

PM 2 2007-04-25 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Munkedals kommunala bostadsbolag har utan föregående infordran av konkurrerande anbud på marknaden tecknat avtal om köp av fjärrvärme från ett bolag som ägs av en annan kommun.*

Munkedals Bostäder AB Munkbo tecknade i oktober 2005 avtal direkt med Uddevalla Energi AB om successiva leveranser av värmeenergi (fjärrvärme) fram till i vart fall juli 2012.

Munkedals Bostäder AB Munkbo (nedan Munkbo)<sup>1</sup> är ett av Munkedals kommun helägt s.k. allmännyttigt<sup>2</sup> bostadsföretag vilket har till föremål för sin verksamhet att "...inom Munkedals kommun, äga och förvalta fastigheter för bostadsändamål, tomt- eller bostadsrätter samt bygga bostäder och i anslutning därtill affärslägenheter och andra kollektiva anordningar samt därmed förenlig verksamhet. Dessutom har bolaget på uppdrag att biträda Munkedals kommun med förvaltning av kommunens fastigheter".

Uddevalla Energi AB<sup>3</sup> är ett av grannkommunen Uddevalla, indirekt genom koncernmoderbolaget Uddevalla Utvecklings AB, helägt bolag.

Avtalsförhållandet mellan de båda bolagen har sin upprinnelse i att Uddevalla Energi AB i oktober 2004<sup>4</sup> tillskrev Munkedals kommun och framförde önskemål om att få undersöka förutsättningarna för att anlägga och driva ett fjärrvärmenät i Munkedals tätort. Undersökningen avsåg bl.a. inventering av marknaden (värmebehov), lämplig värmeproduktion samt avtalsdiskussion med tänkbara kunder. Bolagets avsikt var att erbjuda Munkedals kommun samt andra fastighetsägare i kommunen (däribland Munkbo) en rationell och ekonomiskt intressant lösning för värmeförsörjning fr.o.m. säsongen 2006/2007.<sup>5</sup>

Kommunstyrelsen i Munkedal beslutade vid sammanträde den 14 december 2004 (KS § 171/04) medge att Uddevalla Energi AB genomförde önskad undersökning. Av en promemoria från kommunens tekniska avdelning, upprättad den 25 april 2005, framgår att Uddevalla Energi AB:s totala investeringar i den föreslagna fjärrvärmeanläggningen kan uppskattas till c:a 20 miljoner kronor, varav c:a 4 miljoner kronor avses betalas genom anslutningsavgifter för de aktuella fastigheterna. Kalkylerna visar enligt promemorian att fjärrvärmepriset, under förutsättning av att fastbränsle används, beräknas uppgå till mellan 55 och 76 öre per kilowattimme (kwh) exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms), vilket skall jämföras med oljebaserad värme som uppskattas till en kostnad av 88 öre per kwh, exklusive moms, drift och underhåll. En övergång till fjärrvärme innebär enligt vad som redovisas sänkta kostnader för berörda fastigheter i storleksordningen mellan 1 miljon och 1,8 miljoner kronor per år. Vid en snabb start av projektarbetet skulle enligt promemorian fjärrvärme kunna börja levereras hösten 2006<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Munkedals Bostäder AB Munkbo, med organisationsnummer 556434-5089, bildades den 25 september 1991 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 31 oktober 1991; Nuvarande firma registrerades samma dag. Nu gällande bolagsordning antogs av bolaget den 15 juni 1999. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 1,82 miljoner kronor vilket fördelas på 182 aktier med nominellt värde på vardera 1.000 kronor.

<sup>2</sup> Bestämmelser om allmännyttiga bostadsbolag återfinns i lagen (2002:102) om allmännyttiga bostadsföretag. Med allmännyttigt bostadsföretag avses enligt lagen ett aktiebolag, en ekonomisk förening eller en stiftelse som drivs utan vinstsyfte, i sin verksamhet huvudsakligen förvaltar fastigheter i vilka bostadslägenheter upplåts med hyresrätt samt av länsstyrelsen godkänts som allmännyttigt bostadsföretag. Med kommunalt bostadsföretag avses i lagen ett allmännyttigt bostadsföretag där en kommun har det bestämmande inflytandet. I den förteckning över allmännyttiga bostadsföretag som löpande förs av Länsstyrelsen i Västra Götalands län, finns bl.a. Munkedals Bostäder AB Munkbo upptagen.

<sup>3</sup> Uddevalla Energi AB, med registreringsnummer 556036-6170, bildades den 10 juni och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 3 november 1937. Nuvarande firma registrerades den 15 februari 1994. Gällande bolagsordning antogs av kommunfullmäktige i Uddevalla genom beslut den 10 april och registrerades den 26 april 2001. Tidigare firma har varit Uddevalla Kraftverksaktiebolag. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 10 miljoner kronor fördelat på 100.000 aktier på nominellt 100 kronor vardera. Uddevalla Energi AB omsätter årligen c:a 200 miljoner kronor. Föremålet för bolagets verksamhet består enligt gällande bolagsordning av att "...producera, förvärva, distribuera och sälja ledningsbunden energi samt att etablera och driva bredbandsnät. Bolaget ska också tillhandahålla tjänster, som har anknytning till dessa verksamheter".

<sup>4</sup> Uddevalla Energi AB, skrift den 13 i oktober 2004 till Munkedals kommun (dnr. KS 00/273-371).

<sup>5</sup> Se Munkedals kommun, kommunstyrelsens protokoll från sammanträde den 14 december 2004 (KS § 171/04).

<sup>6</sup> Munkedals kommun, Tekniska avdelningen, PM den 25 april 2005 rubricerad "Utbyggnad av fjärrvärme i Munkedal" (dnr. KS 00/273-371)

Munkedals kommun beslutade i juni 2005<sup>7</sup> att uppta förhandlingar med Uddevalla Energi AB om leverans av färdig värme med inriktning på start hösten 2006 och tecknade den 20 och 21 juli 2005 en serie avtal<sup>8</sup>, där kommunen åtog sig att köpa fjärrvärme från Uddevalla Energi AB (se KKO 07-005).

Den 3 och 4 oktober ingick även Munkbo ett antal liknande avtal. Totalt motsvarar Munkbos och Munkedals kommuns avtal över 90 procent av fjärrvärmeanläggningens planerade produktion<sup>9</sup>. Någon annonserad anbudsinfordran har inte föregått avtalen.<sup>10</sup>

Avtalad bindningstid är sju år (vilket blir den 13 juni 2005 till och med den 13 juni 2012) varefter avtalen förlängs automatisk i perioder om ett år i taget vid utebliven uppsägning (7 år+1år +1år ...). Av avtalen framgår att Uddevalla Energi AB skall leverera och Munkbo skall mottaga fjärrvärme på villkor som framgår av vid varje tidpunkt gällande taxor, och allmänna bestämmelser för leverans av fjärrvärme med tillhörande instruktion.<sup>11</sup> Uddevalla Energi AB:s anläggning för fjärrvärmeproduktion i Munkedal, panncentralen i Långenäs, jämte därtill hörande ledningsnät stod enligt uppgift färdig att tas i drift hösten 2006.

Munkbos fasta anslutningsavgifter kan med utgångspunkt i beräknad förbrukning uppskattas till c:a 2 miljoner kronor<sup>12</sup>. Värdet av löpande leveranser av fjärrvärme kan uppskattas till c:a 204.840 kronor per månad. Med tillämpning av gällande beräkningsbestämmelser<sup>13</sup> skall det samlade s.k. *kontraktsvärdet* av bolagets upphandling således uppskattas till c:a 11,8 miljoner kronor, varav c:a 9,8 miljoner kronor hänför sig till löpande förbrukningsavgifter. Det verkliga värdet av Munkbos och Munkedals kommuns avtal med Uddevalla Energi AB är dock väsentligt högre än detta schabloniserade belopp och kan uppskattas till minst 31 miljoner kronor (avtalsförlängning oräk- nad)<sup>13</sup>.

Förutom Uddevalla Energi AB finns det på marknaden för värmeenergi och fjärrvärme ett flertal sinsemellan konkurrerande leverantörer som skulle ha kunnat komma ifråga för att lämna anbud på att genomföra aktuella investeringar och förse Munkbo med fjärrvärme.

### Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Lagens bestämmelser bygger bland annat på EU-rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, det s.k. varuupphandlingsdirektivet, och på de principer, bland annat principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn som bär upp den centrala gemenskapsrätten.

Köp av fjärrvärme (CPV 40330000)<sup>14</sup> omfattas av varuupphandlingsbestämmelserna och skall därför upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. och 2 kap. LOU om det samlade kontrakts-

<sup>7</sup> Munkedals kommun, kommunstyrelsen, beslut vid sammanträde den 1 juni 2006 (KS § 65/05).

<sup>8</sup> Det aktuella avtalsförhållandet är så konstruerat att Munkbo har tecknat totalt 9 avtal, ett avtal per ansluten fastighet eller byggnadsdel (anläggningsnummer 800010 – 800090). Anslutna fastigheter/byggnader är Brudåsvägen 14 (Munkedal/Foss 13:18); Ö Jonängsvägen 30, Ö Jonängsvägen 20, Ö Jonängsvägen 4, Ö Jonängsvägen 16 och V Jonängsvägen 15 (samtliga Munkedal/Foss 12:21); Centrumvägen 14 A (Munkedal/Foss 10:329); Bruksvägen 2 (Munkedal/Foss 7:12) samt Brudåsvägen 28 (Munkedal/Foss 13:8).

<sup>9</sup> Munkedals kommuns andel av den totala volymen fjärrvärme motsvarar c:a 46,86 procent. Övriga delar hänför sig till Munkbo (c:a 45,68 %) samt till enskilda privata fastighetsägare (c:a 7,46 %). Uträkningen baserar sig på uppskattade fjärrvärmeavgifter.

<sup>10</sup> Munkedals Bostäder AB Munkbo har i skrift till Konkurrenskommissionen den 26 februari 2007 angivit bl.a. följande ”*Annons eller förfrågningsunderlag finns ej eftersom Munkbos bolagsstämma vid sitt årmöte 2005-05-23 beslutat att bolaget inte på egen hand skulle handla upp färdig värme utan samverka med kommunen i en gemensam lösning*”

<sup>11</sup> Kommunen skall enligt avtalen ha en sammanlagd abonnerad effekt 1.769 kilowattimmar (kwh).

<sup>12</sup> Den totala anslutningsavgiften uppgår till 4.463.649 kronor. En andel motsvarande 45,68 procent av detta belopp uppgår till 2.038.994,80 kronor.

<sup>13</sup> Beräkningen bygger på en uppskattad kostnad på 4 miljoner kronor för anslutningsavgifter samt löpande leveranser till ett månatligt värde av 204.840 kronor för Munkedals Bostäder AB:s fastigheter och 210.160 kronor för Munkedals kommuns fastigheter; totalt 415.000 kr./mån under en period av 67 månader, fr.o.m. november 2006 till och med juni 2012;  $(4.000.000 + [415.000 \times 67]) = 31.805.000$ .

<sup>14</sup> CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts av EU (European Commission, GD XV / B / 4) och klassificerar c:a 6.000 varor och tjänster. Tanken är att den skall ersätta de olika nationella klassifikationerna vid all handel inom EU. Koden är 8-ställig och är strukturerad enligt följande: divisions (två siffror), main groups, (fyra siffror) samt product groups (sex siffror). Fjärrvärme har inom kategorin varor enligt CPV

värdet<sup>15</sup> överstiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,845 miljoner kronor<sup>16</sup>. Understiger kontraktsvärdet detta tröskelbelopp skall handläggningen istället ske enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU.

Lagens bestämmelser bygger på de allmänna principer som bär upp den centrala gemenskapsrätten och som ytterst följer av EG-fördraget. Enligt *likabehandlingsprincipen*, som är tillämplig på all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena, och även på tilldelning av s.k. tjänstekoncessioner<sup>17</sup>, skall bl.a. samtliga tänkbara leverantörer ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud i ett offentligt förfarande. Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer 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>18</sup>. Enligt 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) är kommunerna med några undantag<sup>19</sup> förbjudna att (direkt eller indirekt via företag) bedriva kommersiellt betingad näringsverksamhet. Med ledning av den rättsliga regleringen måste kommunala företag i allmänhet, och allmännyttiga kommunala företag i synnerhet<sup>2</sup> anses utgöra sådana s.k. *upphandlande enheter* som är skyldiga att iaktta upphandlingslagens bestämmelser. Tillsyn över lagen utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).<sup>20</sup>

Med ”*upphandling*” avses alla köp av varor tjänster eller byggtreprenader som sker från ett från den upphandlande enheten fristående rättssubjekt (se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU). Stadgan- det är därvid undantagslöst.

Kommunal samverkan utan mellankommande upphandling har på uppdrag av regeringen<sup>21</sup> nyligen utretts av Upphandlingsutredningen, vilken i sitt slutbetänkande ”Nya upphandlingsregler 2” (SOU 2006:28) konstaterade bland annat följande:

”Den slutsats som enligt utredningens mening kan dras av vad som nu sagts är att det inte finns någon möjlighet att underlåta att tillämpa bestämmelserna i lagarna om upphandling vid transaktioner mellan kommuner inbördes eller mellan en kommun och en av kommunen tillsammans med annan ägd juridisk person, oavsett om värdet av transaktionerna uppgår till eller understiger tröskelvärdet”.<sup>22</sup>

Någon möjlighet för kommuner eller kommunala företag att utan mellankommande upphandling köpa och sälja varor, tjänster eller byggtreprenader mellan varandra föreligger således inte enligt gällande rätt.<sup>23</sup>

---

2003 angivits som CPV 40330000. - se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EEG/2195/2002) av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003.

<sup>15</sup> För upphandlingskontrakt som löper på obestämd tid skall enligt 2 kap. 3 § första LOU kontraktsvärdet beräknas till månadskostnaden multiplicerad med talet 48. Options- och förlängningsklausuler skall beaktas som om de utnyttjats.

<sup>16</sup> Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från och med den 15 februari 2004 till och med den 1 januari 2006, vid upphandlingar av varor och tjänster.

<sup>17</sup> Med *tjänstekoncession* avses ett kontrakt av samma typ som ett offentligt *tjänstekontrakt*, men med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels viss betalning (se artikel 1.4 i direktiv (2004/18/EG) det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet). Koncessioner kännetecknas av att koncessionshavaren erhåller rätten att utnyttja de för koncession upplåtna tjänsterna ekonomiskt och att den ekonomiska risken i samband med tjänsternas utövande övergår på koncessionshavaren ensam. Således är det inte fråga om en koncession när den upphandlande enheten köper varor eller tjänster från viss leverantör (se EG-kommissionen, tolkningsmeddelande 12 april 2000 avseende koncessioner enligt EG-rätten, särskilt s. 10). På *varuområdet* finns det däremot inga koncessioner.

<sup>18</sup> Se 1 kap. 2 och 6 §§ LOU.

<sup>19</sup> Undantagna är i visst avseende kommunala elhandelsföretag samt företag för kommunal tjänsteexport.

<sup>20</sup> Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.

<sup>21</sup> Se dir. 2004:47, jämte tilläggsdirektiven, dir. 2005:39.

<sup>22</sup> Se SOU 2006:28, ”Nya upphandlingsregler 2” avsnittet 7.12 ”Kommunal samverkan” (s. 264).

<sup>23</sup> Ett tidigare utredningsförslag som framlades av den s.k. Upphandlingskommittén (SOU 2001:31, sid. 89 ff.) med innebörden att kommuner utan mellankommande upphandling skulle tillåtas att köpa *tjänster* direkt från hel- eller delägda företag ledde aldrig till förslag om ändrad lagstiftning. Regeringen angav i propositionen 2001/02:142 (sid. 84) att frågan mot bakgrund av bl.a. gemenskapsrättslig praxis måste beredas ytterligare. Saken uppdrogs senare åt Upphandlingsutredningen att utreda vidare. Något ytterligare lagändringsförslag lämnades emellertid aldrig utan, som redovisats ovan, konstaterade Upphandlingsutredningen (se fotnot 12) att det för närvarande inte föreligger någon rättslig möjlighet att underlåta

Oberoende av om upphandlingen hänför sig till den av EG-direktiv styrda sektorn eller ej, föreligger det enligt 2 kap. 7 § eller 6 kap. 2 § första stycket samt 2a § LOU en skyldighet för upphandlande enheter att annonsera sina upphandlingar. Ett skriftligt förfrågningsunderlag skall upprättas och samtliga företag ("leverantörer") som tillhandahåller den efterfrågade sortens varor skall beredas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud ("anbudsansökan").

Undantag från denna skyldighet föreligger vid varuupphandling enligt 2 kap. 17 och 19 §§ (förhandlad upphandling utan föregående annonsering) eller 6 kap. 2 § andra stycket (direktupphandling) samt 2 b § LOU (förenklad upphandling utan föregående annonsering), under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är lågt eller det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådskas orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- de varor som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- varorna framställs enbart för forskning, utveckling, experiment eller studier, under förutsättning att framställningen inte sker i vinstsyfte eller för att täcka forsknings- och utvecklingskostnader,
- upphandlingen gäller tilläggsleveranser och ett byte av leverantör skulle medföra anskaffning av varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oskäliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll.

Bevisbördan att på angivna grunder visa skäl till undantag åvilar i varje fall den upphandlande enheten.<sup>24</sup>

Offentlig upphandling avslutas genom lagakraftvunnet s.k. *upphandlingskontrakt*, d.v.s. skriftligt avtal<sup>25</sup> som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt bestämmelserna i LOU och som undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur (se 1 kap. 5 § LOU)<sup>26</sup>. Innan upphandlingen har avslutats kan en förfördelad leverantör med stöd av 7 kap. 2 § LOU väcka talan om s.k. överprövning i allmän förvaltningsdomstol (länsrätt) i syfte att tvinga fram rättelse eller att upphandlingen skall göras om. Av 7 kap. 1 § LOU framgår att överprövning kan ske fram till den tidpunkt då det (1) föreligger ett kontrakt grundat på en lagligen genomförd upphandling samt (2) tio dagar har förflutit från det att meddelande om tilldelningsbeslut enligt 1 kap. 28 § LOU har lämnats.<sup>27</sup>

---

att tillämpa de upphandlingsrättsliga bestämmelserna vid transaktioner mellan kommuner inbördes eller mellan en kommun och en av kommunen tillsammans med annan ägd juridisk person. Något förslag med motsvarande innebörd för *varor* har aldrig framlagts.

<sup>24</sup> EG-domstolen har i en rad avgöranden slagit fast att det åvilar den upphandlande enheten att visa att sådan omständighet föreligger som ger rätt att avvika från öppet eller selektivt förfarande - se EG-domstolens dom den 10 mars 1987 i mål C-199/85 (Kommissionen mot Italien I), domarna den 3 maj 1994 i mål C-328/92 (Kommissionen mot Spanien) respektive den 18 maj 1995 i mål C-57/94 (Kommissionen mot Italien II) samt nu senast domstolens dom den 11 januari 2005 i mål C-26/03, (Stadt Halle) och den 13 oktober 2005 i mål C-458/03 (Parking Brixen).

<sup>25</sup> Avser upphandlingen ett s.k. ramavtal för löpande leveranser skall enligt 1 kap. 5 § LOU avtalet reglera samtliga villkor för avrop som görs under avtalad period. Har avtalet gjorts beroende av villkor som skall fastställas i annan ordning, och som exempelvis inte följer av index eller annan objektivt fastställd referens, kan detta således inte anses utgöra ett ramavtal i upphandlingslagens mening.

<sup>26</sup> Civilrättsligt förpliktande bundenhet kan emellertid uppkomma redan innan upphandlingen har avslutats. Enligt lagförarbetena följer upphandlingsrätten i här aktuellt avseende allmänna civilrättsliga bestämmelser på förmögenhetsrättens område, vilket bland annat innefattar avtalslagens (1915:218) huvudregel att, om inte annat har överenskommit eller följer av branschpraxis, civilrättsligt förpliktande avtal uppkommer redan i och med att ett anbud besvaras med ett accepterande meddelande (en s.k. accept, exempelvis i form av ett till anbudsgivaren ställt meddelande om tilldelning). Om den upphandlande enheten vill skydda sig från civilrättslig bundenhet innan upphandlingen har avslutats (och förfarandet således fortfarande kan göras till föremål för överprövning i domstol) bör enheten därför se till att i förfrågningsunderlaget ange att bindande civilrättslig verkan uppkommer enbart genom ett upphandlingskontrakt. För tiden fram till upphandlingens avslutande kan enheten vidare välja att ingå ett villkorat avtal (se prop. 2001/02:142 s. 78 f).

<sup>27</sup> Av aktuella lagförarbeten (prop. 2001/02:142 sid. 102) framgår därför att "Vid otillåten direktupphandling kan en leverantör således begära överprövning av upphandlingen även om avtal slutits med en annan leverantör så länge kraven på upphandlingskontrakt och tidsfrist i tredje stycket inte är uppfyllda".

Oaktat möjligheterna till överprövning kan i fall av överträdelse av LOU en förfördelad leverantör även begära att den upphandlande enheten enligt 7 kap. 6 § LOU skall utge skadestånd för uppkommen skada. Med ”*uppkommen skada*” avses enligt lagförarbetena inte bara onödiga kostnader utan även utebliven handelsvinst på grund av att leverantören går miste om den intäkt som uppdraget skulle ha medfört.<sup>28</sup> I fråga om skadeståndets beräkning och funktioner erinras i förarbetena vidare om att syftet med det bakomliggande EG-direktivets<sup>29</sup> regler är att åstadkomma ett tryck på de upphandlande enheterna att ha korrekta förfaranden. I fall av hypotetiska anbud, d.v.s. där en leverantör har yrkat skadestånd för att han har uteslutits från anbudsgivning på grund av otillåten direkttilldelning, skall enligt rättspraxis skadeståndet fastställas till ett med hänsyn till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst skäligt belopp (NJA 2000 sid. 712).

Talan om skadestånd enligt LOU skall väckas vid allmän domstol (tingsrätt) inom ett år från den dag ett s.k. upphandlingskontrakt föreligger. Ett ”*upphandlingskontrakt*” är enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU ett skriftligt avtal som en upphandlande enhet ingått avseende upphandling enligt LOU. Kontrakt eller andra avtal som tillkommit utan iakttagande av bestämmelserna i LOU, exempelvis genom otillåten direkttilldelning, utgör således inte något upphandlingskontrakt i lagens mening och kan därför angripas genom talan om överprövning såväl som skadestånd, utan någon begränsning i tiden (se RÅ 2005 ref. 10 – Ryanair).

Enligt EG-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 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”.*<sup>30</sup>

Likabehandlingsprincipen skall 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

Munkedalsbostäder 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. Bolaget har i tidigare skriftväxling hänvisat till Munkedals kommun<sup>10</sup>, vilken till Konkurrenskommissionen yttrat att kommunen sedan 1990-talet har försökt förmå lokala, regionala och nationella leverantörer att intressera sig för att leverera fjärrvärme. Ingen har dock varit intresserad. Kommunens försök har varit väl belysta i media. När Uddevalla Energi AB kom med förfrågan nappade kommunen. Media har bevakat alla delar i processen, från det att erbjudandet kom in till dess att fjärrvärmens var klar för leverans. Hela processen har således varit offentlig (se vidare KKO 07-005).

### Bedömning

---

<sup>28</sup> Se prop. 1992/93:88, sid. 103.

<sup>29</sup> 89/665/EEG art. 1(c) samt 92/13/EEG art. 2(d).

<sup>30</sup> Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478.

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.

Munkedals kommunala bostadsbolag Munkbo har tecknat avtal med Uddevalla Energi AB om successiva leveranser av fjärrvärme mot ersättning. Av utredningen i ärendet framgår att det vid den aktuella tidpunkten (oktober 2005) inte fanns någon befintlig anläggning för produktion och distribution av fjärrvärme i Munkedal, utan att denna har kommit att uppföras efter det att Munkbo tillsammans med Munkedals kommun bundit sig vid minst sjuåriga avtal om successiva leveranser av fjärrvärme för uppskattningsvis sammanlagt 31 miljoner kronor. Någon annonsering eller infordran av konkurrerande anbud har inte föregått de aktuella avtalen, utan dessa har tecknats direkt mellan de båda bolagen.

Munkbo utgör en sådan s.k. upphandlande enhet som är skyldig att följa upphandlingslagens bestämmelser. Avtalen med Uddevalla Energi AB innefattar varuupphandling till ett så högt sammanlagt kontraktsvärde att de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 2 kap. LOU skall tillämpas. Enligt detta regelverk skall ett skriftligt underlag upprättas. Upphandlingen skall därefter annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) varvid samtliga intresserade leverantörer skall beredas möjlighet att på lika villkor lämna konkurrerande anbud.

Om arbete ändå har nedlagts på att kontakta olika leverantörer framstår det som märkligt att upphandlingen inte också har annonserats i föreskriven ordning, en jämförelsevis enkel åtgärd som skulle uppfyllt gällande krav. Vad som har påståtts om att Munkedals kommun skall ha haft informella underhandskontakter och att kommunens förfarande har varit belyst i media fritar inte från skyldighet att i enlighet med gällande lag- och EG-direktivbestämmelser företa en formell upphandling. Föreskrifterna om annonsering och offentlig anbudsgivning motiveras just av att eventuella leverantörer inte skall vara beroende av informella underhandskontakter eller av att behöva bevaka uppgifter i media. Inte heller medför det förhållandet att det är Uddevalla Energi AB som har initierat frågan om övergång till fjärrvärme skäl att teckna avtal direkt med detta bolag utan föregående offentlig anbudsinfordran. Lagens och direktivets bestämmelser har tvärtom kommit till för att balansera den här aktuella typen av påverkan som kan leda till favoriserande eller diskriminerande särbehandling. Bestämmelserna syftar även till att motverka korrupktion, vilket lätt riskerar uppkomma i ett system där offentligt finansierade mångmiljonkontrakt kommer till efter rent informella kontakter.

Någon lagstadgad ensamrätt som medför att endast Uddevalla Energi AB kan komma ifråga för anbudsgivning föreligger inte och som bl.a. framgår av det ovan refererade avgörandet *Kommissionen mot Tyskland* medför den omständigheten att Munkbo möjligen kan ha trots att endast Uddevalla Energi AB vill leverera fjärrvärme i kommunen inte något undantag från LOU.

Synnerlig brådskas, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte heller beror på Munkbo har inte förelegat. Det kommunala bolaget har haft god tid på sig att genomföra ett offentligt upphandlingsförfarande där även andra intresserade leverantörer – på samma villkor som Uddevalla Energi AB – borde ha erbjudits att räkna på att anlägga och driva nät för produktion och successiva leveranser av fjärrvärme till kommunen.

Någon tidigare konkurrensupphandling har inte genomförts och det var vare sig fråga om tilläggbeställningar eller upprepningsarbeten. Det har heller inte varit så att fjärrvärme av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras inom Munkedals kommun enbart av Uddevalla Energi AB.

Inget av de i lagen om offentlig upphandling förekommande undantagen från kraven på upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden har således varit tillämpligt i det aktuella fallet. Upphandling skulle alltså ha genomförts i enlighet med lagens av EG-direktiv styrda bestämmelser.

De av Munkbo beslutade avtalen med Uddevalla Energi AB strider därmed mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Den för lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EG-direktiv centrala likabehandlingsprincipen har därmed åsidosatts samtidigt som förutsätt-

ningarna för konkurrens på den lokala marknaden för fjärrvärme har snedvridits för lång tid framåt. Genom Munkbos och kommunens kringgående av LOU riskerar Sverige dessutom att bli föremål för en process om fördragsbrott i EG-domstolen.