunal uppgift att ta om hand industriavfall och berörda delägarkommuner bedriver inte egen industriell verksamhet av någon betydelse. Fakturering avseende industriavfall sker heller inte till delägarkommunerna. Kommunens påstående att 95 procent av SYSAV:s omsättning härrör från delägarkommunerna och verksamheten där är således felaktigt och återigen ägnat att vilseleda avseende faktiska förhållanden. SYSAV brukar i stället framhålla hur vinstgivande den externa hanteringen av industriavfall är och att verksamheten subventionerar delägarkommunernas avfallsverksamhet. Inte heller det andra Teckal-kriteriet, det s.k. omsättningsrekvisitet, är således uppfyllt avseende SYSAV. Kommunens överklagande skall också av detta skäl avslås.

Kommunen har härefter anfört i huvudsak följande. Av LOU 1 kap. 1 § framgår att lagens bestämmelser avser uppfyllande av de förpliktelser som följer av Sveriges medlemskap i EU. Detta innebär, som tidigare anförts, att lagtexten skall tolkas mot bakgrund av EG-rätten, d.v.s. direktiven och EG-domstolens praxis. Av tjänstedirektivet framgår bl.a. att direktivet endast omfattar tillhandahållande av tjänster på grund av skrift-

liga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet samt att tillhandahållande av tjänster på annan grund inte omfattas av direktivet. Redan av direktivet följer således att åtskilliga relationer mellan formellt sett skilda rättssubjekt är undantagna från tillämpningen av direktivets regler. Av EG-domstolens avgöranden i bl.a. Teckal- och Stadt Halle-målen följer att undantag från tillämpning av upphandlingsreglerna också gäller för relationen mellan en upphandlande myndighet och ett formellt sett fristående rättssubjekt, exempelvis ett aktiebolag, i de fall den upphandlande myndigheten kan utöva kontroll över aktiebolaget ifråga motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning och aktiebolaget bedriver sin verksamhet tillsammans med eller för den eller de myndigheter som innehar den. - Enligt kommunens mening är det mot denna bakgrund uppenbart att även svensk rätt, som måste tolkas i enlighet med EG-rätten, innehåller flera undantag från skyldigheten att upphandla. Bolagens generella påstående om motsatsen är således inte korrekt. Innehållet i "UR" och andra reglementen förändrar inte detta förhållande. Bolagens påstående om att regeringen på grund av EG-domstolens avgörande i Arnhem- respektive Teckal-målet "tillbakavisade" kommittéförslaget om en ny bestämmelse innebärande att anskaffning från kommunala bolag uttryckligen skulle undantas från upphandlingsplikt, är inte heller korrekt. Av kommittébetänkandet och regeringens proposition framgår i stället att förslaget grundade sig just på Arnhem- och Teckal-avgörandena samt att regeringen, med hänvisning till att EG-domstolens praxis inte ger någon tydlig anvisning om rättsläget, ansåg att frågan borde beredas ytterligare (prop. 2001/02:142 s. 84). Bolagens beskrivning är följaktligen oriktig. - EG-domstolens praxis beträffande undantaget för s.k. kvasi-interna relationer har efter Teckal-avgörandet fastställts och förtydligats genom Stadt Halle-avgörandet, av vilket bl.a. framgår att undantaget inte är tillämpligt i de fall ett privat företag ingår som delägare. Att det av EG-domstolen anvisade undantaget också gäller för svenska förhållanden står således, mot bakgrund av vad som anförts ovan om LOU:s förhållande till EG-rätten, bortom varje diskussion. Regeringsrättens avgörande i RÅ 2000 ref. 60 och den kam-

marrättspraxis bolagen hänvisat till saknar i detta sammanhang betydelse, i synnerhet som avgörandena inte behandlar frågan om undantag i enlighet med EG-domstolens praxis i Teckal- och Stadt Halle-avgörandena. EG-rättens innehåll i angivet hänseende och därmed också frågan hur LOU skall tolkas är dock inte alldeles klar. Av EG-domstolens praxis i Teckal- och Stadt Halle-avgörandena, punkt 12 och 50 respektive 49 och 50, framgår dock att undantaget är tillämpligt även i de fall den i förhållande till myndigheten formellt sett fristående enheten ägs av flera offentliga myndigheter. Undantaget är följaktligen tillämpligt också i förhållandet mellan en myndighet och dess delägda bolag. Ingår ett privat bolag som delägare i bolaget är undantaget dock, som ovan anförts, i konsekvens med Stadt Halle-avgörandet inte tillämpligt. Enligt kommunens mening strider det av EG-domstolen anvisade undantaget inte mot LOU. Det torde vara ostridigt att rent interna transaktioner mellan olika organ inom samma myndighet inte omfattas av reglerna om upphandling eftersom upphandling enligt lagen och EG-rätten då inte förekommer. Genom EG-domstolens praxis har frågan huruvida vissa relationer mellan myndigheter och deras hel- eller delägda bolag är att hänföra till upphandling i direktivens och LOU:s mening tolkats på sätt kommunen gör gällande. Någon regel i LOU som strider mot denna tolkning finns inte. Fråga är följaktligen om kvalifikation av faktiska förhållanden och tolkning av rättsliga begrepp, inte om företräde för en viss rättsordning. Genom EG-domstolens praxis har således begreppet upphandling preciserats. Av vad som anförts ovan beträffande förhållandet mellan LOU och EG-rätten följer att denna tolkning också gäller svenska domstolars tillämpning av LOU eftersom denna lag är grundad på EG-direktiv och avsedd att uppfylla direktivets förpliktelser. Vad bolagen anför beträffande innehållet i RÅ 1996 ref. 50 saknar i detta sammanhang betydelse eftersom det i förevarande mål inte är fråga om att "tillskansa sig själv en rättighet i strid mot det egna landets lagstiftning" utan fastner fråga om tolkning och tillämpning av direktiv och därmed också av en på gemenskapsrätt grundad lag. - Kommunen delar inte bolagens bedömning av innebörden i generaladvokatens förslag till avgörande i Parking Brixen-målet. Som

ovan anförts krävs inte någon ändring i LOU för att tolkningen av vad som är upphandling i direktivens och lagens mening skall få fullt genomslag. Det är inte heller så att förslaget, som bolagen tycks mena, enbart har relevans för bolag med en ägare. Av motiveringen, punkt 43 - 45, framgår bl. a. att förslaget bygger på de principer som uttryckts i Teckal-avgörandet. Den sammanslutning (AGAC) vars verksamhet bl. a. var föremål för prövning i Teckal-avgörandet hade bildats av flera kommuner (se punkt 12 i Teckaldomen). Detta förhållande har av EG-domstolen inte ansetts innebära att principerna inte är tillämpliga. Det sagda framgår också av Stadt Halle-avgörandet, punkt 49, där domstolen bl. a. hänvisar till "den eller de" myndigheter som äger enheten och erinrar om att den formellt sett fristående enheten i Teckal-målet helt ägdes av offentliga myndigheter. Bolagens slutsats härvidlag är således grundlös. Vad som däremot framgår av förslaget är att generaladvokaten biträder den princip som fastslås i Stadt Halle-målet, nämligen att en privat delägare utesluter att det s.k. kontrollkriteriet kan anses uppfyllt. Av intresse i förevarande hänseende är vidare att generaladvokaten (punkt 72 i förslaget), med hänvisning till EG-domstolens praxis i målen Teckal och Stadt Halle, konstaterar att avgörande för frågan om det s.k. kontrollkriteriet är uppfyllt inte är huruvida en myndighet formellt sett har samma juridiska möjligheter till inflytande som den har över den egna verksamheten, till exempel genom en rätt att utfärda anvisningar i det enskilda fallet. Det väsentliga är tvärtom huruvida myndigheten faktiskt alltid har möjlighet att i full omfattning påverka företaget att beakta de mål av allmänintresse som eftersträvas. Det är således möjligheten att uppnå företagets mål av allmänintresse som är avgörande för bedömningen huruvida det s.k. kontrollkriteriet är uppfyllt. Detta intresseorienterade synsätt är enligt domen i Stadt Halle-målet av avgörande betydelse och kan sammanfattas så att en verksamhet som styrs av ändamålet att uppfylla mål av allmänintresse, utan hänsynstagande till en privat delägarers ekonomiska intressen, normalt sett uppfyller kontrollkriteriet. Med hänsyn till innehållet i Teckal- och Stadt Halle-avgörandena torde risken att denna princip skulle frångås vara försumbar. Att Stadtwerke Brixen AG, inrättat för allmänna ända-

mål och med endast en myndighet som ägare, anses utgöra ett bolag över vilket myndigheten har full kontroll är, mot angiven bakgrund, inte ägnat att förvåna. Att detsamma kan gälla bolag med flera myndigheter som delägare framgår klart av Teckal- och Stadt Halle-målen. Avgörande är, som anförts ovan, att delägarna har möjlighet att styra verksamheten så att de mål av allmänt intresse som bolaget inrättats för att tillgodose, förverkligas. Att kommunen, oaktat kommunen inte äger alla aktier, har den kontroll över SYSAV som krävs enligt det första Teckal-kriteriet står i ljuset av det ovan anförda klart. - Kommunen vidhåller att merparten av det av SYSAV omhändertagna och behandlade avfallet, omkring 95 procent, härrör från delägarkommunerna och verksamheten där. Funnes inte SYSAV, hade, som tidigare anförts, kommunerna själva, enskilt eller i samarbete med andra kommuner, fått anordna omhändertagande och behandling. Vad bolagen anført beträffande fördelningen på olika avfallslag, kommunalt monopol, m.m., saknar i detta sammanhang betydelse eftersom verksamheten, oaktat avfallslag, utövas för delägarkommunernas räkning. Det står följaktligen klart att även det andra Teckal-kriteriet är uppfyllt.

Bolagen har härefter anført bl.a. följande. Vad avser gemenskapsrätten har EG-domstolen numera meddelat dom i det av kommunen åberopade Parking Brixen-målet. Inte helt oväntat avgjorde domstolen målet på ett annat sätt än generaladvokaten anvisat. - Domstolen fastslog att den för bedömning aktuella tilldelningen av driften av en offentlig avgiftsbelagd parkeringsplats, där den motprestation som tjänsteleverantören erhåller består av ersättning direkt från tredjeman, utgör en koncession avseende allmännyttiga tjänster och inte någon upphandling på vilken tjänstedirektivet äger tillämpning. - Domstolen konstaterade vidare att de grundläggande gemenskapsrättsliga principer som kommer till uttryck genom EU-fördraget, däribland principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn, likväl utgör hinder för att en offentlig myndighet utan anbudsinfordran tilldelar ett av myndigheten helägt aktiebolag en dylik koncession. Här redovisas en kortare översikt av vad bolagen

funnit särskilt betydelsefullt i domskälen. Av punkten 61 framgår att likabehandlingsprincipen samt förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet jämte de artiklar i EU-fördraget som stödjer dessa principer, skall anses äga tillämpning då en offentlig myndighet överlåter tillhandahållandet av ekonomisk verksamhet på tredjeman, oavsett om detta sker genom offentlig upphandling eller genom koncession. Samtidigt konstaterade domstolen att dessa principer saknar motsvarande tillämpning då en offentlig myndighet med egna medel - administrativa, tekniska och andra - utför uppgifter av allmänintresse som åligger dem, utan att vända sig till externa enheter. De förutsättningar för undantag som tidigare kommit till uttryck genom den s.k. Teckal-domen skall enligt domstolens mening därför äga motsvarande tillämpning, oavsett om det gäller en offentlig upphandling eller en koncession. Som tidigare redovisats innefattar Teckal-domen två förutsättningar för undantag, det s.k. kontrollrekvisitet och det s.k. omsättningsrekvisitet. Av punkten 63 framgår att de båda Teckal-kriterierna skall tolkas strikt samt att det är den som avser att åberopa nämnda undantag som har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs. Av punkten 65 framgår att det första Teckal-kriteriet, det s.k. kontrollrekvisitet, skall tolkas så att den upphandlande enheten - i beaktande av samtliga relevanta lagbestämmelser och omständigheter - måste ha möjlighet till en "avgörande påverkan på såväl strategiska mål som viktiga beslut" hos den fristående juridiska personen. I punkterna 67 - 69 uttalar sig EG-domstolen vidare om ett antal omständigheter som domstolen menar i det enskilda fallet skall tillmätas betydelse vid bedömningen huruvida kontrollrekvisitet skall anses uppfyllt samt vad som kan anses tala mot att sådan kontroll skall anses föreligga.

- I punkten 67 räknar domstolen upp ett antal omständigheter som mot denna bakgrund "gör det osäkert om kommunen kan utöva kontroll". Bland annat framhålls att fråga är om ett aktiebolag samt att "karaktären av denna bolagstyp" jämte det förhållandet att "väsentliga befogenheter har tilldelats bolagets styrelse utan att kommunen i princip utövar någon

förvaltningskontroll", kan göra det osäkert om kommunen kan anses utöva kontroll över verksamheten (punkterna 67 a och e).

- I p. 68 och 69 uppmärksammar domstolen vidare att statuterna för verksamheten medför mycket långtgående befogenheter för en självständig förvaltning samt att kommunens kontroll huvudsakligen begränsar sig till den som majoriteten av aktieägarna ges enligt bolagsrätten.

Sammanfattningsvis konstaterar domstolen i p. 70 att när den fristående juridiska personen har givits ett stort utrymme för självständighet som kännetecknas av sådana omständigheter som domstolen redovisat, är det uteslutet att kontrollrekvisitet är uppfyllt. Vid dessa omständigheter saknades det (p. 71) anledning för domstolen att bedöma om det s.k. omsättningsrekvisitet var uppfyllt, det kunde ändå inte anses vara fråga om en intern transaktion som var undantagen från de gemenskapsrättsliga bestämmelserna. Mycket av det kommunen tidigare anfört torde lämpligen kunna bemötas med hänvisning till utgången av Parking Brixen-målet samt EG-domstolens uttalanden i anslutning härtill. Följande påpekanden behöver emellertid göras. Kommunen gör gällande att tjänstedirektivet endast omfattar tillhandahållande av tjänster på grund av skriftliga avtal och att överprövning i förevarande mål därför inte skall kunna ske. Av art. 1 a i direktivet framgår emellertid: "Detta direktiv skall endast omfatta tillhandahållande av tjänster på grund av avtal därom. Tillhandahållande av tjänster på annan grund, t.ex. enligt lagar eller andra författningar eller anställningsavtal, omfattas inte av detta direktiv." Något formkrav föreligger enligt gemenskapsrätten således inte mot att överprövning skall kunna ske. I sammanhanget erinras även om att EG-domstolen i Stadt Halle-målet slog fast att överprövning skall kunna ske redan "från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan". Det förtjänar även framhållas att undantagen angivna i artikel 1 a i tjänstedirektivet är uttömmande och bland undantagen anges inte köp från hel- eller delägda kommunala företag. Visst undantag i angivet avseende gäller emellertid inom de s.k. försörjningssektorerna. Där undantas från upphandlingsskyldighet köp från anknutna (dotter-) företag (jfr. 4 kap. 4 a § LOU samt art. 13 1 a och b för-

sörjningssektorsupphandlingsdirektivet, 93/38/EEG). Hade rättsläget varit sådant som kommunen söker göra gällande i målen, nämligen att köp från hel- eller delägda företag rent allmänt är undantagna från offentlig upphandling, skulle den angivna undantagsbestämmelsen för försörjningssektorerna knappast ha behövts. I sammanhanget förtjänar även uppmärksammas att EG-domstolen i ett tidigare avgörande har tillämpat tjänstedirektivet på exakt samma slags tjänster som nu är aktuella, nämligen bortskaffande av avfall genom värmebehandling.

- Domstolen fastslog i de förenade målen C-20/01 och C-28/01 att Förbundsrepubliken Tyskland hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt tjänstedirektivet, bland annat genom att Braunschweigs kommun hade tilldelat ett kontrakt avseende bortskaffande av kommunens avfall genom värmebehandling direkt till ett visst företag, trots att villkoren för att direktupphandla ett kontrakt utan att genomföra ett anbudsförfarande på gemenskapsnivå inte var uppfyllda. Kommunens påstående att pågående avtalsförhållanden med SYSÄV inte avser upphandling enligt LOU eller det bakomliggande tjänstedirektivet tillbakavisas såsom felaktigt. I vart fall skall, med ledning av EG-domstolens slutsatser i Parking Brixen-målet, artiklarna 43 och 49 i EU-fördraget liksom principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn tolkas så, att de utgör hinder för att kommunen utan anbudsinfordran tilldelar SYSÄV uppdraget att tillhandahålla aktuella tjänster så länge skäl för undantag enligt med de s.k. Teckal-kriterierna inte har visats föreligga. Bevisbördan åligger i angivet avseende kommunen. - Som tidigare har redovisats medför gällande bolagsordning samt ägardirektiven för SYSÄV mycket långtgående befogenheter för en självständig förvaltning av bolaget, varvid väsentliga befogenheter har tilldelats bolagets styrelse. Delägarkommunernas kontroll över SYSÄV begränsar sig huvudsakligen till den rätt som aktieägare ges enligt bolagsrätten och ingen av SYSÄV:s 14 enskilda delägarkommuner har något sådant inflytande att de var för sig kan anses utöva någon förvaltningskontroll över SYSÄV. Istället är det, som verkligheten har visat, SYSÄV:s egen styrelse som autonomt fattar samtliga för bolaget avgörande beslut. Simrishamns kommun kan med sina 1,96 procent

av bolagets aktier inte ha någon som helst "avgörande påverkan på såväl strategiska mål som viktiga beslut" hos SYSAV. Det första Teckal-kriteriet (det s.k. kontrollrekvisitet), enligt vilket den lokala myndigheten måste utöva en kontroll över den fristående juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, är således inte uppfyllt. Av förslag till budget för SYSAV 2006 framgår att av bolagets intäkter härrör numera c:a 40,2 procent till sådant hushållsavfall som delägarkommunerna ansvar för, medan c:a 59,8 procent av intäkterna härrör från hanteringen av industrins avfall. Inte heller det andra Teckal-kriteriet, det s.k. omsättningsrekvisitet, enligt vilket den fristående juridiska person måste bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, kan därmed anses uppfyllt. - EG-domstolen har i Parking Brixen-målet givit uttryck för att undantag enligt Teckal-kriterierna skall tolkas restriktivt. Kommunen, som har bevisbördan för att nämnda kriterier är uppfyllda, har inte i något avseende lyckats visa detta. Tvärtom har bolagen visat att Teckal-kriterierna inte är uppfyllda. Kommunens överklaganden skall även av detta skäl avslås.

Kommunen har genmält bl.a. följande. EG-domstolens praxis i fråga om "kvasi-interna" transaktioner har inte förändrats genom domen i Parking Brixen-målet. Domen utgör däremot en närmare precisering av innehållet i det första Teckal-kriteriet, se p. 65. Företaget i Parking Brixen-målet hade tidigare till syfte att tillhandahålla de lokala allmännyttiga tjänsterna på ett enhetligt och integrerat sätt. Kommunstyrelsen fastställde de allmänna riktlinjerna, tillsköt det ursprungliga egna kapitalet, täckte eventuella sociala kostnader, prövade företagets resultat och utövade strategisk tillsyn. Företaget hade emellertid förändrats och fått en marknadsmissig inriktning, vilket domstolen menade gjorde det osäkert om kommunen kunde utöva kontroll. De omständigheter som domstolen lagt avgörande vikt vid torde vara de som nämns under p. 72, nämligen: att bolagets verksamhetsföremål hade utvidgats till nya väsentliga områden, att det inom kort skulle bli möjligt för utomstående att förvärva aktier i bolaget,

att bolagets verksamhetsområde hade utvidgats till hela Italien och till utlandet och att bolagets styrelse hade mycket långtgående befogenheter att självständigt utöva förvaltningen. Vid en jämförelse mellan situationen i Parking Brixen-målet och den i förevarande mål kan konstateras att inga av de omständigheter som av domstolen anges som avgörande för utgången föreligger. Bolagets verksamhet syftar till att uppfylla de mål av allmänintresse för vilka bolaget inrättats och bolaget styrs helt av kommunerna genom att de tillsätter samtliga styrelseledamöter. Att en ensam kommun inte kan utöva bestämmande inflytande över bolaget saknar under dessa förutsättningar betydelse då det av såväl Teckal- som Stadt Halle-målen framgår att kontrollkriteriet, innebärande kontroll över att bolaget förverkligar de allmänna intressen för vilka bolaget inrättats, även kan vara uppfyllt då flera myndigheter äger bolaget gemensamt.

DOMSKÄL

Kammarrätten finner med hänsyn till befintlig EG-rättslig praxis inte nödvändigt att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen.

Frågor i målet är om det förfarande varigenom Simrishamns kommun under år 2004 lämnat uppdrag åt SYSAV att löpande omhänderta kommunens avfall skulle ha varit föremål för offentlig upphandling enligt 5 kap. LOU och, om så är fallet, om en överprövning enligt 7 kap. LOU kan ske. Innehållet i aktuella paragrafer framgår av länsrättens dom även som i allt väsentligt de faktiska omständigheterna avseende kommunens hantering av avfallsfrågan tillsammans med SYSAV.

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att den nationella lagregleringen i 5 kap. LOU, bortsett från bestämmelser om tröskelvärden, inte innehåller något annat undantag från skyldigheten att tillämpa kapitlets bestämmelser än stadgandet i 2 § avseende upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt att utföra tjänsten. Någon

sådan ensamrätt föreligger inte för SYSAV. Ett förslag av Upphandlingskommittén att lagen skulle kompletteras med en ny bestämmelse med innebörd att alla typer av upphandling inom den klassiska sektorn från eller till ett sådant företag som avses i 3 kap. 17 § KL eller till ett interkommunalt företag som ägs av kommuner eller landsting under vissa förutsättningar skulle kunna ske direkt ledde inte till lagstiftning.

Vad härefter gäller frågan om EG-rättens innebörd sägs följande i rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (92/50/EEG), det s.k. tjänstedirektivet. Direktivet skall endast omfatta tillhandahållande av tjänster på grund av avtal därom. Tillhandahållande av tjänster på annan grund, t.ex. enligt lagar eller andra författningar eller anställningsavtal, omfattas inte av direktivet. I art. 1 a) definieras bl.a. offentliga tjänsteavtal. Därmed avses skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet, med vissa angivna undantag. - EG-domstolen har till tolkningen av rådets direktiv gjort uttalanden i bl.a. Teckal-, Stadt Halle- och Parking Brixen-domarna. Enligt sammanfattningen i det förstnämnda målet är varudirektivet (93/36/EEG) tillämpligt när en upphandlande myndighet avser att sluta ett skriftligt kontrakt, med ekonomiska villkor om leverans av produkter, med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet. Så är inte fallet om 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. Dessa båda principer har bekräftats i de två senare domarna. I dessa domar samt i målen C-20/01 och C-28/01 uttalar domstolen dock att undantag från de allmänna gemenskapsrättsliga bestämmelserna skall tolkas restriktivt samt att det är den som avser att åberopa undantagsbestämmelsen som har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs.

Kommunen har sammanfattningsvis anført att kommunens kontroll över SYSAV:s förvaltning, mot bakgrund av vissa angivna kommunalrättsliga omständigheter, är minst lika god som motsvarande kontroll över en kommunal nämnd- eller förvaltningsorganisation. Härigenom är kontrollkriteriet uppfyllt. Mot detta har bolagen åberopat bl.a. ett utlåtande av professor Lars Pehrson.

Det svenska aktiebolagsinstitutet är strikt privaträttsligt reglerat. Detta innebär bl.a. att aktiebolagslagen är fullt ut tillämplig även på kommunägda aktiebolag. Ett aktiebolag är en egen juridisk person som kan förvärva rättigheter och ådra sig förpliktelser. Dessutom gäller att ägarna av ett aktiebolag inte har något ansvar för bolagets förpliktelser. Såvitt gäller ett aktiebolags förpliktelser mot borgenärer har bolaget således att agera självständigt utifrån de bestämmelser som är uppställda i borgenärernas intresse även om aktieägarna är överens om annat. I förevarande fall är det dessutom fråga om ett aktiebolag som ägs av 14 kommuner och där Simrishamns kommun endast kontrollerar ca 1,95 procent av kapitalet och rösterna i bolaget. Enligt kammarrättens mening visar inte de av Simrishamns kommun åberopade omständigheterna att kommunen ändå har sådan kontroll över aktiebolaget som motsvarar den som kommunen utövar över sin egen förvaltning. Det s.k. kontrollrekvisitet är därmed inte uppfyllt. Till följd härav saknas anledning att bedöma huruvida omsättningskravet är tillgodosett. Inte heller det som kommunen i övrigt anført föranleder någon annan bedömning än den länsrätten gjort vad gäller skyldigheten för kommunen att göra en offentlig upphandling.

Till frågan om överprövning har EG-domstolen i t.ex. Stadt Halle-målet uttalat bl.a. att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till en effektiv och rättssäker prövning av en upphandlande myndighets beslut även omfattar beslut som fattats utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsfordran. Denna möjlighet att ansöka om överprövning tillkommer var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerat

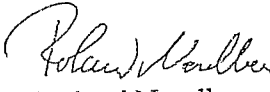
att skadas av en påstådd överträdelse, från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan. Regeringsrätten har åberopat uttalandet i RÅ 2005 ref. 10. Kammarrätten finner mot denna bakgrund att kommunens förfarande är av sådan art att överprövning enligt 7 kap. LOU kan ske.


DOMSLUT

Kammarrätten avslår yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande från EG-domstolen.

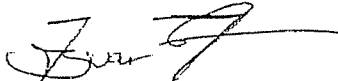
Kammarrätten avslår överklagandet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR
Formulär 1 (bilaga B)


Roland Nordberg


Berit Nilsson

referent


Ingvar Johansson



LÄNSRÄTTEN I
SKÅNE LÄN
Avdelning 1
Ulf Fred

DOM
2005-02-04

Meddelad i
Malmö

Sida 1 (6)
Mål nr
15040--15043-04 E

AB 31

Domare 105

SÖKANDE

SITA Sverige AB, 556108-8393
Transportgatan 9
262 71 Ängelholm

Sydkraft EcoPlus AB, 556527-2944
205 09 Malmö

Ragn – Sells AB, 556057-3452
Box 952
191 29 Solletuna

Liselotte Löf AB, 556423-0125
Norra Stationsgatan 60
113 33 Stockholm

Ombud:
Chefsjuristen Pär Cronhult
Box 5625
114 86 Stockholm

Advokaten Ulf Hökeberg
Advokatfirman Fylgia
Box 55555
103 04 Stockholm

MOTPART

Simrishamns kommun
272 80 Simrishamn

Ombud:
Advokaten Anders Boquist
Hamilton & Co Advokatbyrå Malmö HB
Box 226
201 22 Malmö

Upphandling enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

I ansökan hos länsrätten begär SITA Sverige AB, Sydkraft EcoPlus AB, Ragn – Sells AB och Liselotte Löf AB (nedan Sökandebolagen) överprövning och interimistiskt beslut av ett förfarande varigenom Simrishamns kommun (nedan Kommunen) under år 2004 lämnat i uppdrag åt Sydskånes

Dok.Id 2319

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 4522	Själbodgatan 8	040-35 35 00	040-97 24 90	måndag – fredag
203 20 Malmö		E-post:		09:00 - 14:00

Avfallsaktiebolag (nedan SYSAV) att löpande omhänderta Kommunens avfall. Sökandebolagen yrkar att Kommunens förfaranden skall göras om och anför i huvudsak följande. Kommunen har utan att iaktta LOU:s krav på affärsmässighet lämnat uppdrag direkt åt SYSAV att mot ersättning löpande omhänderta Kommunens avfall. Några upphandlingskontrakt har inte tecknats. Sökandebolagen, vilka var för sig kan tillhandahålla aktuella renhållningstjänster, har härigenom uteslutits från möjlighet att i konkurrens med varandra och andra företag delta med anbud. Sökandebolagen har härmed lidit skada som är större än Kommunens eventuella skada av ett interimistiskt beslut. SYSAV utför aktuella renhållningstjänster. Bolaget bildades 1974 av nio kommuner som ingick i dåvarande Sydvästra Skånes kommunalförbund. Genom beslut under år 2003 har ytterligare fem kommuner, däribland Kommunen, inträtt som delägare i SYSAV. I SYSAV finns ett mellan ägarkommunerna år 2000 upprättat konsortialavtal, som genom beslut under år 2003 även biträtts av Kommunen. Parter i konsortialavtalet är enbart ägarkommunerna. Av brev från Kommunen framgår att det inte finns upprättat några skriftliga uppdragsavtal (kontrakt) mellan Kommunen och SYSAV. Någon infordran av konkurrerande anbud eller något annat upphandlingsförfarande har inte genomförts. Kommunens beräknade kontraktsvärden för tjänsterna uppgår till 12 291 984 kr. Renhållningsuppdragen innebär att Kommunen har inlåtit sig i formlösa avtalsförhållanden som innefattar avropsvisa löpande köp av tjänster från SYSAV. Kommunen är upphandlande enhet och måste följa LOU:s bestämmelser. Samtliga intresserade leverantörer skall beredas möjlighet att delta med anbudsansökan eller anbud. De aktuella uppdragen till SYSAV har inte tillkommit genom något upphandlingsförfarande i enlighet med bestämmelserna i LOU. Uppdragen omfattas inte heller av några skriftliga avtal som undertecknats av parterna eller via elektronisk signatur. Direktupphandling eller förhandlad upphandling utan föregående annonsering kan inte komma i fråga. SYSAV har inte heller ensamrätt enligt lag eller annan författning att utföra aktuella tjänster. Genom förfarandet har Kommunen brutit mot kravet på affärsmässighet vid upphandlingen och likabehandlingsprincipen. Sökandebolagen talan om verkställighetsförbud samt att förfarandena måste göras om skall därför bifallas.

Kommunen bestrider yrkandena i dess helhet och anför i huvudsak följande. Något upphandlingsförfarande som kan överprövas jämlikt bestämmelserna i LOU finns inte och har inte heller förekommit. Kommunen har genom lag ålagts att sköta renhållningen i samhället och kraven beträffande avfallshanteringen skärptes under 1960- 90- talen. Som en följd av dessa krav har de olika kommunerna själva eller i samverkan med andra kommuner finansierat utbyggnad av den infrastruktur som är en förutsättning för att de i lag angivna kraven på omhändertagande och behandling skall kunna uppfyllas. Av ekonomiska skäl har många kommuner valt att samverka i gemensamt ägda aktiebolag. Denna samverkan har möjliggjort för kommu-

nera att tillskapa de resurser som krävs för att fullgöra de skyldigheter kommunerna ålagts. Några privat finansierade anläggningar har inte stått till buds. För samverkan i aktiebolag upprättar delägarna normalt aktieägaravtal, ofta kallade konsortialavtal, som reglerar delägarnas inbördes åtaganden och som ofta löper under en relativt lång tid. Kommunens leveranser av avfall till SYSAV sker enligt ett konsortialavtal som löper t.o.m. den 31 december 2025. Avsikten med LOU är inte att ålägga upphandlande enheter att skapa konkurrens eller på annat sätt verka för att en viss samhällssektor konkurrensutsätts. LOU innebär inte heller att ett nytt avtalsrättsligt regelverk införts som medför att löpande avtal skall sägas upp eller frånträdas. Lagen tar i stället sikte på att en upphandlande enhet vid upphandling skall utnyttja redan befintlig konkurrens. Det system som kommunerna i samverkan skapat kan således inte upphandlas i konkurrens. Kommunen gör gällande att ingen av klagandena är att anse som leverantörer i den mening som avses i LOU. Sökandebolagen saknar förmåga att själva tillhandahålla möjlighet till renhållning som Kommunen genom samverkan har. LOU innehåller inga regler som innebär att en part kan åläggas att omedelbart frånträda, säga upp eller bryta mot ett avtal. Parts underlåtenhet att göra så utgör inte ett upphandlingsförfarande som kan komma under rättsens prövning enligt bestämmelserna i LOU.

Sökandebolagen uppger i svar i huvudsak följande. Kommunen kan handha renhållningsuppgiften i egen regi eller köpa tjänsterna från någon annan. I det senare fallet skall upphandling genomföras enligt bestämmelserna i LOU. Enligt rättspraxis är det inte möjligt för kommuner att utan mellankommande upphandling köpa tjänster direkt från fristående juridiska personer. Sökandebolagen besitter var för sig betydande resurser för att genom återvinning eller behandling omhänderta Kommunens avfall. Även om Sökandebolagen inte skulle besitta erforderlig utrustning medför detta inte att bolagen i sig skulle sakna talerätt. Eftersom det är fråga om ett långsiktigt uppdragsförhållande framstår det som uppenbart att vilket branschföretag som helst under avtalstiden skulle kunna bygga och avskriva erforderliga anläggningar. Enbart de rättsliga monopolen är undantagna från upphandlingsskyldighet. Påståendet att redan tecknade kontrakt inte behöver upphävas saknar entydigt stöd i EG-rätten. Den omständigheten att Kommunen tror sig veta att enbart SYSAV kan komma i fråga för aktuella tjänster medför inte undantag från upphandlingsskyldighet. Kommunen medger att det inte föreligger något upphandlingskontrakt varför förfarandet kan prövas enligt 7 kap. 1 och 2 §§ LOU. Att konsortialavtal tecknats medför inte att förfarande enligt LOU kan underlåtas. Kommunen saknar rätt att ensam dispensera från lag eller gemenskapsrättsliga direktiv. Vad Kommunen överenskommit med de övriga SYSAV-kommunerna kan inte medföra att Kommunen befrias från att följa bestämmelserna i LOU och gällande EG-direktiv.

Sökandebolagen och Kommunen vidhåller härefter sina respektive ståndpunkter.

Sökandebolagen har därvid i huvudsak åberopat. Före mars månad 2004 finns inte några registrerade betalningar från Kommunen till SYSAV. Kommunens löpande avrop och faktura betalningar konstituerar upphandling i LOU:s mening. Det är denna upphandling Sökandebolagens ansökan om överprövning avser. Kommunens tillträde till konsortialavtalet omfattas av de så kallade Alcatellbestämmelserna. Är tillträdet till konsortialavtalet likvärdigt med ett uppdragsavtal direkt mellan Kommunen och SYSAV kan upphandlingen överprövas. Möjlighet att ansöka om överprövning tillkommer var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse.

Kommunen har därvid i huvudsak anfört. Kommunen är bunden av leveransåtaganden i ett löpande konsortialavtal varför Kommunen inte avropar några tjänster från SYSAV. Att överprövningsinstitutet inte kan användas i syfte att tillskapa en ny avtalsrätt för offentliga subjekt som gör det möjligt att ålägga en part att säga upp, frånträda eller bryta mot ett löpande avtal framgår också av lagtexten och åberopad praxis. SYSAV utför huvuddelen av sin verksamhet, omkring 90 procent, för delägarkommunerna och bolaget ägs till 100 procent av kommuner. Kommunen har med hänsyn till gällande praxis funnit att upphandling av tjänster för förbränning eller deponi varken är möjlig eller nödvändig eftersom Kommunen själv förfogar över de resurser som krävs. Talan från Sökandebolagen avser inte ett konkret upphandlingsförfarande utan syftar till att Kommunen skall åläggas att säga upp, frånträda eller bryta mot ett löpande avtal. Sökandebolagen kan varken enskilt eller i samverkan tillhandahålla det system för avfallshantering och omhändertagande som Kommunen genom sin samverkan med andra kommuner i regionen själv förfogar över. Det är uppenbart att Sökandebolagens talan går ut på att Kommunen skall åläggas att säga upp, frånträda eller bryta mot konsortialavtalet samt att ett beslut av denna innebörd inte kan meddelas inom ramen för "överprövning" jämlikt LOU eftersom bestämmelserna i lagen förutsätter att ett konkret upphandlingsförfarande förekommer som är möjligt att rätta eller göra om. Enligt praxis kan lagen inte tillämpas i syfte att avbryta en löpande avtalsrelation eller något annat förhållande som inte avser en konkret upphandling. Möjlighet till överprövning tillkommer från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan. Gällande EG- direktiv och förutsättningarna i de aktuella målen uppfyller inte de krav som finns enligt EG- domstolens praxis för att direktivet skall anses ha direkt effekt och därigenom kunna tillämpas av nationell domstol.

DOMSKÄL

En upphandling som avser tjänster skall ske enligt bestämmelserna i 5 kap LOU om upphandlingen uppgår till minst vissa i kapitlet angivna belopp (tröskelvärden).

Av 5 kap 5 § LOU framgår att varje delvärde skall ingå i beräkningen av upphandlingens värde om ett tjänsteupphandlingskontrakt delas upp i mindre delar. Om upphandlingen avser tjänster som understiger nämnda tröskelvärden sker upphandlingen såsom förenklad upphandling enligt 6 kap LOU bilaga A punkten 16 i en till lagen bifogad förteckning över tjänster.

Sydvästra Skånes avfallsaktiebolag (SYSAV) samägs av flera kommuner, däribland Kommunen. Kommunernas inbördes förhållanden och skyldigheter regleras genom ett konsortialavtal som gäller t.o.m. den 31 december 2025. Kommunen har under år 2004 tillträtt avtalet

Målen avser fråga om Kommunen genom ingånget konsortialavtal har rätt att anlita tjänster avseende avfallshantering från SYSAV utan att någon upphandling i konkurrens sker och om överprövning av förfarandet enligt LOU är möjlig.

Kommunen gör gällande att man har träffat ett bindande konsortialavtal med SYSAV rörande handhavandet av avfallshanteringen i Kommunerna. Det är enligt Kommunen inte fråga om ett upphandlingsförfarande som kan överprövas enligt bestämmelserna i LOU och att dessa därför inte är tillämpliga. Kommunen åberopar även att Sökandebolagen inte har kapacitet att klara den avfallshantering som avses.

Sökandebolagen hävdar å sin sida att Kommunen löpande, åtminstone från år 2004, köper tjänster från SYSAV och att upphandling trots föreliggande konsortialavtal skall ske. Sökandebolagen åberopar att de har kapacitet att klara avfallshanteringen och att Kommunens underlåtenhet att upphandla tjänsterna i konkurrens är möjlig att överpröva enligt LOU.

Länsrättens, som upptar målen till slutligt avgörande, gör följande bedömningar.

Enligt praxis får överprövning av ett upphandlingsförfarande ske till dess ett skiftligt upphandlingskontrakt föreligger. Överprövning medges även vid den situationen att ett upphandlingsförfarande aldrig inletts, men förfarandet är att hänföra till ett upphandlingsförfarande (jfr RÅ 1988 not. 44).

Vidare är rättsläget på området att bedöma så att ett kontrakt som ingås med enheter som tillhör samma upphandlande enhet inte behöver upphandlas, medan kontrakt avseende köp m.m. med en från den upphandlande enheten skild och självständig juridisk person skall föregås av en upphandling.

Av handlingarna i målen framgår att Kommunens avfallshantering under år 2004 har överlåtits på SYSÄV utan att något upphandlingsförfarande skett enligt bestämmelserna i LOU. SYSÄV är enligt länsrätten att anse som en från Kommunen skild och självständig juridisk person. Förfarandet med att Kommunen på detta sätt löpande under år 2004 genom konsortialavtal överlät sin avfallshantering på SYSÄV är att bedöma som ett köp av tjänster genom direktupphandling. Länsrätten anser att det framkommit att de aktuella tjänsterna inte enbart kan utföras av SYSÄV. Kommunen är därmed skyldig att tillämpa bestämmelserna i LOU. Någon direktupphandling kan därvid inte komma ifråga. Enligt LOU skall upphandling varom fråga är ske i konkurrens med beaktande av den totala volym som Kommunen avser upphandla under en specifikt angiven tidsperiod. Eftersom bestämmelserna i LOU inte har iakttagits och Sökandebolagen således riskerar att lida skada måste Kommunen göra om upphandlingen i sin helhet med tillämpning av bestämmelserna i LOU.

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Sökandebolagens begäran om överprövning och förordnar att Kommunen skall göra om upphandlingen av ifrågavarande tjänster som avser avfallshantering med tillämpning av bestämmelserna i LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)


Margareta Marcus