



Sveriges
Kommuner
och Landsting

Cirkulärnr: 08:34
Diariernr: 08/1933
Handläggare: Ulf Palm
Avdelning: Avdelningen för juridik
Datum: 2008-05-09
Mottagare: Kommuner
Landsting/regioner
Kommunala företag
Kommundirektörer
Landstingsdirektörer
Inköp
Rubrik: SYSAV-målet och LOU
Bilagor: 1 Regeringsrättens dom 2007-03-17, mål nr 172-175-06
(Simrishamn)
2 Regeringsrättens dom 2007-03-17, mål nr 176-179-06
(Tomelilla)



CIRKULÄR 08:34

Kommuner
Landsting/regioner
Kommunala företag
Kommundirektörer
Landstingsdirektörer
Inköp

SYSAV-målet och LOU

Regeringsrätten har i två domar 2008-03-17, mål nr 172-175 och 176-179 – 06, beslutat att Simrishamns och Tomelilla kommuners överlåtelse av avfalls-
hanteringen till det av kommunerna tillsammans med ytterligare tolv kommuner
ägda bolaget Sydskanes Avfallsaktiebolag (SYSAV) skall göras om.

Regeringsrätten konstaterar att SYSAV är ett aktiebolag och således en egen juri-
disk person och att kommunerna erlägger ersättning enligt en taxa som fastställs
på visst sätt. Innebörden av det konsortialavtal som delägarna har ingått är enligt
Regeringsrätten att kommunerna skall köpa tjänster av SYSAV.

Regeringsrätten konstaterar vidare att LOU:s ordalydelse svårligen ger utrymme
för en tolkning innebärande att kommunerna när de köper tjänster från kommu-
nala bolag skulle vara undantagna från LOU:s regelverk. Tvärtom torde det enligt
Regeringsrätten allmänt anses att LOU inte medger att kommuner och landsting
utan formell upphandling köper varor och tjänster från sina egna bolag. Som stöd
för den uppfattningen hänvisar Regeringsrätten bl.a. till ett flertal uttalanden i
vissa propositioner och offentliga utredningar.

Regeringsrätten konstaterar också att EG-domstolen i ett antal domar, t.ex. EG-
domstolens dom i mål C-295/05 Tragsa, uttalat att direktiv 92/50 (*direktivet för
upphandling av tjänster*) inte utgör hinder mot nationell lagstiftning som innebär
att företag som på visst sätt är knutna till en upphandlande och utför uppdrag åt
enheten utan iakttagande av direktivets bestämmelser (de s.k. Teckal-kriterierna i
EG-domstolens dom i mål C-107/98). Då nationell lagstiftning i Sverige inte
innehåller några sådana undantag från upphandlingsskyldigheten aktualiseras
enligt Regeringsrätten inte frågan om tillämpning av Teckal-kriterierna i de nu
aktuella målen.

Teckal-kriterierna innebär att upphandlingsdirektiven inte behöver tillämpas om
den upphandlande myndigheten kan visa dels att den utövar en kontroll över den
ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen

förvaltning (kontrollkriteriet), och dels att denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den (verksamhetskriteriet).

Regeringsrättens hänvisning till vissa uttalanden i propositioner och utredningar är överraskande eftersom ingen av de av Regeringsrätten åberopade propositionerna som rör LOU, prop. 2001/102:142 och prop. 2006/07:128, ger enligt vår uppfattning stöd för Regeringsrättens tolkning, dvs. att det krävs ett uttryckligt undantag i LOU för att Teckal-kriterierna skall kunna bli tillämpliga i Sverige. Ingen domstol i Sverige har tidigare gjort den bedömningen; inte heller länsrätten och kammarrätten i detta mål. Konsekvensen av Regeringsrättens domar blir under alla förhållanden att köp mellan kommun och kommunalt bolag skall upphandlas i konkurrens enligt LOU. Om bolaget är helägt kommunalt eller delägt kommunalt saknar betydelse eftersom kontrollkriteriet enligt Regeringsrätten inte gäller i Sverige. EG-domstolen har annars uttalat att kontrollkriteriet kan vara uppfyllt även i de fall bolaget ägs av flera offentliga myndigheter (t.ex. mål C-295/05 ”Tragsa”).

En lösning kan vara att LOU kompletteras med att Teckal-kriterierna skrivs in i den svenska lagen, som t.ex. i Finland. Vår uppfattning är att såväl kontrollkriteriet som verksamhetskriteriet borde vara uppfyllt i de flesta fall. SKL kommer nu att tillskriva regeringen med en begäran om en lagändring som innebär att Teckal-kriterierna skall skrivas in i LOU. När en sådan lagändring eventuellt kan träda i kraft är svårt att veta, men troligen inte före 2010.

En annan lösning som vi ser det är att kommuner som vill samverka kring avfallsfrågorna eller annan kommunal verksamhet väljer kommunalförbund eller gemensam nämnd i stället för bolagsformen.

När det gäller kommunalförbund kan i och med Regeringsrättens dom kontrollkriteriet inte åberopas, men vi anser ändå att det inte uppstår en upphandlingssituation. Kommunerna har rätt att överföra hela eller delar av verksamheten till ett kommunalförbund. Kommunalförbundet är en egen juridisk person som är speciellt avsedd för kommunal samverkan. Kommunalförbundet betraktas som en slags ”specialkommun”. Några upphandlingskontrakt i den mening som avses i LOU (2 kap. 10 § nya LOU) upprättas inte heller mellan kommunalförbundet och de kommuner eller landsting som ingår i kommunalförbundet. Frågan om LOU gäller mellan kommun och kommunalförbundet har dock inte prövats i rättspraxis ännu.

När det gäller renhållningsverksamheten undersöker vi också om undantagsregeln i 1 kap. 7 § LOU kan vara tillämplig. För att undantaget skall gälla krävs att en ensamrätt tilldelas en annan upphandlande enhet genom ”lag eller annan författning”.

Enligt 15 kap. 11 § miljöbalken skall det för varje kommun finnas en renhållningsordning som skall innehålla de föreskrifter om hantering av avfall som gäller för kommunen och en avfallsplan. Ett kommunalt fullmäktigebeslut om antagande av en avfallsplan bör enligt vår mening kunna ses som ett exempel på en sådan ”annan författning”. Frågan vad som kan anses utgöra en ”annan författning” har emellertid inte prövats av EG-domstolen, även om det finns domar som berör närliggande frågor. Frågan om behandling av hushållsavfall kan undantas från upphandling med stöd av ensamrätt är för närvarande föremål för prövning i Klagenemnda for offentlige anskaffelser i Norge. Ett avgörande väntas till sommaren. Det finns anledning att återkomma i denna fråga när vi vet utgången i det målet.

Enligt vår uppfattning är slutförvaring av hushållsavfall vidare en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. Sådana tjänster kan enligt EG-rätten (artikel 86.2 i EG-fördraget) gå före konkurrensreglerna om det är nödvändigt för att trygga t.ex. sociala ändamål eller ett väl fungerande miljöskydd.

För avfallsmarknaden gäller i viss mån fler principer än för den inre marknaden i övrigt. Principen om egenkapacitet är inskriven i EU:s avfallsdirektiv, artikel 5, och innebär att varje medlemsstat skall bygga ut en modern och miljövänlig behandlingskapacitet så att man kan ta hand om sitt eget hushållsavfall.

Avfallsdirektivet innehåller vidare en närhetsprincip som innebär att transportavståndet ur miljösynpunkt bör begränsas och att hushållsavfallet därför skall transporteras till närmast belägna lämpliga anläggning (närhetsprincipen). Närhetsprincipen är också inskriven i artikel 174.2 i EG-fördraget. Någon vägledande rättspraxis som klargör när dessa regler kan gå före konkurrensreglerna om det är nödvändigt för att uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse skall kunna fullgöras finns emellertid inte ännu. I doktrinen har det dock länge funnits en uppfattning om att EG-fördraget - bl.a. dess regler om fri rörlighet – måste tolkas mot bakgrund av de miljömål och miljöprinciper som är fastställda i artikel 174 i EG-fördraget.

Inget hindrar att det kommunala bolaget lämnar anbud om kommun som är delägare i bolaget upphandlar renhållningstjänster med tillämpning av LOU. Vilka krav som kan ställas i det sammanhanget är osäkert. Enligt EG-domstolens dom i mål C-28/01 *Braunschweig* ansågs t.ex. en längre transportsträcka inte utgöra en omständighet som kunde beaktas vid en upphandling. Domstolen anförde att staten Braunschweig inte visat att en längre transportsträcka för avfallet nödvändigtvis skulle utgöra en fara för miljön och folkhälsan. Det torde å andra sidan i många fall bara finnas en lämplig leverantör som kan tillhandahålla den efterfrågade tjänsten om det t.ex. gäller förbränning av hushållsavfall. Vi har emellertid sett ett par exempel på upphandling av omhändertagande av avfall där den som bedrev den anläggning som låg närmast inte vunnit upphandlingen.

SKL kommer att fortsätta att bevaka renhållningsområdet och återkommer i dessa frågor så snart rättsläget förhoppningsvis har klarnat, vilket emellertid kan ta tid.

Frågor med anledning av detta cirkulär besvaras i första hand av förbundsjuristerna

Ulf Palm, tfn. 08-452 79 81

Mathias Sylwan, tfn. 08-452 79 84

Eva Sveman, tfn. 08-452 76 54

Sveriges Kommuner och Landsting
Avdelningen för juridik

Hans Ekman

Ulf Palm

Bilagor:

- 1 Regeringsrättens dom 2007-03-17, mål nr 172-175-06 (Simrishamn)
- 2 Regeringsrättens dom 2007-03-17, mål nr 176-179-06 (Tomelilla)