

PM 2 2001-04-26 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (direktupphandling).

Örebro läns landsting har beslutat att till ett delägt och utan föregående upphandling i konkurrens uppdra tjänster för planering, upphandling och samordning av sjukresor i länet. Kostnaderna för tjänsterna skall bestridas av landstinget ensamt.

Landstingsfullmäktige i Örebro beslutade vid sammanträde den 17 oktober 2000 (LF § 117 /00) att uppdra åt det av landstinget delägda Länstrafiken i Örebro AB att *”ansvara för planering, upphandling och samordning av sjukresorna i länet...”* samt att för egen del godkänna konsortialavtal och uppdragsavtal samt bolagsordning för bolaget.

Länstrafiken i Örebro AB¹ är länstrafikansvarig och huvudman för den lokala och regionala kollektivtrafiken i Örebro län enligt lagen (1997:734) om ansvar för viss kollektiv persontrafik (ett s.k. trafikhuvudmannabolag). Örebro läns landsting och primärkommunerna² i länet äger samtliga aktier i bolaget. Landstinget äger hälften av aktierna i bolaget, varefter övriga aktier fördelar sig mellan primärkommunerna i proportion till deras storlek.

Av det ”UPPDRAGSAVTAL”³ som landstingsfullmäktige antog framgår bland annat att Länstrafiken i Örebro AB (§ 2 punkten d) skall omhänderha transporter till/från sjukvård (sjukresor), samt (punkten k) själv eller med anlitan av helt eller delägt bolag eller självständig entreprenör genomföra erforderliga åtgärder enligt avtalet. Kostnaderna för verksamhetens bedrivande skall enligt uppdragsavtalet (§ 3) bestridas genom att landstinget och primärkommunerna i länet årligen skall täcka uppkommande underskott i bolaget.

Av ett samtidigt med uppdragsavtalet antaget ”KONSORTIALAVTAL” framgår (§ 7) att eventuell i Länstrafiken i Örebro AB uppkommen vinst eller förlust skall fördelas mellan parterna på sätt som framgår av ett till konsortialavtalet som bilaga 1, vidlagt dokument med rubriken ”FÖRDELNING AV UNDERSKOTT”. Av bilagan framgår under punkten i) att *”Den del av underskottet som är att hänföra till sjukresor skall täckas av landstinget”*.

För de angivna avtalens giltighet fordras att dessa *”godkänts av såväl landstinget som fullmäktige i envar berörd kommun”* (uppdragsavtalet § 7 / konsortialavtalet § 11). Från det att avtalen har trätt i kraft genom erforderliga godkännanden gäller dessa till och med den 31 december 2002, med två års uppsägningstid och etappvis förlängning om fyra år (uppdragsavtalet § 5 / konsortialavtalet § 9). Avtalen har, såvitt upplysts, hittills godkänts av samtliga fullmäktigeförsamlingar utom kommunfullmäktige i Örebro, och är inte uppsagda.

¹ Länstrafiken i Örebro AB; bolaget är den 16 januari 1973 infört i Patent- och registreringsverkets (PRV) bolagsregister under registreringsnr. 556184-3334. Tidigare firmor har varit AB Örebro läns regionaltrafik, samt från den 18 september 1989, Länstrafiken i T-län AB, nu gällande firma registrerades den 19 augusti 1994 och gällande bolagsordning och gällande bolagsordning registrerades den 11 november 1999. Enligt den av landstingsfullmäktige i oktober 2000 för egen del beslutade bolagsordningen skall bolaget (§ 2) *”...som trafikhuvudman handha de uppgifter som ankommer på landstingskommunen och kommunerna i Örebro län enligt lagen (1997:734) om ansvar för viss kollektiv persontrafik. I bolags uppgifter ingår att omhänderha lokal och regional linjetrafik för personbefordran, transporter för personer med funktionshinder enligt lagen om färdtjänst (1997:736) och lagen om riksfärdtjänst (1997:735), transporter till/från sjukvård (sjukresor), att verka för en tillfredsställande taxiförsörjning, att svara för kompletterande trafikförsörjning avseende person- med tillhörande godsbehandling samt att befrämja tillfredsställande lösningar för lufttrafiken., allt inom Örebro län och angränsande områden”*.

² Primärkommunerna i Örebro län utgörs av: Askersunds kommun, Degerfors kommun, Hallsbergs kommun, Hällefors kommun, Karlskoga kommun, Kumla kommun, Laxå kommun, Lekebergs kommun, Lindesbergs kommun, Ljusnarsbergs kommun, Nora kommun samt Örebro kommun.

³ Vilket ersätter ett tidigare uppdragsavtal från 1995.

Avtalen blir således, under förutsättning av kommunfullmäktiges i Örebro lagakraftvunna godkännande⁴, i vart fall löpande fram till och med den 31 december 2006.

På marknaden för drift av beställningscentraler eller samordning av sjukresor, finns det ett flertal privata företag verksamma. Någon upphandling av de tjänster, som landstinget enligt konsortialavtalet har betalningsansvaret för och som innefattar drift av beställningscentraler m.m., har emellertid inte ägt rum, utan uppdraget har lämnats direkt till Länstrafiken i Örebro AB, utan föregående infordran av anbud i konkurrens med andra företag.

Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras sedan den 1 januari 1994 genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingar avseende tjänster för landtransport, inkl. säkerhetstransporter, kurir- och taxitransport, utom postbefordran (A-tjänster, kategori 2) skall om det samlade upphandlingsvärdet överstiger ett i lagen angivet tröskelvärde motsvarande 1,756 miljoner kronor⁵, handläggas enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU. Av 5 kap. 7 § LOU framgår att för upphandlingskontrakt som inte anger något totalpris skall avtalsvärdet 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.

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 icke diskriminering⁶ (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.

Under de aktuella förutsättningarna skall den upphandlande enheten normalt tillämpa något av upphandlingslagens förfaranden för *öppen upphandling* eller *selektiv upphandling*. Enheten skall därvid upprätta ett skriftligt upphandlingsunderlag samt infordra anbud i konkurrens på den allmänna marknaden, bland annat genom en annons i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT). Om tjänsterna på grund av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan utföras av endast en viss leverantör, behöver enligt 5 kap. 17 § LOU den upphandlande enheten emellertid inte iaktta något formbundet förfarande för anbudsinfordran, utan kan upphandla direkt från viss leverantör (s.k. *förhandlad upphandling utan föregående annonsering*).

Frågan huruvida kommuner och landsting kan genomföra köp från helägda företag har i ett flertal avgöranden berörts av Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Det har från kommunalt håll bland annat gjorts gällande att 3 kap. kommunallagen kan tolkas så att kommuner och landsting utan föregående upphandling kan uppdra viss verksamhet till hel- eller delägda kommunala företag. Någon sådan generell möjlighet att vid sidan om lagens angivna bestämmelser upphandla nyttigheter direkt från företag som kontrolleras eller på annat sätt

⁴ Kommunfullmäktige i Örebro väntas enligt uppgift ta ställning till det aktuella konsortialavtalet vid sammanträde den 21 mars 2001.

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

⁶ Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

står under inflytande av den upphandlande enheten föreligger emellertid inte enligt nämnden. I sina kommentarer till lagen om offentlig upphandling (NOU-info dec. -93, sid. 7, styckena 7 och 9) anger NOU att även köp mellan kommuner och kommunala hel- eller delägda företag omfattas av lagens bestämmelser. I anledning av ett senare avgörande i EG-domstolen (Arnhemålet) – där två nederländska kommuner, med tillämpning av EG:s tjänsteupphandlingsdirektiv, medgavs viss rätt att frångå direktivets bestämmelser om konkurrensupphandling⁷ – har nämnden vidare angivit bland annat följande⁸: ”Domen utgör enligt NOU:s mening inte någon grund för en generell rätt för kommuner eller landsting att utan upphandling köpa varor eller tjänster från sina helägda bolag. För detta krävs att bolaget är en upphandlande enhet enligt 5 kap. 2 §, har en ensamrätt att utföra tjänsten samt att ensamrätten bygger på publicerad lag eller författning och är förenlig med Romfördraget”. Nämnden har även i ett principiellt viktigt avgörande, avseende renhållningstjänster, klargjort att köp direkt från dotterföretag, utan föregående konkurrensupphandling inte kan komma ifråga.⁹ Efter det refererade domen har EG-domstolen avgjort ytterligare ett mål av principiell betydelse (Teckalmålet)¹⁰. Målet gällde ett kommunalt köp direkt från en kommunalförbundslignande association i Italien. Domstolen uttalade att det i och för sig kan anses förenligt med EG-rätten att avtal utan upphandling sluts mellan, å ena sidan, en lokal myndighet, och, å andra sidan, en i förhållande till denna myndighet fristående juridisk person, om den lokala myndigheten utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den. Rättsläget har bland annat medfört att en statlig utredning numera föreslagit att upphandlingslagen ändras så att köp mellan kommuner och landsting och av dem ägda bolag tillåts utan föregående upphandling.¹¹

Av 5 kap. 2 § LOU framgår, som ett undantag från lagen, att en upphandlande enhet emellertid inte behöver följa lagen vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt att utföra tjänsten.

Enligt den ovan omtalade lagen (1997:734) om ansvar för viss kollektiv persontrafik (kollektivtrafiklagen) kan kommuner och landsting lämna uppdrag att utföra vissa tjänster till ett av dem helägt bolag utan att någon upphandling behöver äga rum. För att främja en tillfredsställande trafikförsörjning skall det nämligen i varje län finnas en ”trafikhuvudman” som ansvarar för den lokala och regionala linjetrafiken för persontransporter (1 § kollektivtrafiklagen). Trafikhuvudmannaskapet kan bland annat utövas av ett för ändamålet

⁷ EG-domstolens avgörande den 11 november 1998 (C-360-96, BFI Holding BV / Gemeente Arnhem och Gemeente Rheden) vilket främst gällde tillämpning av artiklarna 1 och 6 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (det s.k. Arnhem-målet).

⁸ NOU-info för december 1998 sid. 14-16, särskilt sid. 15 sista stycket.

⁹ Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU), avgörande den 16 juni 1998, Dnr, 227/96-26. Avgörandet behandlade en upphandling där Halmstads kommun uppdragit åt det egna renhållningsbolaget att utföra renhållningen i kommunen. Nämnden uttalade att det aktuella renhållningsavtalet mellan kommunen och dess renhållningsbolag inte kan ”anses ha tillkommit enbart genom en delegering av kommunala angelägenheter. Det är ett avtal mellan två självständiga juridiska personer. Renhållningstjänster bygger inte på ett sådant monopol som enligt 5 kap. 2 § LOU inte behöver upphandlas. Förhållandet är med en mycket hög grad av sannolikhet inte en tjänstekoncession. Även om så skulle vara fallet föreligger inte i svensk praxis något stöd för att tjänstekoncessioner kan undantas från LOU:s tillämpning. De slutsatser som framgår av NOU:s utredning om kommunala bolag förutsätter en lagändring. NOU:s uppfattning är därför att Halmstads kommun borde ha upphandlat de aktuella tjänsterna i konkurrens”. Huruvida detta förslag kan genomföras utan att komma i konflikt med gällande EG-rätt återstår emellertid att se.

¹⁰ EG-domstolens avgörande den 18 november 1999 (C-107/98 Teckal Srl / Commune di Viano), avsåg tillämpning av artikel 6 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (det s.k. Teckal-målet).

¹¹ Upphandlingskommitténs slutbetänkande SOU 2001:31. Utredningen föreslår att en ny paragraf 6a införs i 1 kap. LOU med följande lydelse ”Avtal mellan en eller flera kommuner eller landsting och sådana företag som avses i 3 kap. 17 § kommunallagen (1991:900) eller företag som ägs gemensamt av kommuner eller landsting (interkommunala företag) behöver inte föregås av ett upphandlingsförfarande om 1. leverantören är en upphandlande enhet enligt denna lag och 2. det finns uppenbara och dokumenterade samordningsfördelar för kommunen eller landstinget och företaget”.

bildat aktiebolag som ägs av de i länet ingående kommunerna och landstinget (5 § kollektivtrafiklagen). Vissa uppgifter som omfattas av kollektivtrafiklagen, som t.ex. linjetrafik, medför monopol för trafikhuvudmannen att tillhandahålla de berörda kommunerna. Sådana tjänster behöver med stöd av undantagsbestämmelsen i 5 kap. LOU således inte upphandlas. Andra uppgifter enligt lagen (exempelvis uppdrag avseende tjänster för drift av beställningscentraler för eller samordning av sjukresor) fordrar emellertid upphandling från de uppdragsgivande kommunernas sida. Enligt en färsk dom av Regeringsrätten¹² föreligger det inte någon ensamrätt enligt lag eller författning för ett trafikhuvudmannabolag att utföra tjänster avseende drift av beställningscentral för eller samordning av sjukresor. En överenskommelse om köp av sådana tjänster innefattar enligt domstolens bedömning en upphandling av tjänster på vilka upphandlingslagen är tillämplig.

Med hänvisning bland annat till Regeringsrättens refererade avgörande har Länsrätten i Örebro län beslutat om inhibition av landstinget aktuella uppdrag till Länstrafiken i Örebro AB.¹³

Yttrande

Örebro läns landsting har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, men skriftligen meddelat att landstinget med hänvisning till att saken för närvarande även är föremål för prövning i domstol, beslutat att avstå från att avge yttrande i ärendet.

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.

Örebro läns landsting har utan föregående infordran av konkurrerande anbud på den allmänna marknaden beslutat att lämna uppdraget att utföra tjänster för planering, upphandling och samordning av sjukresor i länet till det av landstinget delägda Länstrafiken i Örebro AB. Tjänsterna skall till följd av den konsortialavtalsreglerade garanti om underskottstäckning som landstinget samtidigt beslutat, betalas av landstinget ensamt. Landstinget är således att betrakta som det organ som är upphandlande enhet av de aktuella tjänsterna.

Köp från bolag eller andra associationer där kommuner och landsting ingår som delägare kan liksom övriga kommunala anskaffningar enligt gällande svensk lagstiftning inte ske utan iakttagande av upphandlingslagens bestämmelser.

Värdet av landstingets aktuella uppdrag till länstrafikbolaget torde med hänsyn till tjänsternas omfattning och avtalstidens längd överstiga det i lagen angivna tröskelvärdet. Landstinget torde därför ha varit skyldigt att iaktta de av EG-rätten påbjudna förfarandena för offentlig upphandling.

Eftersom någon faktisk eller juridisk ensamrätt av något slag inte föreligger för länstrafikbolaget på det aktuella området, och det finns privata företag som tillhandahåller de aktuella tjänsterna skulle landstinget således ha upphandlat tjänsterna enligt upphandlingslagens direktivstyrda förfaranden för *öppen* - eller *selektiv upphandling*, bland annat genom upprättandet av ett skriftligt förfrågningsunderlag samt genom annonsering i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT).

Örebro läns landsting uppdrag till det delägda Länstrafiken i Örebro AB avseende drift av beställningscentraler och samordning av sjukresor har enligt Konkurrenskommissionens

¹² Regeringsrätten, dom av den 19 december 2000, mål nr. 180-2000 Annika Rullgård /. Landstinget Dalarna, (ännu ej publicerad i RÅ).

¹³ Länsrätten i Örebro län, beslut den 13 mars 2001, i mål nr. 564-01 E, Samres AB /. Örebro läns landsting.

bedömning således skett på ett sätt som inneburit att lagen om offentlig upphandling har överträtts. Konkurrensen på marknaden för sådana tjänster har därmed snedvridits.