

PM 2 2008-10-29 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direktupphandling i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning).**

*Kungälvs kommun avropar, avtalslöst och utan föregående infordran av konkurrerande anbud, tjänster för renhållning (avfallsförbränning) från ett av kommunen delägt bolag.*

Sedan i vart fall 1997 uppdrar Kungälvs kommun åt det tillsammans med kommunerna Ale, Göteborg, Härryda, Kungsbacka, Lerum, Mölndal, Partille, Tjörn, Stenungsund samt Öckerö (nedan kallade Ägarkommunerna) gemensamt ägda bolaget Renova AB (nedan kallat Renova)<sup>1</sup>, att tillhandahålla tjänsten att genom förbränning ta om hand sådant hushållsavfall som kommunen ansvarar för.

Renova bildades år 1966 som Göteborgsregionens Avfallsaktiebolag (GRAAB). Bolaget inrättades för att omhänderta avfallet från göteborgsregionens dåvarande 23 kommuner. Genom kommunsammanläggningar reducerades antalet delägare till nio kommuner (nedan kallade Ursprungskommunerna), nämligen Ale, Göteborg, Härryda, Kungsbacka, Kungälv, Lerum, Mölndal, Partille samt Öckerö. Ägarkretsen har senare utvidgats till att omfatta även Tjörn och Stenungsunds kommuner.

Ägandet i Renova fördelar sig för närvarande så att Göteborgs kommun innehar 83,7 procent av bolagets aktier och kapital. Till återstående delar innehas bolaget av övriga Ägarkommuner, med en andel för Kungälvs kommun motsvarande 1,5 procent av bolagets aktier.<sup>2</sup>

Enligt ett odaterat dokument, rubricerat "Ägardirektiv för Renova AB", ska bolaget:

... vara ett av de ledande återvinnings- och avfallsföretagen i Västsverige och medverka i utvecklingen mot en långsiktigt hållbar tillväxt genom att erbjuda kommuner, företag och andra verksamheter i regionen konkurrenskraftiga och kvalitetsmässigt bra tjänster och produkter. Till grund för verksamheten ska ligga en av bolaget utarbetad miljöpolicy som bygger på av Göteborgsregionens Kommunalförbund (GR) antagna miljöpolitiska mål.

Av ägardirektiven framgår vidare att Ägarkommunerna genom konsortialavtal har:

... bli förbundit sig att samverka inom avfallsområdet genom bolaget och att till bolaget avlämna för förbränning lämpligt hushållsavfall, för vilket kommunerna har ett omhändertagandeansvar och som kommunerna enligt sina avfallsplaner avser att förbränna. Däremot är insamlings- och transporttjänsten avseende hushållsavfall föremål för offentlig upphandling i den mån den ej görs i egen regi.

Mellan Ursprungskommunerna ingicks 1966 ett konsortialavtal (aktieägaravtal) avseende deras inbördes samverkan i Renova (dåvarande GRAAB). Detta avtal löpte ut den 31 december 1996 men kom genom tilläggsavtal att prolongeras i ytterligare sex månader, till och med den 30 juni 1997.

Ett nytt konsortialavtal ingicks mellan de nuvarande Ägarkommunerna under våren 1997.<sup>3</sup> Detta avtal trädde i allt väsentligt i kraft per den 1 juli samma år<sup>4</sup> och gäller till och med den 31 december

<sup>1</sup> Renova AB, med organisationsnummer 556108-3337, bildades den 4 november 1966 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 1 februari 1967. Nuvarande firma registrerades den 15 maj 1998. Tidigare firma har varit Göteborgsregionens Avfallsaktiebolag (G.R.A.A.B.) samt GRAAB, Göteborgsregionens Avfallsaktiebolag. Gällande bolagsordning registrerades den 23 mars 1999. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att "... -insamla, omhänderta, behandla och deponera avfall /återvinningsmaterial, -anlägga och driva avfallsdeponier, -med härför lämpligt avfall och /eller annat bränsle producera och försälja fjärrvärme och el, -bedriva med ovanstående verksamhet naturligt anknyttande rörelse".

<sup>2</sup> Ägandet i Renova fördelar sig enligt bolagets årsredovisning för 2007 på följande sätt: Ale 1,8 procent, Göteborg 83,7 procent, Härryda 0,9 procent, Kungsbacka 1,5 procent, Kungälv 2,4 procent, Lerum 1,3 procent, Mölndal 3,6 procent, Partille 1,8 procent, Stenungsund 1,5 procent, Tjörn 1,1 procent, samt Öckerö 0,4 procent av bolagets kapital.

<sup>3</sup> Vid tidpunkten för konsortialavtalets ingående (år 1997) ägde Göteborgs kommun 74,2 procent och Kungälvs kommun 4,5 procent aktierna i Renova.

<sup>4</sup> Såvitt framgår av punkten 10 i konsortialavtalet trädde detta i kraft per den 1 juli 1997. I vissa avseenden (punkterna 2 om bolagsordning och 3 om styrelse) trädde avtalet i kraft något tidigare och redan vid tidpunkten för Renovas ordinarie bolagsstämma våren 1997.

2012, dvs. 15,5 år. Konsortialavtalsförhållandet ska därefter komma att förlängas med fem (5) år i sänder om det inte skriftligen sägs upp av någon av Ägarkommunerna senast två år före avtalstidens slut.

Enligt punkten 2 i konsortialavtalet förbinder sig Ägarkommunerna att:

... samverka inom avfallsområdet genom [Renova] med bolagsordning enligt bilaga”. Bland annat (punkten 4) förbinder sig Ägarkommunerna att ”till [Renova] avlämna för förbränning lämpligt hushållsavfall för vilket kommunerna har ett omhändertagandeansvar och som ägarkommunerna enligt sin avfallsplan avser att förbränna.

För tjänsten att förbränna hushållsavfall ska Ägarkommunerna utge särskild ersättning i form av löpande *avgift* till Renova. Enligt punkten 5 i konsortialavtalet ska avgifterna vara lika för varje viktenhet oavsett om avfallet lämnas vid omlastningsstation eller vid Renovas avfallsvärmeverk samt motsvara Renovas kostnader för omhändertagande av det brännbara avfallet. Beslut om avgift fattas av Renovas styrelse, efter det att bolaget först redovisat underlag för sina kostnader samt detta underlag har varit föremål för samråd i en mellan Ägarkommunerna särskild inrättad teknisk delegation.

Den tekniska delegationen ska enligt punkten 6 i avtalet bestå av en representant från varje Ägarkommun, Göteborgsregionens kommunalförbund och Renovas verkställande ledning. Delegationen ska sammanträda regelbundet under året och därvid inför beslut inom Renova beredas tillfälle att avge synpunkter på ekonomiska frågor såsom avgiftsnivåer och tekniska eller verksamhetsmässiga frågor samt svara för information till respektive kommun.

Konsortialavtalet har genom tillägg 2003 kommit att utökas med en ytterligare punkt 6 a innefattande inrättandet av ett ägarråd.<sup>5</sup> Ägarrådet ska bestå av en representant från varje ägares kommunstyrelse och utgöra ett forum för ”samråd mellan ägarna [...] i frågor som är av principiell beskaffenhet eller av annars större vikt” (jfr nedan, redovisningen avseende 3 kap. 17 § kommunalagen (1991:900).

Renovas styrelse ska enligt konsortialavtalet bestå av 7, 9 eller 11 ordinarie ledamöter och 3-7 suppleanter. Av de ordinarie styrelseledamöterna ska kommunfullmäktige i Göteborg utse 4, 5 eller 6 ledamöter. Övriga ordinarie styrelseledamöter ska utses av Renovas bolagsstämma. Minst en styrelsesuppleant ska utses av kommunfullmäktige i Göteborg. Övriga suppleanter ska utses av bolagsstämman. Enligt senast tillgängliga årsredovisningshandlingar för Renova bestod bolagets styrelse under 2007 av nio (9) ordinarie ledamöter, varav Göteborgs kommun har utsett fem (5) samt nio (9) suppleanter, varav Göteborgs kommun har utsett tre (3). Kungälv kommun har under 2007 inte representerats i styrelsen med någon ordinarie ledamot, däremot med en suppleant.

Ägarkommunernas avgift till Renova har för 2008 av bolagets styrelse bestämts till 795 kronor per ton överlämnat brännbart avfall, inklusive 95 kronor som avser förbränningsskatt.<sup>6</sup> Under 2007 överlämnade Kungälv kommun enligt uppgift 9.705 ton brännbart avfall till Renova, varav 7.779 ton härrörde från hushållen och 1.926 ton från återvinningscentralerna.

De priser som Renova tar ut från andra kommuner än Ägarkommunerna, och där bolagets prissättning har skett inom ramarna för en fungerande anbuds konkurrens, är däremot väsentligt lägre. I en offentlig upphandling som genomfördes våren 2008 av Herrljunga kommun och Vårgårda kommun<sup>7</sup> tilldelades Renova kontraktet med ett genomsnittligt pris på 615 kronor per ton

<sup>5</sup> Ägarrådet ska sammanträda minst en gång om året, företrädesvis i anslutning till Renovas beslut om budget och affärsplan. Därutöver ska ytterligare sammanträden hållas när någon av Ägarkommunerna begär det. Ägarrådet ska endast vara ägarnas forum. Förekomsten av ett ägarråd ska inte påverka den rollfördelning som finns mellan bolagets ägare och styrelse. Ägarrådet har inte någon beslutanderätt, och är heller inte någon företrädare för kommunerna i förhållande till Renova eller tredje man.

<sup>6</sup> Enligt uppgift från Renova har bolaget under perioden 2004 - 2008 debiterat Ägarkommuner följande avgifter för omhändertagande av brännbart hushållsavfall: År 2004 med 639 kr/ton, år 2005 med 670 kr/ton samt år 2006 med 700 kr/ton. Från den 1 juli 2006 påfördes bolaget förbränningsskatt med 95 kr/ton. Avgift har därefter utgått för åren 2007 och 2008 med 795 kr/ton varav 95 kr avser förbränningsskatt.

<sup>7</sup> Herrljunga kommun och Vårgårda kommun, upphandling ”Mottagning och förbränning av avfall”, (Herrljunga kommun, dnr 255-08). Beslut om tilldelning till Renova fattades per den 16 juni 2008.

brännbart avfall (inklusive förbrännings-skatt med 95 kronor).<sup>8</sup> I en annan upphandling, som genomfördes ungefär samtidigt av Säffle kommun och Åmåls kommun<sup>9</sup>, tilldelades Renova kontraktet med pris på 695 kronor per ton brännbart avfall inklusive förbrännings-skatt med 95 kronor samt transportkostnad. Eftersom kostnaden för transporter kan uppskattas till minst c:a 100 kronor per ton avfall kan Renovas pris, inklusive förbrännings-skatt men exklusive transportkostnaden, uppskattas till c:a 595 kronor per ton mottaget brännbart avfall.

Något skriftligt kontrakt direkt mellan Kungälv kommun och Renova föreligger enligt uppgift inte avseende aktuella förbränningstjänster. Gällande avtalsförhållande där Renova tar om hand och mot ersättning bränner kommunens hushållsavfall synes istället grundas på ett formlöst konkludent förfarande med utgångspunkt i konsortialavtalet mellan Ägarkommunerna, där Renova inte utgör avtalspart. Avtalsförhållandet med Renova har heller inte föregåtts av ett offentligt upphandlingsförfarande enligt LOU.

Uppdraget att återvinna och behandla Kungälv kommuns brännbara hushållsavfall kan med ledning av ovan redovisade pris- och volymuppgifter uppskattas till ett kontraktsvärde motsvarande drygt 7,715 miljoner kronor per år, eller totalt c:a 30,860 miljoner kronor under den 48 månadersperiod som framgår av beräkningsregeln vid offentlig upphandling.<sup>13</sup> Avtalets verkliga värde är däremot väsentligt högre och uppgår till uppskattningsvis drygt 100 miljoner kronor under konsortialavtalets drygt femtonåriga löptid, 1997-2012.

### 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. Skyldigheten enligt miljöbalken innebär att hushållsavfall såväl insamlas och transporteras som återvinns eller behandlas.

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. Insamlingsverksamheten omfattas således av kommunalt monopol. Något motsvarande monopol för omhändertagandet av avfall genom återvinning eller behandling föreligger däremot inte.

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

Offentlig upphandling som har påbörjats under perioden den 1 januari 1994 till och med den 31 december 2007 regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.<sup>10</sup> Lagen har kommit till som en följd av bl.a. Europeiska rådets direktiv 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).<sup>11</sup>

Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande tjänster, däribland avfallsförbränning (CPV 90121330-3),<sup>12</sup> utgör sådana s.k. A-tjänster (kategori 16) enligt bilaga A till

<sup>8</sup> Anbudet från Renova avsåg 4.900 ton brännbart hushållsavfall (kategori A) till ett pris av 545 kronor per ton samt 1.200 ton brännbart grovavfall (kategori B) till ett pris av 900 kronor per ton. Renovas genomsnittliga pris för omhändertagande av brännbart avfall kategori A och B uppgår således till  $(4.900 \times 545 + 1.200 \times 900) / (4.900 + 1.200) = 615$  kronor per ton.

<sup>9</sup> Säffle kommun och Åmåls kommun, ”Upphandling transport och slutbehandling av avfall” (Åmåls kommun, dnr 068/08). Beslut om tilldelning till Renova meddelades per den 5 juni 2008.

<sup>10</sup> Sedan den 1 januari 2008 har 1992 års lag ersatts genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. - Se övergångsbestämmelserna i lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

<sup>11</sup> Tjänsteupphandlingsdirektivet (92/50/EG) har sedan den 31 januari 2006 ersatts av Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster (klassiska upphandlingsdirektivet).

<sup>12</sup> CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EG-kommissionen, GD XV / B / 4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. - Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG)

lagen, vilka om det s.k. kontraktsvärdet av tjänsterna<sup>13</sup> överstiger tröskelvärdet 200.000 euro ska upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU. Understiger kontraktsvärdet angivet tröskelvärdesbelopp ska handläggningen istället ske enligt de nationella bestämmelserna i 6 kap. LOU. Vid tidpunkten för den aktuella upphandlingen, våren 1997, motsvarade tröskelvärdet 200.000 euro 1,741 miljoner kronor.<sup>14</sup>

Skyldighet att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi benämns som ”*upphandlande enheter*”.<sup>15</sup> Tillsynsmyndighet för offentlig upphandling var vid den aktuella tidpunkten Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Numera utövas tillsynen av Konkurrensverket.<sup>16</sup>

Enligt huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU ska alla upphandlande enheter iaktta affärsmässighet och opartiskhet i sin inköpsverksamhet och därvid på bästa sätt utnyttja förefintlig konkurrens. Lagen bygger därvid på ett antal i EG-fördraget stadfästa principer som även kommer till uttryck genom EG-direktiven om offentlig upphandling, däribland principerna om öppenhet (transparens)<sup>17</sup> samt likabehandling (artiklarna 43 och 49 EG).<sup>18</sup>

Syftet med LOU jämte bakomliggande EG-direktiv och fördragsbestämmelser är att säkra att all offentlig upphandling ska ske genom en effektiv konkurrens samt att leverantörer och deras ansökningar och anbud behandlas på ett likvärdigt och förutsebart sätt. Reglerna är utformade bl.a. i syfte att försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader samt att korrupcion motverkas.

Med upphandling avses alla köp av tjänster som sker från ett från den upphandlande enheten fristående rättssubjekt (se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU).

Av vägledande rättspraxis, Regeringsrättens avgörande i de s.k. *SYSÄV-målen* (RÅ 2008 ref. 26), framgår att kommuner när de köper tjänster från kommunala bolag inte är undantagna från LOU.<sup>19</sup> I enlighet med domstolens avgörande i det s.k. *Dalatrafik-målet* (RÅ 2000 ref. 60) föreligger det heller inte några lagliga möjligheter för kommuner att till sina egna bolag ”överföra” utförandet av vissa kommunala angelägenheter, så länge särskild ersättning utgår för tjänsternas fullgörande. Någon möjlighet för kommuner och kommunala bolag att utan mellan-

nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

<sup>13</sup> Om ett upphandlingskontrakt avseende tjänster inte anger något totalpris ska 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.

<sup>14</sup> Se förordningen (1996:581) om tröskelvärden enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. Angivna belopp, 1.728.000 kronor, utgjorde tröskelvärdet från den 1 juli 1996 till och med den 1 januari 1998, vid upphandlingar av varor och tjänster enligt vid tidpunkten gällande bestämmelser.

<sup>15</sup> Genom införandet av 2007 års lagar om upphandling har inom den klassiska sektorn beteckningen *upphandlande enheter* mönstrats ut och ersatts med *upphandlande myndigheter*. Beteckningen *upphandlande enhet* förekommer numera enbart på organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

<sup>16</sup> Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret avseende offentlig upphandlingen till Konkurrensverket.

<sup>17</sup> ”Med transparens förstås främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rättigheter för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vilka rättigheter och skyldigheter som föreligger. Vilka åtgärder en upphandlande enhet kommer att vidta under upphandlingsprocessen, ska således vara förutsebara för leverantörerna” (Hentze och Sylvén, lagbokscommentaren, Norstedts, upplaga 1:2, sid. 15 f).

<sup>18</sup> För närvarande regleras den offentliga upphandlingen av bl.a. tjänster genom Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet) vilket sedan 1 januari 2008 har implementerats genom införandet av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Det bakomliggande klassiska upphandlingsdirektivet trädde den 1 februari 2006 i kraft med för Sverige bindande s.k. direkt effekt. Äldre gemenskapsrättslig reglering, vilken legat till grund för 1992 års lag om offentlig upphandling, återfinns bl.a. i Europeiska rådets direktiv 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

<sup>19</sup> De s.k. Teckal-undantag (se EG-domstolens dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, *Teckal*, REG 1999, s. I 8121, särskilt punkterna 49-51) som brukar framhållas till stöd för att kommuner skulle kunna tillåtas köpa tjänster från sina egna bolag saknar enligt Regeringsrätten betydelse för svenska förhållanden, eftersom den nationella lagstiftningen i Sverige inte innehåller några sådana undantag.

kommande upphandling köpa och sälja tjänster mellan varandra föreligger således inte enligt gällande svensk rätt.<sup>20</sup>

Bestämmelserna i LOU är tvingande för upphandlande enheter. Regelverket behöver emellertid 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 en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför däremot inte undantag från lagens huvudregel att upphandling ändå måste genomföras.

Av EG-domstolens avgörande i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *kommissionen mot Tyskland*, framgår att uppgivna ensamsituationer som inte grundas på legal ensamrätt inte medför undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingen och att åtminstone försöka infordra konkurrerande anbud genom ett offentligt upphandlingsförfarande.<sup>21</sup>

Oberoende av upphandlingens värde föreligger enligt 5 kap. 12 § eller 6 kap. 2 § första stycket samt 2a § LOU en obligatorisk skyldighet för upphandlande enheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar. Vid upphandling enligt 5 kap. LOU ska enligt 1 kap. 7 och 8 §§ samma lag en annons om upphandlingen på snabbaste lämpliga sätt sändas till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer, för vidare annonsering i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) och i databasen TED.<sup>22</sup>

Samtliga bolag som tillhandahåller den aktuella tjänster utgör ”leverantörer” som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (”anbudsansökan”).

Enligt 5 kap. 17 och 19 §§ eller 6 kap. 2 § andra stycket samt 2 b § LOU föreligger vid tjänsteupphandlingar undantag från denna skyldighet under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är lågt eller det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådskande orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller tilläggstjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster ingående i ett projekt som högst tre år tidigare varit föremål för upphandling enligt lagen om offentlig upphandling.

<sup>20</sup> Ett tidigare utredningsförslag som framlades av den s.k. Upphandlingskommittén (SOU 2001:31, sid. 89 ff.) med innebörden att kommuner utan mellankommande upphandling skulle tillåtas att köpa tjänster direkt från hel- eller delägda företag ledde aldrig till förslag om ändrad lagstiftning. Regeringen angav i propositionen 2001/02:142 (sid. 84) att frågan mot bakgrund av bl.a. gemenskapsrättslig praxis måste beredas ytterligare. Saken uppdrogs senare åt Upphandlingsutredningen att utreda vidare. Något ytterligare lagändringsförslag lämnades emellertid aldrig utan, som redovisats ovan, konstaterade Upphandlingsutredningen (se fotnot 12) att det för närvarande inte föreligger någon rättslig möjlighet att underlåta att tillämpa de upphandlingsrättsliga bestämmelserna vid transaktioner mellan kommuner inbördes eller mellan en kommun och en av kommunen tillsammans med annan ägd juridisk person.

<sup>21</sup> Se EG-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I- 3609. I domen behandlas bl.a. en upphandling av omhändertagande av avfall där en central rättsfråga var huruvida en upphandlande enhet kan lägga sin uppfattning att inga andra leverantörer rent faktiskt kan komma ifråga till grund för att underlåta infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. Förbundsrepubliken Tyskland medgav att de i EG:s upphandlingsdirektiv stadgade villkoren för att underlåta anbudsinfordran 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). EG-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 åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte skall ske i konkurrens” (se punkterna 62 och 63). Förbundsrepubliken Tyskland fälldes således av EG-domstolen för att ha åsidosatt EU:s upphandlingsdirektiv 92/50/EEG (tjänsteupphandlingsdirektivet). Efter domstolens avgörande har Europeiska kommissionen inlett ett nytt förfarande gentemot Förbundsrepubliken Tyskland i syfte att även tvinga fram omedelbart upphörande av de avtal som tecknats i den kritiserade upphandlingen (se Europeiska kommissionens pressmeddelande av den 25 oktober 2004-IP/04/1294 jfr även pressmeddelandet den 31 mars 2004 – IP/04/428).

<sup>22</sup> Tenders Electronic Daily (TED) är Europeiska unionens databas för annonsering av bl.a. offentlig upphandling. Databasen utgör ett tillägg till Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och publicerar annonser som har skickats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE).

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 bl.a. följande:

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 jordbrukspolitiken 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.<sup>23</sup>

Den allmänna likabehandlingsprincipen ska 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.

EG-kommissionen har genom 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.<sup>24</sup> 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 avfallshantering 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 byggtjänster, varor och tjänster. De skall således ingå i enlighet med direktivets regler.<sup>25</sup>

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 Konkurrensverket att inleda en granskning av upphandling av avfallstjänster.<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup>

## Yttrande

<sup>23</sup> Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478.

<sup>24</sup> 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 ska ange det standardbelopp eller det vite som den med hänsyn till omständigheterna anser det lämpligt att den berörda medlemsstaten ska 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 överträdelseernas art och övriga omständigheter bli betydande.

<sup>25</sup> EG-kommissionen, skrivelse den 13 december 2006 till Sveriges ständiga representation vid EU (KOM:s ref. SG-Greffe (2007) D/204092, ärendenummer 2006/4900) – svenskt diarienummer Dnr. 17/1616.

<sup>26</sup> Konkurrensverket 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.

<sup>27</sup> Regeringen, skrivelse av den 26 september 2007 till EG-kommissionen (Dnr. Fi 2007/5441).

Kungälvs 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.

### 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.

Av utredningen framgår att Kungälvs kommun sedan i vart fall 1997 vidmakthåller ett formlöst avtalsförhållande med Renova om att bolaget mot fakturerad ersättning ska tillhandahålla kommunen tjänster för behandling av brännbart hushållsavfall.

Någon annonsering eller infordran av konkurrerande anbud har inte föregått det aktuella avtalsförhållandet mellan kommunen och Renova utan detta synes närmast bygga på åtaganden i konsortialavtal mellan Ägarkommunerna i Renova, där Kungälvs kommun äger 1,5 procent.

Med utgångspunkt i tillgängliga volym- och prisuppgifter kan avtalsförhållandets s.k. kontraktsvärde (fyraårsvärdet) uppskattas till omkring 30 miljoner kronor. Avtalets verkliga värde under den fulla kontraktstiden på drygt 15 år är emellertid väsentligt högre, sannolikt drygt 100 miljoner kronor. Under alla förhållanden uppgår kontraktsvärdet till ett sådant betydande belopp att de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU ska tillämpas. Enligt detta regelverk ska ett skriftligt underlag upprättas innan upphandlingen påbörjas. En annons om upphandlingen ska vidare skickas till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE), för annonsering i bl.a. EG:s databas för offentlig upphandling, TED. Därigenom ska samtliga intresserade leverantörer beredas möjlighet att lämna anbud på lika villkor.

Som framgår av vägledande praxis från Regeringsrätten är kommunala köp av tjänster från egna bolag inte undantagna från LOU. Inte heller föreligger det några lagliga möjligheter att mellan kommuner och kommunala bolag "överföra" utförandet av vissa kommunala angelägenheter så länge särskild ersättning utgår för tjänsternas fullgörande. Någon möjlighet för Kungälvs kommun att på grund av att kommunen är delägare i Renova, utan mellankommande upphandling köpa tjänster direkt från bolaget föreligger således inte enligt gällande svensk rätt.

Av EG-domstolens avgörande i de förenade målen *kommissionen mot Tyskland* framgår vidare att den omständigheten att kommunen eventuellt kan ha trott sig veta att enbart Renova skulle kunna komma ifråga för anbudsgivning avseende aktuella tjänster inte fråntar kommunen skyldigheten att ändå genomföra ett offentligt upphandlingsförfarande enligt LOU. Även om kommunen anser sig övertygad om att det råder kapacitetsbrist eller att konkurrensen av andra skäl är dålig eller till och med helt satt ur spel måste LOU tillämpas. Genom ökad efterfrågan stimuleras utbudet och därmed konkurrensen. Kommer det vid en korrekt genomförd upphandling inte in några anbud eller några lämpliga anbud får kommunen istället övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Först under sådant förhållande kan kommunen vända sig direkt till en viss leverantör, exempelvis Renova, och förhandla direkt med bolaget om kontrakt i upphandlingen. Dessa förutsättningar har emellertid inte varit uppfyllda i det aktuella fallet.

Någon lagstadgad ensamrätt som medför att endast Renova kan komma ifråga för anbudsgivning till Kungälvs kommun föreligger inte och på marknaden finns det flera företag som bör kunna komma ifråga för att lämna anbud på att ta om hand och behandla kommunens brännbara avfall.

Någon synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte heller beror på Kungälvs kommun har inte ens påstått föreligga vid tidpunkten för konsortialavtalets ingående 1997. Någon tidigare konkurrensupphandling har inte genomförts och det är vare sig fråga om tilläggsbeställningar eller upprepningsarbeten. Det är inte heller så att de aktuella tjänsterna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras endast av Renova.

Inget av de i lagen om offentlig upphandling förekommande undantagen från kraven på upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden är således tillämpligt i det aktuella fallet, utan upphandling skulle istället ha genomförts i enlighet med lagens av EG-direktiv styrda bestämmelser.

Gällande avtalsförhållande mellan Kungälv kommun och Renova har således kommit till i strid mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Förutsättningarna för konkurrensen har därmed snedvridits, vilket visat sig bland annat i att Renova kunnat erbjuda motsvarande tjänster till en väsentligt lägre kostnad i de fall där bolaget har varit konkurrensutsatt. Även förtroendet för kommunen som upphandlare har undergrävts.

På grund av det icke obetydliga värde som avtalsförhållandet omfattar medför förfarandet också risk för att Sverige kan komma att fällas för fördragsbrott i EG-domstolen.