

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 04-050

PM-2 2004-12-15 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direktupphandling i strid mot bestämmelserna för kommunal upphandling.

Ystads kommun avropar utan föregående infordran av konkurrerande anbud på marknaden, tjänster för renhållning m.m. från ett av kommunen delägt företag.

Sedan 2004 uppdrar Ystads kommun åt det av kommunen gemensamt med kommunerna Burlöv, Kävlinge, Lomma, Lund, Malmö, Simrishamn, Sjöbo, Skurup, Staffanstorp, Svedala, Tomelilla, Trelleborg samt Vellinge (nedan: Ägarkommunerna) delägda företaget Sydkånes Avfallsaktiebolag (nedan: SYSAV), att tillhandahålla sådana tjänster för återvinning eller behandling av hushållsavfall som kommunen jml 15 kap. 8 § miljöbalken skall svara för.

SYSAV inrättades år 1974^[1], för att omhänderta avfall från kommunerna i Burlöv, Kävlinge, Lomma, Lund, Malmö, Staffanstorp, Svedala, Trelleborg samt Vellinge (nedan: Ursprungskommunerna). Bolagets ägarkrets har därefter utvidgats till att omfatta även Ystads kommun.

Mellan Ursprungskommunerna^[2] tecknades 1974 ett konsortialavtal som 1978 ersattes med ett nytt liknande avtal. ^[3] Enligt dessa avtal skall SYSAV svara för den regionala avfallshanteringen och därvid projektera, bygga, utbygga och driva regionala behandlingsanläggningar, anskaffa, planera och omhänderta skötseln av regionala deponeringsområden, handha inköp och drift av fordon och maskinpark, erforderliga för att återvinna och behandla avfall, samt bedriva därmed sammanhängande regional verksamhet (§ 3). Verksamheten skall drivas på självkostnadsbas och enligt affärsmässiga principer (§ 7). De delägande kommunerna är förpliktade att under konsortialavtalets giltighetstid avlämna allt avfall som kan behandlas av SYSAV:s befintliga anläggningar (§ 9) och till SYSAV anmäla större förutsebara förändringar beträffande mängd och sammansättning av avfallet (§ 10). Debitering för utförda prestationer skall ske så att SYSAV:s inkomster och utgifter i princip balanseras (§ 7).

År 2000 ersattes 1978 års avtal med ett nytt konsortialavtal.^[4] Syftet med det nya avtalet var att göra det möjligt för andra kommuner än Ursprungskommunerna att inträda i bolagskonsortiet. Föremålet för verksamheten samt de redovisade principerna för affärsmässig drift och debitering för utförda tjänster är enligt det nya avtalet i allt väsentligt desamma som enligt tidigare bestämmelser. Dock har i 2000 års avtal kravet på ”självkostnadsbas” strukits samt en bestämmelse införts om att verksamheten skall bedrivas ”med utrymme för sådan vinst att investeringar möjliggörs i framtida återvinnings- och behandlingsanläggningar och i framtida deponier” (§ 10). Vidare har införts en möjlighet för Ägarkommunerna att efter gemensam överenskommelse undanta sådant avfall som kan omhändertas eller återvinnas/behandlas i respektive kommun.

För år 2005 har styrelsen för SYSAV fastlagt ett pris av 500 kronor per ton omhändertaget brännbart hushållsavfall. Därtill kommer en fast avgift för drift av återvinningscentral på 17 kronor per kommuninnevånare och år.^[5]

Avfallet i Ystads kommun har sedan 1979 omhändertagits av det av kommunen tillsammans med Sjöbo och Skurups kommuner gemensamt ägda Avfallsaktiebolaget Sjöbo, Skurup och Ystad (ASSY).^[6] Själva insamlingsverksamheten utförs av Ystads kommun i egen regi. Tjänsten att omhänderta kommunens avfall har inte handlats upp genom infordran av anbud

på den allmänna marknaden, utan uppdraget har lämnats direkt till ASSY utan konkurrens med andra företag.

I december 2003 avtalade ASSY om ”samgående” med SYSAV, innebärande att ASSY, mot att erhålla 1.872 nyemitterade aktier i SYSAV, skall överföra sin befintliga verksamhet för omhändertagande (återvinning eller behandling) av avfall till SYSAV. ^[1] Avtalet innebär däremot inte något samgående i sådan mening av bolagen fusioneras. De båda bolagen kommer således även efter ”samgåendet” att bestå som självständiga juridiska personer, varav ASSY eventuellt kan komma att avvecklas.

Av de aktier ASSY erhållit genom SYSAV:s apportemission har en post aktier skiftats vidare till Ystads kommun. Kommunen har därmed inträtt i kretsen av delägare i SYSAV samt genom tillägg till 2000 års konsortialavtal även inträtt i detta som avtalspart.

I samband med de dispositioner som redovisas ovan har Ystads kommun uppdragit åt SYSAV att tillhandahålla kommunen sådana tjänster för omhändertagande av bl.a. hushållsavfall som ASSY tidigare utfört. Något skriftligt kontrakt eller annat dokumenterat avtal som reglerar kommunens uppdrag till SYSAV avseende omhändertagande av hushållsavfall finns emellertid inte upprättat. ^[2]

Uppdraget att återvinna och behandla Ystads kommuns hushållsavfall kan uppskattas till ett kontraktsvärde motsvarande drygt 4 miljoner kronor per år, eller totalt c:a 16,6 miljoner kronor under den 48 månadersperiod som framgår av beräkningsregeln vid offentlig upphandling (se fotnot 14). ^[3]

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 omfattar att se till 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 inte.

En kommun kan välja att antingen handha renhållningen i egen regi eller att uppdra åt någon annan, t.ex. ett bolag, att för kommunens räkning utföra insamlingen eller omhändertagandet av avfall. Om renhållningsverksamheten uppdras att mot vederlag utföras av någon annan, utgör detta en s.k. offentlig upphandling.

Vid tidpunkten (1979) då avtalsförhållandet ingicks mellan Ystads kommun och ASSY reglerades förutsättningarna för kommunal anskaffning genom Svenska kommunförbundets normalreglemente för kommunal upphandling - UR. ^[4]

Enligt 1 § UR är reglementet tillämplig på all kommunal anskaffning av varor, tjänster och arbeten. Reglementets bestämmelser omfattar även inköp från hel- eller delägda kommunala företag som själva framställer varan eller utför arbetet eller tjänsten.^[11]

Enligt UR:s huvudregel skall upphandling ske genom infordran av konkurrerande anbud (4-6 §§ UR). Upphandling direkt från viss leverantör får enligt 7 § UR endast ske i sådana fall där administrationskostnaderna eller tidsutdräkten vid ett mer formbundet upphandlingsförfarande inte skulle stå i rimligt förhållande till upphandlingens värde. Direktupphandling är enligt UR således möjlig endast vid upphandling av vara, arbete eller tjänst till smärre belopp samt när anbud på grund av brådskanie och oförutsedda behov inte hinner införas.

Direktupphandling utan stöd av särskilda skäl har i ett flertal avgöranden i praxis bedömts strida mot kommunalt upphandlingsreglemente. I ett avgörande från 1994 fann Kammarrätten i Stockholm att ett beslut av en kommunal fullmäktigeförsamling, att utan föregående infordran av anbud i konkurrens uppdra åt en viss entreprenör att utföra renhållningen inom kommunen stred mot det kommunala upphandlingsreglementet.^[12]

Numera regleras sedan den 1 januari 1994 all offentlig upphandling och vad som äger samband med denna genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.

Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande tjänster utgör sådana s.k. A-tjänster (kategori 16) enligt en bilaga A till lagen, vilka om det samlade kontraktsvärdet av upphandlingen överstiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,845 miljoner kronor^[13] skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU. Understiger kontraktsvärdet angivet tröskelbelopp skall upphandlingen istället handläggas enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU.

Lagens bestämmelser bygger i angivet avseende på EG/ministerrådets direktiv 92/50/EEG, det s.k. tjänstedirektivet, och på de principer, bl.a. *likabehandlingsprincipen*, som bär upp den centrala gemenskapsrätten.^[14] Enligt likabehandlingsprincipen, som är tillämplig på all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena, skall bl.a. samtliga tänkbara leverantörer ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Vissa leverantörer eller grupper får inte ensidigt gynnas.

Skyldighet att följa lagens bestämmelser åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi benämns som ”*upphandlande enheter*”. Tillsyn över lagen om offentlig upphandling utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).^[15]

Med upphandling avses alla köp av i princip tjänster som sker från ett från den upphandlande enheten fristående rättssubjekt (se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU samt nedan redovisad praxis i anslutning till denna). Stadgandet är därvid undantagslöst. Således föreligger det inte någon möjlighet för t.ex. kommuner att utanför upphandlingslagens bestämmelser köpa tjänster från hel eller delägda bolag. Inte heller finns det några lagliga möjligheter för kommunerna att till dylika rättssubjekt ”överföra” utförandet av vissa kommunala angelägenheter, så länge särskild ersättning utgår för tjänsternas fullgörande.

Upphandlingslagen är tvingande för de upphandlande enheterna. Bestämmelserna 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 omständighet att en upphandlande enhet tror sig veta att enbart viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktiskt monopol) medför däremot inte undantag från lagens huvudregel att upphandling ändå måste genomföras.^[16]

Någon möjlighet för upphandlande enheter att under andra förhållanden underlåta att följa upphandlingslagens bestämmelser, exempelvis genom att i interna avtal avtala bort dessa, föreligger inte. Ömsesidiga åtaganden genom t.ex. konsortialavtal eller dylika

förfoganden inom ett ägarkollektiv, med innebörden att upphandlingsbestämmelserna i olika avseende sätts ur spel medför således inte att upphandling enligt gällande bestämmelser lagligen kan underlåtas. Detta har klargjorts av Nämnden för offentlig upphandling i flera tillsynsärenden, bland annat i följande avgörande:

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 ett separat entreprenadavtal uppdrog Göteborgs stad vidare åt Renova att insamla, transportera och omhänderta det avfall som Göteborgs stad vid varje tillfälle (enligt gällande renhållningsbestämmelser) var ansvarig för.

I sin utredning konstaterade Nämnden för offentlig upphandling 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 nämnden till sin tidigare rapport till regeringen om kommuners köp från egna bolag m.m. (dnr 165/97-29), samt de tidigare avgörandena angående 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 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.

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.^[17]

Den principiella syn som kommit till uttryck genom nämndens avgörande har, genom bl.a. följande avgörande av Regeringsrätten, senare stadfäst i praxis:

I RÅ 2000 ref. 60 hade Regeringsrätten att bedöma ett förfarande där Landstinget Dalarna hade ingått ett avtal med AB Dalatrafik. Bolaget fick därigenom i uppdrag att ansvara för drift av beställningscentral inklusive planering, upphandling, utförande, samordning och administration av sjukresetransporter. Landstinget är tillsammans med länets kommuner ägare av AB Dalatrafik och hade enligt konsortialavtal åtagit sig vissa förpliktelser. Därjämte hade skrivits ett uppdragsavtal samt ett "Överlåtelseavtal", enligt vilket landstinget till AB Dalatrafik överlåter och försäljer samtliga tillgångar, rättigheter och skyldigheter avseende den för upphandling aktuella samordningsverksamheten. Regeringsrätten konstaterade att det av dessa handlingar framgår att landstinget avsett att träffa överenskommelse om köp av tjänster från beställningscentralen, som i sin helhet förts över till AB Dalatrafik. En sådan överenskommelse innefattar enligt Regeringsrättens mening upphandling av tjänster på vilka lagen om offentlig upphandling är tillämplig. Eftersom någon ensamrätt (rättsligt monopol) för AB Dalatrafik att befatta sig med den aktuella verksamheten inte förelåg skall upphandling således genomföras i enlighet med bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling. Regeringsrätten biföll därför talan om överprövning.^[18]

Oberoende av upphandlingens värde föreligger enligt antingen 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.

Samtliga företag som tillhandahåller den aktuella typen av tjänster ("leverantörer") skall därvid 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.

Någon möjlighet att under andra förutsättningar direktupphandla tjänster från en viss leverantör föreligger inte, vilket tydligt belyses av följande, slutligen i Kammarrätten i Göteborg, avgjorda ärende:

Landskrona kommun hade sedan 1986 upprätthållit ett skriftligt entreprenadkontrakt med det av kommunen delägda bolaget LSR Landskrona-Svalövs Renhållnings AB (nedan LSR), innebärande att LSR skulle utföra samtliga tjänster för insamling, transport och behandling av avfall som kommunen enligt lag ansvarar för.

LSR-bolaget ägs av Landskrona kommun med 3/4 och av Svalövs kommun med 1/4. Mellan ägarkommunerna fanns ett inbördes upprättat aktieägaravtal (konsortialavtal) enligt vilket kommunerna åtagit sig att till LSR avlämna allt avfall som kommunerna enligt gällande renhållningsbestämmelser är skyldiga att omhänderta.

I samband med att entreprenadavtalet med LSR skulle löpa ut beslutade Landskrona kommun att ”förlänga” detta. Talan om överprövning anhängiggjordes av en leverantör, varpå Länsrätten i Skåne län förordnade att upphandlingen skulle göras om samt angav bl.a. följande: ”Länsrätten anser att LSR, som är ett aktiebolag, i formellt hänseende utgör en från de upphandlande enheterna skild juridisk person. Något hinder för länsrätten att överpröva den av kommunerna direktupphandlade förlängningen av avtalet och den renhållning som skall ske i LSR:s regi föreligger därför inte, eftersom något skriftligt upphandlingskontrakt inte undertecknats med LSR. LSR är enligt länsrättens ovan angivna bedömning, att anse som en självständig juridisk person, och det löpande avtalet om renhållning innehåller obesträtt inte någon förlängningsklausul. Angivna förhållanden leder, mot bakgrund av EG-domstolens refererade dom [i mål C-107/98 - Teckal] till slutsatsen att förlängning av avtalet inte kan ske utan att en upphandling görs. Inte heller kan på samma grund viss del av renhållningen överlåtas på LSR utan upphandling. Sammantaget anser länsrätten att det åligger kommunerna att tillämpa bestämmelserna i LOU vid upphandling av renhållningstjänsterna. Bestämmelserna skall därvid tillämpas med beaktande av den totala volym som avses upphandlas och de undantag som finns för upphandling av vissa delkontrakt, om sådan upphandling avses tillämpas. Eftersom så inte har skett måste upphandlingen göras om i dess helhet. Länsrätten anser inte det är tillräckligt med rättelse”.^[19]

Efter att kommunen överklagat domen anförde Kammarrätten i Göteborg följande ”LSR är ett av kommunen tillsammans med Svalövs kommun samägt bolag och är enligt kammarrättens mening en från den upphandlande enheten skild juridisk person Enligt avtalet skulle LSR ta emot allt avfall som kommunen är skyldig att omhänderta. Kommunens ifrågavarande beslut innebär som en första del att avtalet förlängs.... Mot denna bakgrund finner kammarrätten att kommunstyrelsens beslut omfattas av bestämmelserna i LOU. Någon i lag eller författning stadgad ensamrätt för LSR att utföra renhållningstjänsterna föreligger ej, varför den i 5 kap. 2 § LOU angivna undantagsbestämmelsen inte kan tillämpas. Såsom länsrätten angivit saknas förutsättningar för att tillämpa direktupphandling i förevarande fall. Kammarrätten finner vidare att en förlängning av avtalet och därtill kopplat beslut skulle innebära att sökandebolaget utesluts från möjligheten att ensamt eller tillsammans med andra leverantörer delta i upphandling av de tjänster som beslutet avser. Eftersom bestämmelserna i LOU inte har iakttagits och bolaget således riskerar lida skada är länsrättens beslut rätteligen grundat”. Kammarrätten beslutade till följd härav att fastställa länsrättens dom. Domen har vunnit laga kraft.^[20]

I sammanhanget förtjänar även ett annat kammarrättsavgörande framhållas där fråga var om upphandling direkt från ett kommunalt bolag:

Haninge kommun hade sedan år 1991 upprätthållit ett som ”SAMARBETSAVTAL” rubricerat skriftligt kontrakt med Tornberget AB, innebärande att bolaget skulle ”...ombesörja ekonomisk och teknisk förvaltning av service / bruksfastigheter samt för ledning av byggprojekt”. Ersättning för utförda tjänster skulle enligt samarbetsavtalet utgå ”inom ramen för av Haninge kommun årligen avsatta medel”. De aktuella tjänsterna hade uppdragits åt Tornberget AB utan någon föregående infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden.

I samband med att samarbetsavtalet skulle löpa ut beslutade kommunen i november 2002 att ”förlänga” detta. Talan om överprövning anhängiggjordes av en leverantör, varpå Länsrätten i Stockholms län

förordnade att upphandlingen skulle göras om. Till stöd härför anfördes bl.a. följande: ”*Tornberget AB är ett av kommunen helägt bolag och får enligt länsrättens mening anses vara en från den upphandlande enheten skild juridisk person. Det befintliga avtalet med Tornberget AB och kommunen upphör att gälla den 31 december 2002 och innehåller ostridigt inte någon förlängningsklausul [...] Mot denna bakgrund finner länsrätten att den aktuella upphandlingen omfattas av bestämmelserna i LOU. Länsrätten finner vidare att en förlängning av avtalet skulle innebära att sökandebolaget utesluts från möjligheten att ensamt eller tillsammans med andra leverantörer delta i upphandling av de tjänster som detta avser. Eftersom bestämmelserna i LOU inte har iakttagits och bolaget således riskerar lida skada skall upphandlingen göras om*”.^[21] Kammarrätten i Stockholm fastställde senare länsrättens dom, vilken numera har vunnit laga kraft.^[22]

I sina kommentarer till lagen om offentlig upphandling tolkar Nämnden för offentlig upphandling huvudregeln om affärsmässighet så att avtal som löper med förlängningsklausuler (t.ex. tillsvidare-avtal) måste upphandlas på nytt med jämna mellanrum^[23].

Avtalen skall 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 avtal där stora investeringar måste göras av leverantören, kan avtalstiden omfatta längre tid. I t.ex. EU-landet Storbritannien anses sådana kontrakt kunna tillåtas omfatta mellan fem och sju år.

Har den upphandlande enheten avtal som löper med förlängningsklausuler eller utan begränsning i tiden och har avtalstiden löpt längre tid än normalt, två till fyra år, bör enligt nämnden dessa sägas upp så snart det är möjligt. Därefter skall upphandling ske på nytt. Det är enligt nämnden därför viktigt att den upphandlande enheten har ett tillfredsställande bevakningssystem som medger planering och förberedelse i tid för en ny upphandling när tiden för gällande avtal lider mot sitt slut. Någon möjlighet för allmän förvaltningsdomstol att inom ramarna för en överprövningsprocess ålägga upphandlande enheter att säga upp ett löpande kontrakt föreligger emellertid inte enligt gällande praxis.^[24]

Huruvida direktöverlåtelse av avtal vid övergång av verksamhet från en juridisk person till en annan måste föregås av ny upphandling får bedömas från fall till fall. Enligt Nämnden för offentlig upphandling kan upphandlingskontrakt^[25] under vissa förutsättningar överföras till en annan juridisk person, exempelvis om en uppköpt leverantörs hela verksamhet uppgår i ett annat bolag^[26] En förutsättning enligt likabehandlingsprincipen torde emellertid vara att det överförda avtalet tidigare har upphandlats i enlighet med gällande bestämmelser och att det föreligger en ”*bestående identitet*” mellan den tidigare och den nya kontraktspartnern; exempelvis att den senare uppfyller kvalifikationsförutsättningarna från den ursprungliga upphandlingen. Avtalsinnehållet skall vidare föras över ograverat till den nya juridiska personen, varvid några ändringar således inte kan komma i fråga^[27] Med denna utgångspunkt torde avtal som aldrig konkurrensupphandlats knappast kunna överlåtas direkt till en ny juridisk person utan mellankommande upphandling^[28] Upphandlingslagens krav på skriftlighet²² talar vidare mot att det kan gå att föra över formlösa avtal (exempelvis konsensualavtal) till ny juridisk person.

Den ovan påtalade principen om likabehandling gäller vidare som en allmän grund enligt EU-fördraget. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen att ”*Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma 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".^[29] 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.

Yttrande

Ystads 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 i ärendet framgår att Ystads kommun sedan 1979 upprätthållit ett avtalsförhållande där kommunen utan infordran av konkurrerande anbud uppdragit åt det delägda företaget ASSY att ta omhand (återvinna eller behandla) sådant insamlat avfall som kommunen enligt miljöbalkens bestämmelser ansvarar för. Detta avtalsförhållande har numera utan mellankommande upphandling överförts på SYSAV.

Vid tidpunkten då det ursprungliga avtalsförhållandet inleddes mellan Ystads kommun och ASSY gällde enligt kommunalt upphandlingsreglemente att köp av andra än sådana tjänster som i sin tur upphandlats i tidigare led, som huvudregel skulle ske genom infordran av konkurrerande anbud på den allmänna marknaden. Varken uppdragets värde eller omständigheterna i övrigt har kunnat motivera att direktupphandling tillämpades. Ystads kommuns avtalsförhållande med ASSY har således inletts på ett sätt som strider mot då rådande bestämmelser för kommunal upphandling.

Förutom SYSAV finns det på marknaden för renhållningstjänster flera andra företag som kan komma ifråga för anbudsgivning, såväl för insamlig som för omhändertagande av avfall genom återvinning eller behandling.

Sedan över tio år tillbaka regleras kommunernas upphandlingar genom den på EU-direktiv grundade lagen om offentlig upphandling. Enligt lagens bestämmelser skall förekommande uppdragsavtal underkastas upphandling med jämna mellanrum. Nya avtal kan som regel inte ingås utan infordran av konkurrerande anbud.

Uppdraget att omhänderta avfallet i Ystad har emellertid lämnats av kommunen till SYSAV utan att andra företag har beretts möjlighet att inkomma med anbud.

SYSAV är en från ASSY självständig juridisk person och något samgående mellan bolagen i så motto att ASSY genom fusion har kommit att uppgå i SYSAV har inte skett. Det ursprungliga avtalsförhållandet mellan kommunen och ASSY har inte konkurrensupphandlats och är inte så preciserat till sin omfattning och innehåll att det kan anses motiverat att utan upphandling föra över avtalsförhållandet till en ny juridisk person. Uppdraget till SYSAV är därför i rättslig mening att betrakta som en ny upphandling, på vilket lagen om offentlig upphandling skall tillämpas.

Med ledning av redovisad rättspraxis, bl.a. RÅ 2000 ref. 60, skall lagen om offentlig upphandling vara tillämplig på Ystads kommuns avtal med SYSAV. Någon möjlighet för kommunen, att genom t.ex. interna överenskommelser mellan aktieägarna i SYSAV, avtala bort lagens bestämmelser föreligger således inte enligt gällande rätt. Även om föreliggande konsortialavtal visserligen inte har behövts upphandlas i sig, innebär detta således inte att Ystads kommun därmed har befriats från sin skyldighet att iaktta upphandlingslagens bestämmelser inför anskaffning av aktuella renhållningstjänster från ett från kommunen fristående rättssubjekt.

Även om det skulle vara så att enbart SYSAV kan komma ifråga för leverans av de aktuella renhållningstjänsterna (s.k. faktiskt monopol) medför detta enligt gemenskaprättslig praxis

inte befrielse från upphandling. Någon sådan faktiskt ensamställning för SYSAV föreligger dessutom inte utan det finns på marknaden flera konkurrerande företag som kan ta hand om kommunens avfall. Renhållningstjänsterna omfattas heller inte av någon lagstadgad ensamrätt för SYSAV (s.k. rättsligt monopol). Någon tidsnöd föreligger inte. Tidigare konkurrensupphandling har inte genomförts och det är inte fråga om tilläggsbeställningar i lagens mening. Något av de i lagen om offentlig upphandling förekommande undantagen från kraven på konkurrensupphandling föreligger således inte i det aktuella fallet, utan upphandling skall genomföras i enlighet med föreskrivna bestämmelser.

Eftersom det finns anledning att anta att det beräknade kontraktsvärdet av de tjänster som Ystads kommun skall avropa från SYSAV väsentligt överstiger det i lagen angivna tröskelvärdet 1,845 miljoner kronor, skall upphandling genomföras i enlighet med de gemenskapsrättsligt grundade bestämmelser som finns införda i 5 kap. LOU. Även om kontraktsvärdet av något skäl skulle understiga detta belopp måste upphandling i vart fall genomföras i enlighet med de i 6 kap. LOU införda bestämmelserna.

Oaktat kontraktsvärdet skulle således de aktuella renhållningstjänsterna rätteligen ha upphandlas genom infordran av konkurrerande anbud på marknaden.

Med de utgångspunkter som här angivits framstår det som om Ystads kommun, genom att lämna uppdraget direkt till SYSAV, har åsidosatt den för såväl lagen om offentlig upphandling som för EU-fördraget centrala *likabehandlingsprincipen*. Konkurrensen på marknaden för renhållningstjänster har därmed snedvridits.

[1] Sydskånes Avfallsaktiebolag (SYSAV), med registreringsnummer 556187-0410, registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 1 april 1974; Nuvarande firma registrerades 1 mars 2004. Tidigare firma varit Sydvästra Skånes avfallsaktiebolag (SYSAV). Nu gällande bolagsordning antogs den 5 december 2003. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 30 miljoner kronor och fördelas på 30.000 aktier med nominellt värde på vardera 1.000 kronor. Genom en riktad nyemission 2004 har SYSAV beslutat utöka aktiekapitalet med 3 miljoner kronor, således till 33 miljoner kronor fördelat på 33.000 aktier à 1.000 kronor.

[2] Ursprungskommunerna är i 1974 och 1978 års konsortialavtal definierade som ”medlemskommunerna i Sydvästra Skånes kommunalförbud”.

[3] Konsortialavtal, tecknat den 30 maj, 1 juni, 12 juni, 21 juni, samt 7 juli 1978 mellan Burlövs kommun, Kävlinge kommun, Lomma kommun, Lunds kommun, Malmö kommun, Staffanstorps kommun, Svedala kommun, Trelleborgs kommun samt Vellinge kommun. Av avtalets inledning framgår att detta ersätter ett tidigare, mellan avtalskommunerna år 1974 tecknat, avtal. 1974 års avtal har, trots begäran om utlämnande av allmän handling, emellertid inte gått att återfinna hos någon av de avtalsbärande kommunerna.

[4] Se konsortialavtal mellan kommunerna Burlöv, Kävlinge, Lomma, Lund, Malmö, Staffanstorp, Svedala, Trelleborg samt Vellinge, tecknat den 8 mars 2000 och med giltig verkan från och med den 1 januari samma år.

[5] Se SYSAV, protokoll från styrelsesammanträde den 10 juni 2004 (§ 52). Motsvarande avgift för 2004 var 410 kronor per ton brännbart hushållsavfall samt 17 kronor i fast avgift per innevärdare och år.

[6] Avfallsaktiebolaget Sjöbo, Skurup och Ystad (ASSY), med registreringsnummer 556196-8990, registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 26 april 1978 varvid nuvarande firma registrerades. Nu gällande bolagsordning antogs den 16 juni 1999, enligt vilken bolaget har till föremål med sin verksamhet att ”insamla, transportera och behandla avfall, att utöva konsultverksamhet i avfallsfrågor ävensom att idka därmed förenlig verksamhet”. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 3 miljoner kronor och fördelas på 300 aktier med nominellt värde på vardera 10.000 kronor.

[7] Se avtal den 8 december 2004 mellan Sydskånes Avfallsaktiebolag (SYSAV), Österlens kommunala renhållnings AB (ÖKRAB) samt Avfalls AB Sjöbo, Skurup, Ystad (ASSY), antaget av fullmäktigeförsamlingarna i Tomelilla, Simrishamn, Sjöbo, Skurup och Ystad under 2003 samt vid ordinarie bolagsstämma för SYSAV den 23 april 2004. Av avtalet framgår att ÖKRAB och ASSY till SYSAV skall överföra sådana fasta tillgångar, i form av lager, maskiner, och inventarier samt övriga anläggningstillgångar, immateriella tillgångar och andra tillgångar som fordras för överlåten verksamhet, vilken enligt avtalet beskrivs som ”anläggningar och aktiviteter av olika slag för behandling av avfallet: maskinell och manuell sortering för materialåtervinning, förbränning med energiutvinning, kompostering, rötning i bioceller samt deponering av specialavfall och annat avfall”. Av avtalet framgår även att ÖKRAB och ASSY till SYSAV skall överlåta till respektive verksamhet hänförliga fordringar och att SYSAV från ÖKRAB och ASSY kan överta vissa till verksamheterna hänförliga skulder.

[8] Se Ystads kommun, skrivelse till Konkurrenskommissionen den 10 augusti 2004, enligt vilken Teknik och fastighetsnämnden till följd av begäran om att få del av Ystads kommuns skriftliga kontrakt med SYSAV avseende tjänster för avfallshantering avslagit framställa med följande motivering: ”Då någon sådan handling ... inte finns avslår kommunen sökandens framställan”.

[9] Enligt ASSY:s miljörapport för 2003 har Ystads kommun en total avfallsmängd på 7.437 ton avfall per år. Vid ett pris för omhändertagande på 500 kr per ton ger detta ett årligt pris på 3.718.000 kronor. Där jämte tillkommer en fast avgift på 17 kronor per innevärdare för drift av återvinningscentral. Eftersom Ystads kommun har 26.805 innevärdare (uppgift från SCB befolkningsstatistik per den 1 september 2004) tillkommer således c:a 455.685 kronor per år. Totalt uppgår kontraktsvärdet därmed till 4.173.685 kronor per år, eller 16.694.740 kronor vid 48 månaders engagemang.

[10] Normalreglementet för kommunal upphandling (UR) tillkom i samband med att regeringen i prop. 1973:73 framlade riktlinjer för den statliga upphandlingen. I propositionen uttalades att den kommunala upphandlingen borde anpassas till de riktlinjer som gäller för den statliga sektorn. Svenska kommunförbundet och Landstingsförbundet utarbetade därefter UR jämte därtill hörande anvisningar. Svenska kommunförbundets styrelse beslutade i september 1973 rekommendera samtliga kommuner att anta såväl reglementet som

anvisningarna. Den löpande tillsynen av att bl.a. reglementet antogs utövades av Riksrevisionsverket (RRV). I januari 1975 hade samtliga kommuner och landsting i Sverige antagit UR. Enbart i något fall (Stockholms läns landsting) noterades smärre avvikelser från UR:s huvudtext.

- [111] Av 1 § UR Framgår följande: ”*Detta reglemente äger tillämnning på kommunens upphandling. [nytt stycke] Bestämmelserna gäller dock ej i fråga om upphandling från annan kommun eller företag, som ägs av en eller flera kommuner eller sammanslutning av kommuner, under förutsättning att kommunen eller företaget vid sin upphandling av varan, arbetet eller tjänsten tillämpar regler som anges i detta reglemente*”. Av specialkommentaren till UR framgår vidare att ”*Det bör observeras, att undantagsregeln i andra stycket endast kan åberopas vid upphandling av vara, arbete eller tjänst som leverantören själv i sin tur tidigare har upphandlat. Undantagsregeln är sålunda inte tillämplig vid exempelvis upphandling från kommunalt aktiebolag som själv framställer varan eller utför arbetet eller tjänsten*” (se Svenska kommunförbundet, normalreglemente för kommunal upphandling, Kommentus förlag, fjärde upplagan 1983, sid. 5).
- [12] Se Kammarrätten i Stockholm, dom i mål nr. 2280-1994.
- [13] Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från och med den 15 februari 2004, vid upphandlingar av varor och tjänster. Motsvarande tröskelvärde, under perioden den 1 januari 2002 till och med den 14 februari 2004, var fastställt till 1,741 miljoner kronor.
- [14] Om ett upphandlingskontrakt avseende tjänster inte anger något totalpris skall kontraktsvärdet enligt 5 kap. 7 § LOU beräknas till det fulla värdet av tjänsterna under kontraktets löptid om denna är högst 48 månader och till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.
- [15] Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.
- [16] Se EU-domstolens dom den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, Kommissionen / . Förbundsrepubliken Tyskland. Målen gällde bl.a. fråga om upphandling av omhändertagande av avfall. Central rättsfråga i målen utgjorde huruvida en upphandlande enhet kan lägga sin subjektiva uppfattning att inga andra leverantörer rent faktiskt kan komma ifråga till grund för att underlåta infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. Förbundsrepubliken Tyskland medgav att de i EU: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).
- 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 EU-domstolen för att ha åsidosatt EU:s upphandlingsdirektiv 92/35/EEG (tjänstephupphandlingsdirektivet). 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 EU-kommissionen pressmeddelande den 25 oktober 2004- IP/04/1294 jfr även pressmeddelande den 31 mars 2004 – IP/04/428).
- [17] Nämnden för offentlig upphandling (NOU) dnr. 1998/ 221-26, se NOU-info dec-1999, sid. 15 ff.
- [18] Se Nämnden för offentlig upphandling, NOU-info mars 01, sid. 11 f.
- [19] Länsrätten i Skåne län, dom i mål nr. 5363-02, meddelad den 22 augusti 2002.
- [20] Kammarrätten i Göteborg, dom i mål nr. 4851-2002 meddelad den 7 april 2003, vilken numera vunnit laga kraft genom att Regeringsrätten i mål. nr. 2436-2003, den 5 juni 2003 beslutade att inte bevilja kommunen prövningstillstånd.
- [21] Länsrätten i Stockholms län, dom i mål nr. 21659-02 samt 21819-02, meddelad den 12 december 2002.
- [22] Kammarrätten i Stockholm, dom i mål nr. 76-03 / 77-03, meddelad den 10 februari 2003, vilken numera vunnit laga kraft genom att Regeringsrätten i mål. nr. 1413—1414-2003, den 7 maj 2003 beslutade att inte bevilja kommunen prövningstillstånd.
- [23] 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 årsammansättning för år 1995 sid. 59-61.
- [24] Se Regeringsrättens dom i målet 998-03 meddelad den 22 mars 2004. Regeringsrätten hade i målet att bedöma ett yrkande som i praktiken innebar att en upphandlande enhet skulle åläggas att säga upp ett skriftligt avtal som förlängdes automatiskt med två år åt gången vid utebliven uppsägning. Rätten kostaterade att varken en uppsägning eller en utebliven uppsägning av detta avtal utgjorde någon del av ett upphandlingsförfarande som skulle kunna göras om eller rättas genom ett domstolsbeslut. Rättsmedelsbestämmelserna i lagen om offentlig upphandling lämnar enligt rättens mening således inte något utrymme för domstol att inom överprövningens ram fatta sådant beslut som avses med ansöknigen. Talan om överprövning avslogs därför.
- [25] Med ”*upphandlingskontrakt*” avses enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU ”*skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag och som undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur*”. Lagens systematik förutsätter således att alla upphandlingar utom direktupphandlingar avslutas genom skriftliga ”upphandlingskontrakt”.
- [26] Se Nämnden för offentlig upphandling, NOU info jun-01 sid. 3-4 Nämnden tolkar rättsläget så att ett övertagande av samtliga aktier i en upphandlad leverantör, utan att den juridiska personen i sig förändras, inte förändrar avtalsituationen mellan den upphandlande enheten och leverantören. Nämnden anser inte heller att situationen då den uppköpta leverantörens verksamhet *helt* uppgår i ett annat bolag är en situation som förändrar det ingångna avtalet, trots att det då blir nödvändigt att ändra namn på avtalsparten i upphandlingskontraktet. Däremot kan den situationen, att endast *en viss del* av den upphandlade leverantören övertas av ett annat bolag, innebära att ny upphandling kan bli nödvändig. Den upphandlade leverantören kanske avser att upphöra med produktionen av den berörda varan eller tjänsten och säljer just denna del av bolaget. Under sådant förhållande har den nya leverantören inte blivit prövad i upphandlingen vad avser dess ekonomiska och finansiella ställning och förmåga och avtalet får inte överföras direkt till det nya bolaget. Tilldelningen av ett nytt avtal får istället ske först efter en ny upphandling. Det som nämnden anser vara av avgörande betydelse, är alltså om det finns en ”fortsatt identitet” mellan det bolag som lämnat anbud, kvalificerat sig i upphandlingen samt tecknat avtal och det bolag som sedan genomför avtalet.
- [27] En ändring av de kommersiella förutsättningarna som endast kommer viss anbudsgivare till del kan anses vara ett brott mot likabehandlingsprincipen, gentemot den som avstod från att lämna ett anbud därför att just det krav som ändrats bedömts svårt att uppfylla. Se bl.a. EG-domstolens dom i mål nr. C-243/89, EU-kommissionen / . Danmark (det s.k. Storebaelt-målet).
- [28] Undantag föreligger naturligtvis om de rättsliga förutsättningarna för direktupphandling enligt 7 § UR, 6 kap. 2 eller 2 b §§ LOU eller för förhandlad upphandling utan föregående annonsering enligt 2 kap. 11 §, 3 kap. 15 §, 4 kap. 16 § eller 5 kap. 17 § LOU har varit uppfyllda.
- [29] Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478

