

PM-2 2006-06-15 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Kalix kommun har utan mellankommande upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden tecknat avtal om att utöka ett tidigare upphandlat renhållningskontrakt till att omfatta ytterligare tjänster utöver de som ursprungligen avtalats. Kommunen har även tecknat avtal direkt med ett av en annan kommun delägt energibolag om förbränning av kommunens avfall.*

Kalix kommun har tidigare genom ett offentligt upphandlingsförfarande upphandlat tjänsten att insamla och transportera hushållsavfall inom kommunen.

Enligt förfrågningsunderlaget avsåg den aktuella upphandlingen insamling och transport av hushållsavfall och därmed jämförligt avfall, hämtning av grovavfall samt kyl- och frysskåp från hushållen, 4 ggr/år, samt containertransport av avvattnat slam samt sand; totalt c:a 5.300 ton avfall per år.<sup>[1]</sup> Vidare framgår att "Entreprenaden omfattar hämtning av hushållsavfall och grovavfall från hushåll ... samt avvattnat slam från Kalix och Karlsborg reningsverk för transport och avlämning vid Kalix behandlingsstation".

Tilldelning beslutades den 19 juni 2002 till BDX Företagen AB. Kontraktstiden omfattade ursprungligen perioden den 1 oktober 2002 till och med den 31 december 2006, men har i enlighet med en klausul i avtalet, därefter förlängts till och med den 31 december 2008 (4 + 2 år).

Bland annat till följd av ett beslut av riksdagen år 2001 som innebär ett förbud mot deponi av avfall<sup>[2]</sup> har Kalix kommun senare tecknat avtal med Bodens Energi AB om förbränning av kommunens avfall i bolagets värmeverk.

Bodens Energi AB<sup>[3]</sup>, ägs till 60 procent av Bodens kommun och till 40 procent av Vattenfall AB. Enligt avtalet som ingicks mellan Kalix kommun och Bodens Energi AB den 29 oktober och 25 november 2004, förbinder sig ömsesidigt kommunen och bolaget att leverera respektive ta emot c:a 4.000 ton sorterat brännbart hushållsavfall per år. Avtalet löper den 31 december 2004 till och med den 31 december 2006 med förlängning i perioder om två år åt gången, om uppsägning inte sker ett år i förväg. Det brännbara hushållsavfallet skall genom Kalix kommuns försorg transporteras till Brännkläppens avfallsupplag på Slipvägen i Boden, en anläggning som ägs och drivs av Bodens kommun. På området bedriver även Bodens Energi, AB, Restproduktbearbetning i Boden AB (REBAB) samt NordMark Miljö AB verksamheter.

För tjänsten att omhänderta det brännbara avfallet skall Kalix kommun betala Bodens Energi AB en avgift på 365 kronor per ton avfall upp till 3.000 ton per år samt 385 kronor per ton för volymer därutöver. Priset är fast under avtalstiden med förbehåll om justeringar för kostnader som kan uppstå utan möjlig påverkan från Bodens Energi AB. Något offentligt upphandlingsförfarande har inte föregått kontraktet med Bodens Energi AB.

Ursprungligen avlämnades insamlat hushållsavfall liksom avvattnat slam m.m. från Kalix och Karlsborgs reningsverk vid Kalix kommuns anläggning på Hangarvägen<sup>[4]</sup> i Kalix.<sup>[5]</sup> I samband med avtalet med Bodens Energi AB överenskom kommunen med BDX Företagen AB att det insamlade brännbara hushållsavfallet istället skall transporteras till Brännkläppens avfallsupplag i Boden, en transportsträcka på c:a 8 mil. Enligt uppgift sker avlämning av insamlat avfall dock liksom tidigare vid kommunens behandlingsstation, varefter brännbart

avfall omlastas för vidare transport till Bodens Energi. Övrigt avfall (exempelvis slam och sand) tas om hand vid behandlingsstationen. För den extra transporttjänst en, att transportera det brännbara hushållsavfallet från behandlingsstationen i Kalix till Brännkläppens avfallsupplag i Boden, skall enligt uppgift BDX Företagen AB debitera kommunen 130 kronor extra per ton transporterat avfall. Inte heller denna överenskommelse har föregåtts av något offentligt upphandlingsförfarande.

Kontraktsvärde för avtalet med Bodens Energi AB kan med ledning av angivna pris- och volymuppgifter således uppskattas till c:a 123.000 kronor per månad, eller totalt c:a 5,9 miljoner kronor under den 48 månadersperiod som framgår av den lagstadgade beräkningsregeln vid offentlig upp-handling<sup>7</sup>. För avtalet med BDX Företagen AB avseende ytterligare transporttjänster kan på samma grunder kontraktvärdet uppskattas till c:a 43.000 kronor per månad, eller totalt c:a 2 miljoner kronor<sup>7</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.

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 handha renhållningen.

För sådant avfall som skall transporteras genom kommunens försorg (exempelvis hushållsavfall) får enligt 15 kap. 21 § MB inte någon annan än kommunen eller ”den kommunen anlitar för ändamålet” ta befattning. Således fordras ett direkt avtalsförhållande mellan den renhållningsansvariga kommunen och den externa utföraren.

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras sedan 1994 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 till lagen, som om det samlade kontraktsvärdet av upphandlingen överstiger tröskelbeloppet € 200.000 eller (vid tidpunkten för de aktuella upphandlingarna) 1,756 miljoner kronor<sup>14</sup>, skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU. Även rena transporttjänster (landtransport, inkl. säkerhetstransporter, kurir- och taxitransport, utom postbefordran) utgör A-tjänster (kategori 2). Lagens bestämmelser bygger i angivet avseende på EG/ministerrådets direktiv 92/50/EEG, det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet. Understiger upphandlingarnas värde angivet tröskelbelopp skall dessa istället handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§ samt 6 kap. LOU.

Lagens bestämmelser bygger i angivet avseende på EG/ministerrådets direktiv 92/50/EEG, det s.k. tjänstedirektivet, och på de principer, bl.a. *likabehandlingsprincipen*, som bär upp den centrala gemenskapsrätten.<sup>15</sup> 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 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>16</sup>

Med upphandling avses alla köp av i princip tjänster som sker från ett från den upphandlande enheten fristående rättssubjekt (se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU). Stad-gandet 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. Tyska staten 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).

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

*”Enligt NOU:s analys är det inte tillåtet att ge företräde 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”.*<sup>[9]</sup>

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 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>[10]</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

Kalix kommun, som har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, har anfört följande. Vid tidpunkten för det aktuella avtalet fanns det tre anläggningar inom vad som bedömdes som rimligt transportavstånd. Eftersom två av dessa anläggningar saknade kapacitet för att ta om hand Kalix kommuns avfall valde kommunen att teckna avtal direkt med den tredje leverantören, Bodens Energi.

Vad gäller transporter av hushållsavfall har Kalix kommun enligt förfrågningsunderlaget upphandlat tjänsten att transportera avfallet till "kommunens behandlingsanläggning". För närvarande ligger denna anläggning vid Bodens Energi AB och ersättning utgår enligt gällande à-prislista.

### Bedömning

Konkurrenskommissionen är en privat 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.

Kalix kommun har köpt tjänsterna att förbränna insamlat avfall samt att transportera det brännbara avfallet från kommunens behandlingsstation i Kalix till förbränningsanläggningen i Boden. De aktuella uppdragen har lämnats till från kommunen självständiga företag, ett delvis kommunalägt och ett privat bolag.

Vad avser avtalet att bränna hushållsavfall har kommunen inte angivit några rättsligt giltiga skäl för att upphandla de aktuella tjänsterna direkt från Bodens Energi AB. Som framgår av redovisad praxis utgör varken geografisk närhet eller det förhållandet att kommunen möjligen kan ha trott sig veta att endast Bodens Energi skulle kunna komma ifråga, giltigt skäl för att underlåta ett offentligt anbudsförfarande.

När det sedan gäller överenskommelsen att BDX-företagen numera skall transportera kommunens hushållsavfall till Boden framgår av utredningen att det insamlade hushållsavfallet ursprungligen avlämnades vid Kalix behandlingsstation, där det togs om hand av Kalix kommun i egen regi. Efter avtalet med Bodens Energi omlastas numera brännbara avfallsfraktioner på Kalix behandlingsstation för vidare transport till bolagets förbränningsanläggning i Boden. Innebörden av vad som enligt förfrågningsunderlaget skall utgöra "Kalix behandlingsstation" har med kommunens synsätt därmed kommit att ändras från att från början ha varit en och samma anläggning för såväl hushållsavfall som slam och sand, belägen i Kalix, till att numera utgöra två olika anläggningar, en för hushållsavfall i Boden och en för övrigt avfall i Kalix. Vad som framkommit i utredningen ger emellertid inte stöd för att även transporter av det omlastade avfallet, från behandlingsstationen i Kalix till förbränningsanläggningen i Boden, skall anses ingå det redan upphandlade renhållningskontraktet. Leverantörer som valt att avstå från att delta i den ursprungliga upphandlingen, exempelvis Boden-baserade åkerier, skulle exempelvis kunna ha varit intresserade av att delta med anbud om de ändrade förhållandena varit kända redan från

början. De tillkommande transportererna innefattar även renodlade åkeritjänster som kan utföras också av andra än särskilt specialiserade renhållningsföretag. Uppdraget att transportera brännbart avfall från Kalix behandlingsstation till förbränningsanläggningen i Boden utgör därför enligt Konkurrenskommissionens bedömning en ny tjänst som inte omfattas av det ursprungligen upphandlade renhållningskontraktet. Tjänsten skulle sålunda ha upphandlats separat, för att på bästa sätt utnyttja möjligheterna till en effektiv konkurrens.

Några upphandlingar, genom infordran av konkurrerande anbud, har emellertid aldrig genomförts utan aktuella tjänster har köpts direkt från de berörda företagen.

Upphandlingarna avser A-tjänster till sådana kontraktvärden att de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU skulle ha tillämpats. Enligt dessa bestämmelser skall skriftliga underlag ha upprättats innan upphandlingarna påbörjades. Upphandlingarna skulle därefter ha annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT), varvid samtliga intresserade leverantörer skulle beredas möjlighet att lämna anbud på lika villkor.

Någon lagstadgad ensamrätt som medför att endast de kontrakterade bolagen, BDX Företagen AB samt Bodens Energi AB, kan komma ifråga för anbudsgivning föreligger inte och förutom de kontrakterade företagen finns det flera privata företag som kan komma ifråga för anbudsgivning avseende transporter och behandling av brännbart avfall.

Någon synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på Kalix kommun, har inte ens påståtts föreligga vid tidpunkten för de aktuella kontrakten och den lagstiftning som har legat till grund för kommunens ändrade avfallshantering har varit känd sedan i vart fall 2001. Någon tidigare konkurrensupphandling av de nu aktuella tjänsterna har inte genomförts och det kan inte bedömas vara 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 BDX Företagen AB eller Bodens Energi AB.

Ingen av de i lagen om offentlig upphandling förekommande undantagen från kraven på upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden är således tillämpliga, utan upphandlingarna skulle rätteligen ha genomföras i enlighet med lagens av EG-direktiv styrda bestämmelser.

De aktuella avtalsförhållandena 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 marknaderna för avfallsförbrännings- respektive transporttjänster har snedvridits.

<sup>[1]</sup> Av bilaga 2 till förfråningsunderlaget framgår att den totala mängden hushållavfall uppgår till totalt c:a 5.300 ton/år, varav komposterbart c:a 1.600 ton och utsorterat brännbart avfall c:a 3.700 ton.

<sup>[2]</sup> Se förordningen (2001:512) om deponering av avfall, enligt vilken deponi av brännbart avfall förbjöds per den 1 januari 2002 samt deponi av övrigt avfall förbjöds per den 1 januari 2005.

<sup>[3]</sup> Bodens Energi AB, med registreringsnummer 556200-9117, bildades den 15 maj 1979 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 6 augusti 1979; Nuvarande firma registrerades den 11 november 1987. Tidigare firma har varit Bodens Energiverk AB. Nu gällande bolagsordning antogs den 3 juni 2003. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 5 miljoner kronor och fördelas på 50 aktier med nominellt värde på vardera 100.000 kronor. Föremålet för bolagets verksamhet består enligt gällande bolagsordning i att *"Bolaget skall alstra, inköpa och distribuera ledningsbunden energi, äga och förvalta fast och lös egendom, ävensom idka därmed förenlig verksamhet"*.

<sup>[4]</sup> Anläggningens adress är Hangarvägen 1, 952 61 Kalix.

<sup>[5]</sup> Entreprenadens omfattning i detalj samt tekniska krav på utförandet framgår av underlagets allmänna bestämmelser, specialbestämmelser samt miljökriterier för fordon och maskiner. Av punkten 201 i underlaget, med rubriken "Entreprenadområde", framgår att *"entreprenaden omfattar hämtning av hushållsavfall och grovavfall från hushåll ... samt avvattat slam från Kalix och Karlsborgs reningsverk för transport och avlämning vid till Kalix behandlingsstation"*. Av punkten 301:10 i underlaget med rubriken "Avlämning av avfall" framgår vidare att *"Hushållavfallet skall avlämnas vid kommunens behandlingsanläggning. Kommunen ansvarar för drift och skötsel av behandlingsanläggningen... Hushållavfallet får avlämnas utan avgift för entreprenören"*. Enligt punkten 302:08 med rubriken "Avlämning av ordinarie grov-restavfall från hushållen" skall slutligen *"Allt grovavfall (brännbart, komposterat, icke brännbart, kyl/frysåp etc.) ... avlämnas vid Kalix avfallsbehandlingsanläggning... Avfallet från hushållen får avlämnas utan avgift för entreprenören"*.

- <sup>[6]</sup> Se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Gällande tröskelvärde från den 1 januari 2002 till och med den 15 februari 2004.
- <sup>[7]</sup> 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.
- <sup>[8]</sup> Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.
- <sup>[9]</sup> Nämnden för offentlig upphandling (NOU), brev till regeringen den 18 januari 1999 (dnr. EUFi1999/287).
- <sup>[10]</sup> Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478
-