

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 06-015

PM 2 2006-10-04 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Kommunalförbundet Avfallshantering Östra Skaraborg avropar utan föregående infordran av konkurrerande anbud på marknaden, tjänster för renhållning m.m. från ett fristående kommunalt företag.

Kommunalförbundet Avfallshantering Östra Skaraborg (nedan AÖS) har genom avtal den 15 oktober 2005 uppdragit åt Skövde Värmeverk AB att tillhandahålla kommunalförbundet tjänster för återvinning eller behandling av brännbart hushållsavfall.

AÖS bildades den 1 januari 2000 med Hjo, Skövde och Tibro kommuner som medlemmar. Karlsborgs kommun anslöt sig till förbundet år 2001 och Töreboda kommun år 2005. Kommunalförbundet skall enligt förbundsordningen ansvara för insamling och behandling av hushållsavfall samt information, regelskrivning och planering av hushållsavfallets omhändertagande.

Skövde Värmeverk AB^[1] helägs av Skövde kommun. Bolagets kommunala uppdrag är att anlägga, äga och driva fjärrvärmeanläggningar inom Skövde kommun.

Av det avtal som i oktober 2005 tecknades mellan AÖS och Skövde Värmeverk AB framgår att bolaget skall ta om hand sådant brännbart avfall som kommunalförbundet har samlat in inom sitt verksamhetsområde. Skövde Värmeverk förbinder sig enligt avtalet att mottaga och förbränna insamlat avfall samt leverera restprodukter i form av slagg och aska till AÖS för deponi. Parterna skall enligt avtalet vidare i samarbete anskaffa verksamhetsavfall till förbränning i värmeverkets anläggning samt deponibart avfall för AÖS deponi samt samverka kring fordon, maskiner, bränsleberedning, personal, miljöfrågor, utredningar och tillstånd. Vilken ersättning som skall utgå regleras inte närmare i avtalet, men anges ”ske på marknadsmässiga grunder”.

Av ett separat avtal^[2] framgår att Skövde Värmeverk AB:s mottagningsavgift för brännbart avfall från AÖS uppgår till 500 kr/ton för leveranser från 1 januari 2005. I priset ingår i förekommande fall balning av hushållsavfall och stackning av verksamhetsavfall. Skall AÖS utföra stackning av verksamhetsavfall äger kommunalförbundet för detta arbete tillgodogöra sig 27 kr/ton. Skövde Värmeverk skall vidare ersätta AÖS med 68 kr/ton för den TR-flis som används vid stackningen.

Några volymuppgifter framgår inte av tillgängliga avtalshandlingar. Enligt uppgift ur AÖS leverantörsreskontra har de samlade betalningarna till Skövde Värmeverk under 2005, för omhändertagande av hushållsavfall från Skövde, Hjo, Tibro och Karlsborgs kommuner, uppgått till 9,342 miljoner kronor. Med ledning av dessa uppgifter kan kontraktsvärdet uppskattas till c:a 778.000 kronor per månad, eller totalt c:a 37 miljoner kronor under den 48 månadersperiod som framgår av den lagstadgade beräkningsregeln vid offentlig upphandling (se fotnot 6).

Förutom Skövde Värmeverk AB finns det på marknaden för omhändertagande och behandling av avfall ett flertal tänkbara privata leverantörer, med behandlingsanläggningar i Norrköping, Mora, och Kumla (Sakab EcoPlus AB) samt i Stockholm (Fortum Värme AB).^[3]

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 eller ett kommunalförbund, att för kommunens räkning utföra insamlingen eller omhändertagandet av avfall.

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.^[4]

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 av upphandlingen överstiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,845 miljoner kronor^[5] skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU. Understiger kontraktsvärdet angivet tröskelbelopp skall handläggning istället ske enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU.^[6]

Lagens bestämmelser bygger i angivet avseende på EG/ministerrådets direktiv 92/50/EEG, det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet, och på de principer, bl.a. *likabehandlingsprincipen*, som bär upp den centrala gemenskapsrätten. Enligt likabehandlingsprincipen, som är tillämplig på all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena, skall bl.a. 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 bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi benämns som ”*upphandlande enheter*”. Även kommunalförbund utgör myndigheter och är således underkastade lagens reglering.^[7] Tillsyn över lagen utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).^[8]

Med upphandling avses 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 eller kommunalförbund 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 92/50/EEG (tjänstepupphandlingsdirektivet). 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).

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i skrivelse till regeringen bl.a. uttalat följande:

”Enligt NOU:s analys är det inte tillåtet att ge företrädare åt den leverantör som producerar en vara så nära de upphandlande enheterna som möjligt, i syfte att minimera transporten. Det är enligt NOU:s uppfattning inte heller möjligt att ställa krav på att en vara som upphandlas skall transporteras på ett visst miljöanpassat sätt. Det är enligt analysen dock möjligt att köpa en vara fritt fabrik med separat uppköp av transporter”.^[9]

Samma synsätt måste mot bakgrund av det ovan redovisade avgörandet från EG-domstolen även anses gälla vid upphandling av tjänster.

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 tjänstepupphandlingar undantag från denna skyldighet under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är lågt eller det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådskad 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.

För närvarande prövas av Regeringsrätten, i de s.k. SYSAV-målen^[10], huruvida det är förenligt med gällande rätt att två kommuner köper tjänster direkt från ett av dessa gemensamt minoritetsägt företag (SYSAV). Tidigare rättsinstanser har vid sina avgöranden inte ansett det förenligt med på området gällande nationell rätt eller gemenskapsrättslig praxis att kommunerna utanför den upphandlingsrättsliga regleringen köper varor eller tjänster direkt från hel- eller delägda företag. Det är denna fråga som Regeringsrätten slutligen skall pröva.

Kommunal samverkan utan mellankommande upphandling har på uppdrag av regeringen^[11] även utretts av Upphandlingsutredningen, vilken i slutbetänkandet ”Nya upphandlingsregler 2” (SOU 2006:28) konstaterade bland annat följande:

”Den slutsats som enligt utredningens mening kan dras av vad som nu sagts är att det inte finns någon möjlighet att underlåta att tillämpa bestämmelserna i lagarna om upphandling vid transaktioner mellan kommuner inbördes eller mellan en kommun och en av kommunen tillsammans med annan ägd juridisk person, oavsett om värdet av transaktionerna uppgår till eller understiger tröskelvärdet”.^[12]

Något förslag om ändring av den upphandlingsrättsliga regleringen med innebörden att kommuner eller kommunalförbund skall kunna köpa tjänster direkt från närstående företag utan mellankommande upphandling har således inte lämnats och än mindre beslutats av riksdagen.^[13]

Regeringen har även tillsatt en särskild utredningsman att utreda frågor kring kommunal samverkan. Denna utredning berör inte i något fall den upphandlingsrättsliga regleringen.^[14]

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”.^[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

Kommunalförbundet Avfallshantering Östra Skaraborg (AÖS) har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. Kommunerna i Skaraborg samverkar inom en rad områden och samarbetet kommer sannolikt att öka i framtiden. Den kommunala renhållningsskyldigheten innebär bl.a. ett helhestansvar för en långsiktig infrastruktur och Skövde kommuns nya avfallsförbränningsanläggning är ett välkommet tillskott eftersom tillgången på kapacitet att behandla hushållsavfall är otillräcklig i landet. Kommunalförbundet anlitar i övrigt ett stort antal privata företag för olika delar av avfallshantering. Rättsläget för de frågeställningar som tas upp i utredningen är till vissa delar fortfarande oklart. Utvärderingen och tillämpningen av EG-domstolens domar inom upphandlingsområdet kan komma att klarläggas genom Regeringsrättens kommande avgörande [i de s.k. SYSAV-målen]. Den

pågående utredningen med frågor om den kommunala kompetensen och kommunal samverkan kommer tillsammans med förändringen av lagen om offentlig upphandling sannolikt att innebära ett fullständigt klarläggande.

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.

Kommunalförbundet Avfallshantering Östra Skaraborg (AÖS) är som myndighet skyldigt att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling - LOU.

Av utredningen i ärendet framgår att AÖS har tecknat avtal med Skövde Värmeverk AB om att bolaget mot fakturerad ersättning (en s.k. behandlingsavgift) skall tillhandahålla kommunalförbundet tjänster för behandling av brännbart hushållsavfall. Någon annonsering eller infordran av konkurrerande anbud har inte förekommit, utan aktuellt avtal har tecknats direkt mellan AÖS och Skövde Värmeverk AB.

Upphandlingen avser renhållningstjänster till ett sådant sammanlagt kontraktsvärde att de av EG-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) varvid samtliga intresserade leverantörer skall beredas möjlighet att lämna anbud på lika villkor.

Någon lagstadgad ensamrätt som medför att endast Skövde Värmeverk AB kan komma ifråga för anbudsgivning föreligger inte och förutom Skövde Värmeverk AB finns det på den allmänna 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 AÖS, 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 Skövde 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 lagens av EG-direktiv styrda bestämmelser.

Såsom Upphandlingsutredningen nyligen kunnat konstatera (SOU 2006:28) är det inte förenligt med gällande rätt – varken nationella bestämmelser eller gemenskapsrättslig reglering – att kommuner utan mellankommande upphandling köper tjänster direkt från fristående rättssubjekt. Någon lagändring på detta område förbereds inte och den prövning i Regeringsrätten som AÖS hänvisar till i sitt yttrande avser enbart kommunala köp från delägda företag. Eftersom AÖS inte är delägare i Skövde Värmeverk AB saknar utgången av Regeringsrättens prövning således relevans för den nu aktuella bedömningen.

Det aktuella avtalsförhållandet mellan Kommunalförbundet Avfallshantering Östra Skaraborg (AÖS) och Skövde Värmeverk AB står således i strid mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Den för lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EG-direktiv centrala likabehandlingsprincipen har därmed åsidosatts samtidigt som konkurrensen på marknaden för renhållningstjänster har snedvridits.

¹¹ Skövde Värmeverk AB, med registreringsnummer 556647-1321, bildades den 1 juli 2003 och registrerades av Bolagsverket den 19 september 2003; Nuvarande firma registrerades samtidigt jämte gällande bolagsordning. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 40 miljoner kronor och fördelas på 40.000 aktier med nominellt värde på vardera 1.000 kronor. Föremålet för bolagets verksamhet består enligt gällande bolagsordning av att "...anlägga, äga och driva fjärrvärmeanläggningar inom Skövde kommun och därmed sammanhängande verksamhet samt äga aktier och andelar i företaget inom branschen".

- ^[2] Avtal rubricerat ”Minnesanteckningar angående samarbete mellan Avfallshandling Östra Skaraborg (AÖS) och Skövde Värmeverk AB, daterat den 1 januari 2005 och undertecknat av företrädare för AÖS och Skövde Värmeverk .
- ^[3] 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.
- ^[4] Tidigare gällde för kommunerna ett normalreglemente för kommunal upphandling (UR), vilket under början av 1970-talet utarbetades med biträde av Svenska kommunförbundet och senare antogs av respektive kommun genom beslut av kommunfullmäktige. Enligt detta reglemente skall upphandling ske genom infordran av konkurrerande anbud (4-6 §§ UR). Upphandling direkt från viss leverantör får enligt 7 § UR endast ske i sådana fall där administrationskostnaderna eller tidsutdräkten vid ett mer formbundet upphandlingsförfarande inte skulle stå i rimligt förhållande till upphandlingens värde. Direktupphandling är enligt UR således möjlig endast vid upphandling av vara, arbete eller tjänst till smärre belopp samt när anbud på grund av brådskande och oförutsedda behov inte hinner infordras. Denna huvudregel omfattade även köp från egna (kommunala) bolag, exempelvis renhållningsföretag, som bolaget själv skall utföra arbetet eller tjänsten som upphandlas.
- Direktupphandling utan stöd av särskilda skäl har i ett flertal avgöranden i praxis bedömts strida mot kommunalt upphandlingsreglemente. I ett avgörande från 1994 fann Kammarrätten i Stockholm att ett beslut av en kommunal fullmäktige-församling, att utan föregående infordran av anbud i konkurrens uppdrar åt en viss entreprenör att utföra renhållningen inom kommunen stred mot det kommunala upphandlingsreglementet.
- ^[5] 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.
- ^[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.
- ^[7] Föreskrifter om kommunalförbund finns i 3 kap. 20-28 §§ kommunallagen (1991:900).
- ^[8] Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.
- ^[9] Nämnden för offentlig upphandling (NOU), brev till regeringen den 18 januari 1999 (dnr. EUFi1999/287).
- ^[10] Se Regeringsrätten, pågående målen 172--175-05, Simrishamns kommun ./ Sita Sverige AB m.fl., samt målen 176--179-05, Tomelilla kommun ./ Sita Sverige AB m.fl.
- ^[11] Se dir. 2004:47, jämte tilläggsdirektiven, dir. 2005:39.
- ^[12] Se SOU 2006:28, ”Nya upphandlingsregler 2” avsnittet 7.12 ”Kommunal samverkan” (s. 264).
- ^[13] Ett tidigare utredningsförslag som framlades av den s.k. Upphandlingskommittén (SOU 2001:31, sid. 89 ff.) med innebörden att kommuner utan mellankommande upphandling skulle tillåtas att köpa tjänster direkt från hel- eller delägda företag ledde aldrig till förslag om ändrad lagstiftning. Regeringen angav i propositionen 2001/02:142 (sid. 84) att frågan mot bakgrund av bl.a. gemenskapsrättslig praxis måste beredas ytterligare. Saken uppdrogs senare åt Upphandlingsutredningen att utreda vidare. Något ytterligare lagändringsförslag lämnades emellertid aldrig utan, som redovisats ovan, konstaterade Upphandlingsutredningen (se fotnot 12) att det för närvarande inte föreligger någon rättslig möjlighet att underlåta att tillämpa de upphandlingsrättsliga bestämmelserna vid transaktioner mellan kommuner inbördes eller mellan en kommun och en av kommunen tillsammans med annan ägd juridisk person.
- ^[14] Se dir. 2006:47.
- ^[15] Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478
-