

Peter Lindblom  
Chef för avdelningen för offentlig upphandling  
Anförande, Halmstad 13 november 2007  
Avfall Sverige AB:s höstmöte 13-14 november 2007

Det talade ordet gäller

## **Avfallshanteringen ur ett LOU-perspektiv**

Sedan den 1 september 2007 är Konkurrensverket förvaltningsmyndighet förutom för konkurrensfrågor även för offentlig upphandling. Konkurrensverket ska verka för en effektiv konkurrens i privat och offentlig verksamhet till nytta för konsumenterna samt en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna och marknadens aktörer. Genom att Konkurrensverkets mandat nu också omfattar offentlig upphandling utvidgas det konkurrenspolitiska uppdraget till nya aktörer vilket skapar förutsättningar till ökad effektivitet i konkurrenspolitiken. Jag återkommer till Konkurrensverkets roll som tillsynsmyndighet på upphandlingsområdet.

Temat för detta höstmöte är Offentlig upphandling och samverkan mellan kommuner. Ur många aspekter är offentlig upphandling ett väl valt tema för denna konferens. Offentlig upphandling är en strategisk marknad för tillväxt och välstånd. En väl fungerande konkurrens leder som regel till välfärdsvinster för medborgarna. När företag konkurrerar på produktmarknaderna om konsumenternas gunst främjas produktionseffektiviteten genom en mer rationell produktion och om bättre fördelning av samhällets resurser. Öppna och välfungerande marknader leder dessutom till dynamiska effektivitetsvinster i form av bl.a. nya innovationer.

Den offentliga sektorn utgör en stor del av den svenska ekonomin. Riksdagen har uttalat att den konkurrensutsatta delen av den svenska ekonomin ska öka. Mot denna bakgrund är möjligheterna att skapa konkurrens inom den offentliga sektorn av stor betydelse. De offentliga inköpen beräknas svara för omkring en tredjedel av den offentliga sektorns kostnader. Upphandlingsmarknaderna är således strategiska för ekonomisk tillväxt och välstånd i Sverige.

### **Marknaden för avfallstjänster**

Marknaden för avfallstjänster är viktig och betydande. Avfallshanteringen ska tjäna långsiktiga och miljömässiga syften. Allt avfall ska tas om hand på ett

Adress 103 85 Stockholm  
Besöksadress Sveavägen 167  
Telefon 08-700 16 00  
Fax 08-24 55 43  
konkurrensverket@kkv.se

korrekt sätt, utifrån avfallets egenskaper, för att inte orsaka skador på människor och natur. Mest önskvärt är att minimera mängden avfall. Men det är inte lätt eftersom då konsumtionen ökar tenderar även den totala mängden avfall att öka. Avfallshanteringen är emellertid en viktig del i samhällets infrastruktur och i samhällets och industrins materialflöde. Utvecklingen av en väl fungerande marknad på detta område ger möjlighet till ökad effektivitet och ökade miljövinster.

Kommunerna har sedan lång tid haft ansvar för avfallshantering i Sverige. Detta ansvar har dock inte alltid varit klart preciserat av statsmakterna. Kommunerna har gjort stora investeringar för att bygga ut avfallsbehandlingsanläggningar för att klara detta åtagande. Många kommuner har lagt driften av verksamheten på aktiebolag i form av helägda bolag eller bolag som ägs tillsammans av flera kommuner. Vissa av dessa bolag bildades redan före ikraftträdandet av lagen om offentlig upphandling (LOU).

En kommun kan sköta avfallshanteringen i egen regi eller samarbeta med andra kommuner i kommunalförbund eller gemensamma nämnder. I dessa fall blir inte LOU tillämplig och någon upphandling behöver alltså inte genomföras. Däremot om kommunen anlitar en extern part kräver detta upphandling i konkurrens.

Det är ett faktum att flera kommuner valt att bortse från kraven i LOU på en konkurrensutsättning av avfallshanteringen och följaktligen enbart valt att direktupphandla tjänsten och teckna avtal med någon utvald leverantör. Avfallsmarknaden i Sverige kan ses som ett problemområde när det gäller otillåtna direktupphandlingar. Den tidigare tillsynsmyndigheten Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har alltsedan 1990-talet behandlat ett stort antal tillsynsärenden avseende otillåtna direktupphandlingar inom avfallsområdet. Konkurrenskommissionen, som är en fristående organisation bildad av stiftelsen Den nya välfärden, har i synnerhet under senare år, drivit frågan om otillåtna direktupphandlingar inom avfallsområdet och har också offentliggjort ett stort antal utredningar som påstås visa att kommuner direktupphandlar avfallskontrakt i strid med LOU och gemenskapsrätten. Regeringen gav i december 2003 Naturvårdsverket i uppdrag att i samråd med Konkurrensverket utreda hur marknadssituationen för avfallshanteringen ser ut i Sverige. Naturvårdsverket redovisade uppdraget i september 2004 i rapporten "Marknaden för avfallshantering". Rapporten tar upp bl.a. upphandlingsaspekter och det förhållande att kommunala bolag ibland agerar utanför den egna kommunen i strid med kommunallagens lokaliseringsprincip. I rapporten pekas på att otillåtna direktupphandlingar förekommer.

### **Kommunernas ansvar**

Kommunerna har enligt miljöbalken ett obligatoriskt och icke överlåtbart ansvar att tillse att hushållsavfall och jämförligt avfall tas om hand. Kommunerna kan utföra dessa tjänster i egen regi eller lägga ut renhållningen på entreprenad, helt eller delvis.

Tjänster avseende avfallshantering och liknande verksamheter utgör s.k. A-tjänster enligt punkt 16 i förteckningen i bilaga till LOU och skall följaktligen upphandlas enligt 5 kap. LOU när upphandlingsvärdet beräknas överstiga de s.k. tröskelvärdena. LOU ska tolkas och tillämpas i enlighet med upphandlingsdirektivens syfte och lydelse samt EG-domstolens praxis. Huvudsyftet med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna avseende offentlig upphandling är fri rörlighet för varor och tjänster och att området ska öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater. I alla upphandlingar ska de grundläggande EG-rättsliga principerna följas. Den viktigaste av dessa principer är likabehandlingsprincipen, som innebär att alla leverantörer måste behandlas lika och att det är förbjudet att direkt eller indirekt diskriminera leverantörer på grund av nationalitet eller av annan anledning.

Varje undantag från skyldigheten att följa gemenskapsrättens bestämmelser om offentlig upphandling ska enligt EG-domstolens praxis tolkas strikt. Förhandlat förfarande utan föregående annonsering, som bl.a. kan tillämpas vid synnerlig brådskande eller när tjänsterna av tekniska skäl eller på grund av ensamrätt bara kan utföras av en viss leverantör, ska sålunda i praxis ges en restriktiv tolkning. Vidare har den som avser att åberopa en undantagsbestämmelse bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana omständigheter som motiverar att undantag görs.

En upphandlande myndighet har möjlighet att utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger denna med egna medel utan att behöva vända sig till externa enheter utanför sin organisation. I ett sådant fall blir det inte fråga om ett avtal med ekonomiska villkor med en fristående juridisk person och gemenskapsrättens bestämmelser angående offentlig upphandling ska då inte tillämpas.

Kan då kommuner under vissa förutsättningar tilldela kontrakt till kommunala bolag eller liknande organisationer ägda av en eller flera kommuner utan formellt upphandlingsförfarande. Enligt EG-domstolens praxis avseende s.k. in-house undantaget kan detta ske endast om 1) en upphandlande enhet utövar kontroll över en fristående enhet som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet, och 2) denna enhet utför huvuddelen av sin verksamhet för den eller de upphandlande enheter som äger enheten. Båda kriterierna ska vara uppfyllda. Är ett privat bolag delägare i den organisation som tilldelats kontraktet är undantaget inte tillämpligt.

Regeringsrätten har under våren 2006 meddelat prövningstillstånd i ett överprövningsmål i det s.k. SYSAV-målet. Detta överprövningsmål gäller frågan huruvida Tomelilla och Simrishamns kommuner har genomfört otillåtna direktupphandlingar när de utan att iaktta LOUs förfaringsregler tilldelat avfallskontrakt till Sydsånes Avfalls AB (SYSAV) utan föregående upphandling. SYSAV ägs av fjorton skånska kommuner, varav Tomelilla och Simrishamn vardera äger ca 2-3 procent av aktierna i SYSAV. Regeringsrätten, som ännu inte

avgjort målet, har inte begärt förhandsbesked från EG-domstolen enligt artikel 234 i Romfördraget.

### **EU-kommissionens åtgärder**

EU-kommissionen har uppmärksammat frågan om svenska kommuners direktupphandlingar av avfallstjänster. Kommissionen översände den 13 december 2006 en skrivelse med klagomål om hur flera kommuner organiserar sin avfallshantering. I skrivelsen ställde kommissionen ett antal frågor till den svenska regeringen. Efter det att regeringen inhämtat ett yttrande från Avfall Sverige AB har regeringen besvarat frågorna i februari 2007.

EU-kommissionen har därefter i juli 2007 överlämnat en formell underrättelse till den svenska regeringen där kommissionen bl.a. anser att eftersom kommunen betalar för avfallstjänsterna är dessa att betrakta som offentliga tjänstekontrakt med ekonomiska villkor. Därmed borde kontrakten, beroende på när de ingicks ha tilldelats i enlighet med gällande direktiv. Eftersom det inte finns några tecken på att man ämnar avsluta dessa kontrakt som tilldelats utan offentlig upphandling eller vidta åtgärder för att se till att direktupphandling undviks i framtiden verkar det förekomma en utbredd praxis att tilldela kontrakt för avfallstjänster i Sverige direkt till offentliga och privata parter utan tillämpning av reglerna om offentlig upphandling. Kommissionen anser att Sverige kan ha underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 92/50/EEG och 2004/18/EG.

Regeringen inhämtade yttrande från dåvarande tillsynsmyndigheten NOU. Sedan NOU i sin tur inhämtat yttrandet från Avfall Sverige samt Återvinningsindustrierna konstaterade NOU i sitt yttrande till regeringen att det i landet förekommit och alltjämt förekommer att kommuner direktupphandlar avfallstjänster i strid med LOU och gemenskapsrätten samt att Sverige därmed brister i sina åtaganden enligt EG-direktiven.

I det svar som regeringen lämnade till EU-kommissionen pekade regeringen på ett antal åtgärder som skulle vidtas med anledning av kommissionens underrättelse, bl.a. uppgavs att Konkurrensverket som ny tillsynsmyndighet för LOU skulle göra tillsyn rörande kommuners upphandlingar av avfallskontrakt.

Det svar som den svenska regeringen lämnat utgör underlag för EU-kommissionen att ta ställning till om det finns anledning att gå vidare. Nästa steg kan vara att kommissionen tillställer regeringen ett motiverat yttrande. Det svar som regeringen lämnar på ett sådant motiverat yttrande utgör kommissionens underlag för att ta ställning till om Konungariket Sverige ska stämmas för fördragsbrott vid EG-domstolen.

### **Konkurrensverket ny tillsynsmyndighet på upphandlingsområdet**

Konkurrensverket har fr.o.m. den 1 september 2007 övertagit de uppgifter som åvilade NOU. Regeringen har i vårpropositionen och budgetpropositionen angivit riktlinjer för Konkurrensverkets verksamhet på upphandlingsområdet. Därutöver har regeringen i instruktion och regleringsbrev definierat uppdraget.

Konkurrensverket anger i sitt strategidokument avseende upphandlingsfrågor, som överlämnades till regeringen den 28 september 2007, att en effektiv tillsynsverksamhet förutsätter tillgång till starkare befogenheter och effektivare rättsmedel och att det är av synnerlig vikt att tillsynsmyndigheten i allvarliga eller principiella fall har talerätt i domstol. Införande av effektiva rättsmedel kommer att leda till att upphandlande enheter avhåller sig från överträdelser av LOU samtidigt som leverantörernas vilja att delta i offentliga upphandlingar ökar.

Regeringen arbetar med att förse Konkurrensverket med fungerande rättsmedel. Enligt Konkurrensverkets bedömning krävs sanktionsmöjligheter på upphandlingsområdet för väsentliga överträdelser.

### **Konkurrensverkets tillsynsåtgärder på avfallsområdet**

Konkurrensverket har påbörjat en granskning av några kommuners köp av avfallstjänster från egna bolag. Avsikten är att kartlägga och analysera omfattningen och effekterna av direktupphandlingar. Att öka möjligheterna att komma tillrätta med otillåtna direktupphandlingar kan också vara ett sätt att minska risken för korrupta beteenden inom offentlig sektor.

Som ny tillsynsmyndighet på upphandlingsområdet strävar Konkurrensverket mot att:

- Upphandlande enheter inser möjligheterna med upphandling och avhåller sig från överträdelser av LOU genom att de har kunskap om reglerna, har hög moral i sitt upphandlingsarbete och upplever att risken för upptäckt och kraftfulla sanktionsåtgärder vid överträdelser av reglerna är stor,
- Den konkurrensutsatta delen av den svenska ekonomin ökar och konkurrenslösningarna tillämpas i ökad utsträckning i offentlig sektor,
- Leverantörerna har möjlighet och vill delta i upphandlingar,
- De svenska konsumenterna, upphandlande enheterna och leverantörerna har kunskap om konkurrensens betydelse för ett varierat utbud av varor och tjänster av god kvalitet till rimliga priser.

En effektiv tillsynsverksamhet förutsätter tillgång till starkare befogenheter och effektivare rättsmedel än de som finns idag. Denna uppfattning stöds såväl av ett antal utredningar och revisionsrapporter som av leverantörerna. Den tillsyn som har bedrivits har inte haft önskvärd effekt.

De regelverk som finns för offentlig upphandling har sin grund i EG-rättsliga principer som syftar till att underlätta handeln med varor och tjänster inom EU. Till de grundläggande principerna brukar räknas likabehandling, icke-diskriminering, transparens/öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Dessa regler är viktiga för att öppna upp marknaderna och få de offentliga upphandlarna att bidra till ökad välfärd genom väl fungerande marknader. Till detta ska läggas att regelverket också utgör ett viktigt skydd mot korrupktion.

Det är givetvis ett stort problem att offentliga bolag och myndigheter inte följer LOU. Detta trots att LOU varit i kraft i snart fjorton år. Problemet har uppmärksammats nationellt och på EU-nivå. Konkursverket utgår ifrån att olagliga direktupphandlingar kommer att upphöra. Det nya rättsmedelsdirektivet som är under arbete kommer att fokusera på dessa problem. Effektivare rättsmedel kan förväntas motverka uppenbara överträdelser av LOU.

#### **Ett konkurrensrättsligt perspektiv**

Om kommunens köp av avfallstjänster inte konkurrensutsätts när så borde ske är risken påtaglig att kommunen får betala ett för högt pris för tjänsten, vilket missgynnar kommuninvånarna/skattebetalarna.

Ett för högt pris på tjänsten kan av det kommunala bolaget användas för att subventionera den verksamhet, t.ex. via priset, som bedrivs i konkurrens med privata bolag. En sådan subventionering snedvrider konkurrensen mellan aktörerna, vilket troligen leder till ett ineffektivt resursutnyttjande. Det är allmänt sett en fördel för det kommunala bolaget att vara skyddat på "hemmaplan" jämfört med konkurrenter vars hela verksamhet bedrivs i en konkurrensmiljö.

Slutsatsen blir att en väl fungerande konkurrens på hela avfallsområdet ger den bästa garantin för inte blott lägre priser utan även effektivare resursanvändning samt att det blir möjligt att efterfråga högre kvalitet av tjänsterna på avfallsmarknaden till nytta för kommuninvånare och konsumenter/skattebetalare.