

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 05-036

PM 2 2005-12-14 SLUTLIG BEDÖMNING

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

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

Sedan 2005 köper Mariestads kommun tjänster för avfallsbehandling från Lidköpings Värmeverk AB^[1], ett kommunalt bolag som ägs till 100 procent av Lidköpings kommun.

I ett odaterat kontrakt har Mariestads kommun avtalat med Lidköpings Värmeverk AB om att bolaget under perioden 2005 till och med 2007 med möjlighet till ett års förlängning (3 +1) skall ta om hand brännbart hushållsavfall samt grov- och verksamhetsavfall från kommunen.

Avtalet omfattar leverans och mottagande av c:a 5.500 ton hushållsavfall^[2] samt 2.000 ton grov- och verksamhetsavfall^[3] per år. Mariestads kommun skall enligt avtalet betala bolaget mellan 320 och 420 kronor per ton omhändertaget hushållsavfall samt mellan 440 och 540 kronor per ton omhändertaget ton grov- och verksamhetsavfall.^[4] Angivna priser är fasta under avtalets giltighetstid samt inkluderar skatter och miljöavgifter, dock ej lagstadgad mervärdesskatt (moms).

Uppdraget att återvinna och behandla Mariestads kommuns avfall kan med ledning av angivna volym- och prisuppgifter således uppskattas till ett kontraktsvärde motsvarande c:a 251.250 kronor per månad^[5], eller totalt c:a 12 miljoner kronor under kontraktets löptid, inklusive förlängningsår (se fotnot 7).

Av avtalet framgår att detta ersätter ett tidigare avtal 200301. Någon upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden har inte genomförts^[6]. Förutom Lidköpings Värmeverk AB 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).^[7]

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 offentlig upphandling.

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande tjänster utgör sådana s.k. A-tjänster (kategori 16) enligt en bilaga A till lagen, vilka om det samlade kontraktsvärdet^[8] av upphandlingen överstiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,845 miljoner kronor^[9] 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. tjänsteupphandlingsdirektivet, och på de principer, bl.a principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn som bär upp den centrala gemenskapsrätten. Likabehandlingsprincipen är tillämplig på all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena, och innebär i korthet att 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).^[10]

Med upphandling avses bl.a. alla köp av 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 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).

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"*.¹³ 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

Mariestads 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 Mariestads kommun tecknat avtal med det av Lidköpings kommun helägda bolaget Lidköpings Värmeverk AB om att bolaget mot fakturerad ersättning (pris per ton levererat avfall) skall tillhandahålla kommunen tjänster för behandling av brännbart hushållsavfall samt grov- och verksamhetsavfall. Någon annonsering eller infordran av konkurrerande anbud har inte förekommit, utan aktuellt avtal har tecknats direkt mellan kommunen och Lidköpings Värmeverk.

Det odaterade kontraktet ersätter ett tidigare avtal mellan kommunen och Lidköpings Värmeverk AB som har löpt ut. Kontraktet utgör därmed ett självständigt avtal och inte någon förlängning av det tidigare avtalet.

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 Lidköpings Värmeverk AB kan komma ifråga för anbudsgivning föreligger inte. Den omständighet att Mariestads kommun möjligen kan ha trott sig veta att endast Lidköpings Värmeverk AB kunnat komma ifråga för aktuella leveranser medför heller inte undantag från skyldighet att annonsera upphandlingen.

Förutom Lidköpings Värmeverk AB finns det på marknaden flera privata företag som kan komma ifråga för anbudsgivning avseende behandling av brännbart avfall.

Någon synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på Mariestads 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 Lidköpings Värmeverk AB.

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 lagen om offentlig upphandling och med iakttagande av de principer som ytterst följer av EU-fördraget.

Det aktuella avtalsförhållandet mellan Mariestads kommun och Lidköpings Värmeverk AB står således i strid mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Den för lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EU-direktiv centrala lika-behandlingsprincipen har därmed åsidosatts samtidigt som konkurrensen på marknaden för renhållningstjänster har snedvridits.

^[1] Lidköpings Värmeverk AB, med organisationsnummer 556188-7125, bildades den 28 maj 1974 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 17 december 1974; Nuvarande firma registrerades 11 december 1980. Tidigare firma har varit Aktiebolaget Margretelunds Värmecentral. Nu gällande bolagsordning antogs den 6 april 1999. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 10 miljoner kronor och fördelas på 10.000 aktier med nominellt värde på vardera 1.000 kronor. Föremålet för bolagets verksamhet består enligt gällande bolagsordning i driva fjärrvärmeanläggningar inom Lidköpings centralort och därmed sammanhängande verksamhet.

^[2] Enligt ”Allmänna bestämmelser för leverans av avfall 200101”, vilka fogats till avtalet mellan kommunen och Lidköpings Värmeverk AB, definieras hushållsavfall som sådant avfall som är ”Källsorterat och insamlat i säck eller kärl för enskilda hushåll. Källsorteringen skall ha skett så att följande produkter tagits bort: miljöfarligt avfall, glas batterier, jord och sten samt utjänt hushållsutrustning som är olämplig att mala eller förbränna. Hushållens grovavfall t ex utjänta möbler, hushållsapparater, mattor eller trädgårdsavfall får inte hänföras till denna kategori. Den organiska delen skall kvarligga i avfallet”.

^[3] Enligt de allmänna bestämmelser som fogats till avtalet utgörs Brännbart grovavfall av ”Källsorterad eller centralsorterad fraktion av hushålls-, industri- eller verksamhetsavfall. Sorteringen skall ha skett så att följande produkter tagits bort: Miljöfarligt avfall, glas och keramik, jord och sten, stoppmöbler och resårsängbottnar, elektriska apparater och maskindelar, kyl och frysmöbler, isoleringsmaterial, gips- och eternitskivor, större metallföremål, större partier av frukt och rotfrukter, slakteriavfall, matavfall etc., aska slipdamm eller andra dammande produkter, explosiva ämnen, behållare med flytande innehåll”.

^[4] Av prisklausulen framgår att för omhändertaget hushållsavfall skall kommunen betala 320 kronor per ton under perioden oktober till april samt 420 kronor per ton under perioden maj till september. För omhändertaget grov- och verksamhetsavfall skall kommunen betala 360 kronor per ton under perioden oktober till april samt 460 kronor per ton under perioden maj till september.

^[5] Uträkningen baserar sig på ett medelvärde av förekommande prisuppgifter, dvs. 370 kronor/ton hushållsavfall (320+420 / 2) samt 490 kronor/ton grov- och verksamhetsavfall (440+540 / 2).

^[6] Mariestads kommun, Tekniska förvaltningen, har den 7 november 2005, besvarat en begäran från Konkurrenskommissionen om att få del av kommunens upphandlingsunderlag, tilldelningsbeslut m.m. på följande sätt: ”Vi kan tyvärr inte skicka dessa handlingar eftersom ingen upphandling har skett enligt LOU. Avtalet med Lidköpings Värmeverk ingicks i slutet av 1980-talet, mig veterligen utan upphandling enligt IOU. Avtalet har sedan förlängts vid ett antal tillfällen. Vid senaste avtalsförlängningen 2004 gjordes en marknadsundersökning, vilket visade att de anläggningar i närheten som överhuvudtaget kunde ta emot vårt hushållsavfall, då hade högre priser för förbränning och dessutom låg längre bort än Lidköping med därav följande ökande transportkostnader. Därför gjordes ingen upphandling utan avtalet förlängdes ytterligare tre år”.

^[7] 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.

^[8] 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. Options- och förlängningsklausuler skall beaktas som om de utnyttjats.

- ^[9] 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.
- ^[10] Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.
- ^[11] Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478
-