

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 05-032

PM 2 2005-10-19 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Söderköpings kommun avropar utan föregående infordran av konkurrerande anbud på marknaden, tjänster för renhållning m.m. från ett av en annan kommun helägt företag.

Sedan 2003 uppdrar Söderköpings kommun åt Tekniska Verken i Linköping AB att tillhandahålla tjänster för återvinning eller behandling av brännbart hushållsavfall.

Tekniska Verken i Linköping AB (nedan TVL)^[1], helägs indirekt av Linköpings kommun genom det kommunala holdingbolaget Linköpings Stadshus AB.

Söderköpings kommun har den 7 oktober 2002 tecknat avtal med TVL innebärande att bolaget skall ta om hand brännbart avfall från kommunen. Avtalet omfattar hushållsavfall under perioden den 1 januari 2003 till och med den 31 december 2009 (7 år). Någon infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden har inte skett. I en internt upprättad promemoria har ansvarig tjänsteman vid kommunen bland annat angivit att ”Undertecknad har undersökt marknader dels betr. priser samt i övrigt. Jag har kommit fram till att avtalet är så bra som vi överhuvudtaget kan få”.^[2]

Enligt avtalet innefattar detta för TVL en ”rätt och skyldighet att mottaga och leverera ca 5.000 ton/år”. Kommunen får emellertid reducera mängden avfall beroende på kommunens beslut om t.ex. biologisk behandling.

För leverad mängd invägt avfall skall enligt avtalet Söderköpings kommun betala en behandlingsavgift motsvarande 340 kronor per ton avfall. Angivna priser i 2002 års prisläge. Uppjustering av ersättningsnivån skall efter 2003 ske i enlighet med förändringar i konsumentprisindex (KPI)^[3]

Uppdraget att återvinna och behandla Söderköpings kommuns avfall kan med ledning av angivna volym- och prisuppgifter således uppskattas till ett kontraktsvärde motsvarande c:a 141.666 kronor per månad, eller totalt c:a 6,8 miljoner kronor under den 48 månadersperiod som framgår av den lagstadgade beräkningsregeln vid offentlig upphandling (se fotnot 7).

Förutom TVL finns det på marknaden för behandling av avfall ett flertal tänkbara privata leverantörer, med behandlingsanläggningar i Norrköping, Mora, och Kumla (Sakab EcoPlus AB) samt i Stockholm (Fortum Värme AB).^[4]

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 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 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.

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

Av EU-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 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).

EU-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).

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 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.

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"*.^[4] 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.

Preliminär 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 Söderköpings kommun tecknat avtal med det av Linköpings kommun, indirekt helägda bolaget TVL om att TVL mot fakturerad ersättning (en s.k. behandlingsavgift) skall tillhandahålla kommunen tjänster för behandling av brännbart

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

Upphandlingen avser renhållningstjänster till ett sådant sammanlagt kontraktsvärde 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 TVL kan komma ifråga för anbudsgivning föreligger inte. Den omständighet att Söderköpings kommun har trots sig veta att endast TVL kunnat komma ifråga för aktuella leveranser eller det förhållandet att en kommunal tjänsteman efter egen undersökning ansett sig kunna konstatera att *"...att avtalet är så bra som vi överhuvudtaget kan få"* medför inget undantag från skyldighet att annonsera upphandlingen.

Förutom TVL finns det på marknaden flera privata företag som kan komma ifråga för anbudsgivning avseende behandling av brännbart avfall, bl.a. finns det en med TVL konkurrerande anläggning i Norrköping.

Någon synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på Söderköpings 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 TVL.

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 Söderköpings kommun och TVL 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] Tekniska Verken i Linköping AB (TVL), med registreringsnummer 556004-9727, bildades den 18 oktober 1902 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 26 januari 1903; Nuvarande firma registrerades 4 oktober 2004. Nu gällande bolagsordning antogs den 31 augusti 2004. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 200 miljoner kronor och fördelas på 400.000 aktier med nominellt värde på vardera 500 kronor. Föremålet och det kommunala ändamålet för TVL:s verksamhet består enligt gällande bolagsordning i *"att själv eller genom ägda bolag uppföra, förvärva, äga, förvalta samt utveckla fast och lös egendom i form av anläggningar och utrustning för tekniska nyttigheter och tjänster och driva annan med bolagets förenlig verksamhet. Ändamålet med bolagets verksamhet är att mot ersättning och med iakttagande av de för verksamheten gällande kommunala principerna vara till nytta för kommuninvånarna och andra kunder i Linköping..."* "Det kommunala ändamålet för TVL innefattar enligt särskilt ägardirektiv vidare att bolaget" *"... genom produktion och förvärv samt aktiv utveckling av kommunala tekniska nyttigheter [skall] tillgodose att kommuninvånarna i Linköping har tillgång till el, vatten, värme m fl tekniska nyttigheter på konkurrenskraftiga villkor [...] Bolaget skall normalt endast bedriva verksamhet inom det geografiska området Linköpings kommun med omnejd. Undantag gäller för all verksamhet som omfattas av lagen om handel med el mm (1994:618)"* (Kommunfullmäktige i Linköping den 29 mars 2005 - KF § 74/05).

[2] Söderköpings kommun, samhällsbyggnadsutskottet, PM 10 maj 2002.

[3] Uppjustering skall ske i enlighet med förändringar i Konsumentprisindex (KPI), där september 2001 utgör basmånad.

[4] Därutöver finns det kommunalt ägda anläggningar, i bl.a. Göteborg (Renova AB), Halmstad (Halmstads Renhållnings AB) samt i Malmö (Sydskånes Avfallsaktiebolag- SYSAV). Dessa är emellertid, liksom TVL, enligt gällande kompetensbegränsande reglering för kommunala företag, förhindrade att lämna anbud.

[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 brådska 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.

^[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 prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478
