

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

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

Kommunfullmäktige i Kungsör har vid sammanträden den 24 maj 2004 (KF § 68/04) respektive den 20 december 2004 (KF § 157/04) beslutat lämna uppdrag till det av kommunen gemensamt med övriga primärkommuner i Västmanlands län<sup>[1]</sup> samt av Enköpings kommun ägda avfallsbolaget Vafab Miljö AB, innebärande att bolaget löpande mot fakturerad ersättning skall tillhandahålla kommunen tjänster, dels för insamling och transport, dels för behandling av sådant avfall som kommunen enligt miljöbalkens bestämmelser ansvarar för. I samband med beslutet i december 2004 fastställde kommunfullmäktige även ny renhållningstaxa för kommunen (KF § 158/04). Den nya renhållningstaxan innefattar i flera avseenden ändrade förhållanden jämfört med tidigare.<sup>[2]</sup>

Renhållningen i Kungsörs kommun har tidigare utförts av Västra Mälardalens Renhållnings AB (VMR), vilket bildades 1969 och ägs gemensamt av Kungsörs kommun tillsammans med Arboga och Köpings kommuner. Verksamheten i VMR reglerades bl.a. genom ett av ägarkommunerna gemensamt upprättat aktieägaravtal, ett s.k. konsortialavtal<sup>[3]</sup>. Uppdraget att VMR skulle utföra kommunens renhållningsuppgifter har aldrig upphandlats i konkurrens, utan avrop av tjänster har skett genom direkta köp från bolaget.

Den 27 augusti 2004 överlät kommunerna aktierna i VMR till det sedan tidigare befintliga bolaget Vafab Miljö AB (nedan Vafab)<sup>[4]</sup>, där Köping, Arboga och Kungsörs kommuner (nedan gemensamt angivna som KAK-kommunerna) numera utgör delägare tillsammans med övriga primärkommuner i Västmanlands län samt Enköpings kommun.<sup>1</sup>

Även i Vafab regleras det kommunala samarbetet genom ett s.k. konsortialavtal. Detta konsortialavtal innebär emellertid att ansvarsfördelningen mellan Vafab och KAK-kommunerna skall vara delvis annan än som tidigare gällt mellan kommunerna och VMR. Det tidigare konsortialavtalet avseende samarbetet i VMR har därmed kommit att upphöra att gälla<sup>[5]</sup>.

I korthet kan skillnaderna i ansvarsfördelning mellan de båda konsortialavtalsregleringarna beskrivas enligt följande:

Tidigare hade renhållningsverksamheten inom KAK-kommunerna utförts av VMR-bolaget ensamt, vilket således samlade in och behandlade allt sådant avfall som kommunerna enligt gällande bestämmelser ansvarade för. Tjänsten att tillhandahålla KAK-kommunerna med kundadministration, insamling, transport och behandling (d.v.s. förbränning, kompostering eller deponi) av kommunernas avfall utfördes således av VMR och kommunerna befattade sig inte med dessa verksamheter i egen förvaltning.

Enligt det nya konsortialavtalet för Vafab omfattar bolagets åtagande, för i vart fall KAK-kommunernas räkning, endast tjänsten att behandla kommunernas insamlade avfall. Tjänsterna att samla in och transportera avfallet samt att tillhandahålla kommunerna ”kundadministration” ligger således utanför gällande konsortialavtal och skall enligt

föreliggande beslutsunderlag kunna tillhandahållas enligt separata uppdragsavtal och på ”affärsmässiga villkor”<sup>161</sup>.

I den huvudrapport som ingick i Kungsörs kommuns beslutsunderlag till det nya konsortialavtalet<sup>171</sup> föreslogs att KAK-kommunerna för de närmaste tre åren skulle teckna särskilda utföraravtal med Vafab avseende de tjänster som inte omfattades av konsortialavtalet. Uppdragsavtalet skulle omfatta uppdrag för Vafab att på samma sätt som VMR tidigare gjort, löpande tillhandahålla kommunerna med tjänster inom områdena insamling, transport och kundadministration. Efter uppdragstidens utgång är syftet att KAK-kommunerna skall kunna välja andra lösningar för dessa uppgifter.

I enlighet med det anförda har kommunfullmäktige i Kungsör beslutat godkänna två avtal: dels ett konsortialavtal av den 27 augusti 2004 mellan samtliga primärkommuner i Västmanlands län samt Enköpings kommun, dels ett såvitt upplysts ännu inte undertecknat uppdragsavtal mellan KAK-kommunerna och Vafab om insamling och transport av hushållsavfall m.m.

Av det konsortialavtal som tecknades den 27 augusti 2004 mellan primärkommunerna i Västmanlands län samt Enköpings kommun<sup>1</sup> (nedan Delägarkommunerna) framgår (§ 4) att Vafab skall ha till föremål för sin verksamhet att planera, projektera, bygga och driva erforderliga regionala behandlingsanläggningar, avfallsupplag, omlastningsstationer och återvinningscentraler samt svara för transporter mellan dessa. Vafab skall vidare utföra insamling och transport av avfall och återvinningsmaterial samt svara för bortforsling av s.k. farligt avfall enligt 15 kap. 10 § miljöbalken och 15 § avfallsförordningen. Vafab skall även svara för utveckling, regional avfallsplanering och information till skolor, hushåll och företag samt vara berett att utföra andra arbetsuppgifter som har samband med verksamhetsområdet. Vafab får teckna avtal om samarbete i avfallsfrågor med kommuner, kommunägda bolag samt andra organisationer och företag, inom såväl som utanför regionen.

Enligt § 14 skall kommunerna till bolaget lämna avfall som kan tas emot i bolagets anläggningar och som kommunerna har ansvar för enligt miljöbalkens bestämmelser. Bolaget är skyldigt att ta emot och omhänderta detta avfall.

Bolagets verksamhet skall enligt § 8 finansieras och drivas enligt ”affärsmässiga principer”. Till grund för debiteringen skall ligga taxa, utarbetad så att inkomster och utgifter balanserar men att utrymme lämnas för framtida investeringar. Taxan skall kunna differentieras efter olika avfallsslag. För avfall som kommunerna ansvarar för enligt miljöbalkens bestämmelser skall samma avgift alltid tas ut för samma slag och enhet av avfall. För övriga avfallstyper utgår avgifter som fastställs av styrelsen på affärsmässig grund.

Konsortialavtalet skall äga giltighet från den 27 augusti 2004 till och med den 31 december 2024, därefter förlängs avtalet med fem år åt gången vid utebliven uppsägning. I konsortialavtalet utgör Vafab inte avtalspart.

Av det av kommunfullmäktige i Kungsör beslutade uppdragsavtalet, vilket tydligen ännu inte har verkställts, framgår (§ 2) att Vafab skall svara för all insamling och borttransport av hushållsavfall och därmed jämförligt avfall (ej latrin) i KAK-kommunerna. Vafab skall vidare svara för ”kundservice”, fakturering, information samt administration.

Ersättning skall enligt § 4 utgå till Vafab för utförda tjänster enligt gällande renhållningstaxa. Utgångspunkt för renhållningstaxa skall vara det taxesystem som gällt under 2004. Justering av ersättningen för insamling, transport och administration skall därefter ske i enlighet med renhållningsindex R77:1 under de senaste 12 månaderna med juli 2003 som basmånad. Vafab äger rätt att fakturera abonnenterna enligt gällande renhållningstaxa.

Uppdragsavtalet avser perioden den 1 januari 2005 till och med 31 december 2007.

Av den ekonomiska redovisning som lämnades i samband med kommunfullmäktiges beslut i december 2004 framgår att det beräknade samlade värdet av tjänsterna för insamling och behandling av KAK-kommunernas avfall uppgick under 2004 till c:a 33,8 miljoner

kronor. I detta belopp ingår kostnader för insamling, transport och kundadministration med 19,3 miljoner kronor samt kostnader för behandling av insamlat avfall med 14,5 miljoner kronor.<sup>[8]</sup>

KAK-kommunernas sammanlagda befolkning uppgick i september 2004 till c:a 46.300 innevånare, varav c:a 8.200 var folkbokförda i Kungsörs kommun<sup>[9]</sup>. Kommunens andel av de redovisade kostnaderna torde med ledning av detta kunna uppskattas till c:a 17,7 procent.

Upphandlingarnas kontraktswärde kan således, med tillämpning av beräkningsmodellen som redovisas i fotnot 12, uppskattas på så sätt att kontraktswärdet av insamlings- och transporttjänsten i Kungsör uppgår till c:a 10,2 miljoner kronor<sup>[10]</sup>. Även värdet av tjänsten att behandla kommunens insamlade avfall skall uppskattas till c:a 10,2 miljoner kronor. Aktuella kontraktswärden uppgår därmed sammantaget till 20,4 miljoner kronor.

#### 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. Någon möjlighet för en kommun att överföra monopolansvaret till någon annan, exempelvis ett för ändamålet inrättat bolag föreligger inte. De obligatoriska renhållningsuppgifterna enligt miljöbalkens reglering kvarliggjer således hos kommunen, även om kommunen uppdragit åt någon annan att utföra själva renhållningsarbetet.

Enligt 27 kap. 4 § MB får kommuner meddela föreskrifter om att avgift skall betalas för insamling, transport, återvinning och bortskaffande av avfall som enligt miljöbalken eller enligt föreskrifter som har meddelats med stöd av balken utförs genom deras försorg. Avgiften skall enligt kommunens bestämmande betalas till kommunen eller till den som utför renhållningen.

Renhållningsavgift skall enligt samma kap. 5 och 6 §§ fastställas genom kommunal taxa samt bestämmas till självkostnad. Avtalar kommunen med någon annan att utföra renhållningen, får avtalet läggas till grund för beräkning av avgiften, om kostnaden därigenom inte blir väsentligt högre än om kommunen själv utför renhållningen.

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras sedan 1994 genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.<sup>[11]</sup>

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 kontraktswärdet<sup>[12]</sup> av upphandlingen överstiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,845 miljoner kronor<sup>[13]</sup> skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU. Understiger kontraktswärdet 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. 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).<sup>[14]</sup>

Med upphandling avses i princip alla köp av 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.<sup>[15]</sup>

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.<sup>[16]</sup>

Den principiella syn som kommit till uttryck genom nämndens avgörande har, genom bl.a. följande avgörande av Regeringsrätten, senare stadfästs 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. Därför 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. <sup>[17]</sup>

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 brådskad 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 obestritt 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”.*<sup>[18]</sup>

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.<sup>[19]</sup>

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”.<sup>[20]</sup>

Kammarrätten i Stockholm fastställde senare länsrättens dom. Domen har vunnit laga kraft.<sup>[21]</sup>

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<sup>[22]</sup>.

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.<sup>[23]</sup>

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<sup>[24]</sup> under vissa förutsättningar överföras till en annan juridisk person, exempelvis om en uppköpt leverantörs hela verksamhet uppgår i ett annat bolag.<sup>[25]</sup> 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.<sup>[26]</sup> Med denna utgångspunkt torde avtal som aldrig konkurrensupphandlats knappast kunna överlåtas direkt till en ny juridisk person utan mellankommande upphandling.<sup>[27]</sup> Upphandlingslagens krav på skriftlighet<sup>22</sup> talar vidare mot att det kan gå att föra över formlösa avtal (exempelvis konkludenta avtal) till 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*".<sup>[28]</sup> 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

Kungsörs kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats, men skriftligen meddelat att kommunen inte avser att avge något yttrande i ärendet.

## 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 Kungsörs kommun beslutat att direkt från det av kommunen delägda företaget Vafab och utan föregående förfarande i enlighet med lagen om offentlig upphandling, köpa tjänster, dels för behandling av avfall för en period av minst 20 år fram i tiden, dels för insamling och transport av avfall för en period av tre år fram i tiden.

Förhållandet mellan kommunen och Vafab innefattar nytt avtal och motsvaras inte av något tidigare upphandlat avtal som ograverat överförts på bolaget.

Förutom Vafab finns det på marknaden för renhållningstjänster flera företag som kan komma ifråga för anbudsgivning, såväl för insamling 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 genom infordran av konkurrerande anbud.

Någon möjlighet för kommuner att kringgå lagens bestämmelser genom att utan föregående upphandling ”överföra” vissa kommunala uppgifter på hel- eller delägda bolag föreligger inte. Inte heller föreligger det någon möjlighet för kommuner, att genom t.ex. interna överenskommelser mellan aktieägarna, s.k. Konsortialavtal, avtala bort lagens bestämmelser.

De aktuella renhållningstjänsterna omfattas heller inte av någon lagstadgad ensamrätt för Vafab (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 upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden föreligger således inte i det aktuella fallet, utan upphandling skall genomföras i enlighet med lagens bestämmelser.

Eftersom det finns anledning att anta att det beräknade kontraktsvärdet av de tjänster som Kungsörs kommun kommer att avropa från Vafab 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 måste således de aktuella renhållningstjänsterna upphandlas genom infordran av konkurrerande anbud på marknaden.

Det aktuella avtalsförhållandet mellan Kungsörs kommun och Vafab 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 samtidigt som konkurrensen på marknaden för renhållningstjänster snedvridits.

[1] Primärkommunerna i Västmanlands län består av Arboga kommun, Fagersta kommun, Hallstahammar kommun, Heby kommun, Kungsörs kommun, Köpings kommun, Norbergs kommun, Sala kommun, Skinnskattebergs kommun, Surahammars kommun samt Västerås kommun. Därjämte ingår Enköpings kommun, som ligger i Uppsala län, i ägarsamarbetet.

[2] Av kommunstyrelsens förslag till beslut ”Förslag till renhållningstaxa för Arboga kommun” framgår bl.a. att det nya samarbetet i Vafab föranlett de delvis ändrade föreskrifterna i taxan (Dnr 242/2004-450).



- [13] Ursprungligt konsortialavtal för VMR tecknades den 27 januari och den 7 februari 1969. Konsortialavtal i sin senast gällande lydelse tecknades den 31 mars, 9 maj och 10 maj 1977. Av detta avtal framgår inget annat än att bolagets målsättning skall vara att inom KAK-kommunerna handha insamling och destruktion av alla slags sopor och avfall som kommunerna ansvarar för. Bolaget skall drivas på självkostnadsbasis och enligt affärsmässiga grunder. Finansiering av verksamheten skulle ske enligt taxor och/eller genom ersättning direkt från respektive kommun. Någon skyldighet för kommunerna att avropa bolagets tjänster föreskrivs inte.
- [14] Vafab Miljö AB, med registreringsnummer 556191-4200, registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 12 februari 1976; Nuvarande firma registrerades 4 april 2001. Tidigare firma har varit Gotthard-Vafab Miljö AB. Nu gällande bolagsordning antogs den 5 december 2003. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 15 miljoner kronor och fördelas på 150.000 aktier med nominellt värde på vardera 100 kronor. Nu gällande bolagsordning registrerades den 27 augusti 2004. Enligt denna bolagsordning har bolaget som föremål med sin verksamhet att "...svara för den regionala avfallshanteringen i Arboga, Enköpings, Fagersta, Hallstahammars, Heby, Kungsörs, Köpings, Norbergs, Sala, Skinnskattebergs, Surahammars och Västerås kommuner".
- [15] Konsortialavtalet i VMR föreskrev giltighet från till och med den 31 december 1999, därefter förlängning i perioder om 5 år åt gången vid utebliven uppsägning. Av konsortialavtalet för Vafab framgår att tidigare gällande konsortialavtal avseende VMR upphörde att gälla samtidigt med tecknandet av Vafab-avtalet, den 27 augusti 2004.
- [16] Se Kungsörs kommun, "Förslag till avtal om överföring av renhållningsuppgifter enligt miljöbalkens bestämmelser från Kungsörs kommun till Vafab Miljö AB", nr. 1183/04.
- [17] Se fotnoten ovan.
- [18] Därför ingår i redovisningen en kostnadspost "kommunernas kostnad för myndighetsfrågor" med 0,3 miljoner kronor. Den samlade redovisade kostnaden uppgår således till 34,1 miljoner kronor.
- [19] Enligt SCB befolkningsstatistik per den 1 september 2004 hade Köpings kommun 24 618 innevånare, Arboga kommun 13 432 innevånare samt Kungsörs kommun 8 276 innevånare. KAK-kommunernas samlade befolkning uppgick således i september 2004 till 46.326 folkbokförda innevånare.
- [100] Beräkningen har utförts på följande sätt. Kontraktsvärdet skall enligt beräkningsmodellen i 5 kap. 7 § LOU (se fotnot 12) av insamlings- och transporttjänsterna uppskattas till  $19,3 \text{ miljoner} \times 17,7 \% = 3,461 \text{ miljoner kronor per år}$  eller totalt 10,248 miljoner kronor under en kontraktstid på tre år. Kontraktsvärdet av behandlingstjänsten skall på motsvarande sätt uppskattas till  $14,5 \text{ miljoner} \times 17,7 \% = 2,566 \text{ miljoner kronor per år}$  eller 213.000 kronor per månad. Detta månadsvärde  $\times 48$  ger ett uppskattat kontraktsvärde på c:a 10,226 miljoner kronor.
- [111] 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 fullmäktige-församling, att utan föregående infordran av anbud i konkurrens uppdra åt en viss entreprenör att utföra renhållningen inom kommunen stred mot det kommunala upphandlingsreglementet.
- [12] Kontraktsvärdet skall enligt 5 kap. 7 § LOU (i förekommande fall genom 6 kap. 16 § LOU) beräknas enligt det fulla värdet enligt totalpris. Om ett upphandlingskontrakt avseende tjänster inte anger något totalpris skall kontraktsvärdet 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.
- [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] Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.
- [15] 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 anbudsinfördran 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).
- [16] Nämnden för offentlig upphandling (NOU) dnr. 1998/ 221-26, se NOU-info dec-1999, sid. 15 ff.
- [17] Se Nämnden för offentlig upphandling, NOU-info mars 01, sid. 11 f.
- [18] Länsrätten i Skåne län, dom i mål nr. 5363-02, meddelad den 22 augusti 2002.
- [19] 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.
- [20] Länsrätten i Stockholms län, dom i mål nr. 21659-02 samt 21819-02, meddelad den 12 december 2002.
- [21] 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.
- [22] 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.
- [23] 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 rättens mening således inte något utrymme för domstol att inom överprövningens ram fatta sådant beslut som avses med ansökningen. Talan om överprövning avslogs därför.

<sup>[24]</sup> 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”.

<sup>[25]</sup> 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 avtalssituationen 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.

<sup>[26]</sup> 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).

<sup>[27]</sup> 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.

<sup>[28]</sup> Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478

---