

PM 2 2020-10-08 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otilåten direkttilldelning (synnerlig brådska).

Ett kommunalt företag har, med påstående om synnerlig brådska, lyft ut vissa tidigare upphandlade renhållningstjänster under löpande avtalstid för att istället uppdra dessa i nya, separata avtal med andra företag utan föregående annonserad anbudsinfordran.

Stockholm Vatten AB (nedan Stockholm Vatten)¹ har i november-december 2018 och i januari 2019 ingått avtal direkt med fyra företag²⁰⁻²¹ om löpande köp av renhållningstjänster i form av hämtning i fettavskiljare och fett i tunna från storkök och restauranger samt hämtning och transport av bottenömmare och storbehållare. Dessa tjänster hade lyfts ut ur tidigare upphandlade² och vid tidpunkten alltjämt gällande, renhållningsavtal som Stockholm Vatten hade med ett annat företag, RenoNorden AB vilket senare namnändrats till Urbaser AB (nedan RenoNorden/Urbaser).

RenoNorden/Urbaser hade ursprungligen tilldelats dessa renhållningsavtal (här nedan Huvudavtalen) i konkurrens med andra leverantörer i en offentlig upphandlingstävling.³ Det beslut varigenom bolaget tilldelades Huvudavtalen hade föregåtts av en bedömning i en hemlig utvärderingsgrupp, grundat på muntliga instruktioner, där RenoNorden/Urbaser tilldelats fler poäng än sina konkurrenter. Som ett obligatoriskt krav för anbudsgivningen hade bland annat angivits att anbudsgivarna skulle visa ”*tillräcklig finansiell och ekonomisk ställning samt stabilitet och kapacitet i ekonomiskt hänseende för att kunna utföra uppdraget under hela kontraktstiden*”⁴ vilket RenoNorden/Urbaser bedömdes uppfylla. Avgörande betydelse för poängsättningen hade vid värderingen fästs vid anbudsgivarnas förmåga att leva upp till ”*beställarens förväntningar*”.⁵ Vari dessa förväntningar närmare bestod var emellertid oklart.⁶ Ett kriterium som bland annat tillmätts betydelse är att RenoNorden/Urbaser angivit som målsättning att antalet befogade reklamationer skulle understiga 0,3 procent.⁷ Huvudavtalen tecknades mellan parterna den 20 och 22 maj 2017,⁸ trots att den norska bolagskoncern där RenoNorden/Urbaser då ingick var på obestånd.

¹ Stockholm Vatten AB, org.nr. 556210-6855, bildades den 25 april 1981 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 23 juni samma år. Nuvarande firma registrerades 18 juli 2007. Gällande bolagsordning godkändes den 15 maj 2017, enligt vilken bolaget har till föremål för och kommunalt ändamål med sin verksamhet att ”...driva allmänna vatten- och avloppsanläggningen i Stockholms kommun och i vissa till Stockholm angränsande kommuner och driva affärsverksamhet inom VA-sektorn samt samverka med andra vatten- och avloppsintressenter i regionen. Verksamheten skall bedrivas åt ägaren / i ägarens ställe inom ramen för Stockholms kommuns respektive Huddinge kommuns kompetens”. Bolaget ingår gemensamt med Stockholm Avfall AB (556969-3087) i koncern under moderbolaget Stockholm Vatten och Avfall AB (556969-3111) som i sin tur ägs av Stockholms kommun genom det och kommunala holdingbolaget Stockholms Stadshus AB (556415-1727). Huddinge kommun äger en minoritetsandel av Stockholm Vatten AB.

² Upphandlingen ”*Insamling och transport hushållsavfall Stockholms stad*” (dnr. 14AV218). Upphandlingsdokumentet är daterat den 10 juni 2016 och förfarandet påbörjades den 15 juni 2016. Anbudstiden löpte ut den 20 juli 2016 med beslut om tilldelning den 19 augusti 2016.

³ Upphandlingen omfattade 11 delområden inom Stockholms kommun, varav områdena 3,4,6-8 samt 10 och 11 tilldelades RenoNorden/Urbaser.

⁴ Se punkten 3.2.3 ”*Finansiell och ekonomisk förmåga*” i upphandlingsdokumentet ”UPPHANDLING AV INSAMLING OCH TRANSPORT AV HUSHÅLLSAVFALL Förfrågningsunderlag 2016-06-10” (dnr.14AV218).

⁵ Se punkten 4.1.5 ”*Utvärdering av genomförandebeskrivning*” i upphandlingsdokumentet (not 4, ovan), enligt vilken anbuderna skulle värderas i förhållande till hur väl deras genomförandebeskrivningar ”*stämmer med...*” eller ”*överträffar beställarens förväntningar*”. Efter att denna utformning av upphandlingen överprövats rättsligt har Förvaltningsrätten i Stockholm inte funnit anledning att ingripa mot förfarandet, se domar av den 26 januari 2017 i mål nr. 18618-16 och 18681-16.

⁶ Av Stockholm Vattens beslut om avslag på utlämnande av allmän handling den 24 augusti 2016 (dnr. 14/AV/218) framgår att ”*Stockholm Vatten känner inte till någon allmän handling som innehåller namnet på deltagarna i gruppen som utvärderat anbuderna, eller som dokumenterat de muntliga instruktioner som lämnats till gruppen för utförandet av uppdraget*”.

⁷ Ett utvärderingskriterium var att ”*inga reklamationer kommer att uppstå*”. RenoNorden/Urbaser hade för detta kriterium, under punkten 5.2, ”*Avvikelsehantering och reklamationer*”, i sin genomförandebeskrivning, angivit att bolaget ”...*har ett internt mål att antalet befogade reklamationer ska understiga 0,3 % av de totala hämtningarna, vilket alltså är ett högre mål än Stockholm Vattens bonusgräns*”. Anbudet tilldelades därför bedömningen ”*överträffar beställarens förväntningar*” och poängsattes därefter i konkurrens med övriga leverantörer.

⁸ Huvudavtalen, ”*AVTAL om insamling och transport hushållsavfall*” för hämtningsområdena 3,4,6-8 samt 10 och 11, av den 20 och 22 maj 2017.

I september samma år (2017) gick det norska moderbolaget i konkurs,⁹ varefter det svenska dotterbolaget RenoNorden/Urbaser¹⁰ under början av 2018 förvärvades av sina nuvarande ägare och bytte företagsnamn (firma) till Urbaser AB.¹¹

Avtalstiden enligt Huvudavtalen avsåg perioden den 1 april 2018 till och med den 23 mars 2023, med möjlighet till maximalt tre års förlängning.¹² Avtalen skulle enligt upphandlingsförutsättningarna således alltså gälla fram till och med som tidigast i mars 2023.

Den 30 november 2018 skickade på eget initiativ Stockholm Vatten ett brev rubricerat ”*Information ang. särskiljande av delmängd i kontrakt*” varigenom Stockholm Vatten ensidigt och med omedelbar verkan ”*temporärt befriade*”¹³ RenoNorden/Urbaser från sitt kontraktsevenliga ansvar enligt Huvudavtalen.¹⁴ Befrielsen avsåg endast vissa särskilt förlustbringande åligganden som bestod av hämtning i fettavskiljare och fett i tunna samt hämtning och transport av bottenömmare och storbehållare, vilka således lyftes ut ur avtalen så att utförandet återtog av Stockholm Vatten.¹⁵

Stockholm Vatten hade vid denna tidpunkt, sedan avtalsstarten den 1 april 2018, noterat 26.961 reklamationer inom de hämtningsområden som RenoNorden/Urbaser svarade för, varav 19.189 reklamationer avsåg den verksamhet som Stockholm Vatten beslutade lyfta ut ur Huvudavtalen.¹⁶

Av brevet framgår bland annat att Stockholm Vatten uppfattat att RenoNorden/Urbasers samarbete med vissa underleverantörer skulle ha utvecklats negativt och att leveranserna därmed var behäftade med stora brister.¹⁷ För att möjliggöra samarbetet på kvarvarande områden hade Stockholm Vatten beslutat att inte utnyttja sin kontraktsevenliga rätt att avhjälpa aktuella brister på RenoNorden/Urbasers bekostnad¹⁸ utan istället befria bolaget från sitt kontraktsevenliga ansvar.¹⁹

För att täcka därmed uppkommande behov av de löpande renhållningstjänster som lyfts ur Huvudavtalen med RenoNorden/Urbaser erbjöd Stockholm Vatten att istället teckna nya avtal direkt med de underleverantörer som RenoNorden/Urbaser hade haft samarbetsproblem med. Den ene av dessa underleverantörer (Leverantör L) valde att acceptera erbjudandet och sluta avtal med Stockholm Vatten²⁰ medan den andre underleverantören (Leverantör R) avböjde sådant avtal.

⁹ RenoNorden ASA ansökte sig själv i konkurs den 19 september 2017.

¹⁰ Organisationen i RenoNorden/Urbaser har ursprungligen övertagits från ett annat bolag, Resta Sverige AB, 556603-0978, som gick i konkurs i september 2010. Detta bolag hade enligt vad ägarna själv uppgivit byggts upp efter mönster från amerikansk gangstermiljö, med TV-serien "Sopranos" som inspirationskälla – se artikeln "Därför dumpade riskkapitalisterna sopornas Sopranos", Dagens Industri den 6 oktober 2007.

¹¹ Urbaser AB, 556749-8026, (tidigare RenoNorden AB) ingår den spanska bolagskoncernen Urbaser S.A.U, med säte i Madrid. Koncernen är den tredje största leverantören av avfalls- och miljö tjänster i Europa med över 160 dotterbolag och tillsammans ca 40.000 i mer än 25 länder i Europa, Asien, Nordafrika och Sydamerika.

¹² Se Huvudavtalen § 19 "Avtalstid". För perioden från och med den 1 oktober 2017 (då entreprenaden ursprungligen skulle ha påbörjats) till och med den 31 mars 2018 hade Stockholm Vatten och RenoNorden/Urbaser den 28 december 2016 ingått ett särskilt interimsavtal, angivet som "Avtal om förlängning och igångsättande" (dnr. 16AV612), med vissa lättnader i villkoren fram till och med den 31 mars 2018.

¹³ Den temporära avtalsbefrielsen avsåg ursprungligen en period om 16 månader, men kom senare att permanentas. Detta efter att parterna i juni 2019 beslutat att Huvudavtalen skulle upphöra i sin helhet och ersättas med ett nytt direktuphandlat interimsavtal, innefattade bland annat en högre ersättning till RenoNorden/Urbaser fram till detta en ny upphandling hinner genomföras. Stockholm Vatten har därefter genomfört en ny annonserad upphandling där RenoNorden/Urbaser återigen tilldelades kontrakten, fast med en högre ersättningsnivå och andra villkor än i de tidigare upphandlade Huvudavtalen. Fetthämtningstjänsterna fanns bland annat inte med i de nya avtalen utan upphandlades separat.

¹⁴ Stockholm Vattens brev, angivet som "Information ang. särskiljande av delmängd i kontrakt", är daterat den 28 november 2018 (dnr. 18AV279). I den kopia av brevet som gjorts tillgänglig har RenoNorden/Urbaser inte bekräftat mottagandet, trots särskild plats anvisad för detta.

¹⁵ De aktuella avtalen (se uppräknigen i not 20 och 21 nedan) avsåg som regel perioden december 2018 fram till och med den 6 oktober 2019 med möjlighet till sex månades förlängning i maximalt två omgångar om vardera tre månader (10+3+3) = 16 månader.

¹⁶ Uppgift ur den förteckning som har gjorts tillgänglig av Stockholm Vatten avseende samtliga noterade reklamationer under perioden den 2 april till och med den 29 november 2018, såvitt avser hämtningsområdena 3.4,6-8 samt 10 och 11.

¹⁷ Stockholm Vatten uppger sig ha uppfattat att berörda underleverantörer stod i begrepp att ställa in sina tjänster enligt sina avtal med RenoNorden/Urbaser – se bla. aktbilagorna 16 och 25 i Förvaltningsrätten i Stockholms mål nr. 9248-19.

¹⁸ För det fall RenoNorden/Urbaser inte skulle fullgöra sina avtalsenliga åtaganden och, efter skriftlig erinran, inte utan dröjsmål vidta rättelse fanns det en sanktionsbestämmelse i § 15 Huvudavtalen, "Kontraktsbrott", som gav Stockholm Vatten rätt att själv avhjälpa uppkommande brister, ta ut viten, göra kvalitetsavdrag och/eller ta ut skadestånd. Alternativt kunde Stockholm Vatten häva avtalen helt och ta ut skadestånd.

¹⁹ Stockholm Vatten åtog sig i brevet att tillse att ersättningsresurserna var kostnadsneutrala och således inte skulle komma att medföra någon merkostnad för RenoNorden/Urbaser att bekosta. Så skedde emellertid inte, utan Stockholm Vatten ådrog sig icke oväsentliga kostnadshöjningar genom bland annat de nya avtal som ersatte RenoNorden/Urbasers ursprungliga åtaganden enligt Huvudavtalen.

²⁰ Stockholm Vattens "Avtal om tömning av visst avfall" som tecknades den 11 och 14 december 2018 med Leverantör A (dnr. 18AV279).

Stockholm Vatten vände sig därefter till andra företag (här angivna som Leverantörerna MV, MH och S) och tecknade avtal direkt med dessa.²¹ I dessa avtal gavs även Stockholm Vattens systerbolag, Stockholm Avfall AB,²² oinskränkt rätt att återropa leverantörernas åtaganden.²³

Villkoren i dessa nya avtal avviker med annorlunda villkor och en högre ersättningsnivå jämfört med vad Stockholm Vatten skulle ha betalat till RenoNorden/Urbaser för motsvarande tjänster enligt de ursprungligen upphandlade Huvudavtalen.

Enligt uppgift från Stockholm Vatten har från och med mars 2019 till och med maj 2020 utbetalats totalt c:a 49,5 miljoner kronor i olika ersättningar till Leverantör L. Motsvarande betalningar till Leverantör MV uppgår till c:a 30,6 miljoner kronor. Till Leverantör S har betalats en c:a 1 miljon kronor och till Leverantör MH c:a 1,2 miljoner kronor.²⁴ Stockholm Vatten ska dock inte själv ha utfört aktuella betalningar, utan dessa ska istället gjorts av Stockholm Avfall AB.²⁵

Förvaltningsrätten i Stockholm har efter överprövning, i dom av den 2 juli 2020,²⁶ funnit att Stockholm Vatten brutit mot LOU genom att teckna aktuella avtal direkt med Leverantörerna L, HM, MH och S. Av domskälen framgår sammanfattningsvis följande. Förvaltningsrätten ifrågasätter inte att Stockholm Vatten uppfattat att RenoNorden/Urbasers underleverantörer stod i begrepp att ställa in sina tjänster. För att undantaget om förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska vara tillämpligt krävs emellertid att det har uppstått en synnerlig brådska grundad på omständigheter som inte kan tillskrivas eller har kunnat förutses av Stockholm Vatten. Det krävs vidare att det ska ha varit omöjligt att hålla tidsfristerna i ett annonserat förfarande. I det aktuella fallet hade reklameringsnivåerna under lång tid varit höga och RenoNorden/Urbaser förmådde inte genomföra sina avtalsmässiga leveranser enligt Huvudavtalen. Även om Stockholm Vatten inte kan tillskrivas dessa omständigheter borde enligt förvaltningsrätten dessa ha kunnat förutses. Den omständigheten att det är Stockholm Vatten som har tagit initiativ till direktupphandlingarna, och därmed även styrt över tidpunkten för avtalen, talar enligt rätten även för att det inte förelegat några sådana förhållanden som krävs för att undantaget ska vara tillämpligt. Stockholm Vatten hade även kunnat ställa krav på fullgörelse varigenom RenoNorden/Urbaser tvingades lösa uppkomna samarbetsproblem eller byta ut sina underentreprenörer. Stockholm Vatten borde ha planerat för ett påskyndat upphandlingsförfarande så snart det stod klart att RenoNorden/Urbaser inte förmådde fullfölja sina avtalsmässiga förpliktelser. Det som har lett till den synnerliga brådskan har därmed legat inom Stockholm Vattens kontroll, varigenom förutsättningarna för undantag enligt förvaltningsrättens bedömning inte varit uppfyllda. De totalt fem avtal som tecknats direkt utan föregående annonsering ska därmed anses ogiltiga. Mot bakgrund av bland annat avfallshämtningen samhällsviktiga karaktär och de miljökonsekvenser som skulle riskera uppstå vid uteblivna leveranser fann emellertid rätten att det förelåg tillräckligt exceptionella omständigheter för att låta de direktupphandlade avtalen få bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

²¹ Se Stockholm Vattens "Avtal om tömning av visst avfall" (två avtal), daterade den 28 november 2018, med Leverantör MV, "Avtal om beredskapsresurser" som tecknades den 12 december 2018 med Leverantör MH samt "Avtal om hämtning av 'fett i tunna'" som tecknades den 19 och 23 januari 2019 med Leverantör S (samtliga med dnr. 18AV279).

²² Stockholm Avfall AB, org.nr. 556969-3087, bildades den 7 april 2014 och registrerades av Bolagsverket den 23 april samma år; Nuvarande firma registrerades 7 november 2016. Gällande bolagsordning godkändes den 5 september 2016, enligt vilken bolaget har till föremål för sin verksamhet att "...insamla, transportera, återvinna och bortskaffa avfall samt därmed förenlig verksamhet. Verksamheten ska bedrivas åt ägaren/i ägarens ställe inom ramen för Stockholms kommuns kompetens. Det kommunala ändamålet med bolagets verksamhet är att bedriva Stockholms kommuns avfallshantering enligt miljöbalken och annan lagstiftning. Bolagets verksamhet ska bedrivas med iakttagande av lokaliseringsprincipen och likställighetsprincipen". Bolaget ingår gemensam koncern med Stockholm Vatten AB under moderbolaget Stockholm Vatten och Avfall AB som i sin tur ägs av Stockholms kommun genom det och kommunala holdingbolaget Stockholms Stadshus AB (se vidare not 1, ovan).

²³ Se punkten 1 "Avtalsparter" i de nya avtalen (se förteckningen i not 20 och 21).

²⁴ Enligt vad Stockholm Vatten och Stockholm Avfall AB hittills uppgivit uppgår betalningarna under perioden mars 2019 till och med maj 2020 till 49.551.614 kr till Leverantör L, 30.647.583 kr till Leverantör MV, 1.017.461 kr till Leverantör MH och 1.255.872 kr till Leverantör S.

²⁵ se E-postmeddelande från Stockholm Vatten den 29 juli 2020, [2020KTJ27373] (dnr 20MB1314).

²⁶ Se Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 2 juli 2020 i mål nr. 9248-19. Domen har inte vunnit laga kraft.

Rättslig reglering

Med *offentlig upphandling* avses bland annat förfarandet till och med tilldelning av ett kontrakt med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser bland annat tillhandahållande av tjänster mot ersättning. Upphandling som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU.²⁷ Bestämmelserna är en följd av bland annat kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU)²⁸ och syftar bla. till att skapa lika konkurrensförutsättningar och att motverka korruption i offentlig verksamhet.²⁹

Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter vid anskaffning av tjänster genom tilldelning av offentliga kontrakt.³⁰ Kommunala företag som tillhandahåller allmännyttiga tjänster utgör normalt sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att följa lagens bestämmelser.³¹

Lagen bygger på ett antal grundläggande principer som oavsett val av förfarande ska iakttas vid offentlig upphandling.³² Av dessa följer att alla leverantörer³³ ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn (öppenhet) att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud på samma villkor. Alla leverantörer ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.³⁴ Lagen har även en förtydligande bestämmelse om att en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.³⁵ Enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat i HFD 2012 ref. 48 är det nämligen en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa leverantörernas lika förutsättningar att kunna lämna konkurrenskraftiga anbud.

Tjänster för hämtning av hushållssopor (CPV 90511200)³⁶ och annan insamling och/eller transport av avfall (CPV 90511300 och 90512000), inklusive transport, behandling eller hantering av slam (CPV 90513700-90513900), ska om anskaffningens kontraktsvärde överstiger vid tidpunkten gällande tröskelvärde (2.096.097 kronor)³⁷ upphandlas med iakttagande av de direktivstyrda bestämmelserna i 1-18 kap. LOU. Vid detta förhållande ska upphandlingen som regel genomföras i ett annonserat förfarande med lika möjlighet för alla leverantörer att lämna anbud.

²⁷ För upphandlingar som påbörjats den 1 januari 2008 - 31 december 2016 gäller motsvarande äldre bestämmelser enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - ÅLOU. Någon skillnad i aktuellt avseende föreligger dock inte mellan detta regelverk och nuvarande LOU.

²⁸ Europaparlamentets och Rådets direktiv (2014/24/EU) av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG - LOU-direktivet. Direktivet trädde enligt art. 91 i kraft med normerande s.k. *direkt effekt* den 18 april 2016, då det äldre motsvarande direktivet (2004/18/EG) samtidigt upphörde att gälla, och ska tillämpas fördragkonformt på alla upphandlingar som har påbörjats efter detta datum.

²⁹ Se bland annat betänkandet SOU 2018:44, avsnitt 7, "Ett regelverk som motverkar korruption", s. 233 ff. jämte där angivna rättskällor.

³⁰ Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

³¹ Se legaldefinitionen i 1 kap. 22 § jämförd med 18 § LOU.

³² Se 4 kap. 1 § LOU samt justitierådet Nords särskilda tillägg i HFD 2018 ref. 60.

³³ *Leverantörer* är enligt 1 kap. 16 § LOU företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla varor, tjänster eller byggtreprenader.

³⁴ Prop. 2006/07:128, s 132, samt EU-domstolens domar i *Succhi di Frutta* (C-496/99), EU:C:2004:236, pp. 108-111, *SIAC Construction* (C-19/00) EU:C:2001:553, p. 42 och i *Cartiera dell'Adda* (C-42/13) EU:C:2014:2345, p. 44, se även domstolens avgörande i *Connexion Taxi* (C-171/15) EU:C:2016:948, pp. 39 och 40.

³⁵ Se 4 kap. 2 § LOU.

³⁶ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, är ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen - se 4 kap. 19 § LOU samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelse enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

³⁷ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av Europeiska kommissionen och tillkännages löpande av regeringen jml. 5 kap. 1 § LOU i Svensk författningssamling. Gällande tröskelvärde för kommunal upphandling av tjänster inom den klassiska uppgick 2018 till 2.096.097 kronor - se regeringens tillkännagivande (2018:34) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

Direkttilldelning, där den upphandlande myndigheten tillåts vända sig direkt till vissa leverantörer, får användas endast om förutsättningarna för ett s.k. förhandlat *förfarande utan föregående annonsering* enligt 6 kap. 12–19 §§ LOU är uppfyllda. Detta undantagsförfarande kan exempelvis komma ifråga enligt 6 kap. 15 § LOU, om det kan visas föreligga en *synnerlig brådska* som inte beror på omständigheter som kan tillskrivas eller har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten. Brådskan ska i så fall ha gjort det omöjligt för myndigheten att hålla de tidsfrister som annars gäller vid ett annonserat förfarande. Sådana omständigheter som åberopas till stöd för *synnerlig brådska* ska vidare bero på yttre förhållanden som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka.³⁸ *Egenförvållad brådska* som uppkommit till följd av exempelvis bristande planering hos den upphandlande myndigheten medför inte möjlighet till undantag,³⁹ utan förhållandena ska närmast ha *karaktären av force majeure*.⁴⁰ Den upphandlande myndigheten måste även kunna visa ett orsakssamband mellan de omständigheter som inte kunnat förutses och den synnerliga brådska som därmed uppstått.⁴¹

Vid tidsbrist kan den upphandlandemyndigheten istället tillämpa bestämmelserna om *påskyndat annonserat förfarande* i 11 kap. 10 § LOU. Tidsfristen för anbudsinfördran kan i så fall kortas ned till 15 dagar. Om det har varit möjligt att genomföra anskaffningen genom ett sådant påskyndat förfarande kan förutsättningarna för synnerlig brådska inte anses uppfyllda.

Enligt den allmänna s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis ska varje undantag från de regler som säkerställer effektiviteten av det unionsrättsliga regelverket för offentlig upphandling tolkas *restriktivt*. Den särskilda bevisbördan att visa sådana särskilda omständigheter som motiverar undantaget ankommer vidare på den upphandlande myndigheten.⁴²

Avtal som har kommit till genom s.k. *otillåten direkttilldelning*, utan iakttagande av kravet på annonsering, kan förklaras ogiltigt efter beslut av allmän förvaltningsdomstol.⁴³ En sådan ogiltighetstalan ska som regel ha kommit in till rätten inom sex månader från det att avtalet slöts.⁴⁴

Vid exceptionella förhållanden, där det kan motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska enligt 20 kap. 14 § LOU domstolen dock besluta att avtalet istället får bestå, trots att förutsättningarna för ogiltighet annars bedöms vara uppfyllda. Denna möjlighet ska tillämpas restriktivt. Ekonomiska och praktiska intressen får beaktas endast om en beslutad ogiltighet skulle leda till orimliga eller oproportionerliga följder för myndigheternas möjlighet att tillhandahålla nödvändig samhällsservice. Ekonomiska intressen med direkt anknytning till avtalet ska dock inte anses utgöra tvingande hänsyn och det ankommer på domstolarna att göra en skälig avvägning mellan det allmänna intresset och leverantörens intresse att olagligen ingångna avtal förklaras ogiltiga.⁴⁵ I vägledande praxis har Högsta förvaltningsdomstolen (HFD 2019 ref. 18) behandlat frågan om vad som kan utgöra tvingande hänsyn till allmänintresse, och fann då att den upphandlande myndigheten inte hade *visat* att det förelåg sådana exceptionella omständigheter att avtalet skulle få bestå.

³⁸ Som en icke egenförvållad brådska har i HFD 2019 ref 65, p. 52 exempelvis ansetts en försening på grund av en utdragen överprövningsprocess.

³⁹ Se bla. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien III* (C-385/02) EU:C:2004:522, punkten 38.

⁴⁰ Se bla. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

⁴¹ Se EU-domstolens dom *kommissionen mot Tyskland* (C-126/03) EU:C:2004:728, p. 22-23.

⁴² Se bla. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 samt där noterad praxis. Se även HFD 2017 ref. 66 jämte där anmärkta rättsfall.

⁴³ 20 kap. 13 § LOU.

⁴⁴ 20 kap. 17 § LOU.

⁴⁵ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 362.

Om ett avtal har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska rätten istället, på talan av Konkurrensverket, senare besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av upphandlande myndigheten.⁴⁶ Avgiften ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte mer än tio procent av det aktuella kontraktsvärdet.⁴⁷ I rättspraxis har dessa avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet.⁴⁸ En sådan talan om upphandlingsskadeavgift ska vara väckt senast inom sex månader från lagakraftvunnen dom om avtalsogiltighet eller i annat fall senast ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.⁴⁹

Yttrande

Stockholm Vatten 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

Slutlig 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.

Stockholm Vatten är ett kommunalt företag som tillhandahåller allmännyttiga tjänster och utgör därmed en sådan upphandlande myndighet som ska iaktta LOU vid bland annat anskaffning av renhållningstjänster. Även systerbolaget Stockholm Avfall AB är av samma skäl skyldigt att iaktta LOU vid sina anskaffningar. LOU och de i lagen förekommande principerna om likabehandling och öppenhet (transparens) syftar ytterst till att åstadkomma öppna och lika förutsättningar för konkurrensen om offentliga kontrakt och att motverka korruption hos upphandlande myndigheter. Det är därför av största vikt att upphandlingsprocessen hålls transparent och förutsägbar och att de villkor som en gång har legat till grund för tilldelning även vidhålls under kontraktets fulla löptid. Upphandlade villkor får således inte efterges eller på annat ändras i efterhand, på sätt som medför en rubbning av den ekonomiska jämvikten till förmån för den tilldelade leverantören.

Av utredningen i ärendet framgår att Stockholm Vatten, efter genomförd annonserad offentlig upphandling, tilldelat renhållningskontrakt till RenoNorden/Urbaser avseende sju av Stockholms totalt elva delområden. Kontrakten (Huvudavtalen) tilldelades efter en värdering av hur anbudet bedömdes motsvara ”*beställarens förväntningar*”. Vari dessa förväntningar kunde bestå redovisades dock inte i förväg och bedömningen gjordes av en hemlig utvärderingsgrupp, utifrån muntliga instruktioner som inte finns dokumenterade för kontroll i efterhand. Det har således överhuvudtaget inte gått att verifiera vilka förhållanden i RenoNorden/Urbasers anbud som har tillmätts sådan betydelse att bolaget tilldelats aktuella kontrakt framför sina konkurrenter.

Det kan dock konstateras att det av villkoren följde ett obligatoriskt krav att anbudsgivarna skulle ha *tillräcklig finansiell och ekonomisk ställning samt stabilitet och kapacitet i ekonomiskt hänseende för att kunna utföra uppdraget under hela kontraktstiden*. Trots detta tecknade Stockholm Vatten aktuella avtal med RenoNorden/Urbaser vid en tidpunkt då bolaget var på obestånd. Knappt fyra månader efter det att kontrakten tecknats gick den norska bolagskoncern där RenoNorden/Urbaser då ingick i konkurs. Det svenska dotterbolaget RenoNorden/Urbaser förvärvades därefter av sin nuvarande ägare, en spanienbaserad bolagskoncern som är den tredje största leverantören av avfalls- och miljö tjänster i Europa.

⁴⁶ 21 kap. 1 § första stycket 2 LOU.

⁴⁷ 21 kap. 4 § LOU.

⁴⁸ Se bla. Kammarrätten i Stockholm mål nr. 5426-12, 5427-12 respektive 5452-12, Kammarrätten i Göteborg mål nr. 7009-12, Kammarrätten i Stockholm mål nr. 1305-12, Förvaltningsrätten i Linköping mål nr. 1785-13, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr. 1271-12, 1273-12 och 1281-12, Förvaltningsrätten i Växjö mål nr. 286-12, Förvaltningsrätten i Luleå mål nr. 2166-11, Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr. 13115-12, Förvaltningsrätten i Falun mål nr 2643-12, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr. 2916-13, 22373-12, 2922-13 och 2987-13.

⁴⁹ 21 kap. 7 § LOU

Det borde därmed kunna förväntas att RenoNorden/Urbaser givits tillräckliga förutsättningar leva upp till sina åtaganden enligt de upphandlade Huvudavtalen med Stockholm Vatten. Så har emellertid inte skett. Under den åttamånadersperiod som följde efter den framflyttade avtalsstarten, den 1 april 2018, har Stockholm Vatten noterat drygt 26.000 reklamationer avseende renhållningen i de områden som RenoNorden/Urbaser svarade för.

Detta trots att bolaget i sitt anbud utfäst, och vid anbudsvärderingen poängsatts för, att antalet befogade reklamationer skulle understiga 0,3 procent. Ungefär tre fjärdedelar av de angivna reklamationerna hänför sig till verksamheten med hämtning av fett från storkök och restauranger m.m. och fördelar sig huvudsakligen jämt över tiden fram till och med november 2018.

Reklamationerna och det bristfälliga utförandet uppges ha sin grund i samarbetsproblem mellan RenoNorden/Urbaser och dess underleverantörer, vilka enligt vad Stockholm Vatten påstått ska ha stått i begrepp att ställa in sina leveranser. För att komma tillrätta med dessa och dylika brister fanns i Huvudavtalen särskilda sanktioner enligt vilka Stockholm Vatten genom bland annat kvalitetsavdrag och vite hade kunnat sätta ekonomisk press på RenoNorden/Urbaser att utföra uppdraget enligt sina kontraktsevenliga åtaganden. I förlängningen kunde Stockholm Vatten häva avtalen och ta ut skadestånd från RenoNorden/Urbaser. Det har således funnits goda möjligheter för Stockholm Vatten att avtalsvägen förmå RenoNorden/Urbaser till rättelse, genom att exempelvis byta ut sina trilskande underleverantörer eller överta utförandet i egen regi. Istället valde dock Stockholm Vatten att frångå de upphandlade Huvudavtalen och befriade ensidigt RenoNorden/Urbaser från ansvaret för fetthämtning m.m. utan motsvarande krav på ersättning eller kompensation för den kostnadshöjning som därmed följde. Stockholm Vatten har, såvitt känt, inte heller senare utverkat skadestånd eller ersättning från RenoNorden/Urbaser med anledning av bolagets avtalsbrott enligt Huvudavtalen.

De ersättningstjänster som behövdes efter att vissa delar hade lyfts ut ur Huvudavtalen har Stockholm Vatten upphandlat direkt utan att använda sig av möjligheten till påskyndat annonserat förfarande enligt LOU. I första hand vände sig Stockholm Vatten direkt till de trilskade underleverantörerna och erbjöd dem nya kontrakt med andra och mer fördelaktiga villkor än som underentreprenörer till RenoNorden/Urbaser. Detta förefaller något märkligt eftersom det är just dessa företag som har uppgivits vara grund till de påtalade bristerna och även den därigenom uppkomna brådskan. Stockholm Vatten tecknade senare även avtal med en av dessa underleverantörer (Leverantör L) och med ytterligare tre företag, utan möjlighet för andra på marknaden verksamma leverantörer att vara med och lämna konkurrerande anbud.

Detta förfarande har senare prövats rättsligt. Som förvaltningsrätten konstaterat²⁶ har det mycket stora antalet reklamationer som pågått under en lång inneburit att Stockholm Vatten borde ha kunnat förutse fortsatta brister i utförandet. Stockholm Vatten var även den som tog initiativ till att lyfta ut aktuella tjänster ur Huvudavtalen med RenoNorden/Urbaser och har därmed kunnat styra över tidpunkten för behovet av ersättningstjänster. Det har därmed funnits både tid och rådrum för Stockholm Vatten att hinna förbereda och genomföra en öppet annonserad upphandling av ersättningstjänsterna. Vid detta förhållande har förvaltningsrätten kommit fram till att det inte förelegat några undantagsförhållanden, utan att Stockholm Vatten har brutit mot LOU genom att ingå aktuella avtal direkt med berörda leverantörer.

Det finns enligt Konkurrenskommissionen anledning att kritisera Stockholm Vatten, som på detta sätt snedvridit konkurrensen på marknaden för avfallstjänster i Stockholm. Den omständigheten att Stockholm Vatten inte vidhållit de ursprungligen upphandlade villkoren enligt Huvudavtalen utan sedan brister konstaterats valt att ensidigt befria RenoNorden/Urbaner från sina särskilt olönsamma åtaganden enligt avtalen utan krav på motsvarande kompensation eller skadestånd medför enligt Konkurrenskommissionen allvarlig kritik eftersom detta även strider mot kommunallagens förbud mot stöd till enskild näringsidkare.⁵⁰

Totalt har det betalats drygt 82 miljoner kronor för de olovligen direkttilldelade avtalen. Eftersom förvaltningsrätten funnit att avtalen ska få bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kommer endera Stockholm Vatten eller Stockholm Avfall AB att få betala upphandlingsskadeavgift, som är ett slags böter. Dessa avgifter bestäms ytterst efter en ny domstolsprövning på talan av Konkurrensverket, men kan komma uppgå till c:a sju procent av aktuella kontraktsvärden eller uppskattningsvis totalt c:a 5,7 miljoner kronor.

⁵⁰ Se 2 kap. 8 § andra stycket kommunallagen (2017:725).