

## PM 2 2023-10-17 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning.**

*Ett kommunalt renhållningsföretag köper löpande avfallsförbränningstjänster direkt från ett kommunalt energiföretag, utan föregående annonserad anbudsinfordran.*

Det av Jönköpings kommun (nedan Kommunen), tillsammans med Habo och Mullsjö respektive kommuner, gemensamt ägda bolaget June Avfall och Miljö AB (nedan June)<sup>1</sup> köper löpande tjänster för förbränning och återvinning av kommunalt hushållsavfall m.m. direkt från Jönköping Energi (nedan Jönköping Energi).<sup>2</sup>

Enligt vad June uppgett grundar sig det nu aktuella affärsförhållandet på ett avtal, här nedan angivet som Huvudavtalet,<sup>3</sup> som i december 2006 tecknades direkt mellan Jönköpings kommun och Jönköping Energi. Enligt Huvudavtalet ska Kommunen, som i avtalet anges som "Säljaren", till Jönköping Energi, som i avtalet anges som "Köparen", på årsbasis leverera c:a 30.000 ton hushållsavfall samt c:a 2.000 ton utsorterat brännbart verksamhetsavfall till Jönköping Energi. På motsvarande sätt åtar sig Jönköping Energi ("Köparen") att från Kommunen ("Säljaren") ta emot detta avfall samt ansvara för sådana restprodukter och de olika askor som förbränningen ger upphov till.<sup>4</sup>

För detta ska Kommunen ("Säljaren") betala Jönköping Energi ("Köparen") ett pris som ska motsvara vad övriga leverantörer betalar till bolaget, räknat i kronor/ton. Kommunen ("Säljaren") ska enligt avtalet även betala avgifter som täcker "bränsleskatten".<sup>5</sup> Vidare framgår att priser och avgifter ska justeras en gång per år samt att Jönköping Energi ("Köparen") ska fakturera Kommunen ("Säljaren") i efterskott för mottagna avfallsleveranser, för betalning inom 30 dagar efter mottagen faktura.<sup>6</sup> Någon betalningsskyldighet för Jönköping Energi ("Köparen") till Kommunen ("Säljaren") följer inte av avtalet.

<sup>1</sup> June Avfall och Miljö AB, med organisationsnummer 559089-1254, bildades den 6 december 2016 och registrerades av Bolagsverket samma dag. Nuvarande firma registrerades 20 januari 2017. Tidigare firma har varit Startplattan 166973 AB. Nu gällande bolagsordning registrerades den 20 januari 2017, enligt vilken bolaget har till föremål för sin verksamhet "att för ägarkommunerna utföra verksamhet avseende hushållsavfall och därmed jämförligt avfall samt verksamhetsavfall. Utöver ovanstående ska bolaget även äga, driva, förvalta, underhålla och investera i anläggningar som ingår i ägarkommunernas ansvar för hushållsavfall och därmed jämförligt avfall samt verksamhetsavfall. Om det finns stöd i lag får bolaget även: Utföra tjänster på uppdrag av ägarkommunerna och dess koncerner. Tillhandahålla tjänster som har samband med verksamhetsområdet om det sker på affärsmässiga grunder. Bolaget är skyldigt att utföra de uppdrag som bolaget tilldelats av sin ägare. Verksamheten ska bedrivas åt ägaren/i ägarens ställe". Det kommunala ändamålet med bolagets verksamhet är att "med iakttagande av kommunala principer såsom likställighets-, lokaliserings- och självkostnadsprincipen, för ägandekommunerna tillgodose behovet av miljömässig och kostnadseffektiv insamling samt transport av avfall i enlighet med bolagets föremål". June Avfall och Miljö AB ägs till 91 procent av Jönköpings kommun genom det helägda holdingbolaget Jönköpings Rådhus AB (556380-7162). Till återstående delar ägs bolaget av Habo kommun och Mullsjö kommun.

<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 har varit Södra Vätterns Kraftaktiebolag. Bolaget verkar även under registrerad bifirma Wetternet. Nu gällande bolagsordning registrerades den 19 mars 2015, enligt vilken bolaget har till föremål för sin verksamhet "att inom huvudsakligen Jönköpings kommun bedriva energiverksamhet och annan därtill anknyttande verksamhet såsom handel med energi, energiprodukter, infrastruktur för elektronisk kommunikation, tjänster och entreprenader samt att i härför erforderlig omfattning anskaffa, äga och förvalta anläggningar och fastigheter samt att äga aktier och andelar i företag inom energisektorn. Bolaget är skyldigt att utföra de uppdrag som bolaget tilldelas av sin ägare. Verksamheten ska bedrivas åt ägaren/i ägarnas ställe". Det kommunala ändamålet med bolagets verksamhet är att "med iakttagande av kommunala principer såsom likställighetsprincipen som en komplett leverantör av konkurrenskraftiga, miljövänliga energilösningar samt närliggande tjänster och produkter, främja kommuninnevärnans intressen. Verksamheten ska bedrivas enligt affärsmässiga principer". Bolaget – som indirekt ägs av Jönköpings kommun genom det helägda holdingbolaget Jönköpings Rådhus AB (556380-7162) – omsatte under den senaste treårsperioden (2020-2022) i genomsnitt c:a 1,3 miljarder kr, varav c:a 86 procent (eller c:a 1,2 miljarder kr) avser konkurrensutsatt verksamhet med kraftproduktion och försäljning av el och fjärrvärme på allmänna marknader.

<sup>3</sup> Huvudavtalet, rubricerat "AVTAL AVSEENDE BRÄNSLE FÖR ENERGIPRODUKTION", undertecknades av parterna: Jönköpings kommun och Jönköping Energi, den 31 december 2006.

<sup>4</sup> Se Huvudavtalet, punkterna 4.1. "Leveransomfattning" och 3.1. "Mottagning och hantering". Avtalade volymer anges +/- 15 procent.

<sup>5</sup> Med "bränsleskatten" torde i Huvudavtalet avses den punktskatt på bland annat förbränning av visst hushållsavfall (avfallsförbränningsskatten), som sedan den 1 juli 2006 införts i 1 kap. 2 § lagen (1994:1776) om skatt på energi – se prop. 2005/06:125. Skatten, som var en schablonbeskattning av vissa delar av hushållsavfallet, upphävdes den 1 oktober 2010 (se prop. 2009/10:41) men har därefter i april 2020 återinförts för att sedan avskaffas på nytt efter den 1 januari 2023. I december 2006 uppgick skatten till 150 kr per ton avfall och under perioden den 1 april 2020 till och med den 31 december 2022 uppgick skatten till 125 kronor per ton avfall.

<sup>6</sup> Se Huvudavtalet, punkterna 5.1 "Pris för avfall", 5.2, "Prisjustering" och 5.3, "Betalningsvillkor".

June bildades i december 2016 och initierades som ett kommunalt bolag efter beslut av kommunfullmäktige i februari 2017 för driftstart den 1 januari 2018.<sup>7</sup> Vid tidpunkten för Huvudavtalets tillkomst (i december 2006) hade June således ännu inte bildats så att bolaget kunnat utgöra part i avtalet.

Något med Huvudavtalet motsvarande avtal mellan June och Jönköping Energi har trots upprepad begäran heller inte kunnat finnas så att det kan lämnas ut.<sup>8</sup> I oktober 2021 slöt dessa parter (June och Jönköping Energi) dock ett avtal om ändring av Huvudavtalet. I detta avtal (nedan: 2021-års-avtal) hänvisas till Huvudavtalet som om det har slutits mellan June och Jönköping Energi.<sup>9</sup>

Jönköping Energi, där June har kundordernummer ”T50-012, fakturerar löpande June för utförda tjänster. På fakturorna påförs lagstadgad mervärdesskatt (moms), vilket endast kan komma ifråga vid skattepliktig omsättning av varor eller tjänster.<sup>10</sup> Såvitt framgår av utdrag ur Junes ekonomisystem har bolaget under perioden den 1 januari 2020 till och med den 31 augusti (44 månader) erlagt sammanlagt c:a 38,022 miljoner kronor (exklusive moms)<sup>11</sup> i ersättningar till Jönköping Energi.<sup>12</sup> Räknat som ett 48 månaderskontrakt<sup>13</sup> kan det totala kontraktsvärdet därmed uppskattas till totalt c:a 41,478 miljoner kronor eller i genomsnitt c:a 10 miljoner kronor per år.

### **Rättslig reglering**

Med *upphandling* avses förfarandet till och med tilldelning av ett kontrakt med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter, som avser bland annat tillhandahållande av tjänster mot ersättning.<sup>14</sup> Begreppet upphandling omfattar således alla förfoganden med ömsesidiga prestationer, där någon utför tjänster eller tillhandahåller varor eller byggtreprenader mot ersättning. Också rena bytesaffärer, eller s.k. *barteravtal*, kan således innefatta upphandling i lagens mening.<sup>15</sup>

Offentlig upphandling som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU.<sup>16</sup> Bestämmelserna är en följd av bland annat kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster i artiklarna 18, 49 och 56 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU)<sup>17</sup> och syftar till att bland annat skapa lika konkurrensförutsättningar och att motverka korruption i offentlig verksamhet.<sup>18</sup>

<sup>7</sup> För Jönköping, se kommunfullmäktiges beslut den 23 februari 2017 (KF § 38/17), samt Stadskontorets tjänsteskrivelse den 16 januari 2017, dnr. Ks/2016:454 450. För Mulljö och Habo, se kommunfullmäktiges motsvarande beslut av den 21 respektive 23 februari 2017.

<sup>8</sup> Se begäran om allmänna handlingar som skickades till June med e-post den 1 september 2023 samt bolagets svar den 6 respektive den 7 och 12 september 2023, av vilka framgår att någon sådan handling inte finns att tillgå.

<sup>9</sup> 2021-års-avtal, rubricerat ”Avtal om restprodukter till energiåtervinning”, undertecknades av parterna: June och Jönköping Energi, den 27 oktober 2021. I avtalet anges bland annat följande ”Det föreligger ett avtal om behandling av avfall mellan June Avfall och Miljö AB och Jönköping Energi AB undertecknat i december 2006 (benämnt huvudavtalet). June Avfall och Miljö AB överläter enligt huvudavtalet avfall till Jönköping Energi AB som förbränner avfallet”.

<sup>10</sup> Jfr. 1 § mervärdesskattelagen (1994:200) samt 3 kap. 1 § punkten 3 nya mervärdesskattelagen (2023:200).

<sup>11</sup> June har under perioden den 1 januari 2020 - 31 augusti 2023 betalat totalt 47.527.107 kronor (exkl. moms) till Jönköping Energi.

<sup>12</sup> Betalningarna avser enligt systemets ”objektsid” fakturerad ersättning för ”Avfallsleverans till KVVVT”, ”Sortergårdar Verksamhetsavfall” samt vissa enstaka betalningar angivna som ”5590891254”.

<sup>13</sup> Jfr. 5 kap. 13 § LOU.

<sup>14</sup> 1 kap. 2 § och 15 LOU.

<sup>15</sup> Avseende upphandling av s.k. *barteravtal*, se Nämnden för offentlig upphandling (NOU) rapport av den 26 augusti 2003, dnr. 2003/0039-28. Se även NOU-info oktober 2003, s. 3 f.

<sup>16</sup> Tidigare fanns motsvarande reglering sedan den 1 januari 1994 i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling och därefter, sedan den 1 januari 2008, i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

<sup>17</sup> Europaparlamentets och Rådets direktiv (2014/24/EU) om offentlig upphandling; jfr. Europaparlamentets och Rådets direktiv (2014/25/EU) om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

<sup>18</sup> Se bland annat betänkandet SOU 2018:44, avsnitt 7, ”Ett regelverk som motverkar korruption”, s. 233 ff. jämte där angivna rättskällor.

Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av bl.a. kommunala företag<sup>19</sup> vid anskaffning av tjänster genom tilldelning av offentliga kontrakt,<sup>13</sup> Dessa utgör därmed upphandlande myndigheter i lagens mening.

Någon möjlighet för en upphandlande myndighet att träda i en annan myndighet ställe (s.k. partssubstitution)<sup>20</sup> följer inte av lagen, utan varje myndighet svarar själv för sina civilrättsliga åtgärderna och därmed följande upphandlingsskyldighet.

Regelverket utgår från ett antal grundläggande principer, som oavsett val av förfarande ska iakttagas vid offentlig upphandling.<sup>21</sup> Av dessa följer att alla *leverantörer*<sup>22</sup> ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn (öppenhet) att de i konkurrens med varandra kan lämna anbud på samma villkor. Samtliga leverantörer ska vidare ges samma relevanta information vid samma tillfälle.<sup>23</sup> Lagen har även en förtydligande bestämmelse om att en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.<sup>24</sup> Enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat i HFD 2012 ref. 48 är det nämligen en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa leverantörernas lika förutsättningar att kunna lämna konkurrenskraftiga anbud.

Upphandlingen av kontrakt för ”*avfallsförbränning*” (CPV 90513300)<sup>25</sup> eller ”*återvinning av avfall*” (CPV 90514000) innefattar tjänster som, om kontraktsvärdet överstiger gällande tröskelvärde,<sup>26</sup> ska handläggas enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 1-18 kap. LOU.

Från lagens tillämpning undantas dock tjänstekontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten.<sup>27</sup> Även kontrakt inom s.k. *intern upphandling* undantas, om den upphandlande myndigheten köper exempelvis tjänster från ett fristående organ som utför mer än 80 procent av sin verksamhet för myndighetens räkning eller för andra juridiska personer eller organ som ingår i en gemensam organisation tillsammans med myndigheten.<sup>28</sup> För att undantaget ska kunna tillämpas krävs sålunda att motparten inte bedriver en extern verksamhet<sup>29</sup> motsvarande 20 procent eller mer av den totala verksamheten. Denna begränsning syftar bland annat till undvika att konkurrensen snedvrids genom sammanblandning av skyddad verksamhet med på marknaden konkurrerande affärsverksamhet.<sup>30</sup>

<sup>19</sup> Se 1 kap. 22 § jämförd med 18 § LOU.

<sup>20</sup> Däremot tillåts i vissa fall partssubstitution genom byte av *leverantör*. Enligt 17 kap 13 § LOU kan en ny leverantör tillåtas träda i den ursprungliga leverantörens ställe på grund av omstruktureringar hos leverantören till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens om detta inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet eller ramavtalet.

<sup>21</sup> 4 kap. 1 § LOU, se även justitierådet Nords särskilda tillägg i HFD 2018 ref. 60.

<sup>22</sup> *Leverantörer* är enligt 1 kap. 16 § LOU företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla varor, tjänster eller byggtjänster.

<sup>23</sup> Prop. 2006/07:128, s 132, samt EU-domstolens domar i *Succhi di Frutta* (C-496/99), EU:C:2004:236, pp. 108-111, *SIAC Construction* (C-19/00) EU:C:2001:553, p. 42 och i *Cartiera dell'Adda* (C-42/13) EU:C:2014:2345, p. 44, se även domstolens avgörande i *Connexion Taxi* (C-171/15) EU:C:2016:948, pp. 39 och 40.

<sup>24</sup> 4 kap. 2 § LOU.

<sup>25</sup> CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, är fastställt som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska unionen – se 1 kap. 11 a § och 4 kap. 19 § LOU samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

<sup>26</sup> Vad som vid varje tidpunkt utgör *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Det särskilda tröskelvärdet för kommunal upphandling av varu- och tjänstekontrakt enligt LOU uppgår sedan den 1 januari 2022 till 2.236.731 kronor. Motsvarande värde uppgick 2017 till 1.910.323 kronor och 2021 till 2.197.545 kronor - se regeringens tillkännagivanden (2017:223, 2020:8 och 2022:190) om tröskelvärdet vid offentlig upphandling.

<sup>27</sup> För monopolundantaget, se 3 kap. 10 § LOU.

<sup>28</sup> En upphandling kan enligt 3 kap. 13-15 § LOU anses vara en intern upphandling om: (1) den upphandlande myndigheten utövar kontroll över motparten, kontrolleras av motparten eller står under gemensam kontroll tillsammans med motparten (det s.k. *kontrollrekvisitet*) samt om (2) motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för de kontrollerande myndigheternas räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som myndigheten kontrolleras av eller utövar kontroll över (det s.k. *verksamhetsrekvisitet*). Det får vidare (3) inte finnas något direkt privat ägarintresse i motparten.

<sup>29</sup> Som extern verksamhet räknas kontrakt som har tilldelats efter beslut av andra än den upphandlande myndigheten eller sådana juridiska personer eller organ som myndigheten utövar kontroll över eller som ingår i kontrollgemenskap tillsammans med.

<sup>30</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i *Carbotermo* (C-340/04) EU:C:2006:308, pp. 59-63.

Som huvudregel ska upphandling genomföras genom annonserad infordran av konkurrerande anbud, där alla leverantörer ges lika möjlighet för att delta.<sup>31</sup> *Direkt tilldelning*<sup>32</sup> av tjänste-kontrakt, där den upphandlande myndigheten utan föregående publikt annonseringsförfarande tillåts vända sig direkt till viss leverantör, får endast komma ifråga vid följande i lagen särskilt angivna undantagsfall.

- Anskaffningen är *absolut nödvändig* och det föreligger en *synnerlig brådska* som gör det omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid ett annonserat förfarande,<sup>33</sup>
- det har vid en tidigare genomförd annonserad upphandling *inte lämnats några lämpliga anbud*, eller enbart *ogiltiga eller oacceptabla* anbud,<sup>34</sup>
- syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett *unikt konstverk eller konstnärlig prestation*<sup>35</sup>
- det av *tekniska skäl inte finns någon konkurrens*, eller det som ska anskaffas *skyddas av ensamrätt* och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör,<sup>36</sup>
- upphandlingen gäller en ny tjänst som är en upprepning av tjänster som tidigare varit föremål för ett upphandlingsförfarande från samma leverantör och omfattningen av möjliga tillkommande tjänster samt värdet av det nya kontraktet har ingått i uppskattningen av värdet av det ursprungliga projektet.<sup>37</sup>

Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis<sup>38</sup> ska alla möjligheter till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges inom området för upphandling tolkas restriktivt och det ankommer på den som åberopar möjlighet till undantag att även visa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt är uppfyllda.

Avtal som har kommit till utan iakttagande av kravet på annonsering kan förklaras ogiltiga efter beslut av allmän förvaltningsdomstol.<sup>39</sup> Ansökan om ogiltighet av avtal ska som regel ha kommit in till rätten inom sex månader från det att avtalet slöts.<sup>40</sup>

För avtalsförhållanden som inte regleras genom sedvanliga kontrakt utan istället styrs genom andra dokument – såsom kommunala författningsbestämmelser, ägardirektiv, konsortialavtal eller motsvarande – har Konkurrensverket angivit tidpunkten för tilldelning till de återkommande beslut där sådana avgifter som reglerar de ekonomiska villkoren för utförarens verksamhet fastställs. Därmed uppstår, enligt verket, ett överprövningsbart kontrakt eller ett ramavtal.<sup>41</sup>

<sup>31</sup> Vid upphandling över tröskelvärdena ska en annons om upphandlingen enligt 10 kap. 1 § LOU samt 2 § upphandlingsförordningen (2016:1162) skickas till Byrån för Europeiska unionens officiella publikationer, för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.

<sup>32</sup> Med *direkt tilldelning* avses här ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* enligt 6 kap. 12-19 § LOU, vilket skiljer sig från *direktupphandling*, som enligt 19 a kap. samma lag endast kan komma ifråga vid upphandling under tröskelvärdena.

<sup>33</sup> 6 kap. 15 § LOU. För undantag krävs att det ska föreligga yttre, oförutsebara omständigheter som varken kan tillskrivas eller har kunnat förutses av den upphandlande enheten och som har gjort det omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid ett ordinarie annonserat förfarande (inklusive påskyndat förfarande). Enligt 11 kap. 10 § LOU får en annonserad upphandling genomföras i ett *påskyndat förfarande* med en minsta anbudsfrist på 15 dagar, varvid det i så fall inte kan anses föreligga någon synnerlig brådska.

<sup>34</sup> 6 kap. 12 och 13 § LOU.

<sup>35</sup> 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU.

<sup>36</sup> 6 kap. 14 § första stycket 2 (tekniska skäl) eller 3 (ensamrätt) LOU.

<sup>37</sup> 6 kap. 18 § LOU. Möjligheten till direkt tilldelning får endast användas under högst 3 år efter det att det ursprungliga kontraktet ingicks och det ska i samband med den ursprungliga upphandlingen ha angetts att en kompletterande tilldelning kan komma att användas.

<sup>38</sup> För den s.k. *försiktighetsprincipen*, se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 jämte där noterad praxis; se även HFD 2017 ref. 66.

<sup>39</sup> 21 kap. 13 § LOU.

<sup>40</sup> 21 kap. 17 § LOU.

<sup>41</sup> Se bl.a. Konkurrensverkets tillsynspraxis i ärendena 135-144/2019 (SYSAV).

Domstol kan även på talan av Konkurrensverket besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndigheten.<sup>42</sup> En sådan straffavgift ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte högre än tio procent av det aktuella kontraktsvärdet.<sup>43</sup> Talan om upphandlingskadeavgift ska vara väckt inom sex månader från laga kraftvunnen avtalsogiltighet eller i annat fall senast ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.<sup>44</sup>

En upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i LOU kan också förpliktas ersätta den skada som därigenom uppkommit för en leverantör.<sup>45</sup> Sådan skadeståndstalan ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den dag då leverantören fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om att avtal tecknats mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.<sup>46</sup>

### **Yttrande**

June 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.

### **Slutlig 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.

June är som upphandlande myndighet skyldig att iaktta de upphandlingsrättsliga regelverken vid sina anskaffningar av bland annat tjänster.

Av utredningen framgår att June till Jönköping Energi regelbundet för förbränning och återvinning lämnar sådant kommunalt hushållsavfall som bolaget har samlat in i Jönköping, Habo och Mullsjö. Uppdrag som innefattar sådan *avfallsförbränning* eller *återvinning av avfall* utgör typiskt sett upphandlingspliktiga tjänster enligt den till LOU knutna CPV-nomenklaturen.<sup>25</sup> För utförandet av dessa tjänster betalar June c:a tio miljoner kronor per år till Jönköping Energi. På fakturorna påförs moms för skattepliktig omsättning. June kan således konstateras utgöra köpare av aktuella tjänster, oaktat vad som annars anges i Huvudavtalet.

Vad avtalsförhållandet mellan June och Jönköping Energi formellt grundar sig på är dock oklart. Det huvudavtal från 2006 som June hänvisar till, har Jönköpings kommun och Jönköping Energi som avtalsparter. June är således inte part i detta avtal och hade heller aldrig kunna vara det, eftersom bolaget bildades först tio år senare. Den tidigaste tidpunkt som June överhuvudtaget kunnat ingå avtal med Jönköping Energi är i början av 2017, då bolaget inrättades som ett samkommunalt bolag. Något sådant avtal har emellertid inte kunnat återfinnas. I december 2021 slöt June det avtal som här anges som 2021-års-avtal, direkt med Jönköping Energi. Något offentligt upphandlingsförfarande har dock aldrig förekommit, varken vid tiden för 2006 års Huvudavtal eller senare.

Jönköping Energi är huvudsakligen verksam med extern försäljning av el och fjärrvärme på allmänna marknader och omfattas inte av möjligheten till internt undantag. Något annat undantag från lagen i sin helhet eller från kravet på annonsering föreligger heller inte.

---

<sup>42</sup> 21 kap. 1 § punkten 3 LOU.

<sup>43</sup> 21 kap. 4 § LOU. I upphandlingsrättslig har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju (7) procent av det aktuella kontraktsvärdet.

<sup>44</sup> 21 kap. 7 § LOU.

<sup>45</sup> 21 kap. 20 § LOU.

<sup>46</sup> Se 21 kap. 21 § LOU. Om allmän förvaltningsdomstol har bedömt att förutsättningarna för ogiltighet av avtalet är uppfyllda, får dock talan om skadestånd alltid väckas inom ett år från den dag då avgörandet fick laga kraft.

Eftersom värdet av upphandlingen överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde för kommunal upphandling av tjänster ska konkurrerande anbud inhämtas genom annonsering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED. Även andra företag än Jönköping Energi ska således kunna komma fråga för att lämna anbud på att ta omhand avfallet från Jönköping, Habo och Mullsjö.

Förfarandet där June köper avfallsförbränning m.m. direkt från Jönköping Energi strider således mot LOU och det bakomliggande LOU-direktivet. Eftersom överträdelserna har pågått under en längre tid och till betydande värden finns det anledning att rikta allvarlig kritik mot June för att på detta sätt snedvrیدا konkurrensen på marknaden för återvinning och förbränning av avfall.

Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet riskerar June att tvingas betala upphandlingsskadeavgift, som är ett slags böter med upp till c:a 2,8 miljoner kronor, motsvarande sju procent av det aktuella kontraktsvärdet.