

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 03-040

PM 2 2003-12-10 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom åsidosättande av lagen om offentlig upphandling (otillåten direktupphandling).

Bergs kommun har tecknat avtal avseende successiva leveranser av elektrisk kraft utan föregående infordran av konkurrerande anbud på marknaden.

Bergs kommun har den 16 januari 2002 tecknat avtal med Fyrfasen Energi AB om successiva leveranser av elektrisk kraft, under perioden den 1 januari 2002 till och med den 31 december 2003. Kommunens beslutet om val av leverantör har inte föregåtts av någon infordran av konkurrerande anbud på marknaden för elektrisk kraft.

Avtalet ersätter ett sedan tidigare gällande avtal mellan Bergs kommun och Fyrfasen Energi AB som inte heller upphandlats i konkurrens på marknaden

Fyrfasen Energi AB^[1] delägs av Bergs kommun genom Bergs Tingslags El AB som äger 20 procent av bolaget. Kvarvarande del ägs av Härjeåns Kraft AB där Fortum Generation AB utgör största ägare med 46,2 procent medan Härjedalens kommun (35,9 procent) och privata aktieägare äger återstoden^[2]. Fyrfasen Energi AB bildades 1 januari 1995 som Ånge Elförsäljning AB och namnändrades 1998 till nuvarande firma. Samtidigt med namnändringen tillfördes bolaget kunder från Härjeåns Kraft AB och Bergs Tingslags El AB. Bolaget har för närvarande cirka 34.000 kunder, främst inom Medelpad, Härjedalen och södra Jämtland.

Enligt en till avtalet fogad prisbilaga (bilaga 1) skall ersättning utgå med 18,5 öre /kWh under 2002 samt med 19,5 öre /kWh under 2003. Till detta pris tillkommer nätavgift, utgörande avgift för överföring av el från stamnätet till avtalad leveranspunkt, enligt för varje område fastställd nättariff.

Enligt en till avtalet fogad bilaga med beräknad årsförbrukning (bilaga 3) uppges kommunens beräknade årsförbrukning till 2.646.841.000 kWh. Med tillämpning av avtalad pristaxa skulle kommunens uppskattade årsförbrukning således motsvara en ersättning på c:a 4,9 miljoner kronor för 2002 och 5,16 miljoner kronor för 2003. Sammanlagt således drygt 10 miljoner kronor under hela den avtalade tidsperioden.

Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras sedan den 1 januari 1994 genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Elektrisk kraft skall vid tillämpning av lagen upphandlas som varor. Upphandlingen skall om det totala värdet av denna överstiger tröskelvärdet 1,741 miljoner kronor^[3], handläggas i enlighet med bestämmelserna i 1 kap., samt 2 kap. LOU. Lagens bestämmelser bygger i angivna avseenden på Europeiska gemenskapernas direktiv om offentlig upphandling^[4].

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att all 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 diskriminering^[5] (jfr. art. 7 i EG-Romfördraget). Lagens bestämmelser är bl.a. utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader.

Enligt 1 kap. 7 § LOU, skall varje för bestämmelsen relevant upphandling i regel annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) samt normalt handläggas enligt de formaliserade förfarandena för *öppen upphandling* eller *sektiv upphandling*. Enligt 1 kap. 22 § LOU skall den som upphandlar (upphandlande enheten) därefter anta det anbud som i beaktande av samtliga i förväg angivna omständigheter är ekonomiskt mest fördelaktigt. Undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingen får enligt 2 kap. 11 § LOU ske enbart om varorna som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan produceras av endast en viss leverantör eller om det på grund av synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten är nödvändigt att genomföra upphandlingen utan hinder av stadgade tidsfrister för annonsering.

Någon möjlighet för kommuner att utan iakttagande av lagens bestämmelser om annonsering m.m. köpa vissa nyttigheter direkt från ett av kommunen hel- eller delägt bolag eller från någon annan association föreligger inte.

Enligt EG-Romfördraget gäller vidare en allmän princip om likabehandling. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen (se prop. 1994/ 95:19 Del 1 sid 478) 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*". 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

Bergskommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. redovisat att kommunen för närvarande utreder sitt samlade fastighetsbestånd samt avser att bilda ett nytt bostadsbolag till vilket vissa fastigheter ska överföras under 2004. Enligt uppgift har de elavtal som tecknats hittills tillkommit "*efter förhandlingar och inte genom upphandlingar*". Kommunstyrelsen har den 4 november beslutat att "*under år 2004 skall samordnad upphandling ske av elleveranser till Bergs kommuns samtliga anläggningar, för år 2005 och framåt i hela koncernen*".

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att sammanblanda myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Den aktuella upphandlingen avseende elektrisk kraft är av sådan omfattning att upphandlingslagens av EG-direktiv styrda bestämmelser skulle ha tillämpats. Enligt dessa bestämmelser skall konkurrerande anbud infordras genom annons i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) och det totalekonomiskt eller prismässigt mest fördelaktiga anbudet skall antas.

Trots detta har Bergs kommun valt att teckna avtal direkt med ett av kommunen delägt energibolag om successiva leveranser av elektrisk kraft under två år, fram till och med den 31 december 2003. Enligt kommunen egna uppgifter har någon konkurrensupphandling av elektrisk kraft över huvud taget aldrig skett inom kommunen eller dess bolag.

Lagen om offentlig upphandling har nu varit i kraft i snart tio år och skyldigheten att upphandla enligt lagen omfattar både kommunala förvaltningar och bolag. Något undantag från upphandlingskyldigheten vid köp från hel- eller delägda bolag föreligger inte enligt lag och några synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska, föreliggande ensamrätter eller motsvarande, har inte åberopats av kommunen till stöd för beslutet att upphandla direkt från Fyrfasen Energi AB.

Den omständighet att kommunen överväger vissa förändringar i sitt samlade bostadsbestånd fritar inte kommunen och de kommunala bolagen från skyldigheten att sedan tio år tillbaka i tiden upphandla sitt behov av elektrisk kraft i konkurrens på den allmänna marknaden.

Genom att således utan giltiga skäl och under lång tid ha köpt elektrisk kraft direkt från sitt delägda energibolag, utan att i förväg infordra konkurrerande anbud på marknaden, har Bergs kommun åsidosatt de krav på opartiskhet och likabehandling som uppställs i lagen om offentlig upphandling, relevanta EG-direktiv samt EG-Romfördraget. Detta har medfört att konkurrensen på marknaden för elektrisk kraft m.m. har snedvridits samtidigt som för-
troendet för kommunen som upphandlare har undergrävts. Kommunen riskerar även att ådra skattebetalarna i Berg den högre elkostnad som torde vara en konsekvens av att upphandling inte har skett i konkurrens.

Det är mot denna bakgrund synnerligen angeläget att kommunen fullföljer sina intentioner att i framtiden upphandla sitt och de kommunala bolagens behov av elektrisk kraft i konkurrens på den allmänna marknaden.

^[1] Fyrfasen Energi AB infördes med registreringsnummer 556528-1069 i patent- och registreringsverkets (PRV) bolagsregister den 12 december 1995 under firman Ånge Elförsäljning AB. Nuvarande firma registrerades den 22 januari 1998.

^[2] Ägarstrukturen för Härjeåns Kraft AB är följande: Fortum Generation AB äger 46,2 %, Härjedalens Kommun äger 35,9 %, Persson Invest AB äger 1,4%, Eije Österbergs dödsbo äger 2,6 % samt övriga aktieägare (för närvarande 334 stycken) äger 13,9 %. Härjeåns Kraft AB äger Härjeåns Nät AB till 100%.

^[3] Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från den 1 januari 2002, vid upphandlingar av varor och tjänster.

^[4] Europeiska rådets direktiv 88/295/EEG, 93/36/EEG de s.k. varuupphandlingsdirektiven samt rättsmedelsdirektivet 89/665/EEG.

^[5] Prop 1992/93:88, sid. 59-60.