

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 05-031

PM 2 2005-10-19 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Katrineholms kommun har utan föregående infordran av konkurrerande anbud på marknaden, tecknat avtal avseende tjänster för renhållning m.m. med ett av en annan kommun ägt företag.

Katrineholms kommun köper renhållningstjänster från Katrineholms Miljö och Återvinning AB (nedan KMÅ) ^[1]. Detta bolag helägs indirekt av Linköpings kommun, genom den koncern där Tekniska Verken i Linköping AB (nedan TVL), utgör moderbolag. ^[2]

Katrineholms kommun tecknade den 26 november 2001 avtal med KMÅ innebärande att KMÅ skall ”ha ett totalansvar för insamling, transport, återvinning och bortskaffande av hushållsavfall inom Kommunen samt därmed sammanhängande tjänster” under perioden den 28 december 2001 till och med den 31 december 2008 (c:a 7 år). ^[3] Någon infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden har inte skett.

För utförda tjänster avseende insamling och transport av hushållsavfall, jämte administration och kundtjänst skall kommunen betala KMÅ:s självkostnad i enlighet med prislista som för varje tidsperiod fastställs av Katrineholms kommunfullmäktige (renhållningstaxa). För behandlingen av insamlat avfall skall kommunen erlagga särskilt mellan partera avtalade behandlingsavgifter. ^[4] Ersättningen erläggs genom betalningar i enlighet med gällande renhållningstaxa, från renhållningskollektivet direkt till KMÅ.

Enligt tillgänglig årsredovisning uppgick KMÅ:s omsättning under 2004 till 31,4 miljoner kronor, varav c:a 500.000 kronor hänförde sig till finansiella intäkter. Enligt uppgift från KMÅ uppgår intäkterna från insamling och omhändertagande av sådant hushållsavfall som Katrineholms kommun ansvarar för till c:a 60 procent av den totala omsättningen, således uppskattningsvis till c:a 18 miljoner kronor per år. Renhållningsavtalets kontraktsvärde kan med tillämpning av beräkningsmodellen som redovisas nedan följaktligen uppskattas till 72 miljoner kronor (månadsvärdet x 48). Det totala värdet av entreprenaden uppgår uppskattningsvis till drygt 100 miljoner kronor.

Förutom KMÅ finns det på marknaden för insamling, transport och behandling av hushållsavfall ett stort antal sinsemellan konkurrerande privata entreprenörer.

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 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, men inte omhändertagandet, omfattas således av kommunalt monopol.

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. Har kommunen uppdragit renhållningsverksamheten att utföras av någon annan skall detta ske genom en offentlig upphandling.

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

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.^[5]

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^[6] skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU. Understiger kontraktsvärdet angivet tröskelbelopp skall handläggningen istället ske 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.^[7] 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).^[8]

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). Stadgandet är därvid undantagslöst. Således föreligger det inte någon möjlighet för t.ex. kommuner att utanför upphandlingslagens bestämmelser köpa tjänster från andra kommuner eller kommunala 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.^[9]

Enligt 5 kap. 7 § LOU skall vid tjänsteupphandling det s.k. 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 obestämmd tid.

Lagen om offentlig upphandling 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. faktisk ensamsituation) medför däremot inte undantag från lagens huvudregel att upphandling ändå måste genomföras.

Av EG-domstolens avgörande den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, Kommissionen /. Förbundsrepubliken Tyskland, framgår att uppgivna ensamsituationer som inte grundas på ensamrätt inte medför undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingen och åtminstone försöka att infordra konkurrerande anbud genom ett offentligt upphandlingsförfarande.

Målen gällde bl.a. fråga om upphandling av omhändertagande av avfall. En central rättsfråga 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).

EG-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 EG-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).

I enlighet med vad som redovisats ovan föreligger heller inte enligt gällande rätt någon möjlighet för en kommun att, med undantag av bestämmelserna om offentlig upphandling, köpa tjänster direkt från viss leverantör i vilken kommunen har eller har haft ett ägarintresse.^[10]

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 tillsammans med Svalövs kommun. I samband med att entreprenadavtalet med LSR skulle löpa ut beslutade Landskrona kommun att ”förlänga” detta ytterligare en tid.

Kammarrätten i Göteborg, som slutligt avgjorde saken, fastställde genom att upphandlingens skulle göras om. Kammarrätten angav därvid följande domskäl: ”*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*”.^[11] Avgörandet har vunnit laga kraft.^[12]

Oberoende av upphandlingens värde föreligger enligt 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 utgör ”leverantörer” i lagens mening och skall 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.

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 lika-behandling 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*".^[3] 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

Katrineholms 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 Katrineholms kommun tecknat avtal med det av Linköpings kommun indirekt helägda bolaget KMÅ om att bolaget mot fakturerad ersättning skall tillhandahålla kommunen tjänster för dels insamling och transport, dels omhändertagande (behandling) av sådant hushållsavfall som kommunen jml. gällande renhållningsbestämmelser ansvarar för

Någon annonsering eller infordran av konkurrerande anbud har inte förekommit, utan aktuellt avtal har tecknats direkt mellan kommunen och KMÅ.

Upphandlingen avser renhållningstjänster till ett sådant sammanlagt kontraktvärde att de av EU-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU skall tillämpas. Enligt dessa bestämmelser skall ett skriftligt underlag upprättas innan upphandlingen påbörjas. Upphandlingen skall därefter annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT). Samtliga intresserade leverantörer skall därvid beredas möjlighet att lämna anbud på lika villkor.

Någon lagstadgad ensamrätt som medför att endast KMÅ kan komma ifråga för anbudsgivning föreligger inte. Den omständighet att Katrineholms kommun tidigare varit ägare av KMÅ eller att kommunen möjligen har trott sig veta att endast KMÅ kunnat komma ifråga för i vart fall omhändertagandet av kommunens avfall medför inget undantag från skyldighet att annonsera upphandlingen. Förutom KMÅ finns det på marknaderna för insamling respektive behandling av avfall flera privata företag som kan komma ifråga för anbudsgivning.

Någon synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på Katrineholms kommun, har inte ens påståtts föreligga vid tidpunkten för det aktuella kontraktet Någon tidigare konkurrensupphandling har inte genomförts och det är vare sig fråga om tilläggsbeställningar eller upprepningsarbeten. Det är inte heller så att de aktuella tjänsterna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras endast av KMÅ.

Inget av de i lagen om offentlig upphandling förekommande undantagen från kraven på upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden är således tillämpligt i det aktuella fallet, utan upphandling skall genomföras i enlighet med lagens av EU-direktiv styrda bestämmelser.

Det aktuella avtalsförhållandet mellan Katrineholms kommun och KMÅ 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 har snedvridits.

-
- ^[1] Katrineholms Miljö och Återvinning AB, med registreringsnummer 556191-1743, bildades den 27 oktober 1975 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 8 januari 1976; Nuvarande firma registrerades 23 november 1988. Tidigare firma har varit Katrineholms Affärsverk Aktiebolag. Nu gällande bolagsordning antogs den 31 augusti 2004. Enligt gällande bolagsordning utgör föremålet för bolagets verksamhet att ”att tillhandahålla och administrera den renhållningsverksamhet som kommuner genom Miljöbalken och Renhållningsförordningen har skyldighet att ombesörja och /eller som varje kommun i särskild ordning har beslutat om. Bolaget kan också äga och förvalta samt utveckla fast och lös egendom i form av anläggningar för avfallsbehandling, lagring, återvinning, transport och omlastning av avfall. Bolaget kan ock- så driva annan därmed förenlig verksamhet t ex renhållnings- och återvinningstjänster mot industri, förvaltning och näringsliv”.
- ^[2] Katrineholms Miljö och Återvinning AB (556191-1743) ägs genom Katrineholms Energi AB (556034-4581) av Tekniska Verken i Linköping AB (556004-9727), vilket är ett av Linköpings kommun, genom det kommunala holdingbolaget Linköpings Stadshus AB publ. (556534-0485) helägt koncernmoderbolag (se vidare KKO 05-030). Tekniska Verken i Linköping AB förvärvade den 17 maj 2001 från Katrineholms kommun samtliga aktier i Katrineholms Energi AB. I samband med förvärvet tecknades en gemensam avsiktsförklaring mellan Katrineholms kommun och Tekniska Verken i Linköping AB, med innebörden att kommunen även skulle överlåta samtliga aktier i Katrineholms Miljö och Återvinning AB. Överlåtelse i enlighet med avgiftsförklaringen genomfördes den 26 november 2001 och Katrineholms Energi AB tillträdde aktierna den 28 december 2001.
- ^[3] Avtalet av den 26 november 2001 ersätter tidigare liknande avtal mellan Katrineholms kommun och från Katrineholms Miljö och Återvinning AB.
- ^[4] Behandlingsavgiften avseende hushållsavfall skall enligt avtalet prissättas som ”ett genomsnitt av alla behandlingsavgifter vid Gärdestaverket för respektive år”. Priset för behandling av farligt avfall skall enligt samma avtal sättas efter ”den allmänna prisutvecklingen på marknaden”.
- ^[5] 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 brådskan 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 uppdrar åt en viss entreprenör att utföra renhållningen inom kommunen stred mot det kommunala upphandlingsreglementet.
- ^[6] 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.
- ^[7] 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.
- ^[8] Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.
- ^[9] Se RÅ 2000 ref. 60 där Regeringsrätten hade 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 överläter 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
- ^[10]
- ^[11] Kammarrätten i Göteborg, dom den 7 april 2003 i mål nr. 4851-2002.
- ^[12] Regeringsrätten, beslut, den 5 juni 2003 i mål. nr. 2436-2003, att inte meddela prövningstillstånd.
- ^[13] Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478

