

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO

02-009

PM-2 2002-04-17 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom underlåtenhet att vid avknoppning av egenregiverksamhet tillämpa lagen om offentlig upphandling.

Sundsvalls kommun har genom s.k. avknoppning, utan föregående upphandling i konkurrens, köpt tjänster avseende successiva leveranser av skolmat m.m. (skolkök) från ett av en tidigare anställd för ändamålet bildat företag.

Sundsvalls kommun har genom avtal den 24 juli 2001 köpt tjänster avseende drift av Lidens produktionskök inklusive distribution till mottagningskök samt distribution till äldreboende från Åströms mat och catering AB (nedan Cateringföretaget)¹[1].

Av avtalet mellan kommunen och Cateringföretaget framgår att detta omfattar uppdraget dels att bedriva produktion och beredning av mat och dryck i Lidens skolas produktionskök och dels distribution och servering av mat och dryck till samtliga elever och personal i Lidens skola och förskoleklass, dels distribution av mat och dryck till samtliga elever och personal i Stige skola med två förskoleklasser och Anundsgårds skola, förskoleklass och förskola samt distribution till samtliga boende på äldreboendena Solgården och Rutsgården under perioden från och med den 1 augusti 2001 till och med den 31 juli 2003 med möjlighet till ettårsvis förlängning, dock längst till och med den 31 juli 2005. Någon upphandling genom infordran av i konkurrerande anbud har inte föregått Sundsvalls kommuns aktuella köp av tjänster från Cateringsföretaget.

Till stöd för att direktupphandla de aktuella tjänsterna från Cateringföretaget har Sundsvalls kommun åberopat ett beslut av kommunfullmäktige den 17 april 2000 (KF § 283/00), av vilket bland annat framgår att kommunen skall *"konkurrensutsätta köks- och städverksamheten upp till 20 %"*, att *"upphandling sker områdesvis"* samt att kommunen därvid *"i första hand [skall] ge personal i den konkurrensutsatta verksamheten möjlighet att överta aktuell verksamhet"*.

Cateringföretaget är ett för det aktuella ändamålet i maj 2001 bildat bolag med syfte att genom restaurangrörelse (cateringrörelse) producera och sälja mat¹. Cateringföretaget har startats och innehas av en tidigare anställd vid den aktuella skolmåltidsverksamheten. Av en artikel i Sundsvalls kommuns personaltidning "Skopet" i februari 2002 framgår att

¹[1] Åströms mat och catering AB, bildat den 29 maj 2001 och under nummer 556612-0398 registrerat i Patent- och registeringsverkets bolagsregister den 20 juni 2001. Bolaget har enligt bolagsordningen, som föremål för sin verksamhet att "bedriva restaurangrörelse producera och sälja mat, cateringingrörelse, äga och förvalta värdepapper samt idka därmed förenlig verksamhet".

Cateringföretaget i samband med starten, utöver starta-eget-bidrag även fått låna 100.000 kronor från vardera socialtjänsten och barn- och utbildningskontoret. Pengar hon numera betalat tillbaka. Av artikel framgår även följande: ”När [Namn] tog över skolköket bytte hon ut personalen. – Jag hade inget personligt emot dem, men de var alla över 60 år och många av dem hade krämpor. Jag kände att ska man börja med något nytt i egen regi vill man börja med ny personal”.

Sundsvalls kommun har i en skrivelse till Konkurrenskommissionen angivit att i Liden bor knappt 1000 innevånare. Sedan det enda matstället på orten lades ned fanns inget näringsställe där. Tillblivelsen av Cateringbolaget, vilket på företagsekonomiska grunder skapar underlag för basservice i Liden, är en grundförutsättning för att orten skall kunna leva vidare. Kommunen tror inte att ”Stockholmsperspektivet” skapar möjligheter för Liden och liknande orter att leva vidare.

Gällande rätt

All offentlig upphandling regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Av 1 kap. 2 § LOU framgår att lagens bestämmelser omfattar upphandlingar som görs av bland annat kommunala myndigheter. De som är skyldiga att upphandla enligt lagens bestämmelser benämns *upphandlande enheter*. Med beteckningen *upphandling* avses enligt 1 kap. 5 § LOU bl.a. samtliga former av *köp av tjänster* som genomförs av upphandlande enheter.

Hotell- och restaurangtjänster utgör sådana s.k. B-tjänster (kategori 17) enligt en bilaga till lagen, vilka oavsett värdet skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-4 §§ 6 kap. samt 7 kap. LOU. Något av förfarandena förenklad upphandling eller urvalsupphandling skall därvid normalt tillämpas (se 6 kap. 2 § LOU).

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 bl.a. av hänsyn till principen om ickediskriminering^{2[2]} (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 konkurrensnedvridande sätt. Lagens bestämmelser medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader.

Vid förenklad upphandling eller urvalsupphandling skall den upphandlande enheten upprätta ett skriftligt förfrågningsunderlag med en beskrivning av föremålet för upphandlingen samt, i förekommande fall, en redovisning vilka omständigheter som enheten tillmäter betydelse vid värdering av inkomna anbud.

Anbud skall därefter inhämtas genom annons eller skrivelse till minst tre leverantörer (se 6 kap. 4 § LOU enligt före den första jan. 2001 gällande lydelse eller nu gällande motsvarande bestämmelser i 6 kap. 2 a och 2c §§ LOU jämte punkten 2 i övergångsbestämmelserna). Enheten skall därvid anta det anbud som i enlighet med upphandlingsförutsättningarna erbjuder den ekonomiskt mest fördelaktiga lösningen eller det lägsta anbudspriset (6 kap. 12 § LOU).

Frågan om upphandlingslagens tillämpning vid s.k. avknoppningar eller andra blandade försäljningar och upphandlingar, där en upphandlande enhet realiserar en avdelning, förvaltning eller motsvarande som tidigare tillhandahållit nyttigheter i form av varor eller tjänster intern inom enheten, och samtidigt tecknar kontrakt med förvärvaren om fortsatta leveranser av samma nyttigheter, har i flera fall behandlats i praxis och doktrin:

I RÅ 1998 not. 44 var fråga om ett landsting som beslutat att sälja den egna tvätteriförvaltningen och i samband med försäljningen teckna avtal om successiva leveranser av tvätteritjänster med förvärvaren. Regeringsrätten konstaterade att det i ifrågavarande fall var fråga om ett förfarande som omfattades av lagen om offentlig upphandling.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som utövar tillsyn över lagen om offentlig upphandling, har vid upprepade tillfällen påpekat att det inte är möjligt för en upphandlande enhet att lägga ut verksamhet som tidigare drivits i egen regi på extern entreprenad utan något föregående upphandlingsförfarande. Detta gäller oberoende av huruvida driften av verksamheten övertas av personalen (avknoppning) eller om överföringen till entreprenadform sker på annat sätt, genom att ett tidigare på marknaden etablerat företag övertar driften. I det ovan refererade målet i Regeringsrätten yttrade sig nämnden och uttalade bland annat följande:

"Den omständigheten att de pågående överenskommelser mellan tvätteriet och landstingsinterna enheter, om det tecknats mellan två juridiska personer, vore att anse som ett kontrakt, kan enligt NOU:s bedömning inte medföra att dessa lagligen, utan mellanliggande upphandling, kunde överlåtas till en privat ägare. Upprättandet av ett nytt avtal, Textilservicekontraktet, kräver utan tvekan upphandling. Landstinget har anfört att LOU inte skall vara tillämplig så länge de åtaganden som tas över till omfattning och löptid är affärsmässiga. NOU kan dock inte instämma i detta resonemang. Begreppet affärsmässigt återfinns inte i Europarådets direktiv om offentlig upphandling. Det är en inhemsk konstruktion som övertagits från tidigare gällande upphandlingsförordning (1986:366) och kommunala upphandlings-reglementen. Avsikten med LOU är dock inte enbart att en upphandlande enhet anskaffar varor, byggentreprenader och tjänster till rätt pris i förhållande till kvalitet och övriga krav, utan även att detta sker i konkurrens och att leverantörerna och deras ansökningar och anbud behandlas utan ovidkommande hänsyn. Därtill hör även att anskaffning sker under öppna och förutsebara former och alla anbudsgivare behandlas lika. Avsikten med annonsering och/eller offentliggörande av förfrågningsunderlag i samband med upphandlingar är inte enbart att få fram lämpliga anbud utan även att möjliggöra för intresserade leverantörer att delta i myndighetens anskaffning av varor och tjänster och få kunskap om existerande och kommande marknader". [...] "Även om det finns inslag av en försäljning anser NOU att landstingets huvudsakliga syfte med det kombinerade försäljnings- och anskaffningsavtalet har varit att tillförsäkra sig att få behovet av tvätteritjänsterna tillgodosett och personalens anställning under en övergångstid tryggad. Värdet av tjänsterna är så högt att en anskaffning av dessa och inte försäljning av fastigheten synes vara det primära ändamålet

och skulle ha upphandlats. Erbjudandet om övertagandet av fastigheten och rörelsetillgångarna kunde i stället ingå i upphandlingen som en delbetalning för tjänsterna”.

I en rapport till regeringen i mars 1998 (dnr.165/97-29, sid. 29) konstaterar nämnden vidare:

”Ett problem är huruvida ett företag vars verksamhet varit ägd eller kontrollerad av en upphandlande enhet, kan erhålla eller överta ett uppdrag - ‘avtal’ om leverans av varor och tjänster i samband med överlåtelsen av verksamheten. För närvarande föreligger ibland ett motsatsförhållande mellan kraven på god avkastning vid privatisering av verksamhet och kravet på upphandling i konkurrens. Så kan t.ex. offentliga verksamheter som övertas av anställda eller säljs ut i vissa fall vara av mycket begränsat värde om inte inarbetade och gällande överenskommelser, ‘avtal’, ingår. Dagens regler tillåter inte att man utan upphandling tilldelar kontrakt till en sådan privatiserad enhet” (KKO:s understrykning).

I sin årssammanfattning för åren 1993-1995, kap. 2.3 ”Köp mellan bolag och myndigheter m fl.” anger nämnden också att:

”Köp mellan följande organisationer skall följa LOU och upphandlas med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns: mellan kommuner (inklusive kommunalförbund), mellan kommun och kommunalt bolag, stiftelse m.m., mellan kommun och statlig myndighet eller statligt bolag, stiftelse m.m., mellan statlig myndighet och statligt bolag, stiftelse m.m., mellan kommunala bolag, stiftelser m.m., mellan statliga bolag, stiftelser m.m.) utom i vissa fall mellan s.k. anknutna företag (4 kap. 4a § LOU). [nytt stycke] Det är således normalt inte tillåtet att vid annan upphandling än direktupphandling vända sig direkt till en annan juridisk person”.

”Resonemanget gäller också när organisationen gör en s.k. avknoppning. Bildar exempelvis en kommun ett bolag i syfte att bolaget skall tillhandahålla kommunen en vara eller tjänst, kan kommunen likväl inte upphandla direkt av detta bolag. Upphandlingen måste ske i konkurrens. Således kan exempelvis tidigare anställda, t.ex. i form av ett personalkooperativ, med nuvarande tolkning, inte tilldelas ett kontrakt utan att andra leverantörer ges tillfälle att lämna anbud” (KKO:s understrykning).

I delbetänkandet ”Effektivare offentlig upphandling” (SOU 1999:139, sid. 70) refererar den statliga upphandlingskommittén en skrift av Hallgren, Hilborn och Sandström, ”Kommunala driftentreprenader” (1997, sid. 51) och anger följande:

”Om anställda inom den upphandlande enheten bildar ett personalkooperativ eller någon annan form av personalägt företag kan enheten inte sluta avtal med kooperativet om att köpa tjänster utan att först infordra anbud”.

I slutbetänkandet ”Mera värde för pengarna” (SOU 2001:31) konstaterade Upphandlingskommittén att:

”När det gäller tjänster som skall upphandlas enligt LOU kan kommunen således inte stödja avknoppningen genom att sluta avtal om t.ex. köp av tjänster utan att avtalet föregåtts av upphandling från det självständiga företaget i enlighet med LOU och direktiven”. 3[3]

Enligt kommitténs mening medför nuvarande upphandlingsbestämmelser således:

”...inte något utrymme för en myndighet att teckna ett kontrakt med ett personalägt företag utan föregående upphandlingsförfarande om verksamheten som skall bedrivas i företaget går ut på att tillhandahålla en tjänst i enlighet med ett avtal med myndigheten som huvudman och uppdragsgivare”. 4[4]

Kommittén har därför föreslagit att lagen om offentlig upphandling skall ändras så, att en upphandlande enhet får sluta avtal om överlämnande av verksamhet utan föregående upphandlingsförfarande med anställda eller av anställda bildad juridisk person i fråga om uppgift som de anställda fullgjort. Regeringens proposition 2001/02:142 om ändringar i lagen om offentlig upphandling m.m. innefattar inte något förslag om köp mellan kommuner och kommunala företag⁵[5]. På sidan 84 ff i propositionen framgår att frågan om upphandling vid avknoppad verksamhet även är föremål för annan utredning inom regeringskansliet. Beredningen av frågan kommer således att fortsätta och något förslag lämnas inte till riksdagen.

Enligt EG-Romfördraget 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 (se 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 jordbrukspolitikerna 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". 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.

3[3] Upphandlingskommitténs slutbetänkande: "Mera värde för pengarna" (SOU 2001:31) sid. 324.

4[4] Upphandlingskommitténs slutbetänkande: "Mera värde för pengarna" (SOU 2001:31) sid. 324.

5[5] Proposition 2001/02:142, om ändringar i lagen om offentlig upphandling m.m., överlämnad den 27 mars 2002. Propositionen är huvudsakligen ett resultat av Upphandlingskommitténs betänkanden (SOU 1999:139 och SOU 2001:31).

-

Yttrande

Sundsvalls 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 sammanblanda myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

I det aktuella ärendet har Sundsvalls kommun, efter en s.k. avknoppning av tidigare kommunal förvaltningsverksamhet till ett privatägt bolag, köpt tjänster avseende skolmats- och cateringverksamhet i orten Liden från detta bolag. Företaget har utan någon föregående upphandling i konkurrens fått ensamrätt på att tillhandahålla kommunen aktuella tjänster i upp till fem år. I samband med övertagandet från kommunen avvecklade Cateringföretaget så gott som all tidigare berörd kommunal personal för att de var gamla och "hade krämpor".

I en skrivelse till Konkurrenskommissionen motiverar kommunen förfarandet med att detta överensstämmer med ett tidigare kommunfullmäktigebeslut samt att basservice av aktuellt slag är en grundförutsättning för att orten Liden skall kunna leva vidare.

Föremål för konkurrenskommissionens utredning och bedömning är inte huruvida kommunal verksamhet genom avknoppning skall kunna privatiseras. En förutsättning för att en sådan privatisering skall kunna ske är emellertid att den genomförs i enlighet med i lag föreskrivna former.

Ett krav som därvid uppställs är att verksamheten konkurrensutsätts omedelbart i samband med avknoppningen, d.v.s. att avknoppningsföretaget får lämna anbud på verksamheten i konkurrens och på lika villkor med andra intresserade företag. Härigenom skapas förutsättningar för att prisbildningen blir korrekt och motverkas konkurrensnedvridningar som avknoppningen annars kan riskera medföra.

Mot att konkurrensutsätta avknoppningsverksamhet har i olika sammanhang (bl.a. i Upphandlingskommitténs arbete) anförts det motstånd som en avknoppning kan ge upphov till om berörd förvaltningspersonal (avknoppningsbolaget) samtidigt inte garanteras en övergångsperiod (s.k. grace-period) då de inte behöver utsättas för konkurrens.

Det aktuella exemplet visar emellertid att införandet av en s.k. grace-period i samband med avknoppning inte medför sådant skydd för den medföljande personalen som hävdats i debatten.

Något beslut om grace-periods i samband med avknoppning av verksamhet har heller inte fattats av riksdagen. Alltjämt gällande bestämmelser förutsätter således att övergång av verksamhet från förvaltningsform till företagsform sker genom att upphandling genomförs i konkurrens på den allmänna marknaden.

Sundsvalls kommuns köp av tjänster för skolmat och annan catering i Lidens tätort med omnejd skulle således ha genomförts enligt något av förfarandena förenklad upphandling eller urvalsupphandling, varvid kommunen har haft att upprätta ett skriftligt förfrågningsunderlag samt annonsera upphandlingen i en allmänt tillgänglig databas. Samtliga tänkbara leverantörer, det vill säga även andra än Cateringföretaget, skulle därmed ha beretts möjlighet att på lika villkor lämna anbud i upphandlingen.

Det sätt på vilket Sundsvalls kommun har direktupphandlat det aktuella tjänsterna, utan infordran av konkurrerande anbud, bryter enligt Konkurrenskommissionens bedömning således mot lagen om offentlig upphandling samt snedvrider konkurrensen på cateringmarknaden.

Om upphandlingen hade genomförts på ett upphandlingsrättsligt korrekt sätt hade detta inte medfört någon förändring avseende den basservice som kommunen har påtalat som så betydelsefull för Lidens kommun med omnejd. Den enda skillnaden jämfört med nuläget är att ett det hade kunnat vara någon annan än Cateringföretaget som tillhandahållit servicen, till en möjligt lägre kostnad för skattebetalarna.
