

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO

02-002

PM-2 2002-02-27 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom underlåtenhet att vid avknoppning av egenregiverksamhet tillämpa lagen om offentlig upphandling.

Sundsvalls kommun planerar att genom s.k. avknoppning, utan föregående upphandling i konkurrens, köpa tjänster avseende teknisk fastighetsförvaltning från ett för ändamålet nybildat personalägt företag.

Sundsvalls kommun bedriver genom fastighetskontoret teknisk förvaltning av kommunens fastigheter. Vid sammanträde den 24 oktober 2001 beslutade kommunens fastighetsnämnd (FN § 63/01) att ”se över nuvarande organisation inom Fastighetskontorets fastighetsförvaltning”, samt att för ändamålet utse en s.k. styrgrupp, bestående bl.a. av fastighetsnämndens arbetsutskott, med nämndens uppdrag att presentera ”förslag till ny organisation” så fort som möjligt, dock senast till nämndens sammanträde i juni 2002. Inom kommunen har därefter upprättats en tjänstemannapromemoria med förslag om s.k. avknoppning av fastighetskontorets driftsavdelning¹[1]. Förslaget föredrogs för styrgruppen vid sammanträde den 16 januari 2002 av chefen för fastighetskontorets driftsavdelning.

Avknoppningsförslaget, som är upprättat av chefen för driftsavdelningen och två områdeschefer, innebär att ett privat företag (vilket enligt uppgift i media skall innehas av förslagsställarna²[2]) skall ta över och på entreprenad under en avtalstid på 5 år utföra kommunens tekniska förvaltning³[3]. Berörd personal på fastighetskontorets driftsavdelning skall erbjudas att övergå till det privata företaget och fastighetsnämnden skall under avtalstiden ”förbinda sig att lägga driftsentreprenader” i företaget. Någon upphandling i konkurrens avses således inte komma ifråga.

1[1] Promemoria, rubricerad ”Förslag på privatisering av fastighetsdriften genom avknoppning”, upprättad den 13 december 2001 av chefen för fastighetskontorets driftsavdelning och två områdeschefer.

2[2] Artikel i Sundsvalls tidning, lördagen den 26 januari 2002 ”Utbrytning planeras på fastighetskontoret i Sundsvall, Kommunchefer startar eget”.

3[3] Uppdragsgivare skall vara Sundsvalls kommun, genom fastighetsnämnden (fastighetskontorets bygg- och förvaltningsavdelning).

Vid sammanträdet den 16 januari 2002 beslutade styrgruppen (§ 2) att ”*uppdra till arbetsgruppen att parallellt med tidigare uppdrag, att se över nuvarande organisation inom Fastighetskontorets fastighetsförvaltning, även utreda möjligheterna till privatisering genom avknoppning*”.

Genom den föreslagna avknoppningen menar chefen för driftavdelningen att kommunens fastighetsförvaltning skall kunna effektiviseras, bl.a. genom breddning av basen för verksamheten: ”*Det privata bolaget får möjlighet att redan från starten ta emot uppdrag på den öppna marknaden, t.ex. Mitthems fastighetskötsel*”, kommenterar driftschefen förslaget i en nyhetsartikel i Sundsvalls tidning². I en uppföljande nyhetsartikel⁴ påpekar kommunens jurist att den föreslagna konstruktionen torde strida mot lagen om offentlig upphandling. I artikeln tillbakavisas dock juristens påstående av ett kommunalråd: ”*Sundsvalls kommun har gjort så här när det gäller Lidens kök ... Där var det ingen upphandling utan en anställd fick ta över. Jag vet att det är i gränslandet... Jurister läser lagen strikt. Sedan gör man på ett annat sätt*”. ”*Avknoppning är intressant och i Liden har vi gjort så här... Det finns delade meningar om det här ... Jurister har en synpunkt andra kan ha andra synpunkter*”. I samma artikel intervjuas även den förslagsställande driftschefen, som konstaterar att ”*Många kommuner följer inte lagen. Vi följer de riktlinjer som politiker tagit fram*”.

För närvarande sysselsätter driftsavdelningen c:a 40 anställda och omsätter c:a 20- 30 miljoner kronor per år.

Gällande rätt

All offentlig upphandling regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Av 1 kap. 2 § LOU framgår att lagens bestämmelser omfattar upphandlingar som görs av bland annat kommunala myndigheter. De som är skyldiga att upphandla enligt lagens bestämmelser benämns *upphandlande enheter*. Med beteckningen *upphandling* avses enligt 1 kap. 5 § LOU bl.a. samtliga former av *köp av tjänster* som genomförs av upphandlande enheter.

Tjänster för fastighetsförvaltning, inklusive städning och löpande underhåll utgör sådana s.k. A-tjänster (kategori 14) som, om det samlade värdet av tjänsterna överstiger tröskelvärdet 1.756.000 kronor⁵, skall handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU. Förfarandet för *öppen upphandling* eller *sektiv upphandling* skall därvid normalt tillämpas.

4[4] Artikel i Sundsvalls tidning, onsdagen den 30 januari 2002 ”Privatisering kan vara olaglig”.

5[5] Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från den 1 april 2000, vid upphandlingar av varor och tjänster.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I förarbetena till lagen om offentlig upphandling motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om ickediskriminering^{6[6]} (jfr. art. 6 i EG-Romfördraget). Reglerna är bl.a. utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvidande sätt. Lagens bestämmelser medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader.

Vid öppen eller selektiv upphandling skall den upphandlande enheten upprätta ett skriftligt underlag för upphandlingen samt genom annons i Europeiska Gemenskapernas officiella tidning (EGT) infordra anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. Enheten skall därvid anta det anbud som i enlighet med upphandlingsförutsättningarna erbjudit den ekonomiskt mest fördelaktiga lösningen eller det lägsta anbudspriset.

Frågan om upphandlingslagens tillämpning vid s.k. avknoppningar eller andra blandade försäljningar och upphandlingar, där en upphandlande enhet realiserar en avdelning, förvaltning eller motsvarande som tidigare tillhandahållit nyttigheter i form av varor eller tjänster intern inom enheten, och samtidigt tecknar kontrakt med förvärvaren om fortsatta leveranser av samma nyttigheter, har i flera fall behandlats i praxis och doktrin:

I RÅ 1998 not. 44 var fråga om ett landsting som beslutat att sälja den egna tvätteriförvaltningen och i samband med försäljningen teckna avtal om successiva leveranser av tvätteritjänster med förvärvaren. Regeringsrätten konstaterade att det i ifrågavarande fall var fråga om ett förfarande som omfattades av lagen om offentlig upphandling.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som utövar tillsyn över lagen om offentlig upphandling, har vid upprepade tillfällen påpekat att det inte är möjligt för en upphandlande enhet att lägga ut verksamhet som tidigare drivits i egen regi på extern entreprenad utan något föregående upphandlingsförfarande. Detta gäller oberoende av huruvida driften av verksamheten övertas av personalen (avknoppning) eller om överföringen till entreprenadform sker på annat sätt, genom att ett tidigare på marknaden etablerat företag övertar driften. I det ovan refererade målet i Regeringsrätten yttrade sig nämnden och uttalade bland annat följande:

"Den omständigheten att de pågående överenskommelser mellan tvätteriet och landstingsinterna enheter, om det tecknats mellan två juridiska personer, vore att anse som ett kontrakt, kan enligt NOU:s bedömning

inte medföra att dessa lagligen, utan mellanliggande upphandling, kunde överlåtas till en privat ägare. Upprättandet av ett nytt avtal, Textilservicekontraktet, kräver utan tvekan upphandling. Landstinget har anfört att LOU inte skall vara tillämplig så länge de åtaganden som tas över till omfattning och löptid är affärsmässiga. NOU kan dock inte instämma i detta resonemang. Begreppet affärsmässigt återfinns inte i Europarådets direktiv om offentlig upphandling. Det är en inhemsk konstruktion som övertagits från tidigare gällande upphandlingsförordning (1986:366) och kommunala upphandlings-reglementen. Avsikten med LOU är dock inte enbart att en upphandlande enhet anskaffar varor, byggtreprenader och tjänster till rätt pris i förhållande till kvalitet och övriga krav, utan även att detta sker i konkurrens och att leverantörerna och deras ansökningar och anbud behandlas utan ovidkommande hänsyn. Därtill hör även att anskaffning sker under öppna och förutsebara former och alla anbudsgivare behandlas lika. Avsikten med annonsering och/eller offentliggörande av förfrågningsunderlag i samband med upphandlingar är inte enbart att få fram lämpliga anbud utan även att möjliggöra för intresserade leverantörer att delta i myndighetens anskaffning av varor och tjänster och få kunskap om existerande och kommande marknader" . [...]"Även om det finns inslag av en försäljning anser NOU att landstingets huvudsakliga syfte med det kombinerade försäljnings- och anskaffningsavtalet har varit att tillförsäkra sig att få behovet av tvätteritjänsterna tillgodosett och personalens anställning under en övergångstid tryggad. Värdet av tjänsterna är så högt att en anskaffning av dessa och inte försäljning av fastigheten synes vara det primära ändamålet och skulle ha upphandlats. Erbjudandet om övertagandet av fastigheten och rörelsetillgångarna kunde i stället ingå i upphandlingen som en delbetalning för tjänsterna".

I en rapport till regeringen i mars 1998 (dnr.165/97-29, sid. 29) konstaterar nämnden vidare:

"Ett problem är huruvida ett företag vars verksamhet varit ägd eller kontrollerad av en upphandlande enhet, kan erhålla eller överta ett uppdrag - 'avtal' om leverans av varor och tjänster i samband med överlåtelsen av verksamheten. För närvarande föreligger ibland ett motsatsförhållande mellan kraven på god avkastning vid privatisering av verksamhet och kravet på upphandling i konkurrens. Så kan t.ex. offentliga verksamheter som övertas av anställda eller säljs ut i vissa fall vara av mycket begränsat värde om inte inarbetade och gällande överenskommelser, 'avtal', ingår. Dagens regler tillåter inte att man utan upphandling tilldelar kontrakt till en sådan privatiserad enhet" (KKO:s understrykning).

I sin årsammanfattning för åren 1993-1995, kap. 2.3 "Köp mellan bolag och myndigheter m fl." anger nämnden också att:

"Köp mellan följande organisationer skall följa LOU och upphandlas med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns: mellan kommuner (inklusive kommunalförbund), mellan kommun och kommunalt bolag, stiftelse m.m., mellan kommun och statlig myndighet eller statligt bolag, stiftelse m.m., mellan statlig myndighet och statligt bolag, stiftelse m.m., mellan kommunala bolag, stiftelser m.m., mellan statliga bolag, stiftelser m.m.) utom i vissa fall mellan s.k. anknutna företag (4 kap. 4a § LOU). [nytt stycke] Det är således normalt inte tillåtet att vid annan upphandling än direktupphandling vända sig direkt till en annan juridisk person".

"Resonemanget gäller också när organisationen gör en s.k. avknoppning. Bildar exempelvis en kommun ett bolag i syfte att bolaget skall tillhandahålla kommunen en vara eller tjänst, kan kommunen likväl inte upphandla direkt av detta bolag. Upphandlingen måste ske i konkurrens. Således kan exempelvis tidigare anställda, t.ex. i form av ett personalkooperativ, med nuvarande tolkning, inte tilldelas ett kontrakt utan att andra leverantörer ges tillfälle att lämna anbud" (KKO:s understrykning).

I delbetänkandet ”Effektivare offentlig upphandling” (SOU 1999:139, sid. 70) refererar den statliga upphandlingskommittén en skrift av Hallgren, Hilborn och Sandström, ”Kommunala driftentreprenader” (1997, sid. 51) och anger följande:

”Om anställda inom den upphandlande enheten bildar ett personalkooperativ eller någon annan form av personalägt företag kan enheten inte sluta avtal med kooperativet om att köpa tjänster utan att först infordra anbud”.

I slutbetänkandet ”Mera värde för pengarna” (SOU 2001:31) konstaterade Upphandlingskommittén att:

”När det gäller tjänster som skall upphandlas enligt LOU kan kommunen således inte stödja avknoppningen genom att sluta avtal om t.ex. köp av tjänster utan att avtalet föregåtts av upphandling från det självständiga företaget i enlighet med LOU och direktiven”. 7[7]

Enligt kommitténs mening medför nuvarande upphandlingsbestämmelser således:

”...inte något utrymme för en myndighet att teckna ett kontrakt med ett personalägt företag utan föregående upphandlingsförfarande om verksamheten som skall bedrivas i företaget går ut på att tillhandahålla en tjänst i enlighet med ett avtal med myndigheten som huvudman och uppdragsgivare”. 8[8]

Kommittén har därför föreslagit att lagen om offentlig upphandling skall ändras så, att en upphandlande enhet får sluta avtal om överlämnande av verksamhet utan föregående upphandlingsförfarande med anställda eller av anställda bildad juridisk person i fråga om uppgift som de anställda fullgjort. Ändringen föreslås införas i 6 kap. LOU och kommer således inte att omfatta av EG-direktiv styrda upphandlingar, tex. fastighetservice eller andra A-tjänster över tröskelvärdet.^{9[9]} Kommitténs förslag har ännu inte resulterat i en proposition som har förelagts riksdagen för beslut.

7[7] Upphandlingskommitténs slutbetänkande: ”Mera värde för pengarna” (SOU 2001:31) sid. 324.

8[8] Upphandlingskommitténs slutbetänkande: ”Mera värde för pengarna” (SOU 2001:31) sid. 324.

9[9] Den föreslagna ändringen omfattar (se 6 kap. 1 § LOU) enbart byggentreprenader vars värde överstiger tröskelvärdet 43,9 miljoner kronor, varor och s.k. A-tjänster vars värde överstiger tröskelvärdet 1,756 miljoner kronor samt s.k. B-tjänster, oavsett värde.

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 jordbrukspolitikerna 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

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

-

Bedömning

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

I det aktuella ärendet överväger Sundsvalls kommun ett internt förslag att genomföra en s.k. avknoppning av kommunen förvaltning för fastighetsskötsel. Såvitt framgår av den promemoria som upprättats i ärendet och som behandlats av kommunen s.k. styrgrupp, skall någon initial konkurrensutsättning inte komma ifråga. Det avknoppade företaget avses utan någon föregående upphandling få ensamrätt på att utföra fastighetsförvaltningen åt kommunen i upp till fem år. Företaget är därmed tänkt att från sin således gynnade position kunna konkurrera på den öppna marknaden för fastighetsförvaltning i Sundsvall med omnejd.

Från politiskt håll i kommunen motiveras förfarandet i lokalpressen med att detta rättsligt sett befinner sig i ett juridiskt ”gränsland” och att ”jurister har en synpunkt andra kan ha andra synpunkter”. En kommunal tjänsteman skall i en intervju även ha uppgett att ”Många kommuner följer inte lagen. Vi följer de riktlinjer som politiker tagit fram”.

Till skillnad från vad som enligt media uppgivits av företrädare för kommunen kan det emellertid inte råda någon tvekan om olagligheten i det föreslagna förfarandet. Frågan om konkurrensupphandling vid avknoppning har i doktrin och praxis varit föremål för ett flertal utredningar och kommentarer, vilka entydigt konstaterat att det enligt gällande rätt inte är möjligt för t.ex. en kommun, att teckna avtal med tidigare anställda, t.ex. i form av att personalkooperativ eller motsvarande tilldelas ett kontrakt utan att andra leverantörer ges tillfälle att på motsvarande villkor lämna anbud.

En statlig utredning har föreslagit att lagen ändras för att i vissa fall möjliggöra en sådan ordning. Ändringen har emellertid ännu inte förelagts och än mindre antagits av riksdagen. Den avknoppning som planeras i Sundsvall (avknoppning av A-tjänster över tröskelvärdet) omfattas för övrigt inte av den föreslagna lagändringen och skulle således vara olaglig även efter att en sådan ändring beslutats av riksdagen.

Enligt gällande bestämmelser skall en upphandling av aktuellt slag och omfattning normalt genomföras enligt s.k. öppet eller selektivt upphandlingsförfarande, varvid kommunen har att upprätta ett skriftligt förfrågningsunderlag samt annonsera upphandlingen. Samtliga tänkbara leverantörer, det vill säga även andra än de berörda driftscheferna, skall därmed beredas möjlighet att på lika villkor lämna anbud i upphandlingen.

Om Sundsvalls kommun genomför den föreslagna ordningen och direktupphandlar tjänster för fastighetsförvaltning utan infordran av konkurrerande anbud, kommer kommunen att bryta mot gällande rätt, såväl mot den svenska lagen om offentlig upphandling som mot gällande EG-rättsliga upphandlingsdirektiv samt mot EG-Romfördragets bestämmelser om skydd för handeln. Förfarandet skulle även snedvrider konkurrensen på marknaden för fastighetsförvaltning.
