

Kammarrätten i Stockholm

kammarrattenistockholm@dom.se

Mål nr 1379-23

Burlövs kommun m.fl. ./ Konkurrensverket

Burlövs kommun m.fl. (ägarkommunerna) kompletterar härmed det överklagande av Förvaltningsrätten i Stockholms dom i mål nr 15741–22, som ägarkommunerna gav in den 6 mars 2023.

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1.	YRKANDEN.....	3
2.	SAMMANFATTNING AV GRUNDER.....	3
2.1	Prövningstillstånd.....	3
2.2	I sak.....	3
3.	GRUNDEN ATT ÄGARKOMMUNERNAS BOLAGSRÄTTSLIGA ÅTGÄRDER INTE UTGÖR ETT KONTRAKT ENLIGT 1 KAP. 15 § LOU.....	3
4.	DET ÄR AV VIKT FÖR LEDNING AV RÄTTSTILLÄMPNINGEN ATT KAMMARRÄTTEN PRÖVAR ÖVERKLAGANDET	4
4.1	Kammarrätten måste klargöra när det ska anses föreligga ett kontrakt.....	5
4.2	Kammarrätten måste klargöra hur en tilldelning av uppdrag vid intern upphandling ska ske	7
4.3	Kammarrätten måste klargöra förhållandet mellan miljörettsliga skyldigheter och undantaget för intern upphandling	9
5.	SAKOMSTÄNDIGHETER OCH KRITIK MOT FÖRVALTNINGSRÄTTENS DOMSKÄL.....	10
5.1	Förvaltningsrätten har kommit till en felaktig slutsats avseende betydelsen av att det inte finns något kontrakt.....	11
5.2	Förvaltningsrätten har gjort en felaktig bedömning av tidpunkten för tilldelning	12
5.2.1	Förvaltningsrätten har tillämpat begreppet ”kontrakt” på ett felaktigt sätt	12

5.2.2	Förvaltningsrättens felaktiga upprättande av ett skriftlighetskrav för tilldelning av uppdrag vid intern upphandling.....	13
5.2.3	Förvaltningsrättens felaktiga bedömning av betydelsen av ett styrelsebeslut..	14
5.3	Förvaltningsrätten har gjort en felaktig bedömning av om verksamhetskriteriet är uppfyllt.....	14
5.3.1	Förvaltningsrättens felaktiga bedömning av omfattningen av ägarkommunernas tilldelning till Sysav.....	14
5.3.2	Förvaltningsrättens felaktiga bedömning av betydelsen av miljörettsliga skyldigheter	17
5.3.3	Förvaltningsrättens felaktiga bedömning av konkurrenssituationens betydelse	19
5.3.4	Förvaltningsrättens domskäl är motstridiga.....	20
5.4	Förvaltningsrätten har felaktigt bedömt att ägarkommunerna har brutit mot dokumentationskravet.....	21
5.5	Förvaltningsrätten har förbisett ägarkommunernas invändningar.....	21
6.	BEVISNING	22

1. YRKANDEN

Kammarrätten ska bevilja prövningstillstånd och med ändring av förvaltningsrättens dom upphäva Konkurrensverkets 14 tillsynsbeslut, dnr. 135-148/2019; anskaffning av avfallstjänster från Sydskaånes avfallsaktiebolag.

2. SAMMANFATTNING AV GRUNDER

2.1 Prövningstillstånd

Kammarrätten ska meddela prövningstillstånd eftersom:

- det med hänsyn till vad ägarkommunerna anför i avsnitt 3 och 5 nedan finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till;
- det med hänsyn till vad ägarkommunerna anför i avsnitt 3 och 5 nedan inte utan att prövningstillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till;
- det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att kammarrätten prövar de omständigheter som ägarkommunerna redogör för i avsnitt 3; och
- det finns synnerliga skäl att pröva överklagandet med anledning av de omständigheter som ägarkommunerna redogör för i p. 5.

2.2 I sak

I första hand omfattas ägarkommunernas bolagsrättsliga åtgärder i relation till Sydskaånes avfallsaktiebolag (Sysav) överhuvudtaget inte av LOU eftersom dessa åtgärder inte uppfyller kriterierna för att utgöra ett kontrakt enligt 1 kap. 15 § LOU.

I andra hand så har ägarkommunernas köp av tjänster, även om det skulle finnas ett kontrakt i LOU:s mening mellan ägarkommunerna och Sysav, skett med stöd av undantaget för intern upphandling i 3 kap. 11 § och 13 § LOU och LOU är således inte tillämplig på köpen.

Eftersom LOU inte är tillämplig har ägarkommunerna inte heller någon skyldighet att dokumentera åtgärderna enligt 12 kap. 14–16 §§ LOU.

3. GRUNDEN ATT ÄGARKOMMUNERNAS BOLAGSRÄTTSLIGA ÅTGÄRDER INTE UTGÖR ETT KONTRAKT ENLIGT 1 KAP. 15 § LOU

Ägarkommunerna åberopar som grund för att LOU inte är tillämplig, att ägarkommunernas bolagsrättsliga åtgärder i relation till Sysav överhuvudtaget inte omfattas av LOU eftersom dessa åtgärder inte uppfyller kriterierna för att utgöra ett kontrakt enligt 1 kap. 15 § LOU, se avsnitt 2.2.

Förvaltningsrätten har tillämpat begreppet "kontrakt" för att avgöra om ägarkommunerna har tilldelat Sysav ett uppdrag eller inte.

Förvaltningsrätten anger att det, för att Sysavs externa verksamhet ska anses ingå i en tilldelning från ägarkommunerna, behöver framgå att det finns ett sådant uppdrag från ägarkommunerna och att detta uppdrag omfattas av LOU:s begrepp kontrakt. Förvaltningsrätten anger också att Sysav ska ha tilldelats en

skyldighet, förpliktelse, att utföra den externa verksamheten mot vederlag, se fjärde stycket s. 7 i domen.

Förvaltningsrätten anger därutöver att ägarkommunernas associationsrättsliga dokument saknar ekonomiska villkor för Sysavs tillhandahållande av avfallstjänsterna och därför inte kan utgöra ett kontrakt, se andra stycket s. 5 i domen.

Så som man får förstå förvaltningsrättens resonemang krävs det ett skriftligt avtal – eller som förvaltningsrätten uttrycker det: en *dokumenterad* överenskommelse – som innehåller ekonomiska villkor för att ett kontrakt i LOU:s mening ska ha uppkommit, se andra stycket s. 5 i domen.

Förvaltningsrättens synsätt innebär att det överhuvudtaget inte finns något upphandlingspliktigt kontrakt mellan ägarkommunerna och Sysav, se avsnitt 4.1 och 5.1. Ägarkommunerna ser främst mot den bakgrunden skäl för kammarrätten att pröva frågan om ägarkommunernas bolagsrättsliga åtgärder i relation till Sysav uppfyller kriterierna för att utgöra ett kontrakt enligt 1 kap. 15 § LOU.

Om kammarrätten skulle anse att ägarkommunernas bolagsrättsliga åtgärder i relation till Sysav uppfyller kriterierna för att utgöra ett kontrakt enligt 1 kap. 15 § LOU och därmed omfattas av LOU, åberopar ägarkommunerna fortsatt den grund som ägarkommunerna tidigare har åberopat, det vill säga att ägarkommunernas köp av tjänster från Sysav skett med stöd av undantaget för intern upphandling i 3 kap. 11 § och 13 § LOU.

4. DET ÄR AV VIKT FÖR LEDNING AV RÄTTSTILLÄMPNINGEN ATT KAMMARRÄTTEN PRÖVAR ÖVERKLAGANDET

Kammarrätten ska meddela prövningstillstånd eftersom det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att kammarrätten prövar ägarkommunernas överklagande av sammanfattningsvis följande skäl.

Inledningsvis kan sägas att merparten av Sveriges kommuner och regioner äger kommunala och regionala bolag som utför offentliga uppdrag. Det är av väsentlig betydelse för samtliga dessa kommuner och regioner att få klarhet i hur begreppet "kontrakt" ska tillämpas när kommunala och regionala bolag utför sådana offentliga uppdrag.

Merparten av Sveriges kommuner och regioner tillämpar också undantaget för intern upphandling vid anskaffningar från kommunala och regionala bolag. Tillämpningen av undantaget i allmänhet – och verksamhetskriteriet i synnerhet – är därför av väsentlig betydelse för Sveriges kommuner och regioner.

Ovanstående frågor är också av väsentlig betydelse för leverantörer till kommuner och regioner, för att de ska kunna förutse och avgöra om en kommun eller region har stöd för att tilldela ett uppdrag till ett kommunalt eller regionalt bolag utan föregående konkurrensutsättning, eller om det finns skäl att begära överprövning av ett avtals giltighet samt kräva skadestånd med anledning av en otillåten direktupphandling.

Kammarrätten måste därför klargöra i vilka situationer det föreligger ett kontrakt i LOU:s mening, det vill säga vad som krävs för att det ska anses föreligga ömsesidiga förpliktelser och ekonomiska villkor som medför att LOU är tillämplig.

Kammarrätten måste också – vad gäller undantaget för intern upphandling – klargöra vilken verksamhet som ska anses utförd för myndighetens räkning – och därmed vilka intäkter som ska anses vara interna – vid bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt.

Ett sådant klargörande avseende verksamhetskriteriet är dessutom nödvändigt eftersom det finns motstridiga avgöranden från olika förvaltningsrätter. Förvaltningsrätten i Uppsala fann nämligen i mål nr 6658–15 – till skillnad från Förvaltningsrätten i Stockholm i nu aktuellt mål – att återvinningsverksamhet följer av miljörättsliga krav och att intäkter från försäljning av återvunnet material därför ska anses utgöra intäkter från verksamhet som är utförd tillsammans med uppdragsgivaren. Det gäller enligt Förvaltningsrätten i Uppsala även vid överlåtelse till kommersiella aktörer och även om det inte i det tilldelade uppdraget skrivits in en uttrycklig skyldighet för leverantören att återvinna avfallet.

Förvaltningsrätten i Stockholm bedömde emellertid att försäljningen av energi och återvunnet material uttryckligen måste framgå av tilldelningen för att den ska anses ingå i det tilldelade uppdraget. Dessa två förvaltningsrätts-avgöranden – som rör samma rättsliga frågor – är helt motstridiga och kammarrätten behöver därför klargöra den korrekta tillämpningen av verksamhetskriteriet.

4.1 Kammarrätten måste klargöra när det ska anses föreligga ett kontrakt

För att det ska anses ha skett en tilldelning enligt LOU krävs att det sker en tilldelning av ett *kontrakt*. Det framgår nämligen av 1 kap. 2 § LOU att LOU endast är tillämplig vid anskaffningar som sker genom en tilldelning av kontrakt.

Vad som utgör ett kontrakt i LOU:s mening definieras i 1 kap. 15 § LOU. Där framgår bland annat att med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor.

Begreppet ekonomiska villkor innebär att det krävs att kontraktet omfattar någon form av motprestation som har ett ekonomiskt värde.

Såväl EU-domstolen som Högsta förvaltningsdomstolen har prövat frågan om vad som utgör ett kontrakt i LOU:s mening. Det framgår av EU-domstolens rättspraxis att det för att det ska föreligga ett kontrakt krävs att leverantören ska vara skyldig att utföra föremålet för kontraktet, de skyldigheter som följer av kontraktet ska vara rättsligt bindande och deras fullgörande måste kunna åberopas inför domstol, se EU-domstolens dom i mål C-451/08 *Helmut Müller*, punkt 59-63. Det framgår också att en väsentlig del av begreppet offentligt kontrakt är att det uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär, se bland annat EU-domstolens dom i mål C-51/15 *Remondis*, punkt 43, och i mål C-796/18 *Stadt Köln*, punkt 40.

Högsta förvaltningsdomstolen bekräftar i HFD 2021 ref. 35 att ett kontrakt kräver att det uppkommer rättsligt bindande skyldigheter vars fullgörande går att uppnå genom rättsliga åtgärder.

För att en tilldelning av kontrakt i LOU:s mening ska anses ha skett, krävs alltså att samtliga nedanstående punkter är uppfyllda:

1. det finns ett skriftligt avtal,
2. avtalet innehåller ekonomiska villkor,

3. avtalet medför rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär, och
4. fullgörandet av dessa skyldigheter kan åberopas inför domstol.

De skriftliga handlingar som – enligt förvaltningsrätten – rör Sysavs utförande av avfallshantering är dels bolagshandlingar i form av bolagsordning, ägardirektiv och konsortialavtal, dels Sysavs styrelsebeslut avseende behandlingsavgifter, dels fakturor.

Bolagshandlingarna saknar – i enlighet med vad förvaltningsrätten anger – ekonomiska villkor för Sysavs tillhandahållande av avfallstjänsterna. Handlingarna reglerar överhuvudtaget inte någon motprestation från ägarkommunernas sida som har ett ekonomiskt värde (eller någon annan typ av motprestation för den delen). Bolagshandlingarna ger endast uttryck för att ägarkommunerna genom bolagsrättsliga åtgärder har anförtrott åt Sysav att utföra avfallshantering. Det utgör ett ensidigt beslut från ägarkommunerna att anförtro Sysav uppdraget att hantera kommunalt avfall.

Ägarkommunerna kan också genom ett ensidigt beslut ändra bolagshandlingarna på ett sätt som medför att Sysav inte längre innehar uppdraget att hantera det kommunala avfallet. Detta utan att Sysav kan vidta rättsliga åtgärder och göra gällande kontraktsbrott samt kräva fullgörelse i form av att bolaget fortsatt ska få hantera avfallet.

Bolagshandlingarna uppfyller således inte – som även följer av förvaltningsrättens dom – kriterierna för att utgöra ett kontrakt enligt 1 kap. 15 § LOU.

Sysavs styrelsebeslut avseende behandlingsavgifter medför inte någon skyldighet för ägarkommunerna att lämna sitt avfall till Sysav och styr inte heller i övrigt ägarkommunernas agerande. Styrelsebesluten medför inte heller någon skyldighet för Sysav att ta emot och hantera avfallet.

Fakturorna som Sysav ställer ut medför inte någon skyldighet för ägarkommunerna att lämna sitt avfall till Sysav och styr inte heller i övrigt ägarkommunernas agerande. Fakturorna medför inte heller någon skyldighet för Sysav att ta emot och hantera avfallet.

Varken styrelsebesluten eller fakturorna medför alltså några rättsligt bindande skyldigheter av *ömsesidigt* bindande karaktär, som kan åberopas inför domstol. Inte heller styrelsebesluten eller fakturorna uppfyller således – vid tillämpning av förvaltningsrättens synsätt – kriterierna för att utgöra ett kontrakt enligt 1 kap. 15 § LOU.

Det saknas även i övrigt skriftliga handlingar som innehåller ekonomiska villkor och som ger ägarkommunerna och Sysav ömsesidigt bindande skyldigheter gentemot varandra.

Några ekonomiska villkor och rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär finns således inte i relationen mellan ägarkommunerna och Sysav på det sätt som avses i 1 kap. 15 § LOU.

Med stöd av det ovanstående kan slutsatsen inte bli någon annan än att det inte finns några kontrakt i LOU:s mening mellan respektive ägarkommun och Sysav och att Sysavs utförande av det uppdrag bolaget anförtrotts av ägarkommunernas därmed överhuvudtaget inte omfattas av LOU, jfr 1 kap. 2 § LOU.

Kammarrätten måste därför klargöra om det ska anses föreligga ett kontrakt enligt 1 kap. 15 § LOU när en myndighet endast genom bolagsrättsliga åtgärder har anförtrott ett offentligt uppdrag till ett helägt bolag.

Ett sådant klargörande är nödvändigt för att samtliga svenska upphandlande myndigheter ska kunna förutse i vilka situationer dessa ska anses tilldela ett kontrakt och därmed har en skyldighet att tillämpa LOU.

Ett sådant klargörande är även nödvändigt för att privata aktörer ska kunna förutse när en kommun eller region har en skyldighet att tillämpa LOU.

4.2 Kammarrätten måste klargöra hur en tilldelning av uppdrag vid intern upphandling ska ske

För det fall ägarkommunernas bolagsrättsliga åtgärder i relation till Sysav skulle anses uppfylla kriterierna för att utgöra ett kontrakt enligt 1 kap. 15 § LOU, så behöver kammarrätten klargöra hur en tilldelning av uppdrag vid intern upphandling ska ske.

Förvaltningsrättens dom medför att det införs formella krav för hur en tilldelning vid intern upphandling ska ske och hur den ska utformas, för att en viss verksamhet ska anses omfattas av det tilldelade uppdraget.

Förvaltningsrättens dom innebär att en tilldelning vid intern upphandling måste ske genom ett skriftligt avtal eller annat dokument med visst innehåll, se närmare avsnitt 5.2.2 och 5.3.1. Förvaltningsrätten har alltså – trots att det saknas stöd i såväl författning som rättspraxis – upprättat formkrav för tilldelning vid intern upphandling.

För det första har förvaltningsrätten bedömt att de associationsrättsliga handlingarna – det vill säga konsortialavtalet, bolagsordningen och ägardirektivet – inte utgör en tilldelning. Detta trots att såväl lagstiftaren som förvaltningsrätten själv anser att exempelvis bolagsordningar kan utgöra en tilldelning, se prop. 2015/16:195 s. 394 och andra stycket s. 9 i domen. Det är mot den bakgrunden oklart vad en bolagsordning eller annan handling måste innehålla för att anses utgöra en tilldelning.

För det andra har ägarkommunerna och Sysav – även om bolagshandlingarna inte skulle omfatta en tilldelning av uppdrag till Sysav – ett muntligt avtal. I vart fall har parterna genom konkludent handlande ingått ett avtal som reglerar Sysavs uppdrag. Varken Konkurrensverket eller förvaltningsrätten har i målet ifrågasatt att såväl ägarkommunerna som Sysav sedan konsortialavtalets ingående och bolagsordningens tillkomst har agerat som om Sysav har det uppdrag som ägarkommunerna har redovisat i målet. Civilrättsligt innebär parternas agerande att parterna har ingått ett avtal och att ägarkommunerna har tilldelat Sysav ett uppdrag. Förvaltningsrätten har dock bedömt att ett sådant agerande – det vill säga ingäendet av ett civilrättsligt giltigt avtal – inte är tillräckligt för att en tilldelning ska ha skett inom ramen för intern upphandling.

Förvaltningsrätten verkar visserligen ha uppmärksammat den uppfattning som lagstiftaren uttrycker i prop. 2015/16:195 s. 393 f., nämligen att tilldelning vid intern upphandling kan ske genom "rättshandlingar och åtgärder", se andra stycket s. 9 i domen. Samtliga ågeranden som nämns ovan – det vill säga upprättande av bolagshandlingarna, ingåendet av ett muntligt avtal samt det konkludenta handlandet – utgör rättshandlingar eller åtgärder.

Förvaltningsrätten verkar dock mena att dessa rättshandlingar eller åtgärder som ägarkommunerna har vidtagit inte är sådana rättshandlingar eller åtgärder som krävs för att genomföra en tilldelning vid intern upphandling. Förvaltningsrätten ställer alltså upp ett krav kring *vilka* rättshandlingar och åtgärder som krävs.

Även om det i viss mån är oklart vilka rättshandlingar eller åtgärder förvaltningsrätten menar krävs, för att en tilldelning vid intern upphandling ska anses ha skett, går det inte att dra någon annan slutsats av domskälen än att förvaltningsrätten anser att det krävs en skriftlig tilldelning med visst innehåll. Detta trots att lagstiftaren tydligt har uttryckt att den typ av samarbeten som reglerna om intern upphandling avser att undanta inte kräver avtal eller kontrakt för att vara tillämpliga, se prop. 2015/16:195 s. 393 f och s. 964.

Förvaltningsrätten har alltså – i strid med lagstiftarens uppfattning – upprättat formkrav för tilldelning av uppdrag vid intern upphandling.

För det tredje följer det av förvaltningsrättens resonemang att det inte är tillräckligt att en eller flera kontrollerande myndigheter tilldelar en kontrollerad part ett uppdrag som denne ska utföra. Det krävs därutöver – för att uppdraget ska anses utfört för myndigheternas räkning – att det i tilldelningen uttryckligen framgår från vem intäkterna för utförande av uppdraget ska härröra. En sådan tillämpning av verksamhetskriteriet och hur en tilldelning av uppdrag ska ske är inte förenlig med varken ordalydelsen i LOU eller EU-domstolens rättspraxis.

Tvärtom framgår det uttryckligen av EU-domstolens dom i mål C-340/04 *Carbotermo* att under förutsättning att en tilldelning omfattar en viss verksamhet så ska intäkterna från den verksamheten anses utgöra interna intäkter, oavsett om intäkterna härrör från den upphandlande myndigheten eller tredje part, se punkt 66 och 67. Det saknas i EU-domstolens avgörande något krav på att det i själva tilldelningen tydliggörs vem som ska vara mottagare av en viss verksamhet utan det avgörande är om tilldelningen omfattar verksamheten som sådan.

Kammarrätten måste därför klargöra om det finns formkrav för tilldelning av uppdrag vid intern upphandling enligt 3 kap. 11 § och 13 § LOU och vad formkravet i så fall innebär. Kammarrätten måste också klargöra om det i tilldelningen uttryckligen måste framgå vem som ska vara mottagare av den verksamhet som tilldelningen omfattar.

Ett sådant klargörande är nödvändigt för att samtliga svenska upphandlande myndigheter ska kunna förutse hur en tilldelning vid intern upphandling ska ske, avseende såväl form som innehåll.

Ett sådant klargörande är även nödvändigt för att privata aktörer ska kunna förutse när en kommun eller region har stöd för att tillämpa undantaget för intern upphandling i relation till en juridisk person som bedriver viss verksamhet på kommunens eller regionens uppdrag.

4.3 Kammarrätten måste klargöra förhållandet mellan miljörettsliga skyldigheter och undantaget för intern upphandling

Förvaltningsrättens dom innebär att en myndighets skyldigheter enligt annan lagstiftning inte har någon betydelse vid tillämpningen av den upphandlingsrättsliga lagstiftningen.

Förvaltningsrätten anger att de miljörettsliga kraven och vad som ingår däri inte automatiskt är överförbara på upphandlingsrättsliga regler. Förvaltningsrätten anger också att miljörettsliga skyldigheter och definitioner inte per automatik innebär att olika verksamhetsupplägg är tillåtna ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv, se andra stycket, s. 9 i domen.

Såvitt ägarkommunerna förstår anser förvaltningsrätten att miljölagstiftningen – och de skyldigheter som följer därav – inte har någon betydelse vid bedömningen av vad som är förenligt med upphandlingslagstiftningen. I detta sammanhang innebär det att ägarkommunernas och Sysavs miljörettsliga skyldigheter inte skulle vara relevanta vid tillämpningen av undantaget för intern upphandling och bedömningen av omfattningen av det uppdrag som ägarkommunerna har tilldelat Sysav.

Det är ostridigt i målet att Sysavs uppdrag omfattar hantering av avfall, vilket ägarkommunerna har en skyldighet att utföra enligt den kommunala renhållningsskyldigheten i 15 kap. 20 § miljöbalken. I miljöbalkens begrepp "hantering av avfall" ingår energi- och materialåtervinning, se 15 kap. 5 § miljöbalken. Det har lagstiftaren ytterligare tydliggjort i förarbeten till miljöbalken, se prop. 2015/16:166, s. 6. Lagstiftaren har därutöver klargjort att den som behandlar avfall eller är ansvarig för att avfall blir behandlat också har en skyldighet att se till att avfallet i första hand återvinns, se prop. 2015/16:166, s. 38 f.

Sysav har alltså en skyldighet enligt miljöbalken att vid hantering av kommunalt avfall också utföra energi- och materialåtervinning. Ägarkommunernas uppfattning är att en sådan skyldighet givetvis också omfattar att avyttra den energi och det återvunna material som blir resultatet av återvinningen. Om Sysav inte skulle få avyttra energi och återvunnet material skulle den framställda energin helt enkelt behöva släppas ut och det återvunna materialet lagras eller deponeras.

Det skulle då givetvis saknas skäl att utföra återvinningen.

Förvaltningsrätten instämmer också i att kommunal renhållning innefattar återvinning och att det i återvinningen ingår att tillse att det återvunna materialet överläts vidare, även till kommersiella aktörer, se andra stycket, s. 9 i domen.

Även enligt förvaltningsrättens eget resonemang omfattar alltså den kommunala renhållningen – som Sysav har i uppdrag att sköta – vidareförsäljning av energi och återvunnet material till kommersiella aktörer. Trots detta drar förvaltningsrätten slutsatsen att de miljörettsliga skyldigheterna inte har någon betydelse för bedömningen av vad som ska anses ingå i ett uppdrag vid intern upphandling.

Tvärtom verkar förvaltningsrätten mena att ägarkommunerna har en skyldighet att vidta ytterligare åtgärder för att Sysav ska få vidareförsälja det som bolaget – i enlighet med uppdraget från ägarkommunerna – har återvunnit, även om det följer av miljörättsliga skyldigheter att sådan vidareförsäljning ingår i bolagets uppdrag.

Kammarrätten måste därför klargöra förhållandet mellan miljörättsliga skyldigheter enligt miljöbalken och undantaget för intern upphandling i 3 kap. 11 § och 13 § LOU.

Ett sådant klargörande är nödvändigt för att samtliga svenska upphandlande myndigheter inom avfallsområdet ska kunna förutse hur avfallshanteringsbegreppet och verksamhetskriteriet ska tillämpas inom ramen för den kommunala renhållningsskyldigheten och organisera sin verksamhet därefter.

Ett sådant klargörande är även nödvändigt för att privata aktörer ska kunna förutse när en kommun har stöd för att tillämpa undantaget för intern upphandling i relation till en juridisk person som bedriver avfallshantering på kommunens uppdrag.

5. SAKOMSTÄNDIGHETER OCH KRITIK MOT FÖRVALTNINGSRÄTTENS DOMSKÄL

Ägarkommunerna åberopar i kammarrätten samtliga omständigheter som kommunerna åberopade vid förvaltningsrätten.

Redan inledningsvis ser ägarkommunerna anledning att anmärka att förvaltningsrätten inte i tillräcklig omfattning har utrett vare sig rätts- eller sakfrågorna i målet. Förvaltningsrättens domskäl utgörs endast av sammanfattande slutsatser av vilka det inte framgår vilka bedömningar som förvaltningsrätten eventuellt har lagt till grund för slutsatserna. Av de slutsatser som förvaltningsrätten har kommit fram till framgår också tydligt att förvaltningsrätten har underlåtit att bemöta och inte heller tagit ställning till ägarkommunernas samtliga invändningar. Förvaltningsrätten har också gjort bedömningar som strider mot författning och även avviker från EU-domstolens rättspraxis.

Samtliga rätts- och sakfrågor i målet är av betydande vikt för ägarkommunernas – och andra svenska kommuners – möjlighet att uppfylla den kommunala renhållningsskyldigheten enligt miljöbalken och för Sysavs framtida struktur och fortsatta verksamhet. Utgången i målet får avgörande betydelse för ägarkommunernas och andra svenska kommuners organisation av avfallshantering. Skulle Konkurrensverkets beslut fastställas slutligt kan det föranleda behov av omfattande organisatoriska förändringar med betydande ekonomiska konsekvenser för ägarkommunerna, men även för andra kommuner som då kan behöva omorganisera sin avfallshantering.

Förvaltningsrättens dom får också omfattande konsekvenser inom andra områden där kommuner och regioner utför ett offentligt uppdrag genom kontrollerade juridiska personer.

Förvaltningsrättens hantering och prövning av målet tillgodoser inte ägarkommunernas befogade intresse av att få dessa frågor sakligt och omsorgsfullt prövade. Hanteringen och prövningen tillgodoser därför inte heller behovet för alla landets kommuner, regioner eller staten att få en korrekt, lagligen grundad och vägledande dom för de aktuella frågorna.

Förvaltningsrättens dom är felaktig och prövningstillstånd ska meddelas av ovan och i det följande redovisade skäl.

5.1 Förvaltningsrätten har kommit till en felaktig slutsats avseende betydelsen av att det inte finns något kontrakt

Förvaltningsrätten har kommit fram till att bolagshandlingarna saknar ekonomiska villkor för Sysavs tillhandahållande av avfallstjänsterna och därför inte kan utgöra ett kontrakt, se andra stycket s. 5 i domen samt avsnitt 3.

Förvaltningsrätten verkar också ha gjort bedömningen att bolagshandlingarna inte innebär några ömsesidiga förpliktelser för parterna och att de även av det skälet inte utgör något kontrakt.

De enda dokument som förvaltningsrätten verkar anse ”styr parternas agerande” är Sysavs – helt ensidiga – styrelsebeslut. Det är, som framgår av avsnitt 5.2.3, givetvis felaktigt att ett bolags ensidiga styrelsebeslut styr parternas agerande och – som man får förstå förvaltningsrättens resonemang – medför ömsesidiga förpliktelser för parterna.

Som framgår av avsnitt 4.1 finns det inte heller – enligt förvaltningsrättens synsätt – några övriga handlingar som reglerar relationen mellan ägarkommunerna och Sysav och som uppfyller kriterierna för att utgöra ett kontrakt i LOU:s mening.

Förvaltningsrättens synsätt medför därmed att det inte finns något kontrakt i LOU:s mening mellan ägarkommunerna och Sysav.

Trots detta drar förvaltningsrätten därefter slutsatsen att LOU är tillämplig och att undantaget för intern upphandling inte är tillämpligt. Förvaltningsrättens slutsatser är såväl motstridiga som felaktiga.

Med utgångspunkt i vad ägarkommunerna har gjort gällande i målet samt förvaltningsrättens domskäl finns det två möjliga rättsliga kategoriseringar av relationen mellan ägarkommunerna och Sysav. Dessa två kategoriseringar kan inte gälla samtidigt.

Antingen så anses de handlingar och åtgärder som ägarkommunerna har upprättat respektive vidtagit inte uppfylla kriterierna för vad som utgör ett kontrakt enligt 1 kap. 15 § LOU. LOU är då överhuvudtaget inte tillämplig.

Eller så anses de handlingar och åtgärder som ägarkommunerna har upprättat respektive vidtagit uppfylla kriterierna för vad som utgör ett kontrakt enligt 1 kap. 15 § LOU och då utgöra en tilldelning. Med det synsättet måste tilldelningen ha skett vid den tidpunkt och ha den omfattning som ägarkommunerna redovisar i avsnitt 5.2 och 5.3, vilket följer av såväl civilrättsliga, upphandlingsrättsliga som miljörättsliga regler.

Det är däremot inte möjligt att – som förvaltningsrätten har gjort – komma till slutsatsen att ägarkommunernas handlingar och åtgärder inte uppfyller kriterierna för att utgöra ett kontrakt i LOU:s mening, men att en tilldelning ändå har skett och att LOU ändå är tillämplig.

Ägarkommunerna ifrågasätter mot ovanstående bakgrund förvaltningsrättens rättstillämpning.

5.2 Förvaltningsrätten har gjort en felaktig bedömning av tidpunkten för tilldelning

5.2.1 Förvaltningsrätten har tillämpat begreppet "kontrakt" på ett felaktigt sätt

För det fall ägarkommunernas bolagsrättsliga åtgärder i relation till Sysav skulle uppfylla kriterierna för att utgöra ett kontrakt enligt 1 kap. 15 § LOU, så har förvaltningsrätten tillämpat begreppet "kontrakt" på ett felaktigt sätt vid bedömningen av när ägarkommunerna har tilldelat Sysav ett uppdrag.

Förvaltningsrättens påstående om att ägarkommunernas vidtagna åtgärder inte kan utgöra en tilldelning av uppdrag inom ramen för intern upphandling är direkt felaktigt.

Det framgår inte – till skillnad från vad förvaltningsrätten verkar mena – av EU-domstolens dom C-340/04 *Carbotermo* att det vid en tilldelning av uppdrag vid intern upphandling, krävs att tilldelningen uppfyller LOU:s definition av kontrakt. Något sådant framgår inte heller av 3 kap. 11 § och 13 § LOU.

Tvärtom framgår det av förarbetena till bestämmelserna om intern upphandling att sådana samarbeten kan komma till stånd genom en rad rättshandlingar och åtgärder som kan ta sig formen av beslut eller komma till uttryck i kommunala protokoll, i bolagsordningar etc., se prop. 2015/16:195 s. 393 f. De exempel som lagstiftaren ger – kommunala protokoll och bolagsordningar – bör sällan eller aldrig uppfylla definitionen av "kontrakt" i 1 kap. 15 § LOU, eftersom de som utgångspunkt inte innehåller ekonomiska villkor.

Därmed är förvaltningsrättens slutsats – att de associationsrättsliga dokumenten inte kan utgöra en tilldelning eftersom de inte innehåller några ekonomiska villkor, se andra stycket, s. 5 i domen – direkt felaktig.

Förvaltningsrättens hänvisning till RÅ 2008 ref. 26 är också svår att förstå, eftersom hänvisningen sker i samband med att förvaltningsrätten – felaktigt – konstaterar att kontrakt mellan ägarkommunerna och Sysav har slutits vid tidpunkten för Sysavs årliga styrelsebeslut om behandlingsavgifter. Högsta förvaltningsdomstolen nämner nämligen överhuvudtaget inte i RÅ 2008 ref. 26 Sysavs årliga styrelsebeslut om behandlingsavgifter. Av RÅ 2008 ref. 26 framgår i stället att Högsta förvaltningsdomstolen ansåg att "innehållningen av *konsortialavtalet* är att kommunen ska köpa tjänster av SYSAV" (ägarkommunernas kursivering).

Den omständigheten att de associationsrättsliga dokumenten saknar ekonomiska villkor samt avsaknaden av andra dokumenterade överenskommelser medför – enligt förvaltningsrätten – att parternas agerande rimligtvis måste styras av de behandlingsavgifter som fastställts, se andra stycket s. 5 i domen.

Även detta påstående är felaktigt.

Ägarkommunernas tilldelning till Sysav måste anses ha skett vid den tidpunkt när det uppkom en förpliktelse för Sysav att utföra avfallshantering för ägarkommunerna samt en förpliktelse för ägarkommunerna att lämna det kommunala avfallet till Sysav, det vill säga när det uppstod ömsesidiga förpliktelser för parterna.

Den omständigheten att ett villkor i parternas avtal – alltså behandlingsavgifterna – justeras årligen, innebär inte på något sätt att parterna vid den tidpunkten ingår ett avtal eller att någon tilldelning av uppdrag sker till Sysav. Den årliga justeringen av behandlingsavgifterna medför inte att det uppkommer några förpliktelser för parterna eller att parterna dessförinnan har saknat förpliktelser mot varandra.

Enligt allmänna avtalsrättsliga principer är det tillräckligt – för att ömsesidiga förpliktelser ska anses ha uppkommit – att parterna har haft en viss gemensam avsikt om avtalet och dess innehåll, samt har agerat i enlighet med den avsikten. Det krävs alltså inte – som förvaltningsrätten verkar mena – att avtalet innehåller vissa villkor, exempelvis ekonomiska villkor.

Förvaltningsrättens bedömning medför alltså att vissa villkor måste ingå i tilldelningen för att en tilldelning ska anses ha skett.

Något sådant krav finns inte i 3 kap. 11 och 13 §§ LOU. Något sådant krav finns inte heller enligt rättspraxis eller allmänna avtalsrättsliga principer.

Ägarkommunerna ifrågasätter mot ovanstående bakgrund förvaltningsrättens rättstillämpning.

5.2.2 *Förvaltningsrättens felaktiga upprättande av ett skriftlighetskrav för tilldelning av uppdrag vid intern upphandling*

Förvaltningsrätten har genom domen – trots att det saknas stöd i såväl författning som rättspraxis – infört ett skriftlighetskrav för tilldelning av uppdrag vid intern upphandling.

Förvaltningsrätten har – i enlighet med vad som framgår av relevanta förarbeten – angett att en tilldelning kan ske genom ”rättshandlingar och åtgärder”, se andra stycket s. 9 i domen.

Det framgår inte av förvaltningsrättens domskäl vad förvaltningsrätten anser utgör ”rättshandlingar och åtgärder”. Klart är dock att förvaltningsrätten inte anser att parternas muntliga avtal, konkludenta handlande eller gemensamma avsikt kring Sysavs uppdrag – som civilrättsligt medför att ömsesidiga förpliktelser har uppkommit för parterna – är tillräckliga rättshandlingar eller åtgärder för att en tilldelning ska anses ha skett.

Klart är också att förvaltningsrätten anser att avsaknaden av andra *dokumenterade* överenskommelser medför att parternas agerande rimligtvis måste styras av de behandlingsavgifter som fastställts genom styrelsebeslut i Sysav, se andra stycket s. 5 i domen.

Det går inte att tolka förvaltningsrättens dom på annat sätt än att den anser att en tilldelning vid intern upphandling ska ske genom ett skriftligt dokument och att det inte är tillräckligt att förpliktelser för en kontrollerad part – i det här fallet Sysav – att utföra ett uppdrag, har uppkommit enligt civilrättsliga regler och avtalsrättsliga principer.

Ägarkommunerna ifrågasätter även i detta avseende förvaltningsrättens rättstillämpning.

5.2.3 *Förvaltningsrättens felaktiga bedömning av betydelsen av ett styrelsebeslut*

Förvaltningsrätten har felaktigt bedömt att ett styrelsebeslut i Sysav kan ligga till grund för en tilldelning vid intern upphandling.

Verksamhetskriteriet innebär att den kontrollerade parten ska utföra mer än 80 procent av sin verksamhet för myndigheternas räkning. Sysav ska alltså utföra mer än 80 procent av sin verksamhet på uppdrag av ägarkommunerna och enligt en tilldelning som ägarkommunerna har gjort till Sysav, för att verksamhetskriteriet ska vara uppfyllt.

Det ligger i sakens natur att det är *myndigheterna* – i det här fallet ägarkommunerna – som ska fatta beslut om vilket uppdrag den kontrollerade parten – i det här fallet Sysav – ska utföra och vad tilldelningen ska omfatta.

Förvaltningsrätten har emellertid bedömt att ägarkommunernas tilldelning till Sysav har skett genom att Sysav självt – genom beslut i bolagsstyrelsen – fattar beslut om behandlingsavgifter. En bolagsstyrelses uppgift är att svara för bolagets organisation och förvaltningen av bolagets angelägenheter, se 8 kap. 4 § aktiebolagslagen (2005:551). Sysavs styrelse kan alltså endast fatta beslut om *bolagets* organisation och angelägenheter, inte vilka uppdrag ägarkommunerna ska tilldela bolaget.

Styrelsebesluten avseende behandlingsavgifter avser just bolagets angelägenheter, nämligen de avgifter bolaget tar ut för att utföra det uppdrag som ägarkommunerna har beslutat att tilldela bolaget. Sysavs styrelse kan ju endast fatta beslut om vad bolaget ska ta betalt för utförandet av ett uppdrag, inte att Sysav överhuvudtaget ska tilldelas uppdraget eller vad uppdraget ska omfatta.

Styrelsebesluten medför inte någon skyldighet för ägarkommunerna att lämna sitt avfall till Sysav och styr inte heller i övrigt ägarkommunernas agerande (utöver att det fastställer vilken avgift ägarkommunerna ska betala för det uppdrag kommunerna har beslutat att tilldela Sysav). Hur ägarkommunerna ska organisera sin avfallshantering – och vilken aktör som ska tilldelas uppdraget att hantera avfallet – är givetvis ett beslut som respektive ägarkommun måste fatta, inte ett beslut som kan fattas av Sysavs styrelse.

Förvaltningsrättens tillämpning innebär alltså att ett styrelsebeslut hos en leverantör kan utgöra en tilldelning av ett uppdrag från en myndighet, utan att myndigheten i fråga har fattat något beslut om tilldelning.

Ägarkommunerna ifrågasätter även i detta avseende förvaltningsrättens rättstillämpning.

5.3 Förvaltningsrätten har gjort en felaktig bedömning av om verksamhetskriteriet är uppfyllt

5.3.1 *Förvaltningsrättens felaktiga bedömning av omfattningen av ägarkommunernas tilldelning till Sysav*

Förvaltningsrätten har av nedanstående skäl felaktigt bedömt att intäkter från försäljning av energi och återvunnet material till tredje man inte ska anses härröra från verksamhet som Sysav bedriver tillsammans med ägarkommunerna.

Det saknas skäl för att det uttryckligen av tilldelningen ska framgå att Sysav får avyttra framställd energi och återvunnet material, eftersom försäljningen utgör en del av återvinningen. Det följer redan av att Sysavs verksamhet att återvinna avfall och avyttra energi och återvunnet material skulle behöva upphöra om ägarkommunerna hade beslutat att inte längre låta Sysav hantera kommunernas avfall. Sysavs återvinningsverksamhet är ju nämligen inte någon fristående verksamhet, utan Sysav måste erhålla det kommunala avfallet för att kunna bedriva återvinningsverksamhet. Om ägarkommunerna skulle besluta att inte längre lämna det kommunala avfallet till Sysav, kommer Sysavs försäljning av återvunnet material och energi att upphöra i motsvarande mån som inflödet av ägarkommunernas avfall minskar.

Avyttring av den framställda energin och det återvunna materialet utgör således en integrerad del av återvinningen och därmed av den verksamhet som ägarkommunerna har gett Sysav i uppdrag att utföra.

Det utgör dessutom en felaktig tillämpning av verksamhetskriteriet att det – som förvaltningsrättens dom får förstås – måste framgå av tilldelningen vem som ska vara mottagare av en viss verksamhet som omfattas av tilldelningen. Som framgår av avsnitt 4.2 så saknas det stöd för att ägarkommunerna i själva tilldelningen måste tydliggöra vem som ska vara mottagare av Sysavs verksamhet – det avgörande är att tilldelningen omfattar verksamheten som sådan.

Det framgår av rättspraxis att all omsättning som härrör från den *verksamhet* som den kontrollerade parten bedriver inom ramen för tilldelningen från den kontrollerande parten kan anses vara intern. Det följer även av rättspraxis och av 2014 års upphandlingsdirektiv¹ att det avgörande för bedömningen av om omsättningen är intern, är att det kontrollerade organet fullgör *uppgifter som det anförtrotts* av den kontrollerande upphandlande myndigheten. Det gäller oavsett vem som drar nytta av fullgörandet av kontraktet och oavsett vem som betalar för tjänsterna, se EU-domstolens mål C-340/04 *Carbotermo* p. 66–67 och skäl 32 till 2014 års upphandlingsdirektiv.

Den uppgift eller verksamhet som ägarkommunerna har anförtrott Sysav är att utföra avfallshantering, inklusive energi- och materialåtervinning. Det är därför inte relevant – för bedömningen av om omsättningen är intern – huruvida tredje man drar nytta av fullgörandet av energi- och materialåtervinningen eller om tredje man betalar för framställd energi och återvunnet material.

Omsättningen från energi- och materialåtervinning ska alltså anses vara intern, eftersom den härstammar från den återvinningsverksamhet som Sysav bedriver på uppdrag av ägarkommunerna.

Det saknas stöd i såväl författning som rättspraxis för att – som förvaltningsrätten verkar ha gjort – betrakta intäkterna som externa endast på den grunden att det inte följer av en uttrycklig förpliktelse att försäljningen kan ske till tredje man. Det saknas därmed också betydelse om det uttryckligen framgår av

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

ägarkommunernas tilldelning till Sysav att försäljning av framställd energi och återvunnet material kan ske till tredje man eller inte.

En jämförelse kan göras med en upphandling enligt LOU. Vid beräkning av kontraktsvärdet ska även eventuella intäkter som följer av uppdraget och som kommer från tredje man beaktas. Upphandlingsmyndigheten anger att "det är det totala värdet av ett kontrakt sett ur leverantörens ögon som ska beaktas".² Det innebär att det inte endast är den ersättning som kommer att betalas av den upphandlande myndigheten som utgör upphandlingens värde – och därmed omfattning – utan även ersättning från tredje man ska beaktas.

Upphandlingsmyndigheten har också uttalat att bedömningen av vad som utgör intern omsättning ska göras utifrån ett tänkt "tilldelningsbeslut".³ Om ägarkommunerna hade genomfört en konkurrensutsatt upphandling och därigenom tilldelat en leverantör uppdraget att utföra avfallshantering, så hade värdet av avfallet och intäkterna från återvinningen ingått i kontraktsvärdet eftersom det hade utgjort en del av det totala värdet för leverantören. Det saknas skäl att göra på ett annat sätt vid bedömningen av vad som ingår i en tilldelning vid intern upphandling.

En jämförelse kan också göras med en intern upphandling av en koncession enligt LUK. Vid interna koncessioner bör det vara vanligt förekommande att det saknas en skriftlig och uttrycklig förpliktelse om att försäljning ska ske till tredje man. Om det skulle finnas ett krav på att det måste finnas en sådan uttrycklig förpliktelse skulle det – med förvaltningsrättens synsätt – leda till ett regelmässigt underkännande av verksamhetskriteriet vid interna koncessioner. Det saknas nämligen stöd i författning och rättspraxis för att göra olika bedömningar av en tilldelnings omfattning beroende på om det rör sig om ett tjänstekontrakt eller en koncession.

Som ägarkommunerna har redovisat så framgår det dessutom av såväl konsortialavtalet, bolagsordningen och ägardirektivet att Sysavs uppdrag omfattar energi- och materialåtervinning. I uppdraget att återvinna avfallet omfattas givetvis att Sysav ska få avyttra den framställda energin och det återvunna materialet, eftersom det annars skulle saknas anledning att utföra återvinningen, se avsnitt 4.3 och 5.3.2. Det framgår alltså av de associationsrättsliga handlingarna att Sysavs uppdrag omfattar försäljning av energi och återvunnet material.

Ägarkommunerna vill i det här sammanhanget påpeka att ett ägardirektiv till ett aktiebolag inte endast utgör ägarnas "avsikt" avseende vilken verksamhet bolaget ska bedriva, jfr sista stycket på s. 7 i domen. Ägardirektivet riktar sig till styrelsen och VD i bolaget och utgör – tillsammans med bolagsordningen – grunden för den verksamhet som bolaget ska bedriva. Om Sysav inte bedriver verksamhet i enlighet med ägardirektivet, kan ägarkommunerna exempelvis avsätta styrelsen eller avstå från att bevilja styrelsen ansvarsfrihet.

² <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/inkopsprocessen/forbered-upphandling/berakna-vardet-pa-upphandlingen/>

³ <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/frageportalen/1875416/hur-beraknas-verksamhetskriteriet/>

Även om omfattningen av Sysavs uppdrag inte skulle ha framgått av de associationsrättsliga handlingarna, så har det varit ägarkommunernas avsikt att tilldelningen ska omfatta försäljning av energi och återvunnet material. Sysav har också uppfattat tilldelningen på det sättet. Parterna har i över 20 års tid – sedan konsortialavtalet tecknades – agerat utifrån att Sysavs uppdrag omfattar försäljning av energi och återvunnet material. Eftersom det saknas formkrav för hur en tilldelning ska ske är detta tillräckligt för att ägarkommunernas tilldelning till Sysav ska omfatta försäljning av energi och återvunnet material, se avsnitt 4.2 och 5.2.2.

Dessutom framgår det av tilldelningen till Sysav att bolaget får bedriva verksamhet gentemot tredje part, se under rubriken "Uppdraget" i ägardirektivet. Förvaltningsrättens slutsats – att intäkter från försäljning av energi och återvunnet material till tredje part inte är interna – är således under alla förutsättningar felaktig.

Ägarkommunerna ifrågasätter även i detta avseende förvaltningsrättens rättstillämpning.

5.3.2 *Förvaltningsrättens felaktiga bedömning av betydelsen av miljörettsliga skyldigheter*

Utöver vad som framgår ovan under avsnitt 5.3.1, har förvaltningsrätten även av nedanstående skäl felaktigt bedömt att intäkter från försäljning av energi och återvunnet material till tredje man inte ska anses härröra från verksamhet som Sysav bedriver tillsammans med ägarkommunerna.

Förvaltningsrätten har gjort bedömningen att de miljörettsliga kraven och vad som ingår däri inte automatiskt är överförbara på upphandlingsrättsliga regler, se andra stycket s. 9 i domen.

Det är för ägarkommunerna oklart vad förvaltningsrätten avser med formuleringen "automatiskt överförbara". Oaktat innebörden vidhåller ägarkommunerna att det inte är möjligt att separera miljörettsliga skyldigheter från upphandlingslagstiftningen, eftersom ägarkommunerna, liksom andra upphandlande myndigheter, har att förhålla sig till både den upphandlingsrättsliga och den miljörettsliga lagstiftningen.

Som förvaltningsrättens resonemang får förstås menar domstolen att miljölagstiftningen – och de skyldigheter som följer därav – inte har någon betydelse vid bedömningen av vad som är förenligt med upphandlingslagstiftningen. Uppfattningen stämmer emellertid inte överens med rättsläget.

I 2 kap. miljöbalken finns de så kallade allmänna hänsynsreglerna. Bestämmelserna i 2 kap. miljöbalken är tillämpliga på all verksamhet och alla åtgärder av betydelse för miljöbalkens mål. Hänsynsreglerna gäller parallellt med annan lag om det inte särskilt anges att de inte ska tillämpas på verksamheten eller åtgärden.⁴ Eftersom det inte särskilt anges att hänsynsreglerna *inte* ska tillämpas vid upphandling eller vid intern upphandling är utgångspunkten således

⁴ Se Kruse, Miljöbalken (1998:808), kommentaren till 2 kap., Karnov 2023-02-27, (JUNO). Jfr även Falk, Frenander, Nohrstedt, Ryding, *Miljöledning vid upphandling och inköp*, Jure Förlag AB, 2004, s. 14.

att hänsynsreglerna – till skillnad från vad förvaltningsrätten verkar anse – är tillämpliga även vid upphandling och intern upphandling.

En av de allmänna hänsynsreglerna är hushållnings- och kretsloppsprincipen, se 2 kap. 5 § miljöbalken. Av bestämmelsen följer att alla som bedriver verksamhet eller vidtar en åtgärd ska hushålla med råvaror och energi samt utnyttja möjligheten att bland annat återvinna avfall.⁵ I doktrin har dessutom framhållits särskilt att hänsynsregeln i 2 kap. 5 § miljöbalken ska beaktas vid upphandling.⁶

Av 1 kap. 1 § andra stycket 5 miljöbalken framgår dessutom att miljöbalken ska tillämpas så att återanvändning och återvinning liksom annan hushållning med material, råvaror och energi främjas så att ett kretslopp uppnås. Att hushålla med råvaror och energi samt främja att kretslopp uppnås är därmed ett av miljöbalkens huvudsakliga syften.

Skyldigheten att hushålla med råvaror och energi, samt utnyttja möjligheten att återvinna avfall är således både en grundläggande miljörättslig princip och en allmän hänsynsregel som såväl ägarkommunerna som Sysav har att förhålla sig till. Eftersom det inte särskilt anges att dessa skyldigheter inte gäller vid intern upphandling, ska Sysav i egenskap av verksamhetsutövare redan på grund av de allmänna hänsynsreglerna utföra energi- och materialåtervinning.

Ägarkommunerna har dessutom en lagstadgad skyldighet även enligt 15 kap. miljöbalken att återvinna kommunalt avfall, se 15 kap. 10 och 20 §§ miljöbalken. Sysav bedriver endast sådan avfallshantering som ingår i denna kommunala renhållningsskyldighet. Uppdraget att återvinna avfall som ägarkommunerna har tilldelat Sysav följer således inte bara av de allmänna hänsynsreglerna, utan också av de miljörättsliga skyldigheterna som ägarkommunerna har enligt 15 kap. miljöbalken.

I uppdraget att återvinna avfallet omfattas, som framgår ovan under avsnitt 4.3, givetvis också att Sysav ska avyttra den framställda energin och det återvunna materialet, eftersom det annars skulle saknas anledning att utföra återvinningen. Även förvaltningsrätten vidgår att det vid kommunal renhållning ligger som en integrerad del att tillse att återvunnet material överläts vidare, även till kommersiella aktörer, se andra stycket, s. 9 i domen.

Försäljning av energi och återvunnet material, även till kommersiella aktörer, är alltså en integrerad del av den kommunala renhållning som regleras i miljöbalken och som ägarkommunerna har uppdragit åt Sysav att utföra. Sysav har alltså enligt miljörättsliga krav en skyldighet att avyttra energi och återvunnet material. Dessa miljörättsliga krav är, som framgår ovan, direkt tillämpliga även vid intern upphandling. Det går mot den bakgrunden inte att komma till någon annan slutsats än att det följer av de miljörättsliga skyldigheterna att Sysavs uppdrag omfattar att avyttra energi och återvunnet material till tredje man.

⁵ Jfr även prop. 1997/98:45 del 1, s. 222 ff.

⁶ Jfr även Falk, Frenander, Nohrstedt, Ryding, Miljöledning vid upphandling och inköp, Jure Förlag AB, 2004, s. 14.

Det gäller oavsett om ägarkommunerna uttryckligen har klargjort att försäljningen ingår i tilldelningen eller inte, jfr. sista meningen i andra stycket s. 9 i domen.

Förvaltningsrättens uppfattning att miljörättsliga skyldigheter och definitioner inte per automatik innebär att olika verksamhetsupplägg är tillåtna ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv är givetvis i viss mån korrekt. Endast den omständigheten att ägarkommunerna har skyldigheter enligt miljöbalken medför exempelvis inte att ägarkommunerna kan tilldela vilken leverantör som helst uppdrag att utföra avfallshanteringstjänster. Något sådant har ägarkommunerna heller aldrig påstått.

Däremot är ägarkommunernas och Sysavs skyldigheter enligt miljöbalken relevanta för att avgöra omfattningen av det uppdrag som ägarkommunerna har tilldelat Sysav. Eftersom uppdraget omfattar avfallshantering, innefattas samtliga delar som enligt miljöbalken ingår i avfallshantering – inklusive energi- och materialåtervinning samt försäljning av resultatet av denna återvinning.

När den kommunala renhållningsverksamheten har överlåtit till ett av ägarkommunerna kontrollerat bolag – så som i det nu aktuella fallet – förutsätter det att all verksamhet som ankommer på kommunerna, kan tillgodoräknas bolaget såsom verksamhet utförd tillsammans med kommunerna.

Förvaltningsrätten verkar dock anse att även om *utförandet* av energi- och materialåtervinning ingår i Sysavs uppdrag, så ingår inte *försäljning* av energi och återvunnet material, jfr sista stycket, s. 7 och fjärde stycket s. 8 i domen. Det faller på sin egen orimlighet att det i uppdraget att utföra energi- och materialåtervinning inte skulle ingå att avyttra den framställda energin och det återvunna materialet. Detta framstår som en absurd tillämpning som helt saknar förankring i verkligheten.

Ägarkommunerna ifrågasätter även i detta avseende förvaltningsrättens rättstillämpning.

5.3.3 *Förvaltningsrättens felaktiga bedömning av konkurrenssituationens betydelse*

Förvaltningsrätten verkar ange som skäl för att försäljning till tredje part inte kan ingå i ägarkommunernas uppdrag till Sysav att försäljningen sker på en konkurrensumsatt marknad, jfr tredje stycket s. 9 i domen.

Förvaltningsrättens utgångspunkt är felaktig.

Syftet med undantaget för intern upphandling är nämligen inte att reglera i vilken omfattning en offentlig aktör får vara verksam på en konkurrensumsatt marknad. Den omständigheten att en verksamhet påverkar – eller kan påverka – konkurrensen på marknaden saknar betydelse för om undantaget för intern upphandling är tillämpligt eller inte, under förutsättning att verksamhetskriteriet är uppfyllt.

Offentliga aktörers verksamhet på en konkurrensumsatt marknad och dess effekter för konkurrensen regleras i stället genom de konkurrensrättsliga regelverken och reglerna om statsstöd. Lagstiftaren har dessutom uttryckligen klargjort att en offentlig aktörs eventuella konkurrenshindrande verksamhet inte ska hanteras med stöd av den upphandlingsrättsliga lagstiftningen, se prop. 2015/16:195, s. 397 f.

Tilläggas kan att Sysav bedriver kompetensenlig verksamhet. Bolaget agerar därför inte i strid mot konkurrensrättsliga regler. Utöver att 3 kap. 11 § och 13 § LOU inte – som förvaltningsrätten felaktigt verkar ha utgått från – avser att reglera konkurrensen på marknaden så agerar således inte heller Sysav i strid mot konkurrensrättsliga regler.

Ägarkommunerna noterar också att Konkurrensverket inte heller har påstått eller åberopat någon bevisning till stöd för att Sysavs närvaro på marknaden för försäljning av energi och återvunnet material skulle ha någon negativ effekt på konkurrensen. Det saknas även mot den bakgrunden skäl för förvaltningsrätten att lägga den omständigheten – att försäljningen bedrivs på en konkurrensutsatt marknad – till grund för sin bedömning, att intäkter från försäljning av energi och återvunnet material inte kan vara interna (trots att återvinningen ingår i ägarkommunernas uppdrag till Sysav).

I detta sammanhang anger förvaltningsrätten också att "[r]isken för att icke-diskrimineringsprincipen åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens", se tredje stycket s. 9 i domen. Ägarkommunerna har svårt att förstå på vilket sätt det skulle vara relevant om det finns en risk för att just icke-diskrimineringsprincipen åsidosätts. För det första är det oklart i vilket sammanhang och i relation till vilka aktörer förvaltningsrätten menar att icke-diskrimineringsprincipen riskerar att åsidosättas. För det andra tas det vid bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt inte någon hänsyn till om icke-diskrimineringsprincipen – eller övriga upphandlingsrättsliga principer för den delen – riskerar att åsidosättas vid en intern upphandling. Om rekvisiten i undantaget för intern upphandling är uppfyllda, kan en direkttilldelning ske utan att det anses stå i strid med de upphandlingsrättsliga principerna. Det är ju själva syftet med att i upphandlingslagstiftningen införa undantag från kravet på konkurrensutsättning – att inte behöva tillämpa principerna för det fall undantaget är tillämpligt.

Ägarkommunerna ifrågasätter även i detta avseende förvaltningsrättens rättstillämpning.

5.3.4 *Förvaltningsrättens domskäl är motstridiga*

Förvaltningsrättens domskäl är i vissa delar såväl motstridiga som svåra att förstå.

Förvaltningsrätten instämmer i ägarkommunernas uppfattning att det inte finns några formkrav för hur en tilldelning av ett uppdrag ska ske enligt undantaget för intern upphandling, se tredje stycket s. 8 i domen.

Samtidigt anger förvaltningsrätten att det bör åligga ägarkommunerna att genom "rättshandlingar och åtgärder, till exempel beslut, protokoll, bolagsordningar, anteckningar etc." klargöra uppdragets omfattning, se andra stycket s. 9 i domen. Mot bakgrund av de exempel förvaltningsrätten ger verkar domstolen således vara av uppfattningen att det krävs en skriftlig tilldelning för att uppfylla kraven i undantaget för intern upphandling. Bortsett från att en sådan tillämpning är felaktig och saknar stöd i såväl lag som rättspraxis, är det också motstridigt i relation till vad förvaltningsrätten själv anger om att det saknas formkrav.

Förvaltningsrätten anger också i andra stycket, s. 5 i domen, att de associationsrättsliga dokumenten inte kan utgöra en tilldelning eftersom de saknar ekonomiska villkor. Det skulle ju i så fall innebära att exempelvis en bolagsordning aldrig skulle kunna utgöra en tilldelning i den mening som avses i undantaget för intern upphandling, eftersom det aldrig finns ekonomiska villkor i en bolagsordning. Som framgår ovan anger förvaltningsrätten dock att tilldelningen kan ske genom till exempel bolagsordningar, se andra stycket s. 9 i domen. Även i denna del är förvaltningsrättens dom motstridig.

Förvaltningsrätten anger också att det inte heller finns "något i fakturorna som visar att Sysav kan hållas upphandlingsrättsligt ansvarigt för att utföra den externa verksamheten och tillhandahålla tjänster till tredje man", se andra stycket s. 8 i domen. Ägarkommunerna har svårt att förstå på vilket sätt det skulle vara relevant om Sysav hålls upphandlingsrättsligt ansvarigt för verksamheten att tillhandahålla tjänster till tredje man. För det första avser ju prövningen om *ägarkommunerna* har en skyldighet att tillämpa LOU vid anskaffning från Sysav, det vill säga om *ägarkommunerna* kan hållas upphandlingsrättsligt ansvariga för den aktuella anskaffningen. För det andra så är ju upphandlingslagstiftningen endast tillämplig vid anskaffning av byggtreprenader, varor eller tjänster, inte vid försäljning av desamma.

Ägarkommunerna ifrågasätter även i detta avseende förvaltningsrättens rättstillämpning.

5.4 Förvaltningsrätten har felaktigt bedömt att ägarkommunerna har brutit mot dokumentationskravet

Dokumentationskravet i 12 kap. 14–16 §§ LOU gäller endast för kontrakt som omfattas av och tilldelas enligt LOU. Som framgår av ägarkommunernas redovisning ovan är LOU inte tillämplig i det aktuella fallet.

Ägarkommunerna har därmed inte heller någon skyldighet att följa bestämmelserna om dokumentation i 12 kap. 14–16 §§ LOU.

Ägarkommunerna ifrågasätter även i detta avseende förvaltningsrättens rättstillämpning.

5.5 Förvaltningsrätten har förbisett ägarkommunernas invändningar

Förvaltningsrätten har felaktigt gjort bedömningen att tilldelning har skett vid tidpunkten för Sysavs styrelsebeslut om behandlingsavgifter och inte – som ägarkommunerna i första hand har gjort gällande – genom de associationsrättsliga dokumenten.

Som framgår ovan har ägarkommunerna emellertid i andra hand gjort gällande att Sysav har tilldelats uppdraget genom ett muntligt avtal eller i vart fall genom parternas konkludenta handlande samt gemensamma avsikt kring vad Sysavs uppdrag ska omfatta.

Förvaltningsrätten har dock i domskälen helt bortsett från vad ägarkommunerna har gjort gällande avseende parternas muntliga avtal och konkludenta handlande. Förvaltningsrätten tar således inte ställning till den centrala frågan, nämligen huruvida en tilldelning kan anses ha skett genom ett muntligt avtal eller genom ett avtal som har uppstått genom konkludent handlande.

Förvaltningsrätten tycks därmed inte ha beaktat ägarkommunernas invändning och det går i vart fall inte att utläsa av domskälen varför tilldelningen inte kan anses ha skett på det sätt som ägarkommunerna har gjort gällande. Avsaknaden av en sådan bedömning medför att det inte går att utläsa hur rätten kommit till sin slutsats samt att principiellt viktiga frågor i målet har lämnats obesvarade.

Det finns därför anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till och det går i vart fall inte att utan att prövningstillstånd meddelas bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till.

6. BEVISNING

Ägarkommunerna åberopar i kammarrätten samma bevisning som vid förvaltningsrätten. Ägarkommunerna kan komma att komplettera bevisningen mot bakgrund av vad Konkurrensverket gör gällande.

Göteborg den 14 april 2023



Hanna Lundqvist



Erika Sköld