

PM-2 2002-12-11 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (direktupphandling från kommunalt företag).

Haninge kommun avser att utan föregående konkurrensupphandling avtala med ett kommunalt helägt företag om fortsatta leveranser av tjänster för fastighetsförvaltning m.m. för uppskattningsvis mer än 200 miljoner kr. per år.

Kommunstyrelsen i Haninge kommun har vid sammanträde den 18 november 2002 beslutat att utan stöd av någon giltig förlängningsklausul, utöver en förlängning på ett år som genomfördes 2001, ytterligare förlänga ett sedan 1991 gällande avtal med det av kommunen helägda Tornberget fastighetsförvaltnings AB i Haninge i fyra år, således till och med 2006.

Tornberget fastighetsförvaltnings AB i Haninge (Tornberget AB) är ett av Haninge kommun helägt företag för fastighetsförvaltning m.m.^{1[1]},

Haninge kommun upprätthåller sedan år 1991 ett som "SAMARBETSAVTAL" rubricerat avtal med Tornberget AB om att bolaget skall "...ombesörja ekonomisk och teknisk förvaltning av service / bruksfastigheter samt för ledning av byggprojekt". Ersättning för utförda tjänster skall enligt samarbetsavtalet utgå "inom ramen för av Haninge kommun årligen avsatta medel". Tornbergets ekonomiska villkor skall därutöver enligt samarbetsavtalet bl.a. vara sådana att "1. Bolaget ges rätt att utnyttja kommunens koncernkonto med bl a de förmånliga räntevillkor och tillgång till rörelsekrediter detta medför. 2. I den mån bolaget har behov av att uppta lån ska kommunen positivt pröva kommunal borgen. 3. Bolagets eget kapital medges öka genom konsolidering till den del detta ej föranleder beskattning. 4. Bolaget äger rätt att påkalla omförhandlingar av

1[1] Tornberget fastighetsförvaltnings AB i Haninge; bolaget är den 9 september 1991 infört i Patent- och registreringsverkets (PRV) bolagsregister under registreringsnr. 556428-5806. Nu aktuell bolagsordning antogs den 20 maj och registrerades den 3 december 1999. Enligt Haninge kommuns hemsida www.haninge.se omfattar Tornberget ABs verksamhet förvaltning av egna och Haninge kommuns fastigheter samt fastighetsskötsel, byggnadsverksamhet och städning. Dessutom förvaltas Haninge kommuns markreserv.

internhyra/ersättning för förvaltningsuppdrag om oförutsedda kostnadsfördyringar uppstår”.2[2]

De i samarbetsavtalet aktuella tjänsterna har uppdragits åt Tornberget AB utan någon föregående infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden och löper från den 1 januari 1992 t.o.m. den 31 december 1996 med en klausul om förlängning i fem års tid och ett års uppsägningstid³[3]. Avtalet har av kommunen eller Torberget AB inte sagts upp till upphörande per den 31 december 1996, utan således förlängts till att gälla till och med den 31 december 2001.

Utän klart stöd av någon klausul om ytterligare förlängning beslutade kommunfullmäktige i Haninge vid sammanträde den 26 november 2001 (KF § 173/01) att ”förlänga” samarbetsavtalet med Tornberget i ytterligare ett år, till och med den 31 december 2002.⁴[4] Som motiv till beslutet har enligt uppgift anförts att den beslutade ”förlängningen” utgjorde en övergångslösning i avvaktan på att lagen om offentlig upphandling ändrades så att köp mellan kommuner och kommunala företag undantogs från dess reglering. Den således förutsatta lagändringen, som byggde på ett förslag av den statliga upphandlingskommittén (se nedan), har emellertid inte kommit att genomföras. Kommunens förfarande vid den första ”förlängningen” kritiserades av Konkurrenskommissionen i december 2001 (se KKO 01-084).

Trots detta har kommunstyrelsen på nytt föreslagit att samarbetsavtalet med Tornberget AB skall förlängas i ytterligare fyra år, således till och med den 31 december 2006⁵[5].

2[2] Någon konkret reglering av parternas ömsesidiga prestationer, tex. vilken betalning Kommunen skall erlagga till Tornberget AB för utförda tjänster framgår t.ex. inte av avtalstexten. Samarbetsavtalet torde närmast vara att anse som ett intentionsavtal, s.k. ”letter of intent” eller ramavtal utan egentlig reglering av villkoren för avrop.

3[3] Av avtalet § 7, framgår följande: ”*Detta avtal mellan Haninge kommun och TORNBERGET Fastighetsförvaltning AB i Haninge gäller fr o m 1 januari 1992 t o m december 1996. [nytt stycke] Förlängningstid är fem år. [nytt stycke] Uppsägningstid är ett år.* På det exemplar av avtalet Konkurrenskommissionen fått del av från kommunstyrelsen finns i marginalen antecknat för hand ”*Tolkningsfråga enl. ek.direktör Lars-A. Eriksson.*”

4[4] Av ett av kommunstyrelsen i Haninge fastlagt beslutsunderlag avseende kommunens budget för 2002, sid. 21 ”*Riktlinjer för lokalförslagsfrågor*” föreslås kommunfullmäktige vid sammanträde den 26 november 2001 besluta att ”*Avtalet med Tornberget avseende förvaltning av kommunens fastigheter innebärande bl a drift, underhåll och städning förlängs t o m 2002-12 31.*” Enligt beredningsförslaget § 173/01, punkten 4, föreslogs kommunfullmäktige således besluta: ”*4. Anvisningar för ekonomistyrning 2002, riktlinjer för lokalförslagsfrågor och riktlinjer för personalpolitiskt arbete fastställs enligt förslag i budgetdokumentet sidorna 19-21.*” Kommunfullmäktige beslutade den 26 november 2001 i enlighet med kommunstyrelsens förslag och beslutet verkställdes i angivet avseende senare gentemot Tornberget AB.

5[5] Av ett av kommunstyrelsen i Haninge fastlagt beslutsunderlag avseende kommunens budget för 2003, sid. 25, framgår följande: ”*Kommunen har ett avtal med Tornberget om förvaltning av kommunens lokaler innebärande bl a drift, underhåll och städning. Avtalet löper ut 2002-12-31. [nytt stycke] Förslag till beslut: ’ Avtalet med Tornberget förlängs till och med 2006. Inriktningen av Tornbergets arbete ska vara den samma som tidigare, även i fråga om den beslutade verksamhetsförändringen inom städverksamheten’.*”

Enligt tillgängliga årsredovisningshandlingar nettoomsatte Tornberget AB 211 miljoner kronor år 2000, varav huvuddelen torde vara att hänföra till tjänster som utförs för Haninge kommuns räkning.

Gällande rätt

Offentliga upphandlingar och vad som äger samband med dem, regleras sedan den 1 januari 1994 genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.

Tjänster för fastighetsskötsel, inklusive städning och löpande underhåll utgör sådana s.k. A-tjänster^{6[6]} (kategori 14) som, om det totala värdet av upphandlingen överstiger tröskelvärdet \approx 200.000 eller 1,741 miljoner kronor^{7[7]}, skall upphandlas enligt bestämmelserna för tjänsteupphandling i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU. De aktuella lagreglerna bygger på ett antal EG-direktiv angående offentlig upphandling^{8[8]}, däribland Europeiska rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I förarbetena till lagen om offentlig upphandling motiveras huvudregeln om affärsmässighet bland annat av hänsyn till principen om icke diskriminering^{9[9]} (jfr. art. 6 i EG-Romfördraget). Reglerna är bl.a. utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Lagens bestämmelser medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader.

6[6] 5 kap. 1 § LOU samt punkt 16 bilaga A till lagen.

7[7] Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från den 1 januari 2002, vid upphandlingar av varor och tjänster.

8[8] Jfr. prop. 1992/93:88 sid. 72.

9[9] Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

Med upphandling avses enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU alla köp av tjänster. Stadsgandet är därvid undantagslöst. Någon möjlighet för kommunerna att utanför upphandlingslagens bestämmelser ”överföra” uppdrag att mot kommunal ersättning tillhandahålla kommunen eller dess innevånare t.ex. renhållningstjänster föreligger inte enligt svensk rätt. Detta har tydligt klargjorts av Nämnden för offentlig upphandling (NOU) i flera tillsynsärenden, bland annat i följande avgörande (dnr. 1998/ 221-26):

Göteborgs stad hade genom konsortialavtal med ett antal mindre kranskommuner träffat överenskommelse om vissa förhållanden i det gemensamt ägda renhållningsföretaget Renova AB. Bland annat förband sig Göteborgs stad att utan upphandling köpa tjänster från företaget.

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 inte heller reglerar om och i vilka former som kommuner kan samarbeta. Nämnden ansåg således inte att kommunens beslut att bilda det berörda renhållningsföretaget och att godkänna det konsortialavtal som slutits mellan ägarkommunerna avseende avfallsbehandling omfattades av reglerna i lagen om offentlig upphandling.

I fråga om Göteborgs stads köp av tjänster från Renova hänvisade NOU till en tidigare rapport om kommuners köp från egna bolag m.m. (dnr 165/97-29), samt de tidigare avgörandena angående av renhållningstjänster i Halmstads (dnr 227/96-26) respektive Kungälv kommun (dnr 1999 /103-21), av vilka det klart framgår att det inte är möjligt för en kommun att anskaffa tjänster från ett eget bolag utan att följa reglerna i lagen om offentlig upphandling. Även gemenskapsrättslig praxis, EG-domstolens avgörande i det s.k. Teckal-målet (mål nr. C-107/98, dom meddelad den 18 november 1999, Teckal Srl ./ Commune di Viano) berördes därvid av nämndens utredning.

Nämnden ansåg mot denna bakgrund att det renhållningsavtal som tecknats mellan Göteborgs stad och Renova omfattades av reglerna om offentlig upphandling. Göteborgs stad borde därför ha upphandlat tjänsterna avseende avfallshantering och avfallsbehandling i enlighet med reglerna i lagen om offentlig upphandling (se NOU-info dec-1999, sid. 15 ff).

Frågan huruvida upphandling skall kunna ske direkt från ett helägt kommunalt bolag utan föregående infordran av konkurrerande anbud har även varit föremål för utredning av den statliga upphandlingskommittén.

I kommitténs delbetänkande (SOU 1999:139 sid. 71) anförs bl.a. följande: ”Lagen är också tillämplig när den upphandlande enheten köper från egna eller andra enheters företag. Om t.ex. en kommun har överfört det kommunala huvudmannskapet 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”. I slutbetänkandet (SOU 2001:31) anför kommittén en liknande analys och föreslår till följd härav att en lagändring genomförs som medger för kommuner att under vissa förutsättningar genomföra köp och anskaffningar direkt från av dem hel- eller delägda kommunala företag.

Angivna förslag har emellertid inte lett till avsedd lagändring. I den proposition med förslag till ändringar i lagen om offentlig upphandling som nyligen behandlats av riksdagen (prop. 2001/02:142) har regeringen med hänsyn till gällande EG-rätt förkastat kommitténs förslag om köp direkt mellan kommuner och kommunala företag. Föredragande statsrådet anför därvid att *”EG-direktiven om offentlig upphandling och EG-domstolens praxis ger inte någon tydlig anvisning om rättsläget vad gäller rätten för kommun att göra anskaffningar utan upphandling från sitt helägda bolag”* Regeringen anger därför att *”...frågan med hänsyn till det anförda bör beredas ytterligare”* (prop. sid. 84). Någon möjlighet till köp direkt mellan kommuner och kommunala företag utan iakttagande av upphandlingslagens bestämmelser föreligger således inte. Något förslag om lagändring som medger sådana köp har heller inte förelagts riksdagen för beslut.

Från svensk rättspraxis kan nämnas ett färskt avgörande av Länsrätten i Skåne län¹⁰[10]:

Kommunstyrelserna i Landskrona respektive Svalövs kommun hade beslutat att utan föregående upphandling förlänga ett avtal med det av kommunerna gemensamt ägda renhållningsbolaget (LSR) efter det att detta avtal hade löpt ut. Länsrätten förordande i dom den 22 augusti 2002 att upphandlingen skulle göras om. Länsrätten angav därvid att *”...kontrakt med en från en upphandlande enhet i juridiskt hänseende skild person skall upphandlas. Avtal med enheter som tillhör samma upphandlande enhet behöver således inte upphandlas, medan kontrakt med en från den upphandlande enheten skild juridisk person skall föregås av en upphandling. [...] LSR är ... att anse som en självständig juridisk person och det löpande avtalet om renhållning innehåller obestridd inte någon förlängningsklausul. Angivna förhållanden leder, mot bakgrund av EG-domstolens refererade dom, till slutsatsen att en förlängning av avtalet inte kan ske utan att en upphandling görs”*.

Enligt 5 kap. 14 § LOU skall upphandlingslagens förfarande för öppen upphandling eller selektiv upphandling tillämpas. Enligt 5 kap. 12 LOU föreligger därvid en obligatorisk skyldighet för den upphandlande enheten att upprätta ett skriftligt förfrågningsunderlag genom annons i Europeiska gemenskapernas tidning (EGT) offentliggöra upphandlingen.

Samtliga företag som tillhandahåller aktuella tjänster (leverantörer) skall därvid lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (anbudsansökan).

Enligt 5 kap. 17 och 19 §§ LOU föreligger vid tjänsteupphandlingar undantag från denna skyldighet under följande förutsättningar:

- det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten,

10[10]

Länsrätten i Skåne län, dom meddelad den 22 augusti 2002 i mål. 5363-02 Liselotte Lööf AB ./ Landskrona kommun jämte samma dag meddelad dom i mål nr. 5985-02, Liselotte Lööf AB ./ Svalövs kommun. Länsrättens aktuella förordnanden har överklagats till Kammarrätten i Göteborg där handläggning för närvarande pågår (mål nr. 4850-2002 och 4851-2002).

- 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.

Någon möjlighet att direktupphandla tjänster från en leverantör under förutsättning att denne i sin tur konkurrensupphandlar tjänsterna vidare från underleverantörer föreligger inte enligt gällande upphandlingsbestämmelser.

Förfoganden mellan parterna om förlängning av en avtalsrelation där förfogandet saknar stöd av någon uttrycklig bestämmelse i befintligt avtal (förlängningsklausul) eller som går utöver vad som tidigare avtalats om förlängning av samarbetsavtalet, utgör ny upphandling vilken skall genomföras enligt upphandlingslagens formkrav. I sitt informationsmaterial om lagen om offentlig upphandling summerar Nämnden för offentlig upphandling rättsläget på följande sätt: *"Förlängning av avtal får endast ske om det finns en förlängningsklausul i avtalet. När avtalsperioden är slut, efter eventuell förlängning, skall en ny upphandling äga rum. För långa avtal inklusive tidsobegränsade avtal eller alltför frikostiga förlängningar kan utgöra brott mot EG-fördraget"*.¹¹[11]

I fråga om avtalstidens längd anger Nämnden för offentlig upphandling (NOU) i sina kommentarer till lagen om offentlig upphandling¹²[12] att huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU med stöd av gemenskapsrätten skall tolkas så att avtal som löper med förlängningsklausuler måste konkurrensutsättas på nytt med jämna mellanrum. Avtal skall

¹¹[11] Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU), broschyren "Kort om lagen om offentlig upphandling – LOU" sid. 13, punkten 5 "Förlängning av avtal".

¹²[12] Se Nämnden för offentlig upphandling, NOU-info dec -93, sid. 6 samt dec -94, sid. 9, se även NOU-info april-94, sid. 8 samt okt -94, sid. 11 samt nämndens årsammanställning för år 1995 sid. 59-61.

som regel inte tecknas för längre tid än två år och endast undantagsvis tre till fyra år. Förekommer att avtal måste tecknas för längre tid, t.ex. vid avtal om drift av sjukhus eller andra stora avtal där stora investeringar måste göras av leverantören kan avtalstiden omfatta längre tid men som regler inte längre tid än fem till sju år.¹³[13]

Avtal som löper med förlängningsklausuler eller utan begränsning i tiden och där avtalstiden har löpt längre tid än i normalfallet två till fyra år skall enligt NOU sägas upp så snart detta är möjligt. Upphandling skall därefter ske på nytt. Det är, som nämnden uttrycker det, därför viktigt att de upphandlande enheterna har ”ett tillfredsställande bevakningssystem som medger planering och förberedelse i tid för en ny upphandling när tiden för gällande avtal lider mot sitt slut”.

Enligt EG-Romfördraget gäller vidare en allmän princip om likabehandling vid offentligt finansierad handel inom Europeiska unionen. 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 (i prop. 1994/95:19 Del 1 sid. 478) 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 jordbrukspolitiken samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har vidare slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen*". Den allmänna likabehandlingsprincipen får förstås så, att en medlemsstats myndigheter över huvud taget inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

-

Yttrande

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

-

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en privat 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.

Haninge kommun upprätthåller ett sedan år 1991 – utan någon föregående upphandling i konkurrens – ingånget s.k. samarbetsavtal med Tornberget AB om köp av tjänster för fastighetsservice för mer än två hundra miljoner kronor per år. Avtalsförhållandet, som

ursprungligen skulle ha upphört den 1 januari 1997, har inom ramarna för en klausul om förlängning i fem år utsträckts till att gälla till och med utgången av år 2001. Någon bestämmelse om ytterligare förlängning därefter finns inte införd i avtalet.

I november 2001 beslutade kommunfullmäktige att utan iakttagande av upphandlingslagens regler ”förlänga” samarbetsavtalet med Tornberget AB att gälla under ytterligare ett år, till och med utgången av 2002. Förfarandet motiverades enligt uppgift bl.a. med att kommunen förväntade sig att lagen om offentlig upphandling under 2002 skulle ändras så att köp mellan kommuner och kommunala bolag undantogs från lagens reglering. Beslutet att ”förlänga” avtalet skulle således ses som en övergångslösning till dess att fortsatta köp skulle kunna ske direkt från Tornberget AB på laglig väg.

Något sådant undantag från upphandlingslagens bestämmelser som kommunen torde ha förutsatt har emellertid inte kommit till stånd eftersom den föreslagna lagändringen av regeringen bedömts kunna komma i konflikt med EG-rätten.

Någon ytterligare förlängning av det befintliga samarbetsavtalet mellan Haninge kommun och Tornberget AB kan som Konkurrenskommissionen bedömer det inte ske. De aktuella besluten om ”förlängning” torde istället utgöra nya avtal som kommunen inte kan ingå utan iakttagande av upphandlingslagens bestämmelser. Trots detta har kommunstyrelsen återigen föreslagit fullmäktige att besluta om en ”förlängning” av avtalsförhållandet med Tornberget AB, denna gång för en period av ytterligare fyra år.

Några *synnerliga skäl*, såsom föreliggande ensamrätt, brådskanie och oförutsedda behov eller att tjänsterna utgör tilläggsbeställning, eller upprepning av något som tidigare upphandlats enligt lagen om offentlig upphandling torde heller inte föreligga.

Oberoende av hur den ursprungliga förlängningsklausulen skall tolkas, är det uppenbart att kommunen redan före den av kommunstyrelsen nu föreslagna ”förlängningen” på fyra år har vidmakthållit avtalsförhållandet gentemot Tornberget AB i sammanlagt minst 11 år utan att någon offentlig upphandling över huvud taget har genomförts. Detta strider mot principen att upphandlingskontrakt skall konkurrensutsättas med jämna mellanrum och normalt inte kan upprätthållas under längre perioder än maximalt fyra år. Den omständigheten att Tornberget AB är ett av kommunen helägt bolag kan med hänvisning till gällande bestämmelser om köp mellan kommuner och kommunala bolag inte medföra något undantag i detta avseende.

Det av kommunstyrelsen föreslagna beslutet om ”förlängning” av Haninge kommuns avtal med Tornberget AB strider således mot kravet på upphandling i konkurrens och i vart fall principen om affärsmässighet enligt lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EG-direktiv samt mot EG-Romfördragets bestämmelse om likabehandling av företagen.
