

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 05-044

PM 2 2005-12-14 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom åsidosättande av lagen om offentlig upphandling (otillåten direktupphandling).

Det kommunala bolaget AB Sollentunahem har köpt elektricitet för uppskattningsvis 35 miljoner kronor från det tillika kommunala bolaget Sollentuna Energi AB utan föregående infordran av konkurrerande anbud på den allmänna marknaden.

AB Sollentunahem^[1] är ett av Sollentuna kommun indirekt helägt s.k. allmännyttigt^[2] bostadsföretag som har till föremål för sin verksamhet att ”förvärva, sälja, äga, bygga, förvalta och upplåta fastigheter och tomträtter med bostäder, affärs- och kontorslägenheter samt kollektiva anordningar. Bolagets verksamhet skall omfatta drift av verksamheter inom omsorgsområdet. Bolaget äger även rätt att bedriva liknande byggnads-, förvaltnings- och driftupdrag för annan uppdragsgivares räkning”.

Bolaget tecknade den 27 september 2004 avtal med det tillika kommunägda Sollentuna Energi AB om successiva leveranser av elström^[3]. Kontraktet som avser s.k. fastighetsel^[4] under perioden den 1 januari 2005 till och med den 30 juni 2007 (30 månader), har av styrelsen för AB Sollentunahem förklarats hemligt.^[5] Någon upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden har inte föregått avtalet.^[6]

Av AB Sollentunahems årsredovisning för 2004 framgår att bolagets kostnader för elavgifter under året uppgick till c:a 21 miljoner kronor^[7]. I kostnaden ingår såväl nätavgift som löpande elkostnad. Nätkostnadsdelen brukar erfarenhetsmässigt motsvara ca 30 procent av den totala elkostnaden i fastighetsbestånd av det slag som AB Sollentunahem förvaltar. Bolagets samlade kostnad för elektrisk ström torde med ledning härav kunna uppskattas till drygt 14 miljoner kronor per år eller sammanlagt c:a 35 miljoner kronor under de totalt 30 månader som det aktuella avtalet med Sollentuna Energi AB är i kraft.

Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Lagens bestämmelser bygger bland annat på EU-rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, det s.k. varuupphandlingsdirektivet, och på de principer, bland annat principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn som bär upp den centrala gemenskapsrätten.

Köp av elektricitet (CPV 40100000)^[8] omfattas av varuupphandlingsbestämmelserna och skall om det samlade kontraktsvärdet^[9] överstiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,845 miljoner kronor^[10] upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. och 2 kap. LOU. Understiger kontraktsvärdet angivet tröskelbelopp skall handläggningen istället ske enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU.

Förutom statliga och kommunala myndigheter omfattar lagens bestämmelser även bl.a. kommunala bolag som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär^[11]. Enligt 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) är kommunerna med några undantag^[12] förbjudna att (direkt eller indirekt via företag) bedriva kommersiellt betingad näringsverksamhet. Med ledning av den rättsliga regleringen måste kommunala företag i allmänhet, och allmännyttiga kommunala företag i synnerhet² anses utgöra sådana s.k. *upphandlande enheter* som är skyldiga att iaktta upphandlingslagens bestämmelser.

Med upphandling avses enligt lagen alla köp av varor som sker av en upphandlande enhet från ett fristående rättssubjekt (se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU).

Den för gemenskapsrätten centrala 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 av leverantörer får inte ensidigt gynnas.

Lagens bestämmelser är härvid undantagslösa. Således föreligger det inte någon möjlighet för t.ex. kommunala företag inom den s.k. klassiska sektorn^[14] köpa tjänster från andra kommunala företag.

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).

Oberoende av upphandlingens värde föreligger enligt 2 kap. 7 § eller 6 kap. 2 § första stycket samt 2a § LOU en skyldighet för upphandlande enheter att annonsera sina upphandlingar. Ett skriftligt förfrågningsunderlag skall upprättas och samtliga företag ("leverantörer") som tillhandahåller den efterfrågade sortens varor skall beredas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud ("anbudsansökan").

Undantag från denna skyldighet föreligger vid varuupphandling enligt 2 kap. 17 och 19 §§ (förhandlad upphandling utan föregående annonsering) eller 6 kap. 2 § andra stycket (direktupphandling) samt 2 b § LOU (förenklad upphandling utan föregående annonsering), 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,
- de varor som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- varorna framställs enbart för forskning, utveckling, experiment eller studier, under förutsättning att framställningen inte sker i vinstsyfte eller för att täcka forsknings- och utvecklingskostnader,
- upphandlingen gäller tilläggsleveranser och ett byte av leverantör skulle medföra anskaffning av varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oskäliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll.

Bevisbördan att på angivna grunder visa skäl till undantag åvilar i varje fall den upphandlande enheten.^[14]

Enligt EU-fördraget gäller dessutom 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 jordbrukspolitikerna 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*".^[15] 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

AB Sollentunahem har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats, men skriftligen meddelat att bolaget 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 AB Sollentunahem i september 2004 har tecknat avtal med Sollentuna Energi AB om successiva leveranser av elektricitet under perioden den 1 januari 2005 till och med den 31 juni 2007.

AB Sollentunahem är ett kommunalt bostadsbolag som är inrättat i ett allmännyttigt intresse². Bolaget utgör därmed en s.k. upphandlande enhet som skall följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling.

Den aktuella varuupphandlingen avser ett sådant sammanlagt kontraktsvärde att de av EU-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 2 kap. LOU skall tillämpas. Enligt dessa bestämmelser skall som huvudregel ett skriftligt underlag upprättas innan upphandlingen påbörjas. Upphandlingen skall därefter annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT). Samtliga intresserade leverantörer skall beredas möjlighet att lämna anbud på lika villkor.

Någon lagstadgad ensamrätt som medför att endast Sollentuna Energi AB kan komma ifråga för anbudsgivning till AB Sollentunahem föreligger inte och även om energibolaget besitter anläggningen för det lokala elnätet finns det en stor mängd konkurrerande företag som kan komma ifråga för leverans av den elektriska kraften (elektriciteten).

Någon synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som varken kunnat förutses eller beror på AB Sollentunahem har inte ens påståtts föreligga vid tidpunkten för det aktuella avtalet med Sollentuna Energi AB. Någon tidigare konkurrensupphandling har inte genomförts och avtalet avser inte tilläggsleveranser. Det är inte heller så att den elektriska kraften av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan tillhandahållas endast av Sollentuna Energi AB eller att den har framställts enbart för forskning, utveckling, experiment eller studier.

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 gällande gemenskapsrättsliga direktiv och EG-fördraget.

Det aktuella avtalsförhållandet mellan AB Sollentunahem och Sollentuna Energi AB står således i strid mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Genom att åsidosätta lagen om offentlig upphandling jämte den för gemenskapsrätten centrala lika-behandlingsprincipen har AB Sollentunahem snedvridit konkurrensen på marknaden för elenergi.

² AB Sollentunahem, med organisationsnummer 556191-9191, bildades den 16 december 1975 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 12 april 1976; Nuvarande firma registrerades samma dag. Nu gällande bolagsordning antogs av bolaget 20 maj 2003. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 378,7 miljoner kronor vilket fördelas på 380.700 aktier med nominellt värde på vardera 1.000 kronor. Bolaget ingår tillsammans med Sollentuna Energi AB i en koncernbildning där Sollentuna kommuns Förvaltningsaktiebolag utgör koncernmoderbolag.

- ^[2] Bestämmelser om allmännyttiga bostadsbolag återfinns i lagen (2002:102) om allmännyttiga bostadsföretag. Med allmännyttigt bostadsföretag avses enligt lagen ett aktiebolag, en ekonomisk förening eller en stiftelse som drivs utan vinstsyfte, i sin verksamhet huvudsakligen förvaltar fastigheter i vilka bostadslägenheter upplåts med hyresrätt samt av länsstyrelsen godkänts som allmännyttigt bostadsföretag. Med kommunalt bostadsföretag avses i lagen ett allmännyttigt bostadsföretag där en kommun har det bestämmande inflytandet. I den förteckning över allmännyttiga bostadsföretag som löpande förs av Länsstyrelsen i Stockholms län, finns bl.a. AB Sollentunahem upptagen.
- ^[3] Sollentuna Energi AB med organisationsnummer 556091-5166, bildades den 30 december 1963 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 25 februari 1964; Nuvarande firma registrerades 26 februari 1990. Tidigare firma har varit Aktiebolaget Sollentuna Energiverk. Nu gällande bolagsordning antogs av bolaget den 14 april och godkändes av kommunfullmäktige i Sollentuna den 19 maj 2005. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 6,4 miljoner kronor vilket fördelas på 6.400 aktier med nominellt värde på vardera 1.000 kronor. Bolaget, som tillsammans med AB Sollentunahem ingår i en koncernbildning där Sollentuna kommuns Förvaltningsaktiebolag utgör koncernmoderbolag, har enligt gällande bolagsordning till föremål för sin verksamhet att *"inköpa, producera, producera och distribuera energi, att bedriva verksamhet för vattenförsörjning och avlopp samt anlägga och underhålla ledningsystem, ombesörja renhållningsverksamhet och transporttjänster åt kommunen. Bolaget får även erbjuda tjänster i anslutning härtil"*.
- ^[4] Med fastighetsel avses sådana elkostnader som är hänförliga till fastigheternas allmänna utrymmen såsom trapphus, källare, vindar, tvättstugor, utomhusbelysning samt undantagsvis vissa lägenheter där elförbrukning ingår i hyran.
- ^[5] Beslut den 1 november 2005 av verkställande direktören i AB Sollentunahem, på delegation av bolagets styrelse. Till grund för beslutet åberopades sekretess enligt 6 kap. 2 § samt 8 kap. 10 § sekretesslagen (1980:100) samt att fara kan anses föreligga för att någon som bedriver med AB Sollentunahem eller med Sollentuna Energi AB likartad rörelse skulle komma att gynnas på ett för bolagen skadligt sätt om uppgifter ur avtalen lämnas ut – för närvarande prövas sekretessfrågan av Kammarrätten i Stockholm (mål nr. 6833-05).
- ^[6] Som svar på en begäran om del av förekommande upphandlingsunderlag, tilldelningsprotokoll samt övriga upphandlingsdokumentation har Sollentunahem den 11 november 2005 svarat följande: *"Vi har dessvärre inte några sådana handlingar avseende dessa avtal och har således ingen möjlighet att tillmötesgå era önskemål"*.
- ^[7] Sollentunahem, årsredovisning för 2004, resultaträkning, not 3, driftskostnader, taxebundna kostnader, elavgifter, - 21.381.000 kronor.
- ^[8] CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts av EU (European Commission, GD XV / B / 4) och klassificerar c:a 6.000 varor och tjänster. Tanken är att den skall ersätta de olika nationella klassifikationerna vid all handel inom EU. Koden är 8-ställig och är strukturerad enligt följande: divisions (två siffror), main groups, (fyra siffror) samt product groups (sex siffror). Elektricitet har inom kategorin varor enligt CPV 2003 angivits som CPV 4010000. - se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EGG/2195/2002) av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003.
- ^[9] 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.
- ^[10] 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.
- ^[11] Se 1 kap. 2 och 6 §§ LOU.
- ^[12] Undantagna är i visst avseende kommunala elhandelsföretag samt företag för kommunal tjänsteexport.
- ^[13] Den s.k. klassiska sektorn, eller som den ofta kallas på engelska "the public sector", är det område som omfattas av de gemenskapsrättsliga direktiven för upphandling av varor, tjänster samt bygg- och anläggningsentreprenader. Bestämmelser som rör den klassiska sektorn finns i Sverige införda i 1,2,3 och 5 kap. LOU. Bestämmelserna skiljer sig i flera avseenden från vad som gäller inom de s.k. försörjningssektorerna, som omfattar vissa verksamheter inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationsområdena. Bestämmelser som rör försörjningssektorerna finns i Sverige införda i 4 kap. LOU och er som regel de upphandlande enheterna något större frihet, bl.a. till att genomföra köp inom den egna koncernen.
- ^[14] EG-domstolen har i en rad avgöranden slagit fast att det åvilar den upphandlande enheten att visa att sådan omständighet föreligger som ger rätt att avvika från öppet eller selektivt förfarande - se EG-domstolens dom den 10 mars 1987 i mål C-199/85 (Kommissionen mot Italien I), domarna den 3 maj 1994 i mål C-328/92 (Kommissionen mot Spanien) respektive den 18 maj 1995 i mål C-57/94 (Kommissionen mot Italien II) samt nu senast domstolens dom den 11 januari 2005 i mål C-26/03, (Stadt Halle) och den 13 oktober 2005 i mål C-458/03 (Parking Brixen).
- ^[15] Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478