



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2013-08-16
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
857-, 862-, 864-13 E
Enhet 2

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.

Dok.Id 94739

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-16 73 00

E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Telefax
018-16 73 43

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

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 Teckalundantag 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. Avfallsbolagets 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 avfallshandling 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 (ÅLOU) 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 anfört 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.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.