

Konkurrensverket
Enheten för upphandlingstillsyn
Patrik Määttä
103 85 Stockholm

Dnr 733/2014

YTTRANDE

Kommunen har fått del av konkurrensverkets utkast daterat 2015-05-08. Kommunen har följande kommentarer.

Kommentarerna är i huvudsak disponerade i enlighet med utkastet.

Beslut och sammanfattning

Beslutet grundas på bedömningen att Sysav tillsammans med Sysav Industri AB har en omfattande verksamhet som riktar sig mot andra än ägarna och att omsättningen i Sysav och Sysav Industri AB skall räknas samman för att avgöra huruvida verksamhetskriteriet är uppfyllt. Verket anför vidare att det vid en sådan "genomlysning" framgår att en alltför stor del av bolagens verksamhet bedrivs tillsammans med andra än ägarna.

Några egentliga skäl för bedömningen att Sysav tillsammans med Sysav Industri AB har en omfattande verksamhet som riktar sig mot andra än ägarna redovisas emellertid inte. Detsamma gäller bedömningen att omsättningen i Sysav och Sysav Industri AB skall räknas samman.

Enligt kommunen är verkets bedömningar oriktiga och ogiltiga eftersom bedömningen att bolagen tillsammans har en omfattande verksamhet som riktar sig mot andra än ägarna grundas på bedömningen att omsättningen i de båda bolagen skall räknas samman och vice versa (bedömningen att omsättningen i de båda bolagen skall räknas samman grundas på slutsatsen att bolagen tillsammans har en omfattande verksamhet som riktar sig mot andra än ägarna).

Enligt kommunen bör kommunens förhållande till Sysav ensamt vara avgörande för bedömningen av verksamhetskriteriet. Enligt kommunen saknas vidare grund för bedömningen att omsättningen i Sysav och Sysav Industri AB skall räknas samman.

Bakgrund

I **punkt 12** anför konkurrensverket bland annat att Sysav och Sysav Industri AB är "nära sammankopplade". Som skäl härför anges att Sysav Industri AB är delvis "beroende" av Sysav samt att bolagen har "delat" såväl styrelse som VD sedan år 2012. Kommunen bestrider att så är fallet. Av relevant rättspraxis framgår dessutom att de av verket anförda omständigheterna saknar betydelse för bedömningen huruvida verksamhetskriteriet skall anses uppfyllt.

I **punkt 13 – 14** redovisar konkurrensverket intäktskällor, d.v.s. vem som betalat för utförda tjänster. Enligt kommunens bedömning saknar frågan om vem som betalat betydelse för bedömningen av frågan huruvida verksamhetskriteriet är uppfyllt. Skälen för kommunens bedömning redovisas nedan.

Skäl för beslutet

I **punkt 30 – 31** redovisar konkurrensverket sin bedömning av innebörden av verksamhetskriteriet. Kommunen delar i huvudsak verkets uppfattning.

Verket anför i **punkt 38** att syftet med verksamhetskriteriet är att förhindra en "snedvridning av konkurrensen" och hänvisar till punkt 60 i EU-domstolens avgörande i mål C-340/04. Kommunen kan konstatera att lydelsen i punkt 60 ger vid handen att kriteriet, enligt domstolens uppfattning har till syfte att säkerställa att direktiv 93/36 är tillämpligt i det fall då ett företag som kontrolleras av en eller flera myndigheter är aktivt på marknaden och således kan konkurrera med andra företag. Uttalandet tar tydligt sikte på det bolag som ägs av myndigheter. Andra bolag avses inte med uttalandet. Enligt kommunens uppfattning uppnås efter omorganisationen det av domstolen formulerade syftet med verksamhetskriteriet. Sysav verksamhet utförs således huvudsakligen för delägarkommunerna. Kraven på annonsering i direktivet 2004/18 och LOU gäller således inte för kommunens relationer med Sysav, eftersom kraven motiveras av en strävan att behålla en konkurrens som det i detta fall inte längre finns skäl för. För motsvarande resonemang hänvisar kommunen till punkt 62 i EU-domstolens avgörande i mål C-340/04.

Mot ovan angiven bakgrund måste verkets uttalanden i **punkt 39** också ifrågasättas.

I **punkt 40** hänvisar konkurrensverket till EU-domstolens avgörande i mål C-29/04. Enligt kommunens uppfattning redovisar verket inte korrekt domstolens skäl.

Av domskälen framgår nämligen, såvitt kommunen kan utläsa, att det skulle äventyra direktivets (direktiv 92/50) syfte om det var tillåtet för de upphandlande myndigheterna att tillgripa kringgående åtgärder för att dölja att offentliga kontrakt tilldelades halvoffentliga bolag. Av domstolens egentliga skäl framgår att "...när en upphandlande myndighet avser att ingå ett avtal med ekonomiska villkor avseende tjänster som omfattas av det materiella tillämpningsområdet för direktiv 92/50 med ett bolag som i förhållande till myndigheten är en fristående juridisk person och ägs av myndigheten tillsammans med ett eller flera privata företag, skall de förfaranden för offentlig upphandling som föreskrivs i nämnda direktiv alltid tillämpas.". Såvitt kommunen kan bedöma saknar avgörandet därmed betydelse för kommunens relationer med Sysav, ett bolag som är helägt av 14 sydska kommuner.

I **punkt 41** antyder konkurrensverket att det av EU-domstolens avgörande i mål C-480/06 följer att en "genomlysning" skall ske i "dessa situationer". Enligt kommunen finns emellertid inget stöd för ett sådant påstående i den dom verket hänvisar till. Begreppet "genomlysning" eller motsvarande finns över huvud taget inte i nämnda dom. Istället framgår att domstolen underkände kommissionens påstående att samarbetet mellan fyra tyska förvaltningsdistrikt, i avsaknad av en kooperativ mellankommunal sammanslutning, borde ha varit föremål för en anbudsinfordran. I skälen för avgörandet anförde domstolen bland annat att det i gemenskapsbestämmelserna inte föreskrivs någon skyldighet för offentliga myndigheter att använda sig av en särskild rättslig form för att gemensamt kunna säkerställa att en allmännyttig uppgift fullgörs. Vidare innebär ett sådant samarbete mellan offentliga myndigheter enligt domstolen inte att det huvudsakliga syftet med gemenskapsbestämmelserna på området för offentlig upphandling ifrågasätts, om genomförandet av samarbetet uteslutande styrs av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse och om principen om likabehandling av intresserade personer som föreskrivs i direktiv 92/50 säkerställs, så att inget *privat företag* (kommunens kursivering) ges någon fördel i förhållande till sina konkurrenter. Avslutningsvis konstaterade domstolen att det dessutom inte framgick av någon av de handlingar som ingetts till domstolen att myndigheterna i fråga skulle ha gjort ett konstlat upplägg i syfte att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling. Verkets tolkning av avgörandet kan följaktligen starkt ifrågasättas.

I **punkt 43** hänvisar konkurrensverket än en gång till EU-domstolens avgörande i mål C-29/04. Kommunen erinrar om att avgörandet innebär att det inte är tillåtet för upphandlande myndigheter

att tillgripa kringgående åtgärder för att dölja att offentliga kontrakt tilldelas *halvoffentliga bolag*. Något stöd för verkets tolkning av avgörandet finns, såvitt kommunen kan utläsa av domen, inte.

I **punkt 44** hänvisar konkurrensverket till EU-domstolens avgörande i mål C-573/07. Såvitt kommunen kan bedöma finns i nämnda avgörande inget stöd alls för verkets slutsatser. Av domen (punkt 47 – 49) framgår i stället att domstolen anser att den omständigheten att den upphandlande myndigheten tillsammans med andra offentliga myndigheter äger hela aktiekapitalet i det bolag som tilldelats kontraktet som regel tyder på att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över detta bolag motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning. I undantagsfall måste dock särskilda omständigheter beaktas. Så är fallet när andelar i det bolag som tilldelats kontraktet inom ramen för ett konstlat upplägg avsett att kringgå gemenskapsbestämmelserna överläts till ett privat företag kort efter det att bolaget tilldelats kontraktet. Om emellertid det bolag som tilldelas kontraktet är helt offentligägt och det inte finns några konkreta tecken på att bolaget ska öppnas upp för privat ägande, räcker det inte med bara möjligheten för privata aktörer att äga aktier i bolaget för att kunna konstatera att kravet på kontroll för den offentliga myndigheten inte är uppfyllt.

Något stöd för att avgörandet innebär att en allmän princip om "genomlysning" skulle gälla finns alltså inte. I stället framgår av avgörandet att om det finns en möjlighet för privata aktörer att äga aktier i ett bolag skall detta inte innebära att kontrollkriteriet inte skall anses uppfyllt, för såvitt det inte finns några konkreta tecken i det särskilda fallet på att bolaget ska öppnas upp för privat ägande.

I **punkt 45** hänvisar konkurrensverket till generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-451/08. Enligt kommunen saknar generaladvokatens förslag i nämnda mål varje betydelse för frågan huruvida verksamhetskriteriet är uppfyllt. Av domen framgår nämligen att domstolen inte hänvisar till generaladvokatens förslag i de delar av förslaget som konkurrensverket citerar. Av vedertagna tolkningsprinciper följer därmed att domstolen inte delar generaladvokatens uppfattning. Generaladvokatens uppfattning beträffande "grundvalar", "önskan att beivra lagöverträdelser", generalisering av motiv och kronologiska analyser kan följaktligen lämnas utan avseende vid bedömningen av kommunens relationer med Sysav. Domen ger därmed inte heller stöd för verkets uppfattning beträffande "genomlysning".

I **punkt 46** hänvisar konkurrensverket till generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-536/07 och C-451/08. Enligt kommunen saknar generaladvokatens förslag även i dessa mål betydelse för frågan huruvida verksamhetskriteriet är uppfyllt. Av domarna framgår nämligen att domstolen inte hänvisar till generaladvokatens förslag på annat sätt än genom en hänvisning till dennes bedömning att tilldelning av koncessioner för en obegränsad tid inte är förenligt med Europeiska unionens rättsordning. Generaladvokatens förslag i dessa båda mål kan alltså lämnas utan avseende vid bedömningen av kommunens relationer med Sysav. Domarna ger inte heller stöd för verkets uppfattning beträffande "genomlysning".

I **punkt 47** redovisar konkurrensverket sina slutsatser av EU-domstolens rättspraxis. Enligt kommunens uppfattning saknar verket stöd för de slutsatser som redovisas. Den praxis verket hänvisat till i punkt 41 – 46 ger nämligen, vilket ovan framgått av kommunens kommentarer, inte alls stöd för slutsatsen att en "genomlysning skall göras" och att "förhållanden i den koncern som ett kontrollerat bolag tillhör" kan få betydelse vid bedömningen.

I **punkt 49** redovisar konkurrensverket sin syn på verksamheten i "koncernen som helhet" och hänvisar till Sysavs och Sysav Industri AB:s "övergripande verksamhet". Kommunen betrider att de båda bolagen tillsammans bedriver någon "övergripande verksamhet". Sysav bedriver ensamt sin verksamhet, i huvudsak för och tillsammans med delägarkommunerna.

RP *AK*

Som framgått ovan saknar förhållandena i "koncernen som helhet" enligt kommunens mening i förevarande fall betydelse för bedömningen av kommunens relationer med Sysav. Av praxis framgår nämligen att det är förhållandet mellan kommunen och det bolag som utför de av kommunen anförtrodda uppgifterna, i förevarande fall Sysav, som är avgörande för frågan huruvida verksamhetskriteriet är uppfyllt.

I punkt 49 uppehåller sig konkurrensverket också vid en diskussion beträffande nettoomsättningen och omsättningen. Kommunen vill i detta sammanhang erinra om att omsättningsbegreppet inte använts av EU-domstolen vid bedömningen av frågan huruvida verksamhetskriteriet skall anses vara uppfyllt. I stället framgår av praxis att domstolen anser att all den verksamhet som företaget bedriver inom ramen för en tilldelning som gjorts av den upphandlande myndigheten skall beaktas, oberoende av vem som betalar denna verksamhet. I övrigt hänvisar kommunen till kommentarerna till punkt 12 ovan. Sysav och Sysav Industri AB har inte samma ledning. Frågan om eventuell persongemenskap såvitt avser styrelse och verkställande direktör saknar enligt kommunen betydelse vid bedömningen av frågan huruvida verksamhetskriteriet skall anses vara uppfyllt. Något stöd i praxis för verkets uppfattning finns inte.

I **punkt 50** anför konkurrensverket att den verksamhet som "koncernen bedriver i konkurrens på den privata marknaden" endast ändrats till sin form. Enligt kommunens uppfattning har verkets analys två allvarliga brister; För det första är det fel att anta att koncernen bedriver verksamhet. Av vad som anförts ovan framgår med all önskvärd tydlighet att koncernen inte bedriver någon verksamhet, det är de enskilda bolagen som bedriver verksamhet, Sysav på kommunernas uppdrag för och tillsammans med dessa och Sysav Industri AB för egen del. Någon gemensam verksamhet bedrivs alltså inte i koncernen. För det andra finns inget stöd för att en förändring av formerna för ett företags verksamhet inte har betydelse för bedömningen av frågan huruvida verksamhetskriteriet skall anses vara uppfyllt.

I **punkt 52** anför konkurrensverket att verksamhetskriteriets syfte är att säkerställa att konkurrensen "inte snedvrids vid interna köp". Vad verket avser med detta uttryck är inte alldeles klart. Oavsett vad verket lägger i uttrycket vill kommunen hänvisa till vad som ovan anförts om syftet med verksamhetskriteriet i kommunens kommentar till punkt 38.

I **punkt 53** anför konkurrensverket att det måste krävas att omorganisationen återspeglas i koncernens påverkan på marknaden. Vad verket avser med detta uttalande är inte heller klart. Kommunen kan endast hänvisa till vad som anförts i kommentarerna till punkt 50 ovan och konstatera att uttalandet inte har stöd i EU-domstolens praxis, vilket verket också förefaller vara medvetet om eftersom någon hänvisning till praxis inte görs. Stöd i praxis för verkets påstående att en genomlysning där såväl moderbolagets som dotterbolagets omsättning beaktas finns, som ovan anförts, inte heller i praxis.

Konkurrensverkets påståenden beträffande frånvaron av förändringar och marknadsstörande effekt i **punkt 54** bestrids. Sysavs närvaro på marknaden är sedan omorganisationen försumbar och någon risk för marknadsstörande effekt föreligger inte. Vad verket avser med uttrycket "stora intäkter" är inte alldeles klart. Enligt kommunen saknar storleken betydelse och är intäkterna inte ett relevant verksamhetsmått när det gäller Sysavs verksamhet. Det syfte verksamhetskriteriet enligt EU-domstolens praxis har framgår av kommunens kommentarer till punkt 38 – 40 ovan.

I **punkt 55** anför konkurrensverket att Sysav Industri AB är beroende av Sysav för sin verksamhet. Något stöd för den uppfattningen redovisas emellertid inte i punkt 55. Måhända anser sig verket finna stöd härför i sitt eget resonemang i punkt 12, enligt vilken punkt Sysav Industri AB är "delvis beroende" av Sysav. Det torde dock vara uppenbart att den slutsats som redovisas i punkt 55 inte kan vara giltig eftersom den grundas på en annan verkets slutsats i punkt 12. Kommunen bestrider

under alla omständigheter att Sysav Industri AB skulle vara beroende av Sysav. Det förhållandet att Sysav Industri AB hyr rörelselokaler av Sysav medför nämligen inte större beroende än ett ordinärt hyresförhållande. Detsamma gäller verkets påstående att "koncernen bedriver omfattande verksamhet gentemot den privata marknaden". Slutsatsen grundas uppenbarligen inte på något annat än verkets slutsats av resonemanget i punkt 50, vilket gör slutsatsen ogiltig. Som ovan framgått anser kommunen under alla omständigheter att de av verket angivna förhållandena saknar betydelse vid bedömningen av frågan huruvida verksamhetskriteriet skall anses vara uppfyllt.

Mot bakgrund av vad kommunen anfört ovan är det kommunens uppfattning att konkurrensverkets bedömning i **punkt 56** också saknar grund.

Konkurrensverkets beskrivning av Sysavs uppdrag i **punkt 57** är inte korrekt. Kommunernas uppdrag till Sysav är att fullgöra delägarkommunernas skyldigheter beträffande avfallshantering och för delägarkommunerna ombesörja återvinning, avfallsbehandling och deponering. Uppdraget är alltså inte begränsat till "omhändertagande".

Konkurrensverkets slutsatser i **punkt 58** blir mot denna bakgrund ogiltiga. Något skäl att hålla isär de olika delarna finns alltså inte eftersom uppgifterna omfattas av det uppdrag Sysav fått. Det finns i detta sammanhang skäl att erinra om EU-domstolens dom i målet C-340/04 (särskilt punkt 66 – 67), enligt vilken all den verksamhet ett företag bedriver inom ramen för en tilldelning som gjorts av den upphandlande myndigheten skall beaktas och att det därvid saknar betydelse vem som betalar det ifrågakvarande företaget.

Kommunen delar inte konkurrensverkets i **punkt 59** redovisade uppfattning.

Kommunens uppgifter beträffande avfallshantering och därmed också kommunens uppdrag till Sysav omfattas av reglerna i avfallsdirektivet (2008/98/EG). Detta innebär bland annat att avfallet skall betraktas som en resurs, vilken skall behandlas i enlighet med avfallsdirektivets s.k. avfallshierarki. De behandlingstjänster Sysav utför åt sina ägarkommuner innefattar bland annat återvinning genom energieffektiv förbränning (termisk behandling) av omhändertaget avfall samt omhändertagande av restprodukter, såsom metallskrot och dylikt, från den termiska behandlingen. Sysavs verksamhet inom ramen för uppdraget uppfyller kraven i avfallsdirektivet och sammanfaller således både med kommunens skyldigheter och kommunens uppdrag till Sysav. Konkurrensverkets slutsats att verksamheten inte bedrivs tillsammans med ägarkommunerna är följaktligen oriktig.

Med hänvisning till kommentarerna till punkt 59 ovan kan kommunen konstatera att Sysavs verksamhet bedrivs inom ramen för det kommunala uppdrag bolaget fått och att kommunens relationer med Sysav väl uppfyller de krav som följer av EU-domstolens dom i målet C-340/04, punkt 66 – 67.

Kommunen kan inte se att konkurrensverkets resonemang i **punkt 62 och 63** har någon relevans när det gäller kommunens relationer till Sysav. Som ovan framgått ovan saknas stöd för att anta att Sysav Industri AB:s verksamhet skulle kunna få betydelse för bedömningen huruvida kommunens förhållande till Sysav uppfyller de krav som formulerats i verksamhetskriteriet.

Som framgått ovan är det kommunens uppfattning att omsättningen inte har den betydelse som konkurrensverket gör gällande vid bedömningen av frågan huruvida verksamhetskriteriet skall anses vara uppfyllt. Begreppet omsättning förekommer i endast ett (1) av de avgöranden verket hänvisat till, nämligen i en av de frågor som i målet C-340/04 ställdes av Tribunale amministrativo per la Lombardia ställdes till EU-domstolen. Frågan formulerades "...skall kravet anses vara uppfyllt när huvuddelen av ovannämnda företags omsättning härrör från verksamhet som bedrivits

tillsammans med den offentliga myndighet som innehar företaget eller, alternativt, när omsättningen härrör från verksamhet som bedrivits huvudsakligen på myndighetens mark?”.

EU-domstolens svar på frågan blev "...vid bedömningen av om ett företag bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den myndighet som innehar det, i syfte att fastställa huruvida direktiv 93/36 är tillämpligt, skall all den verksamhet som detta företag bedriver inom ramen för en tilldelning som gjorts av den upphandlande myndigheten beaktas, oberoende av vem som betalar denna verksamhet – den upphandlande myndigheten själv eller de som använder de tillhandahållna tjänsterna. Det saknar härvid betydelse på vilket territorium verksamheten bedrivs.”.

Enligt kommunens uppfattning är det ingen tillfällighet att domstolen inte använder sig av begreppet omsättning (eller dess synonym intäkter) i svaret. Skälet härtill är i stället att omsättningen i de flesta fall saknar avgörande betydelse för bedömningen.

Sysav omhändertog under år 2013 på delägarkommunernas uppdrag 374 720 ton avfall från delägarna för behandling, materialåtervinning och energiåtervinning. Under samma år mottog och behandlades 10 580 ton avfall åt annan än delägarkommunerna. Drygt 97 procent av den totala volymen behandlat avfall härrörde således från delägarkommunerna. Mot denna bakgrund är det kommunens uppfattning att Sysav inte är aktivt på marknaden i sådan utsträckning att verksamhetskriteriet inte skall anses uppfyllt. Något skäl för antagandet att omsättningen i Sysav Industri AB skall "tillräknas" Sysav finns, som ovan anförts inte, vare sig i praxis eller i någon allmän EU-rättslig eller upphandlingsrättslig princip.

Kommunen instämmer således inte i konkurrensverkets bedömning i **punkt 64 – 65**.

Enligt kommunens uppfattning bör ledning för tillämpning av Teckal-undantaget numera sökas i direktivet 2014/24. Av motiven till nämnda direktiv framgår bland annat att offentliga kontrakt som tilldelas en kontrollerad juridisk person inte bör omfattas av reglerna om offentlig upphandling om den upphandlande myndigheten utövar kontroll över den berörda juridiska personen motsvarande den kontroll som den utövar över sina egna förvaltningar, förutsatt att den kontrollerade juridiska personen genomför mer än 80 procent av sin verksamhet (kommunens kursivering) i och med fullgörandet av de uppgifter som den anförtrotts av den kontrollerande upphandlande myndigheten.

Av artikel 12 i direktivet framgår vidare att den genomsnittliga totala omsättningen *eller ett annat lämpligt alternativt verksamhetsbaserat mått* skall beaktas när procentsatsen fastställs. Enligt kommunen är det lämpliga verksamhetsbaserade måttet i förevarande fall de mängder avfall som Sysav omhändertar för behandling, materialåtervinning och energiåtervinning.

Slutsats

Som framgått ovan kan kommunen inte instämma i konkurrensverkets slutsats att det s.k. in house-undantaget i LOU inte skulle vara tillämpligt. Icke desto mindre har kommunen för avsikt att i samråd och tillsammans med övriga delägarkommuner om så krävs ytterligare renodla verksamheten i Sysav så att tillämpningen av undantaget inte kan ifrågasättas.

Lomma den 10 juni 2015

För Lomma kommun

Robert Wenglén
1:e vice ordf. kommunstyrelsen

Jan Sohlmér
Kommundirektör

Konkurrensverket
Enheten för upphandlingstillsyn
Magnus Johansson
103 85 Stockholm

Dnr 268/2015

YTTRANDE

Kommunen har fått del av konkurrensverkets skrivelse daterad 2015-05-05 och får som ytterligare information i ärendet hänvisa till kommunens yttrande över konkurrensverkets utkast till beslut i ärendet Dnr 733/2014.

Av yttrandet framgår kommunens inställning till de skäl konkurrensverket anför till stöd för bedömningen att det s.k. Teckal-undantaget inte skulle vara tillämpligt i kommunens relationer med Sysav.

En kopia av yttrandet bilägges.

Lomma den 10 juni 2015

För Lomma kommun

Robert Wenglén

1:e vice ordf. kommunstyrelsen

Jan Sohlmér

Kommundirektör

