

PM 2 2007-04-25 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Härjedalens kommun har utan föregående infordran av konkurrerande anbud på marknaden beslutat teckna avtal om köp av tjänster för avfallsförbränning m.m. från ett bolag som ägs av en annan kommun.

Härjedalens kommun, tekniska nämnden, uppdrog vid sammanträde den 1 juni 2006 (Tn § 31/06) till kommunens va-ingenjör att förhandla fram ett avtal om förbränning av avfall. Vid sammanträde den 20 februari 2007 (Tn § 13/07) presenterades ett förslag till avtal med Bollnäs Energi AB, vilket nämnden beslutade godkänna samt uppdrog till va-ingenjören att underteckna. Det är för närvarande oklart om beslutet har verkställts genom slutligt undertecknande av avtal.

Bollnäs Energi AB¹, ägs av Bollnäs kommun. Enligt förslaget till avtal skall bolaget under perioden den 1 april 2007 till och med den 31 december 2009, med automatisk förlängning i perioder om ett år i taget vid utebliven uppsägning (2 och 3/4 år + 1 år + 1 år...) omhänderta årligen c:a 2.000 ton hushållsavfall som Härjedalens kommun samlar in.

För således utförda tjänster skall kommunen erlägga ersättning med 689 kronor per ton hushållsavfall.² Priset regleras med hänsyn till förändringar i renhållningsindex R77, med oktober 2006 som basmånad. Därutöver kan Bollnäs Energi AB, till ett i avtalsförslaget icke närmare angivet belopp, begära ersättning för balning av avfallet sommartid.

Någon annonserad upphandling har aldrig ägt rum. I en skrivelse till Konkurrenskommissionen uppger kommunen att ”beroende på kapacitetsbrist att förbränna avfall från [Härjedalen] inom det område som hänförs till regionen, alltså länet och omgivande län har kommunen sedan lagstiftning om deponiförbud infördes varit tvungen att på dispens deponera sitt hushållsavfall. När Sundsvalls värmeverk Reko ökade sin kapacitet inför 2007 förändrades situationen. Efter muntlig förfrågan till aktuella värmeverk bl a Reko var det endast på värmeverket i Bollnäs det finns kapacitet att förbränna en del av kommunens hushållsavfall. Kommunen ansåg det inte meningsfullt att genomföra en regelrätt upphandling och tekniska nämnden beslöt [...] att teckna avtal med Bollnäs Energi. Resterande avfall måste fortfarande deponeras om dispens medges. Med dom förutsättningarna finns ingen fungerande marknad eftersom lagstiftningen indirekt tvingar kommunen till förbränning när kapacitet för det finns.”³

Med tillämpning av gällande beräkningsbestämmelser⁵ kan det samlade s.k. kontraktsvärdet av upphandlingen uppskattas till c:a 14.000 kronor per månad, eller totalt c:a 5,4 miljoner kronor (balningskostnaderna oräknade).

Förutom Bollnäs Energi AB finns det på marknaden för behandling av avfall privata leverantörer som kan lämna anbud.

Gällande rätt

Kommunernas ansvar för renhållning m.m. regleras genom miljöbalken – MB, avfallsförordningen (2001:1063) samt genom kommunala renhållningsordningar och avfallsplaner.

¹ Bollnäs Energi AB, med organisationsnummer 556712-5314, bildades den 11 september 2006 och registrerades av Bolagsverket den 9 oktober samma år. Nu gällande firma antogs den 29 januari 2007. Tidigare firma var Starta Eget Boxen 7940 AB. Gällande bolagsordning antogs den 19 december 2006. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 5.000.000 kronor och fördelas på 1.000 aktier med nominellt värde på vardera 5.000 kronor. Föremålet för bolagets verksamhet består enligt gällande bolagsordning av att ”.... inom Bollnäs kommun producera och distribuera fjärrvärme samt därmed förenlig verksamhet”.

² Priset inkluderar deponiskatt på 435 kr/ton för askan från levererat avfall. Dessutom ingår i dag gällande förbränningskatt. Eventuella framtida förändringar av skatter eller miljöavgifter tillkommer till mottagningsavgiften. Askan från avfallet beräknas härvid schablonmässigt som 20 procent av vikten av det levererade avfallet.

³ Härjedalens kommun, Tekniska kontoret, skrivelse till Konkurrenskommissionen den 7 mars 2007.

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. Sedan den 1 januari 2002 råder förbud att deponera utsorterat brännbart avfall och, sedan den 1 januari 2005, förbud att deponera även organiskt avfall.⁴

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.

All offentlig upphandling och vad som därmed äger samband regleras 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 A till lagen, vilka om det samlade kontraktsvärdet⁵ av upphandlingen överstiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,826 miljoner kronor⁶ skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU. Understiger kontraktsvärdet angivet tröskelbelopp skall handläggning istället ske enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU.

Lagens bestämmelser bygger i angivet avseende på Europeiska rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster, det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet⁷, och på de allmänna principer som bär upp den centrala gemenskapsrätten. 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 av leverantörer får inte ensidigt gynnas.

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*”⁸. Tillsyn över lagen utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).⁸

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.⁹

⁴ Se 9 och 10 §§ förordningen (2001:512) om deponering av avfall jämte punkten 1 i övergångsbestämmelserna.

⁵ 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.

⁶ Se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Gällande tröskelvärde från och med den 1 januari 2006..

⁷ Sedan tillkomsten av LOU har det gemenskapsrättsliga regelverket på området för offentlig upphandling emellertid ändrats. Numera regleras upphandlingar inom den s.k. klassiska sektorn (exempelvis tjänsteupphandlingar) genom Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EEG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiskaupphandlingsdirektivet). Det nya direktivet trädde i kraft med för Sverige bindande s.k. direkt effekt per den 1 februari 2006. De materiella bestämmelserna och den principiella uppbyggnaden är i allt väsentligt densamma i det nya direktivet som i LOU.

⁸ Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.

⁹ 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

Kommunal samverkan utan mellankommande upphandling har på uppdrag av regeringen¹⁰ nyligen utretts av Upphandlingsutredningen, vilken i sitt slutbetänkande ”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”.¹¹

Någon möjlighet för kommuner eller kommunala företag att utan mellankommande upphandling köpa och sälja tjänster mellan varandra föreligger således inte enligt gällande rätt.¹²

För närvarande prövar EG-domstolen, på talan av Europeiska kommissionen, ett mål om fördragsbrott mot Tyskland i anledning av att ett antal tyska kommuner under återopande av kommunalt självstyre hade ingått avtal med ett fristående offentligt styrt organ, utan föregående upphandlingsförfarande och utan anbudsinfordran i hela gemenskapen.¹³

LOU 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 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 åtminstone försöka att infordra konkurrerande anbud genom ett offentligt upphandlingsförfarande.

I målen *Kommissionen ./. 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 återopades) måste

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.

¹⁰ Se dir. 2004:47, jämte tilläggsdirektiven, dir. 2005:39.

¹¹ Se SOU 2006:28, ”Nya upphandlingsregler 2” avsnittet 7.12 ”Kommunal samverkan” (s. 264).

¹² 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.

¹³ Se EG-domstolen, talan i målet *Kommissionen mot Tyskland* (C-480/06). Kommissionen angav bland annat följande: ”Såsom [EG-domstolen] uttryckligen har slagit fast är direktiven om offentlig upphandling tillämpliga när en upphandlande myndighet avser att skriftligen ingå ett oneröst avtal om leverans av varor med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet. Det föreligger enligt kommissionen inte några omständigheter som motiverar att förevarande avtal tilldelas fritt efter ett förhandlat förfarande utan föregående anbudsinfordran. Kommissionen delar inte heller den tyska regeringens uppfattning att kommunala sammanslutningar, oavsett deras rättsliga form, till följd av det kommunala självstyret kan undgå att omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling. Rätten till kommunalt självstyre kan nämligen inte medföra att lokala myndigheter har rätt att inte beakta föreskrifterna om offentlig upphandling. När sådana lokala myndigheter sluter tjänsteavtal med andra organ, även om dessa också är upphandlande myndigheter, omfattas de av bestämmelserna om offentlig upphandling. Den tyska regeringen har enligt kommissionen inte styrkt att förevarande tjänsteavtal av tekniska skäl endast kan tillhandahållas av en viss tjänsteleverantör”.

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.¹⁴

Oberoende av om upphandlingen hänför sig till den av EG-direktiv styrda sektorn eller ej, föreligger det 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” 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 brådskad 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 slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen”.¹⁵

¹⁴ 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.

¹⁵ Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478.

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.

Yttrande

Härjedalens 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.

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 i ärendet framgår att Härjedalens kommun beslutat teckna avtal med Bollnäs Energi AB om att bolaget mot fakturerad ersättning skall tillhandahålla kommunen tjänster för behandling av hushållsavfall. Någon annonsering eller infordran av konkurrerande anbud har inte föregått det aktuella avtalet, utan detta har tecknats direkt mellan kommunen och bolaget.

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. Upphandlingen skall därefter annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) varvid samtliga intresserade leverantörer skall beredas möjlighet att på lika villkor lämna konkurrerande anbud.

Någon lagstadgad ensamrätt som medför att endast Bollnäs Energi AB kan komma ifråga för anbudsgivning föreligger inte och som bl.a. framgår av det ovan refererade avgörandet *Kommissionen mot Tyskland* medför den omständigheten att kommunen tror sig veta att endast Bollnäs Energi AB kan komma ifråga för aktuella leveranser inte något undantag. Kommunens påstående om bristande konkurrens saknar således betydelse för skyldigheten att ändå annonsera upphandlingen.

Det lär inte heller skapas någon fungerande regional konkurrens så länge Härjedalens kommun håller inne med sin efterfrågan och underlåter att annonsera sina upphandlingar, utan i stället tilldelar aktuella uppdrag direkt till en viss leverantör. Förutom Bollnäs Energi AB finns det på marknaden ett flertal privata företag som kan komma ifråga för anbudsgivning avseende värmebehandling av hushållsavfall.

Någon synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte heller beror på Härjedalens kommun, har inte förelegat. Uppdraget att förhandla fram ett avtal lämnades till kommunens va-ingenjör så tidigt som i början av juni 2006. Kommunen har således haft god tid på sig att genomföra ett offentligt upphandlingsförfarande. Någon tidigare konkurrensupphandling har inte genomförts och det är vare sig fråga om tilläggsbeställningar eller upprepningsarbeten. Det är inte heller så att aktuella tjänster av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras endast av Bollnäs Energi 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 upphandling skall genomföras i enlighet med lagens av EG-direktiv styrda bestämmelser.

Det av Härjedalens kommun beslutade avtalet med Bollnäs Energi AB strider därmed mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Den för lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EG-direktiv centrala likabehandlingsprincipen har åsidosatts samtidigt som konkurrensen på marknaden för renhållningstjänster har snedvridits. Genom förfarandet riskerar Sverige dessutom att bli föremål för process om fördragsbrott i EG-domstolen.