

PM-2 2001-10-24 SLUTTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (direktupphandling).

Landstinget Västernorrland samt Härnösands, Kramfors, Sollefteå, Sundsvalls, Timrå, Ånge och Örnsköldsviks kommuner har uppdragit till ett gemensamt ägt trafikföretag att utan föregående upphandling i konkurrens utföra tjänster för planering, upphandling och samordning av sjukresor i länet.

Landstinget och de berörda kommunerna i Västernorrlands län har genom ett s.k. konsortialavtal den 15 december 2000 beslutat att uppdra till det av landstinget och kommunerna gemensamt helägda Västernorrlands läns trafik AB att bedriva verksamhet med bland annat drift av en s.k. beställningscentral för samordning av persontransporter, sjukresor, färdtjänst m.m. som landstinget eller kommunerna skall tillgodose.

Västernorrlands läns trafik AB ^{1[1]} (Länstrafikbolaget) är länstrafikansvarig och huvudman för den lokala och regionala kollektivtrafiken i Västernorrlands län, enligt lagen (1997:734) om ansvar för viss kollektiv persontrafik (ett s.k. trafikhuvudmannabolag). Landstinget Västernorrland och de angivna primärkommunerna i länet äger samtliga aktier i bolaget. Aktierna fördelar sig så att landstinget äger hälften av aktierna i bolaget; övriga aktier fördelar sig mellan primärkommunerna i proportion till deras folkmängd.

Av ett ”KONSORTIALAVTAL” som landstinget och de berörda kommunerna har ingått framgår bland annat att Länstrafikbolaget (§ 2 punkten d) skall ”upphandla persontransporttjänster för sådana transportändamål som kommunerna eller landstinget skall tillgodose samt samordna och effektivisera sådana transporttjänster”.

Av konsortialavtalet framgår inte hur kostnaderna för bolagets verksamhet skall täckas. Landstinget Västernorrland har under hand upplyst att kostnaderna bestrids genom underskottsteckning av ägarna i proportion till deras respektive andel i bolaget.

På marknaden för drift av beställningscentraler eller samordning av sjukresor, finns det ett flertal privata företag verksamma. Någon upphandling av de tjänster, som landstinget enligt konsortialavtalet har betalningsansvaret för och som innefattar drift av beställningscentraler m.m., har emellertid inte ägt rum, utan uppdraget har lämnats direkt till Västernorrlands läns trafik AB, utan föregående infordran av anbud i konkurrens med andra företag.

I det aktuella fallet har Kammarrätten i Sundsvall, genom en numera laga kraftvunnen dom i juni 2000 ^{2[2]} förordnat att ett överlämnande av uppgifter till en trafikhuvudman ”inte är att anse som en upphandling i den mening som avses i LOU”. Talan om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling mot landstingets och kommunernas avtal med Länstrafikbolaget ogillades således.

Efter kammarrättens avgörande har emellertid Regeringsrätten i ett liknande mål, slagit fast som praxis, att uppdrag som lämnas till trafikhuvudmannabolag från kommuner och landsting skall omfattas av upphandlingslagens bestämmelser (se vidare nedan).

Gällande rätt

^{1[1]} Västernorrlands läns trafik AB; bolaget är den 28 maj 1980 införd i Patent- och registreringsverkets (PRV) bolagsregister under registreringsnr. 556205-1101. Nu gällande bolagsordning antogs den 7 juni och registrerades den 22 augusti 2000. Enligt denna bolagsordning skall bolaget (§ 2) ”...inom Västernorrlands län och angränsande områden bedriva eller genom avtal med andra trafikföretag låta bedriva kollektivtrafik och annan därmed jämförlig verksamhet”.

^{2[2]} Kammarrätten i Sundsvall, dom i mål nr. 3166-3173-1999, meddelad den 16 juni 2000.

Offentliga upphandlingar regleras sedan den 1 januari 1994 genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingar avseende tjänster för landtransport, inkl. säkerhetstransporter, kurir- och taxitransport, utom postbefordran (A-tjänster, kategori 2) skall om det samlade upphandlingsvärdet överstiger ett i lagen angivet tröskelvärde motsvarande 1,756 miljoner kronor^{3[3]}, handläggas enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU. Av 5 kap. 7§ LOU framgår att för upphandlingskontrakt som inte anger något totalpris skall avtalsvärdet 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.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I förarbetena till lagen om offentlig upphandling motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering^{4[4]} (jfr. art. 6 i EG-Romfördraget). Reglerna är bl.a. utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvridande sätt. Lagens bestämmelser medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader.

Under de aktuella förutsättningarna skall den upphandlande enheten normalt tillämpa något av upphandlingslagens förfaranden för *öppen upphandling* eller *selektiv upphandling*. Enheten skall därvid upprätta ett skriftligt upphandlingsunderlag samt infordra anbud i konkurrens på den allmänna marknaden, bland annat genom en annons i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT). Om tjänsterna på grund av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan utföras av endast en viss leverantör, behöver enligt 5 kap. 17 § LOU den upphandlande enheten emellertid inte iakttä något formbundet förfarande för anbudsinfordran, utan kan upphandla direkt från viss leverantör (s.k. *förhandlad upphandling utan föregående annonsering*).

Frågan huruvida kommuner och landsting kan genomföra köp från helägda företag har i ett flertal avgöranden berörts av Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Det har från kommunalt håll bland annat gjorts gällande att 3 kap. kommunallagen kan tolkas så att kommuner och landsting utan föregående upphandling kan uppdra viss verksamhet till hel- eller delägda kommunala företag. Någon sådan generell möjlighet att vid sidan om lagens angivna bestämmelser upphandla nyttigheter direkt från företag som kontrolleras eller på annat sätt står under inflytande av den upphandlande enheten föreligger emellertid inte enligt nämnden. I sina kommentarer till lagen om offentlig upphandling (NOU-info dec. -93, sid. 7, styckena 7 och 9) anger Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att även köp mellan kommuner och kommunala hel- eller delägda företag omfattas av lagens bestämmelser. I anledning av ett senare avgörande i EG-domstolen (Arnhem-målet) – där två nederländska kommuner, med tillämpning av EG:s tjänsteupphandlingsdirektiv, medgavs viss rätt att frångå direktivets bestämmelser om konkurrensupphandling^{5[5]} – har nämnden vidare angivit bland annat följande^{6[6]}: ”Domen utgör enligt NOU:s mening inte någon grund för en generell rätt för kommuner eller landsting att utan upphandling köpa varor eller tjänster från sina helägda bolag. För detta krävs att bolaget är en upphandlande enhet enligt 5 kap. 2 §, har en

^{3[3]} Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från den 1 april 2000, vid upphandlingar av varor och tjänster

^{4[4]} Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

^{5[5]} EG-domstolens avgörande den 10 november 1998 (C-360-96, BFI Holding BV ./ Gemeente Arnhem och Gemeente Rheden) vilket främst gällde tillämpning av artiklarna 1 och 6 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (det s.k. Arnhem-målet).

^{6[6]} NOU-info för december 1998 sid. 14-16, särskilt sid. 15 sista stycket.

ensamrätt att utföra tjänsten samt att ensamrätten bygger på publicerad lag eller författning och är förenlig med Romfördraget”. Nämnden har även i ett principiellt viktigt avgörande, avseende renhållningstjänster, klargjort att köp direkt från dotterföretag, utan föregående konkurrensupphandling inte kan komma ifråga.^{7[7]} Efter det refererade domen har EG-domstolen avgjort ytterligare ett mål av principiell betydelse (Teckalmålet)^{8[8]}. Målet gällde ett kommunalt köp direkt från en kommunalförbundsliknande association i Italien. Domstolen uttalade att det i och för sig kan anses förenligt med EG-rätten att avtal utan upphandling sluts mellan, å ena sidan, en lokal myndighet, och, å andra sidan, en i förhållande till denna myndighet fristående juridisk person, om den lokala myndigheten utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den. Rättsläget har bland annat medfört att en statlig utredning numera föreslagit att upphandlingslagen ändras så att köp mellan kommuner och landsting och av dem ägda bolag tillåts utan föregående upphandling.^{9[9]}

Av 5 kap. 2 § LOU framgår, som ett undantag från lagen, att en upphandlande enhet emellertid inte behöver följa lagen vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt att utföra tjänsten.

Enligt den ovan omtalade lagen (1997:734) om ansvar för viss kollektiv persontrafik (kollektivtrafiklagen) kan kommuner och landsting lämna uppdrag att utföra vissa tjänster till ett av dem helägt bolag utan att någon upphandling behöver äga rum. För att främja en tillfredsställande trafikförsörjning skall det nämligen i varje län finnas en ”trafikhuvudman” som ansvarar för den lokala och regionala linjetrafiken för persontransporter (1 § kollektivtrafiklagen). Trafikhuvudmannaskapet kan bland annat utövas av ett för ändamålet bildat aktiebolag som ägs av de i länet ingående kommunerna och landstinget (5 § kollektivtrafiklagen). Vissa uppgifter som omfattas av kollektivtrafiklagen, som t.ex. linjetrafik, medför monopol för trafikhuvudmannen att tillhandahålla de berörda kommunerna. Sådana tjänster behöver med stöd av undantagsbestämmelsen i 5 kap. LOU således inte upphandlas. Andra uppgifter enligt lagen (exempelvis uppdrag avseende tjänster för drift av beställningscentraler för eller samordning av sjukresor) fordrar emellertid upphandling från de uppdragsgivande kommunernas sida.

Enligt en dom av Regeringsrätten i december 2000^{10[10]} skall uppdrag som lämnas till trafikhuvudmannabolag från kommuner och landsting omfattas av upphandlingslagens bestämmelser. Eftersom det inte föreligger någon ensamrätt enligt lag eller författning för ett trafikhuvudmannabolag att utföra tjänster avseende drift av beställningscentral för eller samordning av sjukresor innefattar en överenskommelse om köp av sådana tjänster enligt

^{7[7]} Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU), avgörande den 16 juni 1998, Dnr, 227/96-26. Avgörandet behandlade en upphandling där Halmstads kommun uppdragit åt det egna renhållningsbolaget att utföra renhållningen i kommunen. Nämnden uttalade att det aktuella renhållningsavtalet mellan kommunen och dess renhållningsbolag inte kan ”anses ha tillkommit enbart genom en delegering av kommunala angelägenheter. Det är ett avtal mellan två självständiga juridiska personer. Renhållningstjänster bygger inte på ett sådant monopol som enligt 5 kap. 2 § LOU inte behöver upphandlas. Förhållandet är med en mycket hög grad av sannolikhet inte en tjänstekoncession. Även om så skulle vara fallet föreligger inte i svensk praxis något stöd för att tjänstekoncessioner kan undantas från LOU:s tillämpning. De slutsatser som framgår av NOU:s utredning om kommunala bolag förutsätter en lagändring. NOU:s uppfattning är därför att Halmstads kommun borde ha upphandlat de aktuella tjänsterna i konkurrens”. Huruvida detta förslag kan genomföras utan att komma i konflikt med gällande EG-rätt återstår emellertid att se.

^{8[8]} EG-domstolens avgörande den 18 november 1999 (C-107/98 Teckal Srl /. Commune di Viano), avsåg tillämpning av artikel 6 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (det s.k. Teckal-målet).

^{9[9]} Upphandlingskommitténs slutbetänkande SOU 2001:31. Utredningen föreslår att en ny paragraf 6a införs i 1 kap. LOU med följande lydelse ”Avtal mellan en eller flera kommuner eller landsting och sådana företag som avses i 3 kap. 17 § kommunallagen (1991:900) eller företag som ägs gemensamt av kommuner eller landsting (interkommunala företag) behöver inte föregås av ett upphandlingsförfarande om 1. leverantören är en upphandlande enhet enligt denna lag och 2. det finns uppenbara och dokumenterade samordningsfördelar för kommunen eller landstinget och företaget”.

^{10[10]} Regeringsrätten, dom av den 19 december 2000, mål nr. 180-2000 Annika Rullgård /. Landstinget Dalarna, (publicerad i RÅ 2000 ref. 60).

Regeringsrättens bedömning en upphandling av tjänster på vilka upphandlingslagen är tillämplig.

Yttrande

Västernorrlands läns trafik AB och Härnösands kommun har i yttranden över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anført att det av Konkurrenskommissionen åberopade avgörandet från Regeringsrätten inte är vägledande för samarbetet i Västernorrland. Det av Regeringsrätten avgjorda fallet grundade sig på avtal mellan endast landstinget och trafikbolaget. I Västernorrland är det fråga om samtliga ägares reglering i konsortialavtal samt samtliga ägares reglering i form av ett uppdragsavtal till bolaget. Regeringsrättens och kammarrättens avgöranden vilar således på olika grunder.

Sundsvalls kommun har yttrat att saken redan har bedömts av kammarrätt i en lagakraftvunnen dom och att kommunen inte har någon anledning att ifrågasätta eller kommentera rättsens beslut.

Landstinget och de övriga berörda kommunerna har inte inkommit med några yttranden.

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.

Landstinget och de berörda kommunerna i Västernorrlands län har utan föregående infordran av konkurrerande anbud på den allmänna marknaden beslutat att, genom ett internt s.k. konsortialavtal och utan föregående upphandling i konkurrens, lämna uppdraget att driva en beställningscentral till det gemensamt ägda Västernorrlands läns trafik AB. Kostnaden för de aktuella tjänsterna skall, som det får förstås, betalas genom underskottstäckning som fördelas proportionellt på de i bolaget deltagande kommunerna och landstinget. Landstinget och kommunerna är således att betrakta som upphandlare av de aktuella tjänsterna.

Köp från bolag eller andra associationer där kommuner och landsting ingår som delägare kan liksom övriga kommunala anskaffningar enligt gällande svensk lagstiftning inte ske utan iakttagande av upphandlingslagens bestämmelser. Förslag har framförts om ändring av lagen på denna punkt, men någon ändring har ännu inte beslutats eller genomförts.

Någon faktisk eller juridisk ensamrätt av något slag föreligger inte för Länstrafikbolaget på det aktuella området, och det finns privata företag som tillhandahåller de aktuella tjänsterna.

Även om Kammarrätten i Sundsvall genom laga kraftvunnen dom godkänt det aktuella förfarandet ger Regeringsrättens praxis vid handen att förfarandet numera skulle bedömas på ett annat sätt. Konkurrenskommissionen kan inte finna någon skillnad i laglighets hänseende mellan uppdrag som lämnas genom avtal från en av ägarna och uppdrag som lämnas genom konsortialavtal / uppdragsavtal från samtliga ägare. Det aktuella uppdraget borde enligt nu gällande praxis därför ha upphandlats i konkurrens på den allmänna marknaden.

Landstinget och de berörda kommunerna har emellertid ingått ifrågasvarande konsortialavtal före Regeringsrättens klarläggande av praxis och kan av detta skäl inte kritiseras för förfarandet. I belysning av senare rättsutveckling bör kommunerna och landstinget däremot tillse att upphandling snarast kommer till stånd genom ett offentligt förfarande i konkurrens på den allmänna marknaden.
