

## KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 05-037

PM 2 2005-12-14 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Vårgårda kommun har utan något annonserat upphandlingsförfarande tecknat avtal avseende tjänster för renhållning m.m. med ett av en annan kommun helägt företag.*

Sedan 2005 köper Vårgårda kommun tjänster för avfallsbehandling från Lidköpings Värmeverk AB<sup>[1]</sup>, ett kommunalt bolag som ägs till 100 procent av Lidköpings kommun.

Vårgårda kommun har den 4 oktober 2004 tecknat avtal 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 från kommunen.

Avtalet omfattar leverans och mottagande av c:a 2.000 ton hushållsavfall<sup>[2]</sup> per år. Vårgårda kommun skall enligt avtalet betala bolaget mellan 320 och 420 kronor per ton omhändertaget hushållsavfall<sup>[3]</sup>. Angivna priser är fasta under avtalets giltighetstid samt inkluderar skatter och miljöavgifter, dock ej lagstadgad mervärdesskatt (moms).

Uppdraget att återvinna och behandla kommunens avfall kan med ledning av angivna volym- och prisuppgifter således uppskattas till ett kontraktsvärde motsvarande c:a 61.000 kronor per månad<sup>[4]</sup>, eller totalt c:a 2,9 miljoner kronor under kontraktets löptid, inklusive förlängningsåret (se fotnot 7).

I september 2004 vände sig kommunen med anbudsförfrågan direkt till tre kommunala företag: Borås Energi AB, Renova AB samt Lidköpings Värmeverk AB<sup>[5]</sup>. Någon annonsering av upphandlingen skedde inte utan anbudsinfordran skickades direkt till de tillfrågade företagen.<sup>[6]</sup> Vid anbudsöppning den 28 september 2004 konstaterades två inkomna anbud från Renova AB respektive Lidköpings Värmeverk AB, varav det senare bedömdes vara mest fördelaktigt.<sup>[7]</sup> Förutom de tillfrågade kommunala företagen finns det på marknaden för behandling av avfall även ett flertal tänkbara privata leverantörer, med behandlingsanläggningar i Norrköping, Mora, och Kumla (Sakab EcoPlus AB) samt i Stockholm (Fortum Värme AB).

#### 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<sup>[8]</sup> av upphandlingen överstiger tröskel-

värdet 200.000 euro eller 1,845 miljoner kronor<sup>[9]</sup> 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).<sup>[10]</sup>

Med upphandling avses bl.a. köp av tjänster som sker från ett 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 ”*riskan 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 det en obligatorisk skyldighet för upphandlande enheter att genom annons offentliggöra sina upphandlingar.

Överstiger det beräknade kontraktsvärdet tröskelvärdet 1,845 miljoner kronor skall, om inte annat anges, upphandlingen annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning

(EGT). Enligt 1 kap. 8 § skall annonsen på snabbaste lämpliga sätt sändas till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer. Tiden för mottagande av anbud (anbudstiden) skall enligt huvudregeln i 5 kap. 20 § LOU vara minst 52 dagar från den dag då annonsen om upphandling avsändes.<sup>[11]</sup>

Den upphandlande enheten skall vidare inom 48 dagar efter det att upphandlingen har avslutats sända en annons till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer om hur upphandlingen har avslutats samt upprätta en rapport om den avslutade upphandlingen, varav skall framgå bland annat uppgifter om enhetens namn och adress samt upphandlingens föremål och värde, namnen på anbudsgivare eller anbudssökande som kvalificerat sig för att delta i upphandlingen och anledningen till valet av dessa, namnen på de anbudsgivare eller anbudssökande som inte vunnit framgång och anledningen till det samt namnet på den leverantör som fick upphandlingen, anledningen till det jämte (i förekommande fall) hur stor del av upphandlingen som den vinnande leverantören avser att lägga ut på någon annan. Rapporten skall av enheten hållas tillgänglig för Europeiska gemenskapernas kommission på dess begäran.

Även om det beräknade kontraktsvärdet skulle understiga gällande tröskelvärde skall upphandlingen annonseras. Annonsering skall som huvudregel enligt 6 kap. 2 § första stycket samt 2a § LOU under sådant förhållande ske i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig, eller på annat sätt som leder till effektiv konkurrens.

Samtliga företag som tillhandahåller det som upphandlingen avser utgör ”leverantörer” i lagens mening och skall normalt 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*".<sup>[12]</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

Vårgårda kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. Det är ett riktigt konstaterande att annonsering inte har skett på det sätt som LOU föreskriver. Urvalet för den riktade anbudsfordran gjordes utifrån bedömningen av rimliga transportavstånd med avseende på totalekonomi och miljöaspekten. Det var ett ovidkommande förhållande om företagen var kommunägda eller ej. Det går inte att uttala sig om konkurrensen på marknaden har snedvridits p.g.a. den riktade inbjudan. Det är först i nästa upphandling som det kan indikeras, om andra företag, utöver de inbjudna, lämnar mer förmånliga anbud.

### 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 Vårgårda 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 av upphandlingen har inte förekommit, utan anbudsinfordran har riktats till ett litet antal kommunala företag, däribland Lidköpings Värmeverk.

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 upphandlingen kungöras genom annons 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 tillsammans med de övriga inbjudna företagen kan komma ifråga för anbudsgivning föreligger inte. Den omständighet att Vårgårda kommun uppger sig ha genomfört urvalet av inbjudna leverantörer med ledning av vad som har bedömts utgöra rimliga transportavstånd med avseende på totalekonomi och miljöaspekten, medför heller inte undantag från skyldighet att annonsera upphandlingen. Först vid ett offentligt upphandlingsförfarande visar det sig vilken leverantör som erbjuder den totalekonomiskt mest fördelaktiga lösningen och förutom de inbjudna kommunala företagen finns det på marknaden för termisk avfallsbehandling även flera privata företag som borde ha kommit ifråga för anbudsgivning.

Någon synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på Vårgårda 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 tilläggbeställningar 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 eller övriga inbjudna företag.

Inget av de i lagen om offentlig upphandling förekommande undantagen är således tillämpligt, utan upphandlingen skulle rätteligen ha genomförts med iakttagande av lagens krav på annonsering och de övriga principer för en effektiv konkurrens som ytterst följer av EU-fördraget.

Det aktuella avtalsförhållandet mellan Vårgårda 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 likabehandlingsprincipen 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 fjärrvärmearläggningar 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] 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.
- [4] Uträkningen baserar sig på ett medelvärde av förekommande prisuppgifter, dvs. 370 kronor/ton hushållsavfall (320+420 / . 2).
- [5] Upphandlingen handlades gemensamt tillsammans med Herrljunga kommun. Av upphandlingsunderlaget (2 sidor) framgår att ”Denna upphandling genomförs som upphandling enligt lagen om offentlig upphandling (LOU). Det är en öppen upphandling där alla leverantörer har rätt att delta. Deltagande leverantörer skall lämna skriftliga anbud.
- [6] I en gemensam skrivelse till Konkurrenskommissionen den 11 november 2005 anger Vårgårda kommun och Herrljunga kommun att ”Vi kan konstatera att handläggarna som genomfört upphandlingen inte gjort någon annonsering av upphandlingen, utan gjort bedömningen att det endast fanns tre anbudslämnare vid denna tidpunkt som ligger inom ett rimligt transportavstånd. Dessa tre inbjöds att lämna anbud”.
- [7] Anbudsöppningen ombesörjdes av Herrljunga kommun, se ”Protokoll fört vid öppnandet av anbud avseende: Förbränning av avfall” daterat den 28 september 2004.
- [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] Om den upphandlande enheten har förhandsannonserat upphandlingen får tiden för mottagande av anbud (anbudstiden) förkortas till en annan tid som är tillräckligt lång för att de som är intresserade skall kunna lämna anbud. Den förkortade tiden bör dock vara minst 36 dagar från den dag då annonsen enligt första stycket avsändes och får aldrig vara kortare än 22 dagar. I dessa fall måste annonsen om upphandlingen sändas till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer med telex, telegram eller telefax.
- [12] Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478
-