

PM 2 1999-04-15

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom åsidosättande av lagen om offentlig upphandling (otillåten direktupphandling).

Kalmar kommun har tecknat avtal avseende successiva leveranser av elström utan föregående infordran av konkurrerande anbud på marknaden.

Kommunstyrelsen i Kalmar beslutade vid sammanträde den 11 januari 1999 att teckna avtal med Småländsk Energi Försäljning AB (tidigare Kalmar Energi och Miljö Försäljning AB) om leveranser av elektrisk ström, under perioden den 1 januari 1999 till och med den 31 december 2001. Beslutet om val av leverantör har inte föregåtts av någon infordran av konkurrerande anbud på marknaden för elektrisk ström.

Sedan tidigare har Kalmar kommun haft ett avtal med nuvarande Småländsk Energi Försäljning AB som upphandlats år 1996 genom infordran av konkurrerande anbud. Detta äldre avtal avsåg 22 stycken s.k. effektabonnemang och omfattade perioden den 1 januari 1997 till och med den 31 december 1999, utan någon möjlighet till förlängning av avtalet. Därjämte har kommunen på liknande villkor haft en överenskommelse med nuvarande Småländsk Energi om leverans av elenergi i s.k. säkringsabonnemang. Denna del av avtalet har, med hänvisning till att byte av leverantör vid tidpunkten medförde krav på kostsamma mätarbyten och därmed icke medgav någon effektiv konkurrens, emellertid inte upphandlats genom infordran av flera anbud på marknaden. Det äldre avtalet har av parterna gemensamt bringats att upphöra i förtid genom tillkomsten av det nyare avtalet.

Det nya leveransavtalet för perioden 1999-2001 omfattar såväl s.k. effektabonnemang som säkringsabonnemang och medför, jämfört med tidigare avtal, en lägre kostnad per kilowattimme (kWh) för Kalmar kommun.

Småländsk Energi Försäljning AB (tidigare Kalmar Energi och Miljö Försäljning AB) kontrolleras av Kalmar kommun med 60 procent, Nybro kommun med 25 procent samt Emmaboda kommun, med 15 procent, genom indirekt ägande av respektive kommuns elnätbolag.

Enligt tillgängliga uppgifter omfattar kommunens elförbrukning c:a 23 miljoner kWh per år. Vid ett avtalat genomsnittligt pris på 20 öre per kWh ger detta ett kontraktsvärde motsvarande 13,8 miljoner kronor för den avtalade treårsperioden (4,6 miljoner kronor per år). Enligt tillgänglig information kunde en konkurrerande leverantör (statoil) vid tidpunkten för den aktuella upphandlingen erbjuda elström till ett pris motsvarande 15,7 öre per kWh vid ett års bindningstid eller 14,9 öre per kWh vid löpande prissättning. Motsvarande priser är i dag (april 1999) 14,9 öre per kWh vid ett års bindningstid samt 11,7 öre per kWh vid löpande prissättning (de angivna konkurrerande priserna är för enskilda hushåll, d.v.s. utan beaktande av den eventuella mängdrabatt som kunna komma ifråga vid den för Kalmars kommun aktuella inköpsvolymen).

Gällande rätt

I detta ärende aktualiseras frågan huruvida Kalmar kommun, genom att teckna avtal avseende successiva leveranser av elektrisk ström utan föregående infordran av konkurrerande anbud på marknaden, har åsidosatt kravet på affärsmässighet och opartiskhet vid offentlig upphandling samt snedvridit konkurrensen.

Offentliga upphandlingar som påbörjats efter den 1 januari 1994 regleras i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Elektrisk ström skall vid tillämpning av lagen

upphandlas som varor. Upphandlingen skall därmed, om det totala värdet av denna överstiger tröskelvärdet 1,728 miljoner kronor^{1[1]}, handläggas i enlighet med bestämmelserna i 1 kap., 2 kap. samt 7 kap. LOU. Lagens bestämmelser bygger i angivna avseenden på Europeiska gemenskapernas direktiv om offentlig upphandling^{2[2]}.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att all 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^{3[3]} (jfr. art. 7 i EG-Romfördraget). Lagens bestämmelser är bl.a. utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader.

Enligt 1 kap. 7 § LOU, skall varje för bestämmelsen relevant upphandling i regel annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) samt normalt handläggas enligt de formaliserade förfarandena för *öppen upphandling* eller *selektiv upphandling*. Enligt 1 kap. 22 § LOU skall den som upphandlar (upphandlande enheten) därefter anta det anbud som i beaktande av samtliga i förväg angivna omständigheter är ekonomiskt mest fördelaktigt. Undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingen får enligt 2 kap. 11 § LOU ske enbart om varorna som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan produceras av endast en viss leverantör eller om det på grund av synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten är nödvändigt att genomföra upphandlingen utan hinder av stadgade tidsfrister för annonsering.

Frågan om förlängning av befintliga avtal har bland annat berörts av Nämnden för offentlig upphandling (NOU) samt varit föremål för avgöranden i svensk och europeisk praxis. I sina kommentarer till lagen^{4[4]} anger NOU att avtal som saknar klausul om förläggning eller motsvarande inte kan förlängas. Nämnden hänvisar bland annat till ett för gemenskapsrätten belysande avgörande från Danmark, där *Klagenaevnet for Udbud* efter utredning om rättsläget förklarade att förlängning av avtal utan stöd av en i avtalet intagen förlängningsklausul inte är förenligt med de gemenskapsrättsliga direktiv som bland annat ligger till grund för lagen om offentlig upphandling.

Från svensk rättspraxis märks bland annat följande avgöranden där offentliga upphandlare har avbrutit löpande avtalsförhållanden för att, utan upphandling i konkurrens, teckna nya avtal med längre kontraktsbindningstid:

Kammarrätten i Stockholm bedömde i mål nr. 2280-1994 en upphandling av renhållningstjänster m.m. där en kommun i förtid avbrutit ett avtal för att ersätta det med ett annat avtal med samma leverantör, där bland annat vissa miljökrav införts. Det nya avtalet löpte med en längre kontraktsbindningstid än det tidigare. Kammarrätten konstaterade att förfarandet stred mot (den vid tidpunkten gällande) 7 § kommunala upphandlingsreglementet och att en konkurrensupphandling istället skulle ha genomförts. Kommunens påstående att den hade gjort en "*affärsmässig bedömning*" lämnades av domstolen utan avseende.

Svea Hovrätt bedömde i mål nr. T 483-97^{5[5]} en upphandling av städtjänster där en kommun i förtid avbrutit ett löpande avtal för att ersätta det med ett nytt avtal med samma leverantör men med delvis nytt innehåll. I det nya avtalet översteg kontraktsbindningstiden (inklusive avtalat förlängningsår) bindningstiden enligt

^{1[1]} Gällande tröskelvärdet från den 1 januari 1998 enligt förordningen (1998:59) om ändring i förordningen (1996:581) om tröskelvärden enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

^{2[2]} Europeiska rådets direktiv 88/295/EEG, 93/36/EEG de s.k. varuupphandlingsdirektiven samt rättsmedelsdirektivet 89/665/EEG.

^{3[3]} Prop 1992/93:88, sid. 59-60.

^{4[4]} Se Nämnden för offentlig upphandling, årssammanställningen för år 1995 sid 59-61.

^{5[5]} Domen har ännu (i mars 1999) inte vunnit laga kraft. Ansökan om prövningstillstånd ligger för närvarande för beredning hos Högsta domstolen. Den här refererade delen av målet torde emellertid sakna betydelse för prövningen i högsta instans. Denna omfattar istället en helt annan sak, av närmast processrättslig natur.

parternas tidigare avtal. Hovrätten bedömde, liksom tidigare tingsrätten gjort, att förfarandet utgjorde en ny upphandling vars genomförande stred mot lagen om offentlig upphandling genom att en konkurrensupphandling istället skulle ha skett.

Någon möjlighet för kommunerna att utan iakttagande av lagens bestämmelser om annonsering upphandla vissa nyttigheter direkt från ett av kommunen helägt bolag eller någon annan association föreligger inte. Detta har klargjorts av Nämnden för offentlig upphandling (NOU), dels genom ett avgörande från juni 1998, dels genom senare uttalanden i myndighetens informationsmaterial^{6[6]}.

Enligt 7 kap. 6 § LOU skall en upphandlande enhet som inte följt lagens bestämmelser ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Med "*uppkommen skada*" avses enligt lagens förarbeten inte bara onödiga kostnader m.m. (*damnum emergens*) utan även utebliven vinst på grund av att leverantören går miste om den intäkt som uppdraget skulle ha medfört (*lucrum cessans*)^{7[7]}. Talan om skadestånd skall enligt samma kapitel 8 § väckas av leverantör vid allmän domstol. Talan skall väckas inom ett år från den dag då beslut om leverantör fattats.

Med "leverantör" avses enligt 1 kap. 5 § första stycket sjätte punkten LOU den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats. I förarbetena^{8[8]} framhåller lagstiftaren särskilt att begreppet "*leverantör*" enligt lagen även avser leverantörer som inte deltagit i upphandlingen.

Angående skadeståndets beräkning och funktioner påpekar lagstiftaren vidare att syftet med det bakomliggande EG-direktivets^{9[9]} regler är att åstadkomma ett tryck på de upphandlande enheterna att iaktta korrekta förfaranden. (Om grunderna för skadeståndets beräkning se vidare Högsta domstolens avgörande i målet T 1441-97, Arkitektjänst ./.. Heby kommun, meddelad den 23 december 1998).

Enligt EG-Romfördraget 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 (se prop. 1994/95:19 Del 1 sid 478) 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*". 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

^{6[6]} I anledning av ett färskt avgörande i EG-domstolen, EG-domstolen mål nummer C-360/96 Gemeente Arnheim och Gemeente Rheden mot BFI Holding BV – där två nederländska kommuner, med tillämpning av EG:s tjänsteupphandlingsdirektiv, medgavs viss rätt att frångå direktivets bestämmelser om konkurrensupphandling – har nämnden för offentlig upphandling i sitt nyhetsbrev (NOU-info för december 1998 sid 14-16, särskilt sid 15 sista stycket) angivit bland annat följande: "*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 ensamrätt att utföra tjänsten samt att ensamrätten bygger på publicerad lag eller författning och är förenlig med Romfördraget*".

^{7[7]} Prop 1992/93:88, sid. 103

^{8[8]} Prop 1992/93:88, sid. 103

^{9[9]} 89/665/EEG ar. 1(c) samt 92/13/EEG art. 2(d)

Kalmar kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom föreskriven tid inkomma med något svar.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en privat expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att sammanblanda myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Den aktuella upphandlingen avseende elektrisk ström är av sådan omfattning att upphandlingslagens av EG-direktiv styrda bestämmelser skulle ha tillämpats. Enligt dessa bestämmelser skall konkurrerande anbud införas genom annons i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) och det totalekonomiskt eller prismässigt mest fördelaktiga anbudet skall antas.

Trots detta har Kalmar kommun valt att teckna avtal direkt med ett av kommunen delägt energibolag om successiva leveranser av elektrisk ström till och med den 31 december 2001. Den aktuella avtalsperioden överstiger med två år den kontraktsbindningstid som parterna tidigare avtalat, och som delvis upphandlats i konkurrens. Någon klausul som medger förlängning av detta tidigare avtal finns emellertid inte. Det mellan parterna överenskomna nya avtalet skall således betraktas som en ny upphandling. Något undantag i det aktuella fallet från upphandlingsskyldigheten vid köp från hel- eller delägda bolag föreligger inte enligt lag och några synnerliga skäl att enbart vända sig till aktuella energibolaget, såsom synnerlig brådska, föreliggande ensamrätter eller motsvarande, har inte åberopats av kommunen till stöd för beslutet att upphandla direkt.

Genom att således utan giltiga skäl upphandla det aktuella leveransavtalet avseende elektrisk ström direkt från sitt delägda energibolag, utan att i förväg infordra konkurrerande anbud på marknaden, har Kalmar kommun enligt Konkurrenskommissionens mening åsidosatt de krav på opartiskhet och likabehandling som uppställs i lagen om offentlig upphandling, relevanta EG-direktiv samt EG-Romfördraget. Detta har medfört att konkurrensen på marknaden för elektrisk ström m.m. har snedvridits samtidigt som förtroendet för kommunen som upphandlare riskerar att ha undergrävts. Kommunen riskerar även att ådra skattebetalarna i Kalmar kostnader i onödan, dels för den högre elkostnad som är en konsekvens av att upphandling har skett i monopol, dels för det eventuella skadestånd kommunen efter domstolsprövning kan riskera att få betala till en förfördelade leverantör i anledning av upphandlingens felaktiga handläggning.
