



AB/16

**SÖKANDE**

1. IL Recycling Service AB, 556023-0194
2. Ragn-Sells Aktiebolag, 556057-3452
3. SITA Sverige AB, 556108-8393

Ombud för 1, 2 och 3

Chefjuristen Pär Cronhult  
Box 5625  
114 86 Stockholm

**MOTPART**

Västerås kommun

Ombud

Advokat Roland Adrell och jur. kand. Svante Hjertén  
Gärde & Wesslau Advokatbyrå i Göteborg AB  
Kungstorget 2  
411 17 Göteborg

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och ogiltigförklarar Västerås kommuns avtal om köp av renhållningstjänster från Vafab Miljö AB under 2013.

**BAKGRUND**

Västerås kommun (kommunen) är tillsammans med elva andra kommuner delägare i avfallshanteringsbolaget Vafab Miljö AB (Vafab). Kommunernas samverkan regleras i ett konsortialavtal enligt vilket ägarkommunerna förbundit sig att samverka inom avfallsområdet och svara för kommunernas avfallshantering. Kommunstyrelsen i Västerås kommun (KS) beslutade den 4 april 2012 inför årsstämman i Vafab att instruera röstombudet att rösta för föreslagna avgifter för 2013 i Vafab. Den 29 augusti 2012 ansökte bolagen IL Recycling AB, Sita Sverige AB och Ragnsells AB (bolagen) om avtalets ogiltighet.

**YRKANDEN M.M.***Vad bolagen anför*

Bolagen yrkar i första hand att förvaltningsrätten ogiltigförklarar kommunens avtal med Vafab. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten förordnar att kommunens upphandling avseende nu aktuella tjänster ska göras om med iakttagande av bestämmelserna om annonserat förfarande jämte övriga föreskrifter i LOU.

Bolagen anför följande. Kommunen har antingen avtalat med Vafab om köp av A-tjänster eller givit till känna sin avsikt att ingå ett sådant avtal. Avtalet har slutits eller ska komma att slutas utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § eller 2 § LOU och även i övrigt utan iakttagande av de på EU-fördraget grundade principerna om likabehandling och transparens. Någon skriftlig kontraktshandling med angivande av villkoren för avrop finns inte upprättade mellan kommunen och Vafab. Det tidigare avtalet avseende perioden från den 1 januari 2012 till och med den 31 december 2012 har lagakraftvunnet förklarats ogiltigt av domstol. Vafab ägs av kommunen gemensamt med andra kommuner. Bolaget utför dock verksamhet tillsammans med andra än sina ägare som inte endast är av marginal karaktär. Bolagen, vilka var för sig kan tillhandahålla aktuella tjänster,

har härigenom uteslutits från möjligheten att i konkurrens med Vafab och andra bolag, på lika villkor, delta i aktuell upphandling. Bolagen har härigenom lidit skada. Kommunen tillämpar ett formlöst avtalsförhållande med Vafab, enligt vilket kommunen avropar tjänster för omhändertagande av sådant kommunalt hushållsavfall som kommunen enligt miljöbalkens reglering ytterst ansvarar för. Något skriftligt kontrakt eller motsvarande avtalshandling som i nu aktuellt avseende reglerar kommunens avtalsvillkor gentemot Vafab har aldrig, varken nu eller tidigare, upprättats mellan parterna. Avtalsförhållandet är i stället organiserat genom ett formlöst förfarande varigenom parterna årsvis, genom ömsesidiga kostnadsyrkanden respektive godkännanden överenskommer villkoren för nästföljande års tjänster. På detta sätt ingås mellan parterna formlösa årsvisa avtal som för varje period reglerar vilka priser och övriga villkor som ska tillämpas mellan parterna. Den nu aktuella upphandlingen, för vilken överprövning begärs, avser det avtal som antingen har ingåtts genom ömsesidiga förfoganden mellan kommunen och Vafab den 4 april 2012, eller som i vart fall kommunen givit till känna som sin avsikt att ingå och som avser att reglera villkoren för kommunens köp av renhållningstjänster direkt från Vafab den 31 december 2012. Avtalet har tillkommit på så sätt att Vafabs styrelse framställt priser och övriga villkor för 2013 års tjänster vilka för kommunens vidkommande accepterats genom beslut av kommunstyrelsen i Västerås per den 4 april 2012 (KS 143/2012). I vart fall har kommunen genom samma beslut givit till känna som sin avsikt att ingå motsvarande avtal med Vafab.

*Vad kommunen anför*

Kommunen bestrider bolagens yrkanden och anför i huvudsak följande. Kommunen åberopar sammanfattningsvis följande bestridandegrunder i målen.

Det har inte, under 2012 eller tidigare, uppkommit ett avtal i avtalslagens mening mellan kommunen och Vafab. Därmed föreligger inget avtal som kan bli föremål för ogiltigförklaring. Det har inte, under 2012 eller tidigare, mellan kommunen och Vafab slutits ett skriftligt kontrakt i den mening som avses i 2 kap. 10 § LOU. Det ifrågasätts om ett avtal, som inte är ett kontrakt enligt 2 kap. 10 § LOU kan göras till föremål för en ogiltighetstalan enligt 16 kap. LOU. Bestämmelsen i 7 kap. 1 § LOU är enligt sin ordalydelse endast tillämplig när en upphandlande myndighet avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal. En tilldelning av ett avtal, som vare sig är ett kontrakt eller ett ramavtal, torde därmed inte kunna utgöra en överträdelse av nämnda lagrum. Inte heller underliggande EU-direktiv är tillämpliga på något annat än skriftliga avtal mellan en upphandlande myndighet och en leverantör. Härav följer att det saknas förutsättningar att meddela bifall till yrkandet om ogiltighet. Vafab saknar både handlingsfrihet i frågan huruvida Vafab ska utföra de uppdrag som genom aktieägardirektivet tilldelats Vafab och inflytande över vilken ersättning som ska utgå för dessa tjänster. Förfarandet omfattas således inte av upphandlingsdirektivens kontraktsbegrepp i enlighet med EU-domstolens dom i målen, C-295/08 Asemfo p. 54.

För det fall förvaltningsrätten skulle finna att det föreligger ett avtal, eller ett kontrakt enligt 2 kap. 10 § LOU, mellan kommunen och Vafab är kommunens inställning att avtalsförhållandet härrör från 2004 och har inte sedan dess blivit föremål för förändring. I vart fall är det inte fråga om förändringar som inte framgår av de ursprungliga avtalsvillkoren. Under alla förhållanden är förändringarna inte väsentliga. Mot denna bakgrund har det under 2012 inte uppkommit något nytt och självständigt avtalsförhållande som konstituerar en ny kontraktstilldelning. I är förutsättningarna för undantag enligt 2 kap. 10 a § LOU uppfyllda. Härmed föreligger varken en kontraktstilldelning eller en överträdelse av LOU.

### DOMSKÄL

#### Fråga om det finns ett avtal

Fråga i målen är till att börja med om det finns ett avtal mellan kommunen och Vafab.

Bolagen gör gällande att KS-beslutet från den 4 april 2012, enligt vilket kommunen förbinder sig att rösta för 2013 års taxor avseende de tjänster som Vafab tillhandahåller, i sig utgör ett mellan kommunen och Vafab ingånget avtal om köp av avfallstjänster för 2013. Kommunen bestrider att det finns ett avtal i avtalsrättslig mening mellan kommunen och Vafab. Det har i vart fall inte slutits något kontrakt mellan kommunen och Vafab i den mening som avses enligt 2 kap. 10 § LOU. För det fall rätten skulle finna att det föreligger ett avtalsförhållande mellan kommunen och Vafab, hävdar kommunen att detta härrör ur det redan ingångna avtalsförhållandet från 2004 som följer av det aktieägardirektiv och det aktieägaravtal som ingicks då. Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen inte har visat att det finns ett avtal från 2004 som uttömmande reglerar villkoren för de köp av renhållningstjänster som kommunen årligen företar. Utgångspunkten är således att varje årlig överenskommelse om köp av renhållningstjänster ger upphov till ett nytt avtalsförhållande mellan kommunen och Vafab.

I det sammanträdesprotokoll som upprättades angående kommunstyrelsens beslut från den 4 april 2012 anges under punkten KS § 143 och under rubriken – Årsstämma – Vafab Miljö AB följande. Kommunstyrelsen beslutar att instruera röstombudet att rösta för föreslagna avgifter för 2013. Beslutet innebär således att kommunen accepterar de av Vafab föreslagna avgifterna för 2013 vid köp av renhållningstjänster. Under rubriken - Ärendebeskrivning – anges att Vafab till 43,6 procent ägs av Västerås stad samt att Vafab ansvarar för den regionala avfallshanteringen. Med hänsyn till partsviljan och de avtalsgrundande rättsfakta som kan utläsas av KS-beslutet finner förvaltningsrätten att det i vart fall genom ett konkludent

handlande har uppkommit ett avtalsförhållande mellan kommunen och Vafab om köp av renhållningstjänster under 2013. Huruvida detta avtal uppfyller formföreskrifterna i 2 kap. 10 § LOU saknar betydelse i detta sammanhang.

#### Fråga om avtalets ogiltighet

Enligt 16 kap. 17 § LOU ska talan om ett avtals ogiltighet väckas senast sex månader från det att avtalet slöts. KS-beslutet som ligger till grund för det avtalsförhållande som har uppstått mellan kommunen och Vafab är från den 4 april 2012 och tidsfristen får räknas från detta datum. Ansökan om överprövning har då inkommit inom föreskriven tid.

Fråga uppstår därmed om kommunen haft en skyldighet att upphandla det ingångna avtalet eller om det omfattas av undantagsbestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU. För att undantagsbestämmelsen ska bli tillämplig krävs att de så kallade kontroll- och verksamhetskriterierna (Teckal-kriterierna) är uppfyllda (jfr C-107/98 Teckal Srl punkten 50). Det är den part som åberopar bestämmelsen som har bevisbördan för att Teckal-kriterierna är uppfyllda. I regel är det de omständigheter som förelåg vid tidpunkten för den aktuella kontraktstilldelningen som är relevanta för bedömningen.

#### *Kontrollkriteriet*

I förarbetena till lagrummet i 2 kap. 10 a § LOU (prop. 2009/10:134 s. 57 ff) uttalas bland annat följande angående kontrollkriteriet. För att kontrollkriteriet ska anses vara uppfyllt krävs att avtalet ifråga sluts mellan å ena sidan en upphandlande myndighet som till exempel är en statlig eller kommunal myndighet och å andra sidan en leverantör som är en juridisk person som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger. Detta gäller dock endast om den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning. Bestämmelsen är tillämplig även när det är fråga om två

eller flera upphandlande myndigheter. Det har ingen betydelse hur stor andel den upphandlande myndigheten äger i den juridiska personen. Den kontroll som upphandlande myndighet behöver utöva över den juridiska personen behöver inte i alla avseenden vara identisk med den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning. Kontrollen som utövas måste dock vara effektiv på så sätt att det finns en faktisk kontroll som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att utöva ett avgörande eller bestämmande inflytande ifråga om såväl strategiska mål som viktiga beslut hos den juridiska personen. Det förhållandet att den upphandlande myndigheten ensam eller tillsammans med andra myndigheter helt äger den juridiska personen som tilldelats kontraktet tyder, enligt EU-domstolen, i regel på att kontrollkriteriet är uppfyllt.

Av EU-domstolens avgörande i mål C-573/07 Sea Srl punkten 90 framgår att kontrollkriteriet anses uppfyllt om följande framgår av bolagsordningen för det bolag som kommunen är aktieägare i. Det ska anges att bolagets verksamhet är begränsad till de aktuella ägarkommunerna och i huvudsak bedrivs till förmån för dessa. Det ska även anges att ägarkommunerna är förträdare för de organ som enligt bolagsordningen utövar ett bestämmande inflytande ifråga om såväl bolagets strategiska mål som dess viktiga beslut.

Av utredningen i målen framgår att Vafab är ett aktiebolag. Enligt Vafabs bolagsordning ägs bolaget av 12 kommuner, däribland Västerås kommun. Det framgår av 3 § bolagsordningen att föremålen för Vafabs verksamhet är att svara för den regionala avfallshanteringen för ägandekommunerna. I 4 § bolagsordningen anges att bolagets ändamål är att bedriva regional avfallshantering. Det framgår således av bolagsordningen att Vafabs verksamhet bedrivs till förmån för ägarkommunerna. Enligt 7 § bolagsordningen framgår det att bolaget företräds av en styrelse som utgörs av en ledamot från varje ägandekommun. Bolagsordningen anger således att ägar-

kommunerna utövar ett bestämmande inflytande över Vafabs verksamhet ifråga om såväl strategiska mål som viktiga beslut (jfr C-458/03 Parking Brixen GmbH). Förvaltningsrätten finner således att utredningen i målen ger stöd för att Vafab uppfyller kontrollkriteriet.

*Verksamhetskriteriet*

I förarbetena till lagrummet i 2 kap. 10 a § LOU (prop. 2009/10:134 s. 57 ff) uttalas bland annat följande angående verksamhetskriteriet. För att verksamhetskriteriet ska anses vara uppfyllt krävs att den verksamhet som den juridiska personen bedriver med någon annan än den upphandlande myndigheten endast är av marginell karaktär. Bestämmelsen är tillämplig även när fråga är om två eller flera upphandlande myndigheter. Om det ifrågavarande bolaget ägs gemensamt av flera olika myndigheter ska vid bedömningen av om verksamhetskriteriet är uppfyllt, all den verksamhet som detta företag bedriver tillsammans med samtliga dessa myndigheter beaktas.

Av EU-domstolens avgörande i mål C-295/05 Asemfo ansåg EU-domstolen att bolaget i målen bedrev huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med dess ägare. I det fallet uppgick den omsättning som kunde härledas till bolagets ägare till 90 procent. EU-kommissionen har i ett motiverat yttrande till Sverige den 28 oktober 2010 i fråga om två kommuners avtal med egna bolag angett att verksamhetskriteriet inte kan anses uppfyllt när 20 procent av ett bolags omsättning riktas mot andra aktörer än dess ägare (jfr K(2010)7343).

Det är ostridigt i målen av Vafab utöver att tillhandahålla renhållningstjänster till ägarkommunerna även tillhandahåller renhållningstjänster på den privata marknaden och till andra offentligrättsliga aktörer. Enligt de omsättningsuppgifter som bolaget har lämnat framgår att dessa redovisas fördelade inom 12 olika intäktsgupper. Den totala omsättningen för samt-



liliga intäktsgupper under de tre första kvartalen under 2012 har uppgått till 275,6 MSEK. Intäktsgupperna 8 - 12 avser försäljning av renhållningstjänster till den privata marknaden och till andra offentligrättsliga aktörer än ägarkommunerna i Vafab. Den totala omsättningen för intäktsgupperna 8 -12 har under de tre första kvartalen under 2012 uppgått till  $(7,9+1,6+12,7+40,7+2,8)$  MSEK = 65,7 MSEK. Den omsättning som är hänförlig till den privata marknaden och till andra offentligrättsliga aktörer än ägarkommunerna under de tre första kvartalen under 2012 uppgick således till omkring 24 procent av den totala omsättningen under samma tid. Den totala omsättningen för 2011 uppgick till 364,4 MSEK. Den totala omsättningen för intäktsgupperna 8 -12 under 2011 uppgick till  $(12,3 + 4,1 + 18,4 + 52,5 + 3,8)$  MSEK = 91,1 MSEK. Den omsättning som är hänförlig till den privata marknaden och till andra offentligrättsliga aktörer än ägarkommunerna under 2011 uppgick således till omkring 25 procent av den totala omsättningen under 2011.

Såvitt framgår av de omsättningsuppgifter som lämnats för de tre första kvartalen under 2012 är den verksamhet som Vafab bedriver åt andra än sina ägarkommuner inte endast av marginell karaktär. Även omsättningsuppgifterna från 2011 ger stöd för detta konstaterande. Verksamhetskriteriet anses därmed inte vara uppfyllt. Förvaltningsrätten finner därmed att undantagsbestämmelsen i 2 kap. 10 § a inte är tillämplig. Avtalet kan därför inte undantas från LOU:s tillämpningsområde. Med hänsyn till avtalets uppskattade värde, som inte har bestridits av kommunen, finner förvaltningsrätten att det ingångna avtalet kommit till genom en otillåten direktupphandling, dvs. i strid med procedurreglerna i LOU. Förvaltningsrätten anser därför att det mot denna bakgrund finns grund för att besluta om avtalets ogiltighet.

#### Tvingande hänsyn

Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska rätten enligt

16 kap. 14 § LOU besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda. Bestämmelsen ska tillämpas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal får bestå. Den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att en undantags-situation föreligger (se prop. 2009/10:180 s. 139). Kommunen har i målen inte påstått att avtalet ska bestå med hänsyn till sådana tvingande hänsyn som här avses.

Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att Västerås kommuns avtal med Vafab om köp av avfallstjänster under år 2013 ska förklaras ogiltigt.

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



Peter Lif  
rådman

Målen har föredragits av Kristine Nilsson.