

Förvaltningsrätten i Malmö
Box 4522
203 20 Malmö

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Östra Göinge kommun, Storgatan 4, 289 41 Broby

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Östra Göinge kommun ska betala 375 000 (trehundra sjuttiofemtusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Östra Göinge kommun har den 6 mars 2018 ingått avtal om fastighets- tekniska arbeten med AB Järletoft Bygger utan föregående annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU. Det saknades skäl att ingå avtalet utan sådan annonsering. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Konkurrensverket uppmärksammade genom sin omvärldsbevakning att Östra Göinge kommun (kommunen) skulle ha gjort otillåtna avrop från ett antal ramavtal. Utifrån dessa uppgifter beslutade Konkurrensverket att starta en utredning. Under utredningen framkom bland annat följande.
3. Hösten 2016 initierade kommunen en upphandling av ramavtal avseende byggnadsarbeten. Vid anbudsutvärderingen fick AB Järletoft Bygger högst rangordning. I mars 2017 ingick kommunen ramavtal med tre leverantörer av byggnadsarbeten, däribland AB Järletoft Bygger (ramavtalet), se bilaga 1.
4. I ramavtalet § 3 regleras omfattningen av de avrop som kommunen kan göra från ramavtalet. Där framgår att ramavtalet inte omfattar byggentreprenader avseende nybyggnation samt om- och tillbyggnader där kostnaden bedöms överstiga 5 000 000 kronor. Sådana byggentreprenader ska i stället upphandlas separat. Vidare framgår att ramavtalet inte omfattar arbeten som utgör en del av en större entreprenad eller en underentreprenad i en annan större entreprenad.
5. Kommunen äger och förvaltar badanläggningen Trollabadet i Göinge kommun. Kommunen önskade modernisera badanläggningen, bland annat genom att uppföra en ny byggnad för omklädningsrum och kiosk för badanläggningens besökare. Kommunen initierade därför en upphandling avseende uppförande av sådan byggnad (projektnummer 17370, *Nybyggnation av omklädningsrum och kiosk, Trollabadet Glimåkra*).
6. Kommunen genomförde upphandlingen av den nya byggnaden i två etapper. Båda etapperna föregicks av avrop från ovan nämnda ramavtal med AB Järletoft Bygger. Under månadsskiftet oktober – november 2017 gjorde kommunen det första avropet från ramavtalet, se bilaga 2. Avropet avsåg montering av byggnadens stommar, dvs. en begränsad del av arbetet med att uppföra den nya byggnaden. Avropet gjordes enligt rangordning där leverantören med högst rangordning (AB Järletoft Bygger) tilldelades kontraktet. Värdet av kontraktet uppgick till 1 200 000 kronor exkl. mervärdesskatt (se bilaga 2).

7. Den 16 februari 2018 gjorde kommunen det andra avropet från ramavtalet, se bilaga 3. Avropet avsåg färdigställandet av den nya byggnaden på Trollabadet. Det andra avropet gjordes med förnyad konkurrensutsättning. En leverantör (AB Järletoft Bygger) inkom med anbud.
8. Den 6 mars 2018 meddelade kommunen tilldelningsbeslut enligt vilket AB Järletoft Bygger tilldelades kontraktet, se bilaga 4. Under den utredning som har föregått Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift har kommunen uppgett att avtalet med AB Järletoft Bygger ingicks samma dag som tilldelningsbeslutet fattades, dvs. den 6 mars 2018. Konkurrensverket finner inte anledning att ifrågasätta kommunens uppgift och bedömer därför att kommunen ingick avtal om uppförande av resterande delar av den nya byggnaden för omklädningsrum och kiosk på Trollabadet den 6 mars 2018. Av avtalet framgår att arbetet med att färdigställa byggnaden på Trollabadet skulle utföras till fast pris utan indexreglering. Priset uppgick till 4 960 000 kronor exkl. mervärdesskatt, se bilaga 5.
9. Det är avtalet mellan kommunen och AB Järletoft Bygger av den 6 mars 2018 som är föremål för Konkurrensverkets ansökan.

Avtalets värde

10. Avtalet av den 6 mars 2018 utgör ett byggtreprenadkontrakt enligt 1 kap. 9 § LOU. Enligt 19 kap. 8 § LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas. Beräkningen ska innefatta värdet av samtliga options- och förlängningsklausuler som om de utnyttjats. Vidare ska värdet av samtliga direktupphandlingar av samma slag som den upphandlande myndigheten har gjort under räkenskapsåret läggas samman vid beräkningen av kontraktsvärdet.
11. AB Järletoft Bygger har debiterat ett högre belopp för de arbeten som bolaget har utfört enligt avtalet av den 6 mars 2018 än vad parterna ursprungligen avtalat. Kommunen har erlagt betalning till bolaget med sammanlagt 4 995 000 kronor exkl. mervärdesskatt. Avtalets värde ska därmed beräknas till nämnda belopp.

Avtalet av den 6 mars 2018 utgör en otillåten direktupphandling

12. Enligt huvudregeln i 10 kap. 1 § resp. 19 kap. 9 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer därigenom få möjlighet att lämna anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det aktuella tröskelvärdet (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras. För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något

av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpligt.¹ Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.²

13. Enligt Konkurrensverkets uppfattning utgör avtalet av den 6 mars 2018 en otillåten direktupphandling. Konkurrensverket bedömer därmed att kommunen saknade rätt att avropa avtalet från ramavtalet (bilaga 1). Skälen till detta anges nedan.

Kommunen hade inte rätt att avropa avtalet av den 6 mars 2018 från ramavtalet med AB Järletoft Bygger

14. Kommunens andra avrop avsåg färdigställandet av den byggnad på Trollabadet vars uppförande påbörjades genom kommunens första avrop. De två avropen avser därmed samma byggtreprenad, dvs. uppförandet av ny byggnad för omklädningsrum och kiosk på Trollabadet.
15. Som påtalats ovan (punkt 8) uppskattade kommunen värdet av det andra avropet till 4 960 000 kronor exkl. mervärdesskatt. Vid tidpunkten för det andra avropet hade kommunen emellertid redan avropat montering av stommar till den nya byggnaden till ett värde som uppgick till 1 200 000 kronor (se punkt 6 ovan). Det andra avropet medförde därmed att det sammanlagda värdet av byggtreprenaden avseende uppförande av ny byggnad på Trollabadet kunde uppskattas till (1 200 000 + 4 960 000) 6 160 000 kronor, dvs. ett belopp som vida överstiger det avropstak på 5 000 000 kronor som anges i § 3 i ramavtalet (se punkt 4 ovan). Kommunen hade därmed inte rätt att avropa avtalet av den 6 mars 2018 från ramavtalet.
16. Vidare avser det andra avropet arbete (färdigställande av byggnad) som utgör del av en större entreprenad (uppförande av ny byggnad för omklädningsrum och kiosk på Trollabadet). Även av den anledningen har kommunen saknat rätt att avropa avtalet av den 6 mars 2018 från ramavtalet, eftersom ramavtalet inte omfattar arbeten som ingår i en större entreprenad.

¹ Tröskelvärdet uppgick 2018 till 52 620 561 kronor och direktupphandlingsgränsen till 534 890 kronor.

² Se bl.a. EU-domstolens uttalanden i mål 199/85 *kommissionen mot Italien*, punkt 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *kommissionen mot Tyskland*, punkt 58, mål C-385/02 *kommissionen mot Italien*, punkt 19, mål C-394/02 *kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46. Se även förarbetsuttalanden i prop. 2001/02:142 del 1 s. 99 och prop. 2006/07:128 del 1 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

Avtalet av den 6 mars 2018 omfattas inte av något undantag från annonseringsskyldigheten

17. Värdet av avtalet av den 6 mars 2018 överstiger direktupphandlingsgränsen men understiger tillämpligt tröskelvärde. Kommunen skulle därför ha annonserat upphandlingen enligt 19 kap. 9 § LOU om inte något av undantagen från annonsering var tillämpligt.
18. Under Konkurrensverkets utredning har kommunen inte gjort gällande att det aktuella avtalet omfattas av något undantag från annonseringsskyldigheten. Eftersom något undantag från annonseringsskyldighet inte var tillämpligt anser Konkurrensverkets att kommunens avtal den 6 mars 2018 med AB Järletoft Bygger utgör en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

19. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.³ Det finns inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.⁴
20. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bl.a. att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.⁵

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

21. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 5 kap. 3 och 5 §§ eller 19 kap. 8 § LOU.⁶ Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁷ Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 4 995 000 kronor (se punkt 11 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 499 500 kronor ($4\,995\,000 \times 0,1$).

³ 21 kap. 1 § 3 LOU.

⁴ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

⁵ A prop. s. 196–197.

⁶ 21 kap. 4 § LOU.

⁷ Se HFD 2014 ref. 69.

22. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek 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.⁸
23. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.⁹
24. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁰
25. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.¹¹
26. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför högt i normalfallet. Rättsläget kan inte anses som oklart. De omständigheter som kommunen har påtalat är enligt Konkurrensverkets uppfattning varken förmildrande eller försvårande.
27. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 375 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Marie Östman

Kristoffer Sällfors

⁸ 21 kap. 5 § LOU.

⁹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369–370.

¹⁰ A. prop. s. 197. Jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

¹¹ A. prop. s. 197–198 och 369–370.

Bilagor

1. Ramavtal av den 11 april 2017 mellan Östra Göinge kommun och AB Järletoft Bygger avseende byggnadsarbeten.
2. E-postkorrespondens mellan Östra Göinge kommun och AB Järletoft Bygger AB 31 oktober – 1 november 2018.
3. Skrivelse från Östra Göinge kommun den 26 november.
4. Tilldelningsbeslut, *Nybyggnation av omklädningsrum och kiosk*, dnr KS 2018/00353.20.2.
5. Beställning/avrop, *Fastighetstekniska arbeten 2016*, 6 mars 2018.