

## KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 06-037

PM 2 2007-03-07 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Strömsunds kommun har utan föregående infordran av konkurrerande anbud på marknaden tecknat avtal om tjänster för avfallsförbränning m.m. från ett bolag som ägs av annan kommun.*

Strömsunds kommun tecknade avtal den 15 november 2006 med Reko Sundsvall AB<sup>[1]</sup>, ett kommunalt bolag som indirekt ägs av Sundsvalls kommun, innebärande att bolaget under 2007, utan möjlighet till ytterligare förlängning i tiden, skall omhänderta c:a 1.500 ton brännbart avfall som Strömsunds kommun har samlat in. Ytterligare mängder avfall kan enligt avtalet bli aktuellt, men detta kräver samförstånd parterna emellan avseende lagring och leveranstidpunkt.

För utförda tjänster skall Strömsunds kommun erlagga ersättning enligt en till avtalet fogade prisbilaga. Priserna regleras på visst angivet sätt med hänsyn till förändringar i Statistiska centralbyråns (SCB) konsumentprisindex, med oktober 2006 som basmånad. Därutöver äger enligt avtalet Reko Sundsvall AB ”...rätt att justera avgiftsnivåerna för förändrade skatter och avgifter samt andra myndighetspålagor som rör avtalad avfallshantering”.<sup>[2]</sup>

Någon annonserad upphandling har aldrig ägt rum.<sup>[3]</sup> Priset för tjänsten att omhänderta Strömsunds kommuns avfall uppgår enligt avtalet till 433 kr/ton brännbart avfall och 522 kr/ton hushållsavfall. Det samlade s.k. *kontraktsvärdet* av upphandlingen uppgår således uppskattningsvis till mellan 649.000 och 783.000 kronor.<sup>[4]</sup>

Förutom Reko Sundsvall AB finns det på marknaden för behandling av avfall flera tänkbara privata leverantörer.

#### 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.

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<sup>[5]</sup> av upphandlingen understiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,826 miljoner kronor<sup>[6]</sup> skall upphandlas enligt de nationellt bestämda reglerna i 6 kap. LOU.

Lagens bestämmelser bygger i angivet avseende på de principer, bl.a. *likabehandlingsprincipen*, som bär upp den centrala gemenskapsrätten.<sup>[7]</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.

De centrala gemenskapsrättsliga principer kommit till uttryck genom bl.a. EU-fördraget, Europeiska unionens upphandlingsdirektiv samt därtill anslutande gemenskapsrättslig praxis skall äga tillämpning på all offentlig upphandling, således även på sådana förfaranden som omfattas av de nationella bestämmelser som finns införda i 6 kap. LOU.<sup>[8]</sup>

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>[9]</sup>

Med upphandling avses alla köp av tjänster som sker från ett från den upphandlande enheten fristående rättssubjekt (se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU). Stadgandet är därvid undantagslöst. Således föreligger det inte någon möjlighet för t.ex. kommuner att utanför upphandlingslagens bestämmelser köpa tjänster från andra kommuner eller kommunala bolag. Inte heller finns det några lagliga möjligheter för kommunerna att till dylika rättssubjekt ”överföra” utförandet av vissa kommunala angelägenheter, så länge särskild ersättning utgår för tjänsternas fullgörande.<sup>[10]</sup>

Kommunal samverkan utan mellankommande upphandling har på uppdrag av regeringen<sup>[11]</sup> nyligen utretts av Upphandlingsutredningen, vilken i sitt slutbetänkande ”Nya upphandlingsregler 2” (SOU 2006:28) konstaterade bland annat följande:

*”Den slutsats som enligt utredningens mening kan dras av vad som nu sagts är att det inte finns någon möjlighet att underlåta att tillämpa bestämmelserna i lagarna om upphandling vid transaktioner mellan kommuner inbördes eller mellan en kommun och en av kommunen tillsammans med annan ägd juridisk person, oavsett om värdet av transaktionerna uppgår till eller understiger tröskelvärdet”.<sup>[12]</sup>*

Någon möjlighet för kommuner eller kommunala företag att utan mellankommande upphandling köpa och sälja tjänster mellan varandra föreligger således inte enligt gällande rätt.<sup>[13]</sup>

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 (jfr 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 *EG-kommissionen mot 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).

Förekommande transportkostnader får beaktas enbart om transporttjänsten ingår som en del av upphandlingen i sig. Tillkommande transportkostnader kan till följd av likabehandlingsprincipen således inte beaktas vid urvalet av vilken vara eller tjänst som skall upphandlas.<sup>[14]</sup> Enligt 6 kap. 2 § första stycket samt 2a § LOU föreligger en obligatorisk skyldighet för upphandlande enheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt offentliggöra sina upphandlingar genomannons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller annons i annan form som leder till effektiv konkurrens.

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 6 kap. 2 § andra stycket samt 2 b § LOU föreligger vid tjänsteupphandlingar undantag från annonserings skyldigheten under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är lågt eller det föreligger synnerliga skäl såsom exempelvis synnerlig brådskande 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.

Den allmänna principen om likabehandling i EU-fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, även 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>[15]</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

Strömsunds kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. medgivit att ett formellt fel kan ha begåtts genom att kommunen utan föregående infordran av konkurrerande anbud på marknaden tecknat avtal med ett bolag som ägs av en annan kommun. Med hänvisning till gällande marknadssituation och de muntliga förfrågningar som förekommit, fann kommunen ingen

annan lösning än att teckna avtal med Reko Sundsvall AB. Kommunen tar emellertid Konkurrenskommissionens kritik på allvar och inser att första steget på en väl fungerande marknad är att gällande upphandlingsregler följs.

Anläggningar av den storlek som krävs för förbränning av avfall är oftast inte möjliga att etablera i små kommuner som Strömsund, varför kommunen är hänvisad till externa anläggningar. Innan nuvarande förbud mot deponi av avfall infördes (2002) undersökte kommunen marknaden efter tillgänglig förbränningskapacitet. Ingen anläggning i närheten av den region som omfattade Strömsunds kommun visade sig emellertid kunna ta omhand kommunens avfall. Även SJ avböjde att ställa järnvägsvagnar till förfogande för kommunens avfallstransporter eftersom mängderna angavs vara för små. I november 2000 tecknade kommunen avtal med Umeå Energi AB. Detta avtal sades emellertid upp till upphörande 2006. Kommunen, som under tiden kontinuerligt har undersökt marknaden för avfallsförbränning, har kunnat konstatera att viss kapacitetsbrist föreligger. Vid kommunens senaste undersökning 2005 framkom att Reko Sundsvall var den enda anläggningen i regionen som för tillfället hade kapacitet att ta omhand kommunens avfall.

### 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 framgår att Strömsunds kommun har tecknat avtal med Reko Sundsvall AB om att bolaget mot fakturerad ersättning skall tillhandahålla kommunen tjänster för behandling av brännbart hushållsavfall. Någon annonsering eller infordran av konkurrerande anbud har inte föregått det aktuella avtalet, utan detta har tecknats direkt mellan kommunen och bolaget.

Upphandlingen avser renhållningstjänster till ett så högt sammanlagt kontraktsvärde att de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU skall tillämpas. Enligt detta regelverk skall ett skriftligt underlag upprättas innan upphandlingen påbörjas. Upphandlingen skall därefter annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) varvid samtliga intresserade leverantörer skall beredas möjlighet på lika villkor att lämna anbud.

Den omständigheten att kommunen har gjort egna marknadsundersökningar och därvid kunnat konstatera viss kapacitetsbrist utgör – vilket bland annat framgår av EG-domstolens ovan refererade avgörande i *Kommissionens mot Tyskland* – inte skäl för att underlåta att genomföra ett offentligt upphandlingsförfarande enligt LOU. Även om kommunen anser sig övertygad om att det råder kapacitetsbrist eller att konkurrensen av andra skäl är dålig eller till och med helt satt ur spel, måste upphandling annonseras. Genom ökad efterfrågan stimuleras utbudet och därmed konkurrensen. Kommer det under sådant förhållande inte in några anbud eller några lämpliga anbud, får kommunen istället övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Kommunen får i så fall vända sig direkt till en viss leverantör och förhandla direkt med denne om kontrakt i upphandlingen. Dessa förutsättningar har emellertid inte varit uppfyllda. Uppgiften att SJ har avböjt att ställa järnvägsvagnar till kommunens förfogande för avfallstransporter är i och för sig förvånande och får utifrån den konkurrens-snedvidande påverkan detta kan medföra utredas i särskild ordning.

Någon lagstadgad ensamrätt som medför att endast Reko Sundsvall AB kan komma ifråga för anbudsgivning föreligger inte och förutom bolaget finns det på den allmänna marknaden flera privata företag som borde kunna komma ifråga för anbudsgivning avseende behandling av brännbart avfall.

Någon synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på Strömsunds kommun har inte ens påstått 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 Reko Sundsvall 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 upphandlingen skulle istället genomförts i enlighet med lagens av EG-direktiv styrda bestämmelser.

Avtalet mellan Strömsunds kommun och Reko Sundsvall AB har således tillkommit i strid mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Även om Konkurrenskommissionen har viss förståelse för kommunens bedömning av marknadssituationen kan kommunen inte undgå kritik för att ha åsidosatt på området gällande lag och EG-direktiv. Eftersom kommunen numera synes ha tagit till sig Konkurrenskommissionens synpunkter föranleder det påtalade förfarandet emellertid inte några ytterligare kommentarer från kommissionens sida.

- 
- <sup>[1]</sup> Reko Sundsvall AB (REKO), med organisationsnummer 556503-2587, bildades den 7 december 1994 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 28 december samma år; varvid alljämt gällande firma antogs respektive registrerades. Nu gällande bolagsordning antogs den 20 april 2006. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 3.000.000 kronor och fördelas på 3.000 aktier med nominellt värde på vardera 1.000 kronor. Föremålet för bolagets verksamhet består enligt gällande bolagsordning av att "... anlägga, äga, driva och utveckla avfallsanläggningar i Sundsvall, svara för informationsinsatser om återvinning samt marknadsföring och försäljning av ur avfall återvunna produkter. I bolagets verksamhet kan även ingå insamling och bortförsling av avfall". Bolaget ingår som helägt dotterbolag i en koncern där Sundsvall Energi AB (556478-6647) utgör moderbolag. Sundsvall Energi AB är i sin tur dotterbolag till det kommunala holdingbolaget Stadsbacken AB (556478-6654) vilket ägs av Sundsvalls kommun.
- <sup>[2]</sup> Se 4 § "AVTAL om leverans av brännbart avtal, upprättat den 15 november 2006 mellan Strömsunds kommun och Reko Sundsvall AB:
- <sup>[3]</sup> Åre kommun, Tekniska kontoret, faxmeddelande den 5 december 2006: "Någon upphandling har inte gjorts".
- <sup>[4]</sup> Enligt prisbilagan skall priserna för hushållsavfall omfattas av sådan förbränningskatt som infördes i juli 2006. Reko Sundsvall AB reserverar sig i prisbilagan för att prisjustering kan bli nödvändig då detaljregler finns tillgängliga.
- <sup>[5]</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>[6]</sup> Se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Gällande tröskelvärde från och med den 1 januari 2006..
- <sup>[7]</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>[8]</sup> Se EG-domstolens dom av den 3 december 2001 i målet Vestergaard (C-59/00). Domstolen fastslog därvid att "även om vissa avtal inte omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven på området för offentlig upphandling är de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler" (punkt 20) - för ett liknande resonemang, se även EG-domstolens dom av den 7 december 2000 i målet *Telaustria et Telefonadress* (C-324/98), punkt 60, samt med avseende på annat än upphandling (koncessioner) *Parking Brixen*, (C-458-03).
- <sup>[9]</sup> Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.
- <sup>[10]</sup> 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.
- <sup>[11]</sup> Se dir. 2004:47, jämte tilläggsdirektiven, dir. 2005:39.
- <sup>[12]</sup> Se SOU 2006:28, "Nya upphandlingsregler 2" avsnittet 7.12 "Kommunal samverkan" (s. 264).
- <sup>[13]</sup> 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.
- <sup>[14]</sup> Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i skrivelse till regeringen bl.a. uttalat följande: "Enligt NOU:s analys är det inte tillåtet att ge företräde åt den leverantör som producerar en vara så nära de upphandlande enheterna som möjligt, i syfte att minimera transporten. Det är enligt NOU:s uppfattning inte heller möjligt att ställa krav på att en vara som upphandlas skall transporteras på ett visst miljöanpassat sätt. Det är enligt analysen dock möjligt att köpa en vara fritt fabrik med separat uppköp av transporter" (Offentlig upphandling och miljö 1998-12-08, dnr. Eufi1999/287). Samma synsätt måste mot bakgrund av det ovan redovisade avgörandet från EG-domstolen även anses gälla vid upphandling av tjänster.
- <sup>[15]</sup> Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478.
-

