

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 04-051

PM-2 2004-12-08

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

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

Sedan 2004 uppdrar Tomelilla kommun åt det av kommunen gemensamt med kommunerna Burlöv, Kävlinge, Lomma, Lund, Malmö, Simrishamn, Sjöbo, Skurup, Staffanstorp, Svedala, Trelleborg, Vellinge samt Ystad (nedan: Ägarkommunerna) delägda företaget Sydsånes 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 Tomelilla 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 ett 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]

Renhållningen i Tomelilla kommun bedrivs sedan 1974 av det av kommunen tillsammans med Simrishamns kommun delägda bolaget Österlens kommunala renhållnings AB (nedan: ÖKRAB).^[6] Renhållningsuppdraget, som avsett såväl att *samlas in* som att *omhändertabla* hushållsavfall, har inte handlats upp genom infordran av konkurrerande anbud på den allmänna marknaden, utan har uppdragits direkt till ÖKRAB. Något skriftligt kontrakt som reglerar kommunens avtalsförhållande med ÖKRAB finns, såvitt kunnat utredas, inte.

I december 2003 avtalade ÖKRAB om ”samgående” med SYSAV, innebärande att ÖKRAB, mot att erhålla 1.128 nyemitterade aktier i SYSAV, skall överföra sin befintliga verksamhet för *omhändertagande* (återvinning eller behandling) av avfall till SYSAV.^[7] Avtalet innebär däremot inte något samgående i sådan mening av bolagen fusioneras eller att ÖKRAB på annat sätt uppgår i SYSAV. De båda bolagen kommer således att bestå som självständiga juridiska personer, varav ÖKRAB fortsätter att samla in och transportera avfall i bland annat Tomelilla kommun medan SYSAV övertar verksamheten med att återvinna eller behandla insamlat avfall.

Av de aktier ÖKRAB erhållit genom SYSAV:s apportemission har sedermera en post av 485 aktier skiftats vidare till Tomelilla 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 Tomelilla kommun uppdragit åt SYSAV att tillhandahålla kommunen sådana tjänster för omhändertagande av bl.a. hushållsavfall som ÖKRAB tidigare utfört. Något skriftligt kontrakt eller annat dokumenterat avtal som reglerar kommunens uppdrag till SYSAV avseende omhändertagande av hushållsavfall finns emellertid inte upprättat.^[8]

Uppdraget att återvinna och behandla Tomelilla kommuns hushållsavfall kan uppskattas till ett kontraktsvärde motsvarande c:a 2 miljoner kronor per år, eller totalt c:a 8 miljoner kronor under den 48 månadersperiod som framgår av beräkningsregeln vid offentlig upphandling (se fotnot 11).^[9]

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.

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras sedan 1994 genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.^[10]

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^[11] 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.^[12] 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).^[13]

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.^[14]

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.^[15]

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.^[16]

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 brådska 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 obestridd 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” ^[17]

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. ^[18]

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” ^[19]

Kammarrätten i Stockholm fastställde senare länsrättens dom. Domen har vunnit laga kraft. ^[20]

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 ^[21].

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.^[22]

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^[23] under vissa förhållanden överföras direkt till en annan juridisk person. 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.^[24]

En förutsättning enligt likabehandlingsprincipen torde emellertid vara att det överförda avtalet tidigare har upphandlats i enlighet med gällande bestämmelser och den nya kontraktspartnern uppfyller kvalifikationsförutsättningarna från den tidigare upphandlingen (fortsatt identitet). . Avtalsinnehållet skall vidare föras över ograverat på den nya juridiska personen, varvid några ändringar således inte kan komma i fråga.^[25] Med denna utgångspunkt torde avtal som aldrig konkurrensupphandlats knappast kunna överlåtas direkt till en ny juridisk person utan mellankommande upphandling^[26] Upphandlingslagens krav på skriftlighet²² talar vidare mot att det kan gå att föra över formlösa avtal till en ny juridisk person.

Enligt EU-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 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 dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i*

fördragen".^[27] 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.

Yttrande

Tomelilla kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande:

Den på EU-fördraget och gemenskapsrättsliga direktiv grundade lagen om offentlig upphandling innefattar inte något åläggande för upphandlande enheter att skapa konkurrens eller verka för att viss samhällssektor konkurrensutsätts. Regelverket tar istället sikte på att enheterna vid anskaffning skall utnyttja redan befintlig konkurrens.

Kommunerna, som enligt lag har skyldighet att sköta renhållningen i samhället, har för ändamålet byggt en infrastruktur för att uppfylla lagens krav. Eftersom några privata alternativ inte har stått till buds har vissa kommuner av ekonomiska eller tekniska skäl valt att samverka i bolagsform.

För regleringen av dylika samägda bolag har delägarna normalt upprättat aktieägaravtal, ofta kallade konsortialavtal, vilka i sig inte omfattas av upphandlingskyldighet enligt lagen om offentlig upphandling.

Mot denna bakgrund menar kommunen att det framstår som klart att marknaden för omhändertagande av avfall inte möjliggör upphandling i konkurrens, samt påpekar att det enligt rättspraxis i mål om offentlig upphandling (se RÅ 2004 ref. 24) inte kan åläggas part att frånträda avtal.

Kommunen gör gällande att förekommande samverkan i aktiebolagsform med andra kommuner inte strider mot någon lagregel eller rättsprincip, vare sig svensk eller gemenskapsrättslig. Kommunen tillbakavisar även påståendet att "likabehandlingsprincipen" åsidosatts och att detta inneburit att konkurrensen "på marknaden för renhållningstjänster" har snedvridits.

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 Tomelilla kommun sedan 1974 upprätthåller ett avtalsförhållande där uppdraget att utföra renhållningstjänster i kommunen, utan mellankommande upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden, har lämnats till det av kommunen delägda bolaget ÖKRAB.

Till skillnad från vad kommunen har angivit i sitt yttrande finns det utöver SYSAV, på marknaden för renhållningstjänster flera företag som kan komma ifråga för anbudsgivning, såväl för insamling som för omhändertagande av avfall genom återvinning eller behandling.

I) Sedan över tio år tillbaka regleras kommunernas upphandlingar genom den på EU-direktiv grundade lagen om offentlig upphandling. Även om avtalsförhållandet mellan Tomelilla kommun och ÖKRAB ursprungligen kommit till vid en tidpunkt då det saknades för kommunerna nationell upphandlingsrättslig reglering, vidmakthålls avtalsförhållandet numera i strid mot vad som gäller enligt lagen om offentlig upphandling (LOU) och gemenskapsrättsligt grundade bestämmelser om offentlig upphandling. Den för EU-fördraget centrala likabehandlingsprincipen åsidosätts därmed varigenom konkurrensen på marknaden för renhållningstjänster snedvrids.

II) Den del av ÖKRAB:s verksamhet som har bestått av återvinning eller behandling av bland annat kommunens hushållsavfall har numera lyfts bort från ÖKRAB och förts över till SYSAV. Någon fusion eller annan sammanslagning mellan företagen har emellertid inte skett utan ett nytt avtalsförhållande har kommit att inledas med SYSAV, innebärande att SYSAV mot ersättning skall tillhandahålla Tomelilla kommun aktuella tjänster för omhändertagande av avfall.

Med ledning av redovisad rättspraxis, bl.a. RÅ 2000 ref. 60, skall lagen om offentlig upphandling vara tillämplig på Tomelilla 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 Tomelilla kommun därmed har befriats från sin skyldighet att iaktta upphandlingslagens bestämmelser inför anskaffning av aktuella renhållningstjänster från ett från kommunen fristående rättssubjekt.

Den omständighet att Tomelilla kommun tror sig veta att enbart SYSAV kan komma ifråga för leverans av de aktuella renhållningstjänsterna (s.k. faktiskt monopol) medför enligt gemenskapsrättslig praxis inte heller befrielse från upphandling. Uppgiften att SYSAV skulle vara ensam om att tillhandahålla aktuella tjänster är dessutom felaktig. 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 de i lagen föreskrivna bestämmelserna.

Eftersom det finns anledning att anta att det beräknade kontraktsvärdet enligt lagen om offentlig upphandling av de tjänster som Tomelilla kommun skall avropa från SYSAV väsentligt överstiger det i lagen angivna tröskelvärdet 1,845 miljoner kronor skall upphandlingen 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.

Det aktuella avtalsförhållandet mellan Tomelilla kommun och SYSAV står således i strid mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Den för lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EU-direktiv centrala likabehandlingsprincipen har därmed åsidosatts även i denna del, samtidigt som konkurrensen på marknaden för renhållningstjänster snedvrids.

- ^[11] Sydkånes Avfallsaktiebolag (SYSÄV), med registreringsnummer 556187-0410, registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 1 april 1974; Nuvarande firma registrerades 1 mars 2004. Tidigare firma har varit Sydvästra Skånes avfallsaktiebolag (SYSÄV). 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 SYSÄV beslutat utöka aktiekapitalet med 3 miljoner kronor, således till 33 miljoner kronor fördelat på 33.000 aktier à 1.000 kronor.
- ^[12] Ursprungskommunerna är i 1974 och 1978 års konsortialavtal definierade som "medlemskommunerna i Sydvästra Skånes kommunalförbud".
- ^[13] 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.
- ^[14] Se konsortialavtal mellan kommunerna Burlöv, Kävlinge, Lomma, Lund, Malmö, Staffanstorps, Svedala, Trelleborg samt Vellinge, tecknat den 8 mars 2000 och med giltigt verkan från och med den 1 januari samma år.
- ^[15] Se SYSÄV, 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.
- ^[16] Österlens kommunala renhållnings AB (ÖKRAB), med registreringsnummer 556177-3838, registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 5 mars 1973 varvid även nuvarande firma registrerades. Nu gällande bolagsordning antogs den 23 juni 2004, enligt vilken bolaget har till föremål med sin verksamhet att "uppsamla, förvara och transportera avfall" Ändamålet med bolagets verksamhet är att "inom Simrishamn och Tomelilla kommuner hantera renhållningsfrågor med beaktande av miljö- och resurshänsyn, på ett för kommunmedlemmarna ändamålsenligt och effektivt sätt samt med tillämpning av kommunernas självkostnads- och likställighetsprinciper. Dessutom skall, om ändamålet med bolagets verksamhet gynnas, samverkan kunna etableras med parter, i ex andra avfallsbolag, utanför Simrishamns och Tomelilla kommuner. Detta har också skett genom avtal med SYSÄV". Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 900.000 kronor och fördelas på 9.000 aktier med nominellt värde på vardera 100 kronor.
- ^[17] Se avtal den 8 december 2004 mellan Sydkånes Avfallsaktiebolag (SYSÄV), 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 SYSÄV den 23 april 2004. Av avtalet framgår att ÖKRAB och ASSY till SYSÄV skall överföra sådana fasta tillgångar, i form av lager, maskiner, och inventarier samt övriga anläggningstillgångar, immateriella tillgångar och andra tillgångar som fordras för överlåtelse 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 till SYSÄV skall överlåta till verksamheten hänförliga fordringar och att SYSÄV från ÖKRAB kan överta vissa till verksamheten hänförliga skulder.
- ^[18] Se skrivelse den 27 juli 2004 från Tomelilla kommun till Konkurrenskommissionen, enligt vilken "det inte finns något kontrakt mellan Tomelilla kommun och SYSÄV avseende omhändertagande av sådant avfall som kommunen jämlikt 15 kap. 8 § miljöbalken ansvarar för" (dnr. 2003.101.49).
- ^[19] Enligt ÖKRAB:s miljörapport för 2002 har Tomelilla kommun en total avfallsmängd på 3.579 ton avfall per år. Vid ett pris för omhändertagande på 500 kr per ton ger detta ett årligt pris på 1.789.500 kronor. Där jämte tillkommer en fast avgift på 17 kronor per innevärdare för drift av återvinningcentral. Eftersom Tomelilla kommun har 12.557 innevärdare (uppgift från SCB befolkningsstatistik per den 1 september 2004) tillkommer således c:a 213.469. Totalt uppgår kontraktsvärdet därmed till 2.002.969 kronor per år, eller 8.011.867 kronor vid 48 månaders engagemang.
- ^[100] Tidigare gällde för kommunerna ett normalreglemente för kommunal upphandling (UR), vilket under början av 1970-talet utarbetades med biträde av Svenska kommunförbundet och senare antogs av respektive kommun genom beslut av kommunfullmäktige. Enligt detta reglemente 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 brådskande och oförutsedda behov inte hinner infordras. Denna huvudregel omfattade även köp från egna (kommunala) bolag, exempelvis renhållningsföretag, som bolaget själv skall utföra arbetet eller tjänsten som upphandlas.
- 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 uppdrå att en viss entreprenör att utföra renhållningen inom kommunen stred mot det kommunala upphandlingsreglementet.
- ^[111] 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.
- ^[121] 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.
- ^[131] Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.
- ^[141] 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 (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 EU-kommissionen pressmeddelande den 25 oktober 2004- IP/04/1294 jfr även pressmeddelande den 31 mars 2004 – IP/04/428).
- ^[151] Nämnden för offentlig upphandling (NOU) dnr. 1998/ 221-26, se NOU-info dec-1999, sid. 15 ff.
- ^[161] Se Nämnden för offentlig upphandling, NOU-info mars 01, sid. 11 f.

- ^[17] Länsrätten i Skåne län, dom i mål nr. 5363-02, meddelad den 22 augusti 2002.
- ^[18] 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.
- ^[19] Länsrätten i Stockholms län, dom i mål nr. 21659-02 samt 21819-02, meddelad den 12 december 2002.
- ^[20] 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.
- ^[21] 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 årssammanställning för år 1995 sid. 59-61.
- ^[22] 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 konstaterade 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 rättsens mening således inte något utrymme för domstol att inom överprövningens ram fatta sådant beslut som avses med ansökningen. Talan om överprövning avslogs därför.
- ^[23] 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”.
- ^[24] Se Nämnden för offentlig upphandling, NOU info jun-01 sid. 3-4.
- ^[25] 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).
- ^[26] 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.
- ^[27] Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478
-