

PM 2 2008-03-07 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Hylte kommun har utan föregående infordran av konkurrerande anbud med ett bolag som ägs av annan kommun tecknat avtal om tjänster för avfallsförbränning m.m. för uppemot 7 miljoner kronor under en period av tio år framåt i tiden.

Hylte kommun har den 24 maj och 5 juni 2002 tecknat avtal med Halmstads Renhållnings AB innebärande att bolaget under perioden den 1 januari 2003 till och med den 31 december 2012 (10 år) skall ta emot och omhänderta sådant brännbart hushållsavfall som kommunen har samlat in.

Halmstads Renhållnings AB har sedan november 2006 fusionerats¹ i Halmstads Energi och Miljö AB² och helägs av Halmstads kommun, indirekt genom det kommunala holdingbolaget Halmstads Rådhus AB.

Avtalet avser mellan 2.790 och 3.410 ton brännbart hushållsavfall per år³ och för utförda tjänster skall Hylte kommun erlägga ersättning enligt ett i avtalet angivet pris på 375 kr per ton avfall. Priset skall vidare regleras på visst sätt med hänsyn till årliga förändringar i Statistiska centralbyråns (SCB) konsumentprisindex, med 1980 som basår.

Någon annonserad upphandling har aldrig ägt rum.

Enligt vad som har framkommit från Hylte kommuns leverantörsreskontra har kommunen under perioden den 1 januari 2004 till och med den 31 december 2007 (4 år) fakturerats ett sammanlagt belopp om 7,040 miljoner kronor av Halmstads Renhållning AB, senare Halmstads Energi och Miljö AB.⁴ Det samlade s.k. *kontraktsvärdet* för avtalet om förbränning av hushållsavfall kan med tillämpning av gällande beräkningsbestämmelse⁶ således uppskattas till c:a 147.000 kronor per månad eller totalt 7,040 miljoner kronor. Det verkliga värdet av upphandlingen är däremot väsentligt högre, uppskattningsvis omkring 17,6 miljoner kronor för hela avtalstiden på 10 år.

Förutom Halmstads Renhållnings AB (Halmstads Energi och Miljö AB) finns det på marknaden för behandling av avfall ett flertal tänkbara privata leverantörer med behandlingsanläggningar över hela landet.

¹ Halmstads Renhållning AB, med organisationsnummer 556185-0586 bildades den 7 november 1973 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 15 november samma år; Nu gällande firma registrerades den 29 juni 1995. Tidigare firma har varit AB Ess-Havre samt Halmstads Kommunala Renhållnings AB. Senast gällande bolagsordning antogs den 12 januari 1995. Föremålet för bolagets verksamhet bestod då av att "... ombesörja renhållning samt bortforsling och kvittblivning av avfall". Bolaget ingick som helägt dotterbolag i en koncern där det kommunala holdingbolaget Halmstads Rådhus AB (556649-7961) utgör moderbolag och fusionerades med giltighet per den 1 november 2006 med Halmstads Energi och Miljö AB, med organisationsnummer 556528-3248 (se fotnot 2).

² Halmstads Energi och Miljö AB, med organisationsnummer 556528-3248, bildades den 14 december 1995 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 22 december samma år; Nu gällande firma registrerades den 26 oktober 2006. Tidigare firma har varit Energiverken i Halmstad AB. Nu gällande bolagsordning antogs den 22 januari 2008. Föremålet för bolagets verksamhet består enligt gällande bolagsordning av att "... bedriva produktion, distribution och handel med energi samt tillhandahålla tjänster i anslutning därtill insamla, transportera, förvara och omhänderta avfall anskaffa, äga och förvalta fastigheter, anläggningar och utrustningar för produktion och distribution av energi samt att i förenlig omfattning äga aktier och andelar i företag inom energisektorn". Bolagets (kommunala) syfte är vidare att "...enligt god teknisk praxis och med optimal resursutnyttjande samt affärsmässig inriktning erbjuda produkter och tjänster för god energiförsörjning och avfallshantering samt för en säker och effektiv IT-infrastruktur". Bolaget ingår som helägt dotterbolag i en koncern där det kommunala holdingbolaget Halmstads Rådhus AB (556649-7961) utgör moderbolag.

³ I avtalet mellan Hylte kommun och Halmstads Renhållning AB (Halmstads Energi och Miljö AB) har volymen angivits som "Årsmängd hushållsavfall 3 100 ton +/- 10%".

⁴ Enligt uppgift ur Hylte kommuns leverantörsreskontra har under perioden 2004-01-01 och 2007-12-31 registrerats 81 fakturor från Halmstad Renhållnings AB och Halmstad Energi o Miljö AB omfattande sammanlagt 8.800.192 kronor inklusive moms. Motsvarande belopp, exklusive moms uppgår således till 7.040.154 kronor.

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 innebär 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 antingen att 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.

Offentlig upphandling som har påbörjats under perioden den 1 januari 1994 till och med den 31 december 2007 regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.⁵

Bestämmelserna har tillkommit som en följd av bl.a. Europeiska rådets direktiv 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).⁶

Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande tjänster utgör sådana s.k. A-tjänster (kategori 16) enligt bilaga A till lagen, vilka om (vid tidpunkten gällande) kontraktsvärdet⁷ för upphandlingen överstiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,741 miljoner kronor⁸ skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU. Understiger kontraktsvärdet angivet tröskelvärdesbelopp skall handläggningen istället ske enligt de nationella bestämmelserna i 6 kap. LOU.

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*”. Tillsynsmyndighet för offentlig upphandling var vid den aktuella tidpunkten Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Numera utövas tillsynen av Konkurrensverket.⁹

Enligt huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU skall alla upphandlande enheter iaktta affärsmässighet och opartiskhet i sin inköpsverksamhet och därvid på bästa sätt utnyttja förefintlig konkurrens. Lagen bygger därvid på ett antal i EG-fördraget stadfästa principer som även kommer till uttryck genom EG-direktiven om offentlig upphandling, däribland principerna om öppenhet (transparens)¹⁰ samt likabehandling (artiklarna 43 och 49 EG).¹¹

⁵ Sedan den 1 januari 2008 har 1992 års lag ersatts genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. - Se övergångsbestämmelserna i lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

⁶ Tjänsteupphandlingsdirektivet (92/50/EG) har numera, med giltighet från och med den 31 januari 2006, ersatts av Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster (klassiska upphandlingsdirektivet).

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.

⁸ Se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Angivet belopp, 1.741.000 kronor, utgjorde tröskelvärdet från den 1 januari 2002 till och med den 15 februari 2004, vid upphandlingar av varor och tjänster enligt vid tidpunkten gällande bestämmelser.

⁹ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret avseende offentlig upphandling till Konkurrensverket.

¹⁰ ”Med transparens förstås främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rättigheter för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vilka rättigheter och skyldigheter som föreligger. Vilka åtgärder en upphandlande enhet kommer att vidta under upphandlingsprocessen, skall således vara förutsebara för leverantörerna” (Hentze och Sylvé, lagbokscommentaren, Norstedts, upplaga 1:2, sid. 15 f).

¹¹ För närvarande regleras den offentliga upphandlingen av bl.a. tjänster genom Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet) vilket sedan 1 januari 2008 har implementerats genom införandet av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Det bakomliggande klassiska upphandlingsdirektivet trädde den 1 februari 2006 i kraft med för Sverige bindande s.k. direkt effekt. Äldre gemenskapsrättslig reglering,

Syftet med LOU jämte bakomliggande EG-direktiv och fördragsbestämmelser är att säkra att all offentlig upphandling sker genom effektiv konkurrens och att leverantörer och deras ansökningar och anbud behandlas på ett likvärdigt och förutsebart sätt. Reglerna är utformade bl.a. i syfte att försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader samt att korruption motverkas.

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 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.¹²

Kommunal samverkan utan mellankommande upphandling har på uppdrag av regeringen¹³ nyligen 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”.¹⁴

Någon möjlighet för kommuner eller kommunala företag att utan mellankommande upphandling köpa och sälja tjänster mellan varandra föreligger således inte enligt gällande rätt.¹⁵

Upphandlingslagen är tvingande för upphandlande enheter. 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 omständigheten att en upphandlande enhet tror sig veta att enbart en 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 EG-domstolens avgörande den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland*, framgår att uppgivna ensamsituationer som inte grundas på legal ensamrätt, inte medför undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingen och att åtminstone försöka infordra konkurrerande anbud genom ett offentligt upphandlingsförfarande.

vilken legat till grund för 1992 års lag om offentlig upphandling, återfinns bl.a. i Europeiska rådets direktiv 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

¹² För närvarande prövas av Regeringsrätten, i de s.k. SYSAV-målen (mål nr. 172–175-05, samt målen 176–179-05) 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.

¹³ Se dir. 2004:47, jämte tilläggsdirektiven, dir. 2005:39.

¹⁴ Se SOU 2006:28, ”Nya upphandlingsregler 2” avsnittet 7.12 ”Kommunal samverkan” (s. 264).

¹⁵ 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.

I målen *Kommissionen mot Tyskland* (C-20/01 och C-28/01) behandlas bl.a. en upphandling av omhändertagande av avfall där en central rättsfråga var 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 EG: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). EG-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 EG-domstolen för att ha åsidosatt EU:s upphandlingsdirektiv 92/50/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 Europeiska kommissionens pressmeddelande av den 25 oktober 2004- IP/04/1294 jfr även pressmeddelandet den 31 mars 2004 – IP/04/428).

Förekommande transportkostnader får beaktas enbart om transporttjänsten ingår som en del av upphandlingen i sig. Tillkommande transportkostnader kan till följd av likabehandlingsprincipen således inte beaktas vid urvalet av vilken vara eller tjänst som skall upphandlas.¹⁶

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. Vid upphandling enligt 5 kap. LOU skall enligt 1 kap. 7 och 8 §§ LOU en annons om upphandlingen på snabbaste lämpliga sätt sändas till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer, för vidare annonsering i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT).

Samtliga företag som tillhandahåller den aktuella tjänster utgör ”leverantörer” som 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 brådskande 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 EG-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

¹⁶ 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” (Offentlig upphandling och miljö 1998-12-08, dnr. Eufi1999/287). Samma synsätt måste mot bakgrund av det ovan redovisade avgörandet från EG-domstolen även anses gälla vid upphandling av tjänster.

slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen".¹⁷

Den allmänna likabehandlingsprincipen skall 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.

EG-kommissionen har genom en s.k. *formell underrättelse* som överlämnades den 13 december 2006 uppmärksammat Sverige på att svenska kommuners hantering av renhållningskontrakt riskerar att innebära överträdelse av gällande upphandlingsdirektiv.¹⁸ Av underrättelsen framgår bl.a. följande:

Jag vill vänligen uppmärksamma Er på ett klagomål om hur flera svenska kommuner organiserar sin avfallshantering. De klagande hävdar att kommuner brukar överlåta avfallshanteringen på sina egna eller andra kommuners företag. Dessutom brukar dessa kommunföretags verksamhet inte främst inriktas på de kommunala uppdragsgivarna, utan de konkurrerar också med andra kunder på marknaden. Enligt svensk lag har kommuner en skyldighet att organisera sin avfallshantering inom kommunen. Av uppgifter från de klagande och andra källor framgår det klart att flera svenska kommuner har slutit avtal om avfallshantering utan att detta föregåtts av offentlig upphandling. [...] Avtal om sådana tjänster omfattas dock av bilaga II A till direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. De skall således ingås i enlighet med direktivets regler.¹⁹

Sverige har genom skrivelse den 26 september 2007 besvarat underrättelsen med att regeringen är mycket angelägen om att landets kommuner följer gemenskapsrätten vid tilldelning av kontrakt som rör avfallstjänster. Frågan huruvida upphandlingslagstiftning har överträtts måste utredas och konstateras från fall till fall. EG-kommissionens formella underrättelse föranleder därför ett antal åtgärder från svensk sida. Bland annat kommer Konkurrensverket att inleda en granskning av upphandling av avfallstjänster.²⁰ Informationsinsatser i syfte att uppmärksamma kommunerna om gällande rätt vid upphandling av avfallstjänster kommer att genomföras. Regeringen planerar även åtgärder i form av skärpta rättsmedel som förhoppningsvis kommer att leda till att eventuella brister i angivet avseende rättas till.²¹

Yttrande

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

¹⁷ Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478.

¹⁸ En *formell underrättelse* som riktas till en medlemsstat utgör det första formaliserade steget i ett av EG-kommissionen initierat överträdelseförfarande, om kommissionen anser att en medlemsstat har underlåtit att uppfylla en skyldighet enligt fördraget. Det andra steget i förfarandet utgörs av ett *motiverat yttrande*, där EG-kommissionen, efter att ha tagit del av medlemsstatens synpunkter, framför krav på rättelse i visst avseende. Om den berörda staten sedan inte rättar sig efter yttrandet inom den tid som kommissionen har angivit, får kommissionen enligt artikel 226/EG föra ärendet vidare till EG-domstolen. EG-kommissionen skall ange det standardbelopp eller det vite som den med hänsyn till omständigheterna anser det lämpligt att den berörda medlemsstaten skall betala. Det slutliga beslutet avseende åläggande av de straffavgifter som föreskrivs i artikel 228/EG fattas av domstolen inom ramen för en särskild process mot medlemsstaten. Straff- och vitesbelopp som i dessa fall kan komma ifråga kan med hänsyn till överträdelseernas art och övriga omständigheter bli betydande.

¹⁹ EG-kommissionen, skrivelse den 13 december 2006 till Sveriges ständiga representation vid EU (KOM:s ref. SG-Greffe (2007) D/204092, ärendenummer 2006/4900) – svenskt diarienummer Dnr. 17/1616.

²⁰ Konkurrensverket har bl.a. inhämtat tidigare utredningspromemorior från Konkurrenskommissionen. Totalt har hittills 54 slutbedömda ärenden (PM 2) avseende bristande upphandling vid kommunala köp av renhållningstjänster överlämnats från Konkurrenskommissionen till verket.

²¹ Regeringen, skrivelse den 26 september 2007 till EG-kommissionen (Dnr. Fi 2007/5441).

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 framgår att Hylte kommun har tecknat avtal med Halmstads Renhållnings AB (senare Halmstads Energi och Miljö AB) om att bolaget mot fakturerad ersättning skall tillhandahålla kommunen tjänster för behandling av brännbart hushållsavfall.

Någon annonsering eller infordran av konkurrerande anbud har inte föregått avtalet, utan detta har tecknats direkt mellan kommunen och bolaget. Med utgångspunkt i hittills genomförd fakturering kan avtalets s.k. kontraktsvärde (fyraårsvärdet) uppskattas till drygt 7 miljoner kronor. Avtalets verkliga värde under hela kontraktstiden på 10 år är emellertid väsentligt högre.

Upphandlingen avser renhållningstjänster till ett så högt sammanlagt kontraktsvärde att de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU skall tillämpas. Enligt detta regelverk 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 på lika villkor att lämna anbud.

Som framgår av EG-domstolens ovan refererade avgörande i *Kommissionens mot Tyskland* undantar den omständigheten att kommunen eventuellt kan ha trott sig veta att enbart Halmstads Renhållnings AB kan komma ifråga för anbudsgivning avseende aktuella tjänster inte kommunen från skyldigheten att ändå genomföra ett offentligt upphandlingsförfarande enligt LOU. Även om kommunen anser sig övertygad om att det råder kapacitetsbrist eller att konkurrensen av andra skäl är dålig eller till och med helt satt ur spel, måste upphandling annonseras. Genom ökad efterfrågan stimuleras utbudet och därmed konkurrensen. Kommer det vid en korrekt genomförd upphandling inte in några anbud eller några lämpliga anbud får kommunen istället övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Först under sådant förhållande kan kommunen vända sig direkt till en viss leverantör, exempelvis Halmstads Renhållnings AB (Halmstads Energi och Miljö AB), och förhandla direkt om kontrakt i upphandlingen. Dessa förutsättningar har emellertid inte varit uppfyllda i det aktuella fallet.

Någon lagstadgad ensamrätt som medför att endast Halmstads Renhållnings AB (Halmstads Energi och Miljö AB) kan komma ifråga för anbudsgivning till Hylte kommun föreligger inte och förutom detta bolag finns det på den allmänna marknaden flera företag som borde kunna komma ifråga för anbudsgivning avseende behandling av brännbart avfall.

Någon synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte heller beror på Hylte kommun har inte ens påståtts föreligga vid tidpunkten för det aktuella kontraktet 2002. 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 Halmstads Renhållnings AB (Halmstads Energi och Miljö 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 upphandlingen skulle istället ha genomförts i enlighet med lagens av EG-direktiv styrda bestämmelser.

Avtalet mellan Hylte kommun och Halmstads Renhållnings AB (Halmstads Energi och Miljö AB) har således kommit till i strid mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Konkurrensen har därmed snedvridits samtidigt som förtroendet för kommunen som upphandlare har undergrävt. På grund av det icke obetydliga värde som avtalet omfattar medför förfarandet även risk för att Sverige kan komma att fällas för fördragsbrott i EG-domstolen.