

PM 2 2017-04-27 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om direkttilldelning och avtalstecknande i trots domstols förordnade (otillåten direkttilldelning - domstolstrots).

En kommun har slutit direkttilldelade avtal om taxitransporter m.m. för mer än 200 miljoner kronor, trots att domstol lagakraftvunnet förordnat att upphandlingen ska göras om.

Serviceämnden i Stockholms kommun (nedan Staden) påbörjade i maj 2016 en annonserad *öppen upphandling* avseende ”*Persontransporter 2016*”. Upphandlingen avsåg utförande av lokala persontransporter för personer med någon form av funktionsnedsättning; elever i grundskola, grundskolskola, gymnasieskola samt vuxna inom daglig verksamhet och äldre inom dagverksamhet. Som reseberättigade angavs även ensamkommande flyktingbarn, vuxna eller familjer med småbarn inom socialförvaltningen till och från olika myndigheter, stadens socialjour, asylboenden eller för annat ändamål. I uppdraget ingick också resor för olika åldersgrupper till och från olika boendeformer samt äldre som flyttar från sitt hem till ett vård- och omsorgsboende. Uppskattningsvis c:a 900.000 resor per år till c:a 4.300 dagliga resenärer. Upphandlingen omfattade perioden den 1 januari 2017 till och med den 31 december 2018, med möjlighet till ytterligare (1+1=) två års förlängning, till och med den 31 december 2020 således (24+12+12=) 48 månader.

I upphandlingsförutsättningarna angavs ett antal tillkommande kontraktsvillkor angående bland annat ”*Arbets- och anställningsvillkor för förare*”, med krav på att avlöning ska ske enligt en i avtalet angiven minsta lönenivå.¹ Samtidigt uttalade sig den högst ansvariga politikern i media och förklarade att upphandlingen innebar att Staden nu skulle ställa krav på goda arbets- och anställningsvillkor för förarna och att vitesklausulerna skulle skärpas. Vidare skulle anbudens pris viktas tydligare mot kvalitet, jämfört med tidigare förhållanden. Bland annat skulle kvalitetsparametrar viktas med 25 procent mot priset, medan i den tidigare upphandling som genomfördes 2014 hade motsvarande viktning satts till 1 procent. På fråga om det därmed inte blir mycket dyrare för Staden svarade finansborgarrådet att ”– *Så kan man se det, kortsiktigt. Men långsiktigt tjänar vi på det, de som arbetar i företagen har rimliga löner, de betalar skatt och vi behöver inte följa upp med socialbidrag*”.²

Vid anbudstidens utgång den 30 juni 2016 noterades totalt fyra inkomna anbud. Drygt tre månader senare, den 3 oktober 2016, beslutade dock Staden att avbryta³ den öppna upphandlingen med åberopande av att ”*inkomna anbud är klart dyrare än vad staden, mot bakgrund av prisnivån i nu gällande avtal, haft anledning att räkna med*”.⁴

Istället påbörjade Staden tre veckor senare, den 21 oktober 2016, en ny upphandling i form av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Den nya upphandlingen genomfördes på i princip oförändrade villkor, med den skillnaden att avtalstiden begränsades till att avse endast tiden den 1 januari till och med den 5 november 2017, med möjlighet till förlängning i ytterligare sex månader, d.v.s. till ett maximalt (10+6=) 16 månaderskontrakt.

Anbud i den nya upphandlingen skulle vara inkomna senast den 1 november 2016 med avtalsstart den 1 januari 2017. Förfarandet innefattade därmed en *anbudsfrist* på i praktiken sex vardagar och en uppstartstid, s.k. *implementeringsfrist* – d.v.s. tiden mellan avtalstecknande och första avtalsdag, som den tilldelade leverantören har att kunna förbereda sig för att leverera enligt avtalet – på i praktiken högst c:a 1,5 månader. Till stöd för dessa snäva tidsramar åberopade Staden att det förelåg skäl för undantag på grund av *synnerlig brådska*.

¹ Se underlag för annonserad öppen upphandling av den 20 maj 2016, rubricerat ”*Upphandling av Persontransporter 2016*” (dnr. 3.3.2-093-2016), Bilagan ”*AVTALFÖRLAGA*”, § 14, ”*Arbets- och anställningsvillkor för förare*”, särskilt punkten 2 ”*Avlöning*”.

² Artikel införd i Dagens Nyheter, Stockholmsbilagan, den 24 maj 2016: ”*Offentlig upphandling - Nu ställer staden krav på minimilön*”.

³ Beslut om att avbryta upphandlingen fattades av chefen för Serviceförvaltningen den 3 oktober 2016.

⁴ Se Stadens upphandlingsrapport med avbrytandebeslut, daterad den 3 oktober 2016 (dnr. 3.3.2-093-2016).

Efter att två konkurrerande leverantörer ansökt om överprövning mot valet av upphandlingsform fann Förvaltningsrätten i Stockholm att den tidsbrist som Staden åberopat hänfört sig till handlande från Stadens egen sida och därför måste anses ha varit förutsebart. Skäl till undantag på grund av *synnerlig brådskas* bedömdes därmed inte föreligga, utan rätten förordnade i dom av den 29 november 2016 att upphandlingen skulle göras om.⁵

Kort efter domstolens förordnade fullföljde dock Staden upphandlingen, genom att den 2 till 8 december 2016 sluta avtal i enlighet med anbud som kommit in inom ramen för det olagliga direkttilldelningsförfarandet. Något protokollfört tilldelningsbeslut finns emellertid inte upprättat⁶ och det är även oklart om den tjänsteman som beslutat om och verkställt tilldelningen av kontrakt verkligen haft erforderlig befogenhet att fatta beslut av denna omfattning.⁷

De avtal som tecknades i december 2016 kom huvudsakligen att tilldelas den befintliga leverantör, som sedan tidigare anlätades för de aktuella transporterna, och vars avtal löpte ut dagen före den 1 januari 2017 då det nya avtalet skulle träda ikraft.

Stadens aktuella förfarande, att sluta avtal trots förordnande att upphandlingen ska göras om, överprövades på nytt. Vid denna prövning hänvisade Förvaltningsrätten i Stockholm till sin ovan redovisade bedömning, att den uppkomna tidsbristen kunde anses hänföra sig till Stadens eget handlande. Rätten fann inte anledning att i det nya målet göra någon annan bedömning. Skäl för undantag på grund av *synnerlig brådskas* kunde därmed inte anses föreligga, varför förvaltningsrätten bedömde att det visserligen förelåg förutsättningar för att ogiltigförklara avtalen. Men med beaktande av att en sådan utgång kunde *”riskera att få allvarliga konsekvenser för det dagliga livet, hälsan och livssituationen för ett inte obetydligt antal personer som tillhör samhällets svaga och utsatta grupper”* fann emellertid rätten, i dom av den 13 mars 2017, att avtalen får bestå på grund av tvingade skäl till ett allmänintresse.⁸

Vid anbudstidens början, den 2 januari 2017, visade det sig att ett av de företag som tilldelats kontrakt, utan att vara befintlig leverantör, fick stora problem med att leverera enligt sina åtaganden. Detta resulterade i att många reseberättigade kom för sent eller inte kom fram alls till skolor och omsorgsverksamheter. Som en inledande åtgärd omförhandlade Staden ned volymen i dessa avtal till 500 transportberättigade per dag för att kort därefter, den 13 januari 2017, helt säga upp avtalen med omedelbar verkan. Företaget har sedermera begärts i konkurs.⁹

Upphandlingens fulla värde kan på årsbasis uppskattas till minst 209 miljoner kronor. Omräknat till ett 16-månaderskontrakt motsvarar detta ett totalt s.k. kontraktsvärde på i vart fall 280 miljoner kronor.¹⁰

⁵ Se Förvaltningsrätten i Stockholms lagakraftvunna domar av den 29 november 2016 i de parallella målen 23084-16 och 23085-16.

⁶ Se Stadens beslut av den 21 december 2016 om att avslå en begäran om utlämnade av för upphandlingen aktuella tilldelningsbeslut, med motiveringen att begäran inte kan bifallas då några sådana efterfrågade handlingar inte finns.

⁷ Avtalen – som omfattar allt från utbildningsnämndens behov av skolskjutsar m.m. till transporter av andra personer med särskilda behov samt tjänsteresor för stadens anställda och förtroendevalda för sammanlagt mer än 200 miljoner kronor – har från Stadens sida tecknats av förvaltningschefen vid Serviceförvaltningen. Enligt gällande delegationsordning saknar han dock formell behörighet att teckna avtal för värden överstigande tre miljoner kronor.

⁸ Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 13 mars 2017 i mål nr. 1196-17.

⁹ Favura Anbud AB under konkurs (559082-3216). Bolaget bildades den 20 oktober 2016 och registrerades i Bolagsregistret den 27 oktober 2016, med 50.000 kronor i aktiekapital. Konkurs inleddes den 20 januari 2017.

¹⁰ Se underlag av den 20 maj 2016, rubricerat *”Direktupphandling av Persontransporter 2016”* (dnr. 3.3.2-805-2016), punkten 1.1.1. *”Sammanfattning”*, tredje stycket, av vilken framgår att *”Under år 2015 omsatte persontransporter 209 miljoner kronor, närmare 900 000 resor utfördes och ca 4 300 resenärer omfattades”*.

Gällande rätt

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelningen av bl.a. 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 således att leverantören mot ersättning ska åta sig att utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning.

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats före den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.¹¹ Lagen har kommit till som en följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt (numera) artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).¹²

Kommunala myndigheter och beslutande församlingar utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU sådana s.k. *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser. Företag som tillhandahåller aktuella tjänster utgör *leverantörer* som ska ges möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.

Den närmare bestämningen av ett kontrakt utgår från ett EU-gemensamt klassifikationssystem för varor, tjänster och byggentreprenadarbeten som heter *Common Procurement Vocabulary* eller CPV.¹³ Tjänster för landtransport, däribland passagerartransport på väg för särskilda ändamål (CPV 60130000-8) utgör s.k. A-tjänster (kategori 2, enligt bilaga 2 till LOU). Om det samlade kontraktsvärdet¹⁴ av sådana tjänster överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde¹⁵ ska upphandlingen handläggas och bedömas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1-14 kap. LOU.¹⁶ Gällande tröskelvärde uppgick 2016 till 1.910.323 kronor.¹⁷

Vid en beräkning av kontraktsvärdet ska enligt 3 kap. 3 § LOU detta uppskattas till det totala belopp som ska betalas. Avser upphandlingen tjänster där något totalpris inte anges ska enligt 3 kap. 12 § LOU värdet av kontraktet dock uppskattas till det totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid. Förekommande options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats.

Syftet med reglerna om offentlig upphandling är att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har därför i 1 kap. 9 § LOU införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling. Däribland principerna om *lika-behandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)*, innebärande att alla leverantörer ska behandlas lika och ges möjlighet till sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud på lika villkor.¹⁸

Av den s.k. *likabehandlingsprincipen* följer att alla leverantörer ska ges lika förutsättningar för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Vissa leverantörer eller grupper av leve-

¹¹ Lagen har numera ersatts genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – NLOU – vilken trädde ikraft den 1 januari 2017.

¹² 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. Direktivet har numera kommit att ersättas genom direktiv (2014/24/EU).

¹³ CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4) – se 1 kap. 2 § femte stycket och 2 kap. 5 § LOU samt Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), numera i delvis ändrad lydelse sedan 2008.

¹⁴ Om ett tjänstekontrakt upphandlas utan att något totalpris anges ska enligt 3 kap. 12 § LOU det s.k. kontraktsvärdet vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader.

¹⁵ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling – 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.

¹⁶ Om upphandlingsvärdet understiger gällande tröskelvärde får upphandlingen istället genomföras med ledning av de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU, normalt genom en s.k. förenklad upphandling eller urvalsupphandling.

¹⁷ Gällande tröskelvärde 2016 för kommunal upphandling av varor och A-tjänster inom den s.k. klassiska sektorn - se regeringens tillkännagivande (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹⁸ De grundläggande principer som åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF - tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG.

rantörer får exempelvis inte ensidigt gynnas. Enligt ett uttalande från Högsta förvaltningsdomstolen är en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa att leverantörerna får lika förutsättningar att lämna bärkraftiga anbud. Att leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt sätt innebär enligt domstolen bl.a. att de tidsramar som den upphandlande myndigheten sätter inte får vara så snäva att viss eller vissa leverantörer gynnas. Det gäller inte bara i fråga om anbudstiden utan också beträffande tiden mellan tecknandet av avtal och avtalsperiodens start.¹⁹

Enligt det anslutande kravet på *proportionalitet* ska vidare krav och kriterier som ställs vid offentlig upphandling vara ändamålsenliga i det aktuella fallet. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas med upphandlingen. Proportionalitetsprincipen har i unionsrättslig praxis bland annat tolkats så att det inte kan krävas att leverantörer redan på anbudsstadiet måste ha vidtagit åtgärder för att förfoga över viss kapacitet eller utrustning till det för upphandling aktuella uppdraget. De för anbudsgivning intresserade leverantörerna ska nämligen inte behöva genomföra erforderliga investeringar i exempelvis personal och utrustning på ren spekulat, innan de har försäkrat sig om ett civilrättsligt bindande avtal. Ett sådant avtal kan enligt den svenska regleringen i 16 kap. 1 § LOU slutas tidigast tio dagar efter beslut och meddelande om tilldelning.

I svensk nationell rättspraxis har exempelvis förutsättningarna för deltagande i en upphandling inte ansetts förenliga med LOU om de medfört att leverantörerna redan vid anbudsgivningen måste besitta erforderlig kapacitet, i form av tillgängliga taxifordon med förare, så att de snabbt efter tilldelning och kontraktstecknandet kan börja leverera.

I HFD 2012 ref. 48, del II fann Högsta förvaltningsdomstolen att en uppstartstid (*implementeringsfrist*) på mellan 16 och 23 dagar vid en upphandling av taxitransporter (person- och mattransporter) – motsvarande ett behov av c:a åtta bemannade fordon och en minibuss – var alltför kort och därmed inte förenlig med de grundläggande principerna om bl.a. likabehandling i 1 kap. 9 § LOU.

Vid upphandling av A-tjänster föreligger det som regel en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndighet att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt att offentliggöra sina upphandlingar genom annons som skickas till EU-kommissionen för att offentliggöras i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.²⁰

I fråga om A-tjänsteupphandling över tröskelvärdet föreligger dock, enligt 4 kap. 5 § LOU, undantag från denna skyldighet vid bland annat följande förutsättningar.

1. om det vid ett annonserat, öppet, selektivt eller förenklat förfarande inte har lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller några lämpliga anbud, och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte har ändrats väsentligt, eller
2. om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men *synnerlig brådska*, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, eller
3. det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör.
4. det gäller en tilläggsbeställning eller ett utbyte av tidigare upphandlade varor eller tjänster, och ett byte av leverantör skulle oproportionellt svårt.

Såvitt gäller undantaget vid *synnerlig brådska* enligt punkten 2 (ovan) avser detta endast extraordinära situationer där det framstår som absolut nödvändigt att den upphandlande myndigheten omgående ska kunna tilldela kontraktet.

¹⁹ Se HFD 2012 ref. 48, del I.

²⁰ Se 7 kap. 1 § LOU jämförd med 2 § upphandlingsförordningen (2007:1099).

Enligt praxis krävs att det rör sig om en brådskande anskaffningar av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.²¹ Det ska även framstå som uppenbart att kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa.²² De omständigheter som åberopas till stöd för synnerlig brådskande måste vidare bero på yttre förhållanden, dvs. saker som ligger utanför det område som den upphandlande myndigheten har kunnat förutse eller påverka. *Egenförvällad brådskande* som hos den upphandlande myndigheten kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering medför inte möjlighet till undantag.²³ I lagförarbetena kommenteras den omständigheten att brådskan inte får vara ”orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten” bland annat med att ”sådana omständigheter som är hänförliga till den upphandlande myndigheten torde inte vara omöjliga att förutse för myndigheten”.²⁴ I rekvisitet om oförutsebarhet ligger sålunda att förhållandena närmast ska ha *karaktären av force majeure*.²⁵ Härutöver måste den aktuella tidsnöden vara sådan att det inte har varit möjligt att hålla tidsfristerna vid annonserat förfarande, vilka vid en upphandling av A-tjänster över tröskelvärdet uppgår till som högst mellan 40 och 52 dagar.²⁶

Vidare ska enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis²⁷ möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som inom området för offentlig upphandling ges enligt unionsrätten tolkas restriktivt.²⁸

Det ankommer också på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter, exempelvis påstådda tekniska skäl,²⁹ som motiverar undantaget faktiskt föreligger.³⁰

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller mot någon annan bestämmelse i LOU kan en skadelidande leverantör ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att upphandlingen ska rättas eller att den ska göras om.³¹ Om avtal redan har slutits kan rätten på talan av leverantör besluta att detta är ogiltigt.³² Sådan ogiltighetstalan måste dock, enligt 16 kap. 17 § LOU, väckas inom sex månader från det att avtalet slöts. Ett lagkraftvunnet³³ förordnade enligt bestämmelsen om ogiltighet medför retroaktiv verkan (*ex tunc*), varigenom avtalet får en s.k. nullitetsverkan, som om det aldrig hade funnits. Detta innebär att parternas skyldigheter enligt avtalet bortfaller och att prestationerna enligt huvudregeln ska gå åter.

²¹ Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i de förenade målen 7469--7472-11.

²² I rättspraxis har exempelvis uteblivna livsmedelsleveranser till skolor, förskolor och servicehus ansetts vara av brådskande natur - se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 29 februari 2012 i mål nr. 1446--1452-12. I lagförarbetena anges även att möjlighet till extra förmånliga köp på auktion samt särskilt personrelaterade behov av hälso- och sjukvårdstjänster kan anses medföra synnerliga skäl – se prop. 2001/02:142, s. 99 samt prop. 2006/07:128, s. 429; jfr. även Konkurrensverkets beslut av den 26 maj 2010 i ärende nr. 430/2009.

²³ Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien III* (C-385/02) EU:C:2004:522, punkten 38.

²⁴ Se prop. 2006/07:128, s. 327, specialmotiveringen till 4 kap. 5 § LOU.

²⁵ Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

²⁶ Se 8 kap. 2 § jämförd med 4-8 §§ LOU.

²⁷ Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien IV* (C- 157/06) EU:C:2008:530, p. 23.

²⁸ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden i *kommissionen mot Spanien* (C-71/92) EU:C:1993:890, *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150.

²⁹ Se bl.a. det ovan angivna målen *kommissionen mot Spanien* (C-328/92), *kommissionen mot Italien III* (C-385/02), punkterna 19-20, samt *kommissionen mot Grekland* (C-394/02), p. 32, jämte där angivna hänvisningar.

³⁰ Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens avgöranden i *Kommissionen mot Italien I* (C-199/85), *Kommissionen mot Spanien II* (C-328/92) EU:C:1994:178 och *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) EU:C:1995:150. Från senare praxis, se även domstolens avgöranden i de förenade målen *Bockhorn-Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220 och *Stadt Halle* (C-26/03) EU:C:2005:5, p. 46.

³¹ Se 16 kap. 4-6 § LOU.

³² Se 16 kap. 13 § LOU.

³³ Se HFD 2012 ref. 27, enligt vilket en allmän förvaltningsdomstols dom om att ogiltigförklara ett avtal som slutits efter en offentlig upphandling inte har ansetts vara ett beslut av sådant slag som gäller omedelbart.

Skulle återgång av prestationerna inte vara möjlig är enligt lagförarbetena utgångspunkten att det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts istället ska återställas. Om exempelvis varor som levererats redan har hunnit förbrukas eller tjänster redan utförts kan parterna få utge ersättning för den nytta de haft av varandras prestationer.³⁴

Alternativt kan, enligt 16 kap. 14 § LOU, rätten besluta att ett avtal får bestå – trots att förutsättningarna för ogiltighet annars är uppfyllda – om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Så kan vara fallet om det exempelvis finns anledning att väga in hänsyn till allmän säkerhet, skydd för människors liv och hälsa och djurskydd. Möjligheten att låta ett avtal bestå ska enligt förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 138 f.) tolkas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som kan medföra sådan rättsföljd.

Allmän förvaltningsdomstol kan på talan av Konkurrensverket även besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndighet som utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering i LOU har slutit avtal med en leverantör. Om ett avtal har fått bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse är Konkurrensverket obligatoriskt skyldig att begära upphandlingsskadeavgift från den upphandlande myndigheten. Avgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktsvärdet. I rättspraxis har upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde³⁵ men en individuell bedömning ska alltid genomföras med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.³⁶

Yttrande

Staden 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. Staden har dock tidigare, i ärende KKO 16-042, yttrat att den inte har utrymme att avsätta resurser för att bemöta innehållet i Konkurrenskommissionens utredning, varför Staden avstått från att yttra sig.

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 har som upphandlande myndighet en skyldighet att iakttä upphandlingsbestämmelserna i LOU. Av utredningen framgår att Staden avbrutit en tidigare påbörjad annonserad öppen upphandling med angivande att anbudet visat sig vara klart dyrare än vad Staden haft anledning att räkna med. Staden har därefter åberopat *synnerlig brådskande* för att genomföra ett icke annonserat förfarande, som riktade sig enbart till vissa särskilt utvalda leverantörer. Efter att förvaltningsrätten dömt att denna upphandling ska göras om har Staden trotsat rättens förordnande och tecknat avtal i enlighet med anbud som lämnats inom ramen för det icke annonserade förfarandet.

Den ursprungliga upphandling som Staden påbörjade i ett annonserat förfarande i maj 2016 innefattade medvetet skärpta krav på bland annat villkor om viss minimilön till förarna. På fråga om upphandlingen därmed inte skulle bli mycket dyrare har en ledande företrädare för Staden bland annat svarat att Staden långsiktigt tjänar på att de som arbetar i företagen har rimliga löner och betalar skatt så att Staden inte behöver följa upp med socialbidrag. Det bör mot denna bakgrund knappast ha framstått som överraskande eller ens särskilt förvånande för Staden att anbudet blev dyrare, jämfört med det tidigare avtal som upphandlades 2014.

³⁴ Se prop. 2009/10:180, s. 361.

³⁵ Se bl.a. 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.

³⁶ Se Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 30 oktober 2014 i mål nr. 7121-13.

I vart fall har Staden fått den nu aktuella prisbilden fullt ut klar för sig i samband med anbuds- tidens utgång den 1 juli 2016. Staden hade således vid denna tidpunkt ett tillräckligt underlag för att bedöma om upphandlingen kunde slutföras med utgångspunkt i befintliga anbud, eller om en ny upphandling behövde genomföras.

Om Staden redan på detta tidigare stadium hade avbrutit upphandlingen skulle det funnits tid att genomföra ett nytt annonserat förfarande i enlighet med lagens föreskrifter. Den brådska som däri- genom uppkommit, till följd att Staden väntat fram till oktober 2016 med att avbryta upphand- lingen, kan således inte tillskrivas annat än bristande planering från Stadens sida. En på sådant sätt uppkommen brådska kan lagligen inte läggas till grund för att genomföra ett direkttilldelningsför- farande. Detta förhållande har tidigare utretts av Konkurrenskommissionen i ärendet KKO 16-042, där kommissionen uttalade allvarlig kritik mot Staden. Vad som därefter inträffat motiverar dock följande kritiska synpunkter.

Uppstartstiden (den s.k. *implementeringsfristen*) som tilldelade leverantörer behöver för att kunna förbereda att leverera enligt avtalet skulle ha blivit längre om upphandlingen hade påbörjats tidigare. Som förfarandet nu kommit att utföras är det endast Stadens tidigare leverantör som har kunnat komma ifråga för anbudsgivning avseende avtalens huvudsakliga delar. Bolaget har nämligen kunnat dra fördel av att besitta en kapacitet som kan hållas tillgänglig vid avtalsstart, den 1 januari 2017, då bolagets tidigare motsvarande avtal med Staden löpte ut. Bolagets konkurrenter hade däremot varit tvungna att på mindre än en månad försäkra sig om att, fram till avtalsstart, anskaffa nya fordon och anställa nya utbildade förare för c:a 4.300 dagliga resenärer till och från skolor och andra verksamheter. Detta har visat sig vara så gott som omöjligt, och effektivt satt konkurrensen ur spel. Exempelvis har det företag som parallellt direkttilldelades två av de huvud- sakliga avtalen visat sig få sådana leveransproblem att avtalen måste sägas upp redan två veckor efter avtalsstarten. Företaget har därefter gått i konkurs.

Den tidsnöd som uppkommit Som en konsekvens av Stadens beslut att först i oktober 2016 avbryta sin tidigare annonserade upphandling samt därpå följande domstolstrots har kommit att medföra en snedvridning av konkurrensförutsättningarna på marknaden för samhällsbetalda taxitransporter. Förfarandet visar även på att Staden – trots uttalanden om att de som arbetar i företagen ska få rim- liga löner – tydligen inte verkar vara beredd på att även betala för de ökade avtalskostnader detta för med sig. Det finns därför ytterligare skäl att rikta allvarlig kritik mot Staden, särskilt med beaktande av att de uppmärksammade bristerna inte enbart medfört dyrare avtal ³⁷ utan även skapat svårigheter ur ett brukarperspektiv.³⁸

³⁷ Se bl.a. Dagens Nyheter, artikeln ”Skolskjuts i Stockholm blir dubbelt så dyr”, publicerad den 12 december 2016.

³⁸ Se bl.a. Dagens Nyheter, artikeln ”Favura försökte låna taxibilar dagen innan haveriet med skolskjutsar”, publicerad den 10 januari 2017.