

PROMEMORIA

TILL: Chefsjurist Linda Stenman, teknisk resurs Lars Wissing, samt byggprojektledare Peter Tholén, Östersunds kommun

KOPIA: Pär Johansson, Rangola AB

FRÅN: Advokat Natalie Svensson, Advokatfirman dNovo

ANG: Inledande rättslig bedömning kommunalägt biogasbolag

DATUM: Uppdaterat den 27 april 2021

1. KORT BAKGRUND OCH OMFATTNING

Regeringen har beslutat att kommunernas system för insamling av matavfall ska vara på plats den 31 december 2023, så att detta kan samordnas med genomförandet av EU:s krav på separat insamling av allt biologiskt avfall (mat-, trädgårds- och parkavfall). Vidare har riksdagen genom det klimatpolitiska ramverket beslutat att Sverige ska vara klimatneutralt år 2045.

Med anledning härav och i syfte att ta hand om Jämtlands län samlade matavfall, beslutade den tekniska nämnden i Östersunds kommun att starta en förstudie avseende möjligheten att bygga en rötningsanläggning på Gräfsåsen (biogasanläggning) med en kapacitet på ca 10 000 ton via bildandet av ett gemensamt ägt aktiebolag av olika kommuner i Jämtlands län ("**Bolaget**"). Ägandet kommer att ske med olika antal aktier för respektive kommun.

Tanken är att insamling substrat ska ske genom att alla kommunerna själva ordnar insamling av matavfallet från hushållen, matavfallet ska sorteras i papperspåsar. Det är sedan Bolaget som ska ordna transport av substrat/matavfall från ett eller flera uppsamlingsplatser i respektive kommun. Bolaget ska även ta emot övrigt biologiskt avfall, som gödsel från lantbruket, restprodukter livsmedelsindustrin, etc. Detta övriga avfall kan transporteras direkt från producent till anläggningen, genom att Bolaget ordnar transporten. Troligtvis kommer anläggningen att årligen ta emot ca 33 000 ton substrat varav 10 000 ton matavfall. Den resterande delen är övrigt biologiskt avfall.

ADVOKATFIRMAN DNOVO

ADRESS: BOX 1108, 251 11 HELSINGBORG
BESÖKSADRESS: DROTTNINGGATAN 15, HELSINGBORG

MOBIL: +46 70 458 65 44
E-POST: natalie.svensson@dnovolaw.com
TELEFON: +46 10 788 18 60

Bolaget ska, då biogasanläggningen är uppförd, ha möjlighet att ta emot avfall från även andra leverantörer än ägarkommunerna. Detta ska ske enligt sedvanliga upphandlingsregler enligt LOU alternativt LUF och inte uppgå till mer än 20 procent av Bolagets verksamhet.

Rötningsanläggningen bildar biogas och vilken ska säljas. Det är viktigt att ha en stor förbrukare av biogas som köper merparten av bränslet från anläggningen. Enligt erfarenheter från andra biogasanläggningar i landet är ett relevant nyckeltal 90/10. Exempelvis 90 % busstrafik och 10 % privat trafik fördelat på företag och privatbilister. Busstrafiken tankas i Östersund och resterande fordon tankas på strategiskt placerade tankställen i länet. Det har inte ingått i förstudien att utreda om det finns en faktisk marknad och köpare vad gäller biogas i Jämtland/Härjedalen. Enligt uppgift kommer kommunernas faktiska återköp av biogas vara mycket liten. Den största delen ska säljas på öppna marknaden.

Intäkterna för Bolaget är mottagningsavgifter för avfallet från ägarkommunerna och andra aktörer samt försäljningsintäkter från biogas samt biogödsel.

Målet är att kunna omhänderta avfallet i de olika kommunerna och samla det i biogasbolaget utan att vare sig ägarkommunerna eller Bolaget behöva tänka på upphandlingsreglerna vid inköp av varor och tjänster från varandra. Bolaget ska, där så är lämpligt, sträva efter att samordna sin verksamhet med ägarkommunerna och tillvarata de samordningsmöjligheter som kan finnas.

Den planerade verksamheten inom ramen för biogasbolaget medför att ett flertal juridiska frågeställningar inom olika rättsområden aktualiseras, huvudsakligen följande:

1. Hantering av annat avfall än matavfall – inom den kommunala kompetensen?
2. Inköp mellan kommunerna samt mellan kommunerna och Bolaget: undantag från upphandlingsreglerna?
3. Försäljning biogas på öppna marknaden: konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet?

Kommunen har uppdragit åt advokatfirman dNovo att inledningsvis utreda ovanstående frågeställningar. Nedan följer i stora drag de rättsliga frågeställningar som i ett inledande skede behöver bedömas och hanteras. Någon bedömning i sak kommer av naturliga skäl inte att kunna ges, däremot en fingervisning om vilka delar som ytterligare behöver utredas. Frågeställningarna berör såväl Bolaget, i egenskap av kommunalt bolag samt kommunerna ifråga som berörs av ägandet/samarbetet.

2. RÄTTSLIG ANALYS

2.1. KOMMUNALRÄTTSLIGA ASPEKTER AVSEENDE VERKSAMHETEN

2.1.1. Den kommunala kompetensen

Kommuners och kommunala bolags möjlighet att verka på olika marknader regleras främst i kommunallagen (2017:725) ("KL"). Däri föreskrivs bl. a. om den s.k. kommunala kompetensen. I 2 kap. 1 § KL anges att kommuner själva får ha hand om angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar. Allmänintresset bedöms ytterst med utgångspunkt i om det är lämpligt, ändamålsenligt och skäligt att kommunen eller regionen befattar sig med angelägenheten (prop. 2016/17:171 s. 299). Nuvarande bestämmelse innebär att om det med hänsyn till arten av ett visst ändamål anses vara ett allmänt intresse att en kommun främjar ett visst ändamål - är den berättigad till detta - även om åtgärden bara kommer en mindre del av kommunens område eller ett mindre antal av medlemmarna direkt till godo (prop. 1990/91:117 s. 148). Det krävs dock att uppgiften verkligen kan sägas vara av ett samhällsligt intresse för kommunen.

För att verksamheten – oavsett inriktning samt oavsett i vilken form den drivs – ska vara kommunalrättsligt tillåten, gäller att den måste vara allmännyttig, samt att det anses lämpligt, ändamålsenligt och skäligt att kommunerna och biogasbolaget befattar sig med den.

Omhändertagande av matavfall inom en kommun innebär en skyldighet för kommunen och ingår därmed i den kommunala kompetensen. Det övriga avfallet däremot som Bolaget ska omhänderta från producenter, d.v.s. övrigt biologiskt avfall, som gödsel från lantbruket, restprodukter livsmedelsindustrin, etc ingår inte lika självklart i den kommunala kompetensen. Till detta kommer att denna del enligt uppgift kommer att uppgå till ca 2/3 av det totala avfallet som ska hanteras av Bolaget. Detta gör att det är angeläget att kontrollera och bedöma om det är något som kommunen ska befatta sig med eller om uppgiften bättre hanteras av andra aktörer på marknaden.

Om kravet på allmännytta

För att avgöra om en verksamhet ska anses vara förenlig med den kommunala kompetensen vad gäller allmänintresset bedöms detta, som nämnts ovan, främst med utgångspunkt i om det är lämpligt, ändamålsenligt och skäligt att kommunen befattar sig med angelägenheten. Härvid gäller att det i praxis och doktrin utarbetats ett antal kriterier som kan anses känneteckna en kompetenslig verksamhet. Huruvida verksamheten har sådan karaktär att den bäst tillgodoses i kommunal regi är ett sådant kriterium. Om verksamheten tillgodoser ett

behov för kommuninvånarna talar det också för att verksamheten är kompetensenlig (se bl. a. Kammarrätten i Jönköpings dom nr 21-08). Andra sådana faktorer som beaktas är om investeringskostnaderna är höga och därav inte kan bäras ensamt av det privata näringslivet, om möjligheten att gå med vinst är små och konkurrenterna på marknaden är få till antalet.

Det är tveksamt om det ovanstående uppfylls beträffande insamling och hantering av producentavfall. Det är tveksamt om nyttan av verksamheten bäst tillgodoses i kommunal regi. Det finns många privata aktörer på avfalls/biogasmarknaden idag och varvid möjligheterna att gå med vinst bör vara förhållandevis stora. Detta bör dock närmare utredas vad beträffar Bolagets verksamhet.

Mot bakgrund av det som angetts ovan går det i dagsläget i vart fall inte att utesluta att det saknas allmännytta för den planerade verksamheten – i den del som avser annat än matavfall.

För sådan kommunal verksamhet som i och för sig faller utanför den kommunala kompetensen finns enligt svensk praxis två undantagssituationer som gör att Verksamheten ändå kan tillåtas. Den ena är s.k. *anknytningskompetens*, vilket kortfattat innebär att det finns ett naturligt och nära samband med den kompetensenliga verksamheten. Den andra är s.k. *överskottskompetens*, vilket innebär att åtgärder får vidtas avseende tillfälliga överskott av en kompetensenlig verksamhet. Det kan handla om åtgärder som, under en övergångsperiod och vid tillfällig överkapacitet i mindre omfattning, vidtas för att undvika onödig kapitalförstöring (se bl.a. RÅ 1993 ref 12).

Avfallet vid sidan av matavfallet kan anses ha ett naturligt och nära samband med inköp av matavfall. Dock utgör det övriga avfallet en betydligt större mängd än matavfallet, vilket gör det lite vanskligt att bedöma.

Proportionalitet

Kravet på att en viss åtgärd eller verksamhet ska ligga i kommunmedlemmarnas intresse rymmer också ett krav på proportionalitet. För att en insats ska vara tillåten krävs att den måste motsvara nyttan för kommunen och dess medlemmar (jfr bl.a. RÅ 2006 ref. 81).

Den kommunala nyttan av Bolaget består främst av att uppnå klimatmålen, vilket i sig är gynnande för kommunmedlemmarna och pekar således i riktning mot att driften av verksamheten står i proportion med den förväntade nyttan av densamma.

Spekulativ verksamhet

För att Kommunen ska få bedriva verksamheten gäller som huvudregel att den inte får innebära så kallad spekulativ verksamhet. I 2 kap. 7 § KL anges att kommuner och regioner får driva näringsverksamhet, om den drivs utan vinstsyfte och syftar till att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen. Regeln innebär närmare bestämt att en kommun inte får inlåta sig på så kallade spekulativa företag.

Bolagets verksamhet kommer såvitt vi förstått att bestå av handel med naturgas samt därmed sammanhängande verksamhet, t.ex insamling av avfall. I sådant fall gäller enligt naturgaslagen (2005:403) att verksamheten ska drivas på affärsmässig grund och redovisas särskilt (5 kap 2 § naturgaslagen). Med naturgas avses i naturgaslagen även biogas, gas från biomassa och andra gaser, i den mån det är tekniskt möjligt att använda dessa gaser i ett naturgassystem. Med andra ord innebär det Bolaget ska inrättas och drivas i det huvudsakliga syftet att vara vinstbringande. Detta utgör således ett undantag från den kommunala självkostnadsprincipen. Även om kommunen inte ska ägna sig åt spekulativ verksamhet innebär undantaget ett mycket mer generöst betraktelsesätt ifråga om den verksamhet som kan och får bedrivas. Av bestämmelsen framkommer att den inte är fakultativ utan innebär en skyldighet; verksamheten ska bedrivas affärsmässigt.

2.1.2. Lokaliseringsprincipen

För att en kommunal verksamhet ska omfattas av den kommunala kompetensen gäller enligt kommunallagen som huvudregel att åtgärden har *anknytning* till kommunens geografiska område eller dess invånare. Detta är ett uttryck för lokaliseringsprincipen. Principen innebär dock inte att åtgärden måste genomföras inom den egna kommunens gränser. Om åtgärden är till nytta för de egna kommunmedlemmarna kan det vara möjligt att engagera sig långt utanför den egna kommungränsen (jfr RÅ 1977 ref. 77). De intressen som kommunen vill tillgodose ska alltså vara knutna – lokaliserade – till kommunen.

På samma sätt som gäller för undantaget från självkostnadsprincipen gäller enligt naturgaslagen – såvitt Bolagets verksamhet kommer att bestå av handel med naturgas samt därmed sammanhängande verksamhet – ett undantag från lokaliseringsprincipen (5 kap 1 §). Det stadgas att ex ett kommunalt bolag, trots bestämmelsen i 2 kap. 1 § kommunallagen om anknytning till kommunens område eller dess medlemmar, utanför kommunens område får bedriva

1. handel med naturgas samt därmed sammanhängande verksamhet, eller
2. överföring av naturgas i geografisk närhet till företagets överföringsverksamhet inom kommunen i syfte att uppnå en ändamålsenlig överföringsverksamhet.

2.2. INTÄKTER FRÅN MOTTAGANDE AV AVFALL OCH FÖRSÄLJNING AV BIOGAS

Såväl Bolaget som ägarkommunerna är var och en för sig upphandlande myndigheter. Huvudregeln är att en upphandlande myndighet som anskaffar varor eller tjänster från en från myndigheten *fristående juridisk person*, normalt sett är upphandlingskyldig. Från denna huvudregel har det numera införts en reglering i LOU om undantag från "interna" upphandlingar (det s.k. Teckal-undantaget) samt "upphandling mellan upphandlande myndigheter" (det s.k. Hamburgsamarbetsundantaget"), se LOU 3 kap 11-18 §§). För att anses vara en intern upphandling resp. ett samarbete av sådant slag att upphandlingsreglerna undantas krävs att vissa kriterier uppfylls.

Som alltid vad beträffar undantag från upphandlingskyldigheten i LOU, ska bestämmelserna tillämpas restriktivt. Det är den upphandlande myndigheten som åberopar bestämmelsen som har bevisbördan för att den är tillämplig i en viss situation.

2.2.1. Teckal

Kontrollkriteriet

Undantaget gäller enkelt uttryckt fall där den upphandlande organisationen kontrollerar den part som den ingår avtal med ("kontrollkriteriet") och avtalsparten dessutom bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den upphandlande organisationen ("verksamhetskriteriet"). Den första bestämmelsen gäller anskaffningar som ägaren, ett moderbolag, gör från ett dotterbolag (12 §). Den andra bestämmelsen gäller också anskaffningar som ett moderbolag gör från ett dotterbolag men med den skillnaden att dotterbolaget kontrolleras av flera myndigheter gemensamt (13 §). Den tredje bestämmelsen gäller anskaffningar som ett dotterbolag gör från sin ägare, moderbolaget (14 §). När flera upphandlande organisationer har gemensam kontroll över motparten är det inte möjligt att göra en omvänd intern upphandling. Den kontrollerade parten (i detta fall Bolaget) kan alltså inte göra en anskaffning från de kommuner som den gemensamt kontrolleras av, inom ramen för undantaget. Den fjärde bestämmelsen gäller anskaffningar som ett dotterbolag gör från ett systerbolag (15 §).

EU-domstolen har ett flertal gånger uttalat att den omständigheten att den upphandlande myndigheten ensam eller tillsammans med andra myndigheter äger samtliga aktier i det bolag som tilldelats kontraktet som regel tyder på, utan att vara av avgörande betydelse för bedömningen, att kontrollkriteriet är uppfyllt. Vad gäller ägarandel har 0.25 procents ägarandel accepterats av EU-domstolen i mål C-295/05 Asemfo. I det aktuella målet ägde staten 99 procent av aktierna i ett bolag, resterande procent ägdes av fyra regioner, dvs. 0,25 procent var.

Enbart ett formellt ägande räcker dock inte – myndigheten måste även utöva kontroll. EU-

domstolens avgörande i de förenade målen C-182/11 och C-183/11 Econord innebär att kravet på kontroll över den fristående juridiska personen motsvarande den som utövas över den egna förvaltningen har skärpts till att innebära att myndigheten måste visa att den själv utövar, eller åtminstone kan utöva, aktiv och effektiv kontroll. Det räcker till exempel inte i sig med att myndigheten visar att den gemensamt med andra enheter kan utse representant(er) i styrelsen hos den enhet som tilldelats kontraktet. Myndigheten måste visa att den själv både äger och deltar aktivt i kontrollen över den fristående juridiska personen. Detta för att undvika missbruk av undantagsreglerna. Det ska vara möjligt för myndigheten att påverka de beslut som fattas av nämnda enhet. Det ska vara fråga om en möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande i fråga om såväl den fristående enhetens strategiska mål som dess viktiga beslut.

I Bolagets fall behöver bolagsordning och aktieägaravtal granskas för att kontrollera huruvida samtliga ägarkommuner anses ha kontroll över Bolaget eller om det är Östersunds kommun som, via sitt kommunalägda bolag, anses ha den egentliga kontrollen över Bolaget. Såttillvida att Östersunds kommun har kontroll över Bolaget, ensamt eller gemensamt, uppfylls kontrollkriteriet för kommunens del.

Verksamhetskriteriet

Enligt EU-domstolen har verksamhetskriteriet särskilt till syfte att säkerställa att upphandlingsdirektiven är tillämpliga i det fall då ett företag, som kontrolleras av en eller flera myndigheter, är aktivt på marknaden och således kan konkurrera med andra företag. Även om kravet på ägarförhållanden som sådant är uppfyllt anses en juridisk person således inte stå under tillräcklig kontroll, om personen ändå ägnar en stor del av sin verksamhet åt att konkurrera på marknader med privata aktörer.

För att undantaget ska gälla behöver därför det s.k. verksamhetskriteriet uppfyllas. För att verksamhetskriteriet ska vara uppfyllt ska den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriva mer än 80 procent av sin verksamhet för den kontrollerande myndighetens räkning. Verksamheten ska alltså huvudsakligen utövas åt den upphandlande myndigheten som utövar kontrollen. Enligt 3 kap. 16 § LOU ska verksamhetsandelen bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor, tjänster och byggentreprenader under de tre år som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

EU-domstolen har i mål C-553/15 Undis kommit fram till att enbart sådan verksamhet som bedrivs åt de kontrollerade myndigheterna är av betydelse för bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt. Verksamhet som företaget bedriver åt andra upphandlande myndigheter som inte kontrollerar företaget anses bedrivas för tredje man.

I Sysav II-målet gjorde Konkurrensverket bedömningen att samtliga intäkter från både moderbolagen och dotterbolagen skulle räknas samman. Bedömning delades av kammarrätten som fastställde att in house-undantaget inte var tillämpligt, då en omfattande del av verksamheten bedrevs mot den privata marknaden (den externa omsättningen för de båda bolagen uppgick till 62 procent). Resultatet visade att avfallsbolagen hade allt för stora intäkter från andra än ägarkommunerna för att in house-regeln skulle kunna användas.

Intern eller extern intäkt

Det är inte helt lätt att avgöra om en intäkt ska anses komma från ägarkommunerna i sig eller från tredje man (extern). Problematiken uppkommer typiskt sett i bostadsbolag, varvid intäkterna i huvudsak inte kommer från kommunen i sig utan från tredje man (hyresgästerna). Frågan är då om ett kommunalt allmännyttigt bostadsbolag kan uppfylla verksamhetskriteriet i förhållande till sin ägare (kommunen). Med andra ord, är det kommunala bostadsbolagets hyresintäkter att se som "extern omsättning" eller som en "intern omsättning" vid bedömningen av verksamhetskriteriet. Åsikterna härvid går delvis isär:

EU-domstolen har i mål C-340/04 Carbotermo konstaterat att all den verksamhet som den kontrollerade parten bedriver för den kontrollerande myndighetens räkning ska beaktas vid bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt. Det avgörande är således omsättningen från all den verksamhet som det kontrollerade företaget utövar och som är del av det avtal som företaget tilldelats av sin ägare, i detta fall ägarkommunen. EU-domstolen anser också att det saknar betydelse vem som är förmånstagare (den upphandlande myndigheten själv eller den som utnyttjar tjänsten) eller vem som betalar det kontrollerade företaget (den upphandlande myndigheten själv eller tredje parter som utnyttjar tjänsten) eller var tjänsten tillhandahålls.

Ett kommunalt allmännyttigt bostadsbolag har i regel fått uppdraget från sin ägare, kommunen, att tillgodose bostadsförsörjningen inom kommunen av ägaren. Av det skälet och utifrån det aktuella EU-avgörandet skulle man kunna argumentera för att verksamhetskriteriet är uppfyllt även om det är kommunmedlemmarna, och inte kommunen själv, som betalar för tjänsterna, och att det således borde vara tillåtet att upphandla från och till kommunala bostadsbolag. Bostadsbolagets verksamhet skulle kunna anses ske för sin ägares, kommunens, räkning. Å andra sidan konkurrerar allmännyttiga kommunala bostadsbolag med privata hyresvärdar och måste därför bedriva sin verksamhet på affärsmässiga principer, se 2 § lagen (2010:879) om allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag, vilket snarare skulle kunna ses som ett argument emot att verksamhetskriteriet skulle kunna vara uppfyllt.

Förvaltningsrätten i Uppsala har närmare bedömt olika intäkter i ett mål avseende avfallstjänster (mål nr 6658-15) och som inte har överklagats. Målet rörde en talan om otillåten direktupp-

handling av avfallstjänster i samband med att bolaget Vafab ombildades till ett kommunalförbund år 2015. Samtidigt som bolaget blev ett kommunalförbund godkändes ett uppdragsavtal mellan Vafab och kommunalförbundet. Enligt Konkurrensverket var avtalet att likställa med en otillåten direktupphandling av avfallstjänster. En nyckelfråga i målet var hur man skulle allokera olika intäkter som Vafab hade och om intäkterna var att anse som "interna" eller externa". Vafabs intäkter kunde delas upp på sex olika kategorier: Kategori 1 avsåg intäkter baserade på den kommunala grundavgiften, återbruksavgiften och behandlingsavgifter samt försäljning av energi från avfall som hushållen sorterat. Kategori 2 avsåg intäkter baserade på försäljning av återvinningsmaterial och biogas från avfall som hushållen sorterat. Kategori 3 avsåg intäkter från kommunernas bolag baserade på avgifter för hushållsavfall och övrigt avfall. Kategori 4 avsåg intäkter från hushåll i regionen baserade på avgifter och försäljning i samband med fastighetsnära insamling av i huvudsak tidningar och förpackningar. Kategori 5 avsåg intäkter från andra offentliga verksamheter baserade på behandlingsavgifter för annat avfall än hushållsavfall. Kategori 6 avsåg intäkter från övriga organisationer baserade på behandlingsavgifter och försäljning av annat avfall än hushållsavfall. En viktig fråga i målet rörde om intäkterna från kategori 2 och kategori 3 skulle anses ingå i verksamheten ifråga eller inte, dvs. om dessa intäkter skulle vara "intern omsättning" (vilket kommunerna ansåg) eller "extern omsättning" (vilket Konkurrensverket ansåg).

Förvaltningsrätten ansåg, med hänvisning till bl.a. mål C-340/04 Carbotermo, att Vafab tilldelats hela renhållningsverksamheten och samtliga moment som ingick i den verksamheten av kommunalförbundet. Det innebar att försäljning av kategori 2 (återvinningsmaterial och biogas till tredje man) och kategori 3 (intäkter från kommunernas bolag baserade på avgifter för hushållsavfall och övrigt avfall) därför skulle anses ha gjorts tillsammans med kommunalförbundet, dvs. för kommunalförbundets Vafabs räkning, i den mening som avses i 3 kap. 12 § första stycket 2 LOU. Omsättningen från försäljning av återvinningsmaterial och biogas till tredje man skulle enligt förvaltningsrätten således betraktas som en "intern omsättning"

Det är inte säkert att en överrätt hade kommit till samma slutsats som förvaltningsrätten. Förvaltningsrättens avgörande har ingen "praxis"-karaktär men visar om inte annat det inte är helt självklart att bedöma huruvida en intäkt är att betrakta som externa eller interna.

2.2.2. Hamburgsamarbeten (3 kap 17 § LOU)

Tillämpningen av undantaget förutsätter, till skillnad från vad som gäller för interna upphandlingar (Teckal), inte att någon av parterna utövar en kontroll över någon av de andra parterna som motsvarar den som utövas över den egna förvaltningen.

I 3 kap 17 § LOU anges att LOU inte gäller för upphandling mellan två eller fler upphandlande myndigheter om

1. upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas gemensamma mål,
2. samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och
3. myndigheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.

Regleringen syftar till att avtal genom vilka ett samarbete mellan myndigheter inrättas, vilket syftar till att säkerställa att ett allmännyttigt uppdrag som är gemensamt för dessa myndigheter fullgörs, ska kunna ingås utan tillämpning av LOU, såtillvida att konkurrensen inte snedvrids och ingen privat aktör gynnas av samarbetet.

Samarbete mellan myndigheter

För att omfattas av undantaget krävs att det är fråga om ett avtal om samarbete mellan upphandlande myndigheter. Det krävs att parterna samarbetar för att undantaget ska vara tillämpligt. I direktivet anges att samarbetet, för att uppfylla villkoren för undantaget, bör grundas på ett "samarbetskoncept" (se beaktandeskäl 33 i direktivet). Om avtalet i stället innebär att en upphandlande myndighet köper en tjänst av en annan myndighet är undantaget inte tillämpligt, se mål C-429/19 Remondis.

De offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra ska tillhandahållas för att uppnå myndigheternas gemensamma mål.

De tjänster som tillhandahålls av de olika deltagande myndigheterna måste inte nödvändigtvis vara identiska; de kan också komplettera varandra så länge de är inom samma verksamhetsområde.

Offentliga tjänster

Begreppet offentliga tjänster är inte definierat i lagen eller i direktivet. I förarbetena (prop. 2015/16:195 s. 966) anges att begreppet får antas motsvara begreppen allmännyttiga tjänster och allmännyttiga uppdrag. I förarbetena till LOU anges att en indikation på att en tjänst inte är en offentlig tjänst i lagens mening kan vara att avtalet i betydande mån gäller tjänster som typiskt sett tillhandahålls av andra aktörer än myndigheter. Att det aktuella uppdraget tillhandahålls på marknaden under konkurrens kan tala emot att det är fråga om en offentlig tjänst i undantagets mening. Upphandlingsmyndigheten anger i sin skrift "Samarbetsavtal – om s.k. Hamburgsamarbeten" (2017) att med offentliga tjänster avses troligen sådana tjänster som

utförs för att nå operativa mål och inte samarbeten som enbart avser stödverksamhet för att nå dessa mål. Upphandlingsmyndigheten menar att samarbetsavtal även bör kunna avse frivilliga uppgifter som en upphandlande myndighet har tagit på sig att utföra.

Enligt förarbetena tyder EU-domstolens uttalanden i mål C-480/06 Hamburg, punkt 37, och mål C-159/11 Lecce, punkt 37 på att begreppen "allmännyttiga tjänster" och "allmännyttiga uppdrag" och därmed även begreppet "offentliga tjänster" ska tolkas restriktivt. Det ska enligt förarbetena därför röra sig om tjänster som kan härledas till ett offentligt åliggande för en myndighet att tillhandahålla desamma eller att åtminstone tillse att så sker.

Kommissionen har definierat tjänster av allmänt intresse som sådana tjänster som medlemsstaternas myndigheter anser vara av allmänt intresse och som därför är kopplade till särskilda skyldigheter att tillhandahålla dem. Begreppet täcker både ekonomisk verksamhet och icke-ekonomisk verksamhet. Med tjänster av allmänt ekonomiskt intresse avses enligt Kommissionen ekonomisk verksamhet vars resultat är till övergripande allmän nytta och som marknaden inte skulle tillhandahålla utan offentligt ingripande (eller endast på andra villkor vad avser kvalitet, säkerhet, överkomlighet, likabehandling och allmän tillgång). I utredningsdirektivet till Kommunallagsutredningen (dir. 2012:105) uttalade regeringen att många av de välfärdstjänster som tillhandahålls av svenska kommuner och landsting (numera regioner), såsom bland annat hälso- och sjukvård, äldreomsorg, barn- och ungdomsutbildning, renhållning och avfallshantering sannolikt kan definieras som tjänster (ekonomiska eller icke-ekonomiska) av allmänt intresse.

Det är upp till medlemsstaterna att definiera vad som utgör tjänster av allmänt intresse.

Samarbetet ska enligt lagbestämmelsen endast styras av överväganden som hänger samman med allmänintresset. Det innebär bland annat att samarbetet ska avse huvudsakligen utförandet av offentliga tjänster och inte kommersiell verksamhet och att samarbetsparternas verksamhet på den öppna marknaden ska vara begränsad. Allmänintresset ska också vara styrande vad gäller de ekonomiska överföringarna mellan parterna. Dessa krav hänger samman med den övergripande målsättningen att samarbetet inte får snedvrída konkurrensen i förhållande till privata aktörer och att den grundläggande principen om likabehandling får inte trädas för när. Det innebär att privata leverantörer inte får gynnas av samarbetet i förhållande till konkurrenterna. En indikation på att en tjänst inte är att anse som en offentlig tjänst kan vara att det i betydande mån gäller tjänster som typiskt sett tillhandhålls av andra aktörer än myndigheter, prop. 2015/16:195, del 2, s. 966. Den närmare gränsdragningen mellan vad som är en offentlig tjänst och annan tjänst får dock, som angivits, ytterst avgöras i rättstillämpningen.

Verksamheten som berörs av samarbetet och öppna marknaden

I 3 kap 17 § punkten 3 klargörs att undantaget för kontrakt mellan upphandlande myndigheter kan användas endast om myndigheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet. Bestämmelsen syftar, liksom den i punkten 2, till att undvika en snedvridning av konkurrensen. De deltagande upphandlande myndigheterna måste således utöva verksamhet på den öppna marknaden i en omfattning som understiger 20 procent av de verksamheter som berörs av samarbetet. Den innebär att begränsningen inte gäller för verksamhet på marknaden utanför samarbetet. Om myndigheterna verkar på den öppna marknaden i någon verksamhetsdel med en större andel än 20 procent, men denna verksamhet inte berörs av samarbetet, utgör således detta inget hinder för tillämpningen av undantaget. Verksamhetsdelar utanför samarbetet ska således inte räknas med.

Bestämmelsen är inte tydlig, utan innefattar flera tolkningssvårigheter ifråga om omfattning och innebörd av begreppen "verksamhet", den "öppna marknaden" och "verksamheter som berörs av samarbetet". Varken förarbetena till LOU eller direktivets skäl ger någon ledning kring hur denna avgränsning ska ske och rättsläget är osäkert.

Vad som avses med den "öppna marknaden" framgår inte heller av direktivet eller LOU. Enligt Upphandlingsmyndighetens tolkning (i "Samarbetsavtal – om s.k. Hamburgsamarbeten" (2017)) ska med den "öppna marknaden" avse den del av verksamheten kopplad till samarbetet som sker utanför ramarna för det aktuella samarbetsavtalet.

2.3. KONKURRENSLAGEN

2.3.1. Förbud mot konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet

Verksamheten aktualiserar möjligen även en bedömning av framför allt konkurrenslagens (2008:579) "**KonkL**", 3 kap. 27 och 28 §§ om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Enligt denna reglering får staten, en kommun eller en region (eller juridisk person vari dessa har ett väsentligt inflytande) förbjudas att (i) i en säljverksamhet tillämpa ett visst förfarande eller att (ii) bedriva en viss säljverksamhet som

- (i) snedvrider, eller är ägnat att snedvrیدا, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller
- (ii) hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.

Syftet med konfliktlösningsregeln i KonkL är att komma till rätta med konkurrensnedvridningar som kan uppstå när offentliga aktörer bedriver säljverksamhet i konkurrens med privata aktörer. Här bör även noteras att regleringen i KonkL gällande förbudet mot konkurrensbegränsade avtal och missbruk av dominerande ställning (2 kap. 1 § respektive 7 §) kan bli tillämpliga vad gäller kommunala bolag, men det finns ingen anledning att tro att dessa bestämmelser är av intresse att bedöma avseende den nu aktuella Verksamheten.

För att konfliktlösningsregeln ska vara tillämplig måste det vara fråga om en säljverksamhet som utgör ett företag enligt definitionen i 1 kap. 5 § KonkL, dvs. begreppet ska tolkas vidsträckt och i princip omfatta varje juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur som inte utgör myndighetsutövning. Det spelar ingen roll om verksamheten är inriktad på ekonomisk vinst eller inte.

Verksamheten ska bedrivas av Kommunen och är, såsom vi fått den beskriven, sådan att den får anses omfattas av 1 kap. 5 § KonkL, dvs. det är en verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur.

Konkurrensnedvridning

Rekvisitet "snedvrider" tar sikte på situationen att det inte råder konkurrens på så lika villkor som möjligt. Det kan t.ex. vara så att den offentlige aktören drar oberättigade fördelar av en myndighetsroll vid sidan av verksamheten. Rekvisitet "hämmar" tar bl.a. sikte på de fallen att det privata alternativet faller bort eller att privata aktörer över huvud inte får tillträde på marknaden till följd av den offentlige aktörens förfarande (prop. 2008/09:231, s. 57). Snedvridningar har i allmänhet sin grund i att t.ex. en kommun kan bedriva en verksamhet utan några påtagliga risker för verksamhetens existens och därmed verkar under andra förutsättningar än privata aktörer. En grundförutsättning vid tillämpningen av en konfliktlösningsregel mellan offentliga och privata aktörer bör vara förekomsten av, eller fara för negativa effekter på konkurrensen. Den fråga som ska besvaras vid prövningen i det enskilda fallet är om beteendet skadar drivkrafterna till konkurrensen samt själva mekanismerna på marknadsplatsen (prop. 2008/09:231, s. 35 f.). De konkurrenshämmande effekterna bör vara av någon betydelse för att ett förbud ska komma i fråga. För ingripande enligt konkurrensreglerna krävs också att agerandet har en betydande marknadspåverkan. Det ställs alltså inte upp något märkbarhetskrav (prop. 2008/09:231, s. 37 och 57).

Några typfall som anses kunna snedvrیدا eller hämma förutsättningarna för en effektiv konkurrens är t.ex. förfaranden som innebär underprissättning, diskriminering, vägran att ge tillträde till viss infrastruktur eller som är selektiva (prop. 2008/09:231, s. 36). En blandning av myndighetsutövning och affärsverksamhet anses hämma förutsättningarna för en effektiv konkurrens. Dit kan även hänföras fall där den offentlige aktörens blotta närvaro på marknaden kan leda till att privata aktörer får upphöra med eller får svårt att expandera sin verksamhet

eller att närvaron i sig utgör ett etableringshinder, s.k. undanträngningseffekter. Enskilda beteenden kan dock inte generellt sett stämplas som olämpliga eftersom förhållandena kan skilja sig åt i olika delar av landet. Ett beteende som är negativt för konkurrensen i en kommun betyder alltså inte per automatik att det även är negativt i en annan kommun, där förutsättningarna kan vara annorlunda.

Den relevanta marknaden

Vid bedömningen av om en offentlig säljverksamhet är konkurrensbegränsande är det konkurrensen på den s.k. relevanta marknaden som bedöms. I detta begrepp inryms såväl den relevanta geografiska marknaden och den relevanta produktmarknaden. För att bestämma produktmarknad respektive geografisk marknad krävs en omfattande prövning, ur ett såväl ekonomiskt som juridiskt perspektiv. Kortfattat brukar man med den *relevanta produktmarknaden* avses produkter som är inbördes utbytbara med hänsyn till egenskaper, pris, användning, konsumenters och andra användares uppfattning samt faktiska substitutionsmöjligheter. Med den *relevanta geografiska marknaden* avses det område inom vilket de berörda företagen tillhandahåller de relevanta produkterna och inom vilket konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade (prop. 2008:09:231, s. 58).

Förbud förenat med vite

Enligt 3 kap. 27 och 28 §§ KonkL får en kommun, efter att Konkurrensverket väckt talan hos patent- och marknadsdomstolen (del av Stockholms tingsrätt), förbjudas att (i) i en säljverksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § samma lag, tillämpa ett visst förfarande om Verksamheten hämmar eller snedvrider, alternativt är ägnad att hämma eller snedvrیدا, förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens på marknaden. Under dessa förhållanden får även en kommun förbjudas att (ii) bedriva en viss säljverksamhet.

Offentliga aktörer kan således meddelas två olika typer av förbud: (i) förfarandeförbud och (ii) verksamhetsförbud. Ett förbud gäller som huvudregel direkt, men kan villkoras till att börja gälla senare samt kan förenas med vite (6 kap. 1 § st. 1 p. 2 KL).¹

1. Förfarandeförbud

Vid förfarandeförbud förbjuds den offentliga aktören ett visst förfarande, t.ex. det sätt på vilket försäljningen sker. Det kan t.ex. handla om underprisförsäljning.

¹ Konkurrensverket kan utfärda förbud mot konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet, däremot är det inte möjligt att utfärda konkurrensskadeavgift (jmf. 3 kap. 5 § KonkL).

Förbud inte heller meddelas för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt. Det betyder att såtillvida att det allmänna intresset väger tyngre än konkurrensbegränsningen, kan förfarandet anses försvarbart från allmän synpunkt och ska således inte förbjudas (3 kap 27 § 2 st).² En del av bedömningen av försvarbarhetsrequisitet är motiven bakom det konkurrensnedvridande förfarandet. Det är av vikt att utreda huruvida syftet med beteendet är *internt* eller *externt*, d.v.s. om syftet med säljverksamheten är allmänhetens behov eller om intresset istället är att främja den egna organisationen, t.ex. för att kunna behålla personal. Externa motiv ska tas med i bedömningen - till skillnad från interna motiv som inte ska beaktas (prop. 2008/09:231 s. 38). Innan ett förfarande kan anses vara försvarbart från allmän synpunkt ska det dessutom vägas in om det finns ett alternativt tillvägagångssätt att tillgodose allmänintresset som inte snedvrider konkurrensen. Finns ett sådant alternativt tillvägagångssätt ska allmänintresset inte anses vara försvarbart från allmän synpunkt. Skadas konkurrensen, måste de skäl som åberopas för att låta förfarandet fortgå ha en verklig tyngd och vara av en klart angelägen karaktär. Ju större skadorna för konkurrensen är, desto större styrka ska krävas i fråga om de uppvägande omständigheterna (jfr. prop. 2008/09:231, s. 38). I förarbetena anges vidare att det är en fråga för rättstillämpningen att i varje enskilt fall väga konkurrensintresset mot de skäl som åberopas till försvar för beteendet (prop. 2008/09:231 s. 36).

2. Verksamhetsförbud

Vid verksamhetsförbud förbjuds hela säljverksamheten i sig. Detta får ske enbart om verksamheten inte är förenlig med lag. Såtillvida att verksamheten bedrivs enligt KL och för en kommun övriga tillämpliga lagar är den förenlig med lag och får således *inte* förbjudas. I praxis är det framförallt den kommunala kompetensen enligt KL som anses ha överträtts och som därmed gör en säljverksamhet oförenlig med lag.

Av intresse är att det finns en hel del avskrivna mål eller mål där Konkurrensverket återkallat sin talan. Det framgår av dessa ärenden att kommunerna ifråga eller kommunala bolagen under tiden för Konkurrensverkets granskning förändrar sin verksamhet, genom att t.ex. omorganisera sig, sälja verksamheten eller börja ta betalt för tjänsterna för att minska den externa försäljningen och de konkurrensbegränsande effekterna. Se t.ex. mål T 9290-11 hos Stockholms tingsrätt.

3. SANKTIONER

En risk finns alltid att en konkurrent eller kommunmedborgare vill klaga eller få prövat ett visst kommunalt beslut eller transaktion. Det kan även vara så att Konkurrensverket bedömer att det ska granska ett visst upplägg eller affärsverksamhet. Utöver risken för förbud och vite enligt

² Notera att detta skäl inte blir aktuellt då det är fråga om att förbjuda hela säljverksamheten i sig (verksamhetsförbud, se nedan). Vilket av dessa förbud som blir aktuellt beror på den talan som förs av konkurrensverket.

konkurrenslagen om en verksamhet bedöms hindra konkurrensen (se ovan p. 2.3.1) finns det vissa sanktioner som gör sig särskilt påmind vid ett upplägg liknande det nu föreslagna:

1. Kommunallagen; laglighetsprövning 13 kap (t.ex. av ett beslut av kommunfullmäktige eller en kommunal nämnd)

En medlem av en kommun har möjlighet att ansöka om att förvaltningsrätten upphäver ett kommunalt beslut om det skulle anses strida mot lag. Ett överklagande ska ges in till förvaltningsrätten inom tre veckor från det att det tillkännagavs på kommunens, regionens eller kommunalförbundets anslagstavla att protokollet över beslutet justerats. En prövning kan t.ex. göras avseende ett besluts förenlighet med den kommunala kompetensen.

2. LOU; såtillvida varken Teckal- eller Hamburgundantaget anses vara tillämpligt

Upphandlingsskadeavgift (21 kap)

Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen och är den enda organisation som kan ansöka om upphandlingsskadeavgift. Upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får dock aldrig vara större än tio procent av värdet på det kontrakt som upphandlingen gällde. När avgiften bestäms ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I mindre allvarliga fall ska någon avgift inte beslutas. Domstolen får även besluta att avstå från att döma ut en upphandlingsskadeavgift om det föreligger synnerliga skäl. Att en upphandlande organisation döms att betala en upphandlingsskadeavgift innebär inte i sig att det upphandlade avtalet blir ogiltigt. I så fall behöver en leverantör samtidigt väcka talan om ogiltighet hos förvaltningsrätten.

Ogiltighetstalan (20 kap)

En leverantör kan ansöka hos förvaltningsrätten om att ett avtal som en upphandlande organisation har ingått ska förklaras ogiltigt. Om avtalet förklaras ogiltigt innebär det att avtalet inte längre gäller mellan parterna. Leverantörens ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom 6 månader från det att avtalet slöts. Följden av att ett avtal ogiltigförklaras är att avtalet mellan den upphandlande organisationen och leverantören blir civilrättsligt ogiltigt. Ogiltigförklaringen gäller retroaktivt, det vill säga från det att avtalet ingicks, och innebär att alla prestationer som hunnit utbytas mellan avtalsparterna ska återgå. Till exempel ska varor som levererats till den upphandlande organisationen återgå till leverantören och den upphandlande organisationen ska återfå erlagd betalning. Om detta inte är möjligt ska i stället förmögensläget återställas. Om avtalet exempelvis gällde varor som redan levererats och förbrukats, eller tjänster redan utförts, kan parterna få utge ersättning för den nytta de har haft av varandras prestationer. Om det i stället är fråga om en byggentreprenad

och byggnaden uppförts till hälften när avtalet förklaras ogiltigt får ersättning lämnas för de prestationer som redan har utförts, medan framtida prestationer inte får utföras.

Skadeståndstalan (20 kap)

En leverantör som anser att den har lidit skada på grund av att en upphandlande organisation har brutit mot upphandlingslagstiftningen kan inleda ett mål om skadestånd i tingsrätten. Domstolen kan besluta om skadestånd till leverantören om den upphandlande organisationen inte följt upphandlingslagstiftningen och leverantören lidit skada av detta. En leverantör som vill begära skadestånd måste väcka talan hos tingsrätten genom en ansökan om stämning. Ansökan måste ha kommit in inom ett år från när avtalet slöts. Om avtalet har förklarats ogiltigt av en domstol ska ansökan ha kommit in till tingsrätten inom ett år från avgörandet. En upphandlande myndighet eller enhet (upphandlande organisation) som inte har följt upphandlingsreglerna ska ersätta den skada som därigenom har uppkommit för en leverantör. Den upphandlande organisationen kan bli skyldig att betala skadestånd oavsett om organisationen har begått felet med uppsåt eller på grund av oaktsamhet. Rätt till skadestånd förutsätter dock att det föreligger en tillräckligt klar överträdelse av lagen. Den som begär skadestånd är bevis-skyldig för skadan.

Med uppkommen skada avses både onödiga kostnader och utebliven vinst, det så kallade positiva kontraktsintresset. För att leverantören ska få rätt till ersättning för det positiva kontraktsintresset krävs i princip att leverantören har förlorat kontraktet på grund av upphandlingsfelet. Det är dock tillräckligt att leverantören kan visa att det är sannolikt att leverantören har förlorat kontraktet till följd av överträdelsen.

4. SAMMANFATTNING

Den kommunala kompetensen

För att verksamheten – oavsett inriktning samt oavsett i vilken form den drivs – ska vara kommunalrättsligt tillåten, gäller att den måste vara allmännyttig, samt att det anses lämpligt, ändamålsenligt och skäligt att kommunerna och biogasbolaget befattar sig med den. Omhändertagande av matavfall inom en kommun innebär en skyldighet för kommunen och ingår därmed i den kommunala kompetensen. Det övriga avfallet däremot som Bolaget ska omhänderta från producenter, d.v.s. övrigt biologiskt avfall, som gödsel från lantbruket, restprodukter livsmedelsindustrin, etc. ingår inte lika självklart i den kommunala kompetensen. Till detta kommer att denna del enligt uppgift kommer att uppgå till ca 2/3 av det totala avfallet som ska hanteras av Bolaget. I dagsläget går det i vart fall inte att utesluta att det saknas allmännytta för den planerade verksamheten – i den del som avser annat än matavfall.

Detta gör att det är angeläget att kontrollera och bedöma om det är något som kommunen ska befatta sig med. En jämförelse kan härvid lämpligen göras med andra kommuner samt kombineras med en utredning om nödvändigheten av att ta hand om det kommunala matavfallet. I detta sammanhang ska beaktas att avfallet vid sidan av matavfallet kan anses ha ett naturligt och nära samband med hanteringen av matavfallet. Detta behov gör sig extra påtagligt mot bakgrund av att Kommunen måste ta hand om sitt matavfall och det sätt som detta bäst låter sig göras på – för att biogasanläggningen ska vara praktiskt och ekonomiskt görbart - är via samtidig insamling och hantering av annat avfall.

Undantag från upphandlingsreglerna

Såväl Bolaget som ägarkommunerna är var och en för sig upphandlande myndigheter. Huvudregeln är att en upphandlande myndighet som anskaffar varor eller tjänster från en från myndigheten *fristående juridisk person*, normalt sett är upphandlingsskyldig. Från denna huvudregel har det numera införts en reglering i LOU om undantag från "interna" upphandlingar (det s.k. Teckal-undantaget) samt "upphandling mellan upphandlande myndigheter" (det s.k. Hamburgsamarbetsundantaget"). För att anses vara en intern upphandling resp. ett samarbete av sådant slag att upphandlingsreglerna undantas krävs att vissa kriterier uppfylls. För Bolagets del samt för respektive ägarkommun är det möjligt att både Teckal respektive Hamburgundantaget kan vara tillämpligt.

För att *Teckal-undantaget* ska vara tillämpligt krävs att respektive ägarkommun *kontrollerar* Bolaget. I detta fall krävs att bolagsordning och aktieägaravtal granskas för att kontrollera huruvida samtliga ägarkommuner anses ha kontroll över Bolaget eller om det är Östersunds kommun som, via sitt kommunalägda bolag, anses ha den egentliga kontrollen över Bolaget. Såttillvida att Östersunds kommun har kontroll över Bolaget, ensamt eller gemensamt, uppfylls kontrollkriteriet i vart fall för Östersunds kommuns del.

Även det s.k. verksamhetskriteriet behöver uppfyllas. För att verksamhetskriteriet ska vara uppfyllt ska den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriva mer än 80 procent av sin verksamhet för den kontrollerande myndighetens räkning. Verksamheten ska alltså huvudsakligen utövas åt den upphandlande myndigheten som utövar kontrollen. Detta ska bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen under de tre år som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod. Enbart interna intäkter ska tas hänsyn till vid denna beräkning. Det är dock inte helt lätt att avgöra om en intäkt ska anses komma från ägarkommunerna i sig eller från tredje man (extern) och det finns domstolsavgöranden som konstaterar att såttillvida att ett bolag utför ett uppdrag åt den kontrollerande parten (t.ex. bostadsbolag som hyr ut bostäder till tredje man) anses alla intäkter utgöra interna intäkter från kommunen, även om dessa kommer från tredje man. Det finns dock ingen relevant praxis att falla tillbaka på här.

Detta betyder att det inte går att utesluta att Bolaget, som möjligen kommer att få en betydande del av sina intäkter från tredje man, inte uppfyller verksamhetskriteriet. Det går dock inte att ge ett entydigt svar härvid.

För att omfattas av *Hamburg-undantaget* krävs att det är fråga om ett avtal om samarbete mellan upphandlande myndigheter. Det krävs att parterna samarbetar för att undantaget ska vara tillämpligt. Om avtalet i stället innebär att en upphandlande myndighet köper en tjänst av en annan myndighet är undantaget inte tillämpligt. För det andra krävs, i likhet med uppfyllandet av den kommunala kompetensen, att samarbetet endast ska styras av överväganden som hänger samman med allmänintresset. Det innebär bland annat att samarbetet ska avse huvudsakligen utförandet av offentliga tjänster och inte kommersiell verksamhet och att samarbetsparternas verksamhet på den öppna marknaden ska vara begränsad. Dessa krav hänger samman med den övergripande målsättningen att samarbetet inte får snedvrیدا konkurrensen i förhållande till privata aktörer och att den grundläggande principen om likabehandling får inte trädas för när. För det tredje krävs att de deltagande upphandlande myndigheterna utövar verksamhet på den öppna marknaden i en omfattning som understiger 20 procent av de verksamheter som berörs av samarbetet. Bestämmelsen syftar till att undvika en snedvridning av konkurrensen. I denna del behöver särskilt avsättningen av biogasen granskas, d.v.s. hur stor del av försäljningen av biogas sker på öppna marknaden.

Frågan huruvida Bolaget ska ägas av samarbetande kommuner eller ej eller om samarbetet enbart ska utgå från ett samarbetsavtal är en sak som åter kan behöva reflekteras över. Det finns inget som är mer eller mindre fördelaktigt sett ur ett upphandlingsperspektiv utan härvid behöver man utgå från den samarbetsform som faller sig mest naturlig och ändamålsenlig ur parternas synvinkel. För att undantag för Hamburgsamarbeten ska kunna tillämpas gäller, utöver krav på allmännytta etc. som nämnts ovan även att Bolaget behöver organiseras på ett sådant sätt att det är tydligt att det rör sig om ett samarbete mellan kommunerna och inte enbart köp av varandras tjänster.

Konkurrenshänsyn

Vad gäller konkurrenslagen och förbudet mot konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet är det viktigt att Bolaget använder marknadsmässiga priser för att om möjligt undvika konkurrenssnedvridande effekter.