

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 06-029

PM 2 2006-12-13 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om kommunalt domstolstrots och bristande upphandling vid köp av renhållningstjänster.

Stockholms stad har åsidosatt lagakraftvunnen dom i mål om offentlig upphandling genom att i strid mot domstolens föreläggande inte genomföra någon ny upphandling. Till grund för att inte genomföra ny upphandling har åberopats ett tidigare avtal som aldrig har upphandlats enligt LOU och som först i efterhand kommit att överföras på Staden som avtalspart.

Renhållningsnämnden i Stockholms stad (nedan Staden) upphandlade under våren 2004 tjänster avseende behandling av insamlat material från återvinningscentraler, bland annat ”brännbart” avfall, för löpande avrop under perioden den 3 maj 2004 till den 31 december 2006, med möjlighet till förlängning i maximalt två år (2,5+1+1 = 4,5 år). Beslut om tilldelning meddelades den 28 maj 2004, varvid Staden antog en leverantör som inte uppfyllde för upphandlingen ställda krav. Tilldelningen uppmärksammades av Konkurrenskommissionen, som påtalade att det antagna anbudet rätteligen skulle ha förkastats och att beslutet att anta detta anbud således innebar överträdelse av lagen om offentlig upphandling samt på området gällande direktiv (i denna del, se vidare KKO 04-030).

Med utgångspunkt bland annat i Konkurrenskommissionens utredning och bedömning ansökte en förfördelad anbudsgivare om överprövning i domstol och yrkade att upphandlingen skulle göras om. Länsrätten i Stockholms län förordnade genom dom den 24 juni 2006^[1] att den del av upphandlingen som avsåg ”brännbart” avfall skall göras om^[2]. Länsrättens dom har vunnit laga kraft.

Någon ny upphandling avseende brännbart avfall har emellertid inte genomförts. Staden genom Renhållningsnämnden har i en skrivelse till Konkurrenskommissionen uppgivit bl.a. följande.

”Det är riktigt att överprövningen ledde till att upphandlingen skulle göras om. Vi ändrade emellertid våra rutiner. Istället för att skicka fraktionen ’Brännbart’ till [den vinnande anbudsgivaren] skickade vi den till Högdalenverket. Eftersom Stockholms stad har avtal med Högdalenverket om mottagning av hushållsavfall för förbränning, gjordes i de skedet ingen ny upphandling. Grovavfall är att betrakta som hushållsavfall.”^[3]

Högdalenverket är en förbränningsanläggning som ägs och drivs av ”AB Fortum Värme samägt med Stockholms stad” (nedan Fortum Värme)^[4]. Bolaget innehas, som namnet antyder, gemensamt av Staden och Fortum-koncernen på så sätt att Staden äger 9,9 procent av bolagets kapital men utövar 49,9 procent av rösterna på bolagsstämman.

Något huvudavtal om förbränning av avfall finns inte upprättat mellan Staden och Fortum Värme. Det avtal som Staden hänvisar till i skrivelsen till Konkurrenskommissionen upprättades den 29 november 1995 mellan å ena sidan Stadens dåvarande renhållningsbolag, Stockholms Kommuns Avfallsförädling AB (nedan SKAFAB), och, å den andra sidan, Fortum Värme^[5].

Avtalet (nedan angivet som Leveransavtalet) avser perioden den 1 januari 1996 till och med den 31 december 2014. I samband med att renhållningsverksamheten i SKAFAB avvecklades omkring år 2000 och istället överfördes till Staden, för att bedrivas i förvaltningsform, kom Staden att inträda i SKAFAB:s ställe i Leveransavtalet med Fortum Värme.^[6] Det framstår emellertid som rättsligt oklart på vilket sätt övergången har skett.^[7]

Enligt Leveransavtalet skall Fortum Värme ta emot brännbart hushållsavfall som har samlats in av SKAFAB. Omvänt skall SKAFAB, ta tillbaka sådana restprodukter i form av slagg och aska som uppkommer vid avfallsförbränningen.

I Leveransavtalet anges att Fortum Värme skall erlägga viss ersättning till SKAFAB för tjänsten att ta tillbaka förekommande restprodukter i form av slagg och aska.^[8] Att någon motsvarande ersättning skall utbetalas till Fortum Värme för att bolaget från SKAFAB tar om hand sådant avfall som kan användas för energiproduktion i form av fjärrvärme eller el, framgår emellertid inte. I praktiken har någon ersättning i denna del heller aldrig utbetalats före 2002. Däremot framgår att SKAFAB skall betala ersättning till Fortum Värme för sådan förbränning (s.k. destruktion) som ej kan utnyttjas för produktion av fjärrvärme eller el.^[9]

I samband med att Staden i februari 2002 till Fortum AB försålde sina andelar i den energikoncern där nuvarande Fortum Värme ingår upprättades det mellan Staden^[10] och Fortum Värme^[11], ett tilläggsavtal med, som det får förstås, innebörden att staden skulle erlägga ersättning även för förbränningen av sådant avfall som kan utnyttjas för energiproduktion av fjärrvärme eller el.^[12]

Enligt tilläggsavtalet skall Staden till Fortum Värme utge ersättning i form av en s.k. ”mottagningsavgift” med i början ett förhållandevis mycket lågt belopp på 6 kronor per ton omhändertaget hushållsavfall under 2002. Mottagningsavgiften skall enligt tilläggsavtalet därefter gradvis höjas till 61 kr/ton under 2003 och till 131 kr/ton under 2004. Enligt ett ytterligare tilläggsavtal som ingicks den 19 september 2002 skall mottagningsavgift fortsättningsvis betalas med 201 kr/ton under 2005, med 261 kr/ton under 2006 samt med 320 kr/ton under 2007.^[13] Därefter skall under perioden 2008-2014 mottagningsavgift utgå enligt 2007 års priser efter uppräknig med index^[14]. Från och med 2005 gäller dessutom en särskild ordning för justering av de avtalade mottagningsavgifterna genom viss ”prisreglering”. Staden skall enligt tilläggsavtalen dessutom svara för och bekosta all hantering och deponering av slagg och aska som uppkommer till följd av den aktuella avfallsförbränningen samt svara för och bekosta förekommande avfalls- och miljöskatter.

Såvitt kunnat utredas har Leveransavtalet mellan SKAFAB och nuvarande Fortum Värme aldrig upphandlats genom ett annonserat förfarande med infordran av konkurrerande anbud. Inte heller tilläggsavtalen (med Staden som avtalspart) har varit föremål för ett förfarande enligt LOU.^[15]

Kontraktsvärdet av Stadens avtal med Fortum Värme kan enligt gällande beräkningsbestämmelser och med utgångspunkt i angiven volym om 250.000 ton avfall per år uppskattas till c:a 6,6 miljoner kronor per månad eller totalt c:a 320 miljoner kronor under den 48-månaders beräkningsperiod som lagen föreskriver^[16]. Det totala värdet av avrop under tilläggskontraktens fulla löptid (2002-2014) kan uppskattas till c:a 800 miljoner kronor. Någon upphandling enligt LOU har över huvud taget aldrig genomförts, varken 1995 eller 2002.

Gällande rätt

Grunderna för det svenska statsskicket framgår av regeringsformen (RF). Av 1 kap. 1 § RF framgår att den offentliga makten förverkligas genom bland annat kommunal självstyrelse, men att den skall utövas under lagarna. Med bestämmelsen avses att folkstyrelsen är underkastad lagens band. Kravet på att all maktutövning skall vara lagbunden gäller alla offentliga organs verksamhet, såväl kommunala församlingar som riksdagens. Dessa är således vid utövande av sin beslutanderätt skyldiga att iakttaga i första hand grundlagarnas föreskrifter men även övriga lagbud så länge dessa är gällande.^[121]

Även av 8 kap. 5 § andra punkten RF följer att det i lag meddelas föreskrifter om kommunernas befogenheter och om deras åligganden. I doktrinen framhålls särskilt, att bestämmelsen i 1 kap. 9 § RF att den offentliga förvaltningen skall iakttaga saklighet och opartiskhet gäller också för kommunerna samt att kommunerna dessutom alltid skall iaktta regeln i 1 kap. 1 § RF om att den offentliga makten utövas under lagarna.

Tillsynen av att lagarna efterlevs tillkommer enligt 11 kap. regeringsformen i första hand domstolarna, vars självständighet gentemot myndigheterna särskilt garanteras (11 kap. 2 § RF).

Svenska kommuner är således rättsligt underordnade, dels av riksdagen beslutad lagstiftning beslut (eller andra författningar som grundas i lag eller som följer regeringens s.k. restkompetens^[18]) dels de domstolsavgöranden som avser tillämpningen av sådan lag eller annan författning.

Som svensk lag gäller, förutom sådan som riksdagen beslutat, även fördraget den 25 mars 1957 om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen (det s.k. EU-fördraget) samt de särskilda rättsakter, avtal och andra beslut som löpande antas av Europeiska unionen - EU.^[19]

Enligt EU-fördraget gäller en allmän princip om likabehandling av näringsidkare, den s.k. likställighets- eller likabehandlingsprincipen. Denna 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. 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 jordbrukspolitikerna 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*"^[20].

Inom området för offentlig upphandling kommer EU-fördragets allmänna likabehandlingsprincip till uttryck genom bland annat de upphandlingsdirektiv som beslutats av Europeiska rådet, däribland rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet) samt rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (det s.k. första rättsmedelsdirektivet) vilket även reglerar upphandling av tjänster^[21].

Enligt gemenskapsrättslig praxis skall de grundläggande principer, vilka ytterst härrör från EU-fördraget och som inom upphandlingsrättens område kommer till uttryck genom gällande gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektiv, äga tillämpning på samtliga upphandlingar, således även sådana som formellt ligger utanför regleringen enligt gällande direktiv.^[22]

Enligt art 1 punkterna 1 – 3 i första rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG)^[23] skall medlemsstaterna vidtaga nödvändiga åtgärder för att garantera, att en upphandlande enhets beslut prövas effektivt. Medlemsstaterna skall förhindra diskriminering mellan företag, vilka vid upphandling gör gällande skada samt se till att införa ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas bestämmande som kan åberopas av var och en som har eller har haft ett intresse att få avtal om viss offentlig upphandling och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse.

Aktuella bestämmelser har för svenskt vidkommande införts i 7 kap. LOU, främst 7 kap. 1 och 2 §§ LOU. Enligt dessa bestämmelser kan en leverantör^[24] vid allmän förvaltningsdomstol klaga på en offentlig upphandling^[25], som regel fram till dess att ett s.k. upphandlingskontrakt^[26] har tecknats^[27]. Domstolen kan förordna om rättelse eller att upphandlingen skall göras om^[28].

Som framgått av redovisningen ovan skall EU:s medlemsstater tillhandahålla institutioner som gör det möjligt för förfördelade leverantörer att få påstådda överträdelser av gällande upphandlingsbestämmelser effektivt prövade. I Sverige utgör allmän förvaltningsdomstol nationellt prövningsorgan. Enligt art. 2 punkten 7 i första rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) skall medlemsstaterna se till att prövningsorganens beslut verkligen åtföljs. Bestämmelsen ger uttryck för den s.k. *lojalitetsprincipen*, som även framgår av art. 10 i EU-fördraget. Enligt denna princip skall varje medlemstat och dess myndigheter lojalt främja gemenskapens intresse och handla så att syftet med EU-avtalet kan uppfyllas.

Lojalitetsprincipen omfattar medlemsstaternas samtliga statsorgan, till vilka räknas centrala såväl som lokala (kommunala) myndigheter och ländernas domstolsväsenden. I gemenskapsrättslig praxis har principen uttolkats som en skyldighet för bl.a. medlemsstaternas myndigheter att lojalt effektuera gemenskapsrätten och vid sina avgöranden säkerställa dess fulla verkan genom att garantera ett effektivt skydd av enskildas rättigheter^[29].

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^[30] överstiger tröskelvärdet 200.000 euro (vilket i februari 2002 motsvarade 1,741 miljoner kronor)^[31] skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU.

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

Bestämmelserna omfattar statliga och kommunala myndigheter samt kommunala företag som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär^[32]. De som är skyldiga att följa föreskrifterna i LOU utgör enligt lagens terminologi s.k. *upphandlande enheter*. Tillsyn över lagen utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU)^[33].

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 kommuner och kommunala bolag att mellan dylika rättssubjekt ”överföra” utförandet av vissa kommunala angelägenheter, så länge särskild ersättning utgår för tjänsternas fullgörande.^[34]

Löpande avrop utan särskild upphandling förutsätter att det föreligger ett mellan parterna upprättat ”ramavtal” utifrån vilket avrop kan ske. Med ”ramavtal” avses enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU ett *avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period*. Har villkor för avrop, exempelvis priset, gjorts beroende av särskilda förhandlingar föreligger det inte något ramavtal i lagens mening. Löpande avrop är under sådant förhållande inte möjligt utan mellankommande upphandling enligt LOU. Ett annat villkor för avrop är att själva ramavtalet tidigare har varit föremål för upphandling enligt gällande bestämmelser.^[35]

Fråga om byte av leverantör utan mellankommande ny upphandling (s.k. partssubstitution) har nyligen bedömts i ett ärende av Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Enligt nämnden kan ett kontrakt överlåtas på annan leverantör, förutsatt att kontraktet ursprungligen har upphandlats i enlighet med bestämmelserna i LOU, *om bytet av avtalspart inte kan anses innebära tilldelning av ett nytt kontrakt*. Ett byte av leverantör kan följaktligen ske utan förnyad upphandling, om kvalificering görs i enlighet med de krav som ursprungligen ställdes och om inga väsentliga ändringar görs i avtalsvillkoren. Finns däremot behov av justeringar som anses vara väsentliga^[36] medför detta att en ny upphandling behöver genomföras.^[37] Ramavtal som inte har upphandlats i enlighet med bestämmelserna i LOU eller som väsentligen justeras i samband med bytet av leverantör kan således inte vara föremål för överlåtelse (partssubstitution) utan mellankommande upphandling enligt LOU.

Yttrande

Stockholms stad har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

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 Renhållningsnämnden i Stockholms stad har åsidosatt lagakraftvunnen dom med förordnande om att viss upphandling avseende omhändertagande av brännbart avfall skall göras om. Till stöd för detta förfarande åberopar Staden ett äldre avtal (”Leveransavtalet”) som Staden uppger sig ha med ”Högdalenverket”, d.v.s. Fortum Värme, och att avrop istället för ny upphandling har skett enligt detta avtal.

Det åberopade Leveransavtalet ingicks år 1995 mellan Stadens dåvarande renhållningsbolag SKAFAB, och Fortum Värme, vilket vid den aktuella tidpunkten också ägdes av Staden. Ett offentligt upphandlingsförfarande enligt LOU har såvitt kunnat utredas aldrig föregått Leveransavtalet.

Någon särskild reglering om ersättning för tjänsten att omhänderta det energivärdiga avfallet framgår inte av Leveransavtalet. Angivna avfallsfraktioner förfaller närmast ha betraktats som en råvara vilken Fortum Värme mottog kostnadsfritt mot att kunna tillgodogöra sig avfallets energiinnehåll. Någon närmare prisreglering med giltighet för avtalets fulla löptid finns följaktligen heller inte införd i Leveransavtalet. I enlighet med vad som uppgivits vara intentionerna i ett tillägg till detta avtal skall i stället parterna varje år inleda överläggningar i syfte att fastställa ersättningen för efterföljande år.

Först i samband med att vissa ägarförändringar genomfördes i Fortum Värme under 2001 / 2002, varvid Staden frånträdde som huvudägare i koncernen, infördes genom tilläggsavtal ett system med ”mottagningsavgifter”, där även omhändertagandet av det energivärdiga avfallet från och med 2002 kostnadsbelades. Första året var avgiften mycket låg, c:a 6 kronor per ton omhändertaget avfall, men prisnivån har därefter successivt fasats in till en nivå som från och

med 2007 uppgår till 320 kr/ton. Staden har även inträtt i SKAFAB:s ställe som part i Leveransavtalet i samband med att renhållningsverksamheten överfördes till Staden för att bedrivas i förvaltningsform.

Som förutsättning för att avtal skall kunna överföras på ny part utan mellankommande upphandling, s.k. *partssubstitution*, gäller att det ursprungliga kontraktet har upphandlats i enlighet med bestämmelserna i LOU och att inga väsentliga ändringar görs i avtalsvillkoren. På motsvarande sätt förutsätter löpande avrop utan mellankommande upphandling att även en tidigare upphandling har genomförts enligt bestämmelserna i LOU och att förekommande avrop sker enligt ett s.k. *ramavtal* som reglerar samtliga villkor för avrop under den aktuella tidsperioden.

Såväl Staden som Stadens tidigare renhållningsbolag SKAFAB utgör s.k. upphandlande enheter som varit skyldiga att följa upphandlingslagens reglering och bestämmelserna i det bakomliggande tjänsteupphandlingsdirektivet. Såvitt kunnat utredas har någon upphandling enligt bestämmelserna i LOU aldrig genomförts, varken av det ursprungliga Leveransavtalet från 1995 eller av de båda tilläggsavtalen från 2002. Villkoren för avrop är inte heller ursprungligen fastställda i Leveransavtalet, utan detta har skett först genom att s.k. ”mottagningsavgifter” har kommit att införas genom tilläggsavtalen från 2002.

Leveransavtalet utgör således inte något ”ramavtal” som kan ligga till grund för löpande avrop utan mellan kommande upphandling. Någon laglig möjlighet för Staden att med hänvisning till detta avtal åsidosätta länsrättens lagakraftvunna dom om ny upphandling och istället avropa aktuella tjänster från Fortum Värme föreligger därmed inte. Staden utgör heller inte ursprunglig part i Leveransavtalet och i enlighet med gällande praxis från NOU borde Staden således heller inte ha kunnat inträda i avtalet utan mellankommande upphandling.

Stadens beslut att åsidosätta länsrättens dom är oförenligt såväl med grundsatserna i svensk rätt som EU:s för Sverige bindande regelverk. De löpande avrop som Staden genomför, och värdemässigt kan uppskattas till c:a 800 miljoner kronor, är dessutom olagliga på grund av att de inte har föregåtts av ett offentligt upphandlingsförfarande.

[1] Länsrätten i Stockholms län, dom den 24 juni 2006 i mål 11503-04E.

[2] I övriga delar konstaterade länsrätten att Staden visserligen hade antagit ett anbud som inte uppfyllde ställda krav och som således aldrig borde ha tagits upp till prövning, men eftersom ett annat anbud än den klagande leverantörens i dessa delar rätteligen skulle ha antagits kunde klaganden inte visa någon skada. Yrkandet att upphandlingen skulle göras om avslogs därför i dessa delar.

[3] Stockholms stad, renhållningsförvaltningen, skrivelse den 25 oktober 2006 till Konkurrenskommissionen.

[4] AB Fortum Värme samägt med Stockholms stad; bolaget är bildat den 25 oktober 1918 och infördes i Patent- och registreringsverkets (numera Bolagsverkets) bolagsregister den 14 februari 1919 med organisationsnummer 556016-9095. Tidigare firma har varit Stockholm Energi Aktiebolag, Stockholm Energi Produktion Aktiebolag samt Birka Värme Stockholm AB. Nu gällande firma registrerades den 26 november 2002; Nuvarande bolagsordning registrerades den 11 oktober 2002, enligt vilken bolaget har som föremål för verksamhet att ”*uppföra, äga och driva produktionsanläggningar och distributionssystem för att äga, förvalta och utveckla anläggningar och system för produktion, distribution och försäljning av värme, kyla och gas samt bedriva därmed förenlig verksamhet*”.

[5] Bolaget hette vid den aktuella tidpunkten Stockholm Energi AB (SEAB) och helägdes av Stockholms stad.

[6] SKAFAB (med organisationsnr:556015-3412) heter numera AB Glasbrukskvarteret Förädling och har till föremål för sin verksamhet att ”*äga och förvalta fast och lös egendom och bedriva därmed förenlig verksamhet*”. Bolaget har ett registrerat aktiekapital på 10 miljoner kronor och nu gällande bolagsordning antogs den 5 juni 2001. Bolaget bedriver numera ingen verksamhet. Senaste upprättade årsredovisning, avser 2002 års verksamhetsår och ingavs till Bolagsverket den 3 mars 2003.

[7] Någon klausul om s.k. partssubstitution finns inte angiven och något särskilt avtal om Stadens inträde i Leveransavtalet har inte kunnat återfinnas.

[8] Av huvudavtalet av den 29 november 1995 framgår följande (2 § fjärde stycket): ”*För avtalsleveranserna, omfattande 250.000 ton per år enligt nu gällande koncession, samt för hantering av slagg- och askprodukter skall [nuvarande Fortum Värme] till SKAFAB erlagga en betalning av 14 MSEK per år så länge [ett bakomliggande avtal om ”Sorterat avfallsbränsle” som tecknats den 8 december 1991 mellan nuvarande Fortum Värme och Södertörns Renhållningsverk AB] gäller. [...] Här efter skall frågan om ersättningsnivån omförhandlas*”. Det bakomliggandeavtalet (”SRV-avtalet”) avser perioden fram till och med den 31 december 1998 men kan därefter förlängas med ett år åt gången vid utebliven uppsägning (s.k. tyst förlängning). Aktuella ersättningsklausulen har ändrats genom ett avtal av den 31 oktober 1996, som avsåg åren 1996-1998

- ^[9] Se Leveransavtalet § 1 tredje stycket. Ersättningsnivån för sådan destruktion skall vid varje aktualiserat tillfälle regleras genom särskild överenskommelse.
- ^[10] I samband med att SKAFAB sedermera kom att avvecklas som bolag har Stockholms stad inträtt i SKAFAB:s ställe som part i huvudavtalet. Omständigheterna kring överföringen från SKAFAB till Staden är emellertid oklara. Någon klausul om s.k. partssubstitution finns inte intagen i avtalet och något skriftligt avtal som reglerar övergången finns såvitt kunnat utredas inte upprättat.
- ^[11] Bolaget hette vid den aktuella tidpunkten Birka Värme Stockholm AB och delägdes av Stockholms stad.
- ^[12] Av avtalsförutsättningarna, de s.k. preambleerna som anges i avtalets inledning framgår bl.a. följande ”*I enlighet med intentionerna i ett tillägg till Leveransavtalet (”Tillägg till avtal daterat den 29 november 1995”) skall parterna varje år inleda överläggningar i syfte att fastställa ersättningen för efterföljande år*”. Även tidigare år hade s.k. tilläggsavtal träffats innefattande ”Överenskommelse om ersättning ...”, dels den 11 juni 1999 mellan SKAFAB och nuvarande Fortum Värme, avseende åren 1999 och 2000, dels den 21 december 2000 mellan Staden genom Renhållningsförvaltningen och nuvarande Fortum Värme. Dessa tilläggsavtal reglerade emellertid aldrig någon ersättning för tjänsten att ta emot energivärdigt avfall för förbränning, utan enbart vilken ersättning som skall utgå från nuvarande Fortum Värme till SKAFAB respektive Staden som ersättning för att SKAFAB / Staden tar tillbaka uppkommande restprodukter i form av slagg och aska.
- ^[13] Angivna priser exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).
- ^[14] I tilläggsavtalet anges en beräkningsformel där 2008 års mottagningsavgift och framåt till och den 2014 skall justeras med utgångspunkt i förändringar konsumentprisindex.
- ^[15] Som svar på en begäran om att få del i förekommande upphandlingsunderlag m.m. avseende 1995 års Leveransavtal eller förekommande tilläggsavtal har Staden genom skrivelse den 7 november 2006 svarat att någon sådan dokumentation inte har kunnat återfinnas i Renhållningsförvaltningens arkiv. Någon annons om aktuell upphandling har heller inte återfunnits i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT), varken år 1995 eller åren 2001 eller 2002.
- ^[16] 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.
- ^[17] Se Petrén, Ragnemalm, Sveriges grundlagar, Publica, specialkommentaren till 1 kap. 1 § RF.
- ^[18] Avseende regeringens s.k. restkompetens se 8 kap. 13 § RF.
- ^[19] Se lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.
- ^[20] Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478.
- ^[21] Se art. 41 i direktiv 92/50EEG (tjänsteupphandlingsdirektivet).
- ^[22] Se EG-domstolens beslut den 3 december 2001 i mål nr. C-59/00, (Vestergaard / Spöttrup Boligselskap). Domstolen uttalade bl.a. (punkterna 19 och 20) att enbart den omständigheten att gemenskapslagstiftaren har ansett att de speciella och noggrant reglerade förfaranden som föreskrivs i Europeiska rådets direktiv inte är lämpade för offentliga upphandlingar av lägre värde innebär inte att dessa upphandlingar faller utanför gemenskapsrättens tillämpningsområde. Även om vissa avtal inte omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven på området för offentlig upphandling är de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta EYU-fördragets grundläggande regler (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria et Telefonadress, REG 2000, s. I-10745, punkt 60).
- ^[23] Bestämmelsen enligt ändrad lydelse i art. 41 i tjänsteupphandlingsdirektivet (92/50/EEG).
- ^[24] Avseende vem som är ”leverantör” i lagens mening, se legaldefinitionen 1 kap. 5 § LOU, ”*Leverantör: den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats*”.
- ^[25] Avseende vad som skall anses utgöra ”upphandling” i lagens mening, se legaldefinitionen 1 kap. 5 § LOU, ”*Upphandling: köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänst*”.
- ^[26] Med ”upphandlingskontrakt” avses enligt legaldefinitionen 1 kap. 5 § LOU ”*skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt [LOU] och som undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur*”.
- ^[27] Det måste dock ha gått tio dagar från det att en tilldelningsinformaton enligt 1 kap. 28 § LOU lämnades för att talerätten skall gå klagande leverantör förlustig, även om kontrakt redan har tecknats.
- ^[28] Enligt senare rättspraxis har tillkommit en ytterligare rättsföljd, nämligen att en upphandlande enhets beslut att avbryta en påbörjad upphandling kan ogiltigförklaras (se RÅ 2005 ref. 67).
- ^[29] Se EG-domstolens avgöranden i målen C-106/77, C-213/89, C-6/90 och C-9/90, C-46/93 samt C-48/93. I det första s.k. Simmenthal-målet (se EG-domstolens dom den 9 mars 1978 i mål nummer C-106/77) uttalade domstolen bl.a. följande: ”...*any provision of any legislative, administrative or judicial practice which might impair the effectiveness of Community law by withholding from the national court having jurisdiction to apply such law the power to do everything necessary at the moment of its application to set aside national legislative provisions which might prevent Community rules from having full force and effect are incompatible with those requirements which are the very essence of Community law.*”.
- ^[30] 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.
- ^[31] Se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Gällande tröskelvärde uppgick under perioden från och med den 1 januari 2002 till och med den 15 februari 2004 till 1,741 miljoner kronor. För närvarande, från och med den 1 januari 2006, uppgår tröskelvärdet till 1,826 miljoner kronor..
- ^[32] Se 1 kap. 2 och 6 §§ LOU. Enligt 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) är kommunerna med några undantag förbjudna att (direkt eller indirekt via företag) bedriva kommersiellt betingat näringsverksamhet. Med ledning av den rättsliga regleringen måste kommunala företag anses utgöra sådana s.k. *upphandlande enheter* som är skyldiga att iakttä upphandlingslagens bestämmelser.
- ^[33] Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.
- ^[34] Undantagsvis gäller för enheter som är verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna att de kan köpa tjänster direkt från ett s.k. anknutet företag som är ett syster-, dotter- eller moderbolag till enheten. (se 4 kap. 4 a § samt 3 kap. 8 § andra stycket LOU). Renhållningsverksamhet utgör emellertid inte i någon försörjningssektorsverksamhet (jfr 4 kap. 1 § LOU).
- ^[35] Se bl.a. Upphandlingsutredningens delbetänkande (SOU 2005:22) s. 231 ”... en upphandlande enhet får avstå från annonsering om det gäller avrop mot ett gällande ramavtal, som upphandlats enligt bestämmelserna i LOU.
- ^[36] NOU:s uppfattning beträffande vad som avses med väsentliga förändringar i ett löpande avtal är att det sannolikt kan anses som en väsentlig förändring av ett avtal om ändringen i en upphandlingssituation skulle ha påverkat en leverantörs möjlighet eller intresse av att delta i upphandlingen.
- ^[37] Se Nämnden för offentlig upphandling, beslut den 21 september 2006 i ärende 2005/0179-26 (Osby kommun).

