

Förvaltningsrätten i Linköping
Box 406
581 04 Linköping

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Sjöfartsverket, 601 78 Norrköping

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 2 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten jämlikt 17 kap. 1 § 2 LOU förpliktar Sjöfartsverket att betala 1 800 000 (en miljon åttahundratusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

- 1 Förvaltningsrätten i Linköping har i en lagakraftvunnen dom (mål nr 1959-11, se bilaga 1) angående överprövning av ett avtals giltighet som ingåtts mellan Sjöfartsverket och Skanska Sverige AB ("Skanska"), fastställt att avtalet får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 16 § LOU, trots att avtalet ingåtts genom en otillåten direktupphandling.

Omständigheter

- 2 Sjöfartsverket äger och driver Trollhätte kanal, en sjötransportled för yrkes- och fritidstrafik i Västergötland som sammanbinder Vänern med Göta älv. Sjöfartsverket genomför sedan en tid tillbaka en renovering av kanalen och dess slussar, vilket bland annat inneburit ett planerat stopp för all trafik i kanalen under hösten 2011. Renoveringsarbetet förutsätter att slussarna torrläggs. Kanalen kan således inte användas under den tid som slussarna är torrlagda. Besiktningar har utvisat att det ur drifts- och säkerhetssynpunkt brådskar att genomföra arbetena.

Den annonserade upphandlingen och den första överprövningen

- 3 Sjöfartsverket påbörjade under år 2010 en urvalsupphandling betecknad Revision Trollhätte kanal 2011. Ytterligare upphandlingar har också genomförts av Sjöfartsverket avseende andra entreprenadarbeten som ska genomföras vid kanalen under samma tid.
- 4 Anbudsinbjudan i urvalsupphandlingen publicerades den 8 juli 2010. Sista dag för att ansöka om att lämna anbud var den 13 september 2010. Vid prekvalificeringen inbjöds den 5 oktober 2010 två leverantörer, Skanska och Betongsprutnings Aktiebolaget Besab ("Besab"), att lämna anbud i upphandlingen. Sista dag att lämna anbud var den 8 november 2010. Enligt tilldelningsbeslut meddelat den 3 december 2010 avsåg Sjöfartsverket att sluta kontrakt i upphandlingen med Skanska, vars anbud bedömts som det ekonomiskt mest fördelaktiga.
- 5 Besab ansökte om överprövning av tilldelningsbeslutet hos Förvaltningsrätten i Linköping. Under handläggningen i förvaltningsrätten avbröt Sjöfartsverket den 16 mars 2011 upphandlingen och uppgav att anbudens giltighetstid löpt ut. Skanska hade meddelat Sjöfartsverket att bolaget inte hade för avsikt att förlänga giltighetstiden på sitt anbud ytterligare. Samma dag ingick Sjöfartsverket genom en direktupphandling avtal med Skanska avseende byggentreprenaden, se bilaga 2.
- 6 Förvaltningsrätten tillät därefter Besab att ändra sin talan i det pågående målet 9973-10 från överprövning av tilldelningsbeslutet till överprövning av be-



slutet att avbryta upphandlingen. I dom den 4 april 2011 fann förvaltningsrätten att Sjöfartsverket haft saklig grund att avbryta upphandlingen och avslog Besabs ansökan, se bilaga 3.

Överprövningen av det ingångna avtalets giltighet

- 7 Besab yrkade den 24 mars 2011 hos förvaltningsrätten att det avtal som ingåtts den 16 mars 2011 mellan Sjöfartsverket och Skanska skulle ogiltigförklaras. Detta yrkande togs av förvaltningsrätten upp som ett nytt mål (nr 1959-11). Frågan i detta mål var i första hand om det förelegat synnerliga skäl för direktupphandling. Förvaltningsrätten gjorde bedömningen att de skäl som Sjöfartsverket åberopat inte var tillräckliga för att anses utgöra synnerliga skäl för direktupphandling i LOU:s mening och att den aktuella upphandlingen således inte borde ha skett genom en direktupphandling.
- 8 Sjöfartsverket hade gjort gällande att, för det fall att rätten skulle finna att direktupphandlingen var otillåten, avtalet likväl måste bestå av den anledningen att det fanns tvingande hänsyn till ett allmänintresse. I denna del gjorde rätten bedömningen att avtalet skulle bestå med hänsyn till den uppenbara risken för allmän säkerhet och skydd för människors liv och hälsa. I dom den 6 maj 2011 i mål nr 1959-11 avslog förvaltningsrätten därför Besabs ansökan om överprövning av avtalets giltighet, se bilaga 1. Domen överklagades inte och vann laga kraft den 30 maj 2011.

Avtalets värde

- 9 Det följer av 17 kap. 4 § andra stycket LOU att beräkningen av avtalets värde i mål om upphandlingsskadeavgift ska ske enligt 15 kap. 3 a § LOU när det är fråga om en upphandling som inte omfattas av direktiv 2004/18/EG. Den aktuella upphandlingen understiger tröskelvärdet för byggentreprenader om cirka 48 miljoner kronor och omfattas därför inte av de direktivstyrda delarna av LOU. Enligt 15 kap. 3 a § LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjas.
- 10 I det direktupphandlade avtalet mellan Sjöfartsverket och Skanska har de priser som Skanska angett i sitt anbud i den föregående urvalsupphandlingen tillämpats. Anbudens totala värde i urvalsupphandlingen beräknades utifrån en fast del samt en uppskattad rörlig del. Totalsumman av Skanskas anbud beräknades vid utvärderingen till 26 227 200 kronor, se bilaga 4.
- 11 Vidare har det föreskrivits i det direktupphandlade avtalet att entreprenörarvode är åtta procent på underentreprenörer och tolv procent på material, varor och hjälpmedel, se bilaga 2. Såvitt framgår av avtalet omfattas inte dessa poster av den rörliga delen av ersättningen för entreprenaden. Entreprenör-



arvodet ska därför medräknas vid uppskattningen av värdet av det totala belopp som ska betalas enligt avtalet. Konkurrensverket uppskattar värdet av entreprenörarvodet till 10 000 000 kronor. Sjöfartsverket har i yttrande över ett utkast till denna ansökan, där samma belopp redovisats, anfört att Konkurrensverkets beräkning av kontraktsvärdet synes vara korrekt.

- 12 Mot denna bakgrund gör Konkurrensverket gällande att avtalet med Skanska är värt minst 36 227 200 (26 227 200 + 10 000 000) kronor.

Upphandlingsskadeavgift

Förutsättningar för att påföra upphandlingsskadeavgift när ett avtal har fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse

- 13 Enligt 17 kap. 1 § 2 LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 16 § LOU.
- 14 Enligt 17 kap. 2 § första stycket LOU är tillsynsmyndigheten skyldig att hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift, om en domstol fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 16 §. Konkurrensverket är enligt 18 kap. 1 § LOU och 3 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen i Sverige.
- 15 Det följer av artikel 2e i direktiv 89/665/EEG (första rättsmedelsdirektivet) i lydelsen enligt direktiv 2007/66/EG (ändringsdirektivet) att medlemsstaterna är skyldiga att föreskriva alternativa sanktioner när ett avtal efter överprövning har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. I Sverige utgör upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 2 LOU denna alternativa sanktion. Det är också på grund av bestämmelserna om alternativa sanktioner i första rättsmedelsdirektivet som Konkurrensverket enligt 17 kap. 2 § första stycket LOU är skyldigt att ansöka om upphandlingsskadeavgift i dessa fall, till skillnad från andra fall av otillåtna direktupphandlingar då Konkurrensverket enligt 17 kap. 2 § andra stycket LOU själv bestämmer vilka ärenden som ska föranleda en ansökan om upphandlingsskadeavgift.¹ Eftersom lagstiftaren ansett att det är mycket viktigt att upphandlingsreglerna följs även när det är fråga om upphandlingar som inte omfattas av direkti-

¹ Jfr prop. 2009/10:180 s. 189.

ven, gäller den obligatoriska upphandlingsskadeavgiften även vid upphandlingar som omfattas av 15 kap. LOU.²

- 16 Grunden för att påföra Sjöfartsverket en upphandlingsskadeavgift är den lagakraftvunna domen i målet angående överprövning av det ingångna avtalets giltighet (mål nr 1959-11). I förevarande mål om upphandlingsskadeavgift finns ingen möjlighet att ompröva huruvida det ingångna avtalet är en otillåten direktupphandling. Omständigheterna kring den otillåtna direktupphandlingen har således i detta mål endast betydelse för sanktionsvärdet och avgiftens storlek.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

- 17 En upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktets värde. Enligt 17 kap. 5 § LOU ska vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.
- 18 Av förarbetena framgår att ett av syftena med upphandlingsskadeavgiften är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedlen används på ett korrekt sätt. Utgångspunkten är att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra upphandlande myndigheter avhåller sig från överträdelser. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. I förarbetena erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.³
- 19 Sanktionsvärdet ska bedömas utifrån den överträdelse av LOU som Sjöfartsverket enligt den lagakraftvunna domen har gjort sig skyldigt till. Det är följaktligen den otillåtna direktupphandling som Sjöfartsverket genomförde i och med avtalet med Skanska den 16 mars 2011 som ska åsättas ett sanktionsvärde och en avgift.
- 20 Enligt Konkurrensverkets mening bör upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten direktupphandling beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde. Därefter bör det prövas om det föreligger några förmildrande eller försvårande omständigheter i det enskilda fallet som kan inverka sänkande eller höjande på avgiften. Denna metod bidrar till en enhetlighet och förutsebarhet vid beräkningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Avtalets värde är också ett adekvat mått på hur allvarlig överträdelse en otillåten direktupphandling typiskt sett är – ju högre avtalsbelopp desto allvarligare

² Prop. 2009/10:180 s. 186.

³ Prop. 2009/10:180 s. 196-197 och 370.



överträdelse.⁴ Att ha avtalets värde som utgångspunkt vid beräkningen av avgiftens storlek ligger också i linje med allmänna principer för system med sanktionsavgifter i svensk rätt, där lagstiftaren har framhållit att avgiftsbelopp så långt som möjligt bör kunna utgå ifrån ett mätbart moment i överträdelsen som gör det möjligt att förutse och fastställa hur stor avgiften ska bli i det enskilda fallet.⁵ I förarbetena till reglerna om upphandlingsskadeavgift har lagstiftaren också hänvisat till dessa allmänna riktlinjer.⁶

- 21 Otillåtna direktupphandlingar anses både av unionslagstiftaren och den svenska lagstiftaren vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt.⁷ En upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling bör således ligga i den högre delen av skalan. Avgiften bör enligt Konkurrensverkets mening i allmänhet kunna bestämmas till mellan fem och tio procent av avtalets värde. Vid otillåtna direktupphandlingar där vare sig några förmildrande eller försvårande omständigheter är för handen, bör avgiften kunna ligga i mitten av den högre delen av skalan, det vill säga 7-8 procent av avtalets värde.
- 22 Trots att Sjöfartsverket ingick avtalet den 16 mars 2011 genom en otillåten direktupphandling, hade en annonserad upphandling enligt 15 kap. LOU dessförinnan påbörjats av myndigheten. Det har inte framkommit annat än att Sjöfartsverkets avsikt faktiskt var att tillgodose det aktuella behovet genom denna annonserade upphandling. På grund av den tidsbrist som uppstod slutfördes inte den påbörjade annonserade upphandlingen, utan Sjöfartsverket direktupphandlade byggtreprenaden. Tilldelningsbeslutet i den annonserade upphandlingen meddelades den 3 december 2010, cirka tre och en halv månad innan det direktupphandlade avtalet ingicks. Det har fastslagits i den lagakraftvunna domen att tidsbristen berodde på Sjöfartsverkets egen bristande planering, och att direktupphandlingen därför var otillåten.
- 23 Konkurrensverket anser att upphandlingsskadeavgiften bör bestämmas till 1 800 000 kronor, vilket utgör knappt fem procent av avtalets värde. De omständigheter som föregick Sjöfartsverkets avtal med Skanska medför att överträdelsen enligt Konkurrensverket betingar ett något lägre sanktionsvärde än en otillåten direktupphandling av normalgraden. Vid bedömningen har Konkurrensverket särskilt beaktat att Sjöfartsverket faktiskt påbörjat en annonserad upphandling och att myndighetens avsikt synes ha varit att tillgodose det aktuella renoveringsbehovet genom denna upphandling.

⁴ Jfr prop. 2009/10:180 s. 197.

⁵ Se bl.a. prop. 1981/82:142 s. 24-25 och bet. 1981/82:JuU53.

⁶ Prop. 2009/10:180 s. 183.

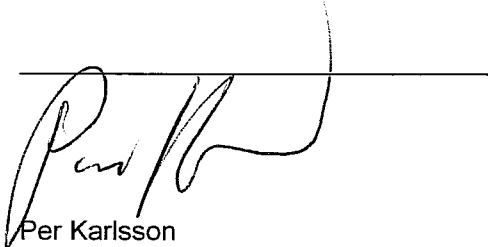
⁷ Prop. 2009/10:180 s. 187 och 197.



24 Att avtalet mellan Sjöfartsverket och Skanska har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, kan däremot inte i sig motivera en sänkning av upphandlingsskadeavgiften. Sjöfartsverket har redan i ogiltighetsmålet fått tillgodoräkna sig att det fanns tvingande hänsyn. Det kan inte ha varit den svenska lagstiftarens avsikt att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ner så snart det i ett mål om överprövning av ett avtals giltighet har fastställts att det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse.⁸ En sådan ordning skulle dessutom riskera att vara oförenlig med rättsmedelsdirektivets krav på att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.

Bilagor

1. Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 6 maj 2011 i mål nr 1959-11.
2. Avtalet den 16 mars 2011 mellan Sjöfartsverket och Skanska.
3. Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 4 april 2011 i mål nr 9973-10.
4. Utvärdering, prisbilaga.



Per Karlsson



Daniel Johansson

⁸ Se de olika skrivningarna i prop. 2009/10:180 s. 198-199 angående sanktionsvärde, avgiftens storlek och eftergift när det föreligger tvingande hänsyn.