

PM 2 2008-09-03 SLUTLIGT BESLUT

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom tilldelning av uppdragsavtal utan föregående anbudsinfordran.

Karlskrona kommun har utan föregående infordran av konkurrerande anbud överenskommit med ett helägt kommunalt bolag om att köpa tjänster för omhändertagande av kontaminerade jordmassor.

Karlskrona kommun (nedan Kommunen) har överenskommit med det helägda bolaget Affärsverken Karlskrona AB (nedan Affärsverken) om att köpa tjänster för omhändertagande av kontaminerad jord.

Kommunens behov av aktuella tjänster har sin grund i att Kommunen sedan gammalt besitter fastigheten Karlskrona Axel 1 i centrala staden, även kallad Gasverkstomten¹. Till följd av tidigare verksamhet är marken svårt förorenad och har enligt uppgift rankats som Sveriges femte giftigaste markområde. Enligt miljöbalkens bestämmelser (se nedan) ansvarar den som tidigare har bedrivit verksamhet på ett markområde för att detta saneras från uppkommande föroreningar. Om verksamhetsutövaren är okänd eller inte kan återfinnas ansvarar i stället markägaren.

Kommunen, som är både markägare och verksamhetsutövare har i kontrakt (nedan Markavtalet) av den 17 december 2007 och den 10 mars 2008 avtalat om att överlåta Gasverkstomten till ett privat byggföretag. I samband med överlåtelseavtalet har kommunen utan upphandling uppdragit till byggföretaget att mot en avtalad ersättning utföra sådana marksaneringsarbeten som kommunen ansvarar för (se KKO 08-011). Av punkten B5 i Markavtalet framgår bl.a. följande:

”Kommunkoncernen är som helhet ansvarig för miljösaneringen och saneringen är ett gemensamt åtagande och samarbetsansvar mellan Kommunen och dess helägda Affärsverken AB för bl.a. mottagande av förorenade massor. Kommunen har försäkrat sig om att massorna kan deponeras och saneras hos Affärsverken AB”.

Markavtalet avser i angivna delar således *behandling av kontaminerad mark samt bortforsling av kontaminerad jord*. Slutlig *disponering och behandling av den kontaminerade jorden* omfattas däremot inte av uppdraget till byggföretaget. Beslut om att godkänna Markavtalet fattades av kommunfullmäktige i Karlskrona den 28 februari 2008 (KF § 11/08).

Genom förfrågan i slutet av år 2003 eller början av 2004 infortrade Kommunen anbud från Affärsverken avseende ”*omhändertagande av massor från kv. Axel*” till en volym som, såvitt kan utläsas av dokumenterad skriftväxling, uppskattades till c:a 10.800 ton. Affärsverken besvarade i februari 2004 kommunens förfrågan med ett anbud på 1.500 kr per ton omhändertagen jordmassa.² I november 2004, efter att ha tagit del av ”granskning av den gjorda markundersökningen” justerade Affärsverken sitt anbud, innebärande en sänkning av priset till 975 kr per ton omhändertagen jordmassa.³ Såvitt kunnat utläsas omfattar anbudet från Affärsverken tjänster för omhändertagande, sortering och deponering av mottagna jordmassor vid bolagets deponeringsanläggning i Bubbetorp, dock inte förekommande transporter från Gasverkstomten till anläggningen i Bubbetorp.

Något skriftligt kontrakt finns såvitt hittills visats inte upprättat mellan Kommunen och Affärsverken. Mot bakgrund av att Kommunen enligt Markavtalet har försäkrat sig om att aktuella jordmassor kan deponeras och saneras hos Affärsverken AB får avtal i angivet avseende ändå förmodas föreligga.

¹ Fastigheten Karlskrona Axel 1 omfattar 5.676 kvadratmeter landareal. Kommunen förvärvade fastigheten per den 22 september 1942 och inskrevs som lagfaren ägare genom beslut av inskrivningsmyndigheten i Karlskrona domsaga per den 10 november 1943. Fastigheten är taxerad som specialenhet, tomtmark till specialbyggnad och har inte åsatts något taxeringsvärde. Genom beslut den 20 december 2005 avstyckades en del av dåvarande Karlskrona Axel 1 till fastigheten Karlskrona 4:5 (akt. 1080-05/165).

² Affärsverken i Karlskrona AB, anbud till Karlskrona kommun per den 25 februari 2004.

³ Affärsverken i Karlskrona AB, anbud till Karlskrona kommun per den 18 november 2004.

Det aktuella uppdragets s.k. upphandlingsvärde kan med ledning av gällande beräkningsbestämmelser uppskattas till c:a 10, 530 miljoner kronor.

Gällande rätt

Bestämmelser som reglerar ansvaret för förorenade markområden finns i 10 kap. miljöbalken (MB). Enligt 10 kap. 2 § MB ansvarar den som på ett markområde bedriver eller har bedrivit verksamhet (verksamhetsutövaren) för att förekommande föroreningsskador avhjälps. Om det inte finns någon verksamhetsutövare ansvarar enligt 10 kap. 3 § MB i andra hand den som har förvärvat den förorenade fastigheten. Den som är ansvarig för att avhjälpa en föroreningsskada ska enligt 10 kap. 4 § MB i skälig omfattning utföra eller bekosta det avhjälpande som på grund av föroreningen behövs för att förebygga, hindra eller motverka att skada eller olägenhet uppstår för människors hälsa eller miljön. Avhjälpande i miljöbalkens mening innefattar förutom förekommande marksaneringsarbeten även att förorenade jordmassor tas om hand.

Offentlig upphandling som har påbörjas efter den 31 december 2007 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen bygger på 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). Tillsynen över offentlig upphandling utövas av Konkurrensverket.⁴

Lagen är tillämplig på kontrakt med ekonomiska villkor som avser byggentreprenader, varor eller tjänster inom den s.k. klassiska sektorn och som ingås av s.k. *upphandlande myndigheter*, däribland kommunala beslutande församlingar och myndigheter.⁵ Hur upphandling ska genomföras⁶ regleras i lagen för samtliga fall.⁷

Vid upphandling av tjänster ska de direktivreglerade bestämmelserna i 1 kap. - 14 kap. LOU tillämpas om uppdraget avser A-tjänster enligt bilaga 2 till lagen, och det s.k. upphandlingsvärdet överstiger tröskelvärdet 206.000 euro eller 1.911.155 kronor.⁸ Upphandling under gällande tröskelvärden ska istället handläggas i enlighet med de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU.

Tjänster i samband med kontaminerad jord (CPV 90122120-5), däribland *disponering och behandling av kontaminerad jord* (CPV 90122122-9 och 90122123-6), utgör sådana A-tjänster innefattande ”*avlopps- och renhållningstjänster, sanering och liknande tjänster*” (kategori 16) vilka enligt en bilaga 2 till LOU ska upphandlas enligt lagens direktivstyrda regelverk om det s.k. upphandlingsvärdet överstiger gällande tröskelvärde för tjänster.⁹

Med *upphandling* avses förfarandet fram till och med tilldelningen av ett offentligt kontrakt med ekonomiska villkor mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser bl.a. leverans av tjänster. Begreppet *offentligt kontrakt* ska enligt EG-kommissionen tolkas vidsträckt och omfatta såväl alla former av ersättning som kan kvantifieras i

4 Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret över den offentliga upphandlingen från Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som samtidigt lades ned, till Konkurrensverket.

5 Bestämmelserna i LOU omfattar förutom kommunala myndigheter även beslutande församlingar i kommuner och landsting.

6 Med ”klassiska sektorn” avses upphandling av varor, tjänster eller byggentreprenader som inte omfattas av lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF.

7 Se 2 kap. 19 § (och 2 kap. 12 §) LOU. Med upphandlande myndighet avses i lagen statliga och kommunala myndigheter. Vid tillämpningen ska med myndighet jämställas även beslutande församlingar i kommuner och landsting.

8 Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande tröskelvärden fastställs av EG-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling, angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av A-tjänster inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet till 206.000 euro eller 1.911.155 svenska kronor. Motsvarande tröskelvärde för upphandling av byggentreprenadarbeten uppgår inom den klassiska sektorn till 5.150.000 euro eller 47.778.869 svenska kronor. se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

9 Bilaga 2 till LOU bygger i allt väsentligt på en klassificering av tjänster som numera finns sammanställd i den av Europeiska rådet och parlamentet antagna s.k. CPV-nomenklaturen (*Common Procurement Vocabulary*) - Se Europaparlamentets och rådets förordning (2002/2195/EG) av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003.

pengar och som en upphandlande myndighet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande myndighetens förfogande samt utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten för den upphandlande myndighetens räkning. Karakteristiskt för ett offentligt tjänstekontrakt är således att leverantören mot ersättning ska åta sig att utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning som myndigheten annars hade svarat för.¹⁰

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller som huvudregel att all upphandling ska genomföras på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt med iakttagande av principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Därav följer att offentlig anskaffning ska ske med effektivt konkurrensutnyttjande och under öppna, dokumenterade och förutsebara former samt genom lika behandling av leverantörer (anbudssökande och anbudsgivare) i alla skeden av anbudsförfarandet. Genom lagens bestämmelser och det konkurrenstryck som därmed åstadkoms skyddas skattebetalarna mot onödigt höga kostnader samt motverkas korrupcion i offentlig sektor.

De i LOU angivna principerna om likabehandling och icke-diskriminering följer ytterst av EG-fördraget och ska iakttas av upphandlande myndigheter även i fråga om upphandlingar som ligger utanför det direktivstyrda området. Av kravet på likabehandling följer vidare att intresserade leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud eller ansökningar om att lämna anbud. Samtliga leverantörer måste ges tillgång till för upphandlingen relevant information, vid ett och samma tillfälle och på lika villkor. Föreskriften om icke-diskriminering innebär också att krav som ställs upp i en upphandling inte får ges någon diskriminerande verkan. Myndigheten får exempelvis inte utforma förutsättningarna för anbudsgivningen på sätt som kan medföra diskriminerande verkan mellan leverantörer.

I EG-domstolens praxis¹¹ har principen om icke-diskriminering tolkats så att kraven i en offentlig upphandling inte otillbörligt får gynna någon som kommer från viss ort eller har särskild lokal kännedom eller representerar ett visst område, eftersom detta leder till diskriminering av företag från andra områden eller länder. Icke-diskriminering förutsätter således att vid exempelvis kommunal upphandling leverantörer från andra kommuner eller orter måste behandlas på samma sätt och ges lika villkor som exempelvis leverantörer från den egna kommunen eller orten.¹²

Bestämmelserna i LOU behöver inte tillämpas i fråga om tjänstekontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) att utföra tjänsten (se 1 kap. 7 § LOU) samt i fråga om vissa i 1 kap. 5 och 6 §§ LOU särskilt undantagna tjänsteområden.¹³ Upphandling av tjänster för marksanering eller motsvarande omfattas liksom arbeten för iordningställanden av markområden emellertid inte av något undantag i lagen. Något undantag för kommunala köp från egna bolag föreligger inte heller (se RÅ 2008 ref. 00 - SYSAV).¹⁴

Om något undantag således inte kan komma i fråga ska vid direktivstyrd upphandling ett öppet eller selektivt förfarande enligt 4 kap. 1 § LOU tillämpas som huvudregel. Den upphandlande

¹⁰ Se definitionen av offentligt kontrakt och offentligt tjänstekontrakt i art. 1.2 a) och d) i det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) samt EG-domstolens dom den 12 juli 2001 i mål C-399/98, *la Scala*, REG 2001, s. I-5409, pp. 6 och 51. Jfr även Nämnden för offentlig upphandling (NOU), skrivelse den 16 juni 2005 till Länsrätten i Stockholms län (dnr. 2005/0121-29).

¹¹ Se EG-domstolens dom av den 20 september 1988 i mål C-31/87, *Gebroeders Beentjes*, REG 1988, s. 4635, samt den 22 juni 1993 i mål C-243/89, *Storebæltsforbindelsen AS*, REG 1993, s. I-3353.

¹² Se prop. 2006/07:128, del 1, s. 183.

¹³ Områden som enligt 1 kap. 5 och 6 §§ LOU undantas från lagens tillämpning är bl.a. den upphandlande myndighetens förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet, 2. anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för radio- och TV-program samt upphandling av sändningstid, 3. skiljemanna- eller förlikningsuppdrag, 4. finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument, 5. anställningar, 6. forsknings- och utvecklingstjänster, med undantag för sådana vilkas resultat endast tillkommer en upphandlande myndighet i den egna verksamheten och betalas av myndigheten, eller 7. verksamhet som rör förvaltning av statsskulden eller som avser tjänster från en centralbank.

¹⁴ Regeringsrättens domar av den 17 mars 2008 i de förenade målen 172-175-06 samt 176-179-06. Avgörandena har ännu inte åsatts något nummer i Regeringsrättens årsbok (RÅ).

myndigheten ska därvid enligt 7 kap. 1 § LOU annonsera upphandlingen med iakttagande av vissa i 8 kap. samma lag angivna tidsfrister.

Undantag från annonseringsskyldighet vid upphandling av tjänster föreligger enligt 4 kap. 5 § LOU emellertid under följande förutsättningar:

- det har vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller anbud eller har inte lämnats några lämpliga anbud,¹⁵
- det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör, eller
- det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett förfarande med föregående annonsering.

Undantag från annonseringskravet kan under vissa i 4 kap. 8 § LOU angivna förhållanden även komma ifråga vid upphandling av kompletterande byggentreprenadarbeten eller tjänster eller i fråga om upprepning av sådana arbeten eller tjänster som tidigare har upphandlats.

Föreligger inte skäl till undantag från LOU eller från lagens allmänna annonseringskrav ska som huvudregel konkurrerande anbud infordras genom ett annonserat förfarande varvid anbudssökande eller anbudsgivande leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt sätt.

Ett felaktigt beslut om tilldelning kan angripas genom överprövning enligt 16 kap. 1 § LOU eller genom skadestånd enligt 16 kap. 5 och 6 §§ LOU. Överprövning ska enligt knäsattningsgemenskrätslig praxis (EG-domstolens dom i målet *Stadt Halle*, C-26/03) kunna ske i domstol redan ”från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan”.

Vid upphandling som har genomförts genom ett annonserat förfarande kan överprövning ske fram till dess att kontrakt har tecknats i upphandlingen, dock alltid minst inom tio dagar från det att den upphandlande myndigheten har lämnat underrättelse om tilldelningen enligt 9 kap. 9 § LOU till anbudssökandena eller anbudsgivarna.¹⁶ Skadestånd kan sökas fram till dess att ett år har gått från tidpunkten enligt ovan. I fråga om kontrakt eller andra avtal som har tilldelats vid sidan av bestämmelserna i LOU, exempelvis genom otillåten direkttilldelning, kan tilldelningen däremot angripas utan någon begränsning i tiden (se RÅ 2005 ref. 10 – *Ryanair*).¹⁷ Även beslut att avbryta upphandlingar, för att exempelvis utföra aktuella tjänster i egen regi, kan enligt vägledande rättspraxis överprövas utan begränsning i tiden (se RÅ 2005 ref. 62 – *Sälenfjällen Taxi*).¹⁸

Yttrande

Karlskrona kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

¹⁵ Om Europeiska gemenskapernas kommission begär det, ska den upphandlande myndigheten i en rapport till kommissionen redovisa sådana ärenden där undantag enligt denna punkt har tillämpats av myndigheten.

¹⁶ Den överprövningsökande leverantören måste inom den aktuella tiodagarsfristen ha yrkat och erhållit beslut av allmän förvaltningsdomstol (länsrätt) om verkställighetsförbud i upphandlingen. Annars kan målet om överprövning komma att avskrivras på grund av att kontrakt har hunnit tecknats med tilldelad leverantör.

¹⁷ Regeringsrätten fastslog i RÅ 2005 ref. 10 (*Ryanair*) med hänsyn till knäsattningsgemenskrätslig praxis (EG-domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005 s. I-1) att det förhållandet att kontrakt redan hade tecknats direkt med en viss leverantör inte utgjorde hinder för att förfarandet ändå kunde överprövas. Regeringsrätten uttalade bl.a. följande: ”Avtalet [...] innefattar ett ställningstagande från [den upphandlande myndighetens] sida att vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande anlita [kontrakterad] leverantör. Vid sådant förhållande utgör den omständigheten att avtal redan föreligger inte hinder för överprövning enligt LOU (jfr prop. 2001/02:142 s. 78 och 102)”.

¹⁸ Regeringsrätten uttalade i målet RÅ 2005 ref. 62 bland annat följande: ”I sin dom i [målet *Stadt Halle*] fann EG-domstolen stöd i avgörandet i målet HI (se EG-domstolens dom av den 18 juni 2002 i målet 92/00, *HI*, REG 2002, s. I-5553) när den konstaterade att en upphandlande myndighets beslut att inte inleda ett offentligt upphandlingsförfarande kan bli föremål för överprövning (punkterna 32 och 33 i domen). Ett sådant beslut överprövas av allmän förvaltningsdomstol (RÅ 2005 ref. 10). Grund saknas att göra en annan bedömning beträffande ett beslut att avbryta en upphandling”.

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.

Karlskrona kommun är en upphandlande myndighet som är underkastad bestämmelserna i LOU. Av bl.a. det Markavtal som kommunfullmäktige i Karlskrona beslutade godkänna i slutet av februari 2008 framgår att Kommunen numera synes ha uppdragit omhändertagandet av kontaminerade jordmassor från saneringen av Gasverkstomten till att utföras av Affärsverken. Av tidigare skriftväxling parterna emellan framgår att ersättningen för aktuella arbeten kan uppskattas till c:a 10 miljoner kronor. Eftersom aktuella tjänster utgör s.k. A-tjänster till ett upphandlingsvärde som väsentligt överstiger gällande tröskelvärde för sådana tjänster skulle uppdraget till Affärsverken rätteligen ha upphandlats med iakttagande av de direktivstyrda bestämmelserna i 1 kap. – 14 kap. LOU

Tjänsterna att ta om hand och behandla förorenade jordmassor omfattas inte av något undantag från LOU. Exempelvis är det inte tillåtet för kommuner att köpa tjänster från hel- eller delägda bolag utan upphandling enligt LOU. Affärsverken har heller inte något rättsligt monopol på att utföra aktuella tjänster. Någon tidigare upphandling har aldrig genomförts och tjänsterna omfattas varken av någon teknisk eller konstnärlig ensamrätt som gör att de kan utföras endast av Affärsverken. Det framstår vidare inte som absolut nödvändigt till följd av synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses av Kommunen, att utan föregående annonsering uppdra aktuella tjänster direkt till Affärsverken, förhandlingar mellan kommunen och Affärsverket har i här aktuellt avseende pågått sedan åtminstone början av 2004. Uppdraget avser slutligen vare sig tilläggsbeställningar eller upprepningsarbeten i anledning av något tidigare upphandlat kontrakt. Uppdraget till Affärsverken omfattas således inte av något undantag från annonseringskravet i LOU.

Avtalsförhållandet mellan Kommunen och Affärsverken har således kommit till utan att tillämpa lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EG-direktiv. Konkurrensen på marknaden för saneringstjänster har därmed kommit att snedvridas.

Genom att underlåta ett offentlig anbudsförfarande har Kommunen även åsidosatt EG-fördragets grundläggande bestämmelser om fri rörlighet som följer av artiklarna 43 EG och 49 EG samt principerna om likabehandling, icke-diskriminering. Förfarandet innebär därför att Sverige riskerar att fällas för fördragsbrott i EG-domstolen.