

PM 2 2012-10-11 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Västerås stad har beslutat att utan föregående infordran av konkurrerande anbud i ett förnyat formlöst avtalsförhållande köpa tjänster för renhållning (avfallsförbränning) från ett av kommunen delägt bolag.

Västerås stad (nedan Staden) tillämpar sedan tidigare ett formlöst avtalsförhållande med det av Staden delägda renhållningsföretaget Vafab Miljö AB (nedan Vafab),¹ enligt vilket Staden avropar tjänster för omhändertagande av sådant hushållsavfall som kommunen ansvarar för. Det aktuella avtalsförhållandet är inte tidigare upphandlat eller på annat sätt konkurrensutsatt och har såvitt kunnat utredas inte dokumenterats i något skriftligt kontrakt mellan Staden och Vafab.²

Staden har sedan den 27 augusti 2004 ett konsortialavtal ("Ägaravtal")³ för Vafab med övriga ägarkommuner. Enligt konsortialavtalet har ägarkommunerna överenskommit att samverka inom avfallsområdet genom att slå samman två tidigare regionala avfallsbolag och att bilda det gemensamt ägda bolaget Vafab, vilket ska svara för den regionala avfallshanteringen. Bolagets verksamhet föreskrevs bl.a. vara att svara för regionala behandlingsanläggningar, avfallsupplag och återvinningscentraler, utföra insamling och transport av avfall och återvinningsmaterial, svara för bortforsling av farligt avfall i viss utsträckning, svara för information och regional avfallsplanering samt att teckna avtal om samarbete i avfallsfrågor med kommuner, kommunägda bolag samt andra organisationer och företag inom såväl som utanför regionen. Ägarkommunerna förband sig i konsortialavtalet att till Vafab lämna avfall som kan tas emot i bolagets anläggningar och som kommunerna ansvarar för enligt miljöbalkens reglering. Konsortialavtalet trädde i kraft i slutet av 2004 och löper till och med utgången av år 2024 och förlängs därefter med fem år åt gången såvida uppsägning inte skett. Vafab ägs av Staden med en uppgiven ägarandel på 65.399 av totalt 150.000 registrerade aktier motsvarande c:a 43,6 % procent av aktierna och röstetalet i bolaget.

Sedan 2009 tillämpar Vafab en modell för kostnadstäckning där bolagets s.k. taxa gentemot delägarkommunerna består av tre delar: dels en grundavgift för att täcka de fasta kostnader⁴ som bolaget har för omhändertagande av avfall, denna debiteras kommunerna per invånare. Dels en rörlig avgift som ska täcka de rörliga kostnaderna för att ta om hand bio-, rest- och grovavfall med mera från delägarkommunens hushåll, denna debiteras per ton. Dessutom finns en återbruksavgift för de olika fraktionerna återbruksavfall som också debiteras per ton.

Inom Västerås tillämpas ett system där utförandet av renhållningstjänsterna uppdelats i insamling och transport respektive återvinning och bortforska. Själva insamlingsverksamheten, som är en åkeritjänst, tillhandahålls av privata utförare i tjänstekontrakt som har upphandlats enligt bestämmelserna om offentlig upphandling medan tjänsten att återvinna och bortforska det insamlade hushållsavfallet utförs av Vafab i ett avtalsförhållande med Staden som aldrig har konkurrensupphandlats.

¹ Vafab Miljö AB, med organisationsnummer 556191-4200, bildades den 29 december 1975 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 12 februari 1976; Nuvarande firma registrerades 4 april 2001. Tidigare firma har varit Gotthard-Vafab Miljö AB. Nu gällande bolagsordning antogs den 27 augusti 2004. Enligt denna bolagsordning har bolaget som föremål med sin verksamhet att "...svara för den regionala avfallshanteringen i Arbogas, Enköpings, Fagersta, Hallstahammars, Heby, Kungsörs, Köpings, Norbergs, Sala, Skinn-skattebergs, Surahammars och Västerås kommuner".

² Se Stadsledningkontoret i Västerås stad, beslut av den 4 oktober 2011 angående utlämnade av allmän handling (dnr. 2011/524-KS-071). Av beslutet framgår att några kontraktshandlingar mellan Staden och Vafab med avseende på aktuella tjänster, där priser och övriga villkor för avrop reglerats mellan parterna inte kan lämnas ut eftersom några sådana handlingar inte existerar.

³ Se "Ägaravtal för Vafab Miljö AB" samtidigt undertecknat av samtliga ägarkommuner den 27 augusti 2007 (dnr. 2004/1-VMA-170). I konsortialavtalet, som bara berör ägarkommunerna, är Vafab inte kontraktstecknande part.

⁴ Med fasta kostnader avses här "på kort sikt fasta kostnader som anläggningar och personal".

För innevarande års (2012) avtalsperiod beslutade Vafabs styrelse i mars 2011⁵ att föreslå bolagsstämman och de vid stämman representerade ägarkommunerna att höja grundavgiften med 45 kronor, från 295 till 340 kronor per invånare och år. Kommunstyrelsen i Västerås beslutade att för Stadens vidkommande godkänna⁶ den av Vafabs styrelse föreslagna höjningen.⁷ Godkännandet innebär en budgeterad kostnadshöjning på c:a 2 miljoner kronor. Styrelsens förslag fastställdes genom beslut av Vafabs bolagsstämman den 28 april 2011.⁸ Det civilrättsliga avtal som därigenom uppkommit mellan Staden och Vafab har numera förklarats olagligt av Förvaltningsrätten i Uppsala, genom förordnande i dom av den 7 december 2011.⁹ Något avtalsförhållande mellan Staden och Vafab i anledning av de ovan beskrivna förfogandena föreligger således för närvarande inte.

Inför 2013 års verksamhet har Vafabs styrelse på motsvarande sätt¹⁰ föreslagit en höjd grundavgift med enligt uppgift åtta procent. Vafabs framställan har för Stadens vidkommande godkänts¹¹ genom beslut av kommunstyrelsen i Västerås den 4 april 2012.¹² Frågan om slutligt bestämmande av avgifter för 2013 lyftes emellertid bort från Vafabs ordinarie bolagsstämman den 24 april 2012, för att eventuellt fastställas vid ett senare tillfälle.

Enligt uppgifter ur Vafabs senast tillgängliga årsredovisning (2011) samt från bolagets hemsida på internet,¹³ mottog Vafab under 2011 sammanlagt 327.000. ton avfalls- och återvinningsmaterial jämte 101.300 ton täckmaterial, varav den totala andelen mottaget kommunalt hushållsavfall uppgick till 151.508 ton. Således hänför sig mer än hälften av den av Vafab mottagna avfallsmängden till annat avfall än hushållsavfall från ägarkommunerna.

Av den således mottagna volymen avfall hänför sig 67.123 ton till sådant kommunalt hushållsavfall som Staden genom avtal med andra utförare än Vafab har låtit samla in samt uppdragit åt Vafab att återvinna eller behandla.

I budget för 2012 har Staden avsatt ett belopp på 66,8 miljoner kronor för omhändertagandet av sådant hushållsavfall som Staden har låtit samla in. För 2013 kan motsvarande kostnad beräknas uppgå till c:a 67 miljoner kronor. Sålunda uppkommande kostnader ska debiteras hushållen (det s.k. renhållningskollektivet) i enlighet med kommunal renhållningstaxa.¹⁴

Det nu beslutade avtalets s.k. kontraktsvärde kan med ledning av ovan redovisade belopp uppskattas till 67 miljoner kronor per år, eller totalt 268 miljoner kronor under den fyraårsperiod som framgår av bestämmelserna om tröskelvärdesberäkning vid offentlig upphandling.

⁵ Se styrelsen för Vafab Miljö AB, protokoll av den 22 mars 2011, § 13.

⁶ Godkännandet har utformats som en instruktion till den som på Vafabs bolagsstämman ska företräda kommunens ägarandel och röstetal i bolaget ("röstombudet") att i fråga om den aktuella avgiftshöjningen rösta på visst sätt. Av beslutet framgår bl.a. följande: "*Kommunstyrelsen beslutar [...] att instruera röstombudet att rösta för [...] att anta föreslagen taxa för 2012*".

⁷ Se Kommunstyrelsen i Västerås, protokoll av den 27 april 2011, § 140/2011.

⁸ Stämmobeslutet lyder som följer: "§ 13 Avgifter 2012 inklusive hantering av sluttäckningskostnader [rubrik]. Stämman beslutade att hantera sluttäckningskostnaderna enligt alternativ 1, taxefinansiering samt att anta föreslagen taxa för 2012".

⁹ Förvaltningsrätten i Uppsala, dom om överprövning enligt 16 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU – av den 7 december 2011 i mål 5393-11. Staden yttrade sig aldrig i förvaltningsrätten utan först i ett överklagande till kammarrätt. Förvaltningsrättens avgörande har numera vunnit laga kraft genom Högsta förvaltningsdomstolens beslut av den 6 augusti 2012 i mål 1706-12, att inte bevilja Staden prövningstillstånd.

¹⁰ Se styrelsen för Vafab Miljö AB, protokoll av den 14 mars 2012, § 68.

¹¹ Godkännandet har liksom tidigare år (se fotnot 6 ovan) utformats som en instruktion till "röstombudet". Av beslutet framgår bl.a. följande: "*Kommunstyrelsen beslutar [att] instruera röstombudet att rösta för föreslagna avgifter för 2013*".

¹² Se Kommunstyrelsen i Västerås, protokoll av den 4 april 2012, § 143/2012.

¹³ http://www.vafabmiljo.se/filarkiv/Pdf/vafabmiljo_statistik11_webb.pdf.

¹⁴ Se Tekniska nämnden i Västerås, driftsbudget för 2012, jämte noter och anvisningar. Se vidare tjänsteskrivelse Stadsledningskontoret/Tekniska nämnden, av den 3 oktober 2011 (dnr 2011/194-TN-041).

Gällande rätt

Kommunernas ansvar för renhållning m.m. regleras genom bestämmelser i miljöbalken (MB), avfallsförordningen (2001:1063) samt genom kommunala renhållningsordningar och avfallsplaner.

Av 15 kap. MB framgår att samtliga kommuner är skyldiga att se till att i vart fall allt hushållsavfall inom deras område tas om hand. Skyldigheten enligt miljöbalken innebär att hushållsavfall 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 avfall. Insamlingsverksamheten omfattas således av kommunalt monopol. Något motsvarande monopol för tjänsten att omhänderta avfall genom återvinning eller behandling föreligger däremot inte, dock torde den renhållningsansvariga kommunen genom insamlingsmonopolet rent faktiskt besitta dylikt avfall och kan därmed förfoga även över processen för avfallets omhändertagande.

En kommun kan välja antingen att handha renhållningen i egen regi eller att uppdra åt någon annan, exempelvis ett privat eller kommunalt företag, att för kommunens räkning genomföra insamlingen och/eller omhändertagandet av avfall.

En kommunal myndighets kontrakt med ett fristående rättssubjekt kan, om kontraktet innefattar tillhandahållande av tjänster mot ersättning, utgöra antingen ett *offentligt tjänstekontrakt* eller en *tjänstekoncession*. Vilka bestämmelser som ska tillämpas beror ytterst på förutsättningarna för avtalet samt hur detta har utformats. Oaktat vilka bestämmelser som ska tillämpas gäller emellertid alltid EU-fördragets grundläggande bestämmelser om fri rörlighet¹⁵, liksom de på fördraget vilande principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt öppenhet (transparens eller insyn).¹⁶ Att inte alls infordra anbud i samband med tilldelningen av en tjänstekoncession är enligt EU-domstolens rättspraxis varken förenligt med kraven i fördragen eller med de grundläggande principerna om bl.a. likabehandling och icke-diskriminering samt öppenhet (transparens).¹⁷

Tjänstekoncession

Med tjänstekoncession avses ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt, men med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels viss betalning.¹⁸

Tjänstekoncessioner kännetecknas enligt det s.k. *nyttjanderättskriteriet* av att två förutsättningar samtidigt ska vara uppfyllda. För det första ska koncessionshavaren erhålla rätten att utnyttja de för koncession upplåtna tjänsterna ekonomiskt. För det andra ska den ekonomiska risken i samband med tjänsternas utövande övergå på koncessionshavaren ensam.¹⁹

¹⁵ Bestämmelser om etableringsfrihet och fri rörlighet återfinns i art. 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

¹⁶ Enligt 1 kap. 12 § LOU gäller i fråga om s.k. tjänstekoncessioner enbart att om en upphandlande myndighet beviljar någon annan än en upphandlande myndighet särskilda rättigheter eller ensamrätt att bedriva verksamhet i det allmänna intresse, ska den handling varigenom denna rätt beviljas innehålla en bestämmelse som innebär att innehavaren av rättigheten eller ensamrätten ska iakta principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet när den tilldelar tredje man varukontrakt, se även 1 kap 2 § LOU sjätte stycket samma lag.

¹⁷ Se EU-domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397, domskälen p. 50 samt domslutet p. 2.

¹⁸ En definition av begreppet *tjänstekoncession* återfinns i bl.a. artikel 1.4 av 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). Där anges bl.a. följande: ”*Tjänstekoncession: ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning*”. Med *offentligt kontrakt* avses enligt artikel 1, punkten 2a ”*skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i [direktivet]*”. Enligt samma artikel, punkten 2d definieras *offentligt tjänstekontrakt* vidare som ”*andra offentliga kontrakt än offentliga byggtreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i [direktivets] bilaga II*”. Vid blandade kontrakt som avser såväl en kombination av tjänster med entreprenadarbeten eller varor gäller enligt den s.k. överviktsprincipen att kontraktet ska betraktas enligt den kategori som värdemässigt dominerar upphandlingen (se i artikel 1.2d andra stycket).

¹⁹ EU-kommissionen har i ett tolkningsmeddelande av den 12 april 2000 avseende koncessioner enligt EU-rätten angivit bl.a. att ”*Nyttjanderättskriteriet är avgörande när det gäller att fastställa om ett avtal är en tjänstekoncession eller inte. Enligt detta kriterium rör det sig om en koncession, om tjänsteleverantören tar riskerna i samband med den tillhandahållna tjänsten (etablering och nyttjande) och tar ut ersättning av användaren, t.ex. via avgifter i vilken form det än vara må. Sättet på vilket tjänsteleverantören får ersättning är, liksom för byggtkoncessioner,*

Förutsättningarna för att en myndighet ska kunna tilldela tjänstekoncession är således att koncessionshavaren ges rätten att kommersiellt utnyttja anläggningen/tjänsten och att myndigheten därigenom överlåter den ekonomiska risk som är förenad med verksamheten.²⁰ Koncessionshavaren ska inte endast ta den ekonomiska risken under uppbyggnadsfasen utan även de finansiella och ekonomiska risker som är förenade med drift och nyttjandegrad av anläggningen.²¹

Avtal där uppdragstagaren betalas av den upphandlande myndigheten, eller ges garantier om full kostnadstäckning för det fall han utför arbetet på ett (enligt avtalet) tillfredsställande sätt kan exempelvis inte anses utgöra någon koncession.

I svensk nationell rättspraxis²² har ett uppdrag att samla in och ta omhand hushållsavfall ansetts innefatta tjänstekoncession till följd av att utföraren (ett kommunalt energibolag) även givits rätten att med tillämpning av kommunens renhållningstaxa debitera renhållningskollektivet direkt.²³

Offentlig upphandling

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelningen av bland annat ett *offentligt tjänstekontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser tillhandahållande av bl.a. tjänster. Karakteristiskt för ett offentligt tjänstekontrakt är att leverantören mot ersättning ska åta sig att utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning men att den kommersiella risk som kan förknippas med kontraktet i väsentliga delar inte överförs på leverantören.²⁴

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats²⁵ efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.²⁶ 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 byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).²⁷ För upphandling som har *påbörjats*²⁸ efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. tillgängliga rättsmedel.²⁹

en faktor som gör det möjligt att fastställa vem som tar på sig risken i samband med nyttjandet. Tjänstekoncessioner kännetecknas, liksom byggkoncessioner, av att ansvaret för nyttjandet överförs på koncessionshavaren. [...] Om den upphandlande myndigheten har garanterat full återbetalning av investeringen och därmed undanröjt alla risker i samband med driften av anläggningen skulle riskmomentet vara borta och avtalet betecknas som ett offentligt upphandlingskontrakt [...] och inte ett koncessionsavtal". (tolkningsmeddelandet s. 10).

- ²⁰ Avseende kravet på ekonomisk risk, se EU-domstolens dom av den 10 september 2009 i mål C-206/08, *Eurawasser*, REG 2009 s. I-0000. Domstolen fastslog där att den omständigheten att uppdragstagaren vid ett avtal om tjänster inte erhåller ersättning direkt från den upphandlande myndigheten, men har rätt att ta ut ersättning från tredje man, kan vara tillräcklig för att avtalet ska anses utgöra en tjänstekoncession, under förutsättning att uppdragstagaren övertar hela eller åtminstone en betydande del av den risk som den upphandlande myndigheten skulle löpa om den utförde tjänsten själv, även om denna risk redan från början är mycket begränsad på grund av de offentligrättsliga villkoren för tjänstens organisation.
- ²¹ Tolkningsmeddelandet (se ovan not 20), sid. 7.
- ²² Se Kammarrätten i Göteborg, dom av den 23 maj 2011 i mål 6515-10, vilken numera vunnit laga kraft genom att Högsta förvaltningsdomstolen i mål 3550-11 inte medgivit prövningstillstånd.
- ²³ Av 27 kap. 4 och 6 § miljöbalken ska avgift för insamling, transport återvinning och bortförskaffande av hushållsavfall enligt kommunens bestämmande betalas till kommunen eller till den som utför renhållningen.
- ²⁴ Begreppet *offentligt kontrakt* ska enligt EU-kommissionen tolkas vidsträckt och omfattar såväl alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande myndighet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande myndighetens förfogande samt utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten åt den upphandlande myndigheten.
- ²⁵ En upphandling ska enligt prop. 2006/07:128 del I, s. 447 och 568 anses *påbörjad* när den upphandlande myndigheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud. I prop. 2009/09:180, s. 374, anges vidare 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. Se även EU-domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, enligt vilken en upphandling ska kunna överprövas i nationell domstol från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan.
- ²⁶ 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.
- ²⁷ 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).

Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande tjänster, innefattande hantering av ofarligt avfall (CPV 90513000-6) samt avfallsförbränning (CPV 90513300-9)³⁰ utgör s.k. A-tjänster, kategori 16 enligt bilaga 2 till LOU. Om det samlade värdet av ett sådant 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, normalt genom öppen upphandling eller selektiv upphandling. Enbart om det aktuella kontraktsvärdet understiger detta tröskelvärde, får upphandlingen genomföras med ledning av de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU, normalt genom en s.k. *förenklad upphandling* eller urvalsupphandling.

Ett icke annonserat förfarande, där den upphandlande myndigheten vänder sig direkt till viss leverantör (*förhandlat förfarande utan föregående annonsering* eller *direktupphandling*), tillåts förekomma endast undantagsvis under vissa i lagen särskilt angivna förutsättningar (se vidare nedan).

Enligt 3 kap. 3 § LOU ska värdet av det kontrakt som ska upphandlas uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Om ett offentligt tjänstekontrakt upphandlas för att löpa tills vidare och något totalpris inte anges ska enligt 3 kap. 12 § LOU kontraktet uppskattas som ett 48-månaderskontrakt. För närvarande och vid den aktuella tidpunkten uppgår tröskelvärdet för kommunal upphandling av A-tjänster inom den s.k. klassiska sektorn till 1.897.540 kronor.³¹

Skyldighet att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling omfattar bl.a. kommunala myndigheter och beslutande församlingar i kommuner och landsting (och även kommunala bolag). Den som är skyldig att iakttä lagens bestämmelser utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU ”*upphandlande myndighet*”.³² Tillsyn över den offentliga upphandlingen utövas av Konkurrensverket.³³

Bestämmelserna i LOU är tvingande för upphandlande myndigheter.³⁴ Lagen behöver enligt 1 kap. 7 § emellertid inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten. Den omständigheten att en upphandlande myndighet tror sig veta att enbart en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk

²⁸ 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.

²⁹ 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.

³⁰ 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).

³¹ 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) 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.

³² Genom införandet av 2007 års lagar om upphandling har inom den klassiska sektorn beteckningen *upphandlande enheter* mönstrats ut och ersatts med *upphandlande myndigheter*. Beteckningen *upphandlande enhet* förekommer numera enbart på organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

³³ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret avseende offentlig upphandling från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) till Konkurrensverket.

³⁴ Se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU, se även RÅ 2008 ref. 26.

ensamsituation) medför däremot inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.³⁵

Enligt 2 kap. 10 a § LOU gäller emellertid undantagsvis det tidigare nämnda s.k. *Teckal-undantaget*, att upphandlande myndigheter som tilldelar kontrakt till fristående juridiska personer som de själva är delägare i kan göra detta utan föregående upphandlingsförfarande. Möjlighet till Teckal-undantag föreligger dock enbart om följande förutsättningar samtidigt är uppfyllda:

1. den upphandlande myndigheten ska utöva en kontroll över den juridiska personen som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, och
2. i fall då den juridiska personen även utför verksamhet tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten, denna verksamhet endast är av marginell karaktär.³⁶

Vid undersökningen huruvida punkten 1, det s.k. *kontrollrekvisitet*, är uppfyllt ska det enligt EU-domstolens praxis³⁷ framgå att den fristående juridiska person som tilldelats kontraktet är underställd en kontroll som gör det möjligt för myndigheten att påverka de beslut som fattas av nämnda företag. Det ska vara fråga om en möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande ifråga om såväl den fristående enhetens strategiska mål som dess viktiga beslut.³⁸

För det fall den juridiska personen bedriver annat än *marginell verksamhet* på den allmänna marknaden, föreligger enligt punkten 2, det s.k. *verksamhetsrekvisitet*, inte någon möjlighet till Teckal-undantag. Enligt EU-domstolen har denna begränsning särskilt till syfte att säkerställa att upphandlingsdirektiven är tillämpliga i de fall då företag, som kontrolleras av en eller flera myndigheter, är aktiva på marknaden och således kan konkurrera med andra företag. Ett företag berövas nämligen, enligt domstolen, inte nödvändigtvis sin handlingsfrihet endast på grund av att kontrollrekvisitet är uppfyllt om företaget fortfarande kan utöva en betydande del av sin ekonomiska verksamhet tillsammans med andra aktörer.³⁹

³⁵ Se EU-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. I domen behandlas bl.a. en upphandling av omhändertagande av avfall där en central rättsfråga var huruvida en upphandlande enhet kan lägga sin uppfattning att inga andra leverantörer rent faktiskt kan komma ifråga till grund för att underlåta infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. Förbundsrepubliken Tyskland medgav att de i EG:s upphandlingsdirektiv stadgade villkoren för att underlåta anbudsinfordran från flera företag inte hade uppfyllts, men hänvisade till att den valda leverantören rent faktiskt var det enda företag som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande (se punkten 57). EU-domstolen, som emellertid inte fann att detta kunde utgöra tillräckligt skäl för att underlåta upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden, uttalade bl.a. att ett förfarande som används på grund av att det föreligger skäl för undantag (i målet var det ett tekniskt skäl som åberopades) måste vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och att ”risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens” (se punkterna 62 och 63). Förbundsrepubliken Tyskland fälldes således av EU-domstolen för att ha åsidosatt EU:s upphandlingsdirektiv 92/50/EEG (tjänsteupphandlingsdirektivet). Efter domstolens avgörande har Europeiska kommissionen inlett ett nytt förfarande gentemot Förbundsrepubliken Tyskland i syfte att även tvinga fram omedelbart upphörande av de avtal som tecknats i den kritiserade upphandlingen (se Europeiska kommissionens pressmeddelande av den 25 oktober 2004- IP/04/1294 jfr även pressmeddelandet den 31 mars 2004 – IP/04/428).

³⁶ I RÅ 2008 ref. 26, de s.k. SYSAV-målen, bedömde Regeringsrätten att en tilldelning som sker från en kommun till en av denna hel- eller delägare juridisk person omfattas av upphandlingsskyldighet enligt LOU, såvitt något i lagen angivet undantag inte anger annat. I enlighet med domstolens avgörande i det s.k. *Dalatrafik-målet* (RÅ 2000 ref. 60) föreligger det heller inte några lagliga möjligheter för kommuner att till sina egna bolag ”överföra” utförandet av vissa kommunala angelägenheter, så länge särskild ersättning utgår för tjänsternas fullgörande. Den 15 juli 2010 infördes i 2 kap. 10 a § LOU den undantagsbestämmelse, här angiven som Teckal-undantag, som under vissa, särskilt angivna, omständigheter medger tilldelning utanför LOU (SFS 2010:570). Den aktuella lagändringen gäller under en tidsbegränsad period, fram till den 1 januari 2013.

³⁷ Se bl.a. EU-domstolens dom av den 11 maj 2006 i mål C-340/04, *Carbotermo och Consorzio Alisei*, REG 2006, s. I- 4137, p.36, se även domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397, p.65 jämte dom av den 13 november 2008 i mål C-324/07, *Coditel Brabant*, REG 2008, s. I-8457, p. 28.

³⁸ Se bl.a. EU-domstolens avgörande i ovannämnda mål C-324/07 (*Coditel*), p. 28.

³⁹ Se EU-domstolens avgörande i ovannämnda mål C-340/04 (*Carbotermo*), pp. 60 och 61, samt domstolens dom av den 18 december 2007 i mål C- 220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, REG 2007 s. I- 12175, p. 62.

Vad som i här relevant avseende ska avses med marginell verksamhet får enligt unionsrättslig praxis bedömas från fall till fall. Enligt ett avgörande av EU-domstolen i mål C-295/05 (*Asemfo mot Tragsa*)⁴⁰ kan verksamhetskriteriet anses vara uppfyllt om minst 90 procent av den fristående enhetens verksamhet kan sägas vara bedriven tillsammans med den eller de upphandlande myndigheter som innehar enheten. Det går dock inte av domen att utläsa att en sådan procentuell fördelning skulle vara ett generellt gränsvärde för när verksamhetskriteriet är uppfyllt. Tvärtom utesluter inte denna dom, eller EU-domstolens praxis i övrigt, att en annan fördelning – såväl högre som lägre – skulle kunna vara aktuell som gräns beroende på omständigheterna i det enskilda fallet. Inte minst vinner denna slutsats stöd i att såväl kvalitativa som kvantitativa omständigheter ska beaktas i bedömningen av om kriteriet är uppfyllt.

Från svensk nationell rättspraxis förtjänar framhållas en dom från Kammarrätten i Stockholm, där en verksamhetsandel motsvarande 86,9 gentemot ägarna inte ansågs uppfylla det s.k. verksamhetsrekvisitets krav på att endast marginell verksamhet får bedrivas utanför ägarkretsen.⁴¹

All den verksamhet som det ifrågavarande företaget bedriver inom ramen för en *tilldelning* av ett kontrakt som har gjorts av den upphandlande myndigheten ska enligt unionsrättslig praxis beaktas vid bedömningen av verksamhetsrekvisitet, oberoende av vem som betalar för denna verksamhet – den upphandlande myndigheten eller de som använder de tillhandahållna tjänsterna. Det saknar enligt EU-domstolens praxis i detta avseende betydelse på vilket territorium verksamheten bedrivs.⁴²

Av anslutande svenska lagförarbeten framgår att möjligheten till s.k. Teckal-undantag enligt 2 kap. 10 a § LOU inte innebär någon automatisk befrielse från upphandlingsskyldighet. Det ankommer istället på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall göra en bedömning huruvida villkoren i bestämmelsen är uppfyllda. Regeringen framhåller i propositionen att det är viktigt att upphandlande myndigheter går igenom sina bolagskonstruktioner och gör en analys av om villkoren i undantagsbestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU kan anses vara uppfyllda eller om några förändringar behöver göras. Bestämmelsen ställer stora krav på den upphandlande myndighetens kontroll av den juridiska personen och att verksamheten i huvudsak bedrivs tillsammans med ägaren. Detta medför, enligt regeringen, att många bolag eller andra former av juridiska personer som finns i dag sannolikt inte är organiserade på ett sådant sätt att bestämmelsens villkor är uppfyllda.⁴³ Regeringen påpekar också särskilt att det enligt unionsrätten inte är möjligt att generellt undanta tjänster för avfallshantering från upphandlingsskyldighet.⁴⁴

Vidare framgår av propositionstexten, att förutsättningarna för Teckal-undantag, motsvarande kontroll- och verksamhetskriterierna, ska tolkas restriktivt⁴⁵ och att det är den som åberopar undantagsbestämmelsen som har bevisbördan för att villkoren verkligen är uppfyllda.⁴⁶

⁴⁰ Se EU-domstolens dom av den 19 april 2007 i mål C- 295/05, *Asemfo vs. Tragsa*, REG 2007, s. I-2999, pp. 55-57, jfr även domstolens dom av den 13 november 2008 i mål C-324/07, *Coditel Brabant*, REG 2008, s. I-8457 p. 49.

⁴¹ Se Kammarrätten i Stockholm, dom av den 8 november 2011 i mål 789-10 (*Nynäshamn Världis*), vilken numera vunnit laga kraft genom att Högsta förvaltningsdomstolen i mål 7089-11 inte medgivit prövningstillstånd.

⁴² Se EU-domstolens avgörande i ovannämnda mål C-340/04 (*Carbotermo*), punkten 3 i domslutet.

⁴³ Prop. 2009/10:134, s. 84 samt Ds 2009:36, s. 83.

⁴⁴ Prop. 2009/10:134, s. 47, mitten. En remissinstans, Falu kommun, hade i yttrande påtalat att flertalet kommuner inte klarar verksamhetskriteriet och att promemorians lagförslag därför inte är tillräckligt. Staden förordade därför att tjänster för avfallshantering generellt skulle undantas från upphandlingsskyldighet.

⁴⁵ Prop. 2009/10:134, s. 47 samt Ds 2009:36, s. 83. I de aktuella texterna används termen ”strikt”, som är hämtad från översatta domstexter. Termen restriktivt, vilken återfinns i vissa av de aktuella domarna, framstår dock som mer förenlig med det svenska språket (se bl.a. EU-domstolens avgörande i det ovannämnda målet C-340/04, *Carbotermo*, p. 55).

⁴⁶ Prop. 2009/10:134, s. 13 och 47 samt Ds 2009:36, s. 26 och 83. Se även EU-domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle och RPL Lochau*, REG 2005, s. I-1, p. 46, samt domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397, p.63, jämte dom av den 6 april 2006 i mål C-410/04, *ANAV*, REG 2006, s. I- 3303, p. 26. Detta har bl.a. av Kammarrätten i Stockholm (se not 41) åberopats till stöd för en restriktiv bedömning i fråga om möjligheten till s.k. Teckal-undantag.

För det fall att upphandling enligt LOU ska genomföras, ska enligt huvudregeln i 1 kap. 9 § samma lag den upphandlande myndigheten behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet (transparent) sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Syftet med LOU jämte de bakomliggande EU-direktiven och fördragsbestämmelserna är att säkra att offentlig upphandling sker genom en effektiv konkurrens samt att leverantörer och deras ansökningar och anbud behandlas på ett likvärdigt och förutsebart sätt. Reglerna är utformade bl.a. i syfte att försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader samt att korruption motverkas.

Som regel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar. En annons om upphandling ska på snabbaste lämpliga sätt sändas till Europeiska kommissionen,⁴⁷ för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.⁴⁸

Företag som tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”leverantörer” som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).

Enligt 4 kap. 5-8 §§ eller 15 kap. 3 § LOU föreligger vid bl.a. tjänsteupphandling undantag från denna skyldighet under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är lågt⁴⁹ 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.

Konkurrensverket har inom ramarna för sin tillsynsverksamhet och efter samråd med regeringen utrett förhållandena på avfallsmarknaden.⁵⁰ I beslut av den 10 oktober 2008⁵¹ konstaterade verket att Stadens nu aktuella förfarande, att genom formlösa periodiska avtal köpa tjänster direkt från Vafab, innebär en överträdelse mot upphandlingslagstiftningen eftersom förekommande kontraktstilldelningar inte sker enligt de procedurregler som gäller för ett annonserat öppet eller selektivt förfarande. Av Konkurrensverkets beslut framgår bl.a. följande:

”[Staden] har åberopat att [Vafab] är en upphandlande myndighet och att bolaget genom offentliga upphandlingar konkurrensutsätter stora delar av verksamheten. Att [Vafab] fullgör sina skyldigheter avseende det upphandlingsrättsliga regelverket kan emellertid inte frita [Staden] från att fullgöra sina skyldigheter enligt detta regelverk. Inte heller har det framkommit någon annan omständighet som kan berättiga att kontraktet tilldelats utan att ha upphandlats enligt de procedurregler som gäller för öppet eller selektivt förfarande enligt upphandlingslagstiftningen. [Stadens] beslut att direktupphandla tjänsterna från ett företag som på visst sätt är knutet till staden strider därför mot det upphandlingsrättsliga regelverket.

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

⁴⁸ Tenders Electronic Daily (TED) är Europeiska unionens databas för annonsering av bl.a. offentlig upphandling. Databasen utgör ett tillägg till Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och publicerar annonser som har skickats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE).

⁴⁹ Med *långt värde* avses ett kontraktswärde uppgående till högst 15 procent av gällande tröskelvärde, vilket ifråga om tjänsteupphandling inom den klassiska sektorn medger direktupphandling inom aktuellt tjänsteslag upp till maximalt 287.966 kronor per bokföringsår, se 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

⁵⁰ Se Konkurrensverkets rapportserie, rapporten Upphandling av avfallstjänster från november 2008 (2008:4).

⁵¹ Konkurrensverket, beslut av den 10 oktober 2008 ”Västerås stads köp av avfallstjänster” (dnr. 260/2008).

Konkurrensverket finner sammanfattningsvis att [Staden] brutit mot upphandlingslagstiftningen genom att inte tilldela kontrakt avseende avfallstjänster enligt de procedurregler som gäller för öppet eller selektivt förfarande. Den svenska upphandlingslagstiftningen bygger idag på det antagandet att upphandlande myndigheter inte kommer att upprätthålla kontrakt som visat sig ha ingåtts i strid mot upphandlingsrättsliga regelverket. Som tillsynsmyndighet över den offentliga upphandlingen har Konkurrensverket även i denna del att följa upp huruvida myndigheterna verkligen följer regelverket”.

EU-kommissionen har vid två tillfällen riktat s.k. *formella underrättelser*⁵² mot Sverige, där regeringen uppmärksammats på att svenska kommuners hantering av renhållningskontrakt riskerar att innebära och också rent faktiskt innebär överträdelse av gällande fördragsbestämmelser och upphandlingsdirektiv.⁵³ I förlängningen kan Sverige komma att dras inför EU-domstolen med anklagelse om fördragsbrott, vilket för svenskt vidkommande riskerar medföra påföljd i form av böter eller viten.

I fråga om otillåten direkttilldelning som har påbörjats efter den 15 juli 2010 kan domstol på talan av en konkurrerande leverantör enligt 16 kap. 15 § LOU förklara avtalen ogiltiga.⁵⁴ Den upphandlande enheten kan vid otillåten direkttilldelning också förpliktas att utge s.k. upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU.⁵⁵

Yttrande

Västerås kommun 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 (kommunstyrelsen i Västerås) är en sådan *upphandlande myndighet* som är skyldig att iaktta vad som föreskrivs i LOU. Av utredningen framgår att Staden sedan tidigare tillämpar ett system med formlösa avrop av tjänster för omhändertagande av avfall direkt från Vafab.

⁵² En *formell underrättelse* som riktas till en medlemsstat utgör det första formaliserade steget i ett av EU-kommissionen initierat överträdelseförfarande, om EU-kommissionen anser att en medlemsstat har underlåtit att uppfylla en skyldighet enligt fördraget. Det andra steget i förfarandet utgörs av ett *motiverat yttrande*, där EU-kommissionen, efter att ha tagit del av medlemsstatens synpunkter, framför krav på rättelse i visst avseende. Om den berörda staten sedan inte rättar sig efter yttrandet inom den tid som kommissionen har angivit, får kommissionen enligt artikel 226/EG föra ärendet vidare till EU-domstolen. EU-kommissionen ska ange det standardbelopp eller det vite som den med hänsyn till omständigheterna anser det lämpligt att den berörda medlemsstaten ska betala. Det slutliga beslutet avseende åläggande av de straffavgifter som föreskrivs i artikel 260 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) fattas av domstolen inom ramen för en särskild process mot medlemsstaten. Straff- och vitesbelopp som i dessa fall kan komma ifråga kan med hänsyn till överträdelsernas art och övriga omständigheter bli betydande.

⁵³ EU-kommissionen, formell underrättelse av den 13 december 2006 till Sveriges ständiga representation vid EU (KOM:s ref. SG-Greffé (2007) D/204092, ärendenummer 2006/4900) – svenskt diarienummer Dnr. 17/1616; samt formell underrättelse av den 28 januari 2010 (KOM:s ref. SG-Greffé (2010) D/903, ärendenummer 2009/4080), regeringskansliets dnr. Fi2010/641. Ärendet har härefter avskrivits från kommissionen efter det att Sverige (regeringen) utfäst sig om rättelse i de granskade fallen.

⁵⁴ Enligt 16 kap. 15 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling i sin lydelse efter den 15 juli 2010 ska rätten, 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. Rätten får dock, enligt 16 kap. 16 § LOU, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för att sådant undantag ska komma ifråga åvilar den upphandlande myndigheten. Den effekt som uppkommer vid ett således meddelat beslut om ogiltigförklaring av domstol är s.k. *ursprungsnullitet*, d.v.s. ett retroaktivt, för båda parter ömsesidigt upphörande av alla avtalsförpliktelser. Detta innebär inte enbart att samtliga framtida förpliktelser i anledning av ett avtal upphör att äga giltighet; de berörda avtalsparterna ska även bära åter vad de hittills har erhållit som prestation enligt avtalet. Betalningar är alltid möjliga att återföra. När det gäller andra prestationer som exempelvis redan konsumerade varor och utförda tjänster är det emellertid svårare att verkställa en återgång. En godtroende leverantör är under alla förhållanden skyldig att återbetala den ersättning han erhållit enligt avtalet. Han kan därefter möjligen söka kompensation genom skadestånd för sådana direkta kostnader som avtalsförhållandet hittills har inneburit för honom.

⁵⁵ Enligt 17 kap. 1 § LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om bl.a. myndigheten, genom exempelvis otillåten direkttilldelning, har slutit avtal med en leverantör utan att iaktta lagens annonseringskrav. Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktets värde.

Detta således konkludenta avtalsförhållande har tidigare vidmakthållits genom årsvisa, av Vafabs bolagsstämma antagna, prisvillkor vilka efter beslut i kommunstyrelsen kommit att godkännas av Staden genom dess ägarrepresentanter i bolaget.

Någon upphandling med infordran av anbud på den allmänna marknaden har sålunda aldrig skett mellan Staden och Vafab. Detta medför, enligt vad Konkurrensverket konstaterade redan 2008, ett brott mot upphandlingslagstiftningen.

Stadens löpande avtalsförhållande men Vafab har emellertid numera brutits genom förvaltningsrättens lagakraftvunna beslut i december 2011, att ogiltigförklara Stadens avtal med Vafab.

När Staden nu, i april 2012 beslutade godkänna ett nytt avtal med Vafab avseende även 2013 års verksamhet innebär detta, liksom tidigare avtal, ett kringgående av de bestämmelser enligt EU:s primärrätt som ytterst syftar till att garantera en fri etableringsrätt och fri rörlighet av varor och tjänster.

Avtalet innebär att Staden köper tjänster av Vafab, vilket även erhåller betalning direkt från Staden. Förfarandet innebär således inte att Vafab erhåller enbart rätten att utnyttja de upplåtna tjänsterna ekonomiskt. Någon ekonomisk risk i samband med tjänsternas utövande överförs inte heller från Staden till Vafab. Avtalet utgör därmed inte någon tjänstekoncession. Bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling ska därmed göras tillämpliga på avtalet.

Upphandlingsförfarandet har påbörjats efter den 15 juli 2010. De i LOU införda rättsmedelsbestämmelserna om avtalsogiltighet och upphandlingsskadeavgift är således tillämpliga på detta avtal. Eftersom upphandlingen avser A-tjänster till ett samlat kontraktswärde som väsentligen överstiger gällande tröskelvärde ska de av EU-direktiv styrda bestämmelserna i 1-14 kap. LOU tillämpas.

Eftersom mer än hälften av den av Vafab mottagna avfallsmängden består av annat avfall än hushållsavfall från ägarkommunerna är Vafab således verksamt och konkurrerar på den allmänna marknaden inte endast i marginell omfattning. Det s.k. verksamhetsrekvisitet, som utgör förutsättning för ett s.k. Teckal-undantag enligt 2 kap. 10 a § LOU, kan därmed inte anses uppfyllt.

Någon lagstadgad ensamrätt som medför att endast Vafab kan komma ifråga för att tillhandahålla Staden med aktuella renhållningstjänster föreligger heller inte. Den aktuella upphandlingen ska därför genomföras med iakttagande av huvudregeln om annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 § LOU.

Upphandlingen avser inte lågt värde och Staden har inte påstått, än mindre visat att det vid tidpunkten för de nu aktuella förfogandena i april 2012 ska ha förelegat någon synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte heller beror på Staden. Detta framstår som särskilt uppenbart med beaktande av att Staden redan sedan tidigare – efter Konkurrensverkets utredning 2008 och nu genom förvaltningsrättens dom i december 2011 – tydligt har uppmärksammat på att förekommande direktköp från Vafab är olagliga.

Någon tidigare konkurrensupphandling har inte genomförts av staden från Vafab och det är inte fråga om kompletteringsbeställning av tjänster som tidigare har upphandlats enligt LOU eller motsvarande reglering. Det är heller inte så att de aktuella tjänsterna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras endast av Vafab. Inget av de i LOU förekommande undantagen från kravet på annonsering är således tillämpligt i det nu aktuella fallet.

Ett skriftligt underlag skulle således ha upprättats innan upphandlingen påbörjades och en annons om upphandlingen skulle ha införts i EU:s databas för offentlig upphandling, TED. Härigenom skulle även andra leverantörer än Vafab ha beretts möjlighet att lämna anbud på lika villkor. Genom att inte iaktta dessa grundläggande formkrav har Staden brutit mot LOU och de EU-rättsligt grundade principer som lagen bygger på. Eftersom det rör sig om ett upprepat förfarande som numera även konstaterats strida mot domstols dom förtjänar Staden allvarlig kritik.