



<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2017-03-27	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**KLAGANDE**

Vafab Miljö AB, 556191-4200

Ombud: Advokat Per-Ola Bergqvist och advokat Christoffer Löfquist  
Foyen Advokatfirma AB  
Södergatan 28  
211 34 Malmö

**MOTPART**

EKAB Recycling AB, 556380-5257

Ombud: Advokat Johanna Näslund  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 143  
701 42 Örebro

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 11 mars 2016  
i mål nr 6727-14, se bilaga A

**SAKEN**

Offentlig upphandling

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten avslår överklagandet.

---

**YRKANDEN M.M.**

Vafab Miljö AB (Vafab) yrkar att kammarrätten, med upphävande av Förvaltningsrätten i Uppsalas dom, avslår EKAB Recycling AB:s (Ekab) ansökan om överprövning i dess helhet. Vafab vidhåller det som bolaget anfört i förvaltningsrätten. Till stöd för sin talan i kammarrätten anför Vafab huvudsakligen följande. – Målet avser frågan om Vafabs avtal med Mälby Gård AB (Mälby Gård) den 19 december 2014 och den 3 mars 2015 är ogiltiga. Ekabs yrkande har endast omfattat dessa avtal varför målet inte omfattar några andra avtal mellan Vafab och Mälby Gård. Rätten är bunden av yrkandet och dess avgörande får inte gå utöver det. Tidfristen för att ansöka om överprövning av övriga avtal har enligt 16 kap. 17 § första stycket lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) löpt ut. – Förutsättningarna för direkttilldelning enligt 4 kap. 5 § 3 punkten LOU har varit uppfyllda. Det ska här noteras att Vafab inför tilldelningen av det första avtalet publicerade meddelande om frivillig förhandsinsyn (jfr 7 kap. 4 § samt 16 kap. 15 § LOU). Kontraktstilldelningen har varit absolut nödvändig. Direkttilldelningen har avsett krossning av avfall, som är en allmännyttig tjänst. Avfallet måste enligt miljöbalken insamlas och behandlas. Förutsättningar för att kunna lagra avfallet har inte funnits. Dessutom har Vafab tecknat kontrakt med flertalet mottagare av det krossade avfallet, däribland företaget Mälarenergi. Ett avbrott i leveransen av krossat avfall innebär inte bara risk för skadeståndskrav från Vafabs kunder utan även att värmeverk inte kommer att kunna leverera värme till ett stort antal hushåll. Det har alltså förelegat sådana tvingande hänsyn till allmänintresset som motiverar en direkttilldelning. Det har också förelegat sådan synnerlig brådska att tidsfristerna för andra upphandlingsförfaranden med föregående annonsering inte har kunnat iakttas. En annonserad upphandling skulle, med beaktande av de tidsfrister och moment som det inbegriper, innebära att Vafab i bästa fall hade kunnat påbörja krossning av avfallet vid årsskiftet 2015/16. Den synnerliga brådskan har orsakats av oförutsedda omständigheter som inte har kunnat förutses av Vafab och som

inte beror på Vafabs eget agerande. Vafab har inte kunnat förutse att den överklagade upphandlingen skulle innebära tre juridiska processer som uppgått till sammanlagt 15 månader. Denna handläggningstid avviker kraftigt från vad en upphandlande myndighet har att räkna med. Denna oförutsedda omständighet har inte berott på Vafabs eget agerande. Vafab har kommit in med yttrande när bolaget har blivit förelagd att göra det av domstolarna och bolaget har inte på något sätt försökt att fördröja överprövningsprocessen. – Avtalen med Mälby Gård har varit begränsade till två månader. Avtalen är avsedda att gälla till dess att en ny annonserad upphandling genomförs. Detta förfarande är i enlighet med den ordning som godkänts av Högsta förvaltningsdomstolen, se t.ex. HFD 2014 ref. 49. En upphandlande myndighet är inte skyldig att ändra eventuella brister i ett förfrågningsunderlag innan en dom vunnit laga kraft. Det innebär att det inte finns någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att påbörja ett upphandlingsförfarande förrän dom som har meddelats har vunnit laga kraft. För det fall Vafab hade nått framgång i nämnda överprövningsprocess samtidigt som Vafab hade annonserat en ny upphandling under 2014, hade Vafab stått inför den påtagliga risken att ha två bindande avtal med olika entreprenörer.

**Ekab** bestrider ändringsyrkandet och yrkar att förvaltningsrättens dom fastställs. Ekab yrkar också att kammarrätten förtydligar att samtliga avtal avseende krossning av avfall som ingåtts mellan Vafab och Mälby Gård efter december 2014 ska ogiltigförklaras. Ekab åberopar det som bolaget anfört i förvaltningsrätten. Till stöd för sitt bestridande anför Ekab huvudsakligen följande i kammarrätten. – Ekab har yrkat att samtliga de avtal som Vafab och Mälby Gård träffat i december 2014 och därefter ska omfattas av överprövningen. Förvaltningsrättens dom avser inte endast de två avtalen mellan Vafab och Mälby Gård som undertecknades den 19 december 2014 och den 3 mars 2015. Förvaltningsrätten har ogiltigförklarat samtliga direkttilldelade avtal som slutits efter december 2014. Det framgår av domskälen. – Förutsättningarna för direktupphandling

är inte uppfyllda. Det har inte varit absolut nödvändigt att direkttilldela kontrakt. Vafab har enligt avtal med sina kunder en skyldighet att vid äventyr av vite kontinuerligt leverera krossat avfall. Det är alltså Vafabs ekonomiska intressen som ligger till grund för beslutet att direkttilldela kontraktet till Mälby Gård. Att Vafabs kunder kan drabbas av avbrott i leveransen av krossat avfall är inte något som ska beaktas vid bedömningen av tillåtligheten av direkttilldelningen. Det avser den kommersiella sidan av verksamheten som Vafab driver åt annan, inte bolagets samhällliga skyldigheter. – Upphandlingen omfattar avfall som utgörs av källsorterat trä, t.ex. grenar och ris, samt tyg, plast och brännbart grovavfall såsom resärmöbler. Detta avfall medför inte fara för liv, hälsa eller miljö om det blir lagrat eller inte ens blir mottaget. Att lagringsutrymmet kan vara knappt är inte ett tillräckligt skäl för att det rättsligt ska anses vara absolut nödvändigt att direkttilldela kontrakt avseende krossning av avfallet. Vafab har inte en lagstadgad eller annars reglerad skyldighet att samla in de avfallslag som är föremål för upphandlingen. – Det fanns inte några tidsmässiga skäl till att inte annonsera upphandlingen. Vafab visste i december 2013 att avtalet för 2014 löpte ut i december 2014. Vafab har vid flera tillfällen under de gångna åren haft möjligheter att annonsera en upphandling med iakttagande av annonseringstider. Även om kammarrätten skulle finna att synnerlig brådska förelåg vid tidpunkten för direkttilldelningen av avtal till Mälby Gård är det Vafabs egen förskyllan att en sådan brådska uppstått. Vafab har bara gjort en korrekt annonsering, i april 2013. Bolaget har efter denna annonsering helt åsidosatt sin annonseringsskyldighet. – Att direktupphandla under så lång tid som ett år är inte förenligt med LOU även om tvingande hänsyn till allmänt intresse föreligger eller om upphandlingen avser en allmännyttig tjänst.

## SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

*Vad målet gäller m.m.*

En första fråga för kammarrätten att ta ställning till är om prövningen i kammarrätten endast ska avse avtal ingångna mellan Vafab och Mälby gård den 19 december 2014 och den 3 mars 2015 eller om prövningen även ska avse de avtal som ingåtts den 28 april, den 26 juni, den 31 augusti och den 26 oktober 2015. Sedan den tidsmässiga processramen har bestämts är frågan om det funnits förutsättningar enligt 4 kap. 5 § 3 LOU för Vafab att utan föregående annonsering tilldela Mälby Gård kontrakt. För det fall sådana förutsättningar saknats har kammarrätten även att ta ställning till huruvida ingångna avtal ändå, p.g.a. tvingande hänsyn till allmänintresse, ska bestå.

*Prövningsramen i kammarrätten*

Den 2 december 2014 annonserade Vafab sin intention att genomföra en s.k. direktupphandling av aktuella tjänster för 2015. Avtalsspärr löpte mellan den 3 december och den 12 december 2014. Ekab lämnade in en ansökan om överprövning till Förvaltningsrätten i Uppsala den 12 december 2014 vari Ekab yrkade att upphandlingen skulle göras om. Därefter har en förlängd avtalsspärr gällt. Sedan Ekab fått kännedom om att Vafab tilldelat Mälby Gård avtalen den 19 december 2014 och den 3 mars 2015 justerar bolaget sin talan till att gälla ogiltigförklaring av avtal. Ekab yrkar då i yttrande den 27 april 2015 att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara avtalen mellan Vafab och Mälby Gård den 19 december 2014 och den 3 mars 2015 samt ”även sådant avtal mellan parterna avseende krossning av avfall som gäller från 1 maj 2015.”

Kammarrätten gör följande bedömning.

Av 16 kap. 6 § andra stycket LOU framgår att överprövning av en upphandling inte får ske sedan avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. Sedan Vafab ingått avtal den 19 december 2014 med Mälby Gård, trots att en förlängd avtalsspärr då rådde i enlighet med 16 kap. 8 § LOU, har Ekab för att kunna tillvarata sina intressen justerat sitt yrkande i förvaltningsrätten till att gälla ogiltigförklaring enligt 16 kap. 13 § LOU. Yrkandet avsåg ogiltigförklaring av avtalen mellan Vafab och Mälby Gård den 19 december 2014 och den 3 mars 2015 samt även sådant avtal mellan parterna avseende krossning av avfall som gäller från 1 maj 2015. Ekab kunde vid denna tidpunkt, den 27 april 2015, av naturliga skäl varken ha kännedom om att Vafab dagen efter skulle förlänga befintligt avtal med Mälby Gård eller att Vafab vid ytterligare tre tillfällen under 2015 skulle förlänga avtalet. En sådan justering är möjlig enligt 16 kap. 7 § LOU. Enligt kammarrättens mening har förvaltningsrätten också prövat samtliga sex aktuella avtal. I domslutet ogiltigförklarar förvaltningsrätten Vafabs avtal med Mälby Gård. Detta kan möjligen läsas som att det endast rör sig om två avtal. Avsaknaden av precisering av vilka av de sex aktuella avtalen det i så fall skulle vara frågan om och förvaltningsrättens precisering av vad som ska prövas i målet i sista stycket på s 13 i den överklagade domen omöjliggör enligt kammarrättens mening annan tolkning av förvaltningsrättens dom än att samtliga sex avtal har prövats av förvaltningsrätten.

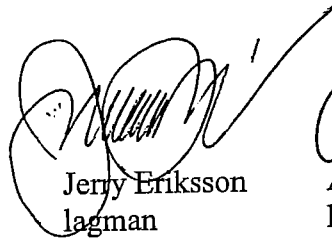
*Frågan om avtalen mellan Vafab och Mälby Gård är ogiltiga*

Avtal som ingåtts den 19 december 2014 och därefter har enligt vad kammarrätten ovan angett ingåtts under pågående förlängd avtalsspärr. Redan på den grunden kan giltigheten av dessa avtal ifrågasättas. Processen i förvaltningsrätten och kammarrätten har emellertid kommit att handla om huruvida Vafab har lyckats visa att det varit absolut nödvändigt att tilldela

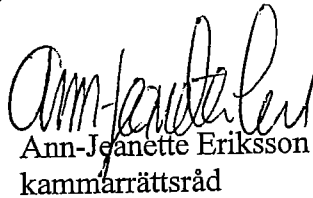
kontrakt utan föregående annonsering. Kammarrätten gör vad gäller denna fråga samma bedömning som den förvaltningsrätten har gjort. Även i fråga om huruvida tvingande hänsyn till ett allmänintresse gör att avtalen ska bestå, trots att förutsättningar för ogiltighet är uppfyllda, gör kammarrätten samma bedömning som den förvaltningsrätten har gjort. Överklagandet ska därmed avslås.

---

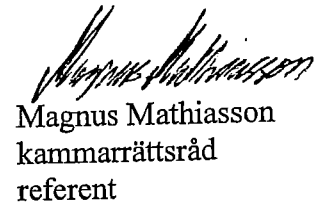
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



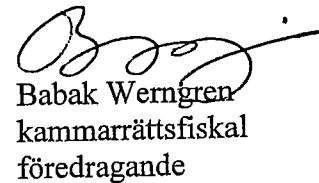
Jerry Eriksson  
lagman  
ordförande



Ann-Jeanette Eriksson  
kammarrättsråd



Magnus Mathiasson  
kammarrättsråd  
referent



Babak Werngren  
kammarrättsfiskal  
föredragande



**SÖKANDE**

EKAB Recycling AB, 556380-5257  
Box 6  
721 03 Västerås

Ombud: Advokat Johanna Näslund  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 143  
701 42 Örebro

**MOTPARTER**

1. Mälby Gård AB, 556499-7525  
Mälby 1  
774 97 Fors

2. Vafab Miljö AB, 556191-4200  
721 87 Västerås

Ombud: Advokat Christoffer Löfquist  
Foyen Advokatfirma AB  
Södergatan 28  
211 34 Malmö

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

---

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och ogiltigförklarar Vafab Miljö AB:s avtal med Mälby Gård AB.



### BAKGRUND

Vafab Miljö AB (Vafab) har genomfört en upphandling, förhandlat förfarande utan annonsering, avseende krossning av avfall från Vafab Miljöregionen; dnr 2013/249-VMA-061. Vafab har därefter tecknat två på varandra följande avtal med Mälby Gård AB.

### YRKANDEN M.M.

EKAB Recycling AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att avtalen mellan Vafab och Mälby Gård AB förklaras ogiltiga.

Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande. Någon undantags-situation för att använda förhandlat förfarande utan annonsering har inte förelegat. Bolaget hade fram till 31 december 2013 avtalet att utföra krossningstjänster åt Vafab. Vafab annonserade en upphandling under april 2013 och bolaget var en av anbudsgivarna. Efter tilldelningsbeslut där tilldelning skedde felaktigt till Mälby Gård AB har en överprövningsprocess pågått. Förvaltningsrätten Uppsala beslutade i februari 2014 (mål nr 4834-13) att upphandlingen skulle göras om. Vafab överklagade domen, varefter Kam-marrätten återförvisade målet till Förvaltningsrätten. Målet avgjordes av Förvaltningsrätten den 27 november 2014 varvid återigen beslutades att Vafab ska göra om upphandlingen. Det konstaterades också att Mälby Gård AB:s anbud skulle ha förkastats. Vafab har trots pågående överprövnings-process direktupphandlat avfallskrossningstjänster av Mälby Gård AB under hela den tid som överprövning pågått.

### *Möjligheter till förhandlat förfarande utan annonsering*

Det föreligger inte någon undantagssituation enligt 4 kap. 5 § 3 p LOU som föranleder att förhandlat förfarande utan annonsering ska få ske. Undantags-bestämmelsen ska tillämpas med mycket stor restriktivitet och för att en undantagssituation ska anses föreligga finns fyra förutsättningar som var och en för sig måste vara uppfyllda. Det ska vara absolut nödvändigt att

tilldela kontraktet, det ska föreligga sådan synnerlig brådska att annonsering på inget vis kan göras och situationen ska inte vara föranledd av omständigheter som inte kunnat förutses eller orsakats av Vafab.

Det är inte nödvändigt att genomföra upphandlingen till följd av att avfallshandling i sig är ett samhällsåtagande som har en central och signifikant betydelse för det allmänna. Det bestrids att Vafab har en lagstadgad skyldighet att tillse att avfallshandlingen avseende de avfallsslag som omfattas av upphandlingen upprätthålls och utförs enligt gällande lagar och föreskrifter. Det inte är tillräckligt att en upphandlande myndighet har en skyldighet att utföra ett visst samhällsåtagande för att avtalet ska bestå. Kammarrätten i Göteborg har i mål nr 3759-11 funnit att avtal om snöröjning, d.v.s. behovet av vinterväghållning, inte utgjorde sådana tvingande hänsyn till allmänintresset som motiverade att avtalet skulle få bestå. Till skillnad från det nu överprövade avtalet drabbar bristande vinterväghållning allmänheten och deras hälsa och säkerhet, något som i sig kan anses utgöra skäl för ett avtal att bestå. Några sådana skäl gör sig inte gällande i det nu aktuella fallet. Såvitt gäller hushållssopor måste kommunerna eller dess bolag uppfylla skyldighet att ta emot sopor och hantera dessa, men det är inte denna kategori av avfall som nu är aktuell. Det avfall som omfattas av upphandlingen är krossning av grenar, trä, tyg och plast, d.v.s. avfall som är s.k. kommersiellt avfall. Detta avfall kan utan olägenhet för övrigt tas emot och lagras hos Vafab utan att krossas. Det uppstår inte sanitära olägenheter kring detta avfall som ifråga om hushållssopor. De avfallsfraktioner som krossas luktar inte i någon större utsträckning vid lagring och krossning av trä, tyg och plast behöver inte heller ske löpande. Miljötillståndet omfattar lagring av aktuella mängder för tid som annonserat förfarande pågår. Bevisbördan för att tvingande hänsyn till allmänt intresse föreligger åligger Vafab. Det är en mycket restriktiv tillämpning av det aktuella undantaget i rättspraxis. Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet i fråga ska t.ex. inte anses utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Det egentliga skälet till

Vafabs behov är att man åtagit sig att leverera krossat avfall som bränsle till tredje man (värmeverk m.fl.). Om inte krossning sker löpande klarar inte Vafab utlovad leveranskapacitet till sina kunder. Det är dock inte en omständighet som kan läggas till grund för bedömningen om det är nödvändigt att få tjänsten utförd utan att iaktta skyldigheten att annonsera upphandlingen. Vafab måste dessutom inte ta emot trä, plast och tyg. Vafab uppger att bolaget behöver det lagringsutrymme som finns till sommaren när efterfrågan på levererat krossat material är mindre. Detta förhållande talar tydligt för att det egentligen inte är lagringen som följer av att krossning inte sker som är problemet utan själva leveransåtagandena. Det finns ett flertal privata avfallsaktörer som kan ta hand om det av upphandlingen omfattade avfallet.

Även om det skulle röra sig om en allmännyttig tjänst medför det inte automatiskt att en undantagssituation kan anses vara för handen. Tvärtom uppställer upphandling av den typen av tjänster, som det här är fråga om, ännu högre krav på förutseende och planering på den upphandlande myndighetens sida än vid upphandling av mindre allmännyttiga tjänster och varor.

#### *Begränsad period*

Det har varit känt för Vafab att nuvarande avtal löpte ut den 31 december 2014 alltsedan det tecknades den 17 december 2013. Det hade varit möjligt att upphandla tjänsten med iakttagande av annonseringstid genom att annonsera tjänsten med kort kontraktstid och optionsperioder som medfört att Vafab uppfyllt sina skyldigheter enligt LOU även under tiden överprövningsprocess pågick. Några tidsmässiga skäl till varför ytterligare ett års direktupphandlat kontrakt skulle få tecknas förelåg heller inte. Under alla förhållanden skulle ett påskyndat förfarande kunna genomföras eftersom förfrågningsunderlag fanns och anbudsgivarna redan avgett anbud i ett tidigare skede. Då kan det aldrig vara frågan om att synnerlig brådska förelig-

ger, jfr mål C 126/03 Kommissionen mot Tyskland och C-107/92 Kommissionen mot Italien.

Den nuvarande situationen har uppstått till Vafabs förskyllan och Vafab har kunnat förutse omständigheterna som nu åberopas. Praxis är vidare mycket tydlig med att en upphandlande myndighet måste räkna med att överprövningsprocess tidsmässigt ska räknas in vid upphandlingen.

#### *Synnerlig brådska*

Vafab har alltsedan hösten 2013 känt till att ett nytt annonserat förfarande måste genomföras till följd av att anbudens giltighetstid i den tidigare annonserade upphandlingen löpte ut. Vafab har inte vidtagit några åtgärder att påbörja annonserat förfarande utan låtit den felaktigt direkttilldelade leverantören Mälby Gård AB få utföra tjänsten till skada för övriga. Även om överprövningen inte hade gått Vafab emot har Vafab ändå haft en skyldighet att genomföra en ny annonserad upphandling. Den tidsnöd som Vafab nu hänvisar till hade således lätt kunnat undvikas genom att den först annonserade upphandlingen hade avbrutits i samband med att anbudens giltighet löpte ut, under hösten 2013, och ett nytt förfarande inletts kort därefter. Påstådd brådska är förorsakad av Vafab och hade i vart fall kunnat undvikas. Vafab har inte angett några skäl för att ett sådant förfarande inte skulle ha kunnat genomföras under 2014. Det är således uppenbart att den brådska som nu föreligger uppstått till följd av Vafabs agerande tidigare i processen och att skäl för att tillåta undantag från att genomföra upphandling med föregående annonsering saknas.

#### *Kontraktstidens längd*

De nu direktupphandlade perioderna om sex plus sex månader är helt oomtveterade. För att en direktupphandling ska anses vara tillåten krävs att den avser begränsad tid. En sexmånadersperiod måste i sammanhanget anses vara alltför lång tid för att kunna bedömas som begränsad tid.

*Skada*

Bolaget hade tidigare avtal med Vafab avseende avfallskrossning och avgav även anbud i den annonserade upphandlingen. Bolaget har alltsedan hösten 2013 i domstol slagits för att få lämna anbud och erhålla kontrakt. I dom den 27 november 2014 har bolagets överprövning bifallits av domstolen. Bolaget har vid de tidigare upphandlingar som överprövats och behövt göras varit lägst i pris. Bolaget har således god möjlighet att tilldelas kontrakt i en korrekt genomförd upphandling och lider därmed eller riskerar i vart fall att lida skada genom Vafabs otillåtna direktupphandling. För varje dag krossning sker av Mälby Gård AB undantas bolagets möjlighet att utföra tjänsten. Det är stor skada, som dessutom pågått under lång tid och pågår till dess att ny annonserad upphandling sker.

Vafab bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande. Direkttilldelningen av kontrakt avseende avfallstjänster till Mälby Gård AB är korrekt då det uppfyller rekvisiten för undantagssituationen i 4 kap 5 § 3 p LOU.

Under tiden som upphandlingen görs om i enlighet med förvaltningsrättens dom den 27 november 2014 måste krossningen av avfall fortgå. Då förvaltningsrättens ursprungliga avgörande dröjde hade man inget annat alternativ än att direktupphandla tjänsten. Genom denna lösning upprätthålls den nödvändiga krossningsverksamheten under den begränsade tid som krävs för att Vafab ska genomföra en ny upphandling på ett korrekt sätt i enlighet med LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Vafab annonserade sin intention att direktupphandla krossningen varefter avtal ingicks med Mälby Gård AB. Av avtalen med Mälby Gård AB framgår att Vafab endast hade för avsikt att täcka det centrala behovet av att avfall krossas under begränsade perioder. Under tiden har arbetet med att ta fram förfrågningsunderlag och därefter annonsera den nya upphandlingen påbörjats. Den nu uppkomna situationen beror inte på bristande planering från Vafabs

sida. Vafab har noggrant beaktat omfattningen och komplexiteten av upphandlingen inför planeringen av denna. En upphandlande myndighet får tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Utifrån 4 kap. 5 § 3 p LOU är det fyra förutsättningar som ska vara uppfyllda för att en direktupphandling ska få genomföras. Dessa förutsättningar är samtliga uppfyllda i den nu aktuella situationen.

Den första förutsättningen för att tilldelning ska kunna ske är att det ska vara absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen. För att det ska vara absolut nödvändigt att tilldela ett kontrakt ska det röra sig om upphandling av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art (se t.ex. kammarrätten Göteborgs dom i mål nr 7469 -- 7472-11). Villkoret har i en direktupphandling av livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts uppfyllt då det enligt domstolen var uppenbart att ett upphörande av livsmedelsleveranserna inom en snar framtid skulle få mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa (se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 1446 -- 1452-12). Det framgår av praxis att det vid direktupphandlingar avseende bland annat hörapparater, diabetesstickor, kollektivtrafik, skolskjuts, livsmedel till förskolor, skolor och äldreomsorg har ansetts föreligga ett absolut nödvändigt behov av att direktupphandla. Förutom ledning av rättspraxis av vad som ska anses vara absolut nödvändigt kan ledning fås av beaktandesats 6 i det Klassiska direktivet där det omnämns sådana åtgärder som behövs för att skydda allmän ordning, allmän moral och allmän säkerhet, människors och djurs hälsa och liv eller bevarande av växter. Även Konkurrensverket lyfter fram dessa omständigheter som vägledning för vad som ska anses vara absolut nödvändigt (se Konkurrensverkets yttrande dnr 346/2010 p 31).

Det råder ingen tvekan om att avfallshantering är av stor samhällsekonomisk betydelse. Avfallshanteringen är ett samhällsåtagande som har en central och signifikant betydelse för det allmänna. Vafab ansvarar för avfallshanteringen i kommunerna i Västmanlands län samt i Heby och Enköpings kommun. Inom denna region bor cirka 300 000 människor och här finns över 10 000 företag som producerar avfall. Vafab har en skyldighet enligt lag att se till att avfallshanteringen inom nämnda område upprätthålls och utförs enligt gällande lagar och föreskrifter. Det avfall som krossas omfattar allt från trädgårdsavfall till grovavfall och plast m.m. Det är en mycket stor mängd avfall som varje dag produceras och inhämtas och som därefter måste krossas och behandlas. Under år 2014 var det cirka 65 000 ton avfall vilket motsvarar cirka 1 900 fullastade tunga lastbilar med släp. För det fall krossning av avfall inte skulle kunna genomföras leder det till att en stor mängd avfall skulle behöva lagras. Det finns inte möjlighet att lagra de stora mängder avfall som uppstår när krossningen uteblir. Avfall kan inte heller lagras var och hur som helst utan tillstånd vilket leder till att Vafab riskerar att göra sig skyldig till brott mot Miljöbalken. För att avfallshanteringen ska kunna fungera krävs det att alla typer av avfall samt alla delar av avfallshanteringen från inhämtning till deponi till krossning till leverans av krossat avfall till återvinningsindustrin och värmeverk m.m. fungerar utan avbrott. Vafab har vidare tecknat kontrakt med flera mottagare av det krossade avfallet som innebär att man har leveransskyldighet till bland annat flera värmeverk. Dessa avtal kräver att Vafab ska leverera krossat avfall varje vecka kontinuerligt. Under den period om cirka ett år som en ny upphandling beräknats ta, har det varit absolut nödvändigt att genomföra direktupphandlingen för att säkra att avfallshanteringen utan risker för invånarna och miljön. Upphandlingen är av stor samhällsekonomisk betydelse och den är nödvändig för att avfallshanteringen ska kunna bedrivas i enlighet med lagar och föreskrifter.

*Synnerlig brådska*

Den andra förutsättningen som måste vara uppfylld för att undantagsbestämmelsen ska kunna tillämpas är att det föreligger synnerlig brådska. Brådskan ska innebära att det inte funnits tid att genomföra ett upphandlingsförfarande med föregående annonsering utan direktupphandling ska ha varit det enda möjliga alternativet, vilket Kammarrätten fastslog i mål nr 1446 -- 1452-12. För de krossningsarbeten som Vafab skulle upphandla för att täcka krossning med avtalsstart den 1 januari 2015 hade det inneburit att tidsramen för upphandlingen måste beräknas till drygt ett år. Det innebär därmed att Vafab i bästa fall har att räkna med att krossningen skulle kunna påbörjas vid årsskiftet 2015-2016. Det ska därutöver påpekas att ett sådant tidskomprimerat förfarande innebär att det finns stor risk för att upphandlingen kommer att överprövas för att t.ex. en allt för kort anbudstid om 40 dagar har uppställts. Det finns inte någon skyldighet för en upphandlande myndighet att påbörja ett nytt annonserat upphandlingsförfarande förrän dom har meddelats som har vunnit laga kraft. Detta ligger vidare helt i linje med Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 1446 -- 1452-12 där domstolen fastslog att den upphandlande myndigheten inte är skyldig att agera genom att t.ex. ändra eventuella brister i ett förfrågningsunderlag innan en dom vunnit laga kraft. Det medför även att en upphandlande myndighet inte ska agera genom att göra om en upphandling eller vidta rättelse förrän en lagakraftvunnen dom är för handen.

*Eget agerande.*

Den synnerliga brådskan har orsakats av oförutsedda omständigheter som inte har kunnat förutses av Vafab och har inte berott på Vafabs agerande. Det får anses vara vedertagen rättspraxis att den tid en tvåinstansprövning, enligt tillgänglig statistik från Konkurrensverket, kan förväntas pågå ska tas med i beräkningen av ett upphandlingsförfarande, se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 784-10 och Kammarrätten i Sundsvalls domar i mål nr 1943—1944-14. Att en tvåinstansprövning i betydande omfattning övers-



tiger den genomsnittliga tidsåtgången är en omständighet som inte kan förutses av den upphandlande myndigheten. Tidsåtgången i det nu aktuella fallet kan inte förklaras av upphandlingens art, omfattning och komplexitet. Eftersom den synnerliga brådska som uppkommit för Vafab varken kunnat förutses eller anses orsakad av Vafab har det varit möjligt att direktupphandla med stöd av 4 kap 5 § 3 p LOU.

*Tvingande hänsyn till allmänintresse*

Ett avtal som ingåtts mellan en upphandlande myndighet och en leverantör får bestå, trots att det föreligger grund för ogiltighet, om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Åtgärder som vidtas med anledning av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska tillåtas om de är proportionerliga – d.v.s. rimliga i förhållande till syftet med åtgärden och den handelsbegränsande effekt som åtgärden medför. Vad gäller begreppet tvingande hänsyn till allmänintresset, hänvisas i förarbetena till bestämmelsen och den definition som framgår av artikel 4.8 i direktiv 2006/123/EG där sådana hänsyn exemplifieras som allmän ordning, allmän säkerhet, skydd för människors liv och hälsa, folkhälsa, bibehållen ekonomisk jämvikt i det sociala trygghetssystemet, konsumentskydd och skydd av såväl tjänstemottagare som arbetstagare, rättvisa handelstransaktioner, kamp mot bedrägerier, skydd av miljö och stadsmiljö, djurhälsa, immateriella rättigheter, bevarande av det nationella historiska och konstnärliga kulturarvet, socialpolitiska och kulturpolitiska mål (se prop. 2009/10:180, s.138).

Med samhällsåtaganden, även kallade just allmännyttiga tjänster och varor, åsyftas verksamheter som statsmakterna är skyldiga att utföra och tillhandahålla åt medborgarna. Exempel på allmännyttiga tjänster är räddningstjänster, renhållningstjänster, avfallstjänster, återvinningstjänster, vatten- och avloppstjänster, tjänster kopplade till vård, skola eller omsorg. Detta har bland annat fastslagits av Ekonomistyrningsverket i rapporten Finansiering av tillsyn, 2004, sid 13.

I rättspraxis har bekräftats att just folkhälsoskäl kan motivera att ett avtal består, till exempel har ett avtal avseende kirurgiska suturer ansetts få bestå eftersom en försening av leveransen ansågs kunna äventyra driften av ett offentligt sjukhus och, därigenom, medföra risker för folkhälsan (se EU-domstolens dom i mål C-6/05). Även avtal avseende hörapparater, reservdelar och tillbehör har fått bestå, bland annat med hänvisning till att landstinget som ingått avtalet hade en lagstadgad skyldighet att tillhandahålla hörapparater och att det var ett folkhälsointresse att denna skyldighet kunde fullgöras, (se Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1587-1589-11). Detsamma gäller för ett avtal rörande hjälptjänster för kollektivtrafiken eftersom verksamheten var avgörande för att färdtjänstresorna och sjukresor skulle kunna genomföras och tjänsterna därmed påverkade människors liv och hälsa, och det dessutom till viss del skulle drabba svaga grupper i samhället om tjänsterna inte kan utföras, (se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5819-11).

Den absoluta merparten av det avfall som krossas (ca 77,5 procent) kommer från Vafabs återvinningscentraler och därigenom främst från hushåll. Utöver avfallet från återvinningscentralerna kommer viss mängd av avfallet (ca 22,5 procent) från olika verksamheter direkt till Vafabs avfallsanläggningar. Varje kommun har ett lagstadgat ansvar att samla in avfall från hushållen, vilket inbegriper att ta emot allehanda avfall på återvinningscentraler. Återvinningscentralerna ska säkerställa att kommunerna uppfyller den lagreglerade skyldigheten som varje kommun är ålagd när det gäller att insamla avfall från hushåll och återvinna detta på det för miljön mest fördelaktiga sättet. Kommunerna har ett oåterkalleligt ansvar att samla in avfall från kommunmedlemmarna. Vafab har kommunernas uppdrag att i detta avseende uppfylla kommunernas lagstadgade skyldigheter. Insamlingen av avfallet från hushåll och andra verksamheter förutsätter att det kan sorteras och krossas samt därefter vidarebefordras till andra institutioner och företag som förädlar det krossade avfallet för återvinning m.m. För det fall krossningen

av avfallet upphör får det allvarliga och långtgående konsekvenser. För att lagra den aktuella mängd och typ av avfall som omfattas av krossningen krävs det tillstånd av myndigheterna. Detta tillstånd avser både mängden avfall, typen av avfall, under hur lång tid avfallet ska lagras och att lagringen sker på en viss typ av hårdgjord yta. Det är mycket stora mängder avfall som sorteras och krossas årligen. För det fall krossningen upphör har Vafab endast möjlighet och tillstånd till att lagra avfall som produceras under någon enstaka månad. Vafab kommer således omgående att överskrida såväl den faktiska lagringskapaciteten som de tillstånd man har för att lagra avfallet. Detta kommer att medföra betydande risker för miljön genom bland annat stor brandrisk med omfattande miljökonsekvenser samt att avfallet bryts ned med följden att miljöfarliga ämnen hamnar på markområden utanför lagringsplatserna. Tillsynsmyndigheten kommer därvid med allra största sannolikhet att beordra skyddsarbete på anläggningarna för att upprätthålla krossningsverksamheten. Detta eftersom hanteringen av avfallet annars kommer att bryta mot såväl gällande tillstånd avseende lagringen av avfall som mot gällande brandskyddsbestämmelser. Utöver de beskrivna miljömässiga och tillståndspliktiga aspekterna ovan kan det konstateras att avfallet under långvarig lagring även bryts ned och förlorar sitt energivärde. Att avfallet blir liggande på lagringsytor medför således även att stora värden som annars skulle komma det allmänna och kommuninnevånarna till del går till spillo. Krossningen medför att resurseffektiviteten ökar betydligt genom att bland annat mängden miljöbelastande transporter minskar och förutsättningarna för att säkerställa en rationell hantering av de stora massorna avfall ökar. Som en sidoeffekt, förutom de miljömässiga och tillståndspliktiga aspekterna, till att krossningen av avfallet upphör kommer Vafab att dels inte kunna fullgöra den kommunala insamlingskyldigheten att samla in avfallet från återvinningscentralerna eller från övriga kunder och dels inte kunna leverera det krossade materialet i enlighet med de avtal Vafab har ingått med mottagande förbränningsanläggningar m.m. Detta får till följd att Vafab kommer att bryta mot såväl avtalen med abonnenterna avseende in-

samling av avfall som med de bolag som tar emot det avfall som krossas. Den ekonomiska skadan riskerar till följd härav att bli omfattande och de avtalsparter som inte kommer att få något krossat avfall levererat till sig kommer med största sannolikhet att rikta skadeståndsanspråk mot Vafab. Vidare finns det en överhängande risk för att det lager av okrossat avfall som kommer att byggas upp inte kommer att vara möjligt att få avsättning för när krossningen väl kan återupptas.

Mälby Gård AB har beretts tillfälle att yttra sig och har därvid meddelat att man inte har något ytterligare att tillägga till vad som anförts av Vafab.

#### DOMSKÄL

I 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU anges att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggentreprenader, varor och tjänster om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Bestämmelsen ska tillämpas med restriktivitet och kan åberopas endast vid mycket speciella omständigheter (jfr EU-domstolens dom C-337/05). Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att så är fallet (jfr EU-domstolens dom C-328/92).

Rätten ska enligt 16 kap. 13 § LOU besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering.

Den fråga som ska prövas i målet är giltigheten av de avtal Vafab och Mälby Gård AB ingått avseende krossning av avfall. Avtalen har ingåtts utan föregående annonsering.

En första förutsättning för att Vafab ska ha haft rätt att använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering är att det ska vara absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen. För att det ska anses absolut nödvändigt att tilldela ett kontrakt ska det enligt praxis röra sig om upphandling av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art (jfr bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 7469--7472-12).

Vafab har anfört att det var nödvändigt att teckna avtalet med Mälby Gård AB för att avfallshantering är ett samhällsåtagande som Vafab varit skyldig att upprätthålla och att utebliven krossning innebär att en stor mängd avfall skulle behöva lagras. Vafab menar att aktuellt avfall är att betrakta som hushållsavfall och att det kan bryta mot miljöbalken om avfallet inte hanteras och krossas på erforderligt sätt. Förvaltningsrätten finner att det av utredningen i målet framgår att det avfall som ska hanteras i upphandlingen i huvudsak synes bestå i källsorterat avfall från avfallstationer som trä, papper, plast etc. Det får därmed förutsättas att det är fråga om en typ av avfall som inte är att jämföra med direkta hushållssopor såsom matavfall och liknande. Det har inte heller framkommit att det skulle röra sig om annat särskilt hälsofarligt eller miljöfarligt avfall och Vafab har inte heller närmare påvisat att avfallet skulle ha någon annan konkret miljöfarlig påverkan. Det förhållandet att Vafab har ett ansvar för krossning av avfall som delvis har ursprung från hushållens källsortering innebär inte i sig att det är ett sådant intresse som kan rättfärdiga att man inte konkurrensutsätter ingående av avtal. Förvaltningsrätten finner sammantaget att Vafab inte har visat att det varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet på så sätt som krävs enligt aktuellt lagrum.

Redan på den grunden kan således konstateras att Vafab inte haft rätt att använda sig av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. För-

utsättningar för att underlåta annonsering har alltså inte varit uppfyllda och Vafab har således gjort en otillåten direktupphandling. Avtalet ska därför i princip förklaras ogiltigt enligt 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU.

Nästa fråga är då om avtalet ändå ska bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse på sätt som avses i 16 kap. 14 § samma lag.

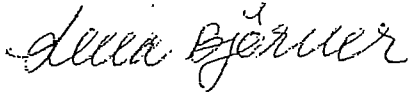
I specialmotiveringen till 16 kap. 14 § LOU framgår att ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet och leverantör ska få bestå, trots skäl för ogiltighet, på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse. Det framgår också att regeln ska tillämpas restriktivt och uttrycket tvingande hänsyn till allmänintresset innebär att hänsyn kan tas till t.ex. allmän säkerhet, skydd för människors liv och hälsa, skydd av miljö och stadsmiljö, bevarande av det nationella historiska och konstnärliga kulturarvet, socialpolitiska och kulturpolitiska mål. Vidare får begränsad vikt läggas till ekonomiska intressen inom ramen för allmänintresset. Ekonomiska intressen av att avtalets giltighet upprätthålls får dock beaktas om ogiltighet skulle leda till orimliga eller oproportionerliga följder (prop. 2009/10:180 s. 362 f.).

I allmänmotiveringen till samma bestämmelse framgår också att den ska tillämpas restriktivt och att det endast är exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal får bestå. Regeringen anger vidare att det ligger i sakens natur att den som åberopar att en sådan undantagssituation föreligger, dvs. den upphandlande myndigheten eller enheten, också har bevisbördan för detta (prop. 2009/10:180 s. 139).

Förvaltningsrätten finner att de samhällsintressen, som Vafab åberopat såsom effekter på hälsa, miljö och ekonomi i förevarande fall inte är sådana som får anses omfattas av begreppet tvingande hänsyn till allmänintresse. Det finns därför inte skäl att låta avtalet bestå.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att vad bolaget anfört i målet utgör skäl för att ogiltigförklara avtalet enligt 16 kap. 13 § LOU. Bolagets ansökan om ogiltigförklaring av avtalen mellan Vafab och Mälby Gård AB ska därför bifallas.

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



Lena Björner

rådman

Målet har handlagts av föredraganden Nicklas Rydgren



## 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, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet 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 *avtal inte får ingås*, 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 anlitat 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.