

## PM 2 2008-10-29 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Jönköping kommun har utan föregående infordran av konkurrerande anbud tecknat avtal med ett helägt kommunalt bolag om köp av avfallsförbrännings tjänster för totalt upp till c:a 300 miljoner kronor femton år fram i tiden.*

Jönköpings kommun har den 31 december 2006 tecknat avtal med Jönköping Energi AB, rubricerat "AVTAL AVSEENDE BRÄNSLE FÖR ENERGIPRODUKTION" (nedan: Avtalet), innebärande att bolaget från kommunen ska mottaga och mot särskild ersättning behandla sådant brännbart hushållsavfall och verksamhetsavfall som kommunen ansvarar för. Avtalet avser perioden den 1 januari 2007 till och med den 31 december 2021 (15 år) och kan inte förlängas ytterligare.<sup>1</sup>

Jönköping Energi AB (nedan: Jönköping Energi)<sup>2</sup> är ett av Jönköpings kommun indirekt helägt bolag som har till ändamål för sin verksamhet att inom huvudsakligen Jönköpings kommuns område - bedriva energiverksamhet såsom handel med energi, energiproduktion, infrastruktur för elektronisk kommunikation, tjänster och entreprenader. Bolaget bedriver bl.a. produktion och distribution av el, fjärrvärme, kyla, ånga och biogas i Jönköping med omnejd.

Avtalet är avfattet så att Jönköpings kommun anges som "Säljare" och Jönköping Energi som "Köpare". Ersättning ska emellertid betalas från kommunen till bolaget i form av ett pris per ton omhändertaget avfall (se vidare nedan). Oaktat lydelsen i detta avseende innefattar således Avtalet ekonomiska villkor, där kommunen köper tjänster för förbränning av avfall från Jönköping Energi.

Enligt punkten 4.1 i Avtalet ska kommunen till Jönköping Energi leverera årligen mellan 25.500 och 34.500 hushållsavfall samt mellan 1.760 och 2.300 ton utsorterat brännbart verksamhetsavfall, således totalt mellan 27.260 och 36.800 ton avfall per år.<sup>3</sup> För detta ska kommunen enligt punkten 5.1 i Avtalet erlagga ersättning till Jönköping Energi med "... ett genomsnittligt pris vad övriga leverantörer betalar till Jönköping Energi AB, kronor ton exklusive moms, för hushållsavfall och utsorterat brännbart verksamhetsavfall som är en ersättning för ett miljöstörande bränsle. Till ovan nämnda pris skall avgift betalas som täcker bränsleskatten (för närvarande 150 kronor/ton)".<sup>4</sup>

Någon annonserad upphandling har aldrig genomförts, utan det aktuella avtalsförhållandet mellan kommunen och Jönköping Energi har tillkommit efter en direkttilldelning.<sup>5</sup>

För närvarande (september 2008) erlagger Jönköpings kommun ersättning till Jönköping Energi med 551 kronor per ton omhändertaget avfall (pris + avgift), exklusive moms. Det samlade s.k. *kontraktsvärdet* för tjänsten att ta om hand kommunens brännbara hushållsavfall och verksamhetsavfall kan således uppskattas till mellan c:a 15.020.000 och 20.277.000 kronor per år, eller totalt mellan 60.080.000 och 81.108.000 kronor, under den fyraårsperiod som följer av gällande beräkningsbestämmelser för offentlig upphandling.<sup>10</sup> Upphandlingens verkliga värde är väsentligt

<sup>1</sup> Punkten 2 i Avtalet.

<sup>2</sup> Jönköping Energi AB, med organisationsnummer 556015-3354, bildades den 12 december 1917 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 15 februari 1918. Nuvarande firma registrerades den 12 februari 1996. Tidigare firma var Södra Vätterns Kraftaktiebolag. Gällande bolagsordning registrerades den 5 april 2002. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att "att - inom huvudsakligen Jönköpings kommuns område - bedriva energiverksamhet såsom handel med energi, energiproduktion, infrastruktur för elektronisk kommunikation, tjänster och entreprenader samt att i härför erforderlig omfattning anskaffa, äga och förvalta anläggningar och fastigheter samt i förenlig omfattning äga aktier och andelar i företag inom energisektorn Bolaget ingår som helägt dotterbolag i en koncern där det av Jönköpings kommun helägda holdingbolaget Jönköpings Rådhus AB (556380-7162) utgör moderbolag.

<sup>3</sup> Enligt punkten 4.1 ska kommunen till bolaget leverera "hushållsavfall 30 000 ton/år +/- 15 % och utsorterat brännbart verksamhetsavfall till en mängd av 2 000 ton/år +/- 15 %".

<sup>4</sup> Vidare framgår av samma punkt i Avtalet att "Priset är fritt levererat [mottagarens anläggningar]. I priset ingår skatter och myndighetsavgifter beslutade före [Avtalets] undertecknande. Vid eventuella förändringar av skatter och myndighetsavgifter skall priset förändras i motsvarande grad"

<sup>5</sup> Det aktuella avtalet har föregåtts av ett beslut av kommunfullmäktige i Jönköping den 18 november 2003 (KF § 423/03) att utan någon föregående upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden, köpa tjänster avseende omhändertagande av avfall direkt från det av kommunen helägda bolaget Jönköping Energi AB. Av fullmäktiges beslut framgår bl.a. att "Jönköping Energi ges i uppdrag att utföra behandling med förbränning av kommunens hushållsavfall och med hushållsavfall jämförligt avfall när avfallsförbränningsanläggningen i Torsvik tas i drift". Detta har tidigare kritiserats av Konkurrenskommissionen, se ärende nummer KKO 04-009.

högre och kan uppskattas till omkring 300 miljoner kronor för hela den överenskomna avtalsstiden på totalt 15 år.

Förutom Jönköping Energi AB finns det på marknaden för behandling av avfall ett flertal privata leverantörer som skulle kunna komma i fråga för anbudsgivning.

### 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 däremot inte.

En kommun kan välja antingen att handha renhållningen i egen regi eller att uppdra utförandet åt någon annan, t.ex. ett privat eller kommunalt bolag, att för kommunens räkning genomföra insamlingen eller omhändertagandet av avfall.

Offentlig upphandling som har påbörjats under perioden den 1 januari 1994 till och med den 31 december 2007 regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.<sup>6</sup> Bestämmelserna har tillkommit som en följd av bl.a. Europeiska rådets direktiv 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).<sup>7</sup>

Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande tjänster, däribland avfallsförbränning (CPV 90121330-3),<sup>8</sup> utgör sådana s.k. A-tjänster (kategori 16) enligt bilaga A till lagen, vilka om (vid tidpunkten gällande) kontraktsvärdet<sup>9</sup> för upphandlingen överstiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,928 miljoner kronor<sup>10</sup> ska upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU. Understiger kontraktsvärdet angivet tröskelvärdesbelopp ska handläggningen istället ske enligt de nationella bestämmelserna i 6 kap. LOU.

Lagen om offentlig upphandling ska tillämpas i fråga om samtliga ”kontrakt med ekonomiska villkor” som inte omfattas av något i lagen specifikt angivet undantag.<sup>11</sup> Skyldighet att följa lagen åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi benämns som ”upphandlande enheter”.

<sup>6</sup> Sedan den 1 januari 2008 har 1992 års lag ersatts genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. - Se övergångsbestämmelserna i lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

<sup>7</sup> Tjänsteupphandlingsdirektivet (92/50/EG) har från och med den 31 januari 2006 ersatts av Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (klassiska upphandlingsdirektivet).

<sup>8</sup> CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EG-kommissionen, GD XV / B / 4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet skall ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. - Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

<sup>9</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>10</sup> Se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling, i dess ändrade lydelse enligt förordningen 2005:1119. Angivna belopp, 1,928 kronor, utgjorde tröskelvärdet från den 1 januari 2006 till och med den 31 december 2007, vid upphandlingar av varor och tjänster enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

<sup>11</sup> Se artikel 1.2a, klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).

Tillsynsmyndighet för offentlig upphandling var vid den aktuella tidpunkten Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Numera utövas tillsynen av Konkurrensverket.<sup>12</sup>

Enligt huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU ska alla upphandlande enheter iaktta affärsmässighet och opartiskhet i sin inköpsverksamhet och därvid på bästa sätt utnyttja förefintlig konkurrens. Lagen bygger därvid på ett antal i EG-fördraget stadfästa principer som även kommer till uttryck genom EG-direktiven om offentlig upphandling, däribland principerna om öppenhet (transparens)<sup>13</sup> samt likabehandling (artiklarna 43 och 49 EG).<sup>14</sup>

Syftet med LOU jämte bakomliggande EG-direktiv och fördragsbestämmelser är att säkra att all offentlig upphandling sker genom effektiv konkurrens och att leverantörer och deras ansökningar och anbud behandlas på ett likvärdigt och förutsebart sätt. Reglerna är utformade bl.a. i syfte att försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader samt att korruption motverkas.

Med upphandling avses alla köp av tjänster som sker från ett från den upphandlande enheten fristående rättssubjekt (se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU).

Av vägledande rättspraxis, Regeringsrättens avgörande i de s.k. *SYSÄV-målen* (RÅ 2008 ref. 26) framgår att kommuner när de köper tjänster från kommunala bolag inte är undantagna från LOU.<sup>15</sup> I enlighet med domstolens avgörande i det s.k. *Dalatrafik-målet* (RÅ 2000 ref. 60) föreligger det heller inte några lagliga möjligheter för kommuner att till sina egna bolag ”överföra” utförandet av vissa kommunala angelägenheter, så länge särskild ersättning utgår för tjänsternas fullgörande. Någon möjlighet för kommuner och kommunala bolag att utan mellankommande upphandling köpa och sälja tjänster mellan varandra föreligger således inte enligt gällande svensk rätt.<sup>16</sup>

Bestämmelserna i LOU är tvingande för upphandlande enheter. Regelverket 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 omständigheten 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 EG-domstolens avgörande i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *kommissionen mot Tyskland*,<sup>17</sup> framgår att uppgivna ensamsituationer som inte grundas på legal

<sup>12</sup> Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret avseende offentlig upphandlingen till Konkurrensverket.

<sup>13</sup> ”Med transparens förstås främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rättigheter för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vilka rättigheter och skyldigheter som föreligger. Vilka åtgärder en upphandlande enhet kommer att vidta under upphandlingsprocessen, skall således vara förutsebara för leverantörerna” (Hentze och Sylvé, lagbokskommentaren, Norstedts, upplaga 1:2, sid. 15 f).

<sup>14</sup> För närvarande regleras den offentliga upphandlingen av bl.a. tjänster genom Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet) vilket sedan 1 januari 2008 har implementerats genom införandet av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Det bakomliggande klassiska upphandlingsdirektivet trädde den 1 februari 2006 i kraft med för Sverige bindande s.k. direkt effekt. Äldre gemenskapsrättslig reglering, vilken legat till grund för 1992 års lag om offentlig upphandling, återfinns bl.a. i Europeiska rådets direktiv 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

<sup>15</sup> De s.k. Teckalundantag (se EG-domstolens dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, *Teckal*, REG 1999, s. I 8121, särskilt punkterna 49-51) som brukar framhållas till stöd för att kommuner skulle kunna tillåtas köpa tjänster från sina egna bolag saknar enligt Regeringsrätten betydelse för svenska förhållanden, eftersom den nationella lagstiftningen i Sverige inte innehåller några sådana undantag.

<sup>16</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>17</sup> Se EG-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I-3609.

ensamrätt, inte medför undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingen och att åtminstone försöka infordra konkurrerande anbud genom ett offentligt upphandlingsförfarande.

I målen *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 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 ska upphandlas.<sup>18</sup>

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. Vid upphandling enligt 5 kap. LOU ska enligt 1 kap. 7 och 8 §§ LOU en annons om upphandlingen på snabbaste lämpliga sätt sändas till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer, för vidare annonsering i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) och i databasen TED.<sup>19</sup>

Samtliga företag som tillhandahåller den aktuella tjänster utgör ”leverantörer” som ska 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 brådska 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.

<sup>18</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>19</sup> Tenders Electronic Daily (TED) är Europeiska unionens databas för annonsering av bl.a. offentlig upphandling. Databasen utgör ett tillägg till Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och publicerar annonser som har skickats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE).

### Yttrande

Jönköpings kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. Regeringsrättens avgörande av de sk SYSAV-målen berör många kommuner. Med anledning av utgången i målen har Sveriges Kommuner och Landsting, SKL, gjort en framställan till regeringen om lagändring. Enligt uppgift hanteras framställan i finansdepartementet. Jönköpings kommunstyrelse följer frågan och avvaktar regeringens behandling av SKL:s framställan.

### 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 Jönköping kommun har tecknat avtal med Jönköping Energi om att bolaget mot fakturerad ersättning ska tillhandahålla kommunen tjänster för behandling av sådant brännbart avfall som kommunen enligt miljöbalkens reglering ansvarar för. Den omständigheten att kommunen i Avtalet anges som "Säljare" och Jönköping Energi som "Köpare" medför inte annan bedömning, eftersom betalning utgår från kommunen till bolaget för utförda tjänster. Kommunens skriftliga åtaganden gentemot Jönköping Energi utgör således ett sådant "kontrakt med ekonomiska villkor" som omfattas av den upphandlingsrättsliga regleringen.

Någon annonsering eller infordran av konkurrerande anbud har inte föregått Avtalet, utan detta har tecknats direkt mellan kommunen och bolaget. Med utgångspunkt i angivna pris- och volymuppgifter kan Avtalets s.k. kontraktsvärde (fyraårsvärdet) uppskattas till mellan c:a 19 och 25 miljoner kronor. Avtalets verkliga värde under hela kontraktstiden på totalt 15 år är emellertid väsentligt högre, och kan utifrån samma utgångspunkter uppskattas till c:a 300 miljoner kronor.

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

Som framgår av vägledande praxis från Regeringsrätten är kommunala köp av tjänster från hel- eller delägda bolag inte undantagna från LOU. Inte heller föreligger det några lagliga möjligheter att mellan kommuner och kommunala bolag "överföra" utförandet av vissa kommunala angelägenheter så länge särskild ersättning utgår för tjänsternas fullgörande. Någon möjlighet för Jönköpings kommun att på grund av att kommunen är ägare av Jönköping Energi, utan mellankommande upphandling köpa tjänster direkt från bolaget föreligger således inte enligt gällande svensk rätt.

Av EG-domstolens avgörande i de förenade målen *kommissionen mot Tyskland* (C-20/01 och C-28/01) framgår vidare att den omständigheten att kommunen eventuellt kan ha trott sig veta att enbart Jönköping Energi skulle kunna komma ifråga för anbudsgivning avseende aktuella tjänster inte fråntar kommunen skyldigheten att ändå 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 LOU tillämpas. Genom ökad efterfrågan stimuleras utbudet och därmed konkurrensen. Kommer det vid en korrekt genomförd upphandling inte in några anbud eller några lämpliga anbud får kommunen istället övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Först under sådant förhållande kan kommunen vända sig direkt till en viss leverantör, exempelvis Jönköpings Energi, och förhandla direkt med bolaget om kontrakt i upphandlingen. Dessa förutsättningar har emellertid inte varit uppfyllda i det aktuella fallet.

Någon lagstadgad ensamrätt som medför att endast Jönköping Energi kan komma ifråga för anbudsgivning till Jönköpings kommun föreligger inte och på marknaden finns det flera företag som bör kunna komma ifråga för att lämna anbud på att ta om hand och behandla kommunens brännbara avfall.

Synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte heller beror på Jönköpings kommun har inte ens påståtts föreligga vid tidpunkten för konsortialavtalets ingående 1997. 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 Jönköping Energi.

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 upphandling skulle ha genomförts i enlighet med lagens av EG-direktiv styrda bestämmelser.

Någon lagändring med betydelse för regelverket för kommunala köp från hel- eller delägda företag eller som på annat sätt kan beröra Avtalet mellan Jönköpings kommun och Jönköping Energi har inte ens föreslagits, än mindre beslutats av riksdagen. Avtalsförhållandet har således kommit till i strid mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Förutsättningarna för konkurrensen har därmed snedvridits. Kommunen kan självfallet inte agera olagligt med hänvisning till önskemål om förändrad lagstiftning. Genom kommunens agerande har förtroendet för kommunen som upphandlare undergrävt.

På grund av Avtalets väsentliga värde medför förfarandet också risk för att Sverige kan komma att fällas för fördragsbrott i EG-domstolen.