

PM-2 2003-06-18

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

*Nacka kommun har, utan något offentligt upphandlingsförfarande, köpt tjänster för omhändertagande av avfall från ett privat företag för c:a 7,2 miljoner kronor per år.*

Nacka kommun har genom tekniska nämnden den 19 mars 2003 beslutat att godkänna ett förslag till avtal med det huvudsakligen privatägda "AB Fortum Värme samägt med Stockholms stad" (nedan Fortum Värme) om omhändertagande av kommunens hushållsavfall för energiåtervinning (Dnr. 2002/39).

För närvarande har Nacka kommun ett avtal med Sita Sverige AB om mottagning och behandling av hushållsavfall. Detta avtal löper enligt uppgift ut i mars 2005.

Avtalet med Fortum Värme avser tiden den 1 april 2003 till och med den 30 juni 2014 med automatisk förlängning i perioder om fem år om avtalet inte sägs upp minst två år i förväg. I beaktande av den faktiska löptiden, efter mars 2005 då avtalet med Sita Sverige AB löper ut, uppgår avtalstiden till drygt 9 år exklusive förlängningsår (9 + 5 (+5 +5...) år). Nacka kommun förbinder sig enligt avtalet att leverera minst 70 procent av fallande mängd hushållsavfall d.v.s. "brännbart säck- och kärhämtat hushållsavfall samt brännbar fraktion ur hushållens grovavfall" till Fortum Värme, vilket åtar sig att ta emot nämnda hushållsavfall för destruktion. För dessa tjänster skall kommunen för tiden till och med 2005 betala AB Fortum Värme en ersättning motsvarande 450 kr per ton inlevererat avfall (§ 5 samt bilaga 4 till avtalet)<sup>[1]</sup>.

Fortum Värme<sup>[2]</sup> ägs gemensamt av Fortum Sverige AB och Stockholms stad, varav det privatägda Fortum AB är majoritetsägare med 90,9 procent och tillsätter genom ett aktieägaravtal fyra av styrelsens totalt tio ordinarie ledamöter.<sup>[3]</sup> Bolaget bedriver verksamhet med fjärrvärme och fjärrkyla samt stadsgasrörelse, huvudsakligen i Stockholmsområdet<sup>[4]</sup>.

Nacka kommuns avtal med Fortum Värme har föranletts av att deponering av organiskt avfall är förbjudet från och med den 1 januari 2005<sup>[5]</sup>.

I en tjänsteskrivelse den 5 mars 2003<sup>[6]</sup> föreslog nämnddirektören att tekniska nämnden skulle godkänna det mellan nämndkontoret och Fortum Värme framförhandlade avtalsförslaget. Av tjänsteskrivelsen framgår att upphandlingen har genomförts som en "förhandlingsupphandling"<sup>[7]</sup> samt att den relativt långa avtalstiden (nio år exklusive förlängningsperioder) motiveras bl.a. av att "det måste vara önskvärt för [Fortum Värme], att teckna ett relativt långsiktigt avtal med tanke på den stora investering som det innebär att bygga en avfallsförbränningsanläggning".

Vid sammanträde den 19 mars beslutade tekniska nämnden i enlighet med nämnddirektörens skrivelse, att "godkänna avtalet med [Fortum Värme]". Av nämndens protokoll framgår att "Upphandlingen har skett som en direktupphandling med följande motivering. Den aktuella förbränningsanläggningen ligger på ett geografiskt avstånd som gör att omlastning inte behövs. Prisbilden för dessa tjänster är offentliga och nämndkontoret har undersökt villkoren som konkurrerande förbränningsalternativ. De närmaste anläggningarna i närheten av Stockholm finns i Norrköping, Linköping och Uppsala vilket skulle innebära både omlastning samt miljöpåverkan på grund av långa transporter som kan undvikas om Högdalsalternativet väljs. Detta är ett miljökrav som är kopplat till kontraktsföremålet i enlighet med EU-direktivet om offentlig upphandling [Nytt stycke] Direktupphandlingen uppfyller LOU:s krav på affärsmässighet. Föreliggande avtalsförslag innebär den totalekonomiskt mest fördelaktiga lösningen som ligger i linje med kommunens miljöpolicy".

Den beräknade volymen hushållsavfall som Fortum Värme skall ta emot varje år anges i avtalet till c:a sexton tusen ton per år<sup>81</sup>. Avtalets värde kan med ledning av det i prisbilagan angivna priset på 450 kronor per ton således uppskattas c:a 7,2 miljoner kronor per år, eller drygt 100 miljoner kronor för avtalets faktiska löptid (c:a 9 år) inklusive en förlängningsperiod (totalt 14 år).

#### Gällande rätt

Kommunernas ansvar för renhållning m.m. regleras genom miljöbalken – MB, avfallsförordningen (2001:1063), förordningen (2001:512) om deponering av avfall samt genom kommunala renhållningsordningar och avfallsplaner.

Av 15 kap. 8 § första stycket andra punkten MB framgår att samtliga kommuner är skyldiga att se till att allt hushållsavfall inom deras område återvinns eller bortförskaffas. Enligt 15 kap. 20 § samma lag får regeringen, om det behövs av återanvändnings- eller återvinnings-skäl eller andra hälso- eller miljöskäl, meddela föreskrifter om förbud mot deponering av brännbart och organiskt avfall. Av 20 § avfallsförordningen samt 9 och 10 §§ förordningen om deponering av avfall följer att utsorterat brännbart avfall inte får deponeras samt att, efter den 1 januari 2005, inte heller organiskt avfall får deponeras.

Den s.k. kommunala renhållningsskyldigheten enligt 8 § MB stadgar en obligatorisk skyldighet för kommunerna att tillse att hushållsavfall (1) insamlas och transporteras till en behandlingsanläggning, samt att avfallet (2) återvinns eller bortskaffas<sup>91</sup>. 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 denna tjänst. Skulle kommunen välja att mot ersättning uppdra åt någon annan, t.ex. ett fristående renhållningsföretag, att för kommunen räkning omhänderta hushållsavfall för återvinning eller bortförskaffande äger lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU, tillämpning.

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 1,741 miljoner kronor<sup>101</sup>, skall upphandling ske enligt bestämmelserna i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU. Lagens bestämmelser bygger i angivet avseende på EG/ministerrådets direktiv 92/50/EEG, det s.k. tjänstedirektivet. Understiger upphandlingens värde angivet tröskelbelopp skall denna istället handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§, 6 kap. samt 7 kap. LOU.

Med upphandling avses enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU alla köp av tjänster. Stadgandet är därvid undantagslöst. Någon möjlighet för kommunerna att utanför upphandlingslagens bestämmelser ”överföra” uppdrag att mot ersättning tillhandahålla kommunen eller dess innevånare t.ex. renhållningstjänster föreligger inte enligt svensk rätt.<sup>111</sup>

För tjänsteupphandlingar föreligger, beroende på upphandlingens värde, enligt 5 kap. 12 § eller 6 kap. 2 § första stycket samt 2a § LOU en obligatorisk skyldighet för de upphandlande enheterna att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar. Samtliga företag som tillhandahåller aktuella tjänster (leverantörer) skall därvid lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (anbudsansökan). Under följande förutsättningar kan emellertid upphandling undantagsvis formlöst ske direkt från en viss leverantör (se 5 kap. 17 och 19 §§ eller 6 kap. 2 § andra stycket samt 2 b § LOU):

- 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.

Vid upphandling av tjänster föreligger även enligt 5 kap. 2 § LOU undantag från lagens bestämmelser i sin helhet om köpet sker från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt att utföra tjänsten.

Någon annan möjlighet att upphandla tjänster direkt från en viss leverantör föreligger inte. Det förhållandet att en upphandlande enhet tror sig veta att aktuell vara eller tjänst enbart kan tillhandahållas av viss leverantör utgör således inte skäl för att underlåta att inleda ett formellt upphandlingsförfarande<sup>[12]</sup>.

Av EG-domstolens praxis framgår att en upphandlande myndighet kan beakta miljöskyddskriterier i olika skeden av ett upphandlingsförfarande<sup>[13]</sup> och att det inte kan uteslutas att ett *tekniskt skäl* (se 5 kap. 17 § LOU) rörande miljöskydd får beaktas för att bedöma om upphandlingskontraktet i fråga kan tilldelas en viss tjänsteleverantör. Det förfarande som används på grund av att det föreligger ett sådant tekniskt skäl skall emellertid vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte skall ske i konkurrens. I ett avgörande (C-28/01) – vilken liksom förevarande fall rörde en kommunal upphandling tjänster för avfallsförbränning direkt från viss leverantör under återopande av ungefär samma argument som anförts av Nacka kommun – konstaterade EG-domstolen att tillräckliga skäl för att genomföra upphandlingen som en förhandlat förfarande utan föregående annonsering inte förelåg<sup>[14]</sup>. Bland annat uttalade domstolen att det förhållandet att en tjänsteleverantör är verksam i närheten av en kommun inte ensamt utgöra ett tekniskt skäl i den mening som avses i tjänsteupphandlingsdirektivets motsvarighet till 5 kap. 17 § LOU.

Ett köp som genom åsidosättande av upphandlingslagens bestämmelser har skett direkt från en viss leverantör kan enligt 7 kap. 1 § LOU överprövas av allmän förvaltningsdomstol (länsrätt). Domstolen kan därvid förordna att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse skett (7 kap. 2 § LOU). Har kontrakt hunnit tecknas med viss leverantör utgör denna omständighet enligt 7 kap. 1 § andra stycket LOU normalt hinder mot domstolens vidare överprövning av upphandlingen. Otillåtna direktupphandlingar skall enligt ett förarbetsuttalande emellertid kunna överprövas i domstol trots att kontrakt redan tecknats. Detta sammanhänger med att den legala frist under vilken överprövning alltid kan ske som regel aldrig upphör att löpa vid en otillåten direktupphandling<sup>[15]</sup>.

Enligt 7 kap. 6 § LOU kan en upphandlande enhet som inte följt lagens bestämmelser dömas att 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*)<sup>[16]</sup>. Talan om skadestånd kan enligt samma kapitel 8 § väckas av leverantör vid allmän domstol (tingsrätt) inom ett år från den dag då kontrakt i upphandlingen föreligger.

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

Nacka kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet. Som svar på kommissionens preliminära rapport har kommunen ingivit en kopia av ett yttrande till länsrätten i Stockholms län, av vilken framgår att kommunen menar att förutsättning enligt 5 kap. 2 § LOU föreligger för kommunen att inte tillämpa lagen om offentlig upphandling. Till stöd härför anförs att Fortum Värme enligt kommunens uppfattning är en "upphandlande enhet" och att de aktuella tjänsterna omfattas av kommunalt monopol.

### 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.

Nacka kommun har utan att iaktta något offentligt upphandlingsförfarande beslutat att teckna avtal direkt med Fortum Värme om köp av tjänster för omhändertagande av avfall för ett värde uppgående till c:a 7,2 miljoner kronor per år.

Det aktuella avtalet avser s.k. A-tjänster till ett värde som väsentligt överstiger gällande tröskelvärde enligt lagen om offentlig upphandling. De av EG-direktiv styrda bestämmelserna om tjänsteupphandling i upphandlingslagens 5 kap. skulle därför ha iakttagits. Fortum Värme är inte någon "upphandlande enhet" i lagens mening och någon lagstadgad eller annan ensamrätt för Fortum Värme att tillhandahålla Nacka kommun de aktuella renhållningstjänsterna föreligger inte. Någon laglig möjlighet för kommunen att bortse från att iaktta upphandlingslagens regler har således inte förelegat.

Kommunen har haft god tid på sig att förbereda en upphandling sedan lagändringen om förbud mot deponi av avfall beslutades av riksdagen år 2001, varför sådan synnerlig brådska som skulle motivera ett avsteg från upphandlingslagens huvudregel inte kan anses föreligga.

Några tekniska skäl som skulle kunna motivera påståendet att upphandlingskontraktet endast kunde tilldelas Fortum Värme eller att bortskaffandet måste ske på en närbelägen plats, har inte ens påståtts föreligga. Nacka kommun har t.ex. inte visat på vilket sätt en längre transportsträcka för avfallet nödvändigtvis skulle utgöra någon fara för miljön och folkhälsan.

Någon tilläggsbeställning eller upprepning av tjänster som tidigare upphandlats är det i förevarande fall inte fråga om.

Någon möjlighet för kommunen att "förhandlingsupphandla" eller "direktupphandla" de aktuella tjänsterna har således inte förelegat. En offentlig upphandlingstävling skulle istället ha utlysts genom annons i Europiska gemenskapernas officiella tidning där andra företag än Fortum Värme skulle lämnas möjlighet att inkomma med anbud.

Nacka kommun har genom att utan offentligt upphandlingsförfarande köpa de aktuella renhållningstjänsterna direkt från Fortum Värme ha åsidosatt kravet på affärsmässighet enligt lagen om offentlig upphandling och bakomliggande EG-direktiv till skydd för konkurrensen mellan företag. Förutsättningarna för en effektiv konkurrens på den aktuella marknaden för renhållningstjänster riskerar därmed att ha snedvridits.

- <sup>[1]</sup> För tiden från och med den 1 januari 2006 och tills vidare skall priset justeras i enlighet med en särskild formel (se bilaga 4 till avtalet mellan Nacka kommun och Fortum Värme).
- <sup>[2]</sup> AB Fortum Värme samägt med Stockholms stad; bolaget är den 14 februari 1919 infört i Patent- och registreringsverkets (PRV) bolagsregister under registreringsnummer 556016-9095. Tidigare firma har varit AB Undesim. Senaste firma har varit Birka Värme Stockholm AB. Nu gällande firma registrerades den 26 november 2002; Nuvarande bolagsordning registrerades den 11 oktober 2002, enligt vilken bolaget har som föremål för verksamhet att ”*uppföra, äga och driva produktionsanläggningar och distributionssystem för att äga, förvalta och utveckla anläggningar och system för produktion, distribution och försäljning av värme, kyla och gas samt bedriva därmed förenlig verksamhet*”.
- <sup>[3]</sup> Av en redovisning från Fortum Värme ”Inblick”, publicerad 2003 framgår att ”Stockholms stad har genom minoritetsägande och ägaravtal ett 50-procentigt inflytande”. Av styrelsens totalt tio ledamöter utses fyra ledamöter (varav styrelsens ordförande) på förslag av Fortum Sverige AB, fyra ledamöter utses på förslag av Stockholms stad och två ledamöter utses på förslag av inom företaget verksamma fackliga organisationer.
- <sup>[4]</sup> Se Fortum AB:s hemsida på internet [www.fortum.se](http://www.fortum.se).
- <sup>[5]</sup> Se 9 och 10 §§ förordningen (2001:512) om deponering av avfall, enligt vilken utsorterat brännbart avfall samt organiskt avfall inte får deponeras. Förbudet mot deponi av utsorterat brännbart avfall trädde i kraft den 1 januari 2002, medan motsvarande förbud avseende organiskt avfall träder i kraft först den 1 januari 2005 (se gällande övergångsbestämmelser).
- <sup>[6]</sup> Nacka kommun, tjänsteskrivelse den 5 mars 2003, från nämnddirektören till tekniska nämnden, tre sidor.
- <sup>[7]</sup> Se tjänsteskrivelsen sidan 1, femte stycket, slutet.
- <sup>[8]</sup> Se bilaga 1 och 2 ”Leveransplan” till avtalet mellan Nacka kommun och Fortum Värme.
- <sup>[9]</sup> Det kommunala s.k. renhållningsmonopolet omfattar emellertid bara insamlingen och transporten av avfallet (jfr 15 kap. 21 § MB). Själva omhändertagandet (återvinningen eller bortförskaffandet) av avfall ligger således utanför detta monopol och regleras på annat sätt.
- <sup>[10]</sup> Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från den 1 januari 2002, vid upphandlingar av varor och tjänster
- <sup>[11]</sup> Detta har tydligt klargjorts av Nämnden för offentlig upphandling (NOU) i flera tillsynsärenden, bland annat i ett avgörande (dnr. 1998/ 221-26 där Göteborgs stad genom konsortialavtal med ett antal mindre kranskommuner hade träffat överenskommelse om vissa förhållanden i det gemensamt ägda renhållningsföretaget Renova AB. I avtalet förband sig Göteborgs stad att utan upphandling köpa tjänster från Renova. I ett separat entreprenadavtal uppdrog Göteborgs stad vidare åt Renova att bl.a. omhänderta det avfall som Göteborgs stad vid varje tillfälle (enligt gällande renhållningsbestämmelser) var ansvarigt för. I sin utredning konstaterade NOU det renhållningsavtal som tecknats mellan Göteborgs stad och Renova omfattades av reglerna om offentlig upphandling. Göteborgs stad borde därför ha upphandlat tjänsterna avseende avfallshantering och avfallsbehandling i enlighet med reglerna i lagen om offentlig upphandling (se NOU-info dec-1999, sid. 15 ff).
- <sup>[12]</sup> Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i ett avgörande den 1 april 2003 avseende en tjänsteupphandling enligt 6 kap. LOU uttalat att ”*Något undantag för det fall en upphandlande enhet känner till marknaden så väl att den kan avgöra att endast en leverantör kan uppfylla dess krav finns inte i kapitlet*”.
- <sup>[13]</sup> Se EG-domstolens dom av den 17 september 2002 i mål C-513/99, Concordia Bus Finland, (REG 2002, s. I-7213, punkt 57).
- <sup>[14]</sup> Se EG-domstolens dom av den 10 april 2003 i mål C-28/01 Europeiska gemenskapernas kommission ./. Förbundsrepubliken Tyskland, punkterna 64-66).
- <sup>[15]</sup> När beslut om leverantör och anbud fattats skall den upphandlande enheten enligt 1 kap. 28 § LOU lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare om beslutet och skälen för det. Den upphandlande enheten har därefter minst tio dagar på sig att anhängiggöra talan om överprövning vid allmän förvaltningsdomstol samt att hos domstolen utverka beslut om vidare verkställighetsförbud (inhibition) mot upphandlingen. Skulle domstolen inom den angivna tiodagarsfristen besluta om inhibition utgör den omständigheten att kontrakt redan tecknats inte hinder för fortsatt prövning av upphandlingen. Så kallade otillåtna direktupphandlingar kännetecknas av att något tilldelningsbeslut enligt 1 kap. 28 § LOU aldrig skickas ut av den upphandlande enheten. Någon tiodagarsfrist börjar således aldrig att löpa. I sin kommentar till bestämmelsen om tiodagarsfrist enligt 7 kap. 1 § tredje stycket LOU konstaterade föredragande departementschefen att ”*Om förutsättningar för direktupphandling inte föreligger gäller såväl bestämmelsen i 1 kap. 28 § som tredje stycket i den här aktuella bestämmelsen. Vid otillåten direktupphandling kan en leverantör således begära överprövning av upphandlingen även om avtal slutits med en annan leverantör, så länge kraven på upphandlingskontrakt och tidsfrist i tredje stycket inte är uppfyllda*” (se prop. 2001/02:142 sid. 102).
- <sup>[16]</sup> Prop 1992/93:88, sid. 103