

## KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 06-023

PM 2 2006-12-13 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Härnösands kommuns kommunala renhållningsbolag HEMAB har utan föregående infordran av konkurrerande anbud tecknat avtal för förbränning av avfall m.m.*

Härnösand Energi & Miljö AB (nedan HEMAB)<sup>[1]</sup>, är ett av Härnösands kommun helägt företag med ändamål att bl.a. tillhandahålla tjänster för insamling, återvinning och destruktion av avfall.

Den 20 juni 2006 tecknade HEMAB avtal med Reko Sundsvall AB<sup>[2]</sup>, ett kommunalt bolag som indirekt ägs av Sundsvalls kommun. Enligt kontraktet med Reko Sundsvall AB köper HEMAB tjänsten att under perioden den 1 januari 2007 till och med den 31 december 2012, med automatisk förlängning i perioder om två år vid utebliven uppsägning ( 6 år + 2 år + 2 år...) omhänderta årligen c:a 10.000 ton brännbart avfall och c:a 1.600 ton träavfall som HEMAB har samlat in.

För utförda tjänster skall HEMAB erlagga ersättning enligt till avtalet fogade prisbilagor. Priserna regleras på visst angivet sätt med hänsyn till förändringar i Statistiska centralbyråns (SCB) konsumentprisindex, med oktober 2006 som basmånad. Därutöver äger enligt avtalet *"Reko Sundsvall AB rätt att justera avgiftsnivåerna för förändrade skatter och avgifter samt andra myndighetspålagor som rör avtalad avfallshantering"*.<sup>[3]</sup>

Någon annonserad upphandling har aldrig ägt rum. Till stöd för det valda förfarandet åberopar HEMAB i en skrift till Konkurrenskommissionen att det vid den aktuella tidpunkten förelåg synnerlig brådska till följd av *"lagförändringar och marknadsförändringar"* som HEMAB inte kunnat förutse. Riksdagen hade den 2 juni 2006 beslutat att med giltighet från den 1 juli 2006 införa en ny skatt på förbränning av avfall för värmeproduktion, medan elproduktion gynnas genom skattefrihet (se vidare nedan under gällande rätt).

HEMAB, som tidigare hade deponerat sitt avfall, uppger att bolaget under våren 2006 kontaktade förbränningsanläggningar i Uppsala, Bollnäs, Sundsvall och Umeå med förfrågan om tillgänglig kapacitet, möjlighet att producera el ur avfallet samt priser. Av de således tillfrågade var det endast anläggningarna i Umeå och Sundsvall som hade tillräcklig kapacitet att ta emot avfallet från Härnösand samt därur producera el.

Förbränningsanläggningen i Umeå avböjde att ta emot Härnösandsavfallet medan Reko Sundsvall AB svarade att anläggningens kapacitet snart var fulltecknad<sup>[4]</sup>. För att *"inte stå utan behandlingskapacitet 2007"* framstod det därvid som *"absolut nödvändigt [för HEMAB] att genomföra upphandlingen genom förhandling med Reko Sundsvall AB i syfte att sluta avtal"*.<sup>[5]</sup>

På vilket sätt den i juni 2006 beslutade skatteförändringen inverkat på bolagets möjlighet att teckna avtal om förbränning av avfall redovisas inte i skrivelsen till Konkurrenskommissionen.

Enligt uppgift från HEMAB uppgår den del av kontraktsvärdet<sup>13</sup> som hänför sig till hushållsavfall till c:a 2,9 miljoner kronor per år.<sup>[6]</sup> HEMAB har i övriga delar beslutat hemlighålla aktuella prisuppgifter. Priset kan emellertid med ledning av Reko Sundsvall AB:s allmänna ersättningsnivå uppskattas till c:a 500 kr/ton.<sup>[7]</sup> Kontraktsvärdet av upphandlingen skall således med tillämpning av lagens beräkningsregel<sup>13</sup> uppskattas till c:a 23 miljoner kronor och minst c:a 11 miljoner kronor. Det totala värdet av kontraktet är däremot betydligt högre (uppskattningsvis mellan 34 och 46 miljoner kronor).

Förutom Reko Sundsvall AB finns det på marknaden för behandling av avfall ett flertal tänkbara privata leverantörer, med behandlingsanläggningar i Norrköping, Mora, och Kumla (Sakab EcoPlus AB) samt i Stockholm (Fortum Värme AB).

### 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 inte.

En kommun kan välja antingen att handha renhållningen i egen regi eller att uppdra åt någon annan, t.ex. ett bolag, att för kommunens räkning utföra insamlingen eller omhändertagandet av avfall. Om renhållningsverksamheten uppdras att mot vederlag utföras av någon annan, utgör detta en offentlig upphandling. Upphandlingsbestämmelserna om fattar även kommunala bolag.

Bestämmelser om förbränning av avfall återfinns i bl.a. 15 kap. 1 § miljöbalken samt förordningen (2002:1060) om avfallsförbränning. Angivna bestämmelser bygger bl.a. på Europaparlamentets och rådets direktiv (2000/76/EEG) av den 4 december 2000 om förbränning av avfall (avfallsförbränningsdirektivet). Skattebestämmelser m.m. finns införda i lagen (1994:1776) om skatt på energi – LSE – (senast ändrad gm. lagen 2006:925) och som i sin tur bygger på bl.a. på Europeiska rådets direktiv (2003/96/EEG) av den 27 oktober 2003 om en omstrukturering av gemenskapsramen för beskattning av energiprodukter och elektricitet (energiskattedirektivet).

Med *avfallsförbränning* avses enligt legaldefinitionen värmebehandling av avfall genom oxidation eller andra värmebehandlingsprocesser som pyrolys, förgasning eller plasmaprocess, i den mån som ämnena från behandlingen sedan förbränns.<sup>[8]</sup>

Regeringen utsåg i augusti 2003 en särskild utredare med uppgift att bl.a. utreda behovet av och lämna förslag på en ny skatt på förbränning av avfall.<sup>[9]</sup> Utredningen avgav i mars 2005 delbetänkandet ”En BRASKatt! - beskattning av avfall som förbränns” (SOU 2005:23), vari föreslogs bl.a. att avfallsförbränning för uppvärmningsändamål beskattningsmässigt skall likställas med annan förbränning av fossila bränslen. En skattemässig neutralisering sker därmed inom området för värmeproduktion jämfört med tidigare energi- och koldioxidbeskattning av mineraloljor, kol och naturgas. Den föreslagna skatten medför även att de ekonomiska förhållandena förändras och att det i vissa fall blir mer lönsamt att utnyttja avfallets materialresurs innan dess energiresurs slutligen nyttjas. Härigenom blir avfallsförbränning dyrare relativt andra avfallsbehandlingsmetoder. En annan effekt är att annan energiutvinning än värmeproduktion, exempelvis kondenskraft syftande enbart till att producera el, gynnas av förslaget<sup>[10]</sup>. Förslaget till ny skatt anmäldes i budgetpropositionen, vilken överlämnades till riksdagen den 20 september 2005<sup>[11]</sup>. I propositionen angavs att de föreslagna ändringarna i LSE skulle träda i kraft den 1 januari 2006. Ikraftträdandet kom i särpropositionen emellertid att senareläggas till den 1 juli 2006<sup>[12]</sup>. Slutligt beslut fattades av kammaren den 2 juni 2006, och den beslutade lagändringen trädde ikraft den 1 juli 2006.

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande utgör sådana s.k. A-tjänster (kategori 16) enligt bilaga A till lagen

som om det samlade kontraktsvärdet<sup>[13]</sup> överstiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,826 miljoner kronor<sup>[14]</sup> skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU.

Lagens bestämmelser bygger i angivet avseende de principer, bl.a. *likabehandlingsprincipen*, som bär upp den centrala gemenskapsrätten. Enligt likabehandlingsprincipen, som är tillämplig på all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena, skall bl.a. samtliga tänkbara leverantörer ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Vissa leverantörer eller grupper får inte ensidigt gynnas.

Förutom statliga och kommunala myndigheter omfattar lagens bestämmelser även bl.a. kommunala bolag som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär<sup>[15]</sup>. Enligt 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) är kommunerna med några undantag<sup>[16]</sup> förbjudna att (direkt eller indirekt via företag) bedriva kommersiellt betingad näringsverksamhet. Mot bakgrund av kommunallagens reglering måste som regel kommunala företag alltid anses utgöra sådana s.k. *upphandlande enheter* som är skyldiga att iakttä upphandlingslagens bestämmelser. Tillsyn över lagen utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU)<sup>[17]</sup>.

Med upphandling avses köp av tjänster som sker från ett från den upphandlande enheten fristående rättssubjekt (se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU). Stadgandet är därvid undantagslöst. Således föreligger det inte någon möjlighet för t.ex. kommuner eller kommunala bolag att utanför upphandlingslagens bestämmelser köpa tjänster från andra kommuner eller kommunala bolag. Inte heller finns det några lagliga möjligheter för kommunerna att till dylika rättssubjekt ”överföra” utförandet av vissa kommunala angelägenheter, så länge särskild ersättning utgår för tjänsternas fullgörande.

Upphandlingslagen är tvingande för de upphandlande enheterna. Bestämmelserna behöver emellertid inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet vilken 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 omständighet 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. Inte heller argument om negativ miljöpåverkan vid längre transportsträckor utgör enligt EG-domstolens praxis skäl för undantag från kravet på annonserad upphandling.

Av EG-domstolens avgörande den 10 april 2003 i de förenade målen *Kommissionen mot Tyskland* (C-20/01 och C-28/01), framgår att uppgivna ensamsituationer som inte grundas på legal ensamrätt inte medför undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingen eller åtminstone försöka att infordra konkurrerande anbud genom ett offentligt upphandlingsförfarande.

Målen gällde bl.a. omhändertagande av avfall genom värmebehandling. En central rättsfråga utgjorde huruvida den upphandlande enheten kan lägga sin subjektiva 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 i EG-domstolen att de i upphandlingsdirektiven 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. Bland annat åberopades att det aktuella uppdraget av tekniska skäl endast kunde anförtros åt den valda leverantören eftersom förbränningsanläggningens geografiska närhet utgjorde ett väsentligt kriterium för att erhålla kontraktet då kommunen ville undvika för långa transportsträckor (se punkterna 15 och 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 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*”. Det angivna påståendet om geografisk närhet utgjorde inte något tekniskt skäl i direktivets mening eftersom den tyska regeringen inte hade visat att en längre transportsträcka för avfallet *nödvändigtvis* skulle utgöra en *fara* för miljön och folkhälsan (se punkterna 62 och 63). Förbundsrepubliken Tyskland fälldes

således av EG-domstolen för att ha åsidosatt EU:s upphandlingsdirektiv 92/35/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 EU-kommissionen pressmeddelande den 25 oktober 2004- IP/04/1294 jfr även pressmeddelande den 31 mars 2004 – IP/04/428).

Fråga huruvida synnerlig brådska kan uppkomma på grund av myndighets försumlighet att i god tid vidta erforderliga åtgärder samt huruvida miljö- och folkhälsoargument under sådant förhållande kan åberopas till stöd för att underlåta annonsering har varit föremål för EG-domstolens bedömning i annat avgörande rörande avfallsförbränning, *Kommissionen mot Italien* (C-194/88 R).

Ett kommunalt konsortium i provinsen La Spezia i Italien, som drev en förbränningsanläggning för bl.a. hushållsavfall, hade till stöd för att upphandla vissa omedelbart nödvändiga renoveringsarbeten utan föregående annonsering åberopat dels att det förelåg synnerlig brådska på grund av myndighets bud (en statlig förordning med tekniska specifikationer för förbränningsugnar medförde att anläggningen nyligen hade tvingats stänga), dels att det förelåg allvarliga risker för folkhälsan och miljön om föreskrivna tidsfrister för annonsering enligt upphandlingsdirektivet skulle följas (under tiden som förbränningsanläggningen var stängd komposterades avfallet på ett sätt som medförde stora hygieniska problem och fara för folkhälsan).

EG-domstolen konstaterade inledningsvis (p.10) att direktivens omfattning inte var och inte kunde vara beroende av särskilda regler i de nationella rättsreglerna avseende upphandlande myndigheters skyldigheter. Avseende påståendet om brådska, konstaterade domstolen att möjligheten att tillämpa detta undantag var beroende av att de tidsfrister som fanns angivna i direktivet inte kunde användas. Konsortiet hade i flera år känt till att det var nödvändigt att renovera anläggningen, varför den påstådda brådskan inte kunde anses ha uppstått på grund av oförutsedda omständigheter (p.14). Domstolen påpekade att det enligt italiensk lag fanns en frist på 120 dagar, från det att statliga lån hade beviljats till dess att arbetena skulle vara påbörjade, inom vilken frist annonserad upphandling hade kunnat genomföras (p.17). Vidare konstaterade domstolen att det visserligen kunde anses innebära allvarliga risker för folkhälsan och miljön om tidsfristerna i direktivet skulle följas, men menade att detta var den upphandlande myndighetens fel då den varit så pass långsam att uppfylla de nya tekniska kraven (pp. 15-16). Slutligen menade domstolen att behovet av att skydda konkurrerande anbudsgivare vägde tyngre än de italienska argumenten om riskerna för folkhälsan och miljön (p.17). <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 skall 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).

Samtliga företag som tillhandahåller den aktuella typen av tjänster utgör ”leverantörer” i lagens mening och skall lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (”anbudsansökan”).

Enligt 5 kap. 17 och 19 §§ LOU föreligger vid tjänsteupphandlingar undantag från denna skyldighet om det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten.

För att kunna tillämpa undantaget vid synnerlig brådska måste emellertid fyra grundläggande förutsättningar vara uppfyllda<sup>[19]</sup>: (1) det skall vara absolut nödvändigt (strictly necessary) att genomföra upphandlingen, (2) synnerlig brådska (extreme urgency) gör det omöjligt att innehålla de tidsgränser som gäller för öppet eller selektivt förfarande, (3) brådskan skall vara förorsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten,<sup>[20]</sup> samt (4) omständigheterna skall heller inte ha orsakats av enheten själv<sup>[21]</sup>. Eftersom det är fråga om ett undantag, skall kraven tolkas restriktivt och det är den upphandlande enheten som har bevisbördan.<sup>[22]</sup> för att tillräckliga skäl för undantag föreligger.

Enligt EU-fördraget 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 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 jordbrukspolitikens 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*".<sup>[23]</sup> 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.

Vid överträdelse av bestämmelserna i LOU kan förfördelade leverantörer med stöd av 7 kap. 2 § LOU väcka talan om överprövning vid allmän förvaltningsdomstol (länsrätt) i syfte att genom rättslig prövning tvinga fram ett korrekt upphandlingsförfarande. Av rättspraxis, RÅ 2005 ref. 10, framgår att avtal som en upphandlande enhet har ingått direkt med viss leverantör utan att ha iakttagit sin skyldighet att tillämpa lagen om offentlig upphandling kan överprövas utan begränsning i tiden. Dyliga fall av otillåtna köp direkt från viss leverantör har även överprövats i ett flertal avgöranden, där domstolarna i mål om omhändertagande av avfall har förordnat att upphandlingarna skall göras om.<sup>[24]</sup> Om domstol tvingar en upphandlande enhet att göra om viss upphandling kan det medföra risk för skadestånd gentemot den först tilldelade leverantören.<sup>[25]</sup>

### Yttrande

HEMAB har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande: HEMAB finner den aktuella avtalstiden på sex år berättigad utifrån den tid det kan ta att tillskapa alternativa anläggningar. HEMAB anger vidare att bolaget i sin verksamhet inte bara har att se till att aktuellt avfall blir omhändertaget, utan även att ta hänsyn till miljöbalkens allmänna hänsynsregler om att bl.a. använda bästa möjliga teknik. Bolaget skall även uppfylla kommunens avfallsplan om att begränsa miljöpåverkan från transporter. HEMAB bestrider även att nu angiven brådska kan ha sitt upphov i dröjsmål från bolaget sida. Förbränningskattens hade på grund av snabbheten i förfarandet föregåtts av omfattande kritik från bl.a. intresseorganisationer på den kommunala sidan. HEMAB blev därför överraskad av att skatten ändå beslutades träda ikraft den 1 juni 2006. Skattens snabba införande i kombination med därmed kraftigt ökande intresset för att snabbt teckna avtal med skattemässigt gynnade förbränningsanläggningar medförde ett sådan brådskande behov som bolaget inte rimligen kunnat förutsätta. Den aktuella förbränningskapaciteten i Sundsvall blev även fulltecknad kort efter det att HEMAB tecknade avtalet.

### 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.

HEMAB ägs av Härnösands kommun och har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Bolaget är därför att betrakta som en upphandlande enhet i den mening som följer enligt lagen om offentlig upphandling, LOU.

HEMAB har tecknat avtal med Reko Sundsvall AB om förbränning av insamlat avfall, med giltighet från den 1 januari 2007. Annonsering eller infordran av konkurrerande anbud har inte föregåtts avtalet, utan HEMAB har formlöst kontaktat vissa tänkbara leverantörer, varvid

det visade sig att enbart Reko Sundsvall AB på angivna villkor kunde ta emot bolagets insamlade avfall. Förekommande avtal har således tillkommit direkt mellan HEMAB och Reko Sundsvall AB, efter vad som närmast kan jämföras med en förhandlad upphandling utan föregående annonsering. Till stöd för det valda förfarandet har HEMAB åberopad synnerlig brådska förorsakad av att en ny skatt på förbränning av avfall införts med giltighet från den 1 juli 2006.

Den aktuella upphandlingen avser renhållningstjänster till ett så högt sammanlagt kontraktsvärde att de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU skall tillämpas. Enligt dessa bestämmelser skall som huvudregel ett skriftligt underlag upprättas innan upphandlingen påbörjas. Upphandlingen skall därefter annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) och samtliga intresserade leverantörer skall beredas möjlighet att på lika villkor lämna anbud. Föreligger det synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten, får enheten undantagsvis vända sig till en viss leverantör och utan föregående annonsering teckna avtal direkt med denne i ett s.k. förhandlat förfarande. Det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att visa tillräckliga skäl för undantag.

Vad HEMAB har anfört om miljöbalkens allmänna hänsynsregler och kommunens avfallsplan medför inte undantag från gällande lag- och direktivbestämmelser om offentlig upphandling. Samtliga anläggningar för avfallsförbränning i Sverige är underkastade bestämmelserna i bl.a. miljöbalken och som framgår av EG-domstolens ovan refererade dom i *Kommissionen mot Tyskland (C-20/01 och C-28/01)* kan argument om geografisk närhet inte i sig utgöra skäl för undantag från kravet på ett annonserat förfarande. För att förekommande transporter över huvud taget skall kunna tillmätas betydelse för valet av förbränningsanläggning krävs dessutom att transporterna upphandlas tillsammans med förbränningen, vilket inte varit fallet i avtalet med Reko Sundsvall AB.

HEMAB:s önskemål om att avfallet skall tas omhand för skattebefriad elproduktion är närmast en lämplighets- och en kostnadsfråga – eftersom det medför viss skattebefrielse – men utgör inte någon nödvändig förutsättning för att avfallet skall kunna tas om hand. Som EG-domstolen konstaterat i bl.a. *Kommissionen mot Italien (C-194/88 R)* kan direktivens omfattning inte vara beroende av särskilda bestämmelser i de nationella rättsreglerna avseende upphandlande myndigheters skyldigheter. Förutom Reko Sundsvall AB finns det på marknaden dessutom ett antal andra leverantörer med kapacitet för avfallsförbränning, och som påpekats tidigare är samtliga anläggningar underkastade miljöbalkens reglering och har samma krav i miljöhänseende att leva upp till.

Även om HEMAB först under våren 2006 hade annonserat den aktuella upphandlingen borde bolaget inom ramarna för gällande tidfrister således ha kunnat lösa behovet av att från och med den 1 januari 2007 få sitt avfall omhändertaget genom avfallsförbränning. Det har således inte på angivna grunder framstått som absolut nödvändigt (strictly necessary) att genomföra upphandlingen genom förhandlad upphandling utan föregående annonsering. Upphandlingen har därför handlagts på ett felaktigt sätt.

Vidare framgår av utredningen att den åberopade skattehöjningen har varit känd sedan våren 2005 då den s.k. BRAS-utredningen lade fram sitt förslag, och i vart fall sedan september 2005, då regeringen anmälde frågan i budgetproposition till riksdagen. Även med beaktande av de påstådda förändringar i marknadsläget som skatten kan ha medfört har HEMAB således haft god tid på sig att genomföra en annonserad upphandling. Exempelvis har flera andra upphandlande enheter med samma förutsättningar som HEMAB hunnit med att genomföra offentliga upphandlingsförfaranden och ändå teckna avtal med Reko Sundsvall AB<sup>4</sup>. HEMAB:s åberopade tidsnöd kan därför inte anses förorsakad av omständigheter som bolaget inte hade kunnat förutse. Brådskan har i stället sin grund i slarv eller dröjsmål från

HEMAB:s sida att i god tid inhämta konkurrerande anbud på den öppna marknaden. Även av detta skäl har upphandlingen handlagts på ett felaktigt sätt.

Det är slutligen anmärkningsvärt att HEMAB under återopande av synnerlig brådska har valt att ingå avtal för en så lång bindningstid som minst 6 år med automatisk förlängning i ytterligare perioder om två år åt gången. Det framstår som mer rimligt om bolaget under angivna förhållanden hade bundit sig för den kortare period som kan tänkas behövas för att i god ordning hinna genomföra ett annonserat förfarande. Bolagets försumlighet kan inte återopas som skäl för ett så pass lång avtalsbindningsperiod.

Sammantaget har det aktuella avtalet mellan HEMAB och Reko Sundsvall AB uppkommit i strid mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Konkurrensen på marknaden för renhållningstjänster har därvid kommit att snedvridas samtidigt som den för lagen om offentlig upphandling och för gemenskapsrätten centrala likabehandlingsprincipen har åsidosatts.

[1] Härnösand Energi & Miljö AB (HEMAB), med organisationsnummer 556526-3745, bildades den 8 november 1995 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 29 november samma år; varvid alljämt gällande firma antogs respektive registrerades. Nu gällande bolagsordning antogs den 7 juni 1999. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 40.100.000 kronor och fördelas på 401.000 aktier med nominellt värde på vardera 100 kronor. Föremålet för bolagets verksamhet består enligt gällande bolagsordning av att "...företadesvis mot ersättning tillhandahålla följande tjänster: värmeproduktion och fjärrvärme, insamling, återvinning och destruktion av avfall, vattenproduktion och distribution, avloppsinsamling och avloppsmottagning, drift, underhåll och investeringar i gator och vägar, drift, underhåll och investeringar i optofibernät, även som idka därmed förenlig verksamhet".

[2] Reko Sundsvall AB (REKO), med organisationsnummer 556503-2587, bildades den 7 december 1994 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 28 december samma år; varvid alljämt gällande firma antogs respektive registrerades. Nu gällande bolagsordning antogs den 20 april 2006. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 3.000.000 kronor och fördelas på 3.000 aktier med nominellt värde på vardera 1.000 kronor. Föremålet för bolagets verksamhet består enligt gällande bolagsordning av att "... anlägga, äga, driva och utveckla avfallsanläggningar i Sundsvall, svara för informationsinsatser om återvinning samt marknadsföring och försäljning av ur avfall återvunna produkter. I bolagets verksamhet kan även ingå insamling och bortforsling av avfall". Bolaget ingår som helägt dotterbolag i en koncern där Sundsvall Energi AB (556478-6647) utgör moderbolag. Sundsvall Energi AB är i sin tur dotterbolag till det kommunala holdingbolaget Stadsbacken AB (556478-6654) vilket ägs av Sundsvalls kommun.

[3] Se 4 § "AVTAL om leverans av brännbart avtal, upprättat den 20 juni 2006 mellan HEMAB och Reko Sundsvall AB:

[4] Noteras bör i sammanhanget att en annan upphandlande enhet, Sollefteå kommun, den 6 april 2006 infortrade anbud genom annons i EG:s officiella tidning (EGT) och tecknade den 1 oktober 2006 avtal med Reko Sundsvall AB efter genomfört offentligt upphandlingsförfarande. Även flera andra upphandlande enheter, däribland Hudiksvalls kommun, Nordanstigs kommun och Örnsköldsviks kommun, har givet samma förutsättningar som HEMAB, lyckats hinna med att upphandla aktuella tjänster med Reko Sundsvall AB som slutleverantör av förbränningen. Vidare tecknade Strömsunds kommun så sent som den 15 november 2006 avtal med Reko Sundsvall AB.

[5] Reko Sundsvall AB har enligt uppgift en s.k. elverkningsgrad på c:a 20 procent och är därmed befriad från den nya förbränningsskatten.

[6] HEMAB, brev till Konkurrenskommissionen den 13 oktober 2006, sid. 2.

[7] De normpriser som tillämpas av Reko Sundsvall AB uppgår till mellan c:a 433 och 552 kr/ton omhändertaget hushållsavfall samt upp till 650 kronor per ton hushållsavfall .

[8] Se 1 § förordningen (2002:1060) om avfallsförbränning.

[9] Se kommittédirektivet, dir. 2003:96 jämte tilläggsdirektivet, dir. 2004:153.

[10] Av utredningsbetänkandet (SOU 2005:23, s. 163 f.) framgår att "I stort sett allt avfall som förbränns används för energiutvinning, dvs. framställning av (fjärr-) värme och el. Avfall är således i den meningen ett bland flera bränsleslag på marknaden. Inom energibeskattningen gäller att bränslen som används för energiutvinning, anses användas för s.k. uppvärmningsändamål". Av lagbestämmelsen framgår att även elproduktion beskattas, beroende på den s.k. elverkningsgraden, d.v.s. förhållandet mellan den elenergi, som produceras och bränslets värmeenergi. Enligt 6 a kap 3 § LSE medför en elverkningsgrad på minst 5 procent upp till 100 procent skattereduktion i energiskattedelen. Därutöver medges ingen reduktion av energiskatt. Avseende koloxidskatt medges befrielse med upp till 19 procent av skatten. Den procentuella befrielsen från koldioxidskatt ökar med sex gånger det antal procentenheter som elverkningsgraden överstiger 5 procent till dess den uppgår till 15 procent. Om elverkningsgraden är 15 procent eller högre, medges befrielse från 79 procent av koldioxidskatten.

[11] Se prop. 2005/06:1.

[12] Se prop. 2005/06:125 "Beskattningsavseende hushållsavfall som förbränns, m.m." vilken överlämnades till kammaren den 6 april 2006. Ikraftträdande bestämmelser m.m. återfinns på sid. 17 i propositionen.

[13] 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.

[14] Se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Gällande tröskelvärde från och med den 1 januari 2006..

[15] Se 1 kap. 2 och 6 §§ LOU.

[16] Undantagna är i visst avseende kommunala elhandelsföretag samt företag för kommunal tjänsteexport.

[17] Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.

[18] Se EG-domstolens avgörande den 20 juli 1988 i målet *Kommissionen mot Italien* (C-194/88 R).

[19] Hentze och Sylvé, Lagbokscommentaren till LOU, Norstedts, andra upplagan, 1998, sid. 287.

[20] Se EG-domstolens avgöranden i målen *Kommissionen mot Italien* (C-107/92) och *Kommissionen mot Tyskland* (C-318/94).

[21] Se EG-domstolens avgöranden i målen *Kommissionen mot Spanien* (C-24/91) och *Kommissionen mot Italien* (C-194/88).

<sup>[22]</sup> Se EG-domstolens avgörande i målet *Kommissionen mot Italien* (C-199/85).

<sup>[23]</sup> Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478

<sup>[24]</sup> Se Kammarrätten i Göteborg, dom den 7 april 2003 i mål nr. 4851-2002 samt kammarrättens (ännu inte lagakraftvunna) domar den 22 december 2005 i de förenade målen 1236-05 -- 1239-05, samt 1241-05 -- 1244-05. Se vidare Länsrätten i Östergötlands län, dom den 29 juni 2006 i mål 1156-06 samt länsrättens dom samma dag i mål 1226-06.

<sup>[25]</sup> Se prop. 2001/02:142, sid. 78, där föredragande departementschefen anför bl.a. följande. ” Om civilrättslig avtalsbundenhet uppstått .... riskerar en upphandlande enhet att bli skadeståndsskyldig gentemot den leverantör som först tilldelats upphandlingskontraktet. Om allmän förvaltningsdomstol beslutar att upphandlingen skall göras om kan enheten inte rimligtvis fullfölja det första avtalet”.

---