

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Stockholm Vatten AB, 556210-6855, 106 36 Stockholm

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 2 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 2 LOU beslutar att Stockholm Vatten AB ska betala 7 000 000 (sjumiljoner) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Förvaltningsrätten i Stockholm har i mål om överprövning av giltigheten av ett avtal som har ingåtts mellan Stockholm Vatten AB och Urbaser AB, fastställt att avtalet får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse trots att förutsättningarna för ogiltighet har varit uppfyllda (mål nr 18496-19), se bilaga 1. Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft.

Bakgrund och omständigheter

Tidigare annonserad upphandling

2. Den 10 juni 2016 annonserade Stockholm Vatten AB (Stockholm Vatten) en upphandling avseende bland annat insamling och transport av hushållsavfall. Upphandlingen var indelad i elva geografiska områden, delområden. Varje delområde har utvärderats och upphandlats var för sig. Anbud har kunnat lämnas på ett eller flera delområden.
3. Stockholm Vatten beslöt den 19 augusti 2016 att tilldela kontrakt till två leverantörer, däribland RenoNorden AB. RenoNorden AB tilldelades kontrakt för delområdena 3, 4, 6, 7, 8, 10 och 11 (Huvudavtalen). Huvudavtalen tecknades den 22 maj 2017 med avtalsstart den 1 oktober 2017.

Tidigare direktupphandlingar

4. I september 2017 gick RenoNorden AB:s moderbolag i konkurs.
5. I mars 2018 köptes RenoNorden AB upp av Urbaser AB (Urbaser) som därmed övertog samtliga rättigheter och skyldigheter enligt Huvudavtalen.
6. Urbaser meddelade Stockholm Vatten i april eller maj månad 2018 att man hade svårt att leverera tjänsterna i enlighet med Huvudavtalen givet de avtalade ersättningsnivåerna. För att lösa situationen har Stockholm Vatten ingått flera direktupphandlade avtal med olika leverantörer avseende vissa från Huvudavtalen utbrutna tjänster. Direktupphandlingarna har skett i slutet av 2018 samt i början av 2019. Dessa avtal blev sedermera föremål för ansökan om överprövning av avtalens giltighet.
7. Förvaltningsrätten i Stockholm fastslog den 2 juli 2020 (mål nr 9248-19 och mål nr 11940-19) att det förelåg förutsättningar för att ogiltigförklara sammanlagt sex avtal. Fem avtal skulle dock enligt förvaltningsrätten få bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (mål nr 9248-19). Vad gällde det sjätte avtalet, det s.k. ändringsavtalet, hade sökande leverantörer ändrat sin talan och uppgett att de inte haft något att erinra mot att det fick bestå under sin återstående giltighetstid (mål nr 11940-19). Förvaltningsrätten prövade därför inte om det funnits tvingande hänsyn till ett allmänintresse avseende det avtalet. Ansökningarna om överprövning av avtalens giltighet avslogs.



8. Konkurrensverket lämnar i dag in fyra ansökningar om upphandlingsskadeavgift avseende de fem avtal som fått bestå i den underliggande ogiltighetsdomen (mål nr 9248-19).

Det i målet aktuella avtalet

9. Mellan december 2018 och juli 2019 förhandlade Stockholm Vatten och Urbaser om förutsättningarna för att fortsätta alternativt avsluta uppdraget som tilldelats genom Huvudavtalen.
10. Den 30 juni 2019 sa Stockholm Vatten upp Huvudavtalen med Urbaser.
11. Den 8 juli 2019 slöt Stockholm Vatten ett nytt avtal med Urbaser. Avtalet har benämnts Avtal om avslutande av uppdrag (Avslutsavtalet).¹ Avtalstiden löpte mellan den 1 juli 2019 till och med den 30 april 2020, med option att under viss förutsättning förlänga Avslutsavtalet två gånger med tre månader vardera.² Även Avslutsavtalet blev föremål för ansökan om överprövning av avtals giltighet.
12. Den 13 oktober 2019 annonserade Stockholm Vatten en ny upphandling avseende det aktuella uppdraget. Upphandlingen överprövades innan anbudsöppning och den 3 december 2019 beslutade förvaltningsrätten att upphandlingen skulle göras om.³ Upphandlingen avbröts därefter av Stockholm Vatten den 15 januari 2020. Den 26 juni 2020 annonserades en ny upphandling, se bilaga 2. Nya avtal tecknades i december 2020.
13. Det är Avslutsavtalet som är föremål för denna ansökan.

Underliggande ogiltighetsmål

14. Den 2 juli 2020 fastslog Förvaltningsrätten i Stockholm i mål nr 18496-19 att det fanns förutsättningar för att ogiltigförklara Avslutsavtalet. I domen konstaterades att Avslutsavtalet tecknades efter diskussioner om Urbasers bristande förmåga att återta ansvaret för tjänsternas utförande enligt Huvudavtalen. Då uppsägningen av Huvudavtalen skett efter parternas diskussioner, har Stockholm Vatten kunnat förfoga över såväl tidpunkten som förutsättningarna för avtalens upphörande, liksom ingående av Avslutsavtalet. Stockholm Vatten har således haft inflytande över den uppkomna situationen. Den påstådda brådskan får tillskrivas Stockholm Vatten. Vidare ansåg rätten att det under lång tid varit känt att Urbaser inte kunde fullgöra Huvudavtalen och att Stockholm Vatten därmed borde ha kunnat förutse att Huvudavtalen skulle sägas upp i förtid. Förvaltningsrätten ansåg även att Stockholm Vatten inte visat att tid inte fanns för ett selektivt

¹ Se aktbilaga 3 i förvaltningsrättens akt, mål nr 18496-19.

² Punkt 7 i aktbilaga 3 i förvaltningsrättens akt, mål nr 18496-19.

³ Förvaltningsrätten i Stockholms dom i mål nr 26938-19. Notera att den upphandlande myndigheten medgav bifall till ansökan om överprövning.

påskyndat förfarande. Avslutsavtalet fick dock bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse mot bakgrund av att Huvudavtalen sagts upp i förtid, de miljökonsekvenser som skulle uppstå vid utebliven leverans av tjänsterna samt att Stockholm Vattens vidtagna åtgärder varit proportionerliga (särskilt med hänsyn till att Urbaser var en av få leverantörer, om ens några, som hade möjlighet att med omedelbar verkan ta vid och utföra tjänsterna). Slutligen noterar förvaltningsrätten att en ny upphandling har genomförts gällande dessa tjänster.

15. Stockholm Vatten överklagade till Kammarrätten i Stockholm, som den 8 oktober 2020 avvisade överklagandet då Stockholm Vatten saknade talerätt, se bilaga 3. Kammarrättens beslut, och därmed förvaltningsrättens dom, har vunnit laga kraft, se bilaga 4.

Den upphandlande myndighetens inställning

16. Under den utredning som föregått Konkurrensverkets ansökan har Stockholm Vatten bland annat uppgett följande. Förhandlingar med Urbaser har hållits mellan december 2018 och juli 2019. Förhandlingarna samt arbetet med en ny annonserad upphandling blev fördröjt av den kaosartade situationen och akut personalbrist. Det tar tid att upphandla avfallstjänster. Anledningen är att inställetiden för en ny leverantör är relativt lång på grund av bristande tillgång till arbetsfordon. I juli 2019 slöt Stockholm Vatten och Urbaser ett Avslutsavtal. I oktober 2019 annonserades ett nytt förfrågningsunderlag som möjliggjorde för en ny entreprenör att överta Urbasers fordon, vilket syftade till att korta ner inställetiden. Upphandlingen överprövades och den 3 december 2019 beslutade förvaltningsrätten att upphandlingen skulle göras om. Efter ett omtag annonserades upphandlingen på nytt i maj 2020. Upphandlingen har genomförts och nya avtal tecknades i december 2020.

Upphandlingsskadeavgift

17. Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (21 kap. 1 § 2 LOU).
18. Konkurrensverket ska i en sådan situation ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att den upphandlande myndigheten ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 2 § första stycket LOU). Det är således fråga om en skyldighet för Konkurrensverket att ansöka om en sådan avgift.

19. Någon överprövning ska inte göras av det lagakraftvunna avgörande som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift.⁴ Myndigheten kan således inte utverka ett avgörande av innebörden att någon överträdelse av regelverket inte har skett.⁵
20. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha inkommit till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då avgörandet som ansökan grundas på vann laga kraft (21 kap. 6 § LOU).

Beloppsintervall inom vilket en upphandlingsskadeavgift kan tas ut

21. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde (21 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet ska tas ut för särskilt graverande fall.⁶
22. För att avgöra storleken på upphandlingsskadeavgiften måste värdet på Avslutsavtalet som fått bestå beräknas. Beräkningen av Avslutsavtalets värde ska i detta fall ske enligt 5 kap. 3 och 5 §§ LOU.
23. Stockholm Vatten har under Konkurrensverkets utredning uppskattat att upphandlingens värde uppgår till 249 miljoner kronor (exklusive mervärdesskatt). Konkurrensverket ser i det här fallet inte skäl att ifrågasätta Stockholm Vattens uppgifter och lägger dessa till grund för Avtalets värde.
24. Upphandlingsskadeavgiften kan således uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

Allmänna utgångspunkter för sanktionsvärdet

25. När upphandlingsskadeavgiftens storlek ska fastställas ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (21 kap. 5 § LOU).
26. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med upphandlingsskadeavgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.⁷ Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för

⁴ 21 kap. 1 och 5 §§ LOU och HFD 2014 ref. 49.

⁵ HFD 2017 ref. 45.

⁶ HFD 2014 ref. 69.

⁷ Prop. 2009/10:180 s. 196–197.

avgiftens avskräckande syfte.⁸ Hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Även omständigheter som har legat till grund för det underliggande ogiltighetsmålet kan beaktas.⁹ Utgångspunkten är dock att avgiften bestäms så att myndigheten och även andra avhåller sig från överträdelse av lagen. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften sättas till.¹⁰

27. Upphandlingsskadeavgiften kan tas ut oberoende av om överträdelsen har skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Ansvar är således strikt.¹¹

Den aktuella överträdelsen och omständigheter i det underliggande målet

28. Förvaltningsrätten har i ett lagakraftvunnet avgörande funnit att Avslutsavtalet får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Detta mål handlar enbart om att fastställa ett sanktionsvärde för de överträdelse som konstaterats i den underliggande domen. Vid bedömning av överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek i förevarande fall anser Konkurrensverket att följande omständigheter bör beaktas.
29. Att ett avtal har fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska inte i sig påverka sanktionsvärdet i sänkande riktning. Stockholm Vatten har genom att Avslutsavtalet fått bestå redan i ogiltighetsmålet fått tillgodoräkna sig omständigheten att det förelåg tvingande hänsyn.¹²
30. Stockholm Vatten har efter förhandlingar med Urbaser sagt upp Huvudavtalen. Enligt förvaltningsrätten har myndigheten därmed kunnat disponera över tidpunkten och förutsättningarna för avtalens upphörande samt ingåendet av Avslutsavtalet. Den brådska som uppkommit får därmed tillskrivas Stockholm Vatten.
31. Avtalet har tidsbegränsats och är endast avsett att täcka behovet fram till dess att en ny annonserad upphandling genomförs. En ny upphandling annonserades i oktober 2019, men överprövades innan anbudsöppning. Stockholm Vatten beslutade att avbryta upphandlingen den 15 januari 2020, efter att förvaltningsrätten i december 2019 beslutat att den skulle göras om. Från förvaltningsrättens dom, dröjde det nära sju månader att annonsera på nytt. Enligt Konkurrensverket borde Stockholm Vatten ha agerat mer skyndsamt för att få till stånd en ny upphandling.¹³

⁸ HFD 2014 ref. 49.

⁹ HFD 2017 ref. 45.

¹⁰ Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.

¹¹ Prop. 2009/10:180 s. 192 ff och 368.

¹² Jfr Kammarrätten i Göteborgs avgöranden i mål nr 5703-13 och 4915-13. Högsta förvaltningsdomstolen meddelade inte prövningstillstånd i något av dessa mål.

¹³ Jfr Förvaltningsrätten i Stockholms avgöranden i mål nr 19235-16 och 26813-15.

32. Konkurrensverket noterar vidare att Avslutsavtalets värde är så pass högt att upphandlingsskadeavgiften i målet som högst kan uppgå till takbeloppet, dvs. 10 000 000 kronor.
33. Förvaltningsrätten har dock i underliggande ogiltighetsdom i viss utsträckning beaktat att Urbaser var en av få leverantörer, om ens några, som hade möjlighet att med omedelbar verkan ta vid och utföra tjänsterna. Detta ska enligt Konkurrensverkets mening betraktas som en förmildrande omständighet i detta fall.
34. Enligt Konkurrensverkets uppfattning föreligger inte några omständigheter som kan medföra att avgifterna ska efterges. Det är heller inte fråga om ett ringa fall.
35. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 7 000 000 kronor för Avtalet är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Anna Görgård

Bifogas

Bilaga 1 – Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 2 juli 2020 i mål nr 18496-19

Bilaga 2 – Upphandlingsannons den 26 juni 2020

Bilaga 3 – Kammarrätten i Stockholms beslut den 8 oktober 2020 i mål nr 5042-20 m.fl.

Bilaga 4 – Lagakraftbevis