

REGERINGSRÄTTENS DOM

Mål nr
172–175-06

meddelad i Stockholm den 17 mars 2008

KLAGANDE

Simrishamns kommun

Ombud

Advokaten Anders Boquist
Hamilton Advokatbyrå Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPARTER

1. SITA Sverige AB, 556108-8393
2. SAKAB EcoPlus AB (tidigare Sydkraft EcoPlus AB), 556527-2944
3. Ragn-Sells AB, 556057-3452
4. Liselotte Löf AB, 556423-0125

Ombud

1. Chefsjuristen Pär Cronhult
Box 5625
114 86 Stockholm

2. Advokaten Ulf Hökeberg
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrättens i Göteborg dom den 22 december 2005 i mål nr
1236–1239-05 (bilaga)

Dok.Id 49851

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 5

Expeditionstid
09:00-12:00
13:00-15:00

Telefon
08-561 676 00
Telefax
08-561 678 20

SAKEN

Offentlig upphandling

YRKANDEN M.M.

Simrishamns kommun (kommunen) yrkar att Regeringsrätten, med ändring av kammarrättens dom, lämnar ansökan om överprövning utan bifall. Kommunen åberopar samma grunder i Regeringsrätten som vid underinstanserna och anför därutöver bl.a. följande. Regeringen anförde i prop. 2005/06:78 Allmänna vattentjänster följande: ”Om kommunen väljer att organisera huvudmannaskapet genom ett bolag över vilket kommunen har det bestämmande inflytandet, rör detta i sig inte om något som kan vara föremål för upphandling utan om en överföring av kommunala uppgifter. En sådan uppgiftsöverföring omfattas av den konventions-skyddade och grundlagsfästa kommunala självstyrelsen. Relationen mellan kommunen och bolaget konstituerar inte ett upphandlingskontrakt, eftersom ett sådant måste avse köp, hyra, hyrköp eller leasing av en vara, tjänst eller anläggningsarbeten.” – Kammarrättens slutsatser rörande aktiebolagsinstitutet och dess betydelse kan inte vara riktiga. Att ett aktiebolag är kommunalt betyder, oavsett aktiebolagslagens (2005:551) allmänna associationsrättsliga natur, att bolaget och dess delägare är bundna av kommunalrättsliga principer och underkastade kommunala kontrollfunktioner. De kommunala bolagen (av en eller flera kommuner helägda bolag) är i alla relevanta hänseenden att jämställa med annan kommunal verksamhet. De kommunala bolagen och deras förhållande till delägarna skiljer sig varken från kommunala samverkansformer utan rättspersonlighet (exempelvis gemensamma nämnder eller enkla bolag) eller samverkansformer med särskild rättspersonlighet, såsom kommunalförbund. Den kommunalrättsliga regleringen är i alla relevanta avseenden densamma. Kammarrättens slutsats att aktiebolagsformen i sig utesluter att kontrollrekvisitet kan anses uppfyllt, kan följaktligen inte vara riktig, vare sig för minoritets- eller majoritetsägare. Kontrollrekvisitets innebörd såsom detta beskrivs i EG-domstolens hittillsvarande praxis innebär enligt kommunens mening att det av EG-domstolen anvisade undantaget är tillämpligt även i de fall ett bolag har flera delägare, om ägarna faktiskt alltid har möjlighet att i full omfattning påverka bolaget att beakta de mål av allmänintresse som eftersträvas.

Enligt kommunens mening säkras denna kontroll genom kommunallagens (1991:900) regler om kommuners verksamhet i kommunala bolag och det konsortialavtal delägarkommunerna tillträtt. Det förhållandet att några delägare har färre aktier än andra saknar i detta sammanhang betydelse. Att aktiebolagslagen också är tillämplig på kommunala bolag förändrar inte detta förhållande, i synnerhet som aktiebolagslagen innehåller bestämmelser som särskilt tar sikte på kommunala aktiebolag. – Kommunen åberopar inte någon direktivbestämmelse men nationella domstolar är på grund av EG-rätten och numera vedertagen nationell praxis skyldiga att beakta gemenskapsrättslig praxis. Det är som tidigare anförts inte fråga om tolkning i strid med nationell rätt, eftersom någon nationell rätt som strider mot direktivet inte finns, utan en tolkning av innebörden av stadgandena i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU. – Kammarrättens bedömning i fråga om möjligheterna till överprövning förefaller, med hänvisning till vad kommunen anför i frågan, endast innefatta en hänvisning till vad som borde införlivas i svensk rätt. Kammarrätten gör dock inte någon analys eller bedömning i fråga om möjligheterna för och effekterna av att en domstol, utan föregående lagstiftning, genom hänvisning till ett tolkningsbesked, tillskapar ett procedursystem och rättsmedel som LOU i dess nuvarande lydelse inte ger utrymme för och vars förhållande till exempelvis reglerna i 10 kap. kommunallagen den lagstiftande församlingen inte tagit ställning till. Skulle överprövning, i strid med LOU:s lydelse och systematik, tillåtas i förevarande fall medför detta att ett överklagande jämlikt 10 kap. kommunallagen inte är möjligt (se 7 kap. 5 § LOU). Enligt kommunens mening är det uppenbart att en sådan ordning inte kan tillskapas utan föregående lagstiftningsprocess och ändring av LOU och kommunallagen. – Kommunen yrkar vidare att Regeringsrätten inhämtar förhandsavgörande från EG-domstolen angående tillämpningsområdet för Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (direktiv 92/50) såvitt avser förhållandet mellan ett helägt kommunalt aktiebolag, vilket inrättats för att fullgöra kommunala uppgifter, och dess delägare.

SITA Sverige AB, SAKAB EcoPlus AB, Ragn-Sells AB samt Liselotte Löf AB (bolagen) bestrider ändring och åberopar vad som tidigare anförts i länsrätten och kammarrätten samt anför därutöver bl.a. följande. Rättsläget enligt svensk nationell rätt är att det inte är tillåtet för kommuner att utan mellankommande upphandling enligt LOU genomföra anskaffningar från hel- eller delägda företag. Kommunen har åberopat en

gemenskapsrättslig grund som saknar motsvarighet i svensk nationell lagstiftning. Nationella myndigheter får inte gentemot enskilda åberopa gemenskapsrättsliga direktivbestämmelser som ännu inte implementerats i nationell rätt. Anledning saknas därför att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen. – Den av kommunen åberopade tolkningen, att direktiv 92/50 i belysning av EG-domstolens dom i mål C-107/98 Teckal skulle medge en rätt för kommunen att köpa renhållningstjänster direkt från Sydvästra Skånes avfallsaktiebolag (SYSAV), medför inte något hinder mot att ett sådant förbud ändå kan följa av nationell rätt. Medlemsstaterna är oförhindrade att förelägga sina myndigheter hårdare krav eller skarpare restriktioner än vad som följer av direktiven. – Är det emellertid Regeringsrättens mening att det i förevarande mål är relevant att pröva möjligheter till Teckal-undantag, ska enligt gemenskapsrättslig praxis prövningen ske restriktivt och bevisbördan – att visa sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs – åligger kommunen. Det är bolagens uppfattning att inget av Teckal-kriterierna, varken kontrollrekvisitet eller omsättningsrekvisitet, kan anses uppfyllt i de aktuella fallen. – Den omständigheten att kommunen i stället för att genomföra ett formellt upphandlingsförfarande har valt att ingå ett konsortialavtal med övriga delägarkommuner för att därefter avropa sitt behov av renhållningstjänster direkt från SYSAV, kan med hänvisning till vad som anförts i EG-domstolens dom i mål C-26/03 Stadt Halle inte medföra hinder mot överprövning enligt LOU.

SKÄLEN FÖR REGERINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 15 kap. 8 § miljöbalken ska varje kommun, om annat inte särskilt föreskrivits, bl.a. svara för att hushållsavfall från kommunen återvinns eller bortskaffas.

Mellan ett antal kommuner i Skåne län, däribland Simrishamns kommun, gäller ett konsortialavtal enligt vilket kommunerna förbundit sig att samverka inom avfallsområdet genom SYSAV. SYSAV ska bl.a. svara för den regionala återvinningen och avfallshanteringen för delägarkommunerna och driva regionala behandlingsanläggningar. Verksamheten ska drivas enligt affärsmässiga principer. Till grund för debiteringen ska ligga en taxa framtagen på närmare angivet sätt. Varje delägarkommun förbinder sig att till bolagets anläggningar avlämna allt avfall som kan tas emot i anläggningarna och som kommunen har ansvar för enligt lagstiftningen. Bestämmelser finns också om hembud av aktier. SYSAV är inte

part i konsortialavtalet. Såvitt framkommit i målen finns det inte något skriftligt avtal mellan kommunerna och SYSÄV rörande avfallshanteringen.

LOU har upphört att gälla med verkan fr.o.m. den 1 januari 2008 (SFS 2007:1093) och har såvitt är av intresse i dessa mål ersatts av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Enligt övergångsbestämmelserna till den lagen ska dock LOU alltjämt tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Den fråga som först måste besvaras i målen är om någon sådan upphandling som avses i LOU har ägt rum mellan kommunen och SYSÄV.

Enligt 1 kap. 5 § LOU avses med upphandling köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster.

Kommunen anser att den inte har upphandlat någon tjänst avseende avfallshantering. Det system som kommunerna i samverkan skapat kan inte upphandlas i konkurrens. Kommunen hänvisar till ett antal domar från EG-domstolen och menar att det enligt gemenskapsrätten inte är fråga om en upphandling utan om verksamhet i egen regi. Den nationella domstolen har vid tolkningen av den nationella lagen en skyldighet att ta hänsyn till EG-domstolens praxis. Kommunen har sådan kontroll över SYSÄV att de s.k. Teckal-kriterierna är uppfyllda. Bolagens yrkande innebär enligt kommunen att de begär att kommunen ska tvingas att frånträda, säga upp eller bryta mot ett löpande avtal.

Regeringsrätten gör i denna del följande bedömning.

SYSÄV är ett aktiebolag och således en egen juridisk person. Verksamheten drivs enligt affärsmässiga principer. Kommunen levererar avfall som omhändertas av SYSÄV. Kommunen erlägger ersättning för detta enligt en taxa som ska fastställas på visst sätt. I målen har närmare redovisats vilka belopp de i konsortialavtalet ingående kommunerna har betalat till SYSÄV. I det uttalande i propositionen om allmänna vattentjänster (prop. 2005/06:78) som kommunen hänvisar till sägs – utöver vad kommunen uppgivit – att det för att det ska vara fråga om ett upphandlingskontrakt krävs att det sker ett utbyte av något slags nyttigheter mot ersättning (a. prop. s. 113).

Regeringsrätten konstaterar att LOU:s ordalydelse svårligen ger utrymme för en tolkning innebärande att kommunerna när de köper tjänster från kommunala bolag skulle vara undantagna från LOU:s regelverk. Tvärtom torde det allmänt anses att LOU inte medger att kommuner och landsting utan formell upphandling köper varor och tjänster från sina egna bolag (se t.ex. Hentze, Sylvén, Offentlig upphandling s. 36, SOU 1999:139 s. 71 och 2001:31 s. 293; jfr prop. 2001/02:142 s. 84, SOU 2006:28 s. 264 f.; jfr prop. 2006/07:128 s. 188 f.). Regeringsrätten har också gett uttryck för denna uppfattning, se RÅ 2000 ref. 60.

EG-domstolen har i ett antal domar, se t.ex. EG-domstolens dom i mål C-295/05 Tragsa, uttalat att direktiv 92/50 inte utgör hinder mot nationell lagstiftning som innebär att företag som på visst sätt är knutna till en upphandlande enhet (de s.k. Teckal-kriterierna) utför uppdrag åt enheten utan iakttagande av direktivets bestämmelser. Då den nationella lagstiftningen i Sverige inte innehåller några sådana undantag från upphandlingsskyldigheten aktualiseras enligt Regeringsrättens mening inte frågan om tillämpning av Teckal-kriterierna i de nu aktuella målen. Skäl saknas därmed också att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen.

Regeringsrätten finner att innebörden av konsortialavtalet är att kommunen ska köpa tjänster av SYSAV. Regeringsrätten konstaterar vidare att det är fråga om en tjänst som omfattas av 5 kap. LOU (Bilagan Avdelning A 16 Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande verksamhet) och det framgår av utredningen i målen att ersättningen till leverantören överstiger de i 5 kap. angivna tröskelvärdena. Kommunen skulle därför ha upphandlat tjänsten enligt bestämmelserna i 5 kap. LOU. Som underinstanserna funnit får bolagen på grund av kommunens underlåtenhet i detta avseende anses ha lidit skada.

Regeringsrätten finner också i likhet med underinstanserna att överprövning enligt 7 kap. LOU kan ske och att kommunen – eftersom bestämmelserna i LOU inte iakttagits vid upphandlingen – är skyldig att göra om denna. Överklagandet ska därför avslås.

REGERINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Regeringsrätten avslår yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande från EG-domstolen.

Regeringsrätten avslår överklagandet.

Kjerstin Nordborg

Marianne Eliason

Carina Stävberg

Peter Kindlund

Henrik Jermsten

Karin Hartmann
Regeringsrättssekreterare

Avd. I
Föredraget 2007-10-17

Målen har föredragits av regeringsrättssekreteraren Margareta Larsson