



**KLAGANDE**

Uddevalla kommun  
451 81 Uddevalla

Ombud: Förbundsjuristen Mathias Sylwan  
Sveriges kommuner och landsting  
118 82 Stockholm

**MOTPART**

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

Ombud: Chefsjuristen Pär Cronhult  
Box 5625  
114 86 Stockholm

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 14 december 2010 i mål nr  
16577-10, se bilaga A

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten avslår Uddevalla kommuns yrkande om att förhandsavgö-  
rande från EU-domstolen ska inhämtas.

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och beslutar att Liselotte  
Löf AB:s ansökan om överprövning enligt LOU ska avvisas.

---

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2011 -05- 2 4	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**YRKANDEN M.M.**

**Uddevalla kommun (kommunen)** yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, avslår alternativt avvisar ansökan om överprövning. Vidare yrkar kommunen att kammarrätten begär förhandsavgörande från EU-domstolen.

**Liselotte Lööf AB (bolaget)** anser att överklagandet ska avslås.

**Kommunen** anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

*Undantag från upphandling på grund av tjänstekoncession*

Förvaltningsrättens dom är oförenlig med EU-domstolens praxis och unionsrätten i övrigt. Särskilt anmärkningsvärt är att förvaltningsrätten bortser från EU-domstolens dom i mål nr C-206/08.

Det finns ett nytt mål vid EU-domstolen som rör gränsdragningen mellan tjänstekoncession och tjänstekontrakt, mål nr C-274/09. Generaladvokaten lämnade förslag till avgörande i målet den 9 september 2010 och domstolen meddelade dom den 10 mars 2011, dvs. efter det att Kammarrätten i Göteborg meddelade beslut i laglighetsprövningsmålet med mål nr 3917-09. Det har därmed framkommit ”något nytt” efter kammarrättens nämnda beslut. EU-domstolens dom ger ytterligare stöd för kommunens uppfattning att avtalet mellan kommunen och Uddevalla Energi AB utgör en tjänstekoncession.

I EU-domstolens dom i mål nr C-206/08 och i mål nr C-274/09 redogörs det utförligt för när ett avtal ska klassificeras som en tjänstekoncession. Av domarna framgår att det är en tjänstekoncession om 1) tjänsteleverantören inte får ersättning direkt från den upphandlande myndigheten, och 2) den upphandlande myndigheten överför hela eller en betydande del av den risk som

den upphandlande myndigheten skulle löpa om den utförde tjänsten själv. Är dessa två rekvisit uppfyllda är avtalet en tjänstekoncession. Det saknar betydelse att verksamhetsrisken är "mycket begränsad" på grund av de offentlighetsrättsliga villkoren för tjänstens organisation (t.ex. som i C-206/08, anslutnings- och nyttjandetvång samt avgiftsberäkning enligt principen om kostnadstäckning). Det finns alltså inget krav på att koncessionsinnehavaren ska löpa en sådan "kommersiell risk" som bolaget gör gällande. Det saknar också betydelse om ersättningen är privat eller offentlighetsrättsligt reglerad. Det saknar även betydelse att tjänsteleverantören är ett helägt kommunalt bolag (tjänsteleverantören i C-206/08 var ett helägt kommunalt bolag), liksom hur avtalet har rubricerats.

De argument som bolaget anför till stöd för att avtalet mellan kommunen och Uddevalla Energi AB inte ska anses vara en tjänstekoncession är precis de argument som EU-domstolen avfärdar i C-206/08. Avtalet mellan kommunen och Uddevalla Energi AB innebär att Uddevalla Energi AB ska finansiera verksamheten genom avgifter från fastighetsägarna. Uddevalla Energi AB får ingen ersättning direkt från kommunen. Avtalet innehåller inga förlustersättningsgarantier eller andra villkor som reducerar Uddevalla Energi AB:s verksamhetsrisk. Kommunen har alltså överfört hela verksamhetsrisken på Uddevalla Energi AB. Uddevalla Energi AB står risken för att intäkterna inte motsvarar kostnaderna, att betalningsskyldiga blir insolventa eller av andra skäl inte vill betala, att det uppstår en bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan t.ex. på grund av minskade avfallsmängder till följd av lågkonjunktur eller negativ befolkningsutveckling. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avvisas.

Det må vara en brist att kommunen missat att skriva in i renhållningstaxan till vem avgiften ska betalas. Denna brist saknar emellertid betydelse för avtalets klassificering eller övriga invändningar som bolaget anför.

Undantag från upphandling på grund av ensamrätt enligt 1 kap. 7 § LOU

1 kap. 7 § LOU har samma lydelse som artikel 18 i direktiv 2007/18/EG. I propositionen står det dessutom att bestämmelsen har utformats i överensstämmelse med direktivet. Sverige har således inte infört en avvikande regel i sin lagstiftning. För övrigt är artikel 18 i direktiv 2004/18/EG så detaljerad och konkret att bestämmelsen ska anses vara en fullständigt harmoniserad sekundärrättslig rättsakt vilken varken får överskridas eller underskridas i medlemsstatens lagstiftning. Skulle kammarrätten dela förvaltningsrättens uppfattning att Sverige inskränkt direktivbestämmelsen genom 1 kap. 7 § LOU gör kommunen gällande att en sådan inskränkning inte är tillåten.

Undantag från upphandling i enlighet med EU-domstolens dom C-480/06

Bolaget gör gällande att domen i mål C- 480/06 saknar relevans eftersom avtalet mellan kommunen och Uddevalla Energi AB inte är något ”kommunalt samarbete”. Enligt kommunens uppfattning gäller domen lika mycket för den situation som är aktuell här eftersom det i båda fallen är fråga om rätten för en offentlig myndighet att utföra en allmännyttig uppgift med egna medel vilken gäller såväl för en ensam myndighet som för flera myndigheter i samverkan. Domen utgör vidare stöd för uppfattningen att unionsrätten inte ställer några krav på den legala formen för utförandet av en allmännyttig uppgift. Det saknar alltså betydelse om kommunen utför uppgiften genom sin förvaltning eller genom ett helägt bolag. Enligt 3 kap. 16 § kommunallagen (1991:900) får kommuner överlämna vården av kommunala angelägenheter till aktiebolag. Organisationsfriheten är också en viktig del i det grundlagsskyddade kommunala självstyret.

**Bolaget** anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Undantag från upphandling på grund av tjänstekoncession

Frågan om kontraktstilldelningens rättsliga karaktär har tidigare lagakraftvunnet avgjorts av Kammarrätten i Göteborg i samband med laglighetsprövning i mål nr 3917-09. Rätten fann i detta mål att tilldelningen skulle bedömas som ett tjänstekontrakt och inte som en tjänstekoncession. Förutsättningarna har därefter inte ändrats i sak. Det unionsrättsliga läget har inte heller ändrats genom domstolens dom i mål C-274/09. Domen utgår från EU-domstolens tidigare fastlagda rättspraxis, bl.a. domstolens dom den 10 september 2009 i mål nr C-206/08. Denna praxis var väl känd vid tidpunkten för kammarrättens tidigare laglighetsprövning och hade åberopats och kommenterats inom ramarna för skriftväxlingen i detta mål.

Förhållandena i nu aktuellt fall skiljer sig från vad som enligt EU-domstolens praxis kännetecknar tjänstekoncessioner i så måtto att det omhändertagande av hushållsavfall som har uppdragits från kommunen till Uddevalla Energi AB inte medför att privaträttslig avgift betalas till energibolaget. De berörda fastighetsägarna i Uddevalla är förvaltningsrättsligt förpliktigade att betala nämnda avgift i enlighet med kommunal taxa, varken de vill eller inte. Någon alternativ möjlighet står dem inte till buds. Den omständighet att fastighetsägarna i enlighet med kommunens bestämmande ska utge sina betalningar direkt till energibolaget kan inte medföra annan bedömning, eftersom bolaget härvid endast fungerar som mellanman för kommunens uppbörd. Några privaträttsliga (civilrättsliga) avtalsförhållanden uppkommer aldrig mellan fastighetsägarna och Uddevalla Energi AB, vars avtalsmotpart är kommunen.

Av EU-domstolens senast aktuella dom i mål nr C-274/09 påpekar domstolen att ”den ekonomiska risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten” ska förstås som en risk att utsättas för marknadens nycker som kan ta sig uttryck i en risk för att utsättas för konkurrens från andra ekonomiska aktörer, en risk för insolvens hos de som är betalningsskyldiga för tillhandahåll-

na tjänster, en risk för att inkomsterna inte ska täcka samtliga kostnader eller till och med en risk att stå ansvaret för alla sorters skador som uppkommer till följd av brister i tjänsten.

I nu aktuellt mål föreligger det inte några sådana riskmoment. Uddevalla Energi AB riskerar inte att utsättas för marknadens nycker i form av konkurrens från andra ekonomiska aktörer, eftersom aktuella avfallstjänster omfattas av kommunalt monopol. Av samma skäl föreligger inte heller risk för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan. Förekommande risk för insolvens hos renhållningskollektivet är obefintlig eller helt försumbar. Uddevalla Energi AB:s risk för att inkomsterna inte ska täcka samtliga kostnader eller att stå ansvaret för skador som uppkommer kompenseras av att företaget dikterar villkoren för uppdraget gentemot kommunen samt att kommunen, som ägare, ytterst står risken för alla eventuella förluster i verksamheten.

Bolaget vill även påpeka att enligt 27 kap. 6 § tredje stycket miljöbalken ska förekommande (renhållnings-) taxa innehålla bestämmelser om bl.a. till vem avgiften ska betalas. Nu gällande renhållningstaxa för Uddevalla kommun innehåller ingen sådan bestämmelse, som medger att betalning i enlighet med taxan kan ske direkt till Uddevalla Energi AB. Vad kommunen har påstått om tredjemansbetalning direkt till Uddevalla Energi AB är således inte lagligen grundat.

Även vid tilldelning av tjänstekoncessioner ska samma grundläggande EU-principer om likabehandling, icke-diskriminering, transparens (öppenhet) etc. iakttas som vid offentlig upphandling av tjänstekontrakt. Så har emellertid inte skett i förevarande fall. Kommunen har i stället, utan annonsering eller annan infordran av konkurrerande anbud, vänt sig direkt till Uddevalla Energi AB och tecknat avtal. Bolaget har därmed uteslutits från att vara med och lämna anbud. Även såsom tjänstekoncession betraktad har den aktuella

tilldelningen till Uddevalla Energi AB skett genom åsidosättande av grundläggande unionsrättsliga regler.

Undantag från upphandling på grund av ensamrätt enligt 1 kap. 7 § LOU

Vad avser möjligheten till överlämnande av ensamrätt enligt 1 kap. 7 § LOU innefattar detta i grunden ett statsrättsligt ställningstagande som i första hand får avgöras med utgångspunkt i respektive medlemsstats författningsrättsliga reglering. Svenska kommuner har, såsom tidigare uppmärksamats, inte medgivits möjlighet att överlämna ensamrätt i form av lagligt monopol.

Undantag från upphandling i enlighet med EU-domstolens dom C-480/06

När det gäller den åberopade domen i mål nr C-480/06 har regeringen i prop. 2009/10:134 s. 51 f. uttalat att det med stöd av nämnda dom inte är möjligt att utesluta att upphandlingsskyldighet föreligger till och med i fråga om kommunalförbund och gemensamma nämnder. Avgörandet kan i denna belysning knappast läggas till grund för att utesluta upphandlingsskyldighet från kommunala bolag. Vidare, eftersom Uddevalla Energi AB inte ägs gemensamt av flera kommuner, är det i nu aktuellt mål emellertid inte fråga om något kommunalt samarbete, varför det aktuella rättsavgörandet överhuvudtaget saknar relevans.

Undantag från upphandling på grund av 2 kap. 10 a § LOU

Kommunen kan inte med stöd av 2 kap. 10 a § LOU eller EU-domstolens Teckal-praxis frångå bestämmelserna i LOU eftersom Uddevalla Energi AB inte uppfyller något av kriterierna för detta.

## SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Fråga i målet är om det förelegat en skyldighet för kommunen att upphandla den i målet aktuella tjänsten i enlighet med bestämmelserna i LOU.

### Undantag från upphandling på grund av tjänstekoncession

Kammarrätten konstaterar till att börja med att kammarrättens tidigare avgörande i laglighetsprövningsmålet inte utgör hinder för kammarrätten att i aktuellt mål pröva frågan om avtalet rörande avfallshantering utgör tjänstekoncession eller tjänstekontrakt.

Av artikel 17 i direktiv 2004/18/EG framgår att direktivet inte ska tillämpas på tjänstekoncessioner. Med tjänstekoncession menas enligt artikel 1.4 ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja tjänsten eller dels av en sådan rätt, dels betalning.

Av 1 kap. 2 § första stycket LOU framgår att lagen gäller för offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Av sista stycket framgår att i fråga om tjänstekoncessioner gäller endast 1 kap. 12 § LOU.

Enligt 2 kap. 18 § LOU första stycket avses med tjänstekontrakt ett kontrakt som gäller utförande av tjänster enligt bilaga 2 eller 3 (A- eller B-tjänster) och som inte utgör ett byggtreprenadkontrakt enligt 3 § eller ett varukontrakt enligt 21 §.

Med tjänstekoncession avses enligt 2 kap. 17 § LOU ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av en rätt att utnyttja tjänsten.



EU-domstolen har konstaterat att begreppen tjänstekoncession och tjänstekontrakt är tämligen näraliggande och att det därför inte är okomplicerat att göra en tydlig åtskillnad mellan dem på förhand. Den rättsliga klassificeringen av ett kontrakt beror således på de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet (EU-domstolens avgörande i mål nr C-300/07 p. 70).

Av domstolens praxis framgår att vid en jämförelse mellan ett tjänstekontrakt och en tjänstekoncession ligger skillnaden i ersättningen för tjänsternas utförande. Tjänstekontraktet innefattar en ersättning som den upphandlande myndigheten betalar direkt till tjänsteleverantören, medan en tjänstekoncession föreligger när ersättningen endast består i rätten att utnyttja tjänsten, eller av dels en sådan rätt, dels betalning, och leverantören bär risken som är förbunden med att tillhandahålla de aktuella tjänsterna (se bl.a. EU-domstolens avgörande i mål nr C-206/08 p. 51, 59 och 68 och i mål C-196/08 p. 39).

I EU-domstolens mål C-206/08 hade domstolen att ta ställning till huruvida ett avtal ska klassificeras som en tjänstekoncession när tjänsteleverantören inte får ersättning direkt av den offentliga myndighet som den ingått avtal med, och huruvida det har någon avgörande betydelse för klassificeringen att den risk som tjänsteleverantören tar, och som är förenad med utnyttjandet av den tjänst som är föremål för avtalet, redan från början är begränsad på grund av de offentlighetsrättsliga villkoren för tjänstens organisation.

EU-domstolen konstaterade i domen att en av de former som tjänsteleverantörens rätt att utnyttja tjänsten kan anta är att denne ersätts genom betalning från tredje man, vilket i målet var användarna av den berörda tjänsten (p. 53). Domstolen konstaterar också att det saknar betydelse om ersättningen är privat- eller offentlighetsrättsligt reglerad (p. 55). Vidare konstaterar domstolen att det är vanligt att vissa verksamhetssektorer, bland annat sektorer med nära anknytning till allmännyttig verksamhet såsom vattendistribution och bortföring av avloppsvatten, regleras av bestämmelser som kan medföra att

de ekonomiska riskerna begränsas (p. 72). Domstolen anser det inte rimligt att kräva att en myndighet som tilldelar en koncession ska inrätta villkor för konkurrens och ekonomisk risk som är hårdare än dem som gäller inom den berörda sektorn till följd av bestämmelser som är tillämpliga inom densamma (p. 75). För att det ska anses vara fråga om en tjänstekoncession är det enligt domstolen under alla omständigheter nödvändigt att den upphandlande myndigheten överför hela eller åtminstone en betydande del av den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten, även om den risk som den upphandlande myndigheten bär är mycket begränsad (p. 77). Domstolen angav att det ankom på den nationella domstolen att bedöma huruvida hela eller en betydande del av en upphandlande myndighets risk har överförts (p. 78). Domstolens slutsats var att den omständigheten att uppdragstagaren vid ett avtal om tjänster inte erhåller ersättning direkt av den upphandlande myndigheten, men har rätt att ta ut ersättning från tredje man, är tillräcklig för att avtalet ska anses utgöra en tjänstekoncession, under förutsättning att uppdragstagaren övertar hela eller åtminstone en betydande del av den risk som den upphandlande myndigheten skulle löpa om den utförde tjänsten själv, även om denna risk redan från början är mycket begränsad på grund av de offentligrättsliga villkoren för tjänstens organisation (p. 80).

Även EU-domstolens dom i mål nr C-274/09 rör gränsdragningen mellan tjänstekoncession och tjänstekontrakt. Domstolen konstaterar sammanfattningsvis att när ersättningen till den utvalda ekonomiska aktören uteslutande betalas ut av andra än den upphandlande myndighet som tilldelat ett kontrakt om räddningstjänst och den ekonomiska aktören står verksamhetsrisken, även om denna risk är mycket begränsad – särskilt med hänsyn till att användaravgifterna för tjänsterna fastställs genom årliga förhandlingar med tredje man och att den ekonomiska aktören inte garanteras full täckning för de kostnader som burits inom ramen för utförande av verksamheten som är förenlig med de principer som uppställs i nationell lagstiftning – ska kontraktet i fråga kvalificeras som tjänstekoncession, i den mening som avses i artikel 1.4 i direktiv 2004/18/EG (p. 48).

Frågan är då om kommunens hantering av avfallshanteringstjänster utgör tjänstekoncession i enlighet med ovan redovisade kriterier.

Kammarrätten har först att ta ställning till vem eller vilka som utger ersättning till Uddevalla Energi AB för utförda tjänster.

Av utredningen i målet framgår att Uddevalla Energi AB inte erhåller någon ersättning direkt från kommunen utan endast från användarna av tjänsten. EU-domstolen har uttryckligen angett att det i denna bedömning saknar betydelse om ersättningen är privat- eller offentligrättsligt reglerad (jfr C-206/08 p. 55). Att avgiften fastställs genom en taxa som fastställs av kommunen innebär därför enligt kammarrätten inte att kommunen utger någon ersättning till Uddevalla Energi AB eller att Uddevalla Energi AB agerar som mellanman för kommunens uppbörd. Denna bedömning påverkas inte heller av det förhållande att det finns ett nyttjandetvång för användarna av tjänsterna.

Nästa fråga som domstolen har att ta ställning till är om den verksamhetsrisk som kommunen skulle löpa om den utförde tjänsten själv helt eller delvis övertagits av Uddevalla Energi AB.

Av vad som framgår av utredningen har alla åtaganden som kommunen har överförs till Uddevalla Energi AB. Den enda faktor som Uddevalla Energi AB inte kan påverka är prissättningen för en stor del av tjänsterna, dock inte samtliga. I C-274/09 fann EU-domstolen att det var en risk i sig att leverantören inte ensam kunde bestämma användaravgifterna. I nu aktuellt mål kan leverantören inte alls påverka användaravgifterna eftersom kommunen ensam fastställer dessa.

Precis som i EU-domstolens mål kan Uddevalla Energi AB inte avstå från att bedriva sophanteringsverksamheten. Uddevalla Energi AB garanteras

inte heller full kostnadstäckning och det står helt och hållet risken för om de betalningsskyldiga blir insolventa eller av andra skäl inte vill betala. I EU-domstolens mål hade leverantören viss hjälp med indrivning av andra organ, vilket inte är fallet i aktuellt mål. Som i EU-domstolens mål finns det inte något formellt hinder för kommunen att anlita fler leverantörer för sophantering. Kammarrättens bedömning är att den verksamhetsrisk som är förknippad med att utföra aktuell tjänst har övertagits av Uddevalla Energi AB.

Vad som framkommit om det aktuella förfarandet ger således enligt kammarrättens mening stöd för att Uddevalla Energi AB erhåller ersättning endast från användarna av tjänsten och att all ekonomisk risk för tjänstens utförande åvilar Uddevalla Energi AB. Kammarrätten finner därför att förfarandet är att betrakta som en tjänstekoncession.

Frågan som då uppkommer är om ett sådant förfarande kan bli föremål för överprövning enligt LOU. Kammarrätten kan notera att tidigare gällande lag om offentlig upphandling (1992:1528), inte innehöll några bestämmelser om tjänstekoncessioner och att Högsta förvaltningsdomstolen funnit att tjänstekoncessioner inte kunde göras till föremål för prövning enligt tidigare tillämplig lag, vilket också framgår av förarbetena (jfr RÅ 2008 not. 101).

I nu gällande LOU har införts en definition av begreppet tjänstekoncession och en direkt bestämmelse som tydligt anger att endast 1 kap. 12 § LOU gäller i fråga om tjänstekoncessioner. Något stöd i gällande LOU finns därför inte för att pröva aktuellt förfarande. Mot denna bakgrund skulle förvaltningsrätten ha avvisat bolagets ansökan om överprövning.

#### Övriga undantag från upphandling

Eftersom bolagets ansökan om överprövning skulle ha avvisats av förvaltningsrätten redan på den grund att aktuellt avtal utgör tjänstekoncession

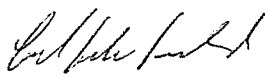
föreligger inget skäl för kammarrätten att pröva kommunens övriga invändningar om undantag från upphandling.

Begäran om förhandsavgörande från EU-domstolen


Kammarrätten finner att det inte finns något utrymme för tvivel om hur de gemenskapsrättsliga frågorna som aktualiseras i målet ska bedömas. Det saknas därför skäl att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.


---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1)

  
Carl Gustav Fernlund

  
Birgitta Henriksson

  
Lennart Berglund  
referent

  
/Marie Andersson



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 1

**DOM**  
2010-12-14  
Meddelad i  
Göteborg

*Autobilaga*

Sida 1 (17)

Mål nr  
16577-10 E  
Enhet 1:1

*Bilaga A*

**SÖKANDE**

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

Ombud:  
Chefsjurist Pär Cronhult  
Box 5625  
114 86 Stockholm

**MOTPART**

Uddevalla kommun  
451 81 Uddevalla

Ombud: Förbundsjurist Mathias Sylwan  
Sveriges Kommuner och Landsting  
118 82 Stockholm

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

---

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten beslutar att Uddevalla kommuns upphandling av  
renhållningstjänster ska göras om.

---

Uddevalla Energi AB eller Uddevalla Kraft AB i det senare bolagets avfallsförbränningsanläggning Lillesjöverket i Uddevalla. Uppdraget att ansvara för renhållningsverksamheten omfattas av undantag från upphandlingsskyldighet enligt följande.

Undantag från upphandling på grund av ensamrätt enligt 1 kap. 7 § LOU

Kommunen anför att Uddevalla Energi AB har anförtrots en ensamrätt att fullgöra kommunens skyldigheter enligt 15 kap. 8 § Miljöbalken (1998:808) att samla in och transportera kommunens hushållsavfall till en behandlingsanläggning. Genom att överföra renhållningsverksamheten, dvs. kommunens ensamrätt att utföra insamling, transport och återvinning av avfall, till Uddevalla Energi AB har kommunen delegerat de verkställande uppgifterna i det kommunala avfallsmonopolet. Uddevalla Energi AB fick ensamrätt genom fullmäktigebeslutet och var därmed innehavare av ensamrätt enligt 1 kap. 7 § LOU när avtalet om överföring av renhållningen ingicks.

Uddevalla Energi AB, Uddevalla Utvecklings AB och Uddevalla Kraft AB är alla upphandlande myndigheter. Renhållningsverksamheten överfördes till Uddevalla Energi AB genom ett fullmäktigebeslut. Ett fullmäktigebeslut är en sådan offentlighetslig handling som omfattas av begreppet "lag eller annan författning" i 1 kap. 7 § LOU. Med detta begrepp avses att ensamrätten ska ha sin grund i en offentlighetslig åtgärd, utan krav på att åtgärden ska ha en viss form eller ha beslutats på en viss nivå, t.ex. medlemsstatens lagstiftande församling. Bestämmelsen i 1 kap. 7 § LOU är en implementering av artikel 18 i direktiv 2004/18. I artikeln uttrycks motsvarande begrepp med "offentliggjorda lagar eller andra författningar som är förenliga med fördraget". Lagstiftaren har inte avsett att LOU i detta avseende skulle få en annan, snävare, innebörd än direktivet. Avgörande är ensamrättens och avtalets syfte, dvs. att

Teckalundantaget inte uppfyllt, eftersom det var fråga om avtal mellan fem lokala myndigheter. EU-domstolen fann ändå att avtalet inte omfattades av upphandlingsskyldighet eftersom samarbetet syftade till att säkerställa att ett allmännyttigt uppdrag som är gemensamt för de lokala myndigheterna fullgörs, dvs. återvinning av avfall, vilket också syftade till att uppfylla närhetsprincipen i avfallsdirektivet. Det ingick inte någon privat avtalspart och det var inte heller fråga om något konstlat upplägg i syfte att kringgå reglerna om upphandling. Samma omständigheter gäller för avtalet mellan kommunen och Uddevalla Energi AB.

Undantag från upphandling på grund av 2 kap. 10 a § LOU

Kommunen anför att uppdraget omfattas av undantagsbestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU. Kommunen har genom bolagsordningen och ägardirektiven tillförsäkrat sig en långtgående kontroll över Uddevalla Utvecklings AB, Uddevalla Energi AB och Uddevalla Kraft AB. Den omständigheten att kommunen äger Uddevalla Energi AB genom sitt holdingbolag Uddevalla Utvecklings AB utesluter enligt EU-domstolens dom C-340/04 inte att kontrollkriteriet är uppfyllt. I fråga om verksamhetskriteriet saknas det praxis om tolkningen av kriteriets innebörd när, som i Uddevalla Energi AB och Uddevalla Kraft AB, annan verksamhet bedrivs som inte är av marginell karaktär, i synnerhet när kontraktsföremålet är en sådan allmännyttig tjänst som omhändertagande av avfall.

Undantag från upphandling på grund av tjänstekoncession

Kommunen menar att bolagets ansökan ska avvisas eftersom uppdraget utgör en tjänstekoncession. Genom avtalet med kommunen har Uddevalla Energi AB fått en ensamrätt att tillhandahålla renhållningstjänster och denna verksamhet ska enligt avtalet finansieras genom avgifter från



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I GÖTEBORG**  
Avdelning 1

**DOM**

kunna meddela föreskrifter måste regeringen genom en förordning ha delegerat rätt till kommunen i ett visst ämne. Bemyndigandena i avfallsförordningen (2001:1063) ger inte möjlighet för kommunala myndigheter eller beslutande församlingar att meddela föreskrifter om legal ensamrätt. Vidare formuleras bestämmelsen i 1 kap. 7 § LOU ”har ensamrätt”. Uddevalla Energi AB hade inte ensamrätt vid tiden före kommunfullmäktiges beslut, utan fick uppdraget och den påstådda ensamrätten först genom beslutet. Det aktuella beslutet från kommunfullmäktige har inte utformats som ett bemyndigande om ensamrätt eller intagits i kommunens författningssamling.

Undantag från upphandling på grund av EU-domstolens dom C-480/06

Det återopade avgörandet C-480/06 saknar relevans i det nu aktuella målet, eftersom det inte är fråga om något interkommunalt samarbete. Vidare avser avgörandet endast omhändertagande av avfall och inte insamling av avfall. De direktiv om avfall som avgörandet hänvisar till har nu ersatts av det s.k. andra avfallsdirektivet. Det har inte införlivats i svensk rätt och det föreslås inte heller någon implementering av närhetsprincipen med sådan betydelse som kommunen vill göra gällande, dvs. att kommuner eller lokala myndigheter ska ha rätt att undanta renhållningstjänster från LOU för att istället köpa in dessa lokalt. Vad som anges i det återopade målet C-480/06 om närhetsprincipen saknar därför relevans i det nu aktuella målet. Det framgår också av domen att transport av hushållsavfall inte kan medföra miljöundantag från upphandlingskyldigheten om det inte visas att en längre transportsträcka nödvändigtvis skulle utgöra en fara för miljön och folkhälsan. Det finns ett antal alternativa förbränningsanläggningar i t.ex. Partille, Åmotfors och Lidköping. Vad som ska anses utgöra det miljömässigt bästa alternativet kan inte bara avgöras utifrån geografiskt avstånd, utan även med beaktande av befintlig infrastruktur. Uddevalla Energi AB är således inte det enda

Uddevalla Energi AB har rätt att ta upp betalning direkt av de berörda fastighetsägarna i kommunen innebär inte att något civilrättsligt avtal uppkommer mellan Uddevalla Energi AB och fastighetsägarna. Uddevalla Energi AB har en mellanmansställning med rätt att uppbära medel för kommunens räkning och gottgöra sig dessa i enlighet med avtalet med kommunen. Det har inte skett någon faktisk riskövergång från kommunen till Uddevalla Energi AB, eftersom det är kommunen som ytterst bär ansvaret för tjänsternas utförande och Uddevalla Energi AB garanteras betalning i enlighet med den kommunala taxan. Av EU-domstolens dom C-382/05 framgår att förbränning av avfall för utvinning av energi inte utgör någon tjänstekoncession utan ett tjänstekontrakt. EU-domstolen konstaterade i målet att en lokal myndighets avtal om tjänster för avfallshantering, bl.a. förbränning av avfall för utvinning av energi, typiskt sett ska upphandlas i enlighet med upphandlingsdirektivet.

## **DOMSKÄL**

### *Tillämpliga bestämmelser*

Den 15 juli 2010 gjordes ett antal förändringar i LOU. Enligt övergångsbestämmelserna gäller äldre bestämmelser för upphandlingar som påbörjats före den 15 juli 2010. Då det avtal som är aktuellt i målet började tillämpas före denna tidpunkt ska lagen i dess äldre lydelse tillämpas.

Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens prövning av målet

Bolaget har anfört att uppdraget avseende renhållning i kommunen har överlämnats utan tillämpning av LOU och yrkat att upphandlingen ska göras om. Kommunen har redovisat flera skäl till att undantag från upphandlingsskyldighet ska anses föreligga, dvs. undantag på grund av ensamrätt enligt 1 kap. 7 § LOU, på grund av EU-domstolens dom C-480/06, på grund av 2 kap. 10 a § LOU eller på grund av att det är fråga om en tjänstekoncession. Förvaltningsrätten anser att det i första hand ska prövas om det är fråga om tjänstekoncession, eftersom LOU i sådant fall inte medger överprövning.

Undantag från upphandling på grund av tjänstekoncession

I 2 kap. 17 § LOU anges att med tjänstekoncession avses ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt, men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten. Vidare har EU-domstolen, bl.a. i målet C-206/08, uttalat att för att det ska anses vara fråga om tjänstekoncession är det även nödvändigt att den upphandlande myndigheten överför hela eller åtminstone en betydande del av den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten.

Kammarrätten i Göteborg har den 21 juni 2010, mål nr 3917-09, prövat om LOU var tillämplig i fråga om det beslut som fattades av kommunfullmäktige den 12 november 2008 om att överföra ansvaret för renhållningsverksamheten i kommunen till Uddevalla Energi AB. Kammarrätten konstaterade att innebörden av kommunfullmäktiges beslut och avtalet om överföring var att kommunen skulle köpa tjänster av Uddevalla Energi AB mot ersättning, samt att överföringen inte innebar att Uddevalla Energi AB övertog en betydande del av den risk som kommunen skulle löpa om den utförde tjänsten själv. Kammarrätten

2006/07:128, s. 292. Direktivbestämmelsen är formulerad så att den avser ensamrätt som en upphandlande myndighet ”innehåller enligt offentliggjorda lagar eller andra författningar som är förenliga med fördraget.” Exempel på sådan ensamrätt som avses i 1 kap. 7 § LOU anges vara bilprovningstjänster eller vissa anläggningsprovningstjänster (prop. 1992/93:88, s. 96).

Även om kommunens skyldigheter i fråga om avfallshantering i viss mening kan sägas grunda en ensamrätt anser förvaltningsrätten ändå inte att bestämmelsen i 1 kap. 7 § LOU är tillämplig.

Det finns i och för sig skäl och uttalanden i doktrinen som talar för att direktivbestämmelsen ger större utrymme för tilldelning av tjänstekontrakt på grund av ensamrätt än vad bolaget hävdar. Kommunen har framhållit att den i vissa länder tillämpas på administrativa beslut som kan jämföras med kommunfullmäktigebeslut.

Förvaltningsrätten anser dock att den svenska bestämmelsen, såsom den är formulerad, inte kan ges en sådan vid tillämpning att beslut fattade i kommunfullmäktige kan innefattas i begreppet ”lag eller annan författning”. Att den svenska bestämmelsen därmed kommer att begränsa området för tilldelning av tjänstekontrakt på grund av ensamrätt mer än vad direktivbestämmelsen, med kommunens tolkning, ger uttryck för kan inte bedömas stå i strid med de principer som bär upp fördraget. Genom denna begränsning kommer ett än större område att konkurransutsättas.

Vad kommunen i övrigt anfört om kommunens rätt att meddela föreskrifter enligt 14 § avfallsförordningen förändrar inte bedömningen ovan. Förvaltningsrätten menar således att kommunens beslut om överföring av renhållningsverksamheten inte utgör tilldelning av ensamrätt enligt lag eller annan författning.

Även i detta mål är avsikten att avfallet ska omhändertas av en av kommunen – indirekt – ägd anläggning för avfallshantering. På vilket sätt anläggandet och driften av denna anläggning haft som förutsättning att Uddevalla Kraft AB själv ombesörjer transporter framstår emellertid som oklart, om kommunen nu menar att det haft en självständig betydelse för den beslutade ordningen för avfallstransporter.

Vad kommunen mera specifikt lyft fram till stöd för den beslutade ordningen är den närhetsprincip som kommit till uttryck i olika direktiv och som innebär att avfallet ska tas om hand vid en så nära belägen avfallshanteringsanläggning som möjligt. Förvaltningsrätten vill inte bestrida att principen har funnits med i EU-domstolens bedömningar. Det framgår emellertid inte att den haft någon avgörande betydelse för utgången i målet och det går inte heller att slå fast att den ordning för transport och hantering av avfall som Uddevalla kommun valt varit den enda som kunnat tillgodose närhetsprincipen.

Sammanfattningsvis menar förvaltningsrätten att C-480/06 inte ger klart stöd för att man i fall som detta kan åsidosätta grundläggande principer för offentlig upphandling.

Undantag från upphandling på grund av 2 kap. 10 a § LOU

Paragrafen 2 kap. 10 a §, som införts i lagen den 15 juli 2010, ska enligt övergångsbestämmelserna tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet.

Av 2 kap. 10 a § i lagens nya lydelse framgår bl.a. att med kontrakt enligt 10 § avses inte avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en leverantör, som är en juridisk person som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger.

Förvaltningsrättens slutsats

Förvaltningsrätten har, efter prövning av de grunder kommunen anfört, kommit till slutsatsen att undantag från skyldigheten att tillämpa upphandlingsbestämmelserna inte föreligger när det gäller Uddevalla kommuns beslut och avtal om överföring av renhållningsverksamheten till Uddevalla Energi AB. En upphandling i enlighet med föreskrifterna i LOU skulle således ha gjorts. Genom att inte tillämpa LOU har kommunen brutit mot de grundläggande bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har inte getts tillfälle att i konkurrens delta i upphandlingen och har därmed lidit skada. Förvaltningsrätten anser därför att upphandlingen ska göras om.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 1 (DV 3109/1B LOU)



Olle Holmstedt  
Chefsrådman

Föredragande har varit Eva Zetterqvist.

## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.