

## KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 05-057

PM 2 2006-05-10

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

*Det kommunala renhållningsbolaget Rambo AB avropar utan föregående infordran av konkurrerande anbud på marknaden, tjänster för renhållning m.m. från ett av en annan kommun helägt företag.*

Regional avfallsanläggning i mellersta Bohus- län AB (RAMBO), nedan angivet som Rambo AB<sup>[1]</sup>, är ett av kommunerna i Lysekil, Sotenäs, Tanum och Munkedal gemensamt ägt renhållningsföretag med ändamål att omhändertaga, transportera och/eller behandla avfall och driva annan därmed sammanhängande verksamhet.

Sedan i vart fall 2000 köper bolaget tjänster för avfallsbehandling från Lidköpings Värmeverk AB<sup>[2]</sup>, ett kommunalt bolag som ägs till 100 procent av Lidköpings kommun.

Enligt ett kontrakt av den 30 september 2004 skall Lidköpings Värmeverk AB från och med den 1 januari 2005 till och med den 31 december 2007, med möjlighet till förlängning i ytterligare ett år (3+1 år), ta om hand sådant brännbart hushållsavfall som har samlats in i Lysekils, Sotenäs, Tanums, Munkedals och eventuellt Strömstads kommuner.

Avtalet omfattar leverans och mottagande av c:a 17.000 ton hushållsavfall<sup>[3]</sup> per år. Rambo AB skall enligt avtalet betala bolaget mellan 320 och 420 kronor per ton omhändertaget hushållsavfall. Angivna priser är fasta under avtalets giltighetstid samt inkluderar skatter och miljöavgifter, dock ej lagstadgad mervärdesskatt (moms).<sup>[4]</sup>

Uppdraget att återvinna och behandla avfallet som har samlats in i de angivna kommunerna kan med ledning av angivna volym- och prisuppgifter uppskattas till ett kontraktsvärde motsvarande c:a 524.000 kronor per månad<sup>[5]</sup>, eller totalt c:a 25 miljoner kronor under kontraktets beräknade löptid, inklusive förlängningsåret (se fotnot 13).

Det aktuella kontraktet ersätter tidigare avtal av den 30 september 1999<sup>[6]</sup> respektive den 30 augusti 2002. Någon upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden har aldrig genomförts. I en skrift till Konkurrenskommissionen har Rambo AB bland annat uppgivit att ”Förfrågnings- och upphandlingsförfarandet har genomförts muntligt. Det har konkurrensutsatts och föregåtts av ingående marknadsundersökning där det vid varje tillfälle visat sig att Lidköpings Värmeverk erbjuder lägst pris och i övrigt bästa villkor för förbränning av avfall från såväl hushåll som näringsliv i Rambo-området. Avtalat pris ... talar för sig själv och lägre står inte till buds på marknaden”.<sup>[7]</sup>

Förutom Lidköpings Värmeverk AB finns det på marknaden för behandling av avfall ett flertal tänkbara privata leverantörer, med behandlingsanläggningar i Norrköping, Mora, och Kumla (Sakab EcoPlus AB) samt i Stockholm (Fortum Värme AB).<sup>[8]</sup>

#### Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.<sup>[9]</sup>

Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande tjänster utgör sådana s.k. A-tjänster (kategori 16) enligt en bilaga A till lagen, och skall om det samlade kontraktsvärdet av upphandlingen understiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,845 miljoner kronor<sup>[10]</sup> upphandlas enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU.

Lagens bestämmelser bygger i angivet avseende de principer, bl.a. likabehandlingsprincipen, som bär upp den centrala gemenskapsrätten.<sup>[11]</sup> 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 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 karaktär<sup>[12]</sup>. Enligt 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) är kommunerna med några undantag<sup>[13]</sup> förbjudna att (direkt eller indirekt via företag) bedriva kommersiellt betingad näringsverksamhet. Mot bakgrund av kommunallagens reglering måste som regel kommunala företag alltid anses utgöra sådana s.k. *upphandlande enheter* som är skyldiga att iaktta upphandlingslagens bestämmelser. Tillsyn över lagen utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU)<sup>[14]</sup>.

Med upphandling avses 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.

Upphandlingslagen är tvingande för de upphandlande enheterna. Bestämmelserna behöver emellertid inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet vilken 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 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 EU-domstolens avgörande den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, Kommissionen /. Förbundsrepubliken Tyskland, framgår att uppgivna ensamsituationer som inte grundas på ensamrätt inte medför undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingen och åtminstone försöka att infordra konkurrerande anbud genom ett offentligt upphandlingsförfarande.

Målen gällde bl.a. fråga om upphandling av omhändertagande av avfall. En central rättsfråga utgjorde 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 EU: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).

EU-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 EU-domstolen för att ha åsidosatt EU:s upphandlingsdirektiv 92/35/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 EU-kommissionen pressmeddelande den 25 oktober 2004- IP/04/1294 jfr även pressmeddelande den 31 mars 2004 – IP/04/428).

Oberoende av upphandlingens värde föreligger enligt 5 kap. 12 § eller 6 kap. 2 § första stycket samt 2a § LOU en obligatorisk skyldighet för upphandlande enheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar.

Samtliga företag som tillhandahåller den aktuella typen av 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 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.

Enligt EU-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*".<sup>[5]</sup> 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

Rambo AB har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. Bolaget delar inte Konkurrenskommissionens preliminära bedömning att avtalsförhållandet med Lidköpings Värmeverk AB står i konflikt med gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Bolaget anser inte heller att avtalet snedvrider konkurrensen eller att likabehandlingsprincipen åsidosatts. Rambo AB kommer dock i sitt framtida agerande att beakta de synpunkter som Konkurrenskommissionen framför.

### 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 Rambo AB ägs av kommunerna i Lysekil, Sotenäs, Tanum och Munkedal och har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Bolaget är därför att betrakta som en upphandlande enhet i den mening som följer av lagen om offentlig upphandling, LOU.

Rambo AB har tecknat avtal med Lidköpings Värmeverk AB om att detta bolag mot fakturerad ersättning (i genomsnitt 370 kronor per ton levererat avfall) skall tillhandahålla Rambo AB tjänster för behandling av sådant brännbart hushållsavfall som har samlats in i Lysekils, Sotenäs, Tanums, Munkedals och eventuellt Strömstads kommuner, totalt 17.000 ton per år. Någon annonsering eller infordran av konkurrerande anbud har inte förekommit, utan kommunen uppger sig ha utfört en "marknadsundersökning" som skall ha visat att Lidköpings Värmeverk AB erbjudit de bästa villkoren. *Förfrågnings- och upphandlings-*

*förfarandet har genomförts muntligt* och förekommande avtal har tecknats direkt mellan Rambo AB och Lidköpings Värmeverk.

Upphandlingen avser renhållningstjänster till ett sådant sammanlagt kontraktsvärde att de av EU-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU skall tillämpas. Enligt dessa bestämmelser skall ett skriftligt underlag upprättas innan upphandlingen påbörjas.

Upphandlingen skall därefter annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) och samtliga intresserade leverantörer skall beredas möjlighet att på lika villkor lämna anbud. Någon muntlig anbudsinfordran får således inte förekomma enligt lagens bestämmelser.

Någon lagstadgad ensamrätt som medför att endast Lidköpings Värmeverk AB kan komma ifråga för anbudsgivning föreligger inte. Förutom Lidköpings Värmeverk AB finns det på marknaden flera privata företag som kan komma ifråga för anbudsgivning avseende behandling av brännbart avfall.

Någon synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och som inte heller beror på Rambo AB, har inte ens påståtts föreligga vid tidpunkten för det aktuella kontraktet. Någon tidigare konkurrensupphandling har inte genomförts avseende uppdraget att bränna de aktuella kommunernas avfall 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 Lidköpings Värmeverk 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 lagen om offentlig upphandling och med iakttagande av de principer om bland annat annonsering som ytterst följer av EU-fördraget.

Det aktuella avtalsförhållandet mellan Rambo AB och Lidköpings Värmeverk AB står således i strid mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Konkurrensen på marknaden för renhållningstjänster har därvid kommit att snedvridas samtidigt som den för lagen om offentlig upphandling och för gemenskapsrätten centrala likabehandlingsprincipen har åsidosatts.

[1] Regional avfallsanläggning i mellersta Bohus- län Aktiebolag (RAMBO), med organisationsnummer 556211-9007, bildades den 1 augusti 1981 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 4 september 1981; Nuvarande firma registrerades 18 juni 1982 Tidigare firma har varit Aktiebolaget Grundstenen 6582. Nu gällande bolagsordning antogs den 13 januari 2004. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 2.550.000 kronor och fördelas på 510 aktier med nominellt värde på vardera 5.000 kronor. Föremålet för bolagets verksamhet består enligt gällande bolagsordning i att omhänderta, transportera och/eller behandla avfall och driva annan därmed sammanhängande verksamhet.

[2] Lidköpings Värmeverk AB, med organisationsnummer 556188-7125, bildades den 28 maj 1974 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 17 december 1974; Nuvarande firma registrerades 11 december 1980. Tidigare firma har varit Aktiebolaget Margretelunds Värmecentral. Nu gällande bolagsordning antogs den 6 april 1999. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 10 miljoner kronor och fördelas på 10.000 aktier med nominellt värde på vardera 1.000 kronor. Föremålet för bolagets verksamhet består enligt gällande bolagsordning i driva fjärrvärmeanläggningar inom Lidköpings centralort och därmed sammanhängande verksamhet.

[3] Enligt "Allmänna bestämmelser för leverans av avfall 200101", vilka fogats till avtalet mellan Rambo AB och Lidköpings Värmeverk AB, definieras hushållsavfall som sådant avfall som är "Källsorterat och insamlat i säck eller kärl för enskilda hushåll. Källsorteringen skall ha skett så att följande produkter tagits bort: miljöfarligt avfall, glas batterier, jord och sten samt utjänt hushållsutrustning som är olämplig att mala eller förbränna. Hushållens grovavfall t ex utjänta möbler, hushållsapparater, mattor eller trädgårdsavfall får inte hänföras till denna kategori. Den organiska delen skall kvarligga i avfallet". I den skriftliga kontraktstexten anges vidare att i hushållsavfallet får inblandas en mindre mängd hushållsavfallsliknande handels- och verksamhetsavfall, max. 1.500 ton per år.

[4] I avtalet anges gällande deponiskatt till 370 kr per ton, eventuella framtida ändringar av skatter eller miljöavgifter tillkommer.

[5] Uträkningen baserar sig på ett medelvärde av förekommande prisuppgifter, dvs. 370 kronor/ton hushållsavfall (320+420 / . 2).

[6] 1999 är avtal omfattade 8.500 ton avfall per år insamlat i Lysekils och Sotenäs kommuner och löpte från och med den 1 januari 2000 tills vidare medan 2002 års avtal omfattade 15.000 ton avfall per år insamlat i Lysekils, Sotenäs, Tanums kommuner och löpte från och med den 1 januari 2003 tills vidare.

[7] Skrift den 8 februari 2006 från Rambo AB till Konkurrenskommissionen.

[8] Därutöver finns det kommunalt ägda anläggningar, i bl.a. Göteborg (Renova AB), Halmstad (Halmstads Renhållnings AB) samt i Malmö (Sydskånes Avfallsaktiebolag- SYSAV). Dessa är emellertid, liksom TVL, enligt gällande kompetensbegränsande reglering för kommunala företag, förhindrade att lämna anbud.

<sup>[9]</sup> Tidigare gällde för kommunerna ett normalreglemente för kommunal upphandling (UR), vilket under början av 1970-talet utarbetades med biträde av Svenska kommunförbundet och senare antogs av respektive kommun genom beslut av kommunfullmäktige. Enligt detta reglemente skall upphandling ske genom infordran av konkurrerande anbud (4-6 §§ UR). Upphandling direkt från viss leverantör får enligt 7 § UR endast ske i sådana fall där administrationskostnaderna eller tidsutdräkten vid ett mer formbundet upphandlingsförfarande inte skulle stå i rimligt förhållande till upphandlingens värde. Direktupphandling är enligt UR således möjlig endast vid upphandling av vara, arbete eller tjänst till smärre belopp samt när anbud på grund av brådskande och oförutsedda behov inte hinner infordras. Denna huvudregel omfattade även köp från egna (kommunala) bolag, exempelvis renhållningsföretag, som bolaget själv skall utföra arbetet eller tjänsten som upphandlas.

Direktupphandling utan stöd av särskilda skäl har i ett flertal avgöranden i praxis bedömts strida mot kommunalt upphandlingsreglemente. I ett avgörande från 1994 fann Kammarrätten i Stockholm att ett beslut av en kommunal fullmäktige-församling, att utan föregående infordran av anbud i konkurrens uppdra åt en viss entreprenör att utföra renhållningen inom kommunen stred mot det kommunala upphandlingsreglementet.

<sup>[10]</sup> Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från och med den 15 februari 2004, vid upphandlingar av varor och tjänster. Motsvarande tröskelvärde, under perioden den 1 januari 2002 till och med den 14 februari 2004, var fastställt till 1,741 miljoner kronor.

<sup>[11]</sup> 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.

<sup>[12]</sup> Se 1 kap. 2 och 6 §§ LOU.

<sup>[13]</sup> Undantagna är i visst avseende kommunala elhandelsföretag samt företag för kommunal tjänsteexport.

<sup>[14]</sup> Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.

<sup>[15]</sup> Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478