

# HANDLA BIOGAS

## offentlig upphandling av biogas som drivmedel

Delstudie i projektet: "Kollektivtrafiken i Södermanland, en viktig aktör för en långsiktig biogasmarknad"

Författare: Mats Ekelund  
Strateco  
oktober 2010





## Innehållsförteckning

|  |    |
|--|----|
| Förord .....                                 | 4  |
| Sammanfattning .....                         | 5  |
| 1 Uppdraget .....                            | 7  |
| 1.1 Branschen – en bakgrund .....            | 7  |
| 1.2 Problemet .....                          | 8  |
| 1.3 Mål & syfte.....                         | 9  |
| 1.4 Arbetsätt .....                          | 9  |
| 2 Lagar.....                                 | 10 |
| 2.1 LOU och LUF.....                         | 10 |
| 2.2 Myndigheter och tillämpning .....        | 11 |
| 2.3 Principer.....                           | 12 |
| 2.4 Tekniska skäl och undantag.....          | 13 |
| 3 Verkligheten, beslut och möjligheter ..... | 15 |
| 3.1 Två fall.....                            | 15 |
| 3.2 Slutsatser .....                         | 18 |
| 4 Hämtat ur verkligheten.....                | 19 |
| 4.1 Andra rättsfall .....                    | 19 |
| 4.2 Tolkning, påverkan och tillämpning ..... | 19 |
| 4.3 Sanktioner.....                          | 20 |
| 5 Förslag och rekommendationer.....          | 21 |
| 5.1 Mest uppenbart .....                     | 21 |
| 5.2 Möjliga vägar .....                      | 21 |
| 5.3 Förslagna tillvägagångssätt.....         | 22 |
| Referenslista.....                           | 23 |
| BILAGA Rättsfall – sammanfattning .....      | 24 |

## Förord

Frågorna som har med energi-, klimat-, miljö- och hälsofrågor i transportsektorn att göra blir mer och mer kommersiella. På 1980-talet provades metanol och gasol av tekniker. Sedan början av 1990-talet har marknaden för biogas, naturgas och etanol som drivmedel blivit mer och mer kommersiell samtidigt som andra yrkesgrupper haft anledning att intressera sig för de nya energislagen. Idag är frågan om drivmedel, hållbarhet, energiprogram och utsläpp i luft, vatten och mark på alla styrelser, direktioners, ledningsgruppers och politiska församlingars bord på något sätt.

Strateco har varit med på resan och vi tackar för förtroendet att genomföra denna studie. Behovet av en rapport visar att frågan är kommersiell och att verksamheten är en näringsgren i det framtida energisamhället. Frågan som vi fick uppdrag att utreda har lett till värdefulla följdfrågor, vilka också behandlas i rapporten.

Vega i oktober 2010

Med vänliga hälsningar



*Mats Ekelund*

## Sammanfattning

Grunden för det öppna Europa vilar bland annat på rätten till den fria rörligheten för människor, varor, arbete och kapital. När affärer som innehåller offentliga medel blir inblandade träder lagen om offentlig upphandling in. LOU och LUF reglerar "Upphandling av vatten, energi, transporter och posttjänster", för att pressa samhällets kostnader så att skattebetalarnas pengar används på bästa och att korruption minimeras.

Frågan var om **långa avtal** kan tecknas för leverans av biogas eller dess råvaror enligt LOU/LUF? Frågan har vuxit också till att omfatta **närproducerat**, mot antagandet att långa transporter förtar miljövinster med biogasdrift eller andra biodrivmedel. Målet har varit att visa om och hur upphandlingar kan göras samt vilka fallgroparna kan vara, med Östergötland och Örebro som två studiefall.

Syftet med upphandlingsreglerna är att "uppsöka och dra nytta av konkurrensen på marknaden", transparenta upphandlingsvillkor är därför avgörande. LOU/LUF förhindrar inte långa avtalstider, små eller stora volymer etc., men ska förhindra konkurrensbegränsningar inom EU. Undantag tolkas ytterst restriktivt - den som åberopar undantaget som har bevisbördan - vilket är svårt och har orsakat mycket krångel. "Tekniska skäl" är en vanlig motivering men få har lyckats leda sina skäl i bevis. Tröskelvärdet som avgör hur upphandling ska annonseras anger belopp för tjänster (ca msek 3,8) och varor (48,2). Över tröskelvärdet ska annonsering ske i hela EU, är beloppet under 15 % kan upphandlingen direkttilldelas. Däremellan krävs annonsering i Sverige.

Beträffande ursprungsfrågan om **långa avtalstider**, kan upphandlingsunderlag ange att kontraktet utfärdas för den tid som entreprenören har avskrivningar hänfödda till upphandlingen. För alla samma transparenta villkor kommer KKV inte att ha invändningar. Innebär långa avtal en bättre affär för den som handlar upp är detta i Konkurrensverkets (KKVs) intresse. Deras uppdrag är att försvara den enskilde skattebetalarens rätt att kunna lita på "systemet" och att varje krona används på bästa sätt.

Miljöstyrningsrådet menar att istället för att peka på transporten vid upphandling av **närproducerat**, kan en upphandling kräva en hel LCA-analys och dessutom ange hur LCA-analysen kommer att viktas mot priset i offertutvärderingen. Frågan blir lika för alla, beräkningen transparent och lokal miljöhänsyn tillika miljömål kan tas med i upphandlingen.

KKV kommer att bevaka att konkurrensen hålls vid liv, **varför öppna, transparenta och tydliga upphandlingar bejakas**. Sedan den 15 juni 2010 kan KKV ansöka hos tingsrätten om att en "upphandlingsskadeavgift" tas ut för felaktigt genomförda upphandlingar, vilket är myndighetens enda egna sanktionsmöjlighet. Anbudsgivare som förlorat en felaktig upphandling kan överklaga och få KKV på sin sida, han kan också dra Sverige inför EG-domstolen.

KKVs svar till Örebro och Östergötland har några formuleringar värda att noteras, nämligen: "Det relevanta testet vid denna prövning är om det har styrkts att "X" är den enda leverantör

*över huvud taget i EU:s samtliga medlemsländer som vid ingången av den kommande avtals-tiden om minst 15 år har förmåga och kapacitet att leverera efterfrågat biogasbränsle.” Beträffande undantag säger KKV: ”Direkttildelning på grund av skäl som hänför sig till bristande konkurrens eller uteblivet intresse från leverantörer kan endast vara tillåtet om den upphandlande enheten dessförinnan har genomfört en annonserad upphandling där det inte lämnats några anbudsansökningar, anbud eller lämpliga anbud, vilket inte har skett i förevarande ärende.”*

### **Rekommendationer**

(när någon part är offentligtobjekt, dvs. lyder under LOU eller LUF):

- Påbörja upphandlingen i god tid
- Upprätta transparenta underlag – lika för alla, ange villkor som attraherar många
- Begränsa inte transportavståndet, vikta anbudens LCA-balans parallellt med pris
- Annonsera enligt kraven på tröskelvärden, i Sverige eller i EU
- Tiden för att tilldela gamla och upparbetade kontakter förnyade uppdrag är över

# 1 Uppdraget

## 1.1 Branschen – en bakgrund

Biogasproduktion för drivmedelsbruk har vuxit sedan slutet av 1980-talet när lokaltrafiken i Linköping, LITA, iscensatte det första demonstrationsprojektet med biogas som drivmedel. Under de första åren togs endast den gas i anspråk som kunde utvinnas från avloppsreningsverk, men redan under mitten av 1990-talet visade sig dessa volymer vara för knappa. Andra råvaror började samlas in och när efterfrågan av biogas har vuxit, har också andra råvarukällor fått tas i anspråk och större anläggningar än avloppsreningsverken har fått byggas.

För att klara befintlig och väntad efterfrågan på biogas har ny rötningskapacitet fått byggas till stora investeringskostnader. Anläggningarna byggs lokalt och dess gasproduktion säljs därefter till största delen också lokalt – eller avses i alla fall att säljas i lokalt. Linköping, Västerås och andra orter levererar förvisso ansevärliga volymer biogas till Stockholm och andra orter, men jämfört med oljedistribution får man ändå anse att biogasanläggningar är lokala installationer.

För att en privat eller offentlig aktör ska våga satsa stora belopp i en infrastruktur för biogas krävs en långsiktig köpare av stora andelar av den tilltänkta produktionen. Lokaltrafiken brukar vara den målgrupp man väljer att försöka sluta avtal med då volymerna är stora och verksamheten är stabil över tiden. Avgörande för industriella investeringar är att minimera risken och därmed priset på slutprodukten. Låg risk innebär att gasleverantören kan sänka sitt pris, medan en hög risk innebär att leverantören kompenserar sig för att förlora affären innan kostnader och avskrivningar riskerar att gå dem ur händerna. För alla parter är det därför av intresse att avtal skrivs på villkor som gör att någon – eller till och med så många som möjligt - vågar investera och motprestationen är då att avtalen skrivs på så lång tid som det tar att skriva av investering i rötningsanläggning och därtill hörande infrastruktur. Förutsättningen för expansionen av biogas som drivmedel är därför att avtal om biogasleveranser tecknas på så lång tid att leverantören inte kompenserar sig i sitt pris för den risk han tar med en obetald anläggning och inga kunder.

Vid stor offerttillströmning är konkurrensen som högst och det gynnar syftet för köpare och i långa loppet också för säljare.

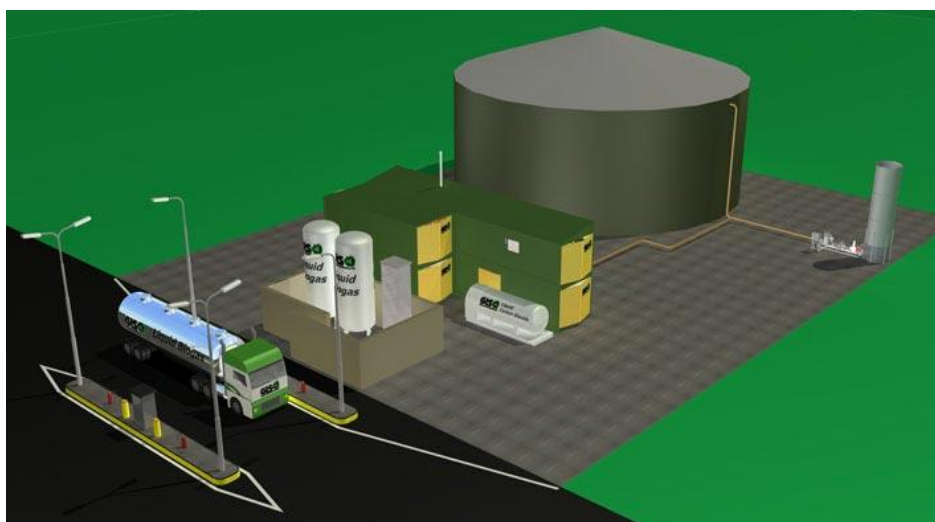
## 1.2

### Problemet

Grunden för det öppna Europa vilar bland annat på rätten till den fria rörlighe- ten för människor, varor, arbete och kapital. När affärer som innehåller offent- liga medel (offentligrättsliga objekt) – skattebetalarnas pengar – blir inblanda- de träder LOU in, "Lagen om offentlig upphandling" (SFS 2007:1091). Parallellt med LOU finns LUF " Upphandling av vatten, energi, transporter och posttjän- ter" (SFS 2007:1092). Syftet med dessa upphandlingsförfordningar är att pressa samhällets kostnader så att skattebetalarnas pengar används på bästa sätt. Därutöver ska systemet minimera risken för att någon ska kunna misstänklig- göras att favorisera en lokal leverantör, en släkting eller på annat sätt närstå- ende.

Stora delar av samhället är inställt på att upphandling sker enligt LOU eller närstående förordning. Frågan som är upphovet till denna rapport är att; upphandlingsförfordningar förhindrar att långa avtal skrivs för leverans av biogas eller dess råvaror. Frågan har också glidit över till närproducerat mot antagandet att långa transporter förtar miljövinster med biogasdrift. Frågan är tillämplig även på andra drivmedel.

LOU och LUF har funnits i Sverige under många år i olika utvecklade former, samtidigt har liknande reglementen vuxit fram i andra länder. EU har därför styrt upp alla länders förordningar genom direktiv för att harmonisering inom EU skulle kunna ske. Uppdraget har inte omfattat någon granskning av andra länders skrivningar, öppning eller undantag. Vi kan dock konstatera att våra EU- systrar har en syn på utformning som harmonierar med vår – därmed inget sagt om tillämpningen.



*Principskiss över en produktions- och tankstation för biogas. Röt-kammare, LBG-backup, gaslager, kompressorstation och tankningsplatser*



### 1.3 Mål & syfte

Målet med studien är att beskriva hur man kan knyta upp <sup>1)</sup>*långsiktiga avtal* med leverantörer av biogas och dess råvaror. Frågan utvecklade sig under undersökningens gång också till att kunna handla upp <sup>2)</sup>*lokalt eller närproducerat* samt <sup>3)</sup>*peka ut motiven till att några upphandlingar i branschen väckt uppmärksamhet hos bland annat konkurrensmyndigheten.*

Syftet är att visa vilka kriterier som måste vara uppfyllda för att långa och lokala avtal – tillsammans eller enskilt – ska kunna inkluderas i en upphandling.

### 1.4 Arbetssätt

LOU i sin nuvarande form dateras till 2007 och står där ganska orörlig. Kraven i näringslivet och de politiska målen har ändrats fortare än lagtexterna har ändrats. Det har därför varit av stort värde att intervjua dem som sitter med frågor kring LOU och LUF i sitt knä dagligen. Vi har utgått från de två fallen i Östergötland och Örebro och byggt på med principer, inhämtade från intervjuer och texter. Vi har ställt frågor kring tillämpningen och kan rapportera följande:

## 2 Lagar

### 2.1 LOU och LUF

Syftet med upphandlingsreglerna är att upphandlande myndigheter på bästa sätt ska använda de offentliga medel som finansierar deras inköp, genom att *”uppsöka och dra nytta av konkurrensen på marknaden”* för att göra bra affärer. Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörerna möjlighet att tävla på lika villkor i varje upphandling. Värdet av upphandlingen i Sverige uppskattas till 500 mdr sek årligen.

**LOU** bygger på EU-direktivet 2004/18/EG om offentlig upphandling. EU:s direktiv är en av hörnpelarna för att förverkliga den inre marknaden genom att främja den fria rörligheten för varor och tjänster inom EU och att få marknaden att fungera effektivt. Konkurrensverket (KKV) utövar tillsyn över offentliga upphandlingar genom utredningar med därpå följande beslut om upphandlingen gått till på rätt eller fel sätt. Utredningarna påbörjas på eget initiativ, genom tips eller klagomål men också genom regelbundna kontakter med upphandlande myndigheter, leverantörer och andra berörda aktörer. Båda de i denna rapport behandlade fallen i Östergötland och Örebro har KKV uppdragat själv genom pressmeddelanden på respektive hemsidor.

För upphandlingar påbörjade efter den 15 juli 2010 kan KKV även föra talan om *”upphandlingsskadeavgift”* i domstol. Man informerar om regelverken och avgöranden i prejudicerande ärenden samt verkar för en enhetlig tillämpning av upphandlingsreglerna.

LOU omfattar statliga och kommunala myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting och vissa offentligt styrda organ, t.ex. kommunala och statliga aktieföretag. Offentlig upphandling är att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal för varor, tjänster eller byggentreprenader. Med ramavtal menas ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer för att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod.

**LUF** innebär upphandling inom försörjningssektorerna där en separat lag med något mer flexibla regler är tillämplig på de frågor som denna rapport behandlar. Upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster omfattas. Upphandlande myndighet (t.ex. en kommun) kanske bedriver verksamhet inom ramen för båda upphandlingslagarna. Det avgörande för om upphandlingen ska göras enligt LOU eller LUF är för vilken verksamhet upphandlingen sker, då kan en överviktsprincip tillämpas.

**Undantag** ska tolkas restriktivt enligt EU-domstolen och det är *den som åberopar undantaget som har bevisbördan*, vilket har ställt till mycket krångel. Ett särskilt undantag från LOU gäller för kontrakt som främst syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva publika elnät eller teletjänster för allmänheten. "Tekniska skäl" har visat sig vara en vanlig motivering för att åberopa undantag, men få har lyckats leda dessa tekniska skäl i bevis.

**Tröskelvärdet** avgör i hur stor omfattning en upphandling ska annonseras, här finns också en skillnad mellan tjänster utan materialleveranser och tjänster med materialleveranser som t.ex. byggtjänster.

Över tröskelvärdet ska annonsering ske i EUs annonskanaler, mellan tröskelvärdet och 15 % av tröskelvärdet behöver annonsering ske bara i Sverige och under 15 % kan direktupphandling göras. I tabell 1 framgår tröskelvärdena.

| Tröskelvärde (kr)  | Tjänster    | Varor        |
|--------------------|-------------|--------------|
| Direktupphandling  | < 577 423   | < 7 228 982  |
| Svensk annonsering | > 577 423   | > 7 228 982  |
| EU-annonsering     | > 3 849 489 | > 48 193 215 |

Tabell 1: Tröskelvärde som avgör omfattningen av annonsering vid upphandling, kr.

En upphandlande myndighet måste beräkna det totala värdet av varje upphandling för att se vilka regler som gäller. Tröskelvärdena revideras vartannat år och beräkningen utgår från Euro jämfört med särskilda dragningsrätter och USD. För de länder som inte har Euro fastställs beloppen i nationella valutor.

Direktupphandling kan bara göras med enstaka upphandlingar under ett år. Upphandling som är under nivån som medger direktupphandling men som är återkommande "bör" upphandlas enligt lagstiftningen om att teckna ramavtal.

## 2.2 Myndigheter och tillämpning

"Herre på täppan" och närmast allsmäktigt är **Konkurrensverket** (KKV). Kommissionen och näringsdepartementet har avsiktligt givit dem en ytterligt stark ställning för att vinnlägga sig om att gamla tiders upphandlingskultur bryts upp. Avsikten är tvåfaldig, nämligen att:

1. Erbjuder en öppen marknad i Europa för att gynna kompetenta företag
2. Erbjuder offentliga köpare bättre villkor när konkurrensen ökar mellan dessa kompetenta företag.



Syftet med lagstiftningen är naturligtvis att pressa fram en konkurrenskraftig industri, att förhindra svågerpolitik och stävja korrption. I makroperspektivet vill naturligtvis kommissionen att EU ska ha en internationellt konkurrenskraftig industri med stort kundunderlag och stark finansiell bas där motståndarna i första hand är Nafta, Mercosur och Kina/Japan. Man kan tycka vad man vill om EUs sätt att driva på denna fråga, men motiven är tydliga.

**Miljöstyrningsrådet (MSR)** är ett helägt statligt bolag med alla sina intäkter från sina ägare. MSR arbetar för att bidra till en hållbar utveckling genom att stödja företag och offentlig förvaltning i deras miljöarbete på ett strategiskt och kostnadseffektivt sätt.

MSR verkar för att det ska ställas relevanta, ansvarsfulla och mer långtgående miljökrav vid upphandlingar och pekar ut hur negativ miljöpåverkan kan undvikas. Rådet arbetar därför med kriterier för miljöanpassad och hållbar upphandling.

### 2.3 Principer

Principen är att upphandlingsvillkoren ska vara lika för alla och rimliga. Syftet från den upphandlande parten ska vara att få bästa pris för en angiven och kvalitativt definierad vara.

**Långa avtal** har varit en frågeställning som inte utgör ett hinder, utan snarare en möjlighet för kommuner inte bara i Mälardalen.

Varken konkurrensmyndighet, miljöstyrningsråd eller lantbrukets intresseorganisationer har intressen av att avtalstider är oskäligen långa – då menar man varken för korta eller för långa. Hela syftet med upphandlingen är att skattebetalarnas pengar ska utnyttjas så effektivt som möjligt och då är rätt upphandlingsvillkor för affären avgörande. Ställer en upphandling krav på för korta avtalsperioder kan det locka finansiellt svaga parter som kan tänkas söka kassaflöden och litar på att deras goda arbete ska motivera uppdragsgivarna att förlänga kontraktet.

Blir avtalstiderna långa kan det uppstå konflikt mellan affärsmässiga och skattemässigt acceptabla avskrivningsperioder och räntekostnader. Finansiellt starka företag kommer att undvika att lämna anbud då en kort avskrivningstid oskäligt ökar affärsrisken.

I branschen finns exempel på 11-22 åriga avtal och det är osannolikt att någon skulle ge villkor som överskrider det intervallet eftersom de diskonterade räntorna kommer att stå för en alltför stor andel av de löpande utgifterna för entreprenören.

**Närproducerat** är politiskt och socialt gångbart, men inte affärsmässigt med de politiska mål som styr LOU/LUF och dess EU-grundande reglementen som till exempel Romfördraget. Den fria rörligheten hindras och det är ett närmast heligt begrepp i vårt europeiska samarbete, det försvaras med näbbar och klor. Enligt KKV finns det inte inget fall där upphandlingen fått beviljat undantag från kravet att ge geografisk spridning åt annonseringen.

Närproducerat syftar officiellt sett till att minska miljöbelastningen och försäkra den egna hemtrakten att närproducerat är bättre. Fallet med tomaterna från Eslöv och från Katalonien får stå som exempel på motsatser:

- Eslövstomater har odlats i växthus med en ansevärd energiåtgång - men transporten är kort.
- I Katalonien (Spanien) har tomaterna mognat i solen - men transporterats till Sverige.

Energiåtgången, med dess växthuseffekter mm är större för odling än för transport, varför närproducerade tomater inte är ett bra exempel att luta sig mot för att få undantag. Miljöstyrningsrådet menar istället för att peka på transporten, kan en upphandlande enhet kräva en hel LCA- analys för produkten inkluderande sådd – växt – skörd – transport - förädling. Kostnaden kan få en viss viktning i upphandlingen och miljöbelastningen i ett LCA-perspektiv en annan viktning. Då blir frågan lika för alla, beräkningen transparent och lokal miljöhänsyn tillika miljömål kan tas med i upphandlingen.

För att återgå till Eslövsfallet, har odlarna där övergått till vindproducerad el och el från förbränning av jordbrukets växtavfall för att vinna fördelar vid en LCA-analys vid upphandlingar.

## 2.4 Tekniska skäl och undantag

Undantag från kravet om LUF (och LOU) vid upphandling är ytterst osäker, möjligen kan "tekniska skäl" vara en framkomlig väg. Dels ger inte KKV förhandsbesked, dels ligger bevisbördan på den upphandlande myndigheten att bevisa skälen för undantag. KKV kan bara sitta med armarna i kors och titta på för att i efterhand påpeka att fel är begånget. Nu består ju även myndigheten av män-

niskor som man kan föra dialog med, men inga officiella utlåtanden i förväg kommer att ges. Väletablerade företag på orten, patentinnehav och enda företaget med kapacitet på rimligt avstånd biter inte på KKV. Ska sådana principer kunna hävdas ska det visas att så är fallet – det får inte antas vara fallet. Andra företag kan ha andra patent som är lika applicerbara och ytterligare andra företag kan vara lika etablerade på en annan ort och kan erbjuda mer fördelaktiga villkor om de bara får chansen till fler etableringar. Att en lokal upphandlare är trygg med en befintlig leverantör är inte skäl nog.



*Det är våra skattepengar myndigheterna ska förvalta*

### 3 Verkligheten, beslut och möjligheter



*Dags att tanka? Tibetanska biogasbussar*

#### 3.1 Två fall

**Linköping** har varit tidigt ute med biogasanvändning. Vid kollektivtrafikreformen övertog Östgötatrafiken biogasaffärerna och biogaskulturen, den har också utvecklats från Linköping till att vara ett ämne i länet och delar av världen.

Samtidigt som en stark användare har vuxit fram har en lika naturligt en stark leverantör vuxit fram i Svensk Biogas AB, ägd av Tekniska Verken i Linköping AB som är ett helägt kommunalt bolag och därmed ett offentligrättsligt objekt. Därmed måste bolagen följa LOU/LUF. Konkursverket uttrycker sig enligt följande efter att ha klargjort att Östgötatrafiken står under LOU/LUF:

*”Det är klart att Östgötatrafiken är att betrakta som en upphandlande enhet. Vidare är det klarlagt att avtalet mellan Östgötatrafiken och Svensk Biogas reglerar leverans av biogasbränsle till en sådan verksamhet som av lagens tillämpningsområde”.*

Östgötatrafiken har genomfört en upphandling av biogas för att förse sina entreprenörer med bästa tänkbara drivmedelsvillor. Fakturering skulle komma att ske direkt från Svensk Biogas AB till entreprenörerna. Östgötatrafiken tog på sig att stå som garant mot Svensk Biogas AB för det fall en entreprenör hamnade i trångmål med sina betalningar eller om villkoren i samhället ändrades så att affärens art ändrades väsentligt. För att rättsligt försvara avsteg från LUF angav man ”tekniska skäl”, det fanns ingen inom rimligt avstånd som hade teknik för att motsvara avtalets omfattning.

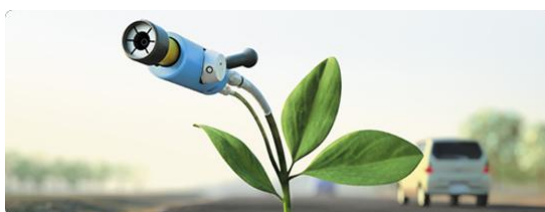
E.ON tillfrågades om sitt intresse att bli gasleverantör men nekade, varför en direktupphandling gjordes på belopp över "tröskelvärdet" med Svensk Biogas AB. AB Östgötatrafiken, som är ett offentligt-rättsligt objekt, bedömde att ingen annan leverantör i närheten skulle kunna matcha deras krav och affären blev ett faktum. Där sprack affären – Östgötatrafikens värld var för liten relativt lagstiftningen och de bakomliggande politiska målen om ett öppet Europa. KKV skriver:

*"...med beaktande av de långtgående leverans- respektive betalningsåtaganden som parterna har gjort, är avtalet uppenbarligen att betrakta som ett kontrakt med ekonomiska villkor. Det saknar härvidlag betydelse att Östgötatrafiken kan överlåta hela eller delar av avtalet till tredje man, eftersom Östgötatrafiken enligt avtalet även i dessa situationer garanterar att Svensk Biogas får leverera vissa angivna minimivolymer samt att betalning sker för dessa leveranser. Östgötatrafiken har således det yttersta betalningsansvaret... Östgötatrafikens påstående att avtalet inte utgör ett sådant kontrakt kan således inte godtas".*

Östgötatrafiken har i andra hand gjort gällande att det funnits "tekniska skäl" som gjort det nödvändigt att tilldela kontraktet till Svensk Biogas, då endast detta företag förefaller ha haft förmåga och kapacitet att leverera de volymer som omfattas av avtalet. En sammantagen bedömning att Östgötatrafikens påstående att det endast finns en leverantör som kan leverera biogasbränsle i den omfattning som krävs, i princip får anses innefattas i detta begrepp.

KKV ifrågasätter därefter hur Östgötatrafiken kan uttala sig som de gjort och fortsätter:

*"Det relevanta testet vid denna prövning är om det har styrkts att Svensk Biogas är den enda leverantör över huvud taget i EU:s samtliga medlemsländer som under den kommande avtalstiden om minst 15 år har förmåga och kapacitet att leverera efterfrågat biogasbränsle."*



*Tankningsmunstycke – en av symbolbilderna för biogas*



Östgötatrafikens skäl att direkttilldela av "tekniska skäl" för att det i Östergötland eller dess närhet inte finns andra företag med tillräcklig kapacitet får följande kommentar av KKV:

*"En sådan invändning är nämligen inte att hänföra till tekniska skäl i form av leveranskapacitet, utan är ett påstående om bristande konkurrens eller uteblivet intresse från leverantörer. Direkttilldelning på grund av skäl som hänföra sig till bristande konkurrens eller uteblivet intresse från leverantörer kan endast vara tillåtet om den upphandlande enheten dessförinnan har genomfört en annonserad upphandling där det inte lämnats några lämpliga anbud, vilket inte har skett i förevarande ärende."*

Utgången av en regelrätt upphandling i Östergötland går inte att förutse, men hade svensk Biogas AB vunnit den hade man vetat – inte antagit, vilket är avgörande för lagstiftaren. Då vet man att skattebetalarnas pengar använts på bästa sätt. Hade någon annan vunnit hade man försäkrat sig om bästa avtal, vilket också hade betjänat huvudmannen och ursprungsbetalarna.



*Tidiga biogasbussar i Linköping*

**Örebro** etablerade sin första biogas 2004, ca 15 år efter Linköping. Fallet i Örebro har stora likheter med det i Östergötland i så måtto att en offentlig upphandling inte har skett. Förutom leverans av biogas, finns också ett samverkansavtal om produktionsanläggning för biogas. Avtalsbeloppen överstiger med råge de belopp som LOU/LUF anger som tröskelvärde för att KKV ska kräva att hela EU får vara med om upphandlingen.

Upphandlingen skedde 2008, vilket innebär att KKV inte har några sanktionsmöjligheter mot någon part, man kan bara ange att avtalet är olagligt. Verkets argumentation är dock intressant och vägledande för andra, de skriver:

I korrespondensen mellan KKV och Örebro förekommer "tekniska skäl", "särskilda skäl" och ensamrätt som orsak till direktupphandlingen. Verket slår med kraft tillbaka mot dessa skäl och hävdar att för att kunna ange dessa skäl måste man visa att inget alternativ finns – det blir ett moment 22 för utan att göra en offentlig upphandling kan inte något av skälen bevisas. Undantaget kan möjli-

gen vara att någon annan gjort precis samma upphandling kort före, genomfört den och det EU-landets konkurrensmyndighet lämnat det direktupphandlade förfarandet utan erinran. Som ett tillägg skriver man om ensamrätt:

*”Detta kan vara fallet om det som ska upphandlas skyddas av immaterialrätt, t.ex. patent. Det är emellertid inte tillräckligt att som upphandlande enhet visa att man önskar köpa en viss produkt som skyddas av sådana rättigheter, utan det måste visas att det inte finns någon likvärdig produkt på marknaden... måste dessutom visa att det inte finns något alternativ”.*

Skälet att det redan finns en kompetent och kvalificerad etablering på orten räcker inte utan att den konkurrensutsatts. Dels kan en bättre aktör etablera sig på orten, dels kan den lokale entreprenören vinna upphandlingen och då vet den upphandlande enheten att lägsta anbud har kommit in.

### 3.2 Slutsatser

Mot bakgrund av att bevisbördan för undantag ligger på den som upphandlar bör man nog ha som tumregel att hitta ett rättsfall som både i princip och praktik ligger mycket nära ens eget fall. Konkurrensverket lägger stor vikt på att Europa är öppet, upphandlingen transparent och undantag är undantagsvis i mycket stor omfattning.

Sättet att alltid undgå kritik är att göra en offentlig upphandling, vilket är precis lagstiftarens ambitioner. Förändringen av Europa följs av en lagstiftning som tvingar fram rörelser av kapital och tjänster. Sänkta kostnader, högre kvalitet och en fri rörlighet är hela syftet. Konkurrensverkets personal påpekar i sina muntliga kommentarer att man i Östergötland och Örebro inte vet att man fått ”best value for money”, när man varit bekväm och handlat enligt gamla rutiner.

## 4 Hämtat ur verkligheten

### 4.1 Andra rättsfall

Förfördelade parter, de som inte fått chans att räkna på ett jobb eller som förlorat på villkor man inte kan acceptera kan dra upphandlingen inför EG-domstol. Detta är en omfattande procedur och många drar sig för att gå in i den. Den är dyr, långsam och nyckfull. Gäller upphandlingen miljardbelopp, vilket ett större biogaskontrakt mycket väl kan göra, kan man utgå från att det dyker upp någon som är beredd att pröva utfallet.

Det finns en lång rad rättsfall som visar utfallet av vad EG-domstolen fällt för avgörande. Inte många fall har gått den sökandens väg. Bilagt till denna rapport finns några fall sammanfattade för den som vill fördjupa sig.

### 4.2 Tolkning, påverkan och tillämpning

En otillåten direktupphandling är när ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU eller LUF. Upphandlingen anses påbörjad först när avtal slutits, om inte myndigheten eller en motpart kan visa att ett upphandlingsförfarande rent faktiskt har påbörjats tidigare. Detta kan bevisas genom interna och justerade protokoll, annonsering eller genom vittnesmål.

En upphandling anses annars påbörjad när den upphandlande enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten eller enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära anbud.

Nedan finns en lista på exempel av otillåtna direktupphandlingar som kan leda till att ett avtal ogiltigförklaras eller att den upphandlande myndigheten eller enheten åläggs att betala en upphandlingsskadeavgift <sup>(se kap 4.3)</sup>. De olika rättsfallen är hämtade från avgöranden i EG-domstolen, Regeringsrätten och Justieombudsmannens beslut (JO) samt från Konkurrensverkets tillsynsbeslut.

Vid bedömning om en icke annonserad upphandling är tillåten eller otillåten aktualiseras ofta frågan om det föreligger undantag från annonseringsplikten. Enligt EG-domstolens rättspraxis ska undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingar tolkas restriktivt, den som åberopar undantag har bevisbördan.

- Påstående att kontraktet inte omfattas av upphandlingsskyldighet
- Uppdelning av inköp
- Väsentliga förändringar av ett upphandlat kontrakt
- Avrop från ett ramavtal som enheten inte ursprungligen varit part i

- Upphandlande enheter som inte anser sig ha upphandlingskyldighet
- Köp från eget bolag när något av kontrollkriterierna inte är uppfyllt
- Felaktigt påstående om tjänstekoncession
- Vid påstående att byggtreprenadkontrakt endast kan tilldelas viss leverantör
- Felaktigt påstående om hyresavtal/arrendeavtal
- Myndigheten eller enheten påstår felaktigt att kontraktet avser köp av fastighet
- Felaktigt åberopande av tilldelning av kontrakt pga ensamrätt
- Felaktigt åberopande av tekniska skäl, konstnärliga skäl, synnerlig brådska, synnerliga skäl eller av tjänstekontrakt

### 4.3 Sanktioner

Lagstiftningens viktigaste sanktion är att Konkurrensverkets utslag inte kan överklagas. Därmed finns ingen dialog som i ett civilrättsligt mål där överklagan kan ske både en och två gånger. Vill man göra något åt KKV:s särställning, där man utan konkurrens (!) kan fatta sina beslut, vänder man sig till Justitieombudsmannen, JO.

Det kan synas märkligt att den myndighet som kräver konkurrens på alla plan inte går att varken överklaga eller konkurrensutsätta!

KKV:s sanktionsmöjligheter har tidigare varit minimala varför en myndighet har kunna ignorera ett utfall utan större risk för negativa påföljder. Skulle en förlorende eller negligerad part i ett upphandlingsärende besluta sig att dra fallet inför EG-domstol blir det värre. Då är det Sverige som dras till Haag och får svara för varför man inte håller sina myndigheter inom lagens ramar. Utfallet i Haag är tvingande för Sverige, men Sverige har bara små sanktionsmöjligheter mot den upphandlande parten med mindre än att upphandlingen påbörjats efter 2010-06-15.

För upphandlingar igångsatta efter 15 juni 2010 har KKV möjlighet att ansöka hos en domstol att få frågan om "upphandlingsskadavgift" prövad. Vinner KKV målet kommer de att begära en avgift som påminner om skadestånd, vilket torde vara upp till multiplar upp till 10 gånger ett tänkt överskott av affären.

För övrigt kan det vara av intresse att *inga* svenska fall har drivits till EG-domstolen enligt SKL, Sveriges Kommuner och Landsting - inga.

## 5 Förslag och rekommendationer

### 5.1 Mest uppenbart

Konkurrensverkets och dess Europeiska kollegors mest uppenbara uppdrag är tvåfaldigt, nämligen att <sup>1)</sup> skapa gemensamma forum för framgångsrikt och politiskt styrbara upphandlingsförfaranden och <sup>2)</sup> bryta trenden med lokala upphandlingar i gamla och invanda mönster.

Största bekymret är uppenbarligen utebliven annonsering och därmed en konkurrensbegränsande upphandling. Innan regelverket börjar tillämpas kommer de stora kontrakten inte att få den konkurrensutsättning som medborgarnas krav på god ekonomi kräver.

Etablerade handelsbanor, gamla affärskontakter och lokala skattebetalare som leverantörer förefaller vara de stora frågorna som KKV får arbeta med.

### 5.2 Möjliga vägar

Beträffande ursprungsfrågan om **långa kontraktstider**, kan en tumregel vara att i sitt upphandlingsunderlag ange att kontraktet utfärdas för den tid då entreprenören har avskrivningar på anläggningen. För alla samma villkor och de är transparenta för alla kommer KKV inte att ha invändningar mot upphandlingen eller mot avtalstidens längd. Snarare så att deras uppdrag är att försvara den enskilde skattebetalarens rätt att kunna lita på "systemet" och att varje krona används på bästa sätt, varför upphandlingsvillkor som ökar konkurrensen och stimulerar till fler anbud bedöms fördelaktigt.

**Kvotering** är transparent och en möjlig väg att gå. Vid ett fall till exempel med transporter av råvara för att producera biogas finns det två utslagskriterier. Det ena är att råvarutransporter är dyra då de transporterar gles energi och därmed diskvalificerar sig långväga leverantörer direkt på priset.

Alternativet är att man i underlaget anger hur man bedömer anbudet. Det är möjligt att vikta anbudens erbjudanden och om ett kriterium är att biogasen i ett LCA-perspektiv inte får släppa ut mer än t.ex. 20 % fossil CO<sub>2</sub>, så är det ett villkor lika för alla. Då kommer odlingsförfarandet, transporten, rötningen och slutdistributionen att bedömas som en helhet. Formuleringen kan därmed bli att köparen viktar slutpriset till 50 % och ger 50 % av värdet till den som bäst kommer att visa hur hans slutprodukt avger högst 20 % fossil CO<sub>2</sub> i ett LCA-perspektiv. Därutöver är det möjlighet att ge ytterligare krediteringar för dem

som visar att de klara bättre värden än efterfrågat så länge dessa förutsättningar anges i begäran om anbud. Beräkningsmetoden för LCA anges så att alla har samma underlag för sin beräkning. Med skäligena villkor som uppfyller politiskt överstående mål, är KKV och dess kollegor skyldiga att bejaka ett sådant upplägg.

Anbudssvaren utvisar sedan hur beräkningen fallit ut och hela processen har varit transparent.

### **5.3 Förslagna tillvägagångssätt.**

Resultatet av denna studie visar tydligt att KKV inte kommer att släppa något som man ser som begränsar konkurrensen. Att hoppas på att något undantag ska visa sig hållbart inför en bedömning av konkurrensbegränsning är väl optimistiskt. Däremot kommer öppna, transparenta och tydliga handlingar att bejakas vid framtida granskningar av konkurrensverket.

## Referenslista

### Intervjuer

|                     |               |   |
|---------------------|---------------|---|
| Johan Svedberg      | VD            | Opic  |
| Magnus Ljung        | Jurist        | SKL, Sveriges Kommuner och Landsting        |
| Bo Thorstorp        | Chefsjurist   | Lantmännen                                  |
| Jonas Jonasson      | Jurist        | Östgötatrafiken                             |
| Paul Håkansson      | VD            | Östgötatrafiken                             |
| Claes-Göran Classon | Programchef   | Örebro kommun                               |
| Karl-Henry Eriksson |               | Örebro Kommun                               |
| Thomas Bergkvist    |               | Örebro Kommun                               |
| David Johansson     | Föredragande  | Konkurrensverket <i>konkurrensverket.se</i> |
| Charlotta Frenander | Föredragande  | Konkurrensverket                            |
| Peter Norstedt      | C. upphandl.  | Miljöstyrningsrådet <i>msr.se</i>           |
| Annie Ståhlberg     | Projektledare | Miljöstyrningsrådet                         |
| Stig Holm           | Ordförande    | Swedish Biogas                              |

### Dokument

- LOU
- LUF
- Konkurrensverkets yttrande vid upphandlingen av råvaror till biogas i Östergötland samt vidhängande korrespondens
- Konkurrensverkets yttrande vid upphandlingen av råvaror till biogas i Örebro samt vidhängande korrespondens

## BILAGA

### Rättsfall – sammanfattning

#### **Direkttilldelning av delad entreprenad – ogiltigförklarad (fri text)**

EG-domstolen har i ett fall från 2002 ogiltigförklarat kommunen Parmas upphandling av en spridningsdamm där utslaget föll 2004, 23 månader efter att "talan om fördragsbrott" väckts. Entreprenaden skulle utföras i etapper under rubriken "koncession för enstaka byggnader" där den totala entreprenaden övergick MEUR 5. Kommunen handlade upp första entreprenaden och lät samma företag fortsätta (direkttilldelning) med motivet att byggnationerna var tekniskt komplicerade. De följande etapperna upphandlades därmed inte genom utannonsering inom EU. Kommunen kunde inte föra i bevis att undantag av "tekniska skäl" förelåg, inte heller att byggnationen var för komplicerad. Domstolen hänvisar till rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten och menar att om man inte har ställt frågan så vet man inte att ingen annan hade kunnat utföra entreprenaden och heller inte till vilket pris en konkurrent hade kunnat utföra den därpå följande etappen. Italienska staten fick betala rättegångskostnaderna.

#### **Upphandling utan föregående annonsering (domstolens text, förkortad version)**

Republiken Grekland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 93/38/EEG om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi, transport- och telekommunikationssektorerna Dimosia Epicherisi Ilektrismou (DEI) har tilldelat uppdraget att konstruera ett transportbandssystem till elkraftverket Megalopolis efter ett förhandlat förfarande, utan att först ha offentliggjort något meddelande om offentlig upphandling.

Enligt kommissionens mening ingår den berörda upphandlingen på grund av sitt värde och sin art i direktivets tillämpningsområde. Följaktligen var den upphandlande myndigheten (DEI) skyldig att iakttäta det förfarande som föreskrivs i direktivet offentliggöra en uppmaning till anbudsgivning. Inget meddelande om upphandlingen har dock offentliggjorts, utan uppdraget har tilldelats efter ett förhandlat förfarande.

Kommissionen anför att varken artikel 20.2 c i direktivet (tekniska eller konstnärliga skäl) eller artikel 20.2 d (synnerlig brådskande orsakad av omständigheter, som inte kunnat förutses av de upphandlande enheterna) är tillämpliga i förevarande fall då de inte endast kan fullföljas av en viss entreprenör.

#### **Förhandlat förfarande utan föregående publicering av ett meddelande – 2 städer**

Vid tilldelningen av ett offentligt kontrakt avseende tjänster har Tyska staden Bockhorn undlåtit att uppfylla rådets direktiv genom att inte anordna ett anbuds förfarande. Upphandlingen avser ett kontrakt för omhändertagande av avloppsvatten samt bortforsling av sopor, man har därefter inte offentliggjort resultatet av tilldelningsförfarandet i Europeiska gemenskapernas officiella tidning.

Domslutet har följande lydelse (förkortad): Förbundsrepubliken Tyskland har, vid tilldelningen av ett offentligt kontrakt avseende tjänster, underlåtit att uppfylla sina skyldigheter om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, genom att Bockhorns kommun inte anordnade ett



anbudsförfarande beträffande upphandling av ett kontrakt för omhändertagande av kommunens avloppsvatten och inte offentliggjorde resultatet av tilldelningsförfarandet i tillägget till Europeiska gemenskapernas officiella tidning. Vidare har man vid tilldelningen av ett offentligt kontrakt avseende tjänster, underlåtit att uppfylla sina skyldigheter genom att staden Braunschweig tilldelade ett kontrakt avseende bortskaffande av stadens avfall med tillämpning av ett förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling trots att villkoren för att genomföra ett anbudsförfarande på gemenskapsnivå inte var uppfyllda.

### **Beviljade undantag**

Vi har sökt rättsfall där EG-domstolen har gått på den tilltalades linje, och accepterat undantag från upphandlingsreglerna av "tekniska skäl" (inkluderar kompetens), "brådskande" skäl och "avsaknad och konkurrens". Vi anser att det varit av intresse att se vilka dessa skäl skulle vara eftersom såväl KKV som Miljöstyrningsrådet påpekat att bevisbördan ligger på den tilltalade samt att undantag i princip inte beviljas.

Varken SKL, KKV eller Miljöstyrningsrådet har kunnat hänvisa till något rättsfall där undantag från upphandlingsreglerna kunnat accepteras i domstol, undantaget "konstnärliga skäl".

Mot bakgrund av den bevisbördan ett undantag står inför, bör stora ansträngningar göras för att förankra att den bevisen verkligen räcker innan man åberopar dem för att kunna göra en direkttilldelning.