

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Nykvarns kommun, 155 80 Nykvarn

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Nykvarns kommun ska betala 60 000 (sextiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se

Grunder

1. Nykvarns kommun (kommunen) har brutit mot 7 kap. 1 § LOU genom att den 5 maj 2014 ingå avtal om asfaltbeläggningsarbeten med NCC Roads AB (NCC) utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för detta saknades, se [bilaga 1](#). Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Kommunen genomförde under år 2013 tillsammans med Aktiebolaget Nykvarnsbostäder (Nykvarnsbostäder) en annonserad upphandling avseende asfaltbeläggningsarbeten. Efter anbudsutvärdering beslutade kommunen och Nykvarnsbostäder att anta ett anbud från Nygårdskvarn Entreprenad Mark & Anläggning AB (Nema), se [bilaga 2](#). Det avtal som slöts kom att gälla för perioden den 1 maj 2013–30 april 2014 och den gemensamma partsavsikten var att avtalet därefter eventuellt kunde komma att förlängas, se [bilagorna 3–4](#).
3. Under sommaren 2013 tog kommunen emot ett antal klagomål från olika kommuninvånare om att beläggningsarbetena var dåligt utförda (se [bilaga 4](#)). Kommunen och Nykvarnsbostäder anlätade därför en oberoende besiktningssman för en okulär syn på utförda beläggningsarbeten för att kontrollera kvaliteten på det arbete som Nema hade utfört. Vid synen var företrädare för såväl kommunen som för Nykvarnsbostäder närvarande, se [bilaga 5](#).
4. Enligt kommunen kom avtalet med Nema inte att förlängas eftersom leverantören inte kunde hålla den kvalitet som efterfrågades, se [bilaga 6](#). Detta ledde till att kommunen stod utan avtal efter den 30 april 2014.
5. Kommunen och Nykvarnsbostäder ingick därefter den 5 maj 2014 ett avtal med NCC avseende asfaltbeläggningsarbeten. Avtalet gällde under perioden den 1 maj–31 december 2014 med möjlighet till ytterligare förlängning till dess att en annan upphandlande myndighet, Telge Inköp, har upphandlat beläggningsarbeten åt kommunen (se [bilaga 1](#)). Det är avtalet mellan kommunen och NCC som är föremål för denna ansökan om upphandlingsskadeavgift.
6. I maj 2014 angav kommunen att Telge Inköp skulle påbörja ett nytt annonserat förfarande efter sommaren och att upphandlingen skulle vara klar till årsskiftet (se [bilaga 4](#)). Kommunen har den 10 februari 2015 meddelat Konkurrensverket att Telge Inköp håller på med en förfrågan om beläggningstjänster där kommunen ska vara med, se [bilaga 7](#). Konkurrensverket har vid en sökning i annonsdatabaserna för offentlig upphandling den 8 april 2015 inte kunnat se att någon sådan upphandling har annonserats av Telge Inköp.



7. Konkurrensverket har gett kommunen möjlighet att yttra sig över ett utkast till ansökan om upphandlingsskadeavgift, varpå kommunen har anfört bl.a. följande. Kommunen har inte haft för avsikt att bryta mot LOU. Det kan i efterhand konstateras att kontraktsformuleringarna gällande omfattning inte i alla delar blev helt lyckade. Den föreslagna upphandlingsskadeavgiften på 60 000 kronor anses för hög eftersom kommunen inte har haft något uppsåt att bryta mot gällande lagstiftning, se bilaga 8.

Avtalet den 5 maj 2014 mellan kommunen, Nykvarnsbostäder och NCC utgör en otillåten direktupphandling

8. Av avtalet framgår att NCC åtar sig att utföra reparations- och underhållsarbeten av asfaltbeläggning inom kommunen. De tjänster som avtalet omfattar får anses vara sådana tjänster som hör till undergrupp 45.23 *Anläggning av vägar, flygfält och idrottsanläggningar* i bilaga 1 till LOU. Kontraktet ska därmed klassificeras som en byggtreprenad.
9. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger 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 tillämpliga. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.¹
10. Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vidare ska de premier och ersättningar som den upphandlande myndigheten planerar att betala till anbudssökande eller anbudsgivare räknas in i värdet (3 kap. 3 § LOU). Det finns även en kompletterande beräkningsregel för byggtreprenader i 3 kap. 8 § LOU, men den är inte tillämplig för det kontrakt som denna ansökan avser.
11. Av avtalet mellan kommunen, Nykvarnsbostäder och NCC framgår att det gäller under en viss tidsperiod och att det kan förlängas till dess Telge Inköp har upphandlat asfaltbeläggningsarbeten åt kommunen. Eftersom avtalet inte är begränsat i tid eller gäller ett visst antal avrop kan något exakt avtalsvärde inte fastställas enligt 3 kap. 3 § LOU.
12. En konsekvens av att avtalet saknar slutdatum eller annan begränsning är att värdet får anses överstiga direktupphandlingsgränsen. Detta innebär att kommunen i enlighet med huvudregeln har haft en skyldighet att annonsera

¹ Se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46.

upphandlingen. Frågan är emellertid om kommunen har haft rätt att upphandla asfaltbeläggningsarbeten utan föregående annonsering på någon av de grunder som anges i 4 kap. 5–9 §§ LOU.

13. Ett av undantagen från annonseringsskyldighet kan tillämpas 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 ett annonserat förfarande (4 kap. 5 § första stycket 3 LOU). Samtliga förutsättningar måste vara uppfyllda för att undantaget ska kunna tillämpas.²
14. När det ursprungliga avtalet ingicks under våren 2013 var parterna överens om att kontraktet endast löpte under ett år och att det därefter eventuellt kunde komma att förlängas (se bilaga 4). Detta innebar att kommunen redan vid avtalsingåendet var medveten om tidpunkten för när avtalet löpte ut. I en sådan situation bör kommunen med god framförhållning ta ställning till om avtalet skulle förlängas eller om ett nytt upphandlingsförfarande skulle påbörjas för att leveranserna av beläggningsarbetena inte skulle upphöra.
15. Därtill har kommunen redan i augusti 2013, dvs. ca fyra månader efter avtalsingåendet, fått kännedom om brister i utförandet. Detta är en omständighet som borde ha föranlett kommunen att noga följa upp avtalet inför en eventuell avtalsförlängning.
16. Kommunen har trots kännedom om avtalets löptid och de påtalade kvalitetsbristerna inte med tillräcklig framförhållning tagit ställning till om avtalet skulle förlängas. Enligt Konkurrensverkets mening har de omständigheter som har föregått avtalstecknandet med NCC rimligen kunnat förutses av kommunen i så god tid att den i stället för direktupphandling hade kunnat genomföra ett annonserat förfarande. Kommunen har därför inte haft rätt att upphandla asfaltbeläggningsarbeten utan föregående annonsering med hänsyn till synnerlig brådska.
17. Det har under utredningen av ärendet inte kommit fram några uppgifter som innebär att det är aktuellt att pröva om några andra undantag från annonseringsskyldigheten är tillämpliga. Kommunens avtal med NCC utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

18. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska

² Jfr exempelvis Kammarrätten i Göteborgs dom den 29 februari 2012 i mål nr 1446–1452-12 där domstolen bedömde att samtliga förutsättningar var uppfyllda (upphandling av livsmedel).

betala en upphandlingsskadeavgift (17 kap. 1 § 3 LOU). 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 alltså inte någon ursäkt för en överträdelse.³

19. 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.⁴

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

20. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut (17 kap. 7 § LOU).
21. Det avtal som ansökan gäller är undertecknat av parterna den 29 april 2014 och den 5 maj 2014. Ett bindande avtal har därmed uppkommit den 5 maj 2014 och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

22. 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 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a § LOU (17 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁵
23. Fastställandet av upphandlingsskadeavgiften förutsätter att det finns ett tak för hur hög avgift som kan beslutas i det enskilda fallet. Som tidigare konstaterats är det inte möjligt att beräkna kontraktets värde med stöd av de bestämmelser som är tillämpliga i detta fall (se punkterna 10–12 ovan). Kontraktets värde kan inte heller beräknas enbart med stöd av 3 kap. 3 och 4 §§ LOU, såsom anges i 17 kap. 4 § LOU. Att det högsta möjliga beloppet på tio miljoner kronor ska utgöra beloppstaket i de situationer där kontraktets värde inte kan beräknas är enligt Konkurrensverkets mening orimligt och oförenligt med de syften som motiverar uttagandet av en upphandlingsskadeavgift. Till fördel för kommunen bör kontraktets värde i stället beräknas med ledning av andra bestämmelser i 3 kap. LOU. Eftersom avtalet löper på obestämd tid kan bestämmelserna om varukontrakt som löper på viss tid

³ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och s. 368.

⁴ A prop. s. 196–197.

⁵ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

eller på obestämd tid enligt 3 kap. 9 § LOU och vissa tjänstekontrakt enligt 3 kap. 12 § LOU vara vägledande.

24. Avsikten med avtalet är att det ska tillgodose kommunens samlade behov av asfaltbeläggningsarbeten. Det är därför rimligt att utifrån den totala faktureringen beräkna kostnaden för sådana arbeten under ett år. Enligt kommunen har faktureringen under år 2014 uppgått till 212 146 kronor (se bilaga 7). Att använda det beloppet som utgångspunkt för att beräkna kontraktsvärdet bör inte leda till att beloppet beräknas för högt. Konkurrensverket beräknar därmed kontraktsvärdet till 848 592 kronor⁶. Upphandlingsskadeavgiften kan därför högst uppgå till 84 859 kronor ($848\,592 \times 0,1$).
25. 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 (17 kap. 5 § LOU).
26. 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.⁷
27. 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.⁸ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.⁹
28. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Avtalet kan också komma att gälla under lång tid. Avtalet gäller alltjämt och kommunen har inte agerat för att begränsa den tid som den otillåtna direktupphandlingen

⁶ Beräkningen enligt 3 kap. 9 § och 12 § LOU ger $212\,146/12 = 17\,679$ kronor per månad, $17\,679 \times 48 = 848\,592$ kronor.

⁷ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.

⁸ A. prop. s. 197–198 och s. 369–370.

⁹ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 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.

pågår under. Kommunen har endast hänvisat till att Telge Inköp ska genomföra en upphandling som kommunen ska delta i, men någon sådan upphandling har, såvitt framgått, ännu inte annonserats. Det är visserligen positivt att en kommun samarbetar med andra upphandlande myndigheter för att genomföra upphandlingar, men det får inte leda till att upphandlingslagstiftningen frångås. Att kommunen inte har haft något uppsåt att frångå bestämmelserna i LOU är utan betydelse och påverkar inte upphandlingsskadeavgiftens storlek (se punkt 18 ovan).

29. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 60 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.



Magnus Jonson



Frida Nordholm

Bifogas

- Bilaga 1 Avtal om asfaltbelägningsarbeten 2014
- Bilaga 2 Tilldelningsbeslut avseende Asfaltbelägningsarbeten 2013, Nykvarn kommun och AB Nykvarnsbostäder
- Bilaga 3 Avtal om asfaltbelägningsarbeten 2013
- Bilaga 4 Kommunens e-postsvar den 27 maj 2014
- Bilaga 5 Konsultgruppen Röda Tråden AB:s utlåtande över okulär syn på utförda belägningsarbeten den 22 augusti 2013
- Bilaga 6 Kommunens brevsvaret den 8 maj 2014
- Bilaga 7 Kommunens e-postsvar den 10 februari 2015
- Bilaga 8 Kommunens yttrande den 7 april 2015