

Promemoria – bedömning av möjligheterna till intern upphandling

Vi har fått i uppdrag att bedöma i vilken utsträckning Kretslopp och vattennämnden i Göteborgs stad ("Nämnden") uppfyller kriterierna i 3 kap. 11–16 §§ lag (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU") i förhållande till Renova AB ("Renova").

En motsvarande sådan bedömning genomfördes av Mannheimer Swartling Advokatbyrå år 2017, och denna rapport bygger väsentligen på den struktur och metod som då användes, men med nödvändiga uppdateringar och revideringar.

Med utgångspunkt i den information som Nämnden lämnat inom ramen för denna uppdatering, presenteras nedan vår förnyade bedömning av om Nämnden uppfyller kriterierna för intern upphandling eller inte, i förhållande till Renova.

1. Slutsats

Vår bedömning är att det finns en överhängande risk för att undantaget om intern upphandling inte är tillämpligt för Nämnden i förhållande till Renova. För en utförlig beskrivning av vår rättsliga bedömning, se avsnitt 3 nedan.

2. Rättslig utgångspunkt

Reglerna om intern upphandling finns i 3 kap. 11–16 §§ LOU. Liknande regler finns i lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna samt i lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner. Reglerna innebär i korthet att tilldelning av kontrakt i angivna fall inte behöver ske i överensstämmelse med upphandlingslagarna. Det är den som vill återopa en undantagsbestämmelse som har bevisbördan för att de omständigheter som krävs för att motivera ett undantag föreligger.¹ Bestämmelserna som ger utrymme för undantag från LOU:s tillämpningsområde ska tolkas restriktivt.² Nedanstående berör enbart reglerna i LOU.

LOU anger fyra situationer då undantaget för intern upphandling kan bli tillämpligt.³ Den aktuella situationen rör Nämndens anskaffningar från Renova, i vilket Nämnden innehar aktier tillsammans med andra kommuner.⁴ Detta utgör en sådan situation som gör att undantaget i och för sig kan bli tillämpligt. De andra situationerna då undantaget kan bli tillämpligt berörs inte närmare i denna promemoria.

¹ Jfr EU-domstolens dom i mål C-26/03, *Stadt Halle*.

² Prop. 2015/16:195 s. 396.

³ Se 3 kap. 12–15 §§ LOU.

⁴ Se 3 kap. 13 § LOU.

Enligt 3 kap. 11 § LOU krävs att den upphandlande myndighetens motpart, dvs. Renova, är en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen. Med juridisk person avses en annan juridisk person än den upphandlande myndigheten själv.

Enligt 3 kap. 13 § LOU ska, för att undantaget ska bli tillämpligt, det s.k. kontrollkriteriet respektive verksamhetskriteriet vara uppfyllt.

Kontrollkriteriet innebär att den upphandlande myndigheten, dvs. Nämnden, gemensamt med de andra upphandlande myndigheterna ska utöva kontroll över motparten motsvarande den myndigheterna har över sina egna förvaltningar. Upphandlande myndigheter ska, enligt 3 kap. 13 § andra stycket LOU, anses utöva sådan gemensam kontroll om:

- (a) motpartens beslutsorgan består av representanter från samtliga myndigheter;
- (b) myndigheterna tillsammans har ett avgörande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut; och
- (c) motparten inte har något eget intresse som strider mot myndigheternas intressen.

Verksamhetskriteriet innebär att motparten, dvs. Renova, ska utföra mer än 80 procent av sin verksamhet för myndigheternas räkning eller för andra sådana juridiska personer eller gemensamma nämnder som myndigheterna utövar kontroll över. Det innebär att den eventuella verksamhet som Renova utför tillsammans med någon annan än de upphandlande myndigheterna endast får uppgå till 20 procent av den totala verksamheten.

Enligt 3 kap. 16 § LOU ska verksamhetsandelen bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under de tre år som föregår tilldelningen, dvs. treårsperioden ska vara den närmast innan upphandlingen avslutas, eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod. Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått. Ett sådant verksamhetsmått kan t.ex. vara kostnader som uppstått hos den berörda juridiska personen eller upphandlande myndigheten i fråga om tjänster, varor och byggtreprenader.⁵

Det får inte heller finnas något direkt privat ägarintresse i motparten, dvs. Renova, enligt 3 kap. 13 § LOU.

I förarbetena anges att EU-domstolens praxis i fråga om de undantag som behandlas bl.a. i det s.k. Teckalmålet⁶ ska vara vägledande vid tolkningen av direktivbestämmelserna om offentliga kontrakt mellan enheter i den offentliga sektorn och för bestämmelserna i de lagar som genomför dessa direktivbestämmelser.⁷ EU-domstolens praxis utgör alltså en viktig källa och rättslig utgångspunkt för att tolka hur undantaget ska tillämpas.

⁵ Prop. 2015/16:195 s. 964.

⁶ EU-domstolens dom i mål C-107/98, *Teckal*.

⁷ Prop. 2015/16:195 s. 394.

3. Bedömning

3.1 Utgångspunkt

Renova är ett aktiebolag och således en, i förhållande till Nämnden, fristående juridisk person. Det grundläggande kravet i 3 kap. 11 § LOU är därmed uppfyllt, och reglerna om intern upphandling kan vara tillämpliga.

Nedan följer vår bedömning av om kontroll- respektive verksamhetskriteriet kan anses uppfyllt.

3.2 Kontrollkriteriet

3.2.1 Allmänt

Varken upphandlingsdirektiven eller de svenska upphandlingsbestämmelserna ställer några krav på *hur* kontrollen faktiskt utövas, det krävs alltså inte att kontrollen är identisk med den som den upphandlande myndigheten utövar över sin egen förvaltning men den ska motsvara sådan kontroll samt vara effektiv. Det har således mindre betydelse vilket beslutsförfarande, t.ex. majoritetsbeslut, som används.⁸

I EU-domstolens praxis beskrivs ett antal omständigheter som kan tala för respektive mot att kontrollkriteriet är uppfyllt. För att bedöma om kontrollkriteriet är uppfyllt måste dock en helhetsbedömning göras där samtliga relevanta omständigheter ska beaktas, exempelvis sådana omständigheter som redogörs för i punkterna 3.2.2–3.2.5 nedan.

3.2.2 Ägande

I förarbetena till lagen anges att kontrollkriteriet kan vara uppfyllt även om motparten är ett aktiebolag.⁹ Det har inte ansetts nödvändigt att den kontroll som Nämnden utövar är individuell.¹⁰ Kontrollkriteriet kan vara uppfyllt även om Nämnden tillsammans med de andra ägarkommunerna äger aktier i Renova och gemensamt utövar en effektiv kontroll.¹¹ Det faktum att Nämnden och de andra ägarkommunerna äger samtliga aktier, dvs. att det inte finns privata delägare i Renova, samt att det inte är möjligt för utomstående att köpa aktier i Renova och inte heller kan tänkas bli möjligt i framtiden, tyder på att Nämnden utövar det ägande som behövs för att kontrollkriteriet i och för sig ska kunna uppfyllas.

Den omständigheten att Nämndens andel i Renova innehåller indirekt via det kommunala bolaget Göteborgs Stadshus AB hindrar inte att kontrollkriteriet kan vara uppfyllt. I praxis från EU-domstolen har det dock ansetts kunna innebära en försvagning av kontrollen och innebära att kontrollkriteriet inte uppfylls.¹² I det här fallet gör vi dock bedömningen att det indirekta ägandet inte i sig medför att kontrollkriteriet inte kan uppfyllas.

⁸ Jfr EU-domstolens dom i mål C-324/07, *Coditel*, p. 28 och 46.

⁹ Prop. 2015/16:195 s. 396-397.

¹⁰ Jfr EU-domstolens dom i mål C-324/07, *Coditel*, p. 46.

¹¹ Jfr EU-domstolens dom i de förenade målen C-182/11 och C-183/11, *Econord*, p. 28-29 samt p. 33.

¹² Jfr EU-domstolens dom i mål C-340/04, *Carbotermo*.

3.2.3 Nämndens representation i Renovas beslutsorgan

Den kontroll Nämnden utövar över Renova behöver visserligen inte vara individuell, däremot får inte kontrollen enbart utgöras av att den majoritetsägande myndighetens inflytande. Samtliga deltagande ägarkommuner måste ha representanter i Renovas beslutsorgan, dvs. Nämnden måste också ha en representant som företräder Nämndens intressen i Renovas beslutsorgan. En enskilda representant kan företräda flera eller samtliga av de deltagande upphandlande myndigheterna.¹³

Nämnden företräds i Renovas styrelse genom av myndigheten utsedda ledamöter vilka representerar Nämndens intressen, och företrädes därutöver genom representanter i ägarrådet. Dessa omständigheter talar för att kontrollkriteriet i och för sig kan anses uppfyllt, då Nämnden både äger en andel i Renova samt har en formell representation i form av styrelserepresentanter i Renovas beslutsorgan.

3.2.4 Avgörande inflytande över Renovas strategiska mål och viktiga beslut

Vad som avses med avgörande inflytande över strategiska mål och viktiga beslut har beskrivits av EU-domstolen i ett flertal avgöranden. Det ska vara fråga om en möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande i fråga om såväl enhetens strategiska mål som dess viktiga beslut.¹⁴ Den upphandlande myndigheten ska med andra ord utöva strukturell och funktionell kontroll, men även faktisk kontroll.¹⁵

Om en upphandlande myndighet innehar andelar i enheten tillsammans med andra myndigheter, så kan ”motsvarande kontroll” (motsvarande den som myndigheten utövar över sin egna förvaltning) utövas gemensamt med dessa myndigheter, utan att det är nödvändigt att var och en av dessa myndigheter utövar en individuell kontroll.¹⁶

Motpartens möjligheter att agera självständigt i förhållande till den eller de upphandlande myndigheter som är dess ägare, har i EU-domstolens rättspraxis tillmätts stor betydelse vid bedömningen av huruvida kontrollkriteriet ska anses vara uppfyllt eller inte.¹⁷

Nämnden utövar kontroll över Renova genom dels tillsättning av Renovas styrelse, dels genom s.k. ”ägarråd”. Ägarrådet har inte någon formell makt men består av politiker från respektive kommun. På motsvarande sätt finns det ett tjänstemannaråd, det s.k. Kommunala chefsnätverket för Renova (”KCR”). Till stöd för KCR:s arbete finns också en uppföljningsgrupp som tar fram beställningsunderlag för de uppdrag som kommunerna tilldelar Renova. På tjänstemannanivå finns insyn i Renova. Två tjänstemän är utsedda att samordna ägarkommunerna samt följa upp Renovas verksamhet. Enligt vår bedömning talar detta för att Nämnden har ett avgörande

¹³ Jfr EU-domstolens dom i de förenade målen C-383/21 och C-384/21, *Sambre & Biesme*, Kammarrättens i Sundsvall domar i mål nr 994-22 och mål nr 7089-10 samt Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 5032–5033-02.

¹⁴ Jfr EU-domstolens domar i mål C-458/03, *Parking Brixen*, mål C-324/07, *Coditel* samt mål C-573/07, *Sea*.

¹⁵ Jfr EU-domstolens domar i mål C-371/05, *Kommissionen mot Italien*, de förenade målen C-182/11 och C-183/11, *Econord*, samt mål C-324/07, *Coditel*.

¹⁶ EU-domstolens domar i de förenade målen C-182/11 och C-183/11, *Econord*, mål C-324/07, *Coditel*, samt mål C-573/07, *Sea*.

¹⁷ EU-domstolens dom i mål C-458/03, *Parking Brixen*.

inflytande över Renovas strategiska mål och viktiga beslut. Detta alldeles oavsett om hänsyn tas till Nämndens faktiska representation i Renovas styrelse eller ej.¹⁸

Verksamhetens geografiska omfattning har också betydelse för bedömningen av kontroll. Relevanta aspekter att ta hänsyn till i bedömningen är om verksamheten enbart är begränsad till de kommuner som äger motparten eller om verksamhetsområdet omfattar hela landet. Vidare kan även inriktningen på tjänsterna som erbjuds beaktas, om de syftar till att tillgodose de upphandlande myndigheternas behov eller även riktar sig mot exempelvis privatpersoner.¹⁹

Renova tillhandahåller huvuddelen av sina tjänster till de tio ägarkommunerna och verkar inom deras geografiska område, vilket talar för att inflytandet ska anses vara av sådan att kontrollkriteriet i och för sig kan anses uppfyllt. Viss s.k. behandlingskapacitet tillhandahålls dock andra aktörer. Det har dock inte framkommit i vilken omfattning detta sker.

Nämnden har enligt egna uppgifter inte möjlighet att detaljstyra Renovas verksamhet på samma sätt som Nämndens egen verksamhet. Parterna strävar däremot mot samma mål och har en regelbunden dialog. De specifika uppdragen gentemot ägarkommunerna har Nämnden stor möjlighet att påverka med s.k. förtydliganden. Uppdragsbeskrivningar tas fram av Nämnden tillsammans med övriga ägarkommuner årligen. Sådana uppdrag kan t.ex. röra öppettider på anläggningar, vilka avfallsslag som ska behandlas, miljökrav på fordon, behandlingsmetod m.m. Förtydligandena kan jämföras med förfrågningsunderlag vid upphandling.

På en övergripande nivå är Renovas uppgift att säkerställa att avfallet som uppstår i regionen kan tillvaratas och behandlas genom att tillhandahålla förbränningsanläggning, behandlingshandläggning för matavfall samt deponikapacitet. Nämnden bedömer att Renova har bäst kompetens att avgöra vilka åtgärder som ska vidtas och den närmare utformningen av anläggningarna och har därför överlåtit dessa beslut åt Renova. Nämnden har dock möjlighet att påverka inriktningen på Renovas befintliga, och eventuella nya, anläggningar genom ett chefsnätverk som träffas regelbundet. Renovas ärenden av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt ska lämnas till respektive ägarkommuns kommunfullmäktige för ställningstagande.

Det ovanstående talar enligt vår bedömning för att kriteriet om avgörande inflytande ska anses vara uppfyllt.

3.2.5 Renovas egenintresse

Vid bedömningen av kontrollkriteriet är det vidare relevant att undersöka om motparten har något egenintresse som strider mot den upphandlande myndighetens intresse. Bestämmelsen syftar till att förhindra att den marknadsmässiga inriktningen hos motparten blir sådan att de kontrollerande myndigheternas kontroll hotas samt att verksamheten bedrivs i strid med allmänintresset. Vidare anses det även undergräva målsättningen om en fri, icke-snedvriden konkurrens.²⁰ För det fall att ett privat företag är delägare av motparten kan kontrollkriteriet inte vara uppfyllt, dvs. det utesluter att det rör sig om en intern upphandling.²¹ Renova ägs i sin

¹⁸ Jfr EU-domstolens dom i de förenade målen C-383/21 och C-384/21, *Sambre & Biesme*, p. 70.

¹⁹ EU-domstolens domar i mål C-458/03, *Parking Brixen* samt C-573/07, *Sea*.

²⁰ Jfr EU-domstolens dom i mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 49-51.

²¹ Jfr EU-domstolens dom i mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 49.

helhet av ägarkommunerna och det är inte heller möjligt för någon utomstående att förvärva aktier i Renova.

Den del av verksamheten som riktar sig till andra än ägarkommunerna får endast utgöra ett komplement till dotterföretagets huvudverksamhet.²² Renova kan ha egenintresse då de har stora anläggningar som behöver försörjas med avfall. Det avfall som inte kommer via ägarkommunerna levereras av Renovas dotterbolag Renova Miljö AB ("Renova Miljö"). Renova Miljö verkar på den konkurrensutsatta marknaden.

En marknadsmässig inriktning anses vara godtagbar och inte hota ägarnas kontroll över bolaget när den marknadsmässiga inriktningen hos ett bolag mot privata aktörer endast är "ett komplement till bolagets huvudverksamhet".²³ I detta fall bedöms Renova inte ha någon marknadsmässig inriktning och i vart fall bedöms sådan verksamhet gentemot andra aktörer än ägarkommunerna endast utgöra ett komplement till bolagets huvudverksamhet. Däremot är det helägda dotterbolaget Renova Miljö fullt ut verksamt inom den öppna marknaden, med stor andel privata kunder. Det finns således en marknadsmässig inriktning hos Renova Miljö. För ytterligare resonemang kring huruvida Renova Miljö's verksamhet kan påverka bedömningen av om det finns marknadsmässig inriktning hos Renova, se nedan i avsnitt 3.3.

3.2.6 Slutsats

Vid en samlad bedömning menar vi att skälen för att Nämnden, tillsammans med de andra ägarkommunerna, utövar kontroll över Renova, motsvarande den myndigheterna har över sina egna förvaltningar väger tyngre än skälen som talar i motsatt riktning. Av den anledningen gör vi bedömningen att kontrollkriteriet i 3 kap. 13 § LOU är uppfyllt.

3.3 **Verksamhetskriteriet**

3.3.1 Allmänt

Enligt EU-domstolens praxis syftar verksamhetskriteriet till att säkerställa att upphandlingsreglerna tillämpas i de fall då bolag som kontrolleras av en eller flera myndigheter är aktivt på marknaden och kan konkurrera med andra företag. Avsikten är att endast rent intern verksamhet ska undantas från upphandlingsreglerna. Ett bolag kan anses konkurrera med andra företag om bolaget kan utöva en betydande del av sin ekonomiska verksamhet tillsammans med andra aktörer än ägarkommunerna, även om de beslut som rör bolaget fattas av den myndighet som innehar bolaget. Huvuddelen av verksamheten ska utföras åt ägarna. Huvuddelen av verksamheten har definieras som 80 procent av verksamheten på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under de tre år som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.²⁴

Den omsättning som anses avgörande är den som avser all den verksamhet som bolaget bedrivit enligt den upphandlande myndighetens tilldelningsbeslut. Detta inkluderar även omsättning från den verksamhet som bolaget bedriver tillsammans med användarna som nyttjar de upphandlade tjänsterna. I det fall ett bolag innehas av flera olika myndigheter ska den verksamhet som bolaget bedriver tillsammans med samtliga dessa myndigheter beaktas i bedömningen av

²² Prop. 2015/16:195 s. 962 samt EU-domstolens dom i mål C-573/07, *Sea*.

²³ Jfr EU-domstolens dom i mål C-573/07, *Sea*, p. 79-80.

²⁴ 3 kap. 13, 16 §§ LOU.

huruvida verksamhetskriteriet är uppfyllt.²⁵ Då Renova ägs av flera kommuner ska alltså den verksamhet som bolaget utför för alla dessa kommuner beaktas.

3.3.2 Koncernförhållande

I förarbetena framgår att bedömningen av verksamhetskriteriet inte påverkas av om samma typ av verksamhet bedrivs av olika juridiska personer eller gemensamma nämnder inom en och samma koncern. Ett bolag inom en koncern kan anses uppfylla verksamhetskriteriet även om det finns ytterligare juridiska personer som bedriver samma typ av verksamhet men inte uppfyller verksamhetskriteriet. Det kontrollerade bolagets verksamhet är avgörande för bedömningen och det är det bolagets verksamhet som ska utföras till mer än 80 procent för de kontrollerande myndigheternas räkning.²⁶ Det är dock inte helt klart vad som avses med det uttalandet. Visserligen skulle man kunna tolka det som att lagstiftaren anser att olika bolag inom samma koncern ska bedömas självständigt och att bedömningen inte ska ske på koncernnivå, samtidigt som uttalandet inte hindrar att man vid bedömningen av ett enskilt bolag beaktar även ett, inom koncernen, annat bolags siffror. Även om det finns ytterligare bolag inom samma koncern som bedriver samma typ av verksamhet, men som inte uppfyller verksamhetskriteriet, hindrar sannolikt inte uttalandet att man vid bedömningen av ett bolag uppfyller kravet även tar hänsyn till ett annat bolags omsättning om det föreligger skäl för det.

3.3.3 Genomlysning

Av kammarrättsavgörande framgår att vid bedömningen av om det kontrollerade bolagets verksamhet utförs till mer än 80 procent för de kontrollerande myndigheternas räkning, ska beaktas även dotterbolags verksamhet och i vilken mån det bolaget utför verksamhet för andra än de kontrollerande myndigheterna. Kammarrätten i Stockholm har funnit att omsättningen i både moderbolaget och dotterbolaget ska räknas samman vid bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt i förhållande till moderbolaget, även om lagens ordalydelse kan tolkas som att det endast är det kontrollerade bolaget som ska beaktas.²⁷ Domstolen hänvisar till EU-domstolens praxis och anger att det inte är tillräckligt att ett agerande i formellt hänseende är korrekt om det samtidigt leder till att unionsrätten inte får fullt genomslag. Domstolen anser därför att det finns skäl att beakta även dotterbolagets verksamhet vid bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt.

Omständigheterna i ovan beskrivna kammarrättsavgörande ("Sysav-målet") liknar de faktiska omständigheterna i aktuellt fall mellan Nämnden och Renova. I Sysav-målet hade några av ägarkommunerna i Sysav AB ("Sysav") köpt tjänster av Sysav utan föregående upphandling. Sysav utför sin verksamhet för ägarkommunerna medan Sysavs dotterbolag Sysav Industri AB ("Sysav Industri") riktar sin verksamhet mot den konkurrensutsatta marknaden.

²⁵ EU-domstolens dom i mål C-340/04, *Carbotermo*.

²⁶ Prop. 2015/16:195 s. 397.

²⁷ Se Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 4167-16. Högsta förvaltningsdomstolen upphävde båda instansernas domar samt Konkurrensverkets beslut, dock prövades inte frågan i sak av Högsta förvaltningsdomstolen utan enbart frågan om Konkurrensverkets beslutskompetens. Se nedan för vår bedömning av betydelsen av sådant upphävande.

3.3.4 Bedömning i det här fallet

I vårt fall består koncernen av moderbolaget Renova samt dotterbolaget Renova Miljö. Avsikten med koncernen är att särskilja direkttilldelad verksamhet från konkurrensutsatt. Det är två olika bolag med olika syften.

Renova ska behandla avfall på direkttilldelade uppdrag av ägarkommunerna. Bolaget ska vara ett avfallsföretag för ägarkommunerna och aktivt medverka i en långsiktigt hållbar utveckling genom att utföra prisvärda, miljö- och kvalitetsmässigt bra tjänster inom avfallsområdet. Verksamheten ska bedrivas enligt de beställningar som är kopplade till direkttilldelade uppdrag och i enlighet med ägarkommunernas lokala och regionala avfallsplaner. Uppdragen ska innebära en miljöriktig omlastning, avfallsbehandling, en effektiv energiåtervinning genom produktion av värme och el samt restprodukthantering. Bolaget ska vidare tillhandahålla behandlingskapacitet för rötning av biologiskt avfall.

Renova Miljö utför däremot 100 procent av sin verksamhet på den konkurrensutsatta marknaden. På samma sätt som i Sysav-målet har alltså Renova delat upp verksamheten i ett moderbolag och ett dotterbolag där moderbolaget bedriver verksamhet tillsammans med ägarkommunerna och dotterbolaget bedriver verksamhet som riktar sig till den konkurrensutsatta marknaden.

Även om dotterbolaget tillhandahåller varor och tjänster till andra än ägarkommunerna innebär inte det per automatik att den delen av verksamheten anses bedrivas med någon annan än ägarkommunerna. Avgörande för bedömningen är om verksamheten bedrivs inom ramen för en tilldelning som ägarna gjort. Det innebär enligt EU-domstolens praxis att både den som mottar och betalar för resultatet av de tillhandahållna tjänsterna eller varorna kan vara en annan aktör än den upphandlande myndigheten, så länge tjänsterna eller varorna tillhandahålls inom ramen för en tilldelning som myndigheten gjort.²⁸ Som vi har förstått bedrivs dock Renova Miljös verksamhet inte inom ramen för sådana tilldelningar som ägarkommunerna har gjort, varför sannolikt all verksamhet som tillhandahålls annan än ägarkommunerna ska bedömas som extern omsättning vid beräkningen av verksamhetsandelen.

I Sysav-målet beaktade domstolen bl.a. att Sysav Industri hyrde vissa av de anläggningstillgångar som krävs för behandling av avfallet från Sysav. Domstolen ansåg att, trots den omorganisation som skett för att skapa uppdelning i bolagens verksamhetssyften, moderbolaget och dotterbolaget var nära sammankopplade. Domstolen ansåg att dotterbolaget var beroende av moderbolaget för tillgång till anläggningar och infrastruktur som den behöver för att bedriva sin verksamhet.

Vidare fanns det en personell koppling mellan bolagen, då styrelsen och VD:n var densamma i de båda bolagen. Bolagens verksamhet hade inte ändrat inriktning eller omfattning i något betydande hänseende sedan omorganisationen. Verksamheten hade inte heller ändrat karaktär och de tjänster som bolagen tillhandahöll var i stort sett oförändrade. Den totala omsättningen i bolagen låg på samma nivåer som före omorganisationen med den enda skillnaden att omsättningen efter omorganisationen var uppdelad mellan moderbolaget och dotterbolaget. Den verksamhet som bedrevs gentemot den konkurrensutsatta marknaden hade inte ändrats i omfattning, endast genom att sådan verksamhet istället bedrevs av dotterbolaget.

I likhet med Sysav-målet bör den omorganisation som Renova genomgick genom att bilda dotterbolaget Renova Miljö återspeglas i dess påverkan på marknaden. Om denna påverkan inte

²⁸ EU-domstolens avgörande i mål C-340/04, *Carbotermo*, p. 67.

minskat och om andelen extern verksamhet totalt sett fortfarande är betydande, finns det sannolikt skäl att, på det sätt som kammarrätten gjort i Sysav-målet, göra en genomlysning där både moderbolaget och dotterbolagets omsättning beaktas. Detta gäller även då viss tid numera har förflutit sedan omorganisationen genomfördes.

De tjänster som tillhandahålls av Renova och Renova Miljö idag är desamma som innan omorganisationen, med den skillnaden att ansvaret nu är uppdelat på två bolag, dvs. Renova och Renova Miljö. Vid omorganisationen fanns vidare än önskan om att hindra korssubventionering bolagen emellan, för att tydliggöra att det rör sig om skilda bolag. Det innebär bl.a. att respektive bolag nu har möjlighet att på egen hand prissätta sina tjänster, låt vara att de tjänster som ägarkommunerna erbjuds från Renova ska vara prissatta enligt självkostnad. Situationen i Renova och Renova Miljö synes dock vara liknande den som gällde innan omorganisationen och den totala omsättningen har inte förändrats i någon väsentlig utsträckning sedan dess. Detta bekräftas också av de årsredovisningar och den hållbarhetsredovisning som vi tagit del av. Vår bedömning är därmed att verksamhetens karaktär, och de tjänster som totalt sett erbjuds på marknaden, inte har förändrats i särskilt stor utsträckning efter omorganisationen.

I likhet med omständigheterna i Sysav-målet synes Renova Miljö till viss del vara beroende av Renovas förbränningsanläggning för att kunna bedriva sin verksamhet. Renova Miljö använder Renovas anläggningar i viss utsträckning, och det kan inte heller uteslutas att Renova använder Renova Miljös anläggningar i någon mån, även om beroendeförhållandet bolagen emellan möjligtvis är något mindre än vad det var i Sysav-målet. Renova och Renova Miljö har vidare samma styrelse och VD, vilket också talar för att bolagen ska bedömas som en enhet. Vår bedömning är emellertid att enbart den omständighet att olika styrelse och VD tillsattes i de båda bolagen, inte skulle vara tillräckligt för att bolagen skulle anses så pass separerade att de inte skulle bedömas som en enhet.

Med hänsyn till ovanstående finns det enligt vår bedömning en risk att en domstol skulle komma fram till att Renova Miljö endast har övertagit den externa verksamheten för att ägarkommunerna ska kunna fortsätta köpa tjänster av Renova utan föregående upphandling. Detta trots att Renova och Renova Miljö, sett som en helhet, fortfarande bedriver omfattande verksamhet gentemot den privata marknaden. Det finns alltså en risk att omorganisationen uppfattas som ett konstlat, och enbart formellt, upplägg i syfte att kringgå upphandlingsreglerna, på det sätt som ansågs vara fallet i Sysav-målet. Vid sådana förhållanden finns det en risk att en domstol skulle komma fram till att bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt ska ske genom att verksamhet i fler koncernbolag än ett ska beaktas.

3.3.5 Beräkning av omsättning

För att verksamhetskriteriet ska vara uppfyllt krävs därmed enligt vår bedömning att Renova, vari även Renova Miljös verksamhet ska innefattas, bedrivit huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med ägarkommunerna. Vid den bedömningen är bl.a. omsättningen av betydelse.

Omsättningen i Renova och Renova Miljö har uppgått till följande belopp, angivet i miljoner kronor, under åren 2020-2022.

Bolag	År 2020	År 2021	År 2022
Renova	571	593	640
Renova Miljö	1 029	1 138	1 274
Sammanlagd total omsättning	1 600	1 731	1 914

Vi saknar närmare kännedom om hur stor andel av den totala omsättningen som härrör från verksamhet som bedrivits tillsammans med andra än ägarkommunerna, dvs. extern omsättning. För att Nämnden, vid tilldelning per idag, ska kunna återöppna undantaget om intern upphandling krävs dock att man kan visa att den genomsnittliga externa omsättningen (dvs. sådan omsättning som är hänförlig till annan än ägarkommunerna) totalt inom Renova och Renova Miljö understiger 20 procent av den genomsnittliga totala årsomsättningen under perioden 2020-2022.

Genomsnittlig total omsättning år 2020-2022 (mkr)	1 748 ((1 600 + 1 731 + 1 914) / 3)
Maximal genomsnittlig total extern omsättning år 2020-2022 (mkr)	350 (1 748 * 0,2)

Med utgångspunkt i den beräkning som gjorts ovan krävs alltså enligt vår bedömning att den externa omsättningen totalt inom Renova och Renova Miljö i genomsnitt understiger 350 miljoner kronor under den aktuella tidsperioden.²⁹ Även om beräkningen skulle göras baserat på uppgifter om de 36 månaderna som föregår dagen för tilldelningen, så finns inget som tyder på att kravet skulle vara uppfyllt. Detta utgör huvudregeln för hur verksamhetsdelen ska beräknas. Om uppgifterna om omsättning av någon anledning inte längre skulle vara relevanta eller tillgängliga, t.ex. på grund av att väsentliga förändringar i omsättningen skett under de senaste åren, kan verksamhetsandelen komma att bestämmas på grundval av något annat lämpligt verksamhetsmått. Då vi förstår det som att Renova Miljö i vart fall utför huvuddelen av sin verksamhet gentemot den konkurrensutsatta marknaden, d.v.s. till annan än ägarkommunerna, förefaller ovan nämnda beloppsgräns inte vara uppfylld.

3.3.6 Slutsats

Det finns ett flertal likheter mellan de omständigheter som beaktats i Sysav-målet och de omständigheter som föreligger i aktuellt fall. Vår bedömning är att det, med hänsyn till ovanstående, finns en beaktansvärd risk för att en domstol skulle komma fram till att verksamhetskriteriet inte anses uppfyllt. Detta gäller även om kammarrättens avgörande i formellt hänseende har upphävts av högre instans.

²⁹ Det är dock inte helt klart om den genomsnittliga externa omsättningen måste understiga 350 miljoner kronor även under vart och ett av de tre åren. Det finns en viss osäkerhet i denna del. Oavsett hur regeln ska förstås är det dock tveksamt om kriteriet uppfylls.

3.4 Direkt privat ägarintresse i motparten

Enligt 3 kap. 13 § LOU får det inte heller finnas något direkt privat ägarintresse i motparten för att en upphandling ska anses vara intern. Som angetts i avsnitt 3.2.5 finns det inte något direkt privat ägande i Renova vilket innebär att det inte heller finns något direkt privat ägarintresse i detsamma. Kravet får anses uppfyllt.

4. Sammanfattning

Vår bedömning är att Nämnden uppfyller kontrollkriteriet men att det finns en risk att verksamhetskriteriet inte anses uppfyllt. Med hänsyn till vad som uttalats i förarbeten och svensk rättspraxis bedömer vi att rättsläget kring om även dotterbolags omsättning ska beaktas vid beräkningen av verksamhetskriteriet fortsatt är något oklart. Som beskrivits ovan finns avgörande från Kammarrätten i Stockholm som talar för att hela koncernen ska beaktas. Avgörandet har emellertid upphävts av Högsta förvaltningsdomstolen som inte kom att pröva frågan i sak. Det finns dock stora likheter mellan de omständigheter som beaktats i Sysav-målet och de omständigheter som föreligger i aktuellt fall. Vi bedömer därför att det finns en beaktansvärd risk att en domstol skulle komma fram till att verksamhetskriteriet inte anses uppfyllt, särskilt med hänsyn till att andelen av den totala omsättningen som kan hänföras den konkurrensutsatta marknaden är relativt stor. Det skulle då saknas förutsättningar för att åberopa undantaget i förhållande till Renova.

Vidare bör noteras att det i förarbetena har poängterats att bestämmelsen om intern upphandling är avsedd att tolkas restriktivt samt att det är den som åberopar bestämmelsen som ska kunna bevisa att kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda.

Slutligen kan även tilläggas att Konkurrensverket på senare tid har granskat andra tilldelningar till Sysav. Frågorna har rört närliggande frågor rörande bl.a. hur stor del av Sysavs verksamhet som ska anses rikta sig mot andra än Sysavs ägarkommuner, samt kommunernas dokumentation och tilldelning av uppdrag till Sysav. Det ger enligt vår bedömning uttryck för att frågan fortsatt anses vara aktuell och angelägen av berörda tillsynsmyndigheter.

MANNHEIMER SWARTLING ADVOKATBYRÅ