



SÖKANDE

1. I L Recycling AB, 556056-2687
Box 5388
102 49 Stockholm

2. Ragn-Sells AB, 556057-3452
Box 952
191 29 Sollentuna

3. SAKAB EcoPlus AB, 556527-2944
205 09 Malmö

Ombud för 1-3:

Chefjuristen Pär Cronhult
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Avfallshantering Östra Skaraborg, 222000-1206
541 83 Skövde

SAKEN

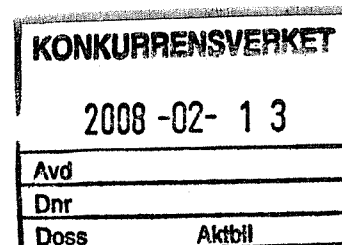
Överprövning av upphandlingsförfarande enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Länsrätten bifaller framställningen och förordnar att Avfallshantering Östra Skaraborgs upphandling av tjänster för sophantering (avfallsförbränning) skall göras om.

BAKGRUND

Avfallshantering Östra Skaraborg ingick den 15 oktober 2003 ett samarbetsavtal med Skövde Värmeverk AB. Avtalet innehåller bland annat att Avfallshantering Östra Skaraborg förbinder sig att under tiden den 1 januari



2005 till den 1 januari 2013 leverera allt brännbart hushållsavfall från sitt verksamhetsområde till av Skövde Värmeverk uppförd avfallsförbränningsanläggning inom Skövde kommun. Skövde Värmeverk AB förbinder sig å sin sida att mottaga och förbränna brännbart hushållsavfall från Avfallshantering Östra Skaraborgs verksamhetsområde. Skövde Värmeverks mottagningsavgift för brännbart avfall från Avfallshantering Östra Skaraborg utgjorde 500 kr per ton för leveranser från den 1 januari 2005.

YRKANDEN M.M.

I L Recycling AB, Ragn-Sells AB och SAKAB EcoPlus AB har i en gemensam framställning till länsrätten den 4 december 2006 begärt överprövning enligt LOU av upphandlingsförfarandet och därvid yrkat att upphandlingen skall göras om och genomföras med iakttagande av de bestämmelser som förskrivs enligt LOU. Sökandena har som grund för framställningen uppgett följande. Avfallshantering Östra Skaraborg har, utan att iaktta kravet på affärsmässighet enligt LOU, tecknat avtal direkt till Skövde Värmeverk AB, innebärande att bolaget löpande mot ersättning skall mottaga och förbränna sådant avfall som Avfallshantering Östra Skaraborg samlat in på uppdrag av sina medlemskommuner. Sökandebolagen - vilka var för sig kan tillhandahålla aktuella tjänster för avfallsförbränning - har därmed uteslutits från möjlighet att i konkurrens med varandra och med andra företag delta med anbud i den aktuella upphandlingen. Sökandebolagen har härigenom lidit skada.

Sökandena har i framställningen även åberopat att något annonserat upphandlingsförfarande med infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden inte har genomförts samt till utveckling av sin talan anfört bland annat följande.

Enligt 1 kap. 5 § LOU innefattar varje avtal som en upphandlande enhet ingår med annan fysisk eller juridisk person avseende köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster "upphandling" i lagens mening.

Tjänster för bland annat sophantering enligt kategori 16 i bilaga A till LOU skall, om det sammanlagda kontraktsvärdet överstiger tröskelvär-

det 200 000 euro eller (i oktober 2005) 1,845 miljoner kronor, upphandlas enligt bestämmelserna för den direktivstyrda s.k. klassiska sektorn som finns införda i 1 kap. och 5 kap. LOU.

Med ledning av vad som framkommit från Avfallshantering Östra Skaraborgs leverantörsreskontra kan kontraktsvärdet av huvudavtalet uppskattas till minst cirka 778 000 kr per månad, eller till totalt cirka 37 miljoner kronor under den 48-månadersperiod som framgår av den lagstadgade beräkningsregeln i 5 kap. 7 § LOU.

Avfallshantering Östra Skaraborgs tilldelning av huvudavtalet till Skövde Värmeverk AB skall därför bedömas i enlighet med de av EG-direktiv styrda bestämmelserna för tjänsteupphandling inom den s.k. klassiska sektorn, som finns införda i 1 kap. och 5 kap. LOU.

Upphandling från viss leverantör, s.k. förhandlad upphandling utan föregående annonsering, får komma i fråga enbart vid sådana undantagssituationer som framgår av 5 kap. 17 § LOU.

Tilldelningen av huvudavtalet till Skövde Värmeverk AB har inte föregåtts av något förfarande i enlighet med bestämmelserna i LOU. Huvudavtalet utgör således inte något "upphandlingskontrakt" enligt definitionen i 1 kap. 5 § LOU.

Huvudavtalet avser vidare s.k. A-tjänster till ett sådant kontraktsvärde att direktupphandling enligt 6 kap. 2 § LOU inte kan komma ifråga.

Skäl för undantag från upphandling enligt 5 kap. 2 § LOU, innebärande att Skövde Värmeverk AB med stöd av lag eller annan författning som är förenlig med Romfördraget skulle ha ensamrätt att utföra aktuella tjänster, föreligger inte. Inte heller föreligger skäl enligt 5 kap. 17 § LOU att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Således, genom att utan saklig grund för undantag enligt gällande bestämmelser underlåta att annonsera och infordra konkurrerande anbud på förbränning av avfall, har Avfallshantering Östra Skaraborg brutit mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU och den för gemenskapsrätten centrala likabehandlingsprincipen.

Avfallshantering Östra Skaraborg har i svar på framställningen uppgett följande.

Sedan fråga om lagligheten av avtal mellan Kommunalförbundet Avfallshantering Östra Skaraborg och Skövde Värmeverk AB har ifrågasatts, har parterna inlett förhandlingar i ärendet. Förhandlingarna syftar till en överenskommelse om att avtalet annulleras.

Förberedelser gällande anbudsinfordran enligt LOU har inletts. Ett nytt avtal beräknas kunna gälla från och med den 1 januari 2008.

DOMSKÄL

Det är i detta mål fråga om förvärv av sådana tjänster avseende sophantering på vilket bestämmelserna i 5 kap. LOU är tillämpliga. (se 5 kap. 1 § första stycket första meningen jämförd med avdelning A, 16, i Bilagan med förteckning över tjänster samt 5 kap. 4 §). Därvid gäller enligt 5 kap. 14 § som huvudregel att öppen eller selektiv upphandling skall användas. Enligt 5 kap. 17 § första stycket 1. får förhandlad upphandling utan föregående annonsering användas om tjänsterna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan utföras av endast en viss leverantör. Utöver 5 kap. gäller i 1 kap. LOU intagna allmänna bestämmelser och i 7 kap. LOU intagna bestämmelser om överprövning.

Enligt 7 kap. 1 § LOU får en leverantör, som anser att han lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § samma kapitel, i framställning till länsrätten ansöka om åtgärder enligt nämnda §. Enligt 2 § skall - såvitt nu kan komma ifråga - länsrätten, om den upphandlande enheten brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I 1 kap. 4 § LOU stadgas att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. – I motiven till bestämmelsen (prop. 1992/93:88 sid. 59 f.) anförs bland annat följande. I bestämmelsen anges huvudregeln för all upphandling enligt LOU. Ett av de viktigaste inslagen i EG:s reglering av upphandling är att upphandlingen skall ske på marknadens villkor och att det är marknaden som kan ange de billigaste och bästa villkoren. Det får inte uppkomma en snedvriden konkurrens, vilket framgår av kravet på att upphandlingen skall genomföras affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn, d.v.s. objektivt. Reglerna är utformade i syfte att försvåra möjlighe-

terna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt.

Enligt 7 kap. 1 § andra stycket LOU får vid direktupphandling en ansökan om överprövning enligt LOU inte prövas efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts. Vid annan upphandling får, enligt tredje stycket, överprövning ske även sedan avtal slutits under förutsättning att det vid prövningstillfället inte förflutit tio dagar från det att den upphandlande enheten enligt 1 kap. 28 § lämnat upplysningar till anbudssökande eller anbudsgivare om beslut om leverantör och anbud och skälen för det.

Länsrätten, som inte finner anledning att ifrågasätta rätten för något av de tre sökandebolagen att som leverantörer föra talan i målet, gör följande bedömning.

Enligt länsrättens mening är det ostridigt i målet att Skövde Värmeverk AB tillhandahåller sådana tjänster avseende sophantering som skall upphandlas enligt avdelning A punkt 16 i bilagan till LOU. Det är heller inte ifrågasatt att Avfallshantering Östra Skaraborg såsom ett kommunalförbund utgör en upphandlande enhet i LOU:s mening. Avtalet kan därför överprövas enligt LOU.

Det är vidare uppenbart att tjänsterna har ett värde som överstiger tillämpligt tröskelvärde och att de därför skall upphandlas enligt bestämmelserna i 5 kap. LOU. Av 5 kap. 1 § och 6 kap. 1 § följer att bestämmelserna i 6 kap. över huvud taget inte är tillämpliga i en situation som den förevarande. Avfallshantering Östra Skaraborg har alltså inte haft möjlighet att använda direktupphandling eller något annat upphandlingsförfarande enligt 6 kap.

Det har heller inte gjorts gällande från Avfallshantering Östra Skaraborgs sida att det varit möjligt att använda förhandlad upphandling utan föregående annonsering enligt 5 kap. 17 § första stycket 1 LOU. Bestämmelsen utgör ett undantag från huvudregeln i samma kapitel om att tjänsteupphand-

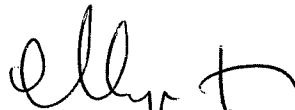
ling skall ske genom öppen eller selektiv upphandling och skall tillämpas restriktivt. För övrigt kan tilläggas att den upphandlande enheten, om den hade avslutat ett upphandlingsförfarande enligt 5 kap., skulle ha varit skyldig att inom viss tid sända en annons därom till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (1 kap. 11 § LOU). Något sådant förfarande har - såvitt framgår - inte tillämpats.

För att få bifall till en ansökan om åtgärd enligt 7 kap. LOU krävs dels att den upphandlande enheten brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i LOU, dels att detta medfört att sökanden lidit eller kan komma att lida skada. Ett sådant fel anses i regel föreligga när någon leverantör obehörigen, d.v.s. i strid med reglerna i LOU, uteslutits från eller särbehandlats i anbuds-förfarandet. Av det ovan anförda framgår att Avfallshantering Östra Skaraborg avtalat om förvärv av avfallshanteringstjänster utan att ha tillämpat bestämmelserna i LOU trots att så borde ha skett. Förfarandet strider främst mot regeln om affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § LOU. Sökandenas påstående att de lidit skada kan inte prövas av länsrätten. Vad som däremot kan konstateras är att någon av sökandena kan komma att lida skada genom att inte fått delta i en upphandling av de aktuella tjänsterna.

Avtalet mellan Avfallshantering Östra Skaraborg och Skövde Värmeverk AB innefattar ett ställningstagande från den upphandlande enhetens sida att vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande anlita Skövde Värmeverk AB som leverantör. Vid sådant förhållande utgör den omständigheten att avtal redan föreligger inte hinder för överprövning enligt LOU (jfr prop. 2001/02:142 s. 78 och 102 samt RÅ 2005 ref. 10). Parterna i detta mål synes för övrigt vara ense om att upphandlingen bör göras om.

Mot bakgrund av det anförda skall framställningen i målet bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1 d)


Magnus Patriksson