

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom underlåtenhet att tillämpa lagen om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning).

Leksand Vatten AB, som helägs av Leksands kommun, har utan föregående infordran av konkurrerande anbud tecknat ett minst tioårigt avtal med ett delägt bolag avseende bl.a. tjänster för renhållning m.m.

Leksand Vatten AB (nedan Leksand Vatten)¹ är ett av Leksands kommun helägt bolag som till föremål för sin verksamhet har att bl.a. insamla, transportera och deponera avfall. Leksand Vatten har med annat bolag, Dala Vatten och Avlopp AB (nedan DVAAB)² tecknat ett som ”Uppdrags- och Samarbetsavtal” rubricerat kontrakt (nedan Uppdragsavtalet).

Enligt Uppdragsavtalet skall DVAAB ombesörja Leksand Vattens åtaganden avseende bland annat insamling och omhändertagande av hushållsavfall och därmed jämförligt avfall. I Uppdragsavtalet ingår även att ombesörja administrations- och ekonomifunktion, marknadsföring och kundtjänst avseende aktuell renhållningsverksamhet, innefattande hantering av fakturerings och kravärenden. DVAAB skall också ombesörja drift, skötsel och underhåll av Leksand Vattens fastigheter och anläggningar avseende VA och avfall.

Uppdragsavtalet är daterat den 30 augusti 2007³ och löper till och med utgången av 2017, varefter avtalsförhållandet förlängs automatiskt med tre år åt gången vid utebliven uppsägning ett år i förväg (s.k. tyst förlängningsklausul) 10+3+3...år.⁴

DVAAB bildades i oktober 2006 och ägs av Leksands Vatten tillsammans med Gagnefs kommun och Rättviks Teknik AB (Rättviks kommun). Enligt ett tidigare, mellan delägarna den 14 februari 2006 för bolaget överenskommet konsortialavtal, rubricerat ”Aktieägaravtal Dala Vatten och Avfall AB” (nedan Konsortialavtalet), skall bolaget ombesörja delägarnas verksamheter avseende kommunal VA- och avfallshantering.⁵ Parterna skall äga DVAAB med lika delar.⁶ Konsortial-

¹ Leksand Vatten AB med organisationsnummer 556536-6928, bildades den 25 oktober 1996 och registrerades av Patent- och registreringsverket (nuvarande Bolagsverket) den 9 december 1996; Nu gällande firma registrerades samtidigt. Gällande bolagsordning antogs den 27 november 2006. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 4 miljoner kronor och fördelas på 4.000 aktier med nominellt värde på vardera 1.000 kronor. Föremålet för bolagets verksamhet består enligt registrerad bolagsordning av att ”... att producera och distribuera dricksvatten, omhändertaga och rena avloppsvatten och dagvatten, insamla, transportera och deponera avfall och driva annan därmed förenlig verksamhet samt driva gata- och parkverksamhet i enlighet med av kommunfullmäktige antagna ägardirektiv. Bolagets ändamål är att på ett miljövänligt och ekonomiskt sätt handha alla frågor som berör VA, avfallshantering samt gatu- och parkverksamhet enligt särskilt beslut.”

² Dala Vatten och Avlopp AB (DVAAB), med organisationsnummer 556714-8555, bildades den 23 oktober 2006 och registrerades av Bolagsverket den 7 november 2006; Nu gällande firma registrerades samtidigt. Gällande bolagsordning antogs den 14 februari 2007. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 510.000 kronor och fördelas på 5.100 aktier med nominellt värde på vardera 100 kronor. Föremålet för bolagets verksamhet består enligt registrerad bolagsordning av att ”... för kommuner eller kommunala företag som är ägare av bolaget - ombesörja verksamhet inom allmänna vattentjänster innefattande produktion och distribution av renvatten samt avledning och rening av avloppsvatten enligt gällande lagar och myndighetskrav, -ombesörja åtagande enligt miljöbalken avseende hushållsavfall och därmed jämförligt avfall, -svara för drift, skötsel och underhåll av ägare och delägars fastigheter och anläggningar avseende va och avfall, - svara för administrations- och ekonomifunktion, marknadsföring och kundtjänst inom va och avfall, innefattande hantering av fakturerings- och kravärenden enligt av respektive ägare och delägare antagen policy. Bolaget ska tillhandahålla ägarnas kvalificerad kompetens inom va- och avfallshantering samt vid anfordran medverka vid den fysiska planeringen i vatten- resp. avfallsanknutna hänseenden. Bolaget ska därjämte kunna driva verksamhet jämförlig med ovanstående verksamhet. Bolagets verksamhet ska vara förenlig med för verksamheten aktuella kommunala kompetensregler.”

³ Uppdragsavtalet begärdes ut av Konkurrenskommissionen den 21 november 2007. Av den kopia av kontraktet som därefter har gjorts tillgänglig framgår att förekommande underskrifter har daterats den 30 augusti 2007 medan själva dokumentet synes vara utskrivet ”071122”.

⁴ Av Uppdragsavtalet framgår inte när detta tidsmässigt börjar gälla. Kontraktet är daterat den 30 augusti 2007, varför det i avsaknad av andra tolkningsdata kan antas att avtalsförhållandet började löpa vid denna tidpunkt.

⁵ DVAAB skall enligt Konsortialavtalet ”- ombesörja ägarnas eller dess dotterbolags åtaganden enligt miljöbalken avseende hushållsavfall och därmed jämförligt avfall, - ombesörja drift, skötsel och underhåll av ägarnas eller dess dotterbolags fastigheter och anläggningar avseende va och avfall [samt] - ombesörja respektive ägares eller dess dotterbolags administrations- och ekonomifunktion, marknadsföring och kundtjänst inom va och avfall, innefattande hantering av fakturerings- och kravärenden enligt av respektive ägare antagen policy”. Vidare ska DVAAB

avtalets verksamhetsbeskrivning överensstämmer i allt väsentligt med vad som senare kommit att inskrivas i Uppdragsavtalet och båda avtalen löper parallellt enligt vad som redovisats ovan.⁷

Varken Konsortialavtalet eller Uppdragsavtalet anger någon prissättning för löpande avrop, eller några andra villkor för hur sådan ersättning skall beräknas. Leksands Vatten skall enligt avtalet ersätta DVAAB för personal- och övriga kostnader som uppkommer vid uppdragets fullgörande. Ersättningen skall beräknas på DVAAB:s självkostnad och betalas à-conto, kvartalsvis i förskott, baserat på Leksand Vattens budget för verksamhetsåret. Löpande avstämning mot verkligt utfall skall därefter ske med vissa intervall under verksamhetsåret för att sedan slutavräknas när årsbokslutet har fastställts.

Något annonserat upphandlingsförfarande med infordran av konkurrerande anbud har inte föregått Uppdragsavtalet mellan Leksand Vatten och DVAAB eller Konsortialavtalet mellan Leksand Vatten och övriga delägare i DVAAB. Aktuella renhållningstjänster har således uppdragits genom direkttilldelning.

Under hand har DVAAB uppgivit att bolaget skall ombesörja upphandling av aktuella tjänster åt uppdragsgivarna och att DVAAB således inte har någon egenregiverksamhet för insamling, egna anläggningar för omhändertagande etc.⁸ Vidare har DVAAB uppgivit att utförda tjänster för administration, deltagande i den fysiska planeringen, information och fakturering mot kunder i respektive kommun utförs på uppdrag och fördelas med 30 procent på Gagnefs kommun, 40 procent på Leksand Vatten samt 30 procent på Rättviks Teknik AB.

Någon total volymuppgift kan DVAAB inte redovisa. Enligt tillgänglig statistik (Svensk Avfallshandtering 2007)⁹ genererar Leksands kommun årligen 4.800 ton hushållsavfall och därmed jämförligt avfall. Kostnaden för insamling av detta avfall kan ungefärligen uppskattas till 390 kr/ton och priset för omhändertagande genom förbränning motsvarar c:a 370 kr/ton plus förbränningsskatt som i dagsläget är 444 kr/ton. Totalt sett ger detta en uppskattad kostnad på 1.200 kr/ton insamlat och omhändertaget avfall.

Entreprenaden att samla in och behandla aktuellt avfall kan mot denna bakgrund uppskattas till ett kontraktswärde motsvarande c:a 480.000 kronor i månaden, eller totalt c:a 23 miljoner kronor under den 48 månadersperiod som framgår av beräkningsregeln vid offentlig upphandling.⁹ Därtill kommer värdet av kringkostnader m.m. Upphandlingens verkliga värde är dock väsentligt högre eftersom Uppdragsavtalet löper längre tid än fyra år.

Gällande rätt

Kommunernas ansvar för renhållning m.m. regleras genom miljöbalken – MB, avfallsförordningen (2001:1063) samt genom kommunala renhållningsordningar och avfallsplaner.

Av 15 kap. MB framgår att samtliga kommuner är skyldiga att se till att i vart fall allt hushållsavfall inom deras område tas om hand. Kommunernas skyldighet enligt miljöbalken omfattar såväl insamling och transport som återvinning eller behandling av hushållsavfall och därmed jämförligt avfall.

tillhandahålla ägarna eller dess dotterbolag kvalificerad kompetens inom va- och avfallshantering samt vid anfordran medverka vid den fysiska planeringen i vatten- resp. avfallsanknutna hänseenden. Bolaget skall vidare kunna åta sig uppdrag från ägarna eller dess dotterbolag som är förenliga med ovanstående verksamhet.

⁶ Av Konsortialavtalet framgår vidare att DVAAB är tänkt att kunna expandera till att omfatta även andra kommuner och deras kommunala bolag. Om ytterligare någon kommun eller något kommunalägt bolag önskar inträda som aktieägare och delta i verksamheten under samma förutsättning som konsortialavtalsparterna skall tilldelning i första hand ske genom riktad nyemission. Ny aktieägare skall förklara sig beredd att inträda som part tillsammans med övriga parter och ansluta sig till ingångna avtal med åtföljande rättigheter och skyldigheter.

⁷ Även Konsortialavtalet löper således till och med utgången av 2017 varefter avtalsförhållandet förlängs automatiskt med tre år åt gången vid utebliven uppsägning ett år i förväg (s.k. tyst förlängningsklausul) 10+3+3...år.

⁸ Dala Vatten och Avlopp AB (DVAAB), e-mail till Konkurrenskommissionen den 23 och den 26 november 2007.

⁹ Se avfallsstatistik från branschorganisationen Avfall Sverige: "Svensk Avfallshantering 2007" vars uppgifter baserar sig på 2006 års volymer.

Enligt 15 kap. 21 § MB får ingen annan än kommunen eller ”den kommunen anlitar för ändamålet” ta befattning med själva insamlingen och transporten av avfall. Kommunen har således ett oavvisligt övergripande ansvar för att hushållsavfall och därmed jämförligt avfall inom kommunens område samlas in och behandlas. Någon motsvarande lagstadgad ensamrätt för omhändertagandet av avfall genom återvinning eller behandling föreligger inte, men följer naturligt av att kommunen besitter insamlat avfall i tidigare led.

En kommun kan välja att antingen handha renhållningen i egen regi eller att uppdra åt någon annan, t.ex. ett bolag, att för kommunens räkning utföra insamlingen eller omhändertagandet av avfall.

All offentlig upphandling och vad som därmed äger samband regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande tjänster utgör sådana s.k. A-tjänster (kategori 16) enligt bilaga A till lagen,¹⁰ vilka om det samlade kontraktsvärdet¹¹ av upphandlingen överstiger tröskelbeloppet 200.000 euro eller 1,826 miljoner kronor¹² skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU.¹³

Lagen bygger i här aktuellt avseende på Europeiska rådets direktiv 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet) jämte tillkommande ändringsdirektiv. Dessa direktiv har numera ersatts av Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet) vilket gäller sedan den 1 februari 2006 med för Sverige bindande s.k. direkt effekt.¹⁴

Förutom statliga och kommunala myndigheter omfattar lagens bestämmelser även bl.a. kommunala bolag som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.¹⁵ Enligt 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) är kommunerna med några undantag¹⁶ förbjudna att (direkt eller indirekt via företag) bedriva kommersiellt betingad näringsverksamhet. Med ledning av den rättsliga regleringen måste kommunala företag anses utgöra sådana s.k. *upphandlande enheter* som är skyldiga att iaktta upphandlingslagens bestämmelser. Tillsynsmyndighet för offentlig upphandling var tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Numera utövas tillsynen av Konkurrensverket.¹⁷

Enligt huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU skall alla upphandlande enheter iaktta affärsmässighet och opartiskhet i sin inköpsverksamhet och därvid på bästa sätt utnyttja förefintlig konkurrens. Den därmed följande s.k. *likabehandlingsprincipen* föreskriver att samtliga tänkbara leverantörer skall ges

¹⁰ Bilaga A till LOU motsvaras i detta avseende av bilaga II A till tjänsteupphandlingsdirektivet (2004/18/EG).

¹¹ Om ett upphandlingskontrakt avseende tjänster inte anger något totalpris skall kontraktsvärdet enligt 5 kap. 7 § LOU beräknas till det fulla värdet av tjänsterna under kontraktets löptid om denna är högst 48 månader och till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

¹² Se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Gällande tröskelvärde från och med den 1 januari 2006. I det klassiska upphandlingsdirektivet har tröskelvärdet angivits till 236.000 euro. Denna värdegräns har ännu inte implementerats i LOU, men skulle med ledning av samma beräkningsrund som framgår av tröskelvärdesförordningen motsvara 2.154.680 kronor.

¹³ För upphandling som görs av en upphandlande enhet för sådan av enheten bedriven verksamhet som består av drift eller tillhandahållande av fasta nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om vatten, energi, vissa kollektiva transporter eller telekommunikationstjänster, gäller enligt de s.k. försörjningssektorsbestämmelserna i 4 kap. LOU en delvis avvikande reglering. Renhållningstjänster omfattas emellertid inte av försörjningssektorerna utan av den s.k. klassiska sektorn, varför upphandling över tröskelvärdet skall genomföras enligt 5 kap. LOU.

¹⁴ Direktivet (2004/18/EG) har sedan den 1 februari 2006 trätt ikraft med för medlemsstaterna bindande s.k. direkt effekt. Direktivet har dock ännu inte implementerats i svensk nationell rätt. En proposition med förslag till nya lagar om offentlig upphandling (prop. 2006/07:128) har överlämnats till riksdagen.

¹⁵ Se 1 kap. 2 och 6 §§ LOU.

¹⁶ Undantagna är i visst avseende kommunala elhandelsföretag samt företag för kommunal tjänsteexport.

¹⁷ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret över den offentliga upphandlingen till Konkurrensverket.

så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Enskilda leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas.

Bestämmelserna i LOU är tvingande för de upphandlande enheterna. Bestämmelserna behöver dock inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten (se 5 kap. 2 § LOU). Den omständigheten att en upphandlande enhet tror sig veta att enbart viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktiskt monopol) medför däremot inte undantag från lagens huvudregel att upphandling ändå måste genomföras.¹⁸ Inte heller medför den omständigheten att leverantören i sin tur skall upphandla aktuella tjänster eller vissa av tjänsterna i underentreprenad undantag från LOU.¹⁹

Med *upphandling* avses alla köp av tjänster som sker från ett från den upphandlande enheten fristående rättssubjekt (se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU). Stadgandet är därvid undantagslöst. Således föreligger det inom den s.k. klassiska sektorn²⁰ inte någon möjlighet för t.ex. kommunala bolag att utanför upphandlingslagens bestämmelser köpa tjänster från andra kommunala bolag. Inte heller finns det några lagliga möjligheter att mellan dylika rättssubjekt ”överföra” utförandet av vissa kommunala angelägenheter.²¹

Om ersättning av något slag utgår för tjänsternas fullgörande utgör avtalsförhållandet ett kontrakt med ekonomiska villkor²² som skall upphandlas enligt LOU och bakomliggande EG-direktiv. Upphandling anses föreligga från den tidpunkt då den upphandlande enheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan.²³ Således kan upphandling anses föreligga redan i

¹⁸ Se EG-domstolens dom den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland*. Målen gällde bl.a. fråga om upphandling av omhändertagande av avfall. Central rättsfråga i målen utgjorde huruvida en upphandlande enhet kan lägga sin subjektiva uppfattning att inga andra leverantörer rent faktiskt kan komma ifråga till grund för att underlåta infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. Tyskland medgav att de i EG:s upphandlingsdirektiv stadgade villkoren för att underlåta anbudsinfördran från flera företag inte hade uppfyllts, men hänvisade till att den valda leverantören rent faktiskt var det enda företag som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande (se punkten 57).

Domstolen, som emellertid inte fann att detta kunde utgöra tillräckligt skäl för att underlåta upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden, uttalade bl.a. att ett förfarande som används på grund av att det föreligger skäl för undantag (i målet var det ett tekniskt skäl som åberopades) måste vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och att ”risken för att denna princip åsidosatts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte skall ske i konkurrens” (se punkterna 62 och 63). Tyskland fälldes således av EG-domstolen för att ha åsidosatt EG:s upphandlingsdirektiv 92/35/EEG (tjänstepphandlingsdirektivet).

¹⁹ Kammarrätten i Göteborg (liksom tidigare Länsrätten i Skåne län) förordnade att en kommuns upphandling av renhållningstjänster direkt från ett kommunalt bolag skulle göras om, trots att det i målet (i länsrätten) hade åberopats att det kommunala bolaget i sin tur skulle genomföra upphandling av de delar av renhållningen de själva inte skulle handha (Länsrätten i Skåne län, dom den 22 augusti 2002 i mål 5363-02 samt Kammarrätten i Göteborg, dom den 7 april 2003 i mål 4851-2002). Möjlighet att införa system med inköpscentraler, vilka centralt genomför offentliga upphandlingar av varor och tjänster för löpande avrop av sina medlemmar, har införts genom art. 11 i det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG). Regleringen har dock inte för medlemsstaterna bindande s.k. direkt effekt utan det ankommer på staterna om de vill införa inköpscentraler eller ej. För svenskt vidkommande har möjligheten till inköpscentraler ännu inte implementerats i nationell rätt (jfr prop. 2006/07:128 – se även SOU 2006:28 s. 159 ff.).

²⁰ Med *klassiska sektorn* avses det område för upphandling av varor, tjänster eller byggtreprenadarbeten som inte ingår i de s.k. försörjningssektorerna enligt tillämpningsbestämmelserna i art. 2-7 i Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/17/EEG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet).

²¹ Inom de s.k. försörjningssektorerna gäller dock att en upphandlande enhet får köpa tjänster direkt från ett s.k. anknutet företag som ingår i en koncernbildning tillsammans med den upphandlande enheten (se 4 kap. 4 a § LOU). Med ”anknutet företag” anses enligt 3 kap. 8 § andra stycket LOU ”... varje företag över vilket [den upphandlande enheten] kan utöva ett bestämmande inflytande, varje företag som kan utöva ett sådant inflytande över [enheten] och varje företag som tillsammans med [enheten] står under bestämmande inflytande av något annat företag på grund av ägande eller finansiellt deltagande eller på grund av de regler företaget lyder under. Ett företag skall anses ha ett bestämmande inflytande när det, direkt eller indirekt, i förhållande till ett annat företag innehar större delen av företagets tillskjutna kapital, eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse fler än halva antalet ledamöter i företagets administrativa, verkställande eller övervakande organ”. Renhållningstjänster utgör emellertid inte i någon försörjningssektorstjänst, varför undantag enligt 4 kap. 4 a § LOU inte kan komma ifråga för sådana tjänster.

²² Se EG-domstolens dom den 12 juli 2001 i mål C-399/98, *la Scala*, där eftergift från en kommun till en byggtreprenör av vissa kommunala avgifter ansågs utgöra ”ekonomiska villkor” då eftergiften kunde ses som en ersättning för utförda entreprenadarbeten.

²³ Se EG-domstolens dom den 11 januari 2005 mål C-26/03, *Stadt Halle*, där domstolen fastslog att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till rättslig prövning av den upphandlande myndighetens beslut även omfattar beslut som fattats ”utanför ett formellt

och med att vissa åtaganden har gjorts i ett konsortialavtal eller motsvarande, med innebörden att en avtalspart som också är upphandlande enhet senare skall köpa tjänster från viss leverantör.

Löpande avrop kan enligt lagen ske med stöd av ramavtal, vilka anger villkoren för hur avrop skall ske och eventuellt reglerar vilka volymer som skall komma ifråga. Med *ramavtal* avses enligt 1 kap. 5 § LOU ”*avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period*”.

Bestämmelsen återfinns inte i tjänsteupphandlingsdirektivet (92/15/EG) men motsvarar art. 1.5 i det nya s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG). För att löpande köp av tjänster skall vara möjligt att genomföra utan konkurrensutsättning vid varje enskilt tillfälle krävs det således att det föreligger ett ramavtal som anger samtliga villkor för avrop samt att detta avtal har konkurrensutsatts genom ett offentligt upphandlingsförfarande enligt LOU.

Enligt art. 32.2. fjärde och femte styckena, klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) får ett ramavtal inte löpa längre än fyra år, utom i vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet. Evighetsavtal eller avtal som med stöd av exempelvis en tyst förlängningsklausul saknar begränsning i tiden torde därmed inte kunna komma ifråga vid upphandling av A-tjänster.²⁴

Enligt 5 kap. 14 § LOU skall förekommande upphandlingar normalt genomföras genom s.k. *öppen upphandling* eller *selektiv upphandling*. Förfarandet skall annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT).²⁵ *Förhandlad upphandling utan föregående annonsering* – där den upphandlande enheten vänder sig till viss leverantör och tecknar avtal direkt med denne – får enligt 5 kap. 17 och 19 §§ LOU användas endast under vissa i lagen uppräknade omständigheter²⁶ eller om anbud som har lämnats vid en redan genomförd öppen eller selektiv upphandling inte motsvarar de krav på föremålet för upphandlingen som ställts upp i underlaget, eller det över huvud taget inte har lämnats några anbud eller några lämpliga anbud.²⁷

Någon möjlighet för upphandlande enheter att under andra förhållanden underlåta att följa bestämmelserna om offentlig upphandling, exempelvis genom att i interna överenskommelser avtala bort LOU, föreligger inte. Ömsesidiga åtaganden genom t.ex. konsortialavtal eller liknande förfoganden inom ett ägarkollektiv, med innebörden att upphandlingsbestämmelserna i olika avseende sätts ur spel medför således inte undantag från LOU eller bakomliggande EG-direktiv.

upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfordran”, redan ”från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan”.

²⁴ Uppsägning av ramavtal med s.k. tyst förlängningsklausul har enligt svensk rättspraxis (se RÅ 2004 ref. 24 - Långseletvätten) inte kunnat framtingas med stöd av LOU. Avtal som har tillkommit genom otillåten direkttilldelning skall däremot kunna överprövas (se RÅ 2005 ref. 10 – Ryanair).

²⁵ En annons om upphandlingen skall enligt 1 kap. 8 § LOU på snabbaste lämpliga sätt sändas till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer. Den upphandlande enheten skall kunna visa vilken dag annonsen avsändes.

²⁶ Förhandlad upphandling får enligt 5 kap. 17 § LOU användas utan föregående annonsering om (1) tjänsterna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan utföras av endast en viss leverantör, (2) det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen, men synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppen eller selektiv upphandling eller förhandlad upphandling med föregående annonsering enligt 16 §, (3) upphandlingen gäller tilläggstjänster från den ursprungliga leverantören som inte omfattas av det först avsedda projektet men som på grund av oförutsedda omständigheter blivit nödvändiga för projektet, under förutsättning att tilläggstjänsterna inte utan tekniska eller ekonomiska olägenheter kan skiljas från det ursprungliga upphandlingskontraktet eller att tilläggstjänsterna är absolut nödvändiga för att det ursprungliga upphandlingskontraktet skall kunna slutföras, (4) upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster ingående i ett projekt som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling och tjänsterna tilldelas samma leverantör som tidigare fått upphandlingskontraktet, om dessa nya tjänster beställs inom tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts och värdet av de nya tjänsterna ingått i tröskelvärdeberäkningen och annonserats i samband med det ursprungliga projektet, varvid angivits att förhandlat förfarande kan komma att användas. Bestämmelserna i punkten 3 skall tillämpas endast om värdet av tilläggstjänsterna inte överstiger hälften av det ursprungliga upphandlingskontraktets värde.

²⁷ Om den förhandlade upphandlingen inte omfattar samtliga korrekt lämnade anbud från anbudsgivare som motsvarar de krav som ställts på leverantör i det föregående upphandlingsförfarandet, skall enligt 5 kap. 19 § andra stycket LOU den upphandlande enheten annonsera den förhandlade upphandlingen. En rapport om skälen för att Förhandlad upphandling utan föregående annonsering har tillämpats skall lämnas till EG-kommissionen på dess begäran.

Sid. 6 (10)

Detta har i ett flertal tillsynsärenden klargjorts av Nämnden för offentlig upphandling (NOU)²⁸ och även av Regeringsrätten i ett senare avgörande RÅ 2000 ref. 60.²⁹

Förutsättningarna för kommunal samverkan utan mellankommande upphandling har flera gånger utretts av regeringen. Upphandlingskommittén³⁰ sammanfattade i delbetänkandet ”Effektivare offentlig upphandling” (SOU 1999:139)³¹ rättsläget på följande sätt:

”Lagen är också tillämplig när den upphandlande enheten köper från egna eller andra enheters företag. Om t.ex. en kommun har överfört det kommunala huvudmannaskapet för en viss verksamhet till ett kommunalt företag, t.ex. ett bostadsföretag, är lagen inte tillämplig på kommunens ägarroll i förhållandet till företaget. Om däremot kommunen köper tjänster av företaget, till exempel fastighetsförvaltning, får det kommunala företaget inte gynnas på bekostnad av till exempel privata företag på så sätt att kommunen underlåter att infordra anbud enligt LOU:s regler. Detsamma gäller om den upphandlande enheten bildar ett särskilt företag för t.ex. städning av enhetens lokaler” (bet. s. 71).

Kommunal samverkan utan mellankommande upphandling har senare³² utretts även av Upphandlingsutredningen, vilken i slutbetänkandet ”Nya upphandlingsregler 2” (SOU 2006:28)³³ konstaterade bland annat följande:

”Den slutsats som enligt utredningens mening kan dras av vad som nu sagts är att det inte finns någon möjlighet att underlåta att tillämpa bestämmelserna i lagarna om upphandling vid transaktioner mellan kommuner inbördes eller mellan en kommun och en av kommunen tillsammans med annan ägd juridisk person, oavsett om värdet av transaktionerna uppgår till eller understiger tröskelvärdet” (bet. s. 264).

Från svensk domstolspraxis kan nämnas tre kammarrättsavgöranden där köp direkt mellan kommuner och kommunala bolag inom den s.k. klassiska sektorn har ansetts strida mot LOU.³⁴ Kammarrätten i Stockholm underkände ett förfarande där en kommun hade köpt tjänster direkt från ett av kommunen *helägt bolag* eftersom bolaget var en från den upphandlande enheten skild juridisk person och upphandling enligt LOU därför måste genomföras. Domen har vunnit laga kraft.³⁵ Kammarrätten i Göteborg har med liknande motivering underkänt en upphandling av

²⁸ Nämnden för offentlig upphandling (NOU) dnr. 1998/ 221-26, se NOU-info dec-1999, sid. 15 ff. Göteborgs stad hade i konsortialavtal åtagit sig att utan annonserad upphandling köpa tjänster direkt från det delägda kommunala bolaget Renova AB. I ett separat entreprenadavtal köpte kommunen även vissa renhållningstjänster från bolaget. I sin utredning konstaterade NOU att lagen om offentlig upphandling inte reglerar frågan om en offentlig verksamhet skall bedrivas i egen regi eller utföras av annan juridisk person och att lagen heller inte reglerar om och i vilka former som kommuner kan samarbeta. Nämnden ansåg således inte att kommunens beslut att bilda AB Renova och att godkänna det konsortialavtal som slutits mellan ägarkommunerna omfattades av LOU. I fråga om Göteborgs stads köp av tjänster från Renova hänvisade nämnden emellertid till en tidigare rapport till regeringen om kommuners köp från egna bolag m.m. (dnr 165/97-29), samt till nämndens tidigare avgörandena angående upphandling av renhållningstjänster i Halmstads (dnr 227/96-26) respektive Kungälv kommun (dnr 1999/103-21), av vilka det framgår att det inte är möjligt för en kommun att anskaffa tjänster från ett eget bolag utan att följa bestämmelserna om offentlig upphandling.

²⁹ I RÅ 2000 ref. 60 hade Regeringsrätten att bedöma ett förfarande där Landstinget Dalarna i bl.a. ett konsortialavtal hade åtagit sig vissa förpliktelser avseende driften av en beställningscentral i ett delägt bolag, AB Dalatrafik. Regeringsrätten konstaterade att det framgick att landstinget hade avsett att träffa överenskommelse om köp av tjänster från beställningscentralen, som i sin helhet förts över till AB Dalatrafik. En sådan överenskommelse innefattar enligt Regeringsrättens mening upphandling av tjänster på vilka lagen om offentlig upphandling är tillämplig. Eftersom någon ensamrätt (rättsligt monopol) för AB Dalatrafik att befatta sig med den aktuella verksamheten inte förelåg skulle upphandling således genomföras i enlighet med bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling. Regeringsrätten biföll därför talan om överprövning enligt LOU.

³⁰ Se kommittédirektiven dir. 1998:58 samt dir. 1999:34.

³¹ Se SOU 1999:139, ”Effektivare offentlig upphandling”, avsnitt 4.1.3 ”När är lagen tillämplig för en upphandlande enhet?”, underrubriken ”När den upphandlande enheten köper från eget företag” s. 71.

³² Se kommittédirektiven dir. 2004:47, jämte tilläggsdirektiven, dir. 2005:39.

³³ Se SOU 2006:28, ”Nya upphandlingsregler 2” avsnitt 7.12 ”Kommunal samverkan”.

³⁴ Uppgiften gäller för upphandlingar inom den s.k. klassiska sektorn. Inom de s.k. försörjningssektorerna gäller dock att en upphandlande enhet får köpa tjänster direkt från ett s.k. anknutet företag som ingår i en koncernbildning tillsammans med den upphandlande enheten (se 4 kap. 4 a § samt 3 kap. 8 § andra stycket LOU).

³⁵ Se Länsrätten i Stockholms län, dom den 12 december 2002 i de förenade målen 21659-02 och 21819-02 samt Kammarrätten i Stockholm, dom den 10 februari 2003 i de förenade målen 76-03/77-03. Kammarrättens avgörande har numera vunnit laga kraft efter att Regeringsrätten den 7 maj 2003 (mål 1413—1414-2003) beslutat inte meddela prövningstillstånd.

renhållningstjänster från ett *majoritetsägt delägt kommunalt bolag*. Även denna dom har vunnit laga kraft.³⁶ Slutligen har Kammarrätten i Göteborg på samma grund underkänt kommunala köp (genom formlösa avrop) av tjänster direkt från ett *minoritetsägt delägt kommunalt bolag*. Detta avgörande har ännu inte vunnit laga kraft utan prövas för närvarande av Regeringsrätten.³⁷

Enligt EG-fördraget gäller vidare en allmän princip om likabehandling. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen att *"Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitikens samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen"*.³⁸ Den allmänna likabehandlingsprincipen får förstås så att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa (t.ex. inhemska) leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

Huvudregel enligt EG-rätten är att ett annonserat upphandlingsförfarande skall genomföras innan kontrakt med ekonomiska villkor tecknas mellan en upphandlande enhet och en från enheten fristående juridisk person. Varken det tidigare tjänsteupphandlingsdirektivet (92/50/EG) eller det nya klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) innehåller några undantag i detta avseende för den s.k. klassiska sektorn.³⁹

EG-domstolen har emellertid i den s.k. *Teckal-domen* (C-107/98)⁴⁰ indikerat att undantag skulle kunna komma ifråga vid köp av tjänster som genomförs av en upphandlande enhet som också är en "lokal myndighet", under förutsättning att (1) myndigheten utövar en kontroll över den ifrågasvarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning (det s.k. *kontrollrekvisitet*) och (2) denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den (det s.k. *omsättningsrekvisitet*). I anslutande praxis har domstolen vidare uttalat att förutsättningarna för så kallade Teckal-undantag skall tolkas restriktivt och att det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att tillräckliga skäl för undantag föreligger.⁴¹ Något motsvarande undantag som också omfattar rätt

Kommentar [PC1]: Vad som ovan redovisats avseende svensk rätt överensstämmer med tidigare bestämmelser för bland annat kommunal upphandling och innebär inte några ändrade förhållanden. Också enligt äldre bestämmelser föreskrevs det en obligatorisk skyldighet för kommuner att konkurrensutsätta sina anskaffningar, även kommunala köp som skedde från hel- eller delägda kommunala företag, om företaget själv framställde varan, eller utförde tjänsten eller arbetet. .¹

³⁶ Länsrätten i Skåne län, dom den 22 augusti 2002 i mål 5363-02 samt Kammarrätten i Göteborg, dom den 7 april 2003 i mål 4851-2002. Kammarrättens avgörande har numera vunnit laga kraft efter att Regeringsrätten den 5 juni 2003 (mål. 2436-2003) beslutat inte meddela prövningstillstånd.

³⁷ För närvarande prövas av Regeringsrätten, i de s.k. SYSAV-målen (mål nr. 172-175-05, samt målen 176-179-05) huruvida det är förenligt med gällande rätt att två kommuner köper tjänster direkt från ett av dessa gemensamt minoritetsägt företag (SYSAV). Tidigare rättsinstanser har vid sina avgöranden inte ansett det förenligt med på området gällande nationell rätt eller gemenskapsrättslig praxis att kommunerna utanför den upphandlingsrättsliga regleringen köper varor eller tjänster direkt från hel- eller delägda företag.

³⁸ Se prop. 1994/95:19 del 1 s. 478.

³⁹ Som redovisats ovan (fotnot 20) behöver enligt 4 kap. 8 § LOU lagens bestämmelser inte tillämpas inom de s.k. försörjningssektorerna vid upphandling som sker mellan s.k. "anknutna företag" vilka horisontellt eller vertikalt befinner sig i ett koncernliknande förhållande till varandra. Något motsvarande undantag gäller emellertid inte för den klassiska sektorn, utöver vad som framgår av den s.k. Teckal-domen (C-107/98).

⁴⁰ EG-domstolen, dom den 18 november 1999 i mål C-107/98, *Teckal*, särskilt domskälen punkten 50.

⁴¹ Se EG-domstolen, dom den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, Domstolen räknar upp ett antal exempel som i det enskilda fallet "gör det osäkert om kommunen kan utöva kontroll". Bland annat nämner domstolen att eftersom det aktuella kontraktet hade tecknats med ett aktiebolag (aktiengesellschaft - AG), "... karaktären av denna bolagstyp" jämte det förhållandet att "väsentliga befogenheter har tilldelats bolagets styrelse utan att kommunen i princip utövar någon förvaltningskontroll" kunde anses utgöra omständigheter som motiverar att Teckal-undantag inte skall komma ifråga. Vidare uppmärksammade domstolen att statuterna för det i målet aktuella bolagets verksamhet medför mycket långtgående befogenheter för en självständig förvaltning samt att kommunens kontroll av bolaget huvudsakligen begränsar sig till "den som majoriteten av aktieägarna ges enligt bolagsrätten". Domstolen anmärkte även på förhållanden som hänförde sig till att det inom kort skulle bli möjligt för utomstående att köpa aktier i bolaget samt att bolaget planerade att utvidga verksamheten nya viktiga områden. I en senare

för kommunala företag köpa tjänster direkt från fristående juridiska personer kan inte utläsas ur Teckal- domen. Möjligheten till undantag begränsar sig enligt Teckal-omens lydelse enbart till lokala myndigheter, varmed (översatt till svenska förhållanden) får förstås kommuner och landsting.⁴² Teckal- domen kan således inte åberopas till stöd för köp direkt mellan kommunala företag.⁴³

EG-kommissionen har i en s.k. formell underrättelse som överlämnades den 13 december 2006 uppmärksammat Sverige på att svenska kommuners hantering av renhållningskontrakt riskerar att innebära överträdelse av gällande upphandlingsdirektiv.⁴⁴ Av underrättelsen framgår bl.a. följande:

Jag vill vänligen uppmärksamma Er på ett klagomål om hur flera svenska kommuner organiserar sin avfallshantering. De klagande hävdar att kommuner brukar överlåta avfallshanteringen på sina egna eller andra kommuners företag. Dessutom brukar dessa kommunföretags verksamhet inte främst inriktas på de kommunala uppdragsgivarna, utan de konkurrerar också med andra kunder på marknaden. Enligt svensk lag har kommuner en skyldighet att organisera sin avfallshantering inom kommunen. Av uppgifter från de klagande och andra källor framgår det klart att flera svenska kommuner har slutit avtal om avfallshantering utan att detta föregåtts av offentlig upphandling. [...] Avtal om sådana tjänster omfattas dock av bilaga II A till direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. De skall således ingås i enlighet med direktivets regler.⁴⁵

Sverige har genom skrivelse den 26 september 2007 besvarat underrättelsen med att regeringen är mycket angelägen om att landets kommuner följer gemenskapsrätten vid tilldelning av kontrakt som rör avfallstjänster. Frågan huruvida upphandlingslagstiftning har överträtts måste utredas och konstateras från fall till fall. EG-kommissionens formella underrättelse föranleder därför ett antal åtgärder från svensk sida. Bland annat kommer Konkurrentverket att inleda en granskning av upphandling av avfallstjänster.⁴⁶ Informationsinsatser i syfte att uppmärksamma kommunerna om gällande rätt vid upphandling av avfallstjänster kommer att genomföras. Regeringen planerar även åtgärder i form av skärpta rättsmedel som förhoppningsvis kommer att leda till att eventuella brister i angivet avseende rättas till.⁴⁷

Yttrande

Leksands Vatten AB har i gemensam skrivelse med Gagnefs kommun samt Rättviks Teknik AB yttrat sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet och därvid bl.a. anført följande:

Kommunerna Gagnef, Leksand och Rättviks hela kompetens att hantera de lagstadgade krav som ålagts för VA- respektive avfallsangelägenheterna har placerats i en ny och gemensam

dom den 11 maj 2006 i mål C-340/04, *Carbotermo*, ansåg EG-domstolen att om ett aktiebolags styrelse har omfattande förvaltningsbefogenheter som den kan utöva självständigt, detta utgör en omständighet som kan medföra att kontrollrekvisitet inte anses uppfyllt.

⁴² Se EG-domstolen, dom den 18 november 1999 i mål C-107/98, *Teckal*, domskälen punkten 50 jämfört med punkten 46.

⁴³ Regeringen har, i prop. 2001/02:142 s. 84 inte med anledning av Teckal- domen ansett sig finna erforderligt stöd i gemenskapsrätten för att i Sverige införa en bestämmelse som tillåter kommunala köp direkt från hel- eller delägda bolag. Någon möjlighet till Teckal-undantag föreligger således inte enligt svensk nationell rätt. Kommunala köp från hel- eller delägda bolag måste därför genomföras enligt LOU.

⁴⁴ En *formell underrättelse* som riktas till en medlemsstat utgör det första formaliserade steget i ett av EG-kommissionen initierat överträdelseförfarande, om kommissionen anser att en medlemsstat har underlåtit att uppfylla en skyldighet enligt fördraget. Det andra steget i förfarandet utgörs av ett *motiverat yttrande*, där EG-kommissionen, efter att ha tagit del av medlemsstatens synpunkter, framför krav på rättelse i visst avseende. Om den berörda staten sedan inte rättar sig efter yttrandet inom den tid som kommissionen har angivit, får kommissionen enligt artikel 226/EG föra ärendet vidare till EG-domstolen. EG-kommissionen skall ange det standardbelopp eller det vite som den med hänsyn till omständigheterna anser det lämpligt att den berörda medlemsstaten skall betala. Det slutliga beslutet avseende åläggande av de straffavgifter som föreskrivs i artikel 228/EG fattas av domstolen inom ramen för en särskild process mot medlemsstaten. Straff- och vitesbelopp som i dessa fall kan komma ifråga kan med hänsyn till överträdelsernas art och övriga omständigheter bli betydande.

⁴⁵ EG-kommissionen, skrivelse den 13 december 2006 till Sveriges ständiga representation vid EU (KOM:s ref. SG-Grefte (2007) D/204092, ärendenummer 2006/4900) – svenskt diarienummer Dnr. 17/1616.

⁴⁶ Konkurrentverket har bl.a. inhämtat tidigare utredningspromemorior från Konkurrenskommissionen. Totalt har hittills 54 slutbedömda ärenden (PM 2) avseende bristande upphandling vid kommunala köp av renhållningstjänster överlämnats från Konkurrenskommissionen till verket.

⁴⁷ Regeringen, skrivelse den 26 september 2007 till EG-kommissionen (Dnr. Fi 2007/5441).

arbetsplattform. Konstruktionen innebär att DVAAB är upphandlande enhet för dessa verksamheter. För att klara lagstadgade krav på genomlysning genom särredovisning av varje verksamhets resultat- och balansräkningar så ligger anläggningar kvar i respektive VA- och avfallsskollektiv i de tre kommunerna.

Konkurrenskommissionen har upprättat sin promemoria genom tolkning av avtalen mellan fyra parter. Bristen på villighet från kommissionens sida att informeras om och lyssna på sakförhållanden såsom historisk och framtida planerade upphandlingar innebär att vi anser kommissionens preliminära utredning baserar sig på felaktiga grunder och därmed inte inger förtroende utan snarare ger ett felaktigt fokus.

Den aktuella avfallsverksamheten bedrivs av privata entreprenörer. Gemensam upphandling för dessa tjänster, avseende hushållsrelaterade lagkrav som gäller kommunerna sker precis som tidigare på den marknad som finns tillgänglig. Exempel är upphandling, insamling, behandling, fjärrtransporter, farligt avfall etc. I sak har ingen förändring skett utöver att vi samlat vår gemensamma kompetens på ett ställe. Från den nya plattformen DVVAB där Verksamhetsstart skedde den första september i år har nyligen upphandling skett för Gagnef samt Leksand. De nya privata leverantörerna startar sin verksamhet under första halvåret 2008.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Leksands Vatten är ett helägt kommunalt bolag som enligt bolagsordningen har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Bolaget utgör därmed en s.k. upphandlande enhet som måste följa LOU och bakomliggande EG-direktiv.

Av utredningen framgår att Leksands Vatten har varit med om att inrätta DVAAB för att bland annat ombesörja bolagets åtaganden (gentemot Leksands kommun) att samla in och omhänderta kommunens avfall. Dala Vatten har även tecknat avtal direkt med DVAAB om köp av löpande renhållningstjänster under en period av minst tio år.

Som bland annat Nämnden för offentlig upphandling tidigare har konstaterat reglerar LOU inte frågan huruvida offentlig verksamhet skall bedrivas i egen regi eller utföras av annan juridisk person och heller inte om eller i vilka former som kommuner (eller kommunala företag) kan samarbeta. Leksands Vattens beslut att tillsammans med övriga delägare bilda DVAAB omfattas således inte av LOU. Det av Leksands Vatten undertecknade Konsortialavtalet torde emellertid omfattas av lagens bestämmelser eftersom bolaget därigenom har uttryckt sin vilja att köpa bland annat renhållningstjänster på ett sätt som kan ha rättslig verkan. I vart fall utgör själva Uppdragsavtalet mellan de båda bolagen ett kontrakt med ekonomiska villkor som definitivt omfattas av LOU:s reglering.

Eftersom avtalsförhållandet avser bl.a. A-tjänster (kategori 16) till ett kontraktsvärde som väsentligt överstiger tröskelvärdet 200.000 euro skall upphandling genomföras enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap, LOU.⁴⁸

Den omständigheten att Leksands Vatten är delägare i DVAAB eller att det senare bolaget har upphandlat aktuella tjänster i underentreprenad medför inte att avtalen kan undantas från upphandling enligt LOU. Såvitt framgår av ett flertal utredningsbetänkanden och även följer av rättspraxis föreligger det enligt svensk nationell rätt inte någon möjlighet att underlåta att tillämpa bestämmelserna i LOU vid transaktioner mellan kommuner inbördes eller mellan en kommun och

⁴⁸ Upphandling enligt 4 kap. LOU kommer inte ifråga eftersom renhållningsverksamhet ligger utanför de s.k. försörjningssektorerna.

en av kommunen tillsammans med annan ägd juridisk person. Detta gäller även för transaktioner mellan kommunala bolag inom den s.k. klassiska sektorn.

Den i EG-direktiv anvisade möjligheten till inköpscentraler har inte införts i svensk rätt. Varken Uppdragsavtalet eller Konsortialavtalet innefattar heller någon garanti om att ytterligare offentlig upphandling kommer att genomföras. Som avtalen har utformats är DVAAB oförhindrad att själv ta över och i framtiden ombesörja samtliga kontrakterade renhållningstjänster i egen regi. Det förtjänar även påpekas att sådana tjänster som DVAAB obesträtt avser att utföra i egen regi, såsom själva upphandlingsfunktionen samt förekommande administrativa tjänster m.m., omfattas av upphandlingsskyldighet enligt LOU.

Undantag enligt den s.k. Teckal-domen (C-107/98) kan inte komma ifråga vid köp mellan bolag och möjlighet till sådant undantag har heller inte implementerats i svensk rätt.

Renhållningstjänster omfattas inte av någon ensamrätt som gör att de kan levereras endast av DVAAB. Synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till Leksands Vatten har inte förelegat. Tidigare upphandling från DVAAB har aldrig genomförts, varför avtalsförhållandet varken kan avse tillägsbeställningar eller upprepningsarbeten. Förutsättningarna för att tillämpa förhandlad upphandling utan föregående annonsering enligt 5 kap. 17 och 19 §§ LOU är därmed inte uppfyllda utan Uppdragsavtalet och Konsortialavtalet har kommit till vid sidan av LOU:s reglering. Den omständigheten att avtalen inte reglerar samtliga villkor för avrop samt i praktiken har utformats som evighetsavtal strider vidare mot gällande direktivbestämmelse för s.k. ramavtal.

Sammantaget strider det aktuella förfarandet att teckna avtal direkt med DVAAB mot bestämmelserna om offentlig upphandling genom att konkurrensmöjligheterna inte har prövats. Principen om affärsmässighet har åsidosatts därmed samtidigt som konkurrensen har snedvridits. Förfarandet framstår som särskilt anmärkningsvärt eftersom detta har påbörjats efter att det i ett flertal svenska utredningar och i nationell rättspraxis har konstaterats att dylika förfoganden inte får komma ifråga. Vidare bör noteras att EG-kommissionen formellt underättat Sverige om att avtal om avfallshantering direkt med hel eller delägda kommunala bolag riskerar att strida mot EG-rätten. Leksands Vattens köp av tjänster direkt från DVAAB innebär således att Sverige riskerar att fällas för fördragsbrott i EG-domstolen.