

Örebro kommun  
Box 30 000  
701 35 Örebro

## Örebro kommuns avtal med Swedish Biogas International AB om leverans av biogas

### Beslut

Örebro kommun har brutit mot det upphandlingsrättsliga regelverket genom att i mars 2008 ingå kontrakt med Swedish Biogas International AB avseende dels samverkan och dels leverans av biogas för bussar utan föregående upphandling i konkurrens enligt något av de förfaranden som föreskrevs i 4 kap. 16 § i den då gällande lagen (1992: 1528) om offentlig upphandling<sup>1</sup>.

---

### Ärendet

Konkurrensverket har uppmärksammat att Örebro kommun ingått ett avtal med Swedish Biogas International AB om leverans av biogas och ett samverkansavtal för bl.a. byggnation av produktionsanläggning för biogas.

Konkurrensverket har den 9 november 2009 gett Örebro kommun möjlighet att yttra sig och redogöra för om det aktuella avtalet med Swedish Biogas International AB har föregåtts av ett annonserat förfarande i enlighet med upphandlingsreglerna. I det fall någon annonsering inte skett skulle kommunen redogöra för vilken grund som förelegat för att tilldela kontraktet direkt till en leverantör utan att tillämpa något annonserat förfarande.

Örebro kommun inkom med ett yttrande den 15 december 2009. Kommunen anför bl.a. följande. Örebro kommuns avtal med Swedish Biogas International AB angående leverans av biogas till stadsbussarna i Örebro har inte föregåtts av något annonserat upphandlingsförfarande. Bl.a. anges följande skäl för detta.

---

<sup>1</sup> Nu gällande regler finns i lag (2007:92) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF).

En utredning genomfördes år 2004 som syftade till analysera förutsättningar för lokal produktion beträffande biogas samt kartlägga befintliga aktörer som kunde erbjuda ett helhetskoncept avseende bl.a. produktion, teknik och marknadsuppbyggnad för fordonsgas baserat på biogas/gröngas i Örebro kommun.

Med utgångspunkt från denna utrednings beskrivning av och jämförelse mellan tänkbara samarbetspartner (Svensk Biogas i Linköping AB, E.ON och AGA) gjordes bedömningen att endast Svensk Biogas i Linköping AB (Svensk Biogas) kunde erbjuda ett helhetskoncept grundat på biogas/gröngas.

Valet av Svensk Biogas som samarbetspartner avgjordes av:

- Den enda aktören som var verksam "från ax till limpa",
- Svensk Biogas föreslog en lösning där fordonsgas kan produceras utan att gas styrs över från nuvarande kunder. Drivmedelspriset kan därför hamna på en acceptabel nivå och taxekollektivet drabbas ej. Enligt SWECO-rapporten skulle en fordonsgasproduktion baserad på omfördelning från nuvarande kunder medföra att produktionskostnaderna skulle ligga 25- 50 % högre än vad som är vanligt,
- Företaget var redan etablerat i Örebro med en biogastankstation.
- Möjlighet till redundans av gasleveranser genom Svensk Biogas:s etablering i närliggande orter,
- Bolaget har inga ambitioner att introducera naturgas.

Örebro kommun anför vidare att den rättsliga utgångspunkten för kommunens agerande var angivelsen i dåvarande LOU att en upphandlande enhet utan föregående annonsering kunde begära anbud genom att skicka en skrivelse till endast en leverantör om det som ska upphandlas av tekniska skäl eller på grund av ensamrätt endast kan levereras av en viss leverantör. Dessutom gjordes bedömningen att kommunens avsikt att hitta en samarbetspartner inte innebar att det förelåg en upphandlingssituation. Samarbetet skulle dock leda till ett ömsesidigt köp- och säljförhållande.

Örebro kommun framhåller också i yttrandet att Sverige är ett föregångsland för uppgradering av biogas till fordonsgas och att endast åtta anläggningar vid tillfället (2005) fanns inom EU. Transporter av biogas från någon av dessa anläggningar skulle utom tvivel inte kunna konkurrera prismässigt och skulle dessutom uttradera miljövinster.

Det framgår vidare av kommunens yttrande att den ursprungliga planen att starta ett s.k. gröngasprojekt i ett gemensamt bolag med Svensk Biogas frångicks i samband med en ny politisk majoritet hösten 2006. Svensk Biogas fick istället själv bygga och driva anläggningen och samarbetet reglerades genom avtal.

Avslutningsvis anför Örebro kommun att deras svar till Konkurrensverket i den rättsliga frågan är att det som upphandlats inte bara av tekniska skäl, utan också på grund av ensamrätt<sup>2</sup> har kunnat fullgöras endast av en viss leverantör vilket gör kommunens åtgärder att genomföra en upphandling utan annonsering rättsenliga. Enligt bilaga till samverkansavtalet mellan Swedish Biogas International AB (SBI) och Örebro kommun erhåller SBI i ett avtal per 2006-11-03<sup>3</sup> med Svensk Biogas i Linköping AB och Tekniska Verken AB licens att använda de sistnämndas patent och kunskap och att i sin tur licensiera denna rättighet till annan.

Till yttrandet bifogas Samverkansavtal mellan Örebro kommun och Swedish Biogas International AB, Avtal om leverans av biogas till bussar mellan Örebro kommun och Swedish Biogas International AB samt ett flödesschema över gas-systemet i Örebro kommun. Av samverkansavtalet framgår bl.a. parternas åtaganden avseende uppförande av produktions- och uppgraderingsanläggning, köp respektive försäljning av biogas från avloppsverket, distributionsnät och bussdepå. Av avtalet för leverans av biogas till bussar framgår att syftet är att reglera förhållandet mellan Swedish Biogas International AB ("Säljaren") och Örebro kommun ("Köparen") gällande försörjning av biogas vid Köparens bussdepå i Örebro för användning i innerstadsbussarna. I övrigt reglerar detta avtal bl.a. leveransomfattning (där Säljaren åtar sig att leverera 3 000 000 Nm<sup>3</sup> biogas årligen till Köparen och Köparen åtar sig att köpa minst 2 500 000 Nm<sup>3</sup> biogas årligen), gaskvalitet, leveranspunkt, leveransstörningar, bränslepris, betalning, överlåtelse och avtalsperiod. Det framgår att avtalen ingåtts i mars 2008 och att avtalstiden för båda avtalen löper till och med 2019-08-15 med möjlighet till förlängning med tre kalenderår i taget vad avser leveransavtalet.

Konkurrensverket upprättade ett utkast till beslut den 18 mars 2010 och gav Örebro kommun tillfälle att yttra sig över detta utkast. Ett yttrande från Örebro kommun inkom den 6 maj 2010. Av yttrandet framgår följande.

Kommunen åberopar och hänvisar till tidigare avgivet yttrande och sammanfattar att den gjorda upphandlingen skett med hänvisning till lagens angivelse om tekniska skäl eller ensamrätt som grund för att genomföra upphandlingen utan annonsering. För det helhetskoncept som efterfrågats har det förelegat en ensamrätt eller en ensamrättsliknande situation för det företag som kommunen träffat avtal

---

<sup>2</sup> Svensk Biogas AB överlät i slutet av 2006 licenser och patent för denna verksamhet till Swedish Biogas International AB

<sup>3</sup> Regarding the relation between Svensk Biogas, Swedish Biogas International and Tekniska Verken i Linköping, daterat 2006-11-03

med. Då upphandlingen skedde kunde inte den allmänna varu- och tjänstemarknaden tillgodose kommunens behov av en lösning för det aktuella miljöprojektet.

## Skäl

### *Rättsläget*

Det har framkommit att det förfarande som sedermera utnynnats i de aktuella avtalen mellan Örebro kommun och Swedish Biogas International AB har inletts före den 1 januari 2008. Prövningen i förevarande ärende ska därför ske utifrån bestämmelserna i 4 kap. i lagen (1992: 1528) om offentlig upphandling (ÄLOU).<sup>4</sup>

De svenska upphandlingslagsreglerna bygger i allt väsentligt på EU-direktiv<sup>5</sup>. Huvudsyftet med de unionsrättsliga bestämmelserna angående förfarandet vid upphandling är fri rörlighet för varor och tjänster och att området öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsländer i Europeiska unionen.<sup>6</sup> Upphandlingsreglerna innehåller förfaranderegler som ska tillämpas när upphandlande myndigheter och enheter tilldelar kontrakt med ekonomiska villkor till fristående aktörer. Dessa förfaranderegler kännetecknas av att upphandlingar som huvudregel alltid ska annonseras på visst sätt och att alla leverantörer ska ha rätt att lämna anbud eller att ansöka om att lämna anbud. Likaså ska de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling och icke-diskriminering, proportionalitet, transparens samt ömsesidigt erkännande iakttas vid upphandlingar enligt LUF.

Av 4 kap. 1 § ÄLOU framgår att kapitlets bestämmelser ska tillämpas vid upphandling som görs av upphandlande enhet för sådan av enheten bedriven verksamhet som består av bl.a. drift av nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om transporter. Av den idag gällande lagen (2007:1092) om upphandling inom försörjningssektorerna framgår att en verksamhet som består av tillhandahållande eller drift av publika nät i form av transporter med bl.a. buss omfattas av denna lag (1 kap. 8 § LUF).

Av 1 kap. 5 § ÄLOU<sup>7</sup> framgår vidare följande.

Med *upphandlande enhet* avses bl.a. statliga, kommunala och andra myndigheter.

Med *upphandling* avses köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster.

---

<sup>4</sup> Se punkt 1 och 3 till i kraftträdande- och övergångsbestämmelser för lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). I detta beslut kallas lagen (1992:1528) om offentlig upphandling ÄLOU (äldre LOU).

<sup>5</sup> Se Europaparlamentet och rådets direktiv 93/38/EEG och nuvarande direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

<sup>6</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 44.

<sup>7</sup> Motsvarande idag gällande bestämmelser återfinns i kap.1-4 LUF.

Med *upphandlingskontrakt* avses skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag och som undertecknats av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur. Begreppet upphandlingskontrakt ska tolkas vidsträckt och omfattar alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande myndighet åtar sig att betala till en leverantör, liksom alla sätt på vilken en leverantör i utbyte mot ersättning kan t.ex. åta sig att ställa varor till förfogande eller utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning. Enligt EU-domstolen ska alla avtal som omfattas av EU-rättens tillämpningsområde upphandlas, även om avtalet har kategoriserats på annat sätt.<sup>8</sup>

Tilldelning av kontrakt som överstiger det tröskelvärde som anges i 4 kap. 8 § ÄLOU ska ske enligt något av de annonserade förfaranden som anges i 4 kap. 16 § 1 stycket ÄLOU.

Tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering är ett undantagsförfarande och får enligt 4 kap. 16 § punkterna 1-11 ÄLOU endast användas vid vissa i lagen angivna situationer, bl.a. om det som ska upphandlas av tekniska skäl eller ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör (punkt 3), eller om det vid ett annonserat förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt (punkt 1).

Enligt EU-domstolens rättspraxis ska undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EUF-fördraget på upphandlingsområdet tolkas restriktivt. Det är också den som åberopar dessa undantagsbestämmelser som har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs.<sup>9</sup> För att få tilldela kontrakt utan föregående annonsering är det inte tillräckligt att det kan styrkas att den leverantör som direkttilldelats kontraktet har den mest effektiva förmågan eller kapaciteten att leverera det som kontraktet avser, utan det krävs att det styrks att endast denna leverantör över huvud taget har förmåga och kapacitet att leverera det som efterfrågas.

Begreppet "tekniska skäl" ska innebära att det är absolut nödvändigt att upphandla den aktuella leveransen av ett visst företag.<sup>10</sup> Endast den omständigheten att arbeten påstås vara komplicerade och vanskliga räcker inte för att visa att arbetet uteslutande kan anförtros en enda entreprenör. Detta gäller särskilt när arbetena delats upp i flera delar och genomförs under ett stort antal år.<sup>11</sup> Inte heller har

---

<sup>8</sup> EU-domstolens dom i mål C-399/98, *La Scala*

<sup>9</sup> Se bl.a. mål 199/85 *Kommissionen mot Italien* punkt 14, C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19 och C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33.

<sup>10</sup> Jfr ordalydelsen i 4 kap 16 § 3 p / 4 kap. 2 § 3 p LUF samt EU-domstolens domar i mål C-199/85 *Kommissionen mot Italien*, punkt 14, C-57/94 *Kommissionen mot Italien*, punkt 24.

<sup>11</sup> Mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 15- 21.

transportavstånd i sig ansetts utgöra sådana tekniska skäl som kan berättiga en tillämpning av undantagsbestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering.<sup>12</sup>

EU-domstolen har i ett mål<sup>13</sup> uttalat bl.a. att ett förfarande som används på grund av att det föreligger tekniska skäl för undantag måste vara förenligt med de grundläggande principerna i unionsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och att "risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte skall ske i konkurrens".

Med särskild rättighet eller ensamrätt avses en rättighet eller ensamrätt som beviljas enligt lag eller annan författning och därmed väsentligt påverkar andra företagsmöjligheter att bedriva samma typ av verksamhet. Ett kontrakt kan därmed av legala skäl enbart utföras av en leverantör. Begreppet ensamrätt innebär att leverantören av legala skäl i praktiken är den enda som kan utföra ett visst uppdrag eller leverera en viss vara.<sup>14</sup> Detta kan vara fallet om det som ska upphandlas skyddas av immateriella rättigheter, 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<sup>15</sup>, utan det måste visas att det inte finns någon likvärdig produkt på marknaden. Det ska således röra sig om en produkt för vilken det i princip inte föreligger någon konkurrens på marknaden för att undantaget ska kunna göras gällande.<sup>16</sup> Av domarna framgår också att den upphandlande myndigheten måste visa att de skäl som anges för att motivera ett undantag gör det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas till den särskilda leverantören i fråga.

Olika former av samverkan mellan privata aktörer och offentliga myndigheter vid byggentreprenader, ofta benämnda OPS, är inte undantaget upphandlingslagstiftningen, utan ska som huvudregel upphandlas i enlighet med gällande upphandlingsregler. EU-domstolen har slagit fast att vid samverkan mellan privata aktörer och offentliga myndigheter ska valet av den/de privata aktörerna ske på ett öppet och transparent sätt.<sup>17</sup>

#### *Bedömning*

Det står klart att Örebro kommun enligt 1 kap. 5 § ÄLOU är att betrakta som en upphandlande enhet som bedriver den typ av verksamhet som anges i 4 kap. 1 § 3 punkten och att de avtal som ingåtts med Swedish Biogas International AB (Swedish Biogas International) är att betrakta som upphandlingskontrakt enligt 1 kap. 5 § ÄLOU.

<sup>12</sup> EU-domstolens dom i målen C-20/01 och C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland*.

<sup>13</sup> De förenade målen C-20/01 och C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland* p 62-63.

<sup>14</sup> Se bl.a. EU-domstolens domar i mål nr 328/92 och 302/94

<sup>15</sup> EU-domstolens domar i mål C-199/85 och C-57/94.

<sup>16</sup> EU-domstolens dom C-328/92 p 17.

<sup>17</sup> Se C-196/08 *Acoset SpA*

Det är tydligt, enligt Konkurrensverkets bedömning<sup>18</sup>, att värdet på den biogas som enligt avtalet om leverans av biogas ska levereras från Swedish Biogas International till Örebro kommun under den avtalade tidsperioden inklusive en förlängningsperiod överstiger det tröskelvärde som anges i 4 kap. 8 §.

Upphandlingen startade då beslut fattades om vilket upphandlingsförfarande som skulle tillämpas, såvitt det kan utläsas av kommunens yttrande gjordes det valet den 16 augusti 2005.

Örebro kommun har gjort gällande att det på grund av tekniska skäl eller ensamrätt, alternativt en ensamrättsliknande situation, gjort det nödvändigt att tilldela kontraktet till Svensk Biogas (efter den 3 november 2006 Swedish Biogas International) och att detta utgör ett undantag från upphandlingsskyldighet.

För att ha skäl att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av ensamrätt räcker det inte med att en upphandlande enhet önskar köpa en viss produkt som en viss leverantör har en patenträtt till, den måste dessutom kunna visa att det inte finns några alternativ. En patenträtt utesluter inte i sig att även andra aktörer kan leverera eller utföra det som efterfrågas eller att någon produkt är likvärdig eller bättre.<sup>19</sup> Det måste således visas att det inte finns någon annan likvärdig produkt tillgänglig på marknaden inom den Europeiska unionen. I princip kan detta endast visas genom att konkurrensutsätta det aktuella behovet och på ett öppet sätt bedöma och redovisa tillgängliga alternativ och valet av leverantör.

En patenträtt utesluter vidare inte i sig att även andra aktörer kan leverera eller utföra det som efterfrågas (efter t.ex. licensiering). Patent eller andra immateriella rättigheter kan överlåtas eller licensieras vilket innebär att flera företag kan utnyttja teknisk kunskap och tillverkningsprocesser. Förekomsten av licenstagning etc. kan i sig vara ett tecken på att det finns möjlighet att erhålla den patentskyddade produkten från flera håll.

Swedish Biogas International får år 2006 licens att använda patent och kunskap från Svensk Biogas i Linköping AB/Tekniska Verken AB och att i sin tur licensiera denna rättighet till annan. Licensavtalet säger i huvudsak att Swedish Biogas International har rätt att använda patentet. Däremot framgår det inte av licensavtalet eller av kommunens yttranden att någon annan inte har samma rätt eller att det inte finns något annat likvärdigt patent på marknaden.

En förhållandevis lång tid har dessutom förflutit sedan kommunen år 2004 genomförde studien av tänkbara leverantörer fram tills avtalen undertecknades år

---

<sup>18</sup> Värdet på kontraktet uppskattas av Konkurrensverket till mellan 400-500 miljoner kronor

<sup>19</sup> Se EU-domstolen i mål C-328/92 p 17.

2008 för att sedan träda i kraft 1 oktober 2009. Någon djupare studie av om det fanns några likvärdiga patent eller andra tekniska lösningar som skulle kunna ha tillgodosett kommunens behov vid tidpunkten för avtalstecknade år 2008 har inte presenterats för Konkurrensverket.

Denna licens som Örebro kommun har åberopat är, enligt Konkurrensverket, därmed inte att jämföras med en sådan ensamrätt som avses i 4 kap 16 § 3 punkten ÄLOU, dvs. legal ensamrätt.

Inte heller kan en ensamrättsliknande situation, såsom Örebro kommun anfört i sitt yttrande den 6 maj 2010, anses vara skäl nog att inte annonsera upphandlingen. I detta hänseende kan Konkurrensverket erinra om Regeringsrättens slutsatser i en dom<sup>20</sup> avseende marknadsföringsinsatser som Ryanair enligt ett avtal åtagit sig att tillhandahålla Nyköpings kommun. Enligt Regeringsrätten skulle dessa tjänster ha upphandlats enligt upphandlingsreglerna i LOU. Kommunen hade invänt att kommunen skulle haft rätt att använda förhandlad upphandling utan annonsering, p.g.a. att det förelegat en "ensamrättsliknande situation". Domstolen fann emellertid att kommunen inte visat att det inte funnits någon annan leverantör som hade kunnat tillhandahålla de aktuella reklamtjänsterna i syfte att marknadsföra Nyköpings kommun och påpekade även att Ryanair inte haft någon ensamrätt i LOU:s mening (dvs. legal ensamrätt) att tillhandahålla dessa tjänster.

Konkurrensverkets uppfattning är att det i ett upphandlingsförfarande finns stora möjligheter att ställa upp sådana krav som svarar mot det specifika behov som föreligger. Det gör det även möjligt för de leverantörer som agerar på marknaden att anpassa sin produktion och sina tjänster för att bättre svara mot dessa behov. EU-domstolen har i ett mål<sup>21</sup>, uttryckt att det saknas anledning att anta att de särskilda behov som förelåg skulle omöjliggöra tillämpning av det öppna eller selektiva förfarandet. Anbudsgivarens förmåga att genomföra kontraktet och säkerställa leveranser får tvärtom beaktas som ett kriterium för prövning av anbud.

Konkurrensverket gör vidare bedömningen att de faktorer som Örebro kommun angivit (se ovan sidan 2) inte ger stöd för att ett undantag på grund av tekniska skäl föreligger. Att ett företag redan har befintlig etablering på orten eller kan dra vissa fördelar genom etablering på närliggande orter är inte att anse som tekniska skäl.<sup>22</sup> Vidare kan inte en omständighet som att företaget inte har några ambitioner på att introducera naturgas beaktas eftersom det inte avser det aktuella kontraktet (som avser biogas). Samverkan mellan parterna har dessutom ingåtts i etapper och successivt utvecklas vilket också talar för att en enda teknisk lösning

<sup>20</sup> RÅ 2005 ref.10, mål nr 8466-03

<sup>21</sup> Se EU-domstolens dom i mål C-324/93, *Evans Medical Ltd och Macfarlan Smith Ltd*, p 49-50

<sup>22</sup> Bl.a. EU-domstolens dom i målen C-20/01 och C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland och EU-domstolens dom i mål C-234/03 Contse m fl*, p 78-79.

vid ett givet tillfälle inte var avgörande. Inte heller är den ensamrätt som åberopas av det slag att den medger undantag från upphandlingsskyldighet.

Konkurrensverket gör den slutliga bedömningen att de kontrakt med ekonomiska villkor som ingåtts mellan Örebro kommun och Swedish Biogas International borde ha följt ett annonserat förfarande enligt 4 kap. 16 § ÄLOU. Örebro kommun har i ärendet inte kunnat visa att förutsättningar för att tillämpa undantag på grund av tekniska skäl eller ensamrätt föreläggat. Genom att ingå avtalen, som båda är att anse som upphandlingskontrakt i ÄLOU:s mening, utan att använda något annonserat förfarande har Örebro kommun brutit mot det upphandlingsrättsliga regelverket.

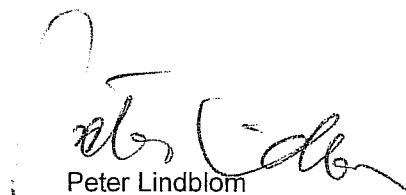
Tillämpning av avtal som har tillkommit genom en otillåten direkttilldelning utgör vidare en pågående överträdelse av det upphandlingsrättsliga regelverket så länge avtalen är i kraft. Sådana pågående överträdelser, där värdet överstiger tröskelvärdena, kan ytterst leda till ekonomiska påföljder inom ramen för en fördragsbrottstalan som EU-kommissionen kan inleda mot Sverige enligt EU-fördraget.<sup>23</sup> Risken för en eventuell fördragsbrottstalan kan undvikas genom att Örebro kommun vidtar lämpliga åtgärder för att avtalen med Swedish Biogas International AB avvecklas.

---

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Peter Lindblom.



Dan Sjöblom



Peter Lindblom

Kopia till  
Finansdepartementet  
Näringsdepartementet  
SKL

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats.

---

<sup>23</sup> C-503/04, *Kommissionen mot Tyskland*