

PM 2 2007-06-14 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direktupphandling i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning - barteravtal). Även fråga om ett kommunalt bolags verksamhet med att ta om hand hushållsavfall utanför den kommunala kompetensen för ägarkommunerna.

Ett kommunalt renhållningsbolag har utan föregående infordran av konkurrerande anbud på marknaden tecknat avtal om byte av tjänster för omhändertagande av avfall med ett bolag som ägs av andra kommuner. Aktuella tjänster tillhandahålls i strid mot gällande bolagsordning och ägarinstruktion samt mot kommunallagens reglering.

Det av kommunerna Burlöv, Kävlinge, Lomma, Lund, Malmö, Simrishamn, Sjöbo, Skurup, Staffanstorp, Svedala, Tomelilla, Trelleborg, Vellinge och Ystad¹ gemensamt ägda renhållningsföretaget Sydskanes Avfallsaktiebolag (SYSAV)² har den 16 och 24 juni 2003 tecknat kontrakt, rubricerat som "SAMARBETSAVTAL" (nedan Samarbetsavtalet), med ett annat interkommunalt bolag, Mellanskanes Renhållningsaktiebolag (MERAB)³ som ägs av kommunerna i Eslöv, Hörby och Höör⁴.

SYSAV har enligt gällande bolagsordning till föremål för sin verksamhet att "svara för den regionala avfallshanteringen inom verksamhetsområdet för delägarkommunerna", vilket även utgör det kommunala ändamålet med bolagets verksamhet.⁵

Enligt Samarbetsavtalet skall MERAB från SYSAV, under perioden den 1 juli 2003 till och med den 30 juni 2006, med automatisk förlängning i perioder om tre år vid utebliven uppsägning (3år+3år...), ta emot och behandla maximalt 6.000 ton biologiskt avfall⁶ per år. Som motprestation skall SYSAV från MERAB ta emot och förbränna maximalt 12.000 ton sorterat hushållsavfall per år.

Faktiska avfallsmängder och prognoser skall stämmas av mellan parterna minst två gånger per år och förekommande transporter skall så långt möjligt samordnas.

Några pris- eller ersättningsuppgifter framgår inte av Samarbetsavtalet förutom att avtalade prestationer skall utföras ömsesidigt. Eventuella skatter för det avfall som mottages av MERAB respektive SYSAV skall delas lika mellan levererande och mottagande part. Därutöver skall levererande part själv svara för sina transportkostnader.

Någon annonserad upphandling har aldrig föregått Samarbetsavtalet mellan SYSAV och MERAB och uppsägning av avtalet har veterligen inte skett.

¹ SYSAV grundades av kommuner verksamma i Sydvästra Skånes kommunalförbund.

² Sydskanes Avfallsaktiebolag (SYSAV), med organisationsnummer 556187-0410, registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 1 april 1974; Nuvarande firma registrerades 1 mars 2004. Tidigare firma har varit Sydvästra Skånes avfallsaktiebolag (SYSAV). Gällande bolagsordning antogs den 5 december 2003. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 33 miljoner kronor och fördelas på 33.000 aktier à 1.000 kronor. Bolaget som har sitt säte i Malmö ägs sedan den 1 januari 2004 gemensamt av kommunerna Burlöv, Kävlinge, Lomma, Lund, Malmö, Simrishamn, Sjöbo, Skurup, Staffanstorp, Svedala, Tomelilla, Trelleborg, Vellinge och Ystad.

³ Mellanskanes Renhållningsaktiebolag (MERAB), med organisationsnummer 556187-0410, registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 16 oktober 1981; Nuvarande firma registrerades 22 januari 1982 och gällande bolagsordning antogs den 8 februari 2000. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 2 miljoner kronor och fördelas på 2.000 aktier à 1.000 kronor. Bolaget, som har sitt säte i Eslöv, ägs gemensamt av kommunerna Eslöv, Hörby och Höör. Enligt gällande bolagsordning har bolaget till föremål för sin verksamhet att "insamla, förvara, transportera och omhändertaga avfall och -försälja utvunna produkter samt tjänster inom miljö- och avfallsområdet".

⁴ MERAB har grundats av kommuner verksamma i Mellanskanes kommunalförbund.

⁵ Enligt 3 § konsortialavtal av den 8 och 14 mars 2000 upprättat mellan kommunerna i Burlöv, Kävlinge, Lomma, Lund, Malmö, Staffanstorp, Svedala, Trelleborg och Vellinge samt senare även biträdd av kommunerna i Simrishamn, Sjöbo, Skurup, Tomelilla och Ystad, skall SYSAV ha till (kommunalt) ändamål för sin verksamhet "att svara för den regionala avfallshanteringen inom verksamhetsområdet för delägarkommunerna, driva och utveckla en miljöriktig och kretsloppsanpassad avfallshantering, med målet att maximera återvinningen av material och energi samt minimera deponeringen, att projektera, bygga, utbygga och driva regionala behandlingsanläggningar, inklusive för verksamheten nödvändiga avfallsupplag, att bedriva därmed sammanhängande regional verksamhet [nytt stycke] Till grund för paternas samverkan ligger vidare SYSAV:s regionala Kretsloppsplan varom ägarna gemensamt beslutar".

⁶ Biologiskt avfall omfattar sådant organiskt avfall som innehåller organiskt kol, exempelvis matavfall och produktionsrester från handel och produktion av livsmedel (slaktavfall). Avfallsslaget kan således omfatta såväl hushållsavfall som industriavfall, beroende på ursprung. Se vidare 4 § avfallsförordningen (2001:1063).

Under 2003 uttaxerade SYSAV från sina delägarkommuner en rörlig självkostnad på 410 kronor per ton för mottagning och förbränning av avfall (därjämte tillkom en fast avgift på 17 kronor per kommunmedlem).⁷ Med utgångspunkt i den rörliga självkostnaden för den ersättning i form av tjänster som SYSAV skall tillhandahålla MERAB kan Samarbetsavtalets samlade s.k. *kontraktsvärde* enligt gällande beräkningsbestämmelser¹⁹ uppskattas till minst c:a 410.000 kronor per månad eller totalt c:a 19,6 miljoner kronor⁸. Upphandlingens verkliga värde torde uppgå till ett väsentligt högre belopp. Förutom MERAB finns det på marknaden för behandling av avfall ett flertal tänkbara privata leverantörer, både inom och utom Sverige, som skulle kunna komma ifråga för anbudsgivning.

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.

(I) Förutsättningarna för kommunal drift av verksamhet genom (direkt eller indirekt ägda) kommunala företag regleras genom kommunallagen (1991:900) – KL.

Enligt 3 kap. 16 § KL, som hänvisar till 11 kap. 6 § regeringsformen, får vården av en kommunal angelägenhet med vissa undantag överlämnas till annan utförare, exempelvis ett företag.⁹

Enligt 6 kap. 17 § KL skall vid helägda kommunala bolag kommunfullmäktige fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten, utse samtliga styrelseledamöter och minst en revisor, samt se till att fullmäktige får yttra sig innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattas. Sker överlämnandet till bolag där kommunen eller landstinget bestämmer tillsammans med någon annan (delägda kommunala bolag) skall enligt 3 kap. 18 § KL berörda fullmäktigeförsamlingar se till att bolaget blir bunden av de villkor som avses i 17 § i en omfattning som är rimlig med hänsyn till kommunernas andelsförhållanden, verksamhetens art och omständigheterna i övrigt. Detta kan ske antingen genom att angiven reglering intas i bolagsordning för bolaget eller på annat sätt, exempelvis genom ägarinstruktioner (konsortialavtal).¹⁰

⁷ Under 2003 och 2004 debiterade SYSAV sina delägarkommuner dels en rörlig avgift på 410 kronor per omhändertaget ton brännbart hushållsavfall, dels en fast avgift på 17 kr per kommuninnevärdare. Se SYSAV:s styrelseprotokoll § 54/02 samt § 57/03.

⁸ Månadsvärdet beräknat som 12.000 ton à 410 kronor = 4.920.000 / 12 = 410.000; Totalvärdet är uträknat som 48 x 410.000 kronor = 19.680.000 kronor.

⁹ Den av regeringen tillsatta Kommunalrättskommittén behandlade frågan i betänkandet "*Kommunala bolag och andra särskilda rättssubjekt för kommunal verksamhet*" (SOU 1965:40). När det gäller fakultativ kommunal verksamhet fanns det enligt kommittén stort utrymme för kommunala insatser genom bolag i den mån själva kompetensfrågan var klar. Enbart den omständigheten att ett visst område var specialreglerat i något hänseende behövde enligt kommitténs uppfattning inte utesluta användning av kommunala bolag. - Beträffande de specialreglerade verksamhetsområden där det fanns föreskrifter om att verksamheten skulle handhas av viss kommunal nämnd eller styrelse (socialvård, sjukvård, undervisning) fann kommittén att inte ens på dessa områden var en bolagsform helt utesluten.

¹⁰ Enligt förarbetena till kommunallagen (prop. 1990/91:117, s. 160 ff.) bör ändamålet med verksamheten fastställas i bolagsordningen, men ändamålet kan även fastställas på annat sätt, genom t.ex. ägardirektiv eller dylikt.

Enligt vid tidpunkten gällande bestämmelse i 2 kap. 4 § 1975 års aktiebolagslag (1975:1385) – ABL,¹¹ skall föremålet för ett aktiebolags verksamhet alltid anges i bolagsordningen. Kravet i 3 kap. 17 § KL på angivande av det "kommunala ändamålet" för kommunala bolag skiljer sig något från vad som annars krävdes enligt ABL ("föremålet för verksamheten") i det att det "kommunala ändamålet" även skall innefatta den kommunala målsättningen eller avsikten enligt kommunallagen med den verksamhet som avses bedrivas i bolagsform. Detta mål får till sin karaktär inte avvika från de grundsatser som gäller för övrig kommunal verksamhet eller strida mot de för kommunerna särskilt kompetensbegränsande principerna, bl.a. lokaliseringsprincipen och näringsprincipen (se vidare nedan).¹² Regleringen syftar bland annat till att förhindra att kommunala aktiebolag används som tillflykt för icke kompetensenlig kommunal verksamhet¹³.

Den formella lagligheten av sådana målsättningar som kommunerna fastställer för sina bolag kan bli föremål för laglighetsprövning i domstol. När det gäller den löpande driften finns det inte något motsvarande kontrollinstitut. Lagligheten av individuella beslut i bolagens löpande drift kan således inte prövas särskilt. Det är därför betydelsefullt att kommunerna redan i statuterna för de kommunala bolagen (bolagsordningen eller motsvarande kommunala ändamålsdirektiv) anger tydliga ramar inom vilka de kommunala bolagen har att verka, samt att bolagen håller sig inom dessa.¹⁴

Uppkommande kompetensfrågor om kommunernas och landstingens allmänna befogenheter regleras genom kommunallagen eller anslutande kompetensutvidgande lagstiftning. Kommunal verksamhet har länge omgärdats av ett antal rättsliga grundprinciper. De flesta har vuxit fram genom rättspraxis. En del av dessa har under årens lopp kommit att lagfästas och då framför allt i kommunallagen. Principerna har vuxit fram i syfte att begränsa den kommunalrättsliga kompetensen. Tanken bakom de kommunalrättsliga principerna är, förutom att begränsa den rättsliga kompetensen, att kommuner (och landsting) skall dimensionera sina resurser så att de kan producera den mängd tjänster som de egna innevanarna (kommunmedlemmarna) har behov av. Kommunal verksamhet får således inte dimensioneras i syfte att skapa utrymme för att kunna sälja tjänster till andra.

Enligt 2 kap. 1 § kommunallagen skall kommunerna ta hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens område eller dess medlemmar och som inte skall handhas enbart av staten, en annan kommun, ett landsting eller annan. Bestämmelsen ger bl.a. uttryck, dels för den s.k. *näringsprincipen* om att kommunerna inte skall ägna sig åt verksamheter som skall bedrivas av andra, dels för den s.k. *lokaliseringsprincipen* enligt vilken en kommun inte får engagera sig i verksamheter som riktar sig till andra än de egna kommunmedlemmarna. De kompetensbegränsningar som i angivet avseende gäller för kommuner berör även hel- eller delägda kommunala företag. Det är således inte tillåtet för ett kommunalt bolag att verka utanför den kommunala kompetens som annars gäller för ägarkommunen / ägarkommunerna.

Lokaliseringsprincipen uppställer därigenom vissa hinder mot att kommuner och kommunala bolag säljer tjänster till varandra. Kommunala bolag får som huvudregel således inte ägna sig åt interkommunal entreprenadverksamhet i syfte att bibehålla sysselsättningen för den egna personalen eller för att expandera verksamheten utöver det egna behovet.

Lokaliseringsprincipen har i rättspraxis försetts med viktiga modifieringar som hänger samman med befolkningens rörlighet och ofullkomligheter i kommunindelningen.¹⁵ Vidare har i lag införts

¹¹ 1975 års aktiebolagslag upphörde per den 1 januari 2006 och ersattes då av nya aktiebolagslagen (2005:551). Bestämmelser om föremålet för bolagets verksamhet regleras genom 3 kap. 1 § i den nya lagen.

¹² Se prop. 1990/91:117 s.54).

¹³ Lindqvist, Kommunala befogenheter, fjärde upplagan 1993, sid 83 och 86 f.; Paulsson m.fl. Den nya kommunallagen, 1992, sid. 148 f; Ds 1992:111, Kommunerna som företagsledare, sid. 21.

¹⁴ Se RÅ 1984 ref. 2:25 där det exempelvis inte ansågs räcka med att verksamheten enligt bolagsordningen begränsas genom en allmän hänvisning till ramarna för den kommunala kompetensen.

¹⁵ Se RÅ 1977 ref. 77 (vägtrafik), RÅ 1974 A 2082 (flygtrafik), RÅ 1976 Ab 236 (eldistribution) samt RÅ 1972 C 143 (vattenförsörjning och avloppsrening m.m.).

vissa undantag. Exempelvis får kommunala trafikbolag bedriva linjetrafik utanför kommungränserna.¹⁶ Vidare får kommunala elföretag bedriva produktion av och handel med el eller nätverksamhet för distribution av el eller fjärrvärme utanför kommunens område.¹⁷

På området för kommunal renhållning framgår av vad som under rubriken ”Gällande rätt” nyligen redovisats i propositionen 2005/06:176 ”Kommunernas roll i avfallshanteringen” bl.a. följande:

”En kommuns möjlighet att t.ex. samla in hushållsavfall i en annan kommun begränsas av lokaliseringsprincipen i 2 kap. 1 § kommunallagen (1991:900). Lokaliseringsprincipen innebär att den verksamhet som en kommun bedriver skall ha anknytning till det egna geografiska området eller till de egna medlemmarna. En kommun kan som huvudregel inte ägna sig åt allmän entreprenadverksamhet i syfte att behålla en jämn sysselsättning för den egna personalen eller för att expandera verksamheten utöver den egna kommunens behov” (prop. s. 8).¹⁸

Föredragande departementschefen anför under rubriken ”Undantag från lokaliserings- och självkostnadsprinciperna” vidare:

”Kommuner har ensamrätt till hanteringen av hushållsavfall. Denna ensamrätt innebär att varje kommun är skyldig att se till att det finns kapacitet för omhändertagande av hushållsavfall som uppkommer inom kommunen. För det fall kapacitet saknas i den egna kommunen kan tillräcklig kapacitet skapas genom t.ex. gemensamma bolag eller i kommunalförbund. Ett undantag från lokaliseringsprincipen förefaller mot denna bakgrund inte motiverat när det gäller hushållsavfall” (prop. s. 13).

Någon kompetensutvidgande reglering som medger för exempelvis gemensamt ägda kommunala företag eller kommunalförbud att, med undantag från kommunallagens lokaliseringsprincip, engagera sig i tillhandahålla tjänster för omhändertagande av hushållsavfall även åt andra än delägar- eller medlemskommunerna föreligger för närvarande således inte.

(II) 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 *kontraktsvärdet*¹⁹ av upphandlingen överstiger tröskelvärdet 200.000 euro eller (vid den aktuella tidpunkten) 1,741 miljoner kronor²⁰ 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.

Ett avtal måste innefatta *ömsesidigt förpliktande ekonomiska villkor* och avse en upphandlande enhets köp, leasing, hyra eller hyrköp för att omfattas av reglerna i LOU (se 1 kap. 5 § LOU).

Av artikel 1 (a) i det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet (92/50/EG) framgår att *offentliga tjänsteavtal* definieras som ”*skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet*”. Som ett *offentligt tjänsteavtal* har EG-domstolen i det s.k. *la Scala-målet* (C-399/98) bedömt bl.a. ett arrangemang där en kommun (Milano stad) tillgodogjorde sig kommunala entreprenadarbeten (s.k. tätbebyggelseanläggningar, bl.a. en allmän parkeringplats) mot

¹⁶ Se lagen (2005:952) om vissa kommunala befogenheter i fråga om kollektivtrafik.

¹⁷ Se 7 kap. ellagen (1997:857).

¹⁸ Propositionen, som föreslog att det i lag införs särskilt undantag från de kommunala lokaliserings- och självkostnadsprinciperna avseende omhändertagande och transporter av ”sådant avfall som inte är hushållsavfall” (dvs. industriavfall och farligt avfall) antogs aldrig av riksdagen. Någon kompetensutvidgande lagstiftning har således över huvud taget aldrig kommit till stånd. På området för ”hushållsavfall” har kompetensutvidgande lagstiftning över huvud taget aldrig varit aktuell.

¹⁹ 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.

²⁰ Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärdet under perioden den 1 januari 2002 till och med den 14 februari 2004.

att vissa allmänna avgifter som den private utföraren annars hade varit skyldig att erlägga avräknades.²¹

Med ”köp” avses enligt LOU reciproka förfoganden mellan självständiga parter innefattande utbyte av prestationer av något slag, oavsett om ersättning utgår i pengar eller i annan form, exempelvis *in natura*. Även rena bytesavtal, s.k. *barteravtal*, där någon bidrar med varor eller tjänster till en upphandlande enhet och i gengäld av enheten erhåller varor eller tjänster omfattas således av lagen. Saknar avtal om leverans av varor eller tjänster ömsesidig förpliktelse för den upphandlande enheten, utgör varorna eller tjänsterna däremot gåva, vilken inte omfattas av LOU:s regelverk. För full klarhet huruvida ett avtal ska upphandlas enligt LOU måste den upphandlande enheten i varje enskilt fall avgöra vilken typ av avtal som faktiskt är för handen.²²

Lagen bygger i angivet avseende på det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet (92/50 EG)²³, och på de grundläggande principer som bär upp den centrala gemenskapsrätten. Enligt *likabehandlingsprincipen*, som är tillämplig på all upphandling såväl över som under tröskelvärdena, skall samtliga tänkbara leverantörer lämnas lika förutsättningar för att delta i anbudsgivning vid offentlig upphandling. Vissa leverantörer eller grupper får inte ensidigt gynnas.

Förutom statliga och kommunala myndigheter omfattar lagens bestämmelser även bl.a. kommunala bolag som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär²⁴. Enligt 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) är kommunerna med några undantag²⁵ förbjudna att (direkt eller indirekt via företag) bedriva kommersiellt betingad näringsverksamhet. Med ledning av den rättsliga regleringen måste kommunala företag anses utgöra sådana s.k. *upphandlande enheter* som är skyldiga att iaktta LOU:s bestämmelser. Tillsyn över lagen utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).²⁶

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 kommuner att till dylika rättssubjekt ”överföra” utförandet av vissa kommunala angelägenheter, så länge särskild ersättning utgår för tjänsternas fullgörande.²⁷

Kommunal samverkan utan mellankommande upphandling har på uppdrag av regeringen²⁸ 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”.²⁹

21

22 Ang. barteravtal och upphandling, se rapport den 26 augusti 2003 från Nämnden för offentlig upphandling (dnr. 2003/0039-28). Se även NOU:s nyhetsbrev i oktober 2003 s. 3 f.

23 Europeiska rådets direktiv 92/50/EEG EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

24 Se 1 kap. 2 och 6 §§ LOU.

25 Undantagna är i visst avseende kommunala elhandelsföretag samt företag för kommunal tjänsteexport.

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

27 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.

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

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

Någon möjlighet för kommuner eller kommunala företag att utan mellankommande upphandling köpa och sälja tjänster mellan varandra föreligger således inte enligt gällande rätt.³⁰

Upphandlingslagen 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 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).

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,

³⁰ 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.

- 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 följande.

"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".³¹

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

SYSAV 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 det kommunala renhållningsföretaget SYSAV har ingått ett s.k. samarbetsavtal med MERAB, ett annat kommunalt renhållningsföretag. Enligt Samarbetsavtalet skall SYSAV skall ta om hand och förbränna sorterat hushållsavfall som MERAB har samlat in i Eslöv, Hörby och Höör. Som motprestation och vederlag skall MERAB ta emot och behandla biologiskt avfall från SYSAV. Ingen av kommunerna Eslöv, Hörby och Höör är delägare i SYSAV och avtalet mellan SYSAV och MERAB har inte föregåtts av någon offentlig upphandling. Förfarandet föranleder därför följande kritiska påpekanden.

(I) Kommunernas möjlighet att samla in eller ta om hand hushållsavfall begränsas av kommunallagens s.k. lokaliseringsprincip. Därför måste den kommunala renhållningsverksamheten ha anknytning till det egna geografiska området eller till de egna medlemmarna, i vart fall såvitt avser hushållsavfall.

Kommunallagens kompetensbestämmelser omfattar inte bara verksamheter som bedrivs i kommunal förvaltningsform. Även hel- eller samägda kommunala bolag är skyldiga att iakttä exempelvis lokaliseringsprincipen.

Ett samägt kommunalt företag som SYSAV får som huvudregel således inte ägna sig åt allmän entreprenadverksamhet i andra kommuner än delägarkommunerna, i syfte att exempelvis behålla en jämn sysselsättning för den egna personalen eller för att expandera verksamheten utöver de egna delägarkommunernas behov.

³¹ Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478.

För att motverka att kommunala aktiebolag används som tillflykt för icke kompetenslig kommunal verksamhet har i kommunallagen införts en föreskrift om att berörda ägarkommuner redan i bolagens statuter skall precisera det kommunala ändamålet för verksamheten samt förbehålla kommunfullmäktige att yttra sig innan sådana beslut fattas i bolaget som är av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt. Verksamhet skall därmed kunna laglighetsprövas i domstol.

För SYSAV:s vidkommande har begränsningar införts i bolagsordning och ägardirektiv om att bolaget skall ”svara för den regionala avfallshanteringen inom verksamhetsområdet för delägarkommunerna”. Lokaliseringsprincipen får därmed anses tillfredsställande tillgodosedd genom det ramverk inom vilket bolaget skall verka.

Det är således inte förenligt med bolagets statuter eller med gällande lag att SYSAV tar om hand sådant hushållsavfall som har samlats in i Eslöv, Hörby och Höör. SYSAV:s samarbetsavtal med MERAB borde även ha underställts delägarkommunernas fullmäktige för yttrande och möjlighet till laglighetsprövning.

(II) Samarbetsavtalet mellan SYSAV och MERAB avser tjänster till ett värde som kan uppskattas väsentlig överstiga tröskelvärdet 1,741 miljoner kronor. De av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU skall därför tillämpas i det aktuella fallet. Enligt detta regelverk skall ett skriftligt underlag upprättas innan upphandlingen påbörjas. Förfarandet skall även annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) varvid samtliga intresserade leverantörer skall beredas möjlighet att på lika villkor lämna anbud.

Den omständigheten att ersättning utgår *in natura* istället för genom penningbetalningar medför inte undantag från upphandlingsskyldigheten och någon lagstadgad ensamrätt som medför att endast MERAB kan komma ifråga för att ta om hand biologiskt avfall från SYSAV föreligger inte. Förutom MERAB finns det på marknaden flera privata företag som kan komma ifråga för anbuds-givning avseende biologiskt avfall.

Någon synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på SYSAV, har inte ens påståtts föreligga vid tidpunkten för det aktuella kontraktet. 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 MERAB.

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 skulle ha genomförts i enlighet med lagens av EG-direktiv styrda bestämmelser.

Avtalsförhållandet mellan SYSAV och MERAB strider således mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Den för lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EG-direktiv centrala likabehandlingsprincipen har därmed 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.