

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Polismyndigheten, Box 12256, 102 26 Stockholm.

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 Polismyndigheten ska betala 400 000 (fyrahundratusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Polismyndigheten har brutit mot 15 kap. 4 § LOU genom att den 29 april 2015 ingå avtal om polititransporter med Politivagn Stockholm AB utan föregående annonsering enligt LOU. Eftersom det saknades förutsättningar för att frångå annonseringsplikten utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Polititransport innebär transport av avlidna som ska genomgå undersökning på rättsmedicinsk avdelning. Rikspolisstyrelsen ("RPS") har sedan år 2004 upphandlat polititransporter åt de regionala polismyndigheterna. Efter genomförd upphandling av RPS har polismyndigheterna därefter ingått respektive avtal.
3. År 2009 annonserade RPS en upphandling av polititransporter för polismyndigheterna i Stockholms och Södermanlands län. Upphandlingen resulterade i att Polismyndigheten i Stockholms län ingick avtal (huvudavtalet) med Politivagn Stockholm AB, bilaga 1. Avtalet gällde under perioden 29 april 2011 - 29 april 2013. I huvudavtalet fanns en förlängningsoption om ytterligare två år. Optionen utnyttjades och huvudavtalet förlängdes till och med den 29 april 2015, då det löpte ut, se bilaga 2.
4. I december 2013 beslutade RPS att en nationell upphandling av polititransporter skulle genomföras, bilaga 3. Beslutet togs efter förslag från Affärsenheten på RPS, bilaga 4. Ett nationellt ramavtal med samma avtalstid och gemensam kravställning var enligt förslaget en nödvändighet inför den kommande sammanslagningen av de regionala polismyndigheterna.
5. Den 1 januari 2015 skapades Polismyndigheten vilken ersatte de tidigare regionala polismyndigheterna, RPS och Statens kriminaltekniska laboratorium ("SKL"). Beslutet att slå samman de regionala polismyndigheterna till en myndighet togs år 2012 i samband med att 2013 års budgetproposition antogs av riksdagen.
6. Av 2 § lagen (2014:580) med vissa bestämmelser med anledning av en ny organisation för polisen framgår att Polismyndigheten eller Säkerhetspolisen ska anses ha fattat de beslut eller ha vidtagit de åtgärder som gjorts av tidigare polismyndighet, RPS eller SKL före utgången av år 2014.
7. Den 29 april 2015 ingicks ett nytt avtal avseende polititransporter vilket gäller fram till den 29 april 2016, bilaga 5. Avtalsparter är Polismyndigheten och Politivagn Stockholm AB. Avtalet föregicks inte av något annonserat upphandlingsförfarande. Polismyndigheten uppskattar att de faktiska avropen från avtalet kommer att uppgå till cirka 4 900 000 kr, se bilaga 6.

Avtalet som ingicks den 29 april 2015 utgör en otillåten direktupphandling

8. Avtalet den 29 april 2015 betecknades som en förlängning av det tidigare ingångna huvudavtalet. Huvudavtalets förlängningsmöjligheter hade dock redan utnyttjats fullt ut, se ovan punkt 3. Avtalet som ingicks den 29 april 2015 var således inte en förlängning av ett tidigare avtal, utan är att betrakta som ett nytt avtal.
9. Det aktuella avtalet avser tjänster som enligt bilaga 3 till LOU förtecknas som s.k. B-tjänster (kategori övriga tjänster). För upphandling av sådana tjänster ska 15 kap. LOU tillämpas (1 kap. 2 § LOU).
10. Enligt huvudregeln i 15 kap. 4 § LOU ska upphandlingar annonseras. Alla potentiella leverantörer ges därigenom möjlighet att lämna anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver emellertid inte annonseras.¹ 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 eller att det föreligger synnerliga skäl.² Undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.³

Avtalets värde överstiger direktupphandlingsgränsen

11. För att avgöra om upphandlingen ska annonseras måste således bl.a. avtalets kontraktsvärde beräknas. Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet (15 kap. 3 a § LOU).
12. Enligt Polismyndighetens egen bedömning kommer avrop att göras till ett värde om cirka 4 900 000 kronor under avtalstiden. Konkurrensverket finner inte anledning att ifrågasätta bedömningen av kontraktsvärdet.
13. Det aktuella avtalet föregicks inte av annonsering enligt LOU. Eftersom kontraktsvärdet överstiger direktupphandlingsgränsen utgör avtalet en otillåten direktupphandling, såvida det inte förelegat lagliga förutsättningar för att frångå annonseringsplikten.

¹ Se 15 kap. 3 § andra stycket LOU. Direktupphandlingsgränsen uppgick under år 2015 till cirka 505 000 kr.

² Se 15 kap. 3 § andra stycket LOU som i sin tur hänvisar till 4 kap. 5-9 §§ LOU.

³ Se bland annat 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 s. 99 och prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

Det fanns inte några skäl att underlåta annonsering

14. Polismyndigheten har under Konkurrensverkets utredning uppgett att arbetet med att genomföra en nationell upphandling av polititransporter påbörjats och att detta kräver omtag och djupgående analys. Polismyndigheten har också angett att man har för avsikt att publicera en nationell upphandling av polititransporter i juni 2016, se bilaga 2.
15. Skäl för direkttilldelning i en viss situation kan exempelvis föreligga om det förelåg *synnerlig brådska* att tilldela det aktuella avtalet.⁴ Eventuell uppkommen brådska att tilldela ett avtal, utan att tillämpa ett annonserat förfarande, får dock inte bero på omständigheter som myndigheten själv hade kunnat råda över eller förutse. Den brådskande situationen får således inte bero på bristande planering och framförhållning.⁵
16. Redan år 2012 beslutades det att polismyndigheterna den 1 januari 2015 skulle slås samman till en myndighet. Att organisationen skulle förändras var således något som under relativt lång tid varit känt och som därmed kunnat planeras för. Under år 2013 beslutades det vidare att polititransporterna skulle bli föremål för en nationell upphandling. En upphandlande myndighet måste ha kontroll över sina kommande inköpsbehov för att kunna bedöma när upphandlingar behöver genomföras och för att undvika ett avtalslöst tillstånd. Polismyndigheten hade också kunnat upphandla tjänsterna med ett annonserat förfarande för en kortare period i avvaktan på en översyn.
17. Sammanfattningsvis anser Konkurrensverket att det inte framkommit några skäl som motiverat en direkttilldelning av kontraktet. Avtalet utgör därför en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

18. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala 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.⁶
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.⁷

⁴ Se 4 kap. 5 § tredje punkten LOU.

⁵ Se bl.a. prop. 2009/10:180 del 1 s. 344 f., prop. 2006/07:128 s. 429 och prop. 2001/02:142 s. 99. Se även Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 3209-14.

⁶ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och s. 368.

⁷ A prop. s. 196–197.

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. Avtalet är undertecknat av parterna den 29 april 2015. Ett bindande avtal har därmed uppkommit samma dag 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). Konkurrensverket anser att kontraktsvärdet bör beräknas till 4 900 000 kronor (se punkt 12 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 490 000 kronor.
23. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁸ I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (17 kap. 5 § LOU).
24. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Sanktionsvärdet kan 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.⁹ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁰
25. Konkurrensverket ska vid varje ansökan om upphandlingsskadeavgift bestämma avgiftens storlek med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Av förarbetena framgår att utgångspunkten ska vara att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, avhåller sig från överträdelser. Ju all-

⁸ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

⁹ A. prop. s. 197–198 och s. 369–370.

¹⁰ Se prop. 2009/10:180 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.

varligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹¹

26. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet ska därför vara högt. Konkurrensverket kan vidare konstatera att Polismyndigheten (RPS) tidigare, enligt lagakraftvunnen dom, har genomfört en otillåten direktupphandling. Förvaltningsrätten i Stockholm har i mål 24922-14 funnit att det avtal om inköp av skyddsvästar som RPS ingick den 5 maj 2014 med Safe4U Security of Sweden AB utgjorde en otillåten direktupphandling.¹² Avtalet fick dock bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Konkurrensverket har därför ingett en obligatorisk ansökan¹³ om upphandlingsskadeavgift avseende överträdelsen.¹⁴
27. Att Polismyndigheten återigen gjort en otillåten direktupphandling innebär enligt Konkurrensverkets mening ett upprepat beteende som utgör en försvårande omständighet vid bedömningen av sanktionsvärdet. Några förmildrande omständigheter bedöms inte föreligga i målet.
28. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 400 000 kronor är en effektiv, avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Per Karlsson

Magnus Ehn

¹¹ A. prop. s. 197 och s. 369–370.

¹² Förvaltningsrättens dom vann laga kraft den 10 juli 2015 i och med att Högsta förvaltningsdomstolen beslutade att inte meddela prövningstillstånd, mål nr 3711-15.

¹³ När ett avtal fått bestå av tvingande hänsyn har Konkurrensverket en lagstadgad skyldighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift, se 17 kap. 1 § andra punkten LOU.

¹⁴ Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 26813-15.

Bifogas

Bilaga 1 – Ramavtal Köp av polititransporter ingånget den 29 april 2011

Bilaga 2: Yttrande från Polismyndigheten den 22 oktober 2015

Bilaga 3: RPS - Beslut om nationell upphandling av tjänsten polititransport

Bilaga 4: Förslag till genomförandet av en nationell upphandling av polititransport

Bilaga 5: Avtal mellan Polismyndigheten och Politivagn ingånget den 29 april 2015

Bilaga 6: Yttrande från polismyndigheten den 23 februari 2016