

BILAGAMål nr
6278-24**Begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 i EUF-fördraget
angående tolkningen av artikel 12.3 första stycket b i direktiv 2014/24/EU
om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
(upphandlingsdirektivet)****Inledning**

1. Högsta förvaltningsdomstolen önskar genom förhandsavgörande få klarhet i hur upphandlingsdirektivets bestämmelse om undantag för intern upphandling ska tolkas. Närmare bestämt vill domstolen få klarlagt förutsättningarna för att en verksamhet som utförs mot tredje man i konkurrens med andra företag ska anses utföras för de kontrollerande upphandlande myndigheternas räkning i den mening som avses i direktivets bestämmelse. Frågan har uppkommit i ett mål där Konkurrensverket gör gällande att ett antal svenska kommuner har tillämpat undantaget för intern upphandling på ett felaktigt sätt.

Tillämpliga unionsrättsliga bestämmelser

2. Artikel 12 i upphandlingsdirektivet innehåller bestämmelser om offentliga kontrakt mellan enheter i den offentliga sektorn.
3. I artikel 12.1 finns bestämmelser som gäller när en upphandlande myndighet tilldelar ett kontrakt till en juridisk person som myndigheten kontrollerar.
4. Enligt artikel 12.3 första stycket kan en upphandlande myndighet som inte utövar kontroll över en juridisk person i den mening som avses i punkt 1 tilldela ett offentligt kontrakt till denna juridiska person utan att tillämpa direktivet förutsatt att tre kumulativa villkor är uppfyllda.
5. Det första villkor som måste vara uppfyllt finns i artikel 12.3 första stycket a. Där sägs att den upphandlande myndigheten tillsammans med andra upphandlande myndigheter ska utöva kontroll över den berörda juridiska personen motsvarande den som de utövar över sina egna förvaltningar.
6. Det andra villkoret finns i första stycket b där det stadgas att den juridiska personen ska utföra mer än 80 procent av sin verksamhet för de kontrollerande upphandlande myndigheternas räkning eller för andra juridiska personer som samma upphandlande myndigheter utövar kontroll över.

BILAGAMål nr
6278-24

7. Av första stycket c framgår att ett tredje villkor är att det inte finns något direkt privat ägarintresse i den kontrollerade juridiska personens kapital med undantag för icke-kontrollerande och icke-blockerande former av privat ägarintresse i kapital som krävs enligt bestämmelser i nationell lagstiftning, i överensstämmelse med fördragen, och som inte utövar ett avgörande inflytande över den kontrollerade juridiska personen.
8. Av den kompletterande regeln i artikel 12.5 första stycket framgår att när procentsatsen för de verksamheter som avses i bl.a. artikel 12.3 första stycket b fastställs ska man beakta den genomsnittliga totala omsättningen eller ett lämpligt alternativt verksamhetsbaserat mått, såsom kostnader som uppstått hos den berörda juridiska personen eller upphandlande myndigheten i fråga om tjänster, varor och byggtreprenader under de tre åren som föregår kontraktets tilldelning.
9. När omsättningen, eller det alternativa verksamhetsbaserade måttet såsom kostnader, för de föregående tre åren inte är tillgängliga eller inte längre är relevanta på grund av tidpunkten för den berörda juridiska personens eller upphandlande myndighetens etablering eller inledandet av verksamheten eller en omorganisation av dess verksamheter, är det enligt den kompletterande regelns andra stycke tillräckligt att företaget kan påvisa att verksamhetsmålet är trovärdigt, särskilt genom prognoser för verksamheten.
10. I skäl 31 första stycket i upphandlingsdirektivets ingress anges att det råder betydande rättsosäkerhet om i vilken mån kontrakt som ingåtts mellan enheter inom den offentliga sektorn ska omfattas av regler för offentlig upphandling och att det är nödvändigt att klargöra i vilka fall reglerna om offentlig upphandling inte är tillämpliga på kontrakt som ingås inom den offentliga sektorn. Enligt andra stycket bör ett sådant klargörande vägledas av de principer som fastställts i EU-domstolens relevanta rättspraxis. Enbart det faktum att båda avtalsparterna själva är myndigheter utesluter inte i sig tillämpning av upphandlingsreglerna. Tillämpningen av reglerna för offentlig upphandling bör dock inte inskränka upphandlande myndigheters frihet att utföra de offentliga uppdrag som åligger dem genom att använda sina egna resurser, vilket innefattar möjligheten att samarbeta med andra myndigheter.
11. I skäl 32 första stycket anges att offentliga kontrakt som tilldelas en kontrollerad juridisk person inte bör omfattas av tillämpningen av de förfaranden som föreskrivs i direktivet om den upphandlande myndigheten

BILAGAMål nr
6278-24

utövar kontroll över den berörda juridiska personen motsvarande den kontroll som den utövar över sina egna förvaltningar, förutsatt att den kontrollerade juridiska personen genomför mer än 80 procent av sin verksamhet i och med fullgörandet av de uppgifter som den anförtrotts av den kontrollerande upphandlande myndigheten eller av andra juridiska personer som kontrolleras av den upphandlande myndigheten, oavsett vem som drar nytta av fullgörandet av kontraktet.

Tillämpliga nationella bestämmelser

12. I nationell rätt har de aktuella artiklarna i upphandlingsdirektivet genomförts genom bestämmelser i 3 kap. lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.
13. Det framgår av 11 § att lagen inte gäller när den upphandlande myndighetens motpart är en juridisk person, om upphandlingen är en intern upphandling enligt 12–16 §§.
14. Enligt 13 § första stycket ska en upphandling anses vara en intern upphandling, om den upphandlande myndigheten gemensamt med andra upphandlande myndigheter utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheterna utövar över sina egna förvaltningar (1), motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för myndigheternas räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som myndigheterna utövar kontroll över (2), och det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten (3).
15. I 16 § första stycket föreskrivs att verksamhetsandelen enligt 13 § första stycket 2 ska 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. Av andra stycket framgår att om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.
16. Enligt övergångsbestämmelserna till lagen om offentlig upphandling träder lagen i kraft den 1 januari 2017, men bestämmelserna i 3 kap. 11–18 §§ tillämpas även på förhållanden som avser tiden före ikraftträdandet.

BILAGAMål nr
6278-24**Omständigheterna i målet**

17. Målet i Högsta förvaltningsdomstolen gäller kritik som Konkurrensverket inom ramen för sin tillsynsverksamhet har riktat mot fjorton kommuner i södra Sverige för det sätt som de har upphandlat från det av kommunerna tillsammans helägda bolaget Sydskånes avfallsaktiebolag (Sysav).
18. Konkurrensverket beslutade den 5 juli 2022 att rikta kritik mot de fjorton kommunerna. Som skäl för kritiken angavs att kommunerna vid anskaffningen av avfallstjänster från Sysav under 2018 tillämpat undantaget för intern upphandling i lagen om offentlig upphandling utan att bestämmelsens verksamhetskriterium var uppfyllt. Konkurrensverket tog inte ställning till om de andra villkoren för att få genomföra en intern upphandling var uppfyllda.
19. Konkurrensverket menade att bolagets intäkter från försäljning av framställd energi och återvunnet material till andra än kommunerna under åren 2015–2017 inte kunde anses vara hänförliga till verksamhet som Sysav bedriver för kommunernas räkning (intern verksamhet). Sysavs externa verksamhet bedömdes därför ha uppgått till 33 procent av den totala verksamheten under de aktuella åren. Verksamhetskriteriet i undantagsbestämmelsen för intern verksamhet var därmed inte uppfyllt.
20. Kommunerna överklagade Konkurrensverkets beslut till Förvaltningsrätten i Stockholm som avslog överklagandena.
21. Kommunerna överklagade vidare till Kammarrätten i Stockholm. De anförde att verksamhetskriteriet är uppfyllt eftersom intäkterna från Sysavs försäljning av framställd energi och återvunnet material är hänförliga till den interna verksamheten, oavsett om intäkterna kommer från kommunerna eller från tredje part.
22. Konkurrensverket, som ansåg att förvaltningsrättens avgörande inte skulle ändras, anförde att förekomsten av en konkurrensutsatt marknad är en kvalitativ omständighet som måste beaktas vid prövningen av verksamhetskriteriet.
23. Kammarrätten biföll kommunernas överklagande och upphävde Konkurrensverkets beslut.

BILAGAMål nr
6278-24

24. Domstolen konstaterade inledningsvis att begreppet kvalitativa omständigheter inte har förts in i upphandlingsdirektivet utan i stället anges kvantitativa omständigheter i form av en fast procentsats av verksamheten och ett alternativt verksamhetsbaserat mått såsom kostnader. Konkurrensverkets uppfattning att förekomsten av en konkurrensutsatt marknad är en kvalitativ omständighet som måste beaktas vid prövningen av verksamhetskriteriet saknade enligt kammarrätten därmed stöd i den nya bestämmelsen i direktivet. (Det bör noteras att kammarrätten avgjorde målet före EU-domstolens avgörande AVR-Afvalverwerking, C-692/23, EU:C:2026:4.)
25. När det gäller vad som kan tillgodoräknas som intern verksamhet enligt undantagsregeln gjorde kammarrätten med referens till EU-domstolens avgörande Carbotermo och Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308, punkt 66) bedömningen att utgångspunkten är att all den verksamhet som Sysav bedriver inom ramen för kommunernas tilldelning kan tillgodoräknas.
26. Domstolen menade vidare att det av utredningen framgick att kommunernas tilldelning av uppdraget till Sysav omfattade såväl återvinning, avfallsbehandling och deponering av avfall som att driva en kretsloppsanpassad avfallshantering.
27. Med dessa bedömningar som grund fann kammarrätten med hänvisning till vad som uttalas i Carbotermo och Consorzio Alisei (punkterna 66 och 67) att även Sysavs försäljning av framställd energi och återvunnet material ska anses vara hänförlig till den interna verksamheten, oavsett om mottagaren är kommunerna eller användarna av varorna eller tjänsterna och oavsett om betalningarna kommer från kommunerna eller från användarna. Omsättningen från återvinningen och avfallsbehandlingen, inklusive försäljningen av framställd energi och återvunnet material, skulle därför i sin helhet räknas som intern verksamhet.
28. Kammarrättens dom har överklagats till Högsta förvaltningsdomstolen av Konkurrensverket som yrkar att myndighetens beslut med dess kritik mot kommunerna ska fastställas. Kommunerna anser att överklagandet ska avslås.
29. Denna begäran om förhandsavgörande tar sikte på vad som avses i artikel 12.3 första stycket b i upphandlingsdirektivet med att en juridisk person bedriver verksamhet för de upphandlande myndigheternas räkning.

BILAGAMål nr
6278-24**Parternas ståndpunkter***Konkurrensverket*

30. Konkurrensverket gör i Högsta förvaltningsdomstolen gällande att den verksamhet som Sysav bedriver på en marknad i konkurrens med andra företag inte är intern verksamhet i den mening som avses i 3 kap. 13 § första stycket 2 lagen om offentlig upphandling. Konkurrensverket anför till stöd för detta följande.
31. EU-domstolen har i flera avgöranden uttalat att alla kvalitativa och kvantitativa omständigheter ska beaktas vid bedömningen av om den enhet som har tilldelats kontraktet huvudsakligen bedriver verksamhet för den eller de kontrollerande myndigheterna.
32. Det går inte att tillgodose verksamhetskriteriets syfte om inte kvalitativa omständigheter beaktas vid bedömningen av om en verksamhet är hänförlig till den kontrollerande myndigheten. Hur marknaden och rättsförhållandena ser ut är sådana kvalitativa omständigheter som ska beaktas. Verksamhet som utförs på en konkurrensutsatt marknad åt andra än de upphandlande myndigheterna eller andra juridiska personer som de upphandlande myndigheterna kontrollerar är extern verksamhet, oavsett om verksamheten omfattas av ett tilldelningsbeslut eller inte. Denna tolkning möjliggör för upphandlande myndigheter att utföra sina uppdrag med egna resurser och är samtidigt nödvändig för att säkerställa verksamhetskriteriets konkurrensskyddande syfte.
33. En kontrollerad enhets verksamhet som betalas av tredje man kan vara intern när den, med beaktande av alla relevanta kvalitativa omständigheter, ändå anses utföras för de upphandlande myndigheternas räkning. Så är dock inte fallet när det gäller Sysavs försäljning av framställd energi och återvunnet material till tredje man. Den verksamheten utförs för och betalas av tredje man i konkurrens med andra företag. Detta innebär att verksamheten i fråga inte utgör intern verksamhet även om den anses omfattas av en tilldelning från kommunerna.
34. Konkurrensverket gör även gällande att Sysavs intäkter från den aktuella försäljningen till tredje man inte kan anses ingå i det uppdrag som bolaget tilldelats av kommunerna och att dessa intäkter även på denna grund inte ska anses vara hänförliga till intern verksamhet. Denna fråga omfattas dock inte av begäran om förhandsavgörande.

BILAGAMål nr
6278-24*Kommunerna*

35. Kommunerna anför följande.
36. EU-domstolen har i tidigare praxis uttalat att samtliga kvalitativa och kvantitativa omständigheter ska beaktas vid bedömningen av om den enhet som tilldelats kontraktet huvudsakligen bedriver verksamhet för den eller de kontrollerande myndigheterna. Vad avser kvalitativa omständigheter får sådana, genom kodifieringen av undantaget för intern upphandling, dock anses ha spelat ut sin roll.
37. Även om kvalitativa omständigheter skulle få beaktas vid bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt finns det inte stöd för att det förhållandet att en enhet bedriver sin verksamhet i konkurrens med andra aktörer utgör en kvalitativ omständighet. EU-domstolen har aldrig klargjort vad som avses med kvalitativa omständigheter. Vid kategoriseringen av om en verksamhet är intern eller extern ska dock enligt EU-domstolens praxis och skälen till upphandlingsdirektivet hänsyn endast tas till om verksamheten omfattas av en tilldelning, inte vem intäkterna kommer från.
38. Även den del av Sysavs verksamhet som kommunerna betalar för bedrivs i konkurrens med andra aktörer. Motsvarande gäller för flertalet kommunala och regionala bolag. Den omständigheten att intäkter hos en kontrollerad enhet härrör direkt från den eller de kontrollerande myndigheterna innebär således inte per automatik att verksamheten inte bedrivs på en konkurrensutsatt marknad. En tillämpning av Konkurrensverkets synsätt innebär i praktiken att undantaget för intern upphandling endast kan tillämpas i situationer där en kontrollerad enhet bedriver verksamhet på en marknad utan konkurrens. Undantaget för intern upphandling kan då endast tillämpas när den aktuella verksamheten bedrivs inom ramen för ett offentligt monopol.
39. Kommunerna gör även gällande att uppdraget till Sysav att hantera kommunernas avfall inte omfattas av lagen om offentlig upphandling eftersom uppdraget getts i sådan form att det inte uppfyller kriterierna för att vara ett kontrakt enligt lagen. Denna fråga omfattas dock inte av begäran om förhandsavgörande.

BILAGAMål nr
6278-24**Behovet av förhandsavgörande***Inledning*

40. För att Sysav ska anses ha uppfyllt verksamhetskriteriet krävs att bolaget har utfört mer än 80 procent av sin verksamhet för de kontrollerande upphandlande myndigheternas räkning (artikel 12.3 första stycket b i upphandlingsdirektivet). Verksamhetsandelen ska i första hand bestämmas på grundval av Sysavs genomsnittliga omsättning (artikel 12.5 första stycket i direktivet).
41. Under 2015–2017 har Sysav sålt framställd energi och återvunnet material till andra än ägarkommunerna. Den del av Sysavs omsättning som hänför sig till denna försäljning har bedömts överstiga 20 procent av Sysavs totala omsättning. För att kunna avgöra om Sysav har utfört mer än 80 procent av sin verksamhet för de kontrollerande upphandlande myndigheternas räkning måste Högsta förvaltningsdomstolen ta ställning till om försäljningen av framställd energi och återvunnet material till andra än ägarkommunerna ska anses avse sådan verksamhet som utförs för dessa kontrollerande myndigheters räkning, dvs. intern verksamhet.
42. Konkurrensverket gör i Högsta förvaltningsdomstolen gällande att Sysavs försäljning av framställd energi och återvunnet material inte kan räknas som intern verksamhet vid tillämpningen av den aktuella undantagsregeln även om försäljningen anses omfattas av en tilldelning från kommunerna, eftersom denna verksamhet utförs för och betalas av tredje man i konkurrens med andra företag.

EU-domstolens tidigare praxis

43. I den praxis från EU-domstolen som fanns före det nu gällande upphandlingsdirektivet har domstolen uttalat att alla kvalitativa och kvantitativa omständigheter ska beaktas vid bedömningen av om den enhet som har tilldelats kontraktet huvudsakligen bedriver verksamhet för den eller de kontrollerande myndigheterna (Carbotermo och Consorzio Alisei, punkterna 63 och 64 och Undis Servizi, C-553/15, EU:C:2016:935, punkt 32).
44. EU-domstolen har också i praxis efter tillkomsten av det nu gällande upphandlingsdirektivet framhållit att det inte framgår av bestämmelserna i direktivet att unionslagstiftaren har ansett att bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt inte längre ska ske med beaktande av såväl kvalitativa

BILAGAMål nr
6278-24

som kvantitativa omständigheter. Tvärtom följer det enligt EU-domstolen av skäl 31 i direktivet att unionslagstiftaren inte har haft för avsikt att ifrågasätta den rättspraxis som domstolen utvecklat i fråga om direkttilldelning av offentliga kontrakt (AVR-Afvalverwerking, punkterna 49–51). Vad som gällt enligt tidigare praxis, dvs. att alla kvalitativa och kvantitativa omständigheter ska beaktas vid bedömningen av verksamhetskriteriet, får därmed anses gälla även enligt det nuvarande direktivet.

45. När det gäller frågan om hur den kontrollerade juridiska personens omsättning ska bedömas har EU-domstolen uttalat att avgörande är den omsättning som härrör från verksamhet som det ifrågavarande företaget har bedrivit enligt tilldelningsbeslutet som antagits av den kontrollerande myndigheten (Carbotermo och Consorzio Alisei, punkt 65). Verksamhet som det företag som tilldelats kontraktet bedriver inom ramen för en tilldelning som gjorts av den upphandlande myndigheten ska beaktas, oavsett om mottagaren är myndigheten själv eller tjänsteanvändaren (punkt 66). Det saknar vidare betydelse vem som betalar det ifrågavarande företaget, dvs. om det är den myndighet som innehar företaget eller tredje parter som använder tjänster som tillhandahålls enligt koncessioner eller andra rättsförhållanden som upprättats av nämnda myndighet (punkt 67).
46. EU-domstolen har däremot inte mer specifikt uttalat sig när det gäller frågan om det vid bedömningen av verksamhetskriteriet har betydelse i sig att verksamhet som den kontrollerade enheten utför avser försäljning till tredje man på en konkurrensutsatt marknad.
47. Genom EU-domstolens avgörande AVR-Afvalverwerking står det alltså klart att alla kvalitativa omständigheter ska beaktas vid bedömningen av verksamhetskriteriet. Ett möjligt synsätt att anlägga är då att även om en verksamhet anses utföras för de upphandlande myndigheternas räkning till följd av en tilldelning från dessa, så är det ändå inte fråga om intern verksamhet om den utförs för och betalas av tredje man i konkurrens med andra företag.
48. Som stöd för detta synsätt kan anföras att enligt EU-domstolen syftar artikel 12.3 första stycket b och artikel 12.5 första stycket i upphandlingsdirektivet till att förhindra snedvridning av konkurrensen, i den meningen att de syftar till att säkerställa att direktivet förblir tillämpligt i de fall då den kontrollerade juridiska personen är verksam på marknaden och därmed kan komma att

BILAGAMål nr
6278-24

konkurrera med andra företag. Ett företag berövas enligt domstolen inte nödvändigtvis sin handlingsfrihet endast på grund av att de beslut som berör företaget kontrolleras av den myndighet som innehar det, om företaget fortfarande kan bedriva en betydande del av sin ekonomiska verksamhet för andra aktörer (AVR-Afvalverwerking, punkt 54). Det skulle i linje med detta kunna argumenteras för att det vid bedömningen av verksamhetskriteriet ska beaktas i vilken omfattning den kontrollerade juridiska personen är verksam på en konkurrensutsatt marknad (jfr punkt 45 i nämnda rättsfall).

49. Om detta synsätt är det riktiga utgör Sysavs verksamhet i form av försäljning av framställd energi och återvunnet material inte intern verksamhet även om den följer av en tilldelning från kommunerna.
50. Mot ovan nämnda synsätt måste emellertid ställas uttalanden från EU-domstolen som ger stöd för en annan tolkning av den aktuella direktivbestämmelsen. Utifrån vad EU-domstolen uttalat i avgörandet Carbotermo och Consorzio Alisei (se punkt 45 ovan) är det möjligt att argumentera för att den omständigheten att Sysav konkurrerar direkt med privata aktörer i sig inte har någon betydelse för bedömningen, och att det i stället är avgörande om en tjänst är resultatet av fullgörandet av de uppgifter som Sysav har anförtrotts av de upphandlande myndigheter som kontrollerar bolaget.
51. Men även om det i avgörandet Carbotermo och Consorzio Alisei finns stöd för uppfattningen att det förhållandet att Sysav konkurrerar direkt med privata aktörer i sig inte har någon betydelse för bedömningen, så bekräftas samtidigt att enligt fast praxis ska undantag från upphandlingsdirektivets bestämmelser tolkas restriktivt (punkt 55).
52. I rättsfallet AVR-Afvalverwerking önskade den hänskjutande domstolen även få svar på en kompletterande fråga som tog sikte på vilken betydelse det har för bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt att den kontrollerade juridiska personen i sin verksamhet konkurrerar med privata aktörer. Med hänsyn till svaret på den hänskjutande domstolens första fråga fann EU-domstolen dock att det inte var nödvändigt att besvara denna fråga.
53. Generaladvokaten behandlade däremot frågan i sitt förslag till avgörande (EU:C:2025:310, punkterna 72–76). Generaladvokatens ståndpunkt i denna fråga kan sammanfattas med att det inte har någon betydelse för bedömningen av verksamhetskriteriet att den kontrollerade juridiska personen i sin

BILAGAMål nr
6278-24

verksamhet konkurrerar med privata aktörer, under förutsättning att uppgifterna inom verksamheten utförs på grund av att den kontrollerade juridiska personen tilldelats uppgifterna av de upphandlande myndigheterna. Det framhålls t.ex. att undantaget för intern upphandling inte innehåller något villkor som begränsar dess tillämpningsområde till sektorer som inte är utsatta för konkurrens.

54. Som framgått finns det alltså argument för båda de nämnda synsätten när det gäller hur artikel 12.3 första stycket b i upphandlingsdirektivet ska tolkas. Enligt Högsta förvaltningsdomstolen finns det därför ett behov av förhandsavgörande från EU-domstolen för att klargöra innebörden av bestämmelsen när det gäller förutsättningarna för att en verksamhet som utförs mot tredje man i konkurrens med andra företag ska anses utföras för de kontrollerande upphandlande myndigheternas räkning.
55. Mot denna bakgrund finner Högsta förvaltningsdomstolen att det är nödvändigt att begära förhandsavgörande från EU-domstolen.

Fråga

56. Högsta förvaltningsdomstolen önskar mot nu angiven bakgrund svar på följande fråga.
57. Ska försäljning som en kontrollerad juridisk person utför inom ramen för en tilldelning från de kontrollerande upphandlande myndigheterna anses ingå i en verksamhet som utförs för dessa myndigheters räkning i den mening som avses i artikel 12.3 första stycket b i upphandlingsdirektivet, även om försäljningen sker till tredje man på en marknad där den kontrollerade juridiska personen konkurrerar med andra företag?