

PM 2 1998-02-11

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

Piteå kommun uppdrar sedan år 1976 renhållningen inom kommunen åt det helägda bolaget Piteå kommuns Renhållnings AB^{1[1]}. Någon upphandling i konkurrens på marknaden har inte föregått kommunens uppdrag till renhållningsbolaget.

Den 28 oktober 1976 (KF § 357/76) antog kommunfullmäktige i Piteå en bolagsordning för Piteå kommuns Renhållnings AB enligt vilken bolaget *skall "ombesörja transporter och annan hantering av sopor och avfall"*. Sedan dess har kommunen uppdragit åt bolaget att i monopol inom kommunen utföra renhållning m.m.

Något skriftligt avtal avseende de aktuella tjänsterna synes inte ha tecknats mellan parterna. Ett maskinskrivet utkast till en principiell överenskommelse i två punkter mellan Piteå kommun och renhållningsbolaget godkändes av kommunfullmäktige samtidigt med antagandet av bolagsordningen för bolaget. Det angivna utkastet har emellertid sedermera inte lett till något undertecknat avtal mellan parterna. Kommunens mellanhavanden med bolaget har istället reglerats genom de av kommunfullmäktige vid varje tidpunkt antagna renhållningstaxorna, enligt vilka bolaget har debiterat kommuninnevånarna för utförda tjänster.

Konkurrenskommissionen har hos Piteå kommun tidigare begärt att få del av Piteå kommuns Renhållnings ABs anbud till kommunen samt av kommunens protokoll uppvisande kommunens beslut att upphandla renhållningstjänsterna från Piteå kommuns Renhållnings AB^{2[2]}. Kommunen har besvarat begäran med att *"Kommunen inte har tecknat sådana avtal varför [de] angivna handlingarna inte finns varken hos kommunstyrelsen eller någon annan myndighet inom Piteå kommun eller hos bolaget"*^{3[3]}. Motsvarande begäran hos bolaget har resulterat i en upplysning att det inte existerar några avtal mellan kommunen och bolaget. Bolaget hänvisar istället till kommunfullmäktiges beslut år 1976 om antagande av bolagsordning^{4[4]}. Någon infordran av anbud från konkurrerande renhållningsbolag synes därmed inte ha skett, varken i samband med bolagets bildande år 1976 eller senare. Tjänsterna att utföra renhållningen i kommunen har istället informellt uppdragits genom kontinuerliga s.k. direktupphandlingar från och med år 1976 och framåt. I en skrivelse till Konkurrenskommissionen daterad den 23 december 1997 uppger kommunen följande: *"Piteå kommun har inte genomfört någon upphandling av renhållningsverksamheten"*, som grund för en begäran om utlämnande av vissa handlingar. I en fax-skrivelse till Konkurrenskommissionen daterad den 11 februari 1999 anger kommunen att några ytterligare handlingar som reglerar förhållandet

^{1[1]} Bolaget registrerades hos Patent- och Registreringsverket den 15 september 1952 under firma Åkeriaktiebolaget Lars och Ellis Johansson (reg.nr. 556057-1274). Den 12 januari 1978 registrerades ändring av firman till Piteå kommuns Renhållnings AB. Bolaget är f.n. under ny ändring av firman till "Renhållningen i Piteå AB".

^{2[2]} I anledning av kommunens handläggning de aktuella framställningarna har Riksdagens ombudsmän (JO) senare beslutat att rikta allvarlig kritik mot kommunen (Dnr. 4171-1996), Justitieombudsmannen uttalar bland annat följande: *"Av [kommunens yttrande till JO] framgår att den felaktiga handläggningen bottnar i okunnighet hos kommunstyrelsen och dess förvaltning om hur den aktuella typen av framställningar skall behandlas. Jag anser att styrelsen förtjänar allvarlig kritik för det inträffade"*.

^{3[3]} Skrivelse den 21 augusti 1996 från Piteå kommuns förvaltningschef till Konkurrenskommissionen.

^{4[4]} Samtal med verkställande direktören för Piteå kommuns Renhållnings AB den 6 augusti 1996 samt skrivelse från bolaget till Konkurrenskommissionen den 23 augusti 1996.

mellan Piteå kommun och Piteå renhållning AB varken upprättas eller inkommit till kommunen efter tidpunkten för den senaste skrivelsen.

Några *synnerliga skäl*, som brådskande oförutsedda behov eller att kostnaden för ett mer formbundet förfarande inte stod i rimlig proportion till det upphandlades värde har inte angivits till stöd för beslutet att direktupphandla de aktuella tjänsterna.

I oktober 1996 (Dnr. KKO 96-044) kritiserade Konkurrenskommissionen förhållandet att Piteå kommun utan någon föregående upphandling i konkurrens lämnat uppdraget till det kommunala renhållningsbolaget att i monopol utföra samtliga tjänster för renhållning m.m. inom kommunen. I den mediadebatt som följde efter kommissionens kritik uppgav Piteå kommun att upphandlingslagen enligt kommunens mening inte är tillämplig när uppdrag lämnas av kommuner till helägda bolag. Rättsläget har av behörig myndighet därefter klargjorts på denna punkt, se redovisning nedan under gällande rätt.

Piteå kommuns Renhållnings ABs intäkter av fakturerad försäljning uppgick år 1995 till c:a 24 miljoner kronor^{5[5]}.

^{5[5]} Enligt årsredovisning 1995 för Piteå kommuns Renhållnings AB utgjorde bolagets intäkter av fakturerad försäljning 23.997.676 kronor.

Gällande rätt

I detta ärende aktualiseras frågan huruvida Piteå kommun riskerar att snedvrیدا konkurrensen genom att utan något formellt avtal och i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling uppdra tjänster åt det av kommunen ägda renhållningsbolaget.

Vid tidpunkten för den i ärendet aktuella upphandlingen (år 1976) reglerades kommunala upphandlingar genom kommunala upphandlingsreglementen. Inom Piteå kommun tillämpades vid tidpunkten för den i ärendet aktuella upphandlingen *normalreglementet för kommunal upphandling* -UR.

Enligt 1 § UR var reglementet tillämplig på all kommunal upphandling, *d.v.s. även på inköp från hel- eller delägda kommunala företag* om företaget själv framställer varan eller utför arbetet eller tjänsten^{6[6]}.

Enligt 3 § UR skulle den upphandlande kommunen alltid utnyttja förefintliga konkurrens-
möjligheter och även i övrigt iaktta affärsmässighet samt behandla anbud och anbudsgivare
objektivt. Enheten skulle bl.a. särskilt tillse att ett fullständigt och tydligt upphandlings-
underlag upprättades. I anvisningarna till 3 § UR^{7[7]} anges särskilt att skyldighet alltid
föreligger för en upphandlande kommun att undersöka och tillvarata den konkurrens som kan
finnas mellan tänkbara leverantörer inom och utom kommunen. Den upphandlande enheten
skulle vidare iaktta affärsmässighet vid sin upphandling. Kraven på objektiv handläggning
måste i sammanhanget särskilt understrykas eftersom en handläggningen syftade till att
åstadkomma konkurrens på lika villkor och sålunda utgjorde en viktig förutsättning för att
kommunernas agerande i upphandlingssammanhang skulle åtnjuta förtroende. Undantag fick
dock ske (7 § UR jämte anvisningar^{8[8]}) om upphandlingen omfattade smärre belopp där kost-
naden för ett mer förbundet förfarande inte stod i rimlig proportion till det upphandlades
värde eller vid brådskande oförutsedda behov som t.ex. vid eldsvåda, översvämning o.dyl. där
anbud inte hann införas.

Direktupphandling utan stöd av särskilda skäl har i ett flertal avgöranden i praxis bedömts
strida mot de kommunalt upphandlingsreglementena. I ett tämligen sent avgörande från 1995
fann Kammarätten i Stockholm (mål nr. 2280-1994)^{9[9]} att ett beslut av en kommunal
fullmäktigeförsamling, att utan föregående införda av anbud i konkurrens uppdra åt en viss
entreprenör att utföra renhållningen inom kommunen, stred mot kommunens upphandlings-
reglemente vilket i det aktuella fallet utgjordes av normalreglementet-UR.

Om de särskilda förutsättningarna för direktupphandling inte förelåg skulle den upphandlande
kommunen enligt 9 § andra stycket UR införda anbud från så många leverantörer som med
hänsyn till upphandlingens art och omfång behövdes för att få till stånd en tillfredsställande
konkurrens. Rättspraxis rörande tolkningen av denna bestämmelse har ansett det tillräckligt
om anbud inhämtades från minst tre leverantörer.

Enligt 9 § första stycket UR skulle anbud normalt införas genom annons eller skrivelse.
Enligt 9 § första stycket samt 10 §§ UR skulle anbud alltid inges skriftligt.

^{6[6]} Se anvisningarna till 1 § andra stycket UR, Kommunala upphandlingsreglementet jämte anvisningar, fjärde översedda upplagan, Kommentus förlag 1983, sid 6.

^{7[7]} Se anvisningarna till 3 § UR, Kommunala upphandlingsreglementet, fjärde översedda upplagan, Kommentus förlag 1983, sid 12-13.

^{8[8]} Se 7 § UR, Kommunala upphandlingsreglementet jämte anvisningar, fjärde översedda upplagan, Kommentus förlag 1983, sid 7.

^{9[9]} Dom meddelad i Stockholm den 30 januari 1995.

Sedan den 1 januari 1994 regleras all offentlig upphandling och vad som äger samband med den, genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Vid lagens tillkomst upphörde i princip de kommunala upphandlingsreglementenas betydelse för kommunala upphandlingar^{10[10]}.

Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande verksamhet utgör sådana A-tjänster^{11[11]} som, om det totala värdet av upphandlingen överstiger 1,6 miljoner kronor^{12[12]}, numera skall handläggas enligt reglerna i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU.

De som är skyldiga att iaktta lagens bestämmelser anges i lagen som *upphandlande enheter*. Enligt 1 kap. 2 § LOU utgör bland annat samtliga kommuner sådana upphandlande enheter som avses i lagen.

Enligt lagens huvudregel skall de upphandlande enheterna iaktta affärsmässighet och opartiskhet i sin inköpsverksamhet och därvid på bästa sätt utnyttja förefintlig konkurrens (1 kap. 4 § LOU).

I förarbetena till LOU motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering^{13[13]} (jfr. art. 7 i EG-Romfördraget). Reglerna är bl.a. utformade i syfte att försvåra möjligheterna att gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Lagens bestämmelser medför också att skattebetalarna eller avgiftskollektivet (vid t.ex. kommunal renhållning) skyddas mot onödigt höga kostnader.

Tillsyn över lagen om offentlig upphandling utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU), i vilken bland annat kommunernas och landstingens intressen representeras genom medverkan av Svenska kommunförbundet och Landstingsförbundet.

I sina kommentarer till lagen^{14[14]} anger Nämnden för offentlig upphandling att huvudregeln om affärsmässighet skall tolkas så att avtal som löper med förlängningsklausuler (t.ex. tillsvidareavtal) obligatoriskt skall upphandlas på nytt med jämna mellanrum. Avtalen skall som regel inte tecknas för längre tid än två år och endast undantagsvis tre till fyra år. Förekommer att avtal måste tecknas för längre tid, t.ex. vid avtal om drift av sjukhus eller andra stora avtal där stora investeringar måste göras av leverantören, kan avtalstiden omfatta längre tid. I t.ex. EU-landet Storbritannien har sådana kontrakt tillåtits omfatta mellan fem och högst sju år.

Har den upphandlande enheten avtal som löper utan begränsning i tiden och har avtalstiden löpt längre tid än, i normalfallet, två till fyra år skall enligt Nämnden för offentlig

^{10[10]} En kvardröjande effekt torde föreligga i begränsat hänseende om ett visst reglemente inte är upphävt genom beslut av fullmäktige och reglementet föreskriver krav som är mer långtgående än upphandlingslagen.

^{11[11]} 5 kap. 1 § LOU samt punkt 16 bilaga A till lagen.

^{12[12]} Enligt förordningen (1993:1322) om ändring i förordningen (1993:1492), om beräkning av tröskelvärden enligt lagen (1992:1592) om offentlig upphandling, i kraft sedan den 1 november 1994, skall en ecu motsvara 8,00169 kronor. Vid upphandling av vissa tjänster enligt en särskild bilaga A till lagen (5 kap. 1 och 4 §§ LOU, vid uttolkning hänvisas till FN:s nomenklatur: CPC eller EG:s dito: CPV) uppgår tröskelvärdena till SEK 1.600.000 (ECU 200.000). Förhandsannonsering skall enligt LOU och förordningen (1980:849, senast ändrad 1992:1515) om tillämpning av GATT-överenskommelsen (1988:461) om statlig upphandling om upphandlingen överstiger tröskelvärdet SEK 6.000.000 (ECU 750.000). Jfr. även 2 kap. 1 §, 2 st., LOU.

^{13[13]} Prop 1992/93:88, sid. 59-60.

^{14[14]} Se Nämnden för offentlig upphandling, NOU-info dec -93, sid. 6 samt dec -94, sid. 9, se även NOU-info april-94, sid. 8 samt okt -94, sid. 11 samt nämndens årssammanställning för år 1995 sid 59-61.

upphandling dessa avtal sägas upp så snart det är möjligt. Därefter skall upphandling ske på nytt.

Det är enligt nämnden därför viktigt att den upphandlande enheten har ett tillfredsställande bevakningssystem som medger planering och förberedelse i tid för en ny upphandling när tiden för gällande avtal lider mot sitt slut.

Någon generell möjlighet för kommunerna att utan iakttagande av lagens bestämmelser upphandla vissa nyttigheter direkt från ett av kommunen helägt bolag eller någon annan association föreligger inte. Detta har bland annat tydligt klargjorts av Nämnden för offentlig upphandling (NOU), såväl dels genom ett avgörande från juni 1998, dels genom senare uttalanden i myndighetens informationsmaterial. Undantag från lagens krav medges enligt 5 kap. 2 § enbart om det föreligger ensamrätt på grund av lag eller annan författning för viss association att utföra den tjänst som skall upphandlas.

Det aktuella nämndavgörandet^{15[15]} behandlade en upphandling där Halmstads kommun uppdragit åt det egna renhållningsbolaget att utföra renhållningen i kommunen. Nämnden uttalade att det aktuella renhållningsavtalet mellan Halmstads kommun 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”.

I anledning av ett färskt avgörande i EG-domstolen – där två nederländska kommuner, med tillämpning av EG:s tjänsteupphandlingsdirektiv, medgavs viss rätt att frångå direktivets bestämmelser om konkurrensupphandling^{16[16]} – har nämnden för offentlig upphandling i sitt nyhetsbrev angivit bland annat följande^{17[17]}: ”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”.

Yttrande

Piteå kommun har tidigare - i samband med kommissionens utredning år 1996 - beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en redovisning av sakomständigheterna i ärendet, utan att inkomma med något svar. Några nya sakomständigheter har, såvitt framgår av kommunens fax-skrivelse till kommissionen i februari 1999, därefter inte tillkommit i ärendet.

^{15[15]}

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) avgörande den 16 juni 1998, Dnr, 227/96-26.

^{16[16]}

EG-domstolen mål nummer C-360/96 Gemeente Arnheim och Gemeente Rheden mot BFI Holding BV.

^{17[17]}

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

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.

Sedan år 1976 handhar Piteå kommuns Renhållnings AB renhållningen i Piteå utan att kommunen har genomfört någon upphandling av tjänsterna i konkurrens på den allmänna marknaden och utan att något formellt avtal har tecknats med bolaget.

De aktuella tjänsterna framställs av renhållningsbolaget i egen produktion och några förutsättningar för att tillämpa direktupphandling av tjänsterna föreligger varken mot bakgrund av upphandlingens värde eller några andra anförda synnerliga skäl.

Renhållningstjänsterna har därmed upphandlats i strid mot det vid den aktuella tidpunkten (år 1976) gällande upphandlingsreglementet för Piteå kommun.

Numera regleras kommunens upphandlingar genom lagen om offentlig upphandling. Eftersom utförandet av kommunal renhållning inte bygger på något lag- eller författningsstadgat monopol föreligger det inte någon laglig möjlighet för Piteå kommun att, utan föregående infordran av konkurrerande anbud på marknaden, fortlöpande uppdra åt det egna renhållningsbolaget att utföra renhållningen i kommunen.

Enligt Nämnden för offentlig upphandling (NOU) är det normalt inte affärsmässigt att vidmakthålla avtal som i tiden sträcker sig över fyra år eller, undantagsvis vid större investeringar, upp till åtta år. Piteå kommuns mellanhavanden med renhållningsbolaget har pågått i ett tjugotal år.

De fortlöpande uppdrag som Piteå kommun varje år lämnar till bolaget strider följaktligen även mot lagen om offentlig upphandling.

Kommunen har således åsidosatt kraven på affärsmässighet vid offentlig upphandling, dels genom att år 1976 utan synnerliga skäl direktupphandla de aktuella renhållningstjänsterna, dels genom att i över 22 år vidmakthålla (det formellt avtalslösa) och felaktiga affärsförhållandet med renhållningsbolaget. Konkurrenskommissionen har tidigare, år 1996, kritiserat detta förhållande, utan att någon rättelse har skett.

Eftersom det formellt inte föreligger någon kontraktsmässig bindning mellan parterna är någon uppsägningsfrist inte aktuell. Kommissionen uppmanar därför på nytt Piteå kommun att omedelbart företa en lagenlig upphandling av de aktuella renhållningstjänsterna i konkurrens på den allmänna marknaden.

Erfarenhetsmässigt är kostnaden för konkurrensutsatt verksamhet c:a 20 procent lägre jämfört med verksamhet som bedrivs utan konkurrens. Med denna utgångspunkt riskerar Piteå kommun, genom att hittills underlåta att upphandla de aktuella tjänsterna på den allmänna marknaden, att ådra dem som betalar renhållningsavgifter i Piteå onödiga kostnader med uppskattningsvis c:a 5 miljoner kronor per år för renhållningen.
