

PM-2 2006-06-15 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Strömstads kommun vidmakthåller ett sedan i vart fall 2004 utgåendet avtal om omhändertagande av brännbart avfall, vilket löpande förlängs utan mellankommande upphandling.*

Strömstads kommun tecknade den 23 och 25 april 2001 avtal med Återvinning Recykling Husgärdet AB om transport, eventuell balning samt förbränning av sådant hushålls- och industriavfall som kommunen har samlat in och upplastat vid den kommunala omlastningsstationen i Strömstad.

Av avtalet framgår att detta avser c:a 5.000 - 6.000 ton avfall per år och omfattar perioden den 1 maj 2001 till och med den 31 december 2003. Såvida avtalet inte sägs upp förlängs giltighetstiden ytterligare ett år, således längst till och med den 31 december 2004 (2 år och åtta månader + 1 år).

Ersättning skall enligt avtalet utgå med 550 kronor per ton brännbart avfall, samt 700 kronor per ton icke brännbart avfall. För eventuell balning utgår vidare ersättning med 200 kronor per bal eller 250 kronor per ton, vid en snittvikt 800 kilo per bal. Extra transporter med lastväxlarfordon skall betalas med 150 kronor per mil. Angivna priser regleras med förändringar i indexserien T92SÅE2, "Entreprenad" med januari månad 1992 som bastal. Indexregleringen omfattar 90 procent av ersättningarna och sker den 1 januari varje år. Avtalet med Återvinning Recykling Husgärdet AB har aldrig upphandlats genom offentlig anbudsinfordran.

Den 19 november 2003 har mellan parterna ingåtts ett tilläggsavtal innefattande en "prisreglering" innefattande att från och med den 1 januari 2004 Återvinning Recykling Husgärdet AB skall erhålla 720 kronor per ton omhändertaget brännbart avfall (exkl. index). Avtalet kom därmed att "förlängas" till att omfatta även 2005.

Den 14 april 2005 ingicks mellan parterna ytterligare ett avtal om prisreglering med innebörden att Återvinning Recykling Husgärdet AB från och med den 18 april 2005 skall erhålla 675 kronor per ton omhändertaget brännbart avfall (exkl. index). Avtalet kom därmed att "förlängas" till att gälla till och med den 31 december 2007. Några mellankommande upphandlingar har inte föregått tilläggsavtalen med prisjustering och förlängning.

Vid tillämpning av ursprungligen avtalade priser skulle ersättning, efter omräkning enligt index, rätteligen utgå med 584 kr/ton för 2004, med 618 kr/ton för 2005 samt med 655 kr/ton för 2006. För 2007 är pris inklusive index ännu inte känt. Angivna prisjusteringar har således inneburit en merkostnad för kommunen på drygt en miljon kronor.

Kommunen har i sitt yttrande till Konkurrenskommissionen uppgivit att avståndet från Strömstad till närmaste behandlingsanläggning är 18-19 mil. Kommunens pris inklusive transport uppgår för närvarande till 702 kronor per ton. Transportkostnaden utgör enligt Kommunen 160 kronor per ton, varför själva behandlingskostnaden uppgår till 542 kronor per ton avfall.<sup>14</sup>

Kontraktsvärdet av det ursprungliga avtalet kan med ledning av angivna pris- och volymuppgifter uppskattas till en månadskostnad på minst c:a 230.000 kronor eller sammanlagt minst c:a 10 miljoner kronor under kontraktets löptid på 3 år och åtta månader.

Kontraktsvärdet av det därefter följande avtalet med prisjustering och ytterligare bindningstid

efter det första kontraktet löpt ut, kan med ledning av angivna pris- och volymuppgifter uppskattas till totalt minst c:a 13 miljoner kronor<sup>4</sup> under den 48 månadersperiod som framgår av den lagstadgade beräkningsregeln vid offentlig upphandling.<sup>7</sup>

## 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.

En kommun kan välja att antingen handha renhållningen i egen regi eller att uppdra åt någon annan, t.ex. ett bolag, att för kommunens räkning handha renhållningen.

För sådant avfall som skall transporteras genom kommunens försorg (exempelvis hushållsavfall) får enligt 15 kap. 21 § MB inte någon annan än kommunen eller ”den kommunen anlitar för ändamålet” ta befattning. Således fordras ett direkt avtalsförhållande mellan den renhållningsansvariga kommunen och den externa utföraren.

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras sedan 1994 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 till lagen, som om det samlade kontraktsvärdet av upphandlingen överstiger tröskelbeloppet 200.000 euro eller, vid tidpunkten för de aktuella upphandlingarna, 1,756 miljoner kronor respektive 1,845 miljoner kronor <sup>[3]</sup>, skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU. Även rena transporttjänster (landtransport, inkl. säkerhetstransporter, kurir- och taxitransport, utom postbefordran) utgör A-tjänster (kategori 2). Lagens bestämmelser bygger i angivet avseende på EG/ministerrådets direktiv 92/50/EEG, det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet. Understiger upphandlingarnas värde angivet tröskelbelopp skall dessa istället handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§ samt 6 kap. LOU <sup>[4]</sup>.

Enligt likabehandlingsprincipen, som bär upp den centrala gemenskapsrätten och 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.

Skyldighet att följa lagens bestämmelser åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi benämns som ”upphandlande enheter”. Tillsyn över lagen om offentlig upphandling utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU). <sup>[5]</sup>

Med upphandling avses alla köp av i princip 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 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 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. Tyska staten 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 föllades 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).

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"*.<sup>[6]</sup>

Samma synsätt måste mot bakgrund av det ovan redovisade avgörandet från EG-domstolen även anses gälla vid upphandling av tjänster.

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 brådskas 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>[7]</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.

Avseende möjligheten att förlänga sedan tidigare gällande avtal utanför ursprungligen avtalad kontraktstid och på delvis ändrade villkor förtjänar nämnas ett avgörande från Kammarrätten i Göteborg.

Landskrona kommun hade sedan länge upprätthållit ett avtal med LSR Landskrona-Svalövs Renhållnings AB innebärande att bolaget skulle utföra samtliga tjänster för insamling, transport och behandling av avfall som kommunen ansvarar för. Avtalet löpte ut, utan möjlighet till förlängning, per den sista december 2002. Trots detta beslutade kommunen att "förlänga" avtalet ytterligare en period till och med den 30 juni 2003, varefter vissa justeringar samt ytterligare "förlängning" skulle kunna komma ifråga. Någon mellankommande upphandling genomfördes aldrig.

Kammarrätten – liksom tidigare länsrätten - prövade förfarande t som en ny upphandling samt konstaterade att det förhållandet att förlängningsavtalet redan hade hunnit undertecknas inte utgjorde skäl för att avvisa talan om överprövning. Kammarrätten förordnade därför att upphandlingen skulle göras om.<sup>[8]</sup>

### Yttrande

Strömstads kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört att kommunen fram till och med den 30 april 2001 hade avtal med Karlstads Energi AB förbränning av avfall. Trots att Karlstads Energi sade upp detta avtal ett år i förväg, den 26 april 2000, trodde kommunen att "*intentionerna i uppsägningen inte skulle gälla*". Kommunen hamnade därför i tidsnöd när det visade sig att avtalet faktiskt skulle komma att löpa ut, och det enligt kommunens bedömning rådde en akut brist på förbränningskapacitet. Det nu aktuella avtalsförhållandet inleddes därför direkt med Återvinning Recykling Husgärdet AB, utan offentlig upphandling. Även inför att detta avtal skulle löpa ut, i december 2004, bedömde kommunen att "*bristen på förbränningskapacitet kvarstod*" och att "*det var riskfyllt att inte förlänga avtalet*". Kommunen menar även att den ersättning som utgår till Återvinning Recykling Husgärdet AB jämförelsevis framstår som konkurrenskraftig. Kommunen uppger slutligen att den i framtiden avser att konkurrensutsätta avfallsförbränningen, "*när vi nu ser att marknadssituationen för en långsiktigare lösning förbättras*".

### Bedömning

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

Det ursprungliga avtal avseende transport och omhändertagande av avfall som Strömstads kommun har tecknat med Återvinning Recykling Husgärdet AB har inte upphandlats i enlighet med lagen om offentlig upphandling. Enligt lagens bestämmelser kan köp direkt från viss leverantör komma ifråga enbart vid tidsnöd som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten. Kommunen har haft ett år på sig, efter uppsägningen från Karlstads Energi, för att förvissa sig huruvida uppsägningen var allvarligt menad och att vidta erforderliga åtgärder för ny upphandling. Kommunens egen bristande planering utgör inte skäl för undantag från kravet på annonsering och offentlig anbudsinfordran.

Även om synnerlig brådska skulle ha förelegat kan detta inte motivera undantag för längre tid än vad som behövs för att täcka kommunens behov fram till dess att ett ordinarie upphandlingsförfarande har hunnit genomföras, vilket i regel kan ta några månader och högst upp till ett halvår med ytterligare några månaders implementeringstid. Fleråriga kontrakt skall således inte gå att teckna genom direkta upphandlingar om inte särskilt tungt vägande

affärsmässiga skäl motiverar annat. Vad Kommunen har anfört om tidsnöd utgör inte något sådant skäl som lagligen kan åberopas för att upphandla aktuella tjänster direkt från Återvinning Recykling Husgärdet AB, och i vart fall inte för en så lång avtalsperiod som upp till c:a fyra år.

De tilläggsavtal som kommunen senare har överenskommit med Återvinning Recykling Husgärdet AB, och som avser perioden från och med den 1 januari 2005 till och med den 31 december 2007, innefattar sådana väsentliga ändringar avseende såväl prisnivån som giltigheten i tiden, att dessa måste anses utgöra helt nya avtal, vilka, även dessa, rätteligen skulle ha upphandlats enligt LOU. Kommunens bedömning att ”bristen på förbränningskapacitet kvarstod” och att ”det var riskfyllt att inte förlänga avtalet” utgör inte skäl för att underlåta ett offentligt anbuds-förfarande. Någon ”förlängning” av befintligt avtal har det för övrigt aldrig varit fråga om eftersom den civilrättsliga bundenheten till detta avtal löpte ut redan i december 2004.

De aktuella upphandlingarna avser A-tjänster till ett årligt kontraktsvärde som gör att de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU skall tillämpas. Skriftliga förfrågningsunderlag skulle därför ha upprättats och upphandlingarna annonserats i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT). Samtliga intresserade leverantörer skulle därvid ha beretts möjlighet att lämna anbud på lika villkor.

Någon lagstadgad ensamrätt som medför att endast Återvinning Recykling Husgärdet AB kan komma ifråga för anbudsgivning föreligger inte. Den omständighet att Strömstads kommun möjligen kan ha gjort bedömning att inga alternativa anbudsgivare har stått till buds medför, som tidigare redovisats, inget undantag från skyldighet att annonsera upphandlingen.

Förutom Återvinning Recykling Husgärdet AB finns det på marknaden flera konkurrerande företag som kan komma ifråga för anbudsgivning avseende transport och behandling av brännbart avfall och i många fall till lägre kostnad än vad Strömstads kommun för närvarande betalar.

Någon tidigare konkurrensupphandling av nu aktuella tjänster har inte genomförts. Det är vidare vare sig fråga om tilläggsbeställningar eller upprepningsarbeten. Det är heller inte så att de aktuella tjänsterna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras endast av Återvinning Recykling Husgärdet 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 upphandlingarna skulle rätteligen ha genomföras i enlighet med lagens av EG-direktiv styrda bestämmelser.

De aktuella tilläggsavtalen står således i strid 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 marknaderna för renhållnings- och transporttjänster har snedvridits.

<sup>11</sup> Jämförelsevis betalar Tidaholms kommun, som bränner sitt avfall i en anläggning i Lidköping, 315 kronor per ton omhändertaget avfall. Avståndet mellan Strömstad och Lidköping är c:a 40 mil, vilket omräknat skulle ge en transportkostnad på c:a 336 kronor/ton. Prisskillnaden mellan detta alternativ och den lösning som Kommunen har valt är således  $(315 + 331 = 646 - 702 = 56$  kronor eller drygt 7 procent. Genomsnittligt skulle detta, utslaget på hela den aktuella avtalstiden, givit en besparing på c:a drygt en miljon kronor.

- <sup>[2]</sup> Utgångspunkt för beräkning av kontraktsvärdet är följande: År 2004, 5.000 ton x 720 kr = 3,6 mkr; År 2005, 5.000 x 720 ./12 x 2,5 = 750 + 5.000 x 675 ./12 x 9,5 = 2,672 mkr, totalt 3,422 mkr; År 2006, 5.000 x 675 = 3,375; År 2007, 5.000 x 675 = 3,375 mkr. Totalt kontraktsvärde 2004 – 2007 = 3,600 + 3,422 + 3,375 + 3,375 = 13,772 mkr.
- <sup>[3]</sup> Se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Gällande tröskelvärde uppgick under perioden från och med den 1 april 2000 till den 1 januari 2002 till 1,756 miljoner kronor; under perioden från och med den 15 februari 2004, till den 1 januari 2006 uppgick tröskelvärdet till 1,845 miljoner kronor.
- <sup>[4]</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>[5]</sup> Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.
- <sup>[6]</sup> Nämnden för offentlig upphandling (NOU), brev till regeringen den 18 januari 1999 (dnr. EUFi1999/287).
- <sup>[7]</sup> Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478
- <sup>[8]</sup> Kammarrätten i Göteborg, dom den 7 april 2003 i mål 4851-2002. Domen har vunnit laga kraft genom att kommunen nekades prövningstillstånd i Regeringsrätten.
-