

PM 2 2013-05-08 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom upphandling och avrop i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning).

Solna kommun har utan föregående annonserad upphandling och utan stöd av något tidigare upphandlat ramavtal köpt löpande renhållningstjänster (fetthämtning) direkt från ett privat företag.

Solna kommun (nedan Staden) tecknade den 19 och 21 juni 2012 ett avtal rubricerat "Tilläggsavtal"¹ med ett privat renhållningsföretag (nedan Entreprenören) som sedan tidigare har ett ramavtal avseende renhållningstjänster (nedan Entreprenadavtalet) med Staden.

Entreprenadavtalet upphandlades genom ett s.k. öppet förfarande enligt gällande bestämmelser om offentlig upphandling som påbörjades i januari 2011² och undertecknades den 9 och 14 juni 2011.³ I Entreprenadavtalet regleras vilka tjänster som avtalet avser, dock inte något uppdrag att hämta slam och fettavfall från restauranger, storkök och butiker m.m. med s.k. fettavskiljare (nedan Fetthämtningstjänsten).

Fetthämtningstjänsten har i Solna tidigare inte omfattats av något åtagande av Staden eller legat under kommunalt renhållningsmonopol. Tjänsten har istället tillhandahållits berörda restauranger, storkök och butiker m.m. av privata utförare, i konkurrens med varandra.

Den 15 november 2011 upprättade Stadsbyggnadsförvaltningen i Solna en tjänsteskrivelse med förslag på bl.a. att avfallshantering avseende spillfett från restauranger, storkök och butiker ska föras in i den kommunala renhållningsordningen och läggas under kommunalt monopol.⁴ Förvaltningens förslag antogs beredningsvis av Stadsbyggnadsnämnden i Solna vid sammanträde den 7 december 2011 (SN § 135/11) och av kommunstyrelsen vid sammanträde den 6 februari 2012 (KS § 10/12). Slutligt antogs förslaget om "Nya lokala föreskrifter för avfallshantering i Solna stad" av kommunfullmäktige i Solna vid sammanträde den 20 februari 2012 (KF § 8/12), till att gälla från och med 1 april 2012 och tills vidare.

Den 29 februari 2012 tillfrågades Entreprenören om att inkomma med anbud om "komplettering" av Entreprenadavtalet till att även omfatta Fetthämtningstjänsten. Entreprenören lämnade ett anbud samma dag⁵, samt ytterligare ett anbud den 12 april 2012.⁶ Slutligt kontrakt i anledning av dessa anbud tecknades, som ovan angivits, genom Tilläggsavtalet mellan Staden och Entreprenören den 19 och 21 juni 2012. Som grund för att teckna Tilläggsavtalet direkt med Entreprenören har Staden angivit att det var vid avtalets ingående absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen på grund av oförutsedd synnerlig brådska, eftersom fettproppar upptäckts i Stadens avloppssystem som misstänks komma från restauranger, storkök m.m. utan fettavskiljare.⁷

Kontraktsvärdet av Tilläggsavtalet kan med ledning av vad Staden själv uppgivit⁸ uppskattas till c:a 59.000 kronor per månad, eller c:a 2,832 miljoner kronor som ett 48-månaderskontrakt enligt tröskelvärdesberäkningsbestämmelserna för offentlig upphandling.

¹ "TILLÄGGSAVTAL till entreprenadavtal mellan Solna stad, nedan kallat Staden, och [Entreprenören], nedan kallat Bolaget, tecknat 2011-06-09, avseende insamling av hushållsavfall inom Solna stad", upprättat den 31 maj 2012 och undertecknat av parterna den 19 och 21 juni 2012.

² Stadens aktuella förfrågningsunderlag av den 19 och 20 januari 2011, innefattande bl.a. upphandlingsföreskrifter, administrativa entreprenadföreskrifter, samt tekniska föreskrifter för insamling av hushållsavfall,

³ "AVTAL avseende insamling av hushållsavfall inom Solna stad", undertecknat av Staden och Entreprenören den 9 och 14 juni 2011.

⁴ Stadsbyggnadsförvaltningen i Solna, tjänsteskrivelse, daterad den 15 november 2011 och rubricerad "Lokala föreskrifter för avfallshantering inom Solna stad" (dnr. SBN/2011:1241).

⁵ Entreprenörens anbud, rubricerat "KOMPLETTERING 'ENTREPRENAD AVSEENDE INSAMLING AV HUSHÅLLSAVFALL INOM SOLNA STAD'" och daterat den 29 februari 2012. I anbudet anges priser för schemalagd tömning av fettavskiljare på 1-3 kbm (590 kr/tömning) respektive 3,1-6 kbm (790 kr/tömning) samt en behandlingsavgift på 225 kr/kbm. Priserna är exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms) och prisjustering ska ske enligt Entreprenadavtalet.

⁶ Entreprenörens anbud, rubricerat "Komplettering av entreprenadkontrakt" daterat den 12 april 2012. I anbudet anges ett pris för tömning av miljöskåpet "Samlaren" och transport till behandlingsanläggning på 325 kronor per gång, en gång i veckan i samband med ordinarie insamling av farligt avfall. Priset är exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms) och prisjustering ska se enligt Entreprenadavtalet.

⁷ Se bl.a. Stadens yttrande av den 6 december 2012 (aktbilaga 14) till Förvaltningsrätten i Stockholm i mål 24192-12, s. 1 mitten och nederst.

⁸ Se Stadens ovan angivna yttrande, s. 2 nederst.

Förvaltningsrätten i Stockholm ogiltigförklarade i dom av den 22 februari 2013 Tilläggsavtalet mellan Staden och Entreprenören på den grunden att avtalet tillkommit på ett otillåtet sätt utan föregående annonsering enligt regelverket för offentlig upphandling.⁹

Gällande rätt

Kommunernas ansvar för renhållning m.m. regleras genom miljöbalken (MB), som trädde i kraft den 11 juni 1998,¹⁰ samt avfallsförordningen (2001:1063) jämte kommunala renhållningsordningar och avfallsplaner.

Av 15 kap. MB framgår att samtliga kommuner är skyldiga att se till att i vart fall allt hushållsavfall och därmed jämförligt avfall inom deras område tas om hand. Skyldigheten enligt miljöbalken innebär att hushållsavfall och därmed jämförligt avfall ska såväl insamlas och transporteras som återvinnas eller behandlas.

Enligt 15 kap. 21 § MB får ingen annan än kommunen eller ”den kommunen anlitar för ändamålet” ta befattning med själva insamlingen och transporten av kommunalt hushållsavfall och därmed jämförligt avfall. Insamlingsverksamheten omfattas således av ett kommunalt renhållningsmonopol. Vad som avses med ”jämförligt avfall” är i dagsläget oklart.¹¹ Av lagförarbetena framgår bl.a. följande:

”Med avfall från annan verksamhet som är jämförligt med hushållsavfall menas avfall från industrier, affärsrörelser och annan likartad verksamhet som i renhållningssammanhang är jämförligt med avfall som kommer från hushåll. Det är sådant avfall som uppkommer som en direkt följd av att människor oavsett ändamål eller verksamhet uppehåller sig inom en lokal eller i en anläggning. Som exempel kan nämnas avfall från personalmatsalar, restaurangavfall och toalettavfall”.¹²

Enligt Naturvårdverket omfattar ”jämförligt avfall” bl.a. slam från hushållens slambrunnar. Om avfallet uppstår i en anläggning som skiljer sig från en anläggning avsedd för enstaka hushåll bör avfallet inte anses som ”jämförligt avfall”.¹³

En kommun kan enligt miljöbalkens reglering välja att antingen handha insamling och/eller omhändertagande av sådant avfall som kommunen ansvarar i egen regi eller att uppdra handhavandet åt någon annan, exempelvis ett privat eller kommunalt företag. Den renhållningsansvariga kommunen kan vidare, enligt 27 kap. 15 § miljöbalken bestämma att berörda hushåll och företag (det s.k. renhållningskollektivet) ska betala gällande avgifter enligt kommunal renhållningstaxa direkt till den som utför renhållningen. Betalning av renhållningsavgift enligt gällande taxa är obligatorisk för renhållningskollektivet.

Det kommunala renhållningsmonopolet är straffsanktionerat, vilket innebär att den som uppsåtligt eller genom oaktsamhet bryter mot monopolföreskriften i 15 kap. 21 § MB genom att yrkesmässigt och i större omfattning samla in och forsla bort kommunalt hushållsavfall eller därmed jämförligt avfall enligt 29 kap. 9 § punkten 12 MB kan dömas till böter.

Bedömningen av om visst avfall utgör med hushållsavfall ”jämförligt avfall” ankommer första hand på verksamhetsutövaren eller den som innehar avfallet. Om en verksamhetsutövare är osäker på om visst avfall utgör ”jämförligt avfall” ska denne kunna rådgöra med den kommunala nämnd som enligt 26 kap. 3 § MB utgör tillsynsmyndighet för avfallsfrågor.¹⁴

⁹ Förvaltningsrätten i Stockholm, lagakraftvunnen dom av den 22 februari 2013 i mål 24192-12.

¹⁰ Miljöbalkens reglering har i nu aktuellt avseende kommit att ersätta motsvarande bestämmelser i renhållningslagen (1979:596). Föreskriften i 15 kap. 2 § MB om ”jämförligt avfall” återfanns tidigare i 1 § renhållningslagen.

¹¹ Se bl.a. Avfallsutredningens betänkande *Mot det hållbara samhället – resurseffektiv avfallshantering* (SOU 2012:56), s. 176 ff.

¹² Prop. 1997/98:45, del 2, s. 185, jfr. även Miljööverdomstolens dom av den 18 december 2006 i mål M 7670-05.

¹³ Se Naturvårdsverket, *Vägledning till definitionen av hushållsavfall*, daterad den 16 januari 2008, s. 4 f.

¹⁴ Se bl.a. Naturvårdsverkets ovan angivna vägledning, s. 7.

Upphandling av bl.a. offentliga tjänstekontrakt som har *påbörjats*¹⁵ efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.¹⁶ Lagen har kommit till som en följd av bl.a. Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).¹⁷ För upphandling som påbörjats efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar, innebärande bl.a. möjlighet för domstol att ogiltigförklara avtal som otillåtet ingåtts direkt med viss leverantör utan iakttagande av lagens krav på föregående annonsering, samt att utdöma upphandlingsskadeavgift.¹⁸

Regelverket för på vilket sätt en upphandling ska annonseras och i övrigt genomföras styrs av värdet av det kontrakt som ska upphandlas och av föremålet för upphandlingen. Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande tjänster, innefattande behandling och disponering av förorenade vätskor (CPV 90513500)¹⁹ eller avlägsnande, transport, behandling eller hantering av slam (CPV 90513600 -- 90513900), jämte avfallstransporter (CPV 90512000) och återvinning av avfall (CPV 90514000), utgör s.k. A-tjänster, kategori 16 enligt bilaga 2 till LOU. Om det samlade värdet av det kontrakt som ska upphandlas överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde ska upphandlingen handläggas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1-14 kap. LOU, som regel i ett annonserat öppet eller selektivt förfarande enligt 7 kap. 1 § LOU.

Enligt 3 kap. 3 § LOU ska vid tröskelvärdesberäkning, värdet av förekommande tjänstekontrakt uppskattas till det totala belopp som skall betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. I fråga om tjänstekontrakt som har upphandlats för att löpa tills vidare och något totalpris inte anges ska enligt 3 kap. 12 § LOU kontraktet uppskattas som ett 48-månaderskontrakt.²⁰ Valet av beräkningsmetod får enligt 3 kap. 10 § andra stycket LOU inte göras för att kringgå lagens bestämmelser.

Tröskelvärdet för kommunal upphandling av A-tjänster inom den s.k. klassiska sektorn uppgår sedan den 1 januari 2012 till 1.897.540 kronor.²¹

¹⁵ I prop. 2009/09:180, s. 374, anges att om ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU, får upphandlingen anses påbörjad först när avtalet har slutits, såvitt den upphandlande myndigheten inte kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt.

¹⁶ 2007 års lag har sedan den 1 januari 2008 ersatt den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. – För övergångsbestämmelser, se lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

¹⁷ Klassiska upphandlingsdirektivet ersätter sedan den 31 januari 2006 det tidigare gällande direktivet 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

¹⁸ Bestämmelserna innebär bl.a. att ett redan tecknat avtal kan ogiltigförklaras av domstol om avtalet inte har annonserats, trots att en sådan skyldighet föreläggat – se 16 kap. 15 § LOU (sedan den 1 november 2011, flyttad till 16 kap. 13 § LOU) Vidare kan den upphandlande enheten förpliktas att utge s.k. upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU.

¹⁹ CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

²⁰ Enligt 3 kap. 12 § LOU ska, om ett tjänstekontrakt upphandlas utan att något totalpris anges, värdet av kontraktet vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader och av månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

²¹ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av bl.a. A-tjänster inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) för närvarande till 200.000 euro eller 1.897.540 svenska kronor – se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2011:1575) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

Frågan om grunderna för vilka anbud som ska antas är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Syftet med de upphandlingsrättsliga reglerna är bland annat att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EU-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna.²² Det har därför i 1 kap. 9 § LOU införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling. Däribland principerna om *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.

För det fall att villkoren för leverans av viss tjänst reglerats genom ett tidigare mellan parterna upphandlat ramavtal behöver den upphandlande myndigheten inte genomföra ny upphandling, utan kan genomföra löpande beställningar antingen genom avrop enligt 5 kap. 1 och 4 §§ LOU eller förnyad konkurrensutsättning enligt 5 kap. 1 § och 5-7 §§ LOU. Av ramavtalet måste i sådant fall framgå de villkor som ska tillämpas.²³ Det är således inte möjligt att avropa exempelvis varor och tjänster med avvikelse från vad som ursprungligen har upphandlats eller att beställa annat än sådant som särskilt regleras i ramavtalet. Det är som regel heller inte möjligt att i efterhand samråda om eller komplettera redan upphandlande ramavtalsvillkor.²⁴

För det fall att avrop på ramavtal inte kan ske, exempelvis eftersom villkor för avrop inte reglerats, måste som huvudregel ny upphandling utlysas med iakttagande av LOU. Beställningar som ändå genomförs riskerar att betraktas som otillåtna direkttilldelningar.²⁵

I fråga om löpande beställningar som inte reglerats i ett tidigare upphandlat ramavtal, föreligger det som huvudregel en på principen om insyn (öppenhet/transparens) grundad obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons²⁶ inhämta konkurrerande anbud.²⁷ Vid bl.a. A-tjänsteupphandling över tröskelvärde ska en annons om upphandling på snabbast lämpliga sätt sändas till Europeiska kommissionen för publicering i EUT och i databasen TED.²⁸

Tidsfristen för annonsering av en A-tjänsteupphandling över tröskelvärde uppgår enligt huvudregeln i 8 kap. 2 och 5-6 §§ LOU till åtminstone 40 dagar. Denna frist kan, om det på grund av tidsbrist inte är möjligt att hålla tidsramen på 40 dagar, vid ett påskyndat selektivt förfarande²⁹ enligt 7 kap. 8 § LOU kortas ned till minst 20 dagar.

Endast undantagsvis får den upphandlande myndigheten, enligt 4 kap. 5-9 §§ LOU eller 15 kap. 3 § LOU³⁰ tillämpa *förhandlad upphandling utan föregående annonsering* eller *direktupphandling*, vilket inte innefattar något krav på annonsering.

²² De grundläggande principer som åsyftas finns inskrivna i 1 kap. 9 § LOU och följer av tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG (numera avdelning IV Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF).

²³ Enligt artikel 32.3 första stycket i det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) ska kontrakt som bygger på ett ramavtal som ingåtts med en enda leverantör tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet.

²⁴ Av artikel 32.2 tredje stycket i det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) framgår att parterna inte får väsentligen ändra villkoren i ett ramavtal när tilldelning av kontrakt som bygger på ramavtalet sker.

²⁵ Se bl.a. EU-domstolens dom av den 19 juni 2008 i mål nr C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur*, REG 2008, s. I-4401.

²⁶ Avseende annonseringskravet, se 15 kap. 2 § sista stycket samt 4 § LOU. Avseende skriftlighetskravet, se 15 kap. 8 § LOU.

²⁷ Vid upphandling av varor och A-tjänster under tröskelvärde eller av B-tjänster räcker det enligt 15 kap. 4 § LOU med att upphandlingen kungörs i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.

²⁸ 2 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

²⁹ Med *selektivt förfarande* avses en upphandling i två steg där den upphandlande myndigheten först genomför en prövning av anbudssökandens kvalifikationer och därefter bjuder in ett tillräckligt antal (som regel minst tre) leverantörer att lämna anbud – se 2 kap. 16 § och 11 kap. 3-5 §§ LOU.

³⁰ Den aktuella regleringen har denna förtydligande lydelse från och med den 15 juli 2010, innebörden är dock densamma som tidigare, se prop. 2009/10:180, s. 287 nederst.

Dylik s.k. direkttilldelning får som huvudregel inom den klassiska sektorn ske endast om följande förutsättningar är uppfyllda:

- upphandlingens värde är lågt³¹ eller det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande myndigheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling från samma leverantör och värdet av det nya kontraktet ingått i tröskelvärdesberäkningen av värdet av det ursprungliga projektet.

Undantaget vid synnerlig brådska gäller enbart oförutsedd brådska.³² Sådan egenförvållad brådska hos den upphandlande myndigheten som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering grundar således inte någon rätt till direktupphandling. Vidare ska enligt EU-domstolens fasta rättspraxis³³ möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EU- fördraget inom området för offentlig upphandling tolkas restriktivt³⁴ och det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.³⁵

Med stöd av ändringar som införts i LOU från och med den 15 juli 2010 ska enligt 16 kap. 13 § LOU allmän förvaltningsdomstol (förvaltningsrätt) på talan av skadelidande leverantör besluta att ett avtal som har slutits direkt mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.³⁶ Talan om sådan avtalsogiltighet måste dock, enligt 16 kap. 17 § LOU, väckas inom sex (6) månader från det att avtalet slöts.

Allmän förvaltningsdomstol kan även i fall av otillåten direkttilldelning enligt 17 kap. 1 § LOU förplikta den upphandlande myndigheten utge s.k. upphandlingsskadeavgift. Detta innebär att rätten på talan av Konkursverket beslutar om att en särskild straffavgift ska betalas av den upphandlande myndighet som har slutit avtal med en leverantör utan att iaktta annonseringskravet i LOU. Upphandlingsskadeavgift kan enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 kronor och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktsvärdet. I rättspraxis har avgiften som regel kommit att bestämmas till omkring 7 procent av kontraktsvärdet.³⁷

³¹ Med *långt värde* avses ett kontraktsvärde uppgående till högst 15 procent av gällande tröskelvärde, vilket ifråga om tjänstepupphandling inom den klassiska sektorn för närvarande medger direktupphandling inom aktuellt tjänsteslag upp till maximalt c:a 284.000 kronor per bokföringsår, se 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

³² Den nu gällande undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU har förts över till från den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - ÅLOU. Av lagförarbetsuttalanden (prop. 2001/02:142, s. 99) till bestämmelserna i 2 kap. 11 § (varor) och 5 kap. 17 § (tjänster) ÅLOU, vilka således fortfarande är aktuella (se prop. 2006/07:128, s. 429), framgår i fråga om vad som ska anses motivera synnerlig brådska bl.a. följande: ”Regeln är som tidigare avsedd främst för oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling”.

³³ Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C- 157/06, *kommissionen mot Italien*, REG 2008 s. I-7313, p. 23.

³⁴ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden av den 17 november 1993 i mål C-71/92, *kommissionen mot Spanien*, REG 1993, s. I-5923, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249.

³⁵ Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, REG 1987, s. 1039, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249. Från senare års praxis, se också domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28-01, *Kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I- 3609, p. 58, samt av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, p. 46.

³⁶ Rätten får emellertid, enligt 16 kap. 16 § (numera 16 kap. 14 §) LOU, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för sådant undantag åvilar den upphandlande myndigheten.

³⁷ Se bl.a. Förvaltningsrätten i Malmö, dom av den 9 juli 2012 i mål 4137-12, där Malmö kommun förpliktades att utge upphandlingsskadeavgift på 170.000 kronor motsvarande 7,5 procent av kontraktsvärdet samt Förvaltningsrätten i Umeå, dom av den 30 mars 2012 i mål 3834-11, där

En upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i LOU ska även ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Skadeståndet ska bestämmas så att den som kan visa rätt till skadestånd ska försättas i samma läge som om ett anbudsförfarande hade fullgjorts på ett riktigt sätt, d.v.s. full kompensation för utebliven samkostnadstäckning och handelsvinst.³⁸

I fall där den upphandlande myndigheten lagstridigt underlåtit att infordra anbud låter det sig emellertid inte lika enkelt fastställas vilken leverantör som skulle ha fått kontraktet, om anbud hade infordrats och kriterierna hade preciserats i beställarens uppfordran (hypotetisk upphandling). Ofta kan det inte beträffande någon leverantör sägas att denne skulle ha fått kontraktet. För att inte skyldigheten att infordra anbud ska urholkas, bör enligt rättspraxis även den leverantör som i en sådan situation sannolikt skulle ha lämnat ett anbud, och som därvid skulle ha haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet, kunna få skadestånd. Detta kan enligt vad Högsta domstolen uttalat i NJA 2007 s. 349 behöva uppgå till mer än nerlagda kostnader, varför en skönsmåssig bedömning måste kunna ske där skadeståndet fastställs till ett skäligt belopp.³⁹ Det kan i dylika fall dock inte krävas att det varit sannolikt att leverantören vid en korrekt upphandling hade fått kontraktet, för att leverantören skall kunna få skadestånd med ett högre belopp än som motsvarar de kostnader som denne haft.⁴⁰

Sådan talan om skadestånd ska enligt 16 kap. 21 § LOU väckas till allmän domstol (tingsrätt) inom ett år från det att avtalet slöts eller lagakraftvunnet förklarats ogiltigt av domstol. Väcks inte talan i rätt tid går rätten till skadestånd förlorad.

Yttrande

Staden har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Staden är en sådan upphandlande myndighet som vid sina anskaffningar är skyldig att iaktta regelverket i LOU. Som framgår av utredningen i ärendet har Staden i juni 2012 tecknat vad man uppger vara ett tilläggsavtal till det tidigare under 2011 upphandlade Entreprenadavtalet. Den aktuella tjänst, Fetthämningstjänsten, som avses med Tilläggsavtalet har emellertid aldrig tidigare upphandlats och regleras inte i Entreprenadavtalet. Eftersom Tilläggsavtalet avser köp av en tillkommande A-tjänst över tröskelvärdet omfattas tilldelningen av de direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LOU.

Det är för det första tveksamt om Fetthämningstjänsten överhuvudtaget innefattar sådant med hushållsavfall jämförligt avfall som enligt miljöbalkens reglering omfattas av kommunalt renhållningsmonopol. Den aktuella regleringen har funnits sedan åtminstone 1998 och Staden har i vart fall inte tidigare funnit anledning att införliva Fetthämningstjänsterna i det kommunala renhållningsmonopolet. Det har heller inte tillkommit någon ny oförutsedd omständighet som påkallar omedelbar skyldighet för Staden att utvidga det kommunala monopolet till att även avse hämtningsav slam och fett från restauranger, storkök m.m. med fettavskiljare. Den omständigheten att fettproppar upptäckts i Stadens avloppssystem som kan misstänkas komma från restauranger,

Luleå tekniska universitet (LTU) förpliktades att utge upphandlingsskadeavgift med 100.000 kronor, motsvarande c:a 8,5 procent av det aktuella kontraktsvärdet.

³⁸ Se NJA 1998 s. 873 (*Arkitekttjänst i Solna ./. Heby kommun*) samt NJA 2007 s. 349 (*Rederi AB Ishavet ./. Göteborgs kommun*).

³⁹ Se ovannämnda avgörande NJA 2007 s. 349; jfr. NJA 2000 s. 712 (*Tvättstvamparna ./. Ekerö kommun*).

⁴⁰ Se ovannämnda avgörande NJA 2007 s. 349; jfr. även art. 1.3 i det första rättsmedelsdirektivet (89/665/EG) samt ingressen till och art. 2.7 i det andra rättsmedelsdirektivet (2007/66/EG), vari talas om risk för skada respektive realistisk möjlighet att få kontraktet.

storkök m.m. *utan* fettavskiljare har knappast relevans för nu aktuella förhållanden, som avser hämtning av slam och fett från restauranger, storkök m.m. *med* fettavskiljare. Beslutet om att införa nya lokala föreskrifter med avseende på bl.a. Fetthämtning borde således ha genomförts med sådana marginaler som medger tid för ett ordinarie annonserat upphandlingsförfarande.

Beslutet om att anta de nya avfallsföreskrifterna för bl.a. Fetthämtning har vidare beretts inom Stadens nämndorganisation sedan november 2011, innan de slutligen antogs genom beslut av fullmäktige den 20 februari 2012 för att träda i kraft den 1 april 2012. Ett påskyndat annonserat öppet eller selektivt upphandlingsförfarande borde vid dessa förhållanden ha kunnat genomföras med en minsta annonseringstid på 20 dagar. Staden har under alla förhållanden haft god tid på sig att hinna genomföra ett ordinarie annonserat upphandlingsförfarande fram till den tidpunkt i juni 2012 då Tilläggsavtalet faktiskt slöts mellan parterna.

Någon sådan *synnerlig brådska*, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och som gjort det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, har således inte förelegat som medger Staden undantag från den annars enligt LOU gällande huvudregeln med krav på annonsering. Den eventuella brådska som kan ha uppkommit i slutet av februari 2012 synes närmast orsakad av bristande planering i kombination med en för kort ikraftträdandefrist för de beslutade nya lokala föreskrifterna för avfallshantering.

Mot denna bakgrund och eftersom upphandlingen inte avser något sådant lågt värde att direktupphandling kan komma ifråga och det inte har åberopats någon föreliggande ensamrätt eller annan undantagsgrund som gör att endast Entreprenören kan komma ifråga för Tilläggskontraktet, utgör Stadens aktuella beslut om tilldelning av detta kontrakt direkt till Entreprenören en överträdelse av LOU och de unionsrättsliga principer om bl.a. likabehandling, icke-diskriminering och insyn (öppenhet/transparens) som lagen bygger på. Konkurrensen på den lokala marknaden för fetthämningstjänster i Storstockholm har härigenom snedvridits.