

## KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 05-063

PM 2 2006-04-26 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Uppsala kommun köper utan föregående infordran av konkurrerande anbud på marknaden tjänster för renhållning m.m. från ett statligt företag.*

Uppsala kommun köper tjänster för avfallsbehandling från Vattenfall Värme i Uppsala AB<sup>[1]</sup>, ett statligt bolag som ingår i den statliga Vattenfallkoncernen (genom koncernmoderbolaget Vattenfall AB).

I ett kontrakt den 29 september 2001 har Uppsala kommun avtalat med Vattenfall Värme i Uppsala AB om att bolaget, som då hette Uppsala Energi AB, från och med den 1 januari 2001 skall ta om hand sorterat avfall från kommunen. Kontraktet löper till den 31 december 2004, därefter tills vidare och förlängs kalenderårsvis med ett år åt gången om det inte sägs upp tre år i förväg.<sup>[2]</sup> Avtalet har veterligen inte sagts upp. Bolaget ägdes tidigare av Uppsala kommun, men hade vid tidpunkten för det aktuella renhållningsavtalet sålts till Vattenfall AB.<sup>[3]</sup>

Avtalet omfattar leverans och mottagande av c:a 41.000 ton sorterat avfallsbränsle per år. Uppsala kommun skall enligt avtalet utge ersättning till Vattenfall Värme i Uppsala AB för tjänsten att ta om hand kommunens avfall. Ersättningen skall utgå enligt en mellan parterna överenskommen taxa, som 2001 uppgick till c:a 183 kronor per ton omhändertaget sorterat avfallsbränsle.<sup>[4]</sup>

Uppdraget att återvinna och behandla Uppsala kommuns avfall kan med ledning av angivna volym- och prisuppgifter således uppskattas till ett kontraktsvärde motsvarande c:a 625.250 kronor per månad eller totalt c:a 30 miljoner kronor under kontraktets beräknade löptid (se fotnot 7).

Någon upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden har inte genomförts<sup>[5]</sup>. Förutom Uppsala Energi 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).<sup>[6]</sup>

#### 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>[21]</sup> av upphandlingen överstiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,845 miljoner kronor<sup>[22]</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>[23]</sup>

Med upphandling avses bl.a. alla köp av tjänster som sker 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 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 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.

Någon möjlighet att under andra förutsättningar direktupphandla tjänster från en viss leverantör, exempelvis ett hel- eller delägt kommunalt bolag, föreligger inte. <sup>[10]</sup>

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>[11]</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

Uppsala kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet anfört att kommunen vid sin egen granskning av ärendet har funnit att fel har begåtts i handläggningen av den aktuella upphandlingen och att kommunen i anledning av detta inlett ett arbete för att förbättra upphandlingsrutinerna.

### 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 Uppsala kommun tecknat avtal med det av Vattenfall-koncernen ägda bolag som numera heter Vattenfall Värme i Uppsala AB. Bolaget skall mot fakturerad ersättning (pris per ton levererat avfall) tillhandahålla tjänster för omhändertagande genom värmebehandling av kommunens sorterade avfall (hushållsavfall m.m.).

Någon annonsering eller infordran av konkurrerande anbud har inte förekommit, utan det aktuella avtalet har tecknats direkt mellan kommunen och Vattenfall Värme i Uppsala AB.

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) och samtliga intresserade leverantörer skall beredas möjlighet att på lika villkor lämna anbud.

Någon lagstadgad ensamrätt som medför att endast Vattenfall Värme i Uppsala AB kan komma ifråga för anbudsgivning föreligger inte. Förutom Vattenfall Värme i Uppsala AB finns det på marknaden flera privata företag som kan komma ifråga för anbudsgivning avseende värmebehandling av sorterat avfall.

Någon synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och som inte heller beror på Uppsala kommun, har inte ens påståtts föreligga vid tidpunkten för det aktuella kontraktet. Någon tidigare konkurrensupphandling har inte genomförts avseende uppdraget att bränna kommunens avfall 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 Vattenfall Värme i Uppsala 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 Uppsala kommun och Vattenfall Värme i Uppsala 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.

Eftersom Uppsala kommun numera synes ha uppmärksammat att fel har begåtts i aktuellt hänseende samt kommunen avser att rätta till de påtalade felaktigheterna föranleder ärendet, utöver det som har anförts, inga ytterligare uttalanden av Konkurrenskommissionen.

[1] Vattenfall Värme i Uppsala AB, med organisationsnummer 556117-9929, bildades den 30 maj 1968 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 26 juni 1968; Nuvarande firma registrerades 13 december 2001. Tidigare firma var Uppsala Energi AB. Nu gällande bolagsordning antogs den 28 september 2001. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 110 miljoner kronor och fördelas på 110.000 aktier med nominellt värde på vardera 1.000 kronor. Föremålet för bolagets verksamhet består enligt gällande bolagsordning av att "producera och sälja ledningsbunden energi och därmed förenade tjänster att destruera hushållsopor och annat avfall, förvärva och förvalta andelar eller aktier i andra företag inom samma eller angränsande branscher".

[2] Skulle väsentlig förändring inträffa avseende förutsättningarna för avtalet skall förhandling i konstruktiv anda ske mellan parterna i syfte att anpassa avtalet till den nya situationen. Om myndighet av miljöskäl kräver att avtalet upphör har Uppsala Energi AB rätt att säga upp avtalet med tre års uppsägningstid ( § 12).

[3] Kommunfullmäktige i Uppsala beslutade hösten 2000 att försälja samtliga aktier i Uppsala Energi AB till den statliga Vattenfallkoncernen för 3,4 miljarder kronor (KF § 106/00). Tillträde hade skett när avtalet mellan kommunen och Uppsala Energi AB (senare Vattenfall Värme i Uppsala AB) tecknades i september 2001.

[4] Exakt belopp 190,87 kr per ton, därifrån skall räknas en rabatt på 7 kronor per ton till och med 2004. ( § 6) slutligt belopp blir därför 183,87 kr per ton (angivna priser i 2001 års prisläge).

[5] Uppsala kommun, VA- och avfallskontoret, har den 6 februari 2006 besvarat en begäran från Konkurrenskommissionen om att få del av kommunens upphandlingsunderlag, tilldelningsbeslut m.m. på följande sätt: "Övriga efterfrågade handlingar enligt er hemställan... har ej upphandlats varför dessa ej kan översändas".

[6] 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.

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

<sup>[8]</sup> 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.

<sup>[9]</sup> Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.

<sup>[10]</sup> Detta framgår bland annat av tre från varandra oberoende kammarrättsavgöranden avseende kommunala köp från ett helägt kommunaltbolag (Kammarrätten i Stockholm, dom den 10 februari 2003 i mål nr. 76-03 / 77-03) ett majoritetsägt delägt kommunalt bolag (Kammarrätten i Göteborg, dom den 7 april 2003 i mål nr. 4851-2002) respektive ett minoritetsägt kommunalt bolag (Kammarrätten i Göteborg dom den 22 december 2005 i mål nr. 1236 – 1239-05). I samtliga fall konstaterade domstolarna att berörda bolag utgjorde från den upphandlande enheten fristående juridiska personer och att köp direkt från dessa inte kunde ske utan föregående upphandlingsförfarande enligt LOU.

<sup>[11]</sup> Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478

---