

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 05-049

PM 2 2006-03-08 SLUTLIG BEDÖMNING

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

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

Sedan 2004 köper Tidaholms kommun tjänster för avfallsbehandling från Lidköpings Värmeverk AB^[1], ett kommunalt bolag som ägs till 100 procent av Lidköpings kommun.

Tidaholms kommun har enligt kontrakt från den 12 december 2003 och den 3 mars 2004 ingått avtal med Lidköpings Värmeverk AB om att bolaget under perioden den 1 april 2004 till och med 2006 med möjlighet till ett års förlängning skall tillhandahålla kommunen tjänster för avfallsförbränning (den angivna kontraktstiden uppgår till 2 år och 9 månader + 1 år = 3 år och 9 månader).

Avtalet omfattar leverans och mottagande av c:a 2.000 ton hushållsavfall^[2] per år samt 500 ton grov- och verksamhetsavfall^[3] per år. Tidaholms kommun skall enligt avtalet betala bolaget 260 kronor per ton omhändertaget hushållsavfall samt 360 kronor per ton grov- och industriavfall. Angivna priser är indexreglerade i 1999 års prisläge samt inkluderar skatter och miljöavgifter, dock ej lagstadgad mervärdesskatt (moms). För närvarande debiteras kommunen 315 kr per ton hushållsavfall respektive 425 kr per ton grov- och industriavfall.^[4]

Uppdraget att återvinna och behandla kommunens avfall kan med ledning av angivna volym- och prisuppgifter således uppskattas till ett kontraktsvärde motsvarande minst c:a 58.000 kronor per månad^[5], eller totalt minst c:a 2,6 miljoner kronor under kontraktets löptid om totalt 45 månader inklusive förlängningsår (att förlängningsåret skall räknas in framgår av lag, se fotnot 6).

I oktober 2003 vände sig kommunen med anbudsförfrågan direkt till fyra kommunala företag Lidköpings Värmeverk AB, Renova AB, Karlstad Energi AB samt Karlskoga Kraftvärmeverk AB. I underlaget anges att förfarandet skulle handläggas som en ”förhandlad upphandling”. Någon annonsering av upphandlingen har emellertid inte skett utan anbudsinfordran skickades direkt till de tillfrågade företagen. Vid anbudsöppning den 1 december 2003 konstaterades att endast ett anbud kommit in, nämligen från Lidköpings Värmeverk AB. Övriga tillfrågade företag avböjde deltagande eller underlät att svara på kommunens förfrågan. 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), som inte tillfrågats eller på annat sätt beretts möjlighet att lämna anbud.

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^[6] av upphandlingen överstiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,845 miljoner kronor^[2] 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).^[8]

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 vilken 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 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.^[9]

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 jordbrukspolitikerna samt i artikel 119 i Rom-*

fördraget 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".^[10] 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

Tidaholms kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande: Avtalet som tecknades med Lidköpings värmeverk AB utgör ett treårsavtal med ett års förlängning (3+1 år). Värdejämnt skall enligt kommunen avtalet således uppskattas till 2,088 miljoner kronor. Kommunen hade tidigare deltagit i en gemensam upphandling av renhållningstjänster som genomförts av Jönköpings kommun. Denna upphandling har för kommunen del inte fullföljts.^[11] Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i denna upphandling uppgick till 663 kr/ton inklusive transport. Kommunens kostnad enligt avtalet med Lidköpings värmeverk AB uppgår till 332 kr/ton inklusive transport. Kommunen menar sig därmed ha genomfört den aktuella anskaffningen på ekonomiskt mest fördelaktigaste sätt.

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.

Tidaholms kommun har 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 tjänster för behandling av brännbart hushållsavfall samt grov- och verksamhetsavfall. Någon annonsering av upphandlingen har inte ägt rum, utan anbudsinfordran har riktats till ett begränsat antal kommunala företag, däribland Lidköpings Värmeverk AB.

Upphandlingen avser renhållningstjänster till ett sammanlagt kontraktvärde överstigande tröskelvärdet 1,845 miljoner kronor. De av EU-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU skall därför tillämpas på förfarandet. 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 enbart Lidköpings Värmeverk AB eller de övriga inbjudna företagen kan komma ifråga för anbudsgivning till Tidaholms kommun föreligger inte.

Vid tidpunkten för det aktuella kontraktet har det inte förelegat någon synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på Tidaholms kommun. Upphandlingen utgör inte fortsättning på en tidigare konkurrensutsatt upphandling 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 eller av övriga inbjudna företag. Lagliga möjligheter för kommunen att tillämpa förhandlad upphandling har därför inte förelegat.

Inget av de i lagen om offentlig upphandling förekommande undantagen är således tillämpligt. Upphandlingen skulle rätteligen ha genomförts med iakttagande av lagens krav på bland annat annonsering samt de övriga principer för en effektiv konkurrens som ytterst följer av EU-fördragets krav på likabehandling och transparens. Det ekonomiska utfall som kommunen hänvisar till saknar betydelse för denna bedömning. Det har inte ens påstås att

utfallet blivit sämre om kommunen hade annonserat upphandlingen i enlighet med gällande bestämmelser.

Det aktuella avtalsförhållandet mellan Tidaholms kommun och Lidköpings Värmeverk AB har således tillkommit i strid mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling.

-
- ^[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 att 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 hushål. Källsorteringen skall ha skett så att följande produkter tagits bort: miljöfarligt avfall, glas, batterier, jord och sten samt uttjänt hushållsutrustning som är olämplig att mala eller förbränna. Hushållens grovavfall t ex uttjänta 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] För år 2005 skall priserna räknas upp med konsumentprisindex för oktober månad året före leveransåret. Basindex KPI okt. 1998 = 257,3. Vidare har i avtalet angivits en deponiskatt på 288 kr/ton aska samt att eventuella framtida förändringar av skatter eller miljöavgifter tillkommer till behandlingsavgiften. För närvarande uppgår deponiskatten till 435 kr ton aska. Under 2005 betalade kommunen 300 resp. 410 kronor per ton omhändertaget avfall och för närvarande (mars 2006) debiteras kommunen en kostnad på 315 resp. 425 kr per ton omhändertaget avfall.
- ^[5] Uträkningen baserar sig på ett medelvärde av förekommande prisuppgifter, dvs. 370 kronor/ton hushållsavfall (320+420 / 2).
- ^[6] 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.
- ^[7] 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.
- ^[8] Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.
- ^[9] 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.
- ^[10] Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478
- ^[11] Den aktuella upphandlingen avsåg tiden fram till och med 2005 och omfattande för Tidaholms kommuns räkning 2.100 ton hushållsavfall och inget grov- och industriavfall.
-