



KONKURRENSVERKET	
2014-05-06	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

1. I L Recycling AB, 556056-2687
2. Ragn-Sells AB, 556057-3452
3. SITA Sverige AB, 556108-8393

Ombud för 1-3: Chefsjurist Pär Cronhult
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Västerås kommun

Ombud: Advokat Roland Adrell och jur.kand. Svante Hjertén
Gärde Wesslau Advokatbyrå AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 16 augusti 2013 i mål nr 857-13,
862-13 och 864-13, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

IL Recycling AB, Sita Sverige AB och Ragnsells AB (bolagen) yrkar att kammarrätten med ändring av förvaltningsrättens dom, bifaller bolagens yrkande om ogiltigförklaring jämlikt 16 kap. 13 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (NLOU) av Västerås kommuns avtal med Vafab Miljö AB (Vafab) avseende köp av renhållningstjänster för år 2013.

Bolagen vidhåller vad som tidigare har anförts och anför bl.a. följande. Vafabs ägarkommuner, däribland kommunen, har genom ett aktieägaravtal år 2004 ömsesidigt förbundit sig att i framtiden täcka sina behov av avfallshanteringstjänst genom köp direkt från Vafab. Vafab är dock inte part i 2004 års avtal och eftersom avtalet inte reglerar priser eller andra villkor som ska tillämpas av kommunen vid löpande avrop från Vafab utgör det inte något upphandlingskontrakt eller ramavtal. I stället överenskomms pris och leveransvillkor löpande för varje kalenderår genom periodiska avtal som formlöst ingås mellan Vafab och ägarkommunerna. Prisförändringar under åren 2005–2012 har inte räknats fram med ledning av något avtalat index eller motsvarande objektiva kriterium utan genom förhandlingar där Vafabs styrelse lämnat förslag om ändrade priser och andra villkor som kommunen bedömt och accepterat. De väsentliga villkoren i 2004 års avtal har omförhandlats. Även om 2004 års avtal skulle kunna få betydelse för 2013 års avtal ska en ny upphandling anses påbörjad. Ändringarna av utbetalade ersättningar till Vafab har kommit att förskjuta den ekonomiska jämvikten mellan parterna till Vafabs fördel och visar på en avsikt mellan parterna att löpande omförhandla villkoren för avtalet. De periodiska avtal som har uppkommit efter parternas första förhandling i samband med 2004 års konsortialavtal ska därför prövas som nya upphandlingar och nya ingående av kontrakt. Avtalet mellan kommunen och Vafab gällande köp av renhållningstjänster för år 2013 har således tillkommit under 2012.

Förvaltningsrätten i Uppsala har, genom lagakraftvunnen dom den 7 december 2011 i mål nr 5393-11, ogiltigförklarat kommunens avtal med Vafab om köp av renhållningstjänster för 2012. Det avtalsförhållande som eventuellt skulle kunna ha påbörjats med 2004 års aktieägaravtal har i vart fall därigenom avbrutits med retroaktiv verkan. Det finns inte något upphandlat avtal som skulle kunna omförhandlas eller på annat sätt förnyas till att omfatta även 2013 års renhållningstjänster. Det synsätt som kommunen intagit i förevarande mål leder till att avtal i praktiken utgör evighetsavtal med möjlighet för parterna att disponera över priser och övriga avtalsvillkor utan begränsning i tiden.

Kommunen bestrider bifall till bolagens överklagande och vidhåller vad som tidigare har anförts. För det fall kammarrätten skulle finna att NLOU i lydelse från den 15 juli 2010 är tillämplig i målen, hemställer kommunen att målen återförvisas till förvaltningsrätten. Förvaltningsrätten har varken prövat om undantaget i 2 kap. 10 a § NLOU är tillämpligt eller om det s.k. Hamburg-undantaget enligt C-480/06, EU-kommissionen mot Tyskland ("Hamburg") och C-159/11 Azienda Sanitaria Locale di Lecce och Università del Salento mot Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. ("ASL") är tillämpligt. För det fall kammarrätten skulle finna att det saknas skäl att återförvisa målen, hemställer kommunen att målen vilandeförklaras i avvaktan på EU-domstolens avgörande i mål C-15/13 Datenlotsen Informationssysteme GmbH mot Technische Universität Hamburg-Harburg.

Kommunen anför bl.a. följande. Det har inte, vare sig under 2012 eller tidigare, uppkommit ett civilrättsligt avtal eller slutits ett kontrakt mellan kommunen och Vafab. För det fall det skulle anses föreligga ett sådant avtal har avtalsförhållandet uppkommit genom aktieägaravtalet år 2004. Ingåendet av detta avtal utgör en sådan viljeyttring om uppdragets tilldelning att upphandlingen påbörjades genom detta avtal (HFD 2013 ref. 31). Innehållet i 2004 års aktieägaravtal utgör avtalsinnehåll mellan

kommunen och Vafab. Underlaget för den årliga taxeöversynen är den faktiska kostnadsutvecklingen för Vafabs verksamhet. Detta följer av den i 2004 års avtal föreskrivna principen om att ägarkommunernas ersättning till Vafab ska baseras på självkostnaden. Taxevariationerna svarar de facto mot kostnadsförändringar i verksamheten. Balansen mellan intäkter och kostnader har inte rubbats. Taxejusteringarna har endast inneburit en tillämpning av den stipulerade självkostnadsprincipen och innebär ingen ändring i förhållande till 2004 års avtalsförhållande. Den årliga taxeöversynen är inte av så väsentlig karaktär i förhållande till 2004 års avtal att ett nytt avtal får anses vara för handen. Vidare omfattas kommunen av undantagsregeln i 2 kap. 10 a § NLOU. Både kontrollkriteriet och verksamhetskriteriet uppfylls i förhållande till Vafab. I den senaste s.k. kompromisstexten mellan Europeiska parlamentet och Europeiska rådet, föreslås en kodifiering gällande verksamhetskriteriet. Det föreslås att det ska vara tillräckligt att minst 80 procent av verksamheten bedrivs tillsammans med de kontrollerande upphandlande myndigheterna. I vart fall minst 80 procent av Vafabs verksamhet måste anses bedriven tillsammans med ägarkommunerna. Kommunen omfattas även av det undantag från upphandlingsskyldighet som följer av EU-domstolens avgöranden i målen C-480/06, Hamburg och C-159/11, ASL.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten anser att det inte finns skäl att vilandeförklara målen eller återförvisa dem till förvaltningsrätten. Målen ska därför nu prövas i sak.

Undantag från lagstiftningen om offentlig upphandling

Kammarrätten prövar först kommunens invändning att relationen mellan kommunen och Vafab är undantagen lagstiftningen om offentlig upphandling eftersom kommunen uppfyller de s.k. Teckal-kriterierna enligt 2 kap. 10 a § NLOU respektive Hamburg-undantaget enligt EU-domstolens avgöranden i C-480/06, Hamburg och C-159/11, ASL.

Teckal-kriterier

Teckal-kriterierna innebär att avtal som sluts mellan en myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd inte anses utgöra ett upphandlingskontrakt. Undantaget gäller endast under förutsättning att vissa kontroll- och verksamhetsvillkor är uppfyllda. Villkoren innebär dels att myndigheten måste utöva en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning, dels att den juridiska personen måste bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den. Om dessa villkor är uppfyllda anses relationen mellan parterna som intern, varför upphandling enligt LOU inte behöver ske (prop. 2011/12:106).

Teckal-kriterierna infördes i 2 kap. 10 a § NLOU den 15 juli 2010 och med ändrad lydelse den 1 januari 2013. Av övergångsbestämmelserna framgår att 2 kap. 10 a § NLOU ska tillämpas även i fall då avtal har slutits före ikraftträdandet (prop. 2011/12:106 s. 116 samt Svea hovrätts dom den 10 oktober 2011 i mål nr T10567-10).

Av förarbetena till 2 kap. 10 a § NLOU, prop. 2009/10:134 s. 57 ff., uttalas bl.a. följande angående kontroll- och verksamhetskriterierna. Prövningen av om villkoren är uppfyllda måste ske i varje enskilt fall. Bestämmelsen, som är avsedd att tolkas i överensstämmelse med EU-domstolens praxis, ska tolkas strikt och det är den som åberopar bestämmelsen som har bevisbördan för att villkoren i bestämmelsen är uppfyllda. I regel är det de omständigheter som förelåg vid tidpunkten för den aktuella kontraktstilldelningen som är relevanta för bedömningen. Vad gäller kontrollkriteriet så krävs det inte att den kontroll som den upphandlande myndigheten ska utöva över den juridiska personen i alla avseenden är identisk med den kontroll som myndigheten utövar över sin

egen förvaltning. Kontrollen som utövas måste dock vara effektiv på så sätt att det finns en faktisk kontroll som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att utöva ett avgörande eller bestämmande inflytande ifråga om såväl strategiska mål som viktiga beslut hos den juridiska personen. Det är inte nödvändigt att den kontroll som utövas är individuell, utan kontrollen kan utövas gemensamt av flera myndigheter. Det förhållandet att den upphandlande myndigheten ensam eller tillsammans med andra myndigheter helt äger den juridiska personen som tilldelats kontraktet tyder, enligt EU-domstolen, i regel på att kontrollkriteriet är uppfyllt. För att verksamhetskriteriet ska anses vara uppfyllt krävs att den verksamhet som den juridiska personen bedriver med någon annan än den upphandlande myndigheten endast är av marginell karaktär. Om bolaget ägs gemensamt av flera olika myndigheter ska vid bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt all den verksamhet som bolaget bedriver tillsammans med samtliga dessa myndigheter beaktas.

Kammarrätten anser att avtal mellan kommunen och Vafab får anses ha slutits när villkoren för renhållningstjänsterna slutligen bestämdes den 4 april 2012 då kommunstyrelsen accepterade Vafabs framställning angående 2013 års taxa. Prövning ska därför ske för att utröna om kontroll- och verksamhetskriterierna var uppfyllda vid denna tidpunkt.

Kontrollkriteriet

Av utredningen i målet framgår bl.a. följande. Vafab är ett aktiebolag. Bolaget ägs av tolv kommuner, däribland Västerås kommun. Föremålet för Vafabs verksamhet är att svara för den regionala avfallshanteringen för ägandekommunerna. Bolaget företräds av en styrelse som utgörs av en ledamot från varje ägandekommun. Kammarrätten bedömer att utredningen ger stöd för att kontrollkriteriet var uppfyllt.

Verksamhetskriteriet

I mål C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) mot Transformación Agraria SA (Tragsa) och Administración del Estado, ansåg EU-domstolen att bolaget bedrev huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med dess ägare. I det fallet uppgick den omsättning som kunde härledas till bolagets ägare till 90 procent. EU-kommissionen har i ett motiverat yttrande till Sverige den 28 oktober 2010 [K(2010) 7343] i fråga om två kommuners avtal med egna bolag angett att verksamhetskriteriet inte kan anses uppfyllt när 20 procent av ett bolags omsättning riktas mot andra aktörer än dess ägare.

Utöver att Vafab tillhandahåller renhållningstjänster till ägarkommunerna, tillhandahåller Vafab även renhållningstjänster på den privata marknaden och till andra offentligrättsliga aktörer. Enligt bolagets egna uppgifter uppgick den omsättning som är hänförlig till den privata marknaden och till andra offentligrättsliga aktörer än ägarkommunerna under 2012 till cirka 21 procent av den totala omsättningen under samma tid. För 2011 var motsvarande siffra cirka 19 procent. Kamarrätten bedömer därför att den verksamhet som Vafab bedrev åt andra än sina ägarkommuner vid tidpunkten för kontraktstilldelningen avseende 2013 års renhållningstjänster inte endast är av marginell karaktär. Verksamhetskriteriet är därmed inte uppfyllt.

Kammarrätten bedömer därför att avtalet mellan kommunerna och Vafab om 2013 års renhållningstjänster inte är undantaget offentlig upphandling enligt 2 kap. 10 a § NLOU.

Hamburg-undantaget

EU-domstolen har i bl.a. mål C-480/06, Hamburg, prövat om ett avtal mellan flera offentliga myndigheter om visst samarbete, som inte skedde

genom en fristående enhet, borde ha föregåtts av ett upphandlingsförfarande. Trots att ingen av myndigheterna utövade kontroll i enlighet med kontrollkriteriet över någon av de andra myndigheterna, bedömde EU-domstolen att det saknades upphandlingsskyldighet i den aktuella situationen. Rättsfallet uppmärksammades i förarbetena till 2 kap. 10 a § NLOU i vilka konstaterades att även om EU-domen i vissa avseenden har samband med EU-domstolens praxis om Teckal-kriterierna, gav den uttryck för ett undantag från upphandlingsskyldighet som i grunden skiljer sig från dessa kriterier. Domen ledde inte till någon nationell lagstiftning i Sverige (prop. 2011/12:106 s. 26). Frågan aktualiseras därmed inte i förevarande mål (jfr RÅ 2008 ref. 26).

Tidpunkt för påbörjad upphandling och tillämplig lag

Som kammarrätten bedömt ovan är avtalet mellan kommunen och Vafab om 2013 års renhållningstjänster inte undantagen lagstiftningen om offentlig upphandling. Bolagen har gjort gällande att avtalet ska ogiltigförklaras enligt NLOU. Fråga är därvid om reglerna enligt NLOU är tillämpliga i målen.

NLOU trädde i kraft den 1 januari 2008. Enligt övergångsbestämmelserna ska lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÅLOU) tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att en upphandling avseende 2013 års renhållningstjänster får anses ha påbörjats genom att kommunen år 2004 ingick aktieägaravtalet. Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 7 december 2011 i mål nr 5493-11 avsåg ogiltigförklaring av avtal om renhållningstjänster för år 2012 och föranleder i förevarande sammanhang ingen annan bedömning.

Nästa fråga blir då om sådana ändringar gjorts i aktieägaravtalet under dess löptid som visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren vilket kan medföra att en ny upphandling får anses ha kommit till stånd.

EU-domstolen har behandlat frågan om väsentliga förändringar. Avgörande för bedömningen är om ändringarna kan anses betydande i förhållande till det ursprungliga kontraktet. En ändring under ett kontrakts löptid kan anses vara betydande om ändringen medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs. En ändring kan också anses betydande om den medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet (mål nr C-454/06, Kommissionen mot Nederländerna).

I mål C-576/10, Kommissionen mot Nederländerna, bedömde domstolen att ett för kontraktet väsentligt villkor inte hade ändrats även om man inte slutgiltigt beslutat om fördelningen av den ekonomiska risken förrän efter upphandlingens påbörjande. I mål nr C-337/98, Kommissionen mot Frankrike, gjorde domstolen bedömningen att en tioprocentig ökning av avtalets värde under drygt tre år, vilket var högre än den totala inflationen under samma period, inte var en väsentlig förändring.

Enligt kommunens egen uppgift uppgick utbetalade ersättningar till Vafab år 2006 till cirka 51 miljoner kronor. Enligt utdrag ur leverantörsreskontra uppgick kommunens utbetalningar till Vafab under 2012 till cirka 73,6 miljoner kronor. Jämfört med 2006 års utbetalningar motsvarar detta en ökning med cirka 44 procent.

Kammarrätten anser att denna ökning inte kan anses innebära att det skett några väsentliga förändringar av villkoren. Det är inte visat att ökningen

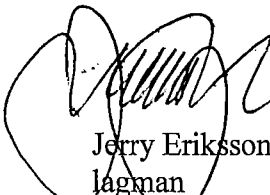
beror på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren. I aktieägaravtalet finns inte angivet några avgifter eller tariffer. Det finns inte heller angivet några kvantiteter. Där nämns särskilt att bolagen ska finansiera och avsätta erforderliga medel för miljöskuld genom de taxor och avgifter som tillämpas. En reservation görs även för att bolagens verksamhet kan ändras beroende på omvärldsförändringar som bolagen inte kan råda över. Inte heller införs några väsentliga nya villkor genom Vafabs framställning avseende 2013 års tjänster och som accepteras genom beslut av kommunstyrelsen den 4 april 2012.


Den i målen aktuella upphandlingen får därmed anses påbörjad 2004. Bolagens ansökan om överprövning ska därför prövas enligt ÄLOU. Kammarrätten gör härvid samma bedömning som förvaltningsrätten att det är fråga om tjänster som omfattas av 5 kap. ÄLOU. Kommunen borde därför ha upphandlat renhållningstjänsterna.


Ogiltigförklaring av avtalet

Bolaget har yrkat att avtalet ska ogiltigförklaras. Enligt ÄLOU är det inte möjligt att ogiltigförklara avtal. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Jerry Eriksson
lagman
ordförande


Ingrid Ullman
kammarrättsråd
referent


Annika Pallvik Fransson
tf. assessor

Målet har föredragits av Charlotte Welwert.



SÖKANDE

1. I L Recycling AB, 556056-2687
2. Ragn-Sells AB, 556057-3452
3. SITA-Sverige AB, 556108-8393

Ombud för 1-3:
Chefsjuristen Pär Cronhult
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Västerås kommun

Ombud:

Advokaten Roland Adrell och jur.kand. Svante Hjertén
Gärde Wesslau Advokatbyrå AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avvisar I L Recycling AB:s, Ragn-Sells AB:s och SITA Sverige AB:s yrkande om att målen ska återförvisas till Kammarrätten i Stockholm.

Förvaltningsrätten bifaller ansökan på så sätt att rätten förordnar att Västerås kommuns upphandling av renhållningstjänster för år 2013 ska göras om.

BAKGRUND

Västerås kommun (kommunen) är tillsammans med elva andra kommuner delägare i Vafab Miljö AB (Vafab). Kommunernas samverkan regleras i ett konsortialavtal från 2004 enligt vilket kommunerna förbundit sig att samverka inom avfallsområdet. I dom den 7 december 2011 biföll förvaltningsrätten en av I L Recycling AB, Ragn-Sells AB och SITA Sverige AB (avfallsbolagen) gjord ansökan om ogiltigförklaring av kommunens avtal om köp av renhållningstjänster under 2012.

Avfallsbolagen ansöker nu om överprövning avseende Västerås kommuns (kommunen) avtal om köp av renhållningstjänster från Vafab under 2013. I dom den 19 november 2012 biföll förvaltningsrätten avfallsbolagens talan och ogiltigförklarade köpeavtalet. Kammarrätten i Stockholm återförvisade genom beslut den 14 februari 2013 målen till förvaltningsrätten för ny handläggning.

Den 2 maj 2013 avslog förvaltningsrätten avfallsbolagens yrkande om interimistisk åtgärd i upphandlingen.

YRKANDEN OCH GRUNDER

Avfallsbolagen

Avfallsbolagen yrkar som bolagen slutligen bestämt sin talan att målen återförvisas till Kammarrätten i Stockholm för bland annat ny prövning av om något överklagande av förvaltningsrättens första dom i målet har kommit in eller har kommit in i rätt tid.

För det fall målen inte återförvisas till kammarrätten yrkar avfallsbolagen att förvaltningsrätten förordnar att avtalet som avser 2013 års renhållningsverksamhet ska ogiltigförklaras. Om förvaltningsrätten bifaller detta yrkandet yrkas att domen förenas med ett beslut enligt 16 kap. 16 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) om att avtalet inte får fullgö-

ras till dess något annat har bestämts. I annat fall yrkar avfallsbolagen att upphandlingen ska göra om.

Till stöd för sin talan anför avfallsbolagen sammanfattningsvis följande. Kommunens i målen aktuella avtalsförhållande med Vafab har sedan lång tid reglerats på så sätt att Vafab genom sin styrelse föreslår villkor för löpande kostnadsdebitering avseende det nästkommande verksamhetsårets tjänster, varefter kommunen genom kommunstyrelsen tar ställning till och godkänner Vafabs förslag. Denna mellan parterna etablerade sedvana för slutande av avtal beseglas slutligen konkludent genom att Vafab löpande utför aktuella renhållningstjänster för vilka staden erlägger betalning enligt faktura.

Den nu aktuella upphandlingen, för vilken överprövning begärs, avser det avtal som antingen har ingåtts genom ömsesidiga förfoganden mellan kommunen och Vafab den 4 april 2012, eller som i vart fall kommunen givit till känna som sin avsikt att ingå och som avser att reglera villkoren för kommunens köp av renhållningstjänster direkt från Vafab den 31 december 2012. Avtalet har tillkommit på så sätt att Vafabs styrelse framställt priser och övriga villkor för 2013 års tjänster vilka för kommunens vidkommande accepterats genom beslut av kommunstyrelsen i Västerås per den 4 april 2012 (KS 143/2012). I vart fall har kommunen genom samma beslut givit till känna som sin avsikt att ingå motsvarande avtal med Vafab, på ett sätt som har rättslig verkan. Kommunen har hittills under 2013 (den 25 mars 2013) fakturerats ca 10 miljoner kronor. Att det inte skulle finna något avtal bestrids således även med stöd av faktiska omständigheter.

Kommunen har åsidosatt kravet på annonsering samt de grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet på ett sätt som medfört skada för avfallsbolagen. Förutsättningar för Teckal-undantag enligt 2 kap. 10 a § föreligger inte i målen. Det föreligger heller

inte förutsättningar för undantag från upphandlingsregelverket med stöd av EU-domstolens domar i mål C-480/06 *Hamburg* och C-159/11 *Locale di Lecce* (Hamburgundantaget).

Kommunen

Kommunen bestrider bifall till avfallsbolagens yrkanden i sak. Till stöd för sin inställning anför kommunen bland annat följande. Det har inte, under 2012 eller tidigare, uppkommit ett avtal i avtalslagens mening mellan kommunen och Vafab. Därmed föreligger inget avtal som kan blir föremål för ogiltigförklaring. Det har inte, under 2012 eller tidigare, mellan kommunen och Vafab slutits ett skriftligt kontrakt i den mening som avses i 2 kap. 10 § LOU. Det ifrågasätts om ett avtal, som inte är ett kontrakt enligt 2 kap. 10 § LOU kan göras till föremål för en ogiltighetstalan enligt 16 kap. LOU. Till stöd för att något bindande avtal mellan kommunen och Vafab inte den 12 december 2012 förelåg vad avser tjänster för 2013 åberopar kommunen ett rättsintyg från dr Rolf Dotevall, professor i handelsrätt vid Handelshögskolan i Göteborg.

Bestämmelsen i 7 kap. 1 § LOU är enligt sin ordalydelse endast tillämplig när en upphandlande myndighet avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal. En tilldelning av ett avtal, som vare sig är ett kontrakt eller ett ramavtal, torde därmed inte kunna utgöra en överträdelse av nämnda lagrum. Inte heller underliggande EU-direktiv är tillämpliga på något annat än skriftliga avtal mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Härav följer att det saknas förutsättningar att meddela bifall till yrkandet om ogiltighet. Vafab saknar både handlingsfrihet i frågan huruvida Vafab ska utföra de uppdrag som genom aktieägardirektivet tilldelats Vafab och inflytande över vilken ersättning som ska utgå för dessa tjänster. Förfarandet omfattas således inte av upphandlingsdirektivens kontrakts-begrepp i enlighet med EU-domstolens dom i målen, C-295/08 *Asemfo* p. 54.

Gällande avfallsbolagens yrkande om att upphandlingen ska göras om anför kommunen att det inte finns någon pågående upphandling som kan bli

föremål för överprövning. Det torde därför inte bli aktuellt att förordna om att upphandlingen ska göras om.

Undantagsbestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU, det s.k. Teckalundantaget, är tillämpligt i relationen mellan kommunen och Vafab. Samarbetet är även undantaget upphandlingsregelverket med stöd av det s.k. Hamburgundantaget.

DOMSKÄL

Yrkandet om återförvisning

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att laglig möjlighet för rätten att återförvisa målen till Kammarrätten i Stockholm saknas. Avfallsbolagens yrkande ska därför avvisas.

Yrkandena om åtgärd i upphandlingen

Aktieägaravtal slöts den 27 augusti 2004 mellan Vafabs ägarkommuner. I detta anges bland annat att föremålet för bolagets verksamhet ska vara att svara för den regionala avfallshanteringen i ägarkommunerna. Därvid anges ett antal uppräknade arbetsuppgifter som Vafab ska utföra.

Avtalet innehåller bland annat bestämmelser som reglerar finansiering av bolagets verksamhet.

Förvaltningsrätten finner inledningsvis följande. Vafab är ett aktiebolag och således en självständig juridisk person. Vafab utför för tillfället de aktuella renhållningstjänsterna åt kommunen, och får betalt för dessa. Så har skett sedan 2004. Högsta Förvaltningsdomstolen, HFD, uttalade i målet RÅ 2008 ref. 26 (SYSAV), med hänvisning till prop. 2005/06:78 s.113, att det för att det ska vara fråga om ett upphandlingskontrakt krävs att det sker ett utbyte av något slags nyttigheter mot ersättning. I det målet saknades skriftligt avtal mellan de upphandlande kommunerna och den aktuella

leverantören, vilket inte hindrade HFD från att överpröva upphandlingen. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund och med hänsyn till omständigheterna i de nu aktuella målen att ett upphandlingskontrakt om avfallshandtering för år 2013 måste anses föreligga mellan kommunen och Vafab.

Fråga uppkommer då när denna upphandling påbörjats, vilket är av avgörande betydelse för vilken lagtext som ska tillämpas i målen. Vid införandet av LOU bestämdes i övergångsbestämmelser att bestämmelserna i den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÄLOU) ska tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före LOU:s ikraftträdande den 1 januari 2008.

HFD har i dom meddelad den 17 maj 2013 (mål nr 5766-12) tagit ställning till när en upphandling ska anses ha påbörjats vid tillämpning av den med den här aktuella övergångsbestämmelsen likalydande övergångsbestämmelsen till lagen (2010:571) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Målet gällde upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling enligt 17 kap. LOU. Frågan i det målet var om en upphandling skulle ha påbörjats när upphandlande myndighet ingick avtal med en leverantör eller redan genom de faktiska åtgärder för att möjliggöra avtalet som myndigheten vidtog innan bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft. HFD anförde i domen att ett upphandlingsförfarande får anses ha påbörjats när det stadium har passerats då rent interna överväganden och förberedelser görs inom en myndighet inför en upphandling. I målet hade den upphandlande myndigheten tagit externa kontakter i fråga om den aktuella upphandlingen och därigenom uttryckt sin vilja avseende anskaffningen på ett sådant sätt att beslutet hade passerat stadiet då det är fråga om myndighetens interna överväganden. (a.a. dom s. 6-7).

I mål C-337/98, Kommissionen mot Frankrike (även refererat i HFD:s

avgörande 5766-12), fann EU-domstolen att det genom en protokollsanteckning från ett möte framgick att ett avtal skulle slutas med ett visst bolag och att detta innebar att ett beslut om att använda ett förhandlat förfarande utan föregående uppmaning till anbudsgivning hade fattats senast vid detta möte.

Kommunen har anfört att, för det fall ett avtalsförhållande föreligger, detta ska anses ha förelegat sedan 2004. Avfallsbolagen däremot argumenterar för att ett avtal uppkommit under 2012 genom kommunstyrelsens beslut den 4 april 2012 eller genom anslag av det beslutet på kommunens anslags-tavla den 13 april 2012. För det fall något sådant avtal inte har kommit till stånd anser avfallsbolagen att kommunen genom kommunstyrelsens beslut i vart fall påbörjat upphandlingen.

Aktieägaravtalet gäller till och med utgången av år 2024. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund härav att, oavsett när ett avtalsförhållande ska anses ha uppkommit, det av ovan nämnd praxis följer att upphandlingen av 2013 års avfallshanteringstjänster måste anses ha påbörjats senast genom att kommunen år 2004 ingick aktieägaravtalet. Ansökan om överprövning ska således prövas mot ÄLOU.

Av bedömningen i föregående stycke följer att 16 kap. 13 § LOU inte kan tillämpas i målen och följaktligen även att avfallsbolagens yrkande om ogiltigförklaring av avtalet inte kan bifallas.

Avfallsbolagen har vidare yrkat att upphandlingen ska göras om. Enligt 7 kap. 2 § ÄLOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göra om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot 1 kap. 4 § ÄLOU eller mot någon annan bestämmelse i lagen och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

I 1 kap. 7 § ÄLOU anges att en upphandlande enhet skall annonsera upphandlingar om inte annat framgår av 2-5 kap.

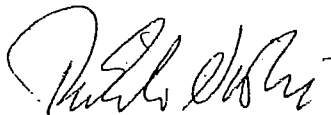
Av vad Högsta förvaltningsdomstolen anført i SYSAV-avgörandet samt vad förvaltningsrätten ovan konstaterat följer att det i målen föreligger ett upphandlingskontrakt med innebörden att kommunen ska köpa tjänster av Vafab. Det framgår av utredningen i målen att det är fråga om en tjänst som omfattas av 5 kap. ÄLOU. HFD har i SYSAV-målet vid tillämpning av ÄLOU klargjort att de s.k. Teckal-kriterierna inte kan tillämpas eftersom den nationella lagstiftningen i Sverige inte innehåller några sådana undantag från upphandlingsskyldigheten. Förvaltningsrätten finner att det samma måste gälla det s.k. Hamburgundantaget.

Genom att kommunen vid upphandlingen inte iakttagit ÄLOU:s bestämmelser har avfallsbolagen kunnat lida skada.

Avslutningsvis konstaterar förvaltningsrätten att det följer av RÅ 2005 ref. 10 att det faktum att ett avtal redan slutits i upphandlingen inte, trots vad som anges i 7 kap. 1 § andra stycket ÄLOU, utgör hinder mot att förvaltningsrätten prövar ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten bifaller därför avfallsbolagens ansökan på så sätt att rätten förordnar att Västerås kommuns upphandling av renhållningstjänster för år 2013 ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1a LOU)



Per-Erik Nistér
rådman

Målen har föredragits av Erik Edström.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.