

Förvaltningsrätten i Jönköping
Box 2201, 550 02 Jönköping

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Mullsjö kommun, Box 800, 565 18 Mullsjö

Ombud: advokat Martin Dell, och jur. kand. Emily T. da Costa och Mattias Löf,
RosholmDell Advokatbyrå AB, Norra Järnvägsgatan 12, 325 30 Växjö

Saken

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

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten jämlikt 17 kap. 1 § 3 LOU beslutar
att Mullsjö kommun ska betala 250 000 (tvåhundrafemtiotusen) kronor i
upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Mullsjö kommun (kommunen) har brutit mot LOU genom att kommunen den 15 november 2013 har slutit avtal med Skaraborgs städ Aktiebolag (Skaraborgs Städ) avseende lokalvård utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU, trots att förutsättningarna för ett sådant agerande inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet utgör en otillåten direktupphandling.

Bakgrund

2. Kommunen annonserade den 21 december 2007 en upphandling avseende lokalvård, ref 07/3. Upphandlingen, som genomfördes som en förenklad upphandling enligt 6 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÅLOU), omfattade städning inklusive erforderlig utrustning och material avseende 13 objekt. Av förfrågningsunderlaget, se bilaga 1, framgick att avtalstiden som längst kunde förlängas till och med *den 31 juli 2013*.¹
3. Efter tilldelningsbeslut slöt kommunen den 30 maj 2008 avtal med Skaraborgs Städ, se bilaga 2. Av avtalet framgick att det skulle gälla i tre (3) år från och med 2008-09-01 till och med 2011-08-31, samt att kommunen hade "rätt att genom avrop senast tre månader före avtalstidens utgång förlänga avtalet med två (2) år *till och med 2013-08-31*."² Avtalet medgav härefter inga ytterligare förlängningar.
4. Kommunen förlängde under år 2011 avtalet med Skaraborgs Städ till och med den 31 augusti 2013.
5. Under avtalstiden tecknades vidare ett flertal tilläggsavtal avseende omfattningen av de aktuella tjänsterna.
6. Den 14 juni 2013 slöt kommunen och Skaraborgs Städ ett nytt avtal, som enligt avtalets ordalydelse anges vara ett förlängningsavtal. Avtalet skulle gälla enligt samma villkor som det avtal som tecknades den 30 maj 2008 och även omfatta de tilläggsavtal som slutits under avtalstiden. Detta avtal löpte från och med den 1 september 2013 till och med den 31 december 2013, se bilaga 3-4. Avtalet innehöll i sig inga möjligheter till ytterligare förlängning.
7. Den 15 november 2013 slöt kommunen och Skaraborgs Städ ytterligare ett avtal, som enligt avtalets ordalydelse anges vara ett förlängningsavtal. Även detta avtal skulle gälla enligt samma villkor som det avtal som tecknades den 30 maj 2008 och omfatta de tilläggsavtal som slutits under avtalstiden.

¹ Se Bilaga 1, § 1.4 respektive § 5.6. Det kan noteras att § 1.4 anger 2012-07-31 som slutdatum för längsta avtalstid efter eventuella förlängningar, medan § 5.6 anger 2013-07-31.

² Se Bilaga 2, avtal den 30 maj 2008, § 3.

Avtalet löpte från och med den 1 januari 2014 till och med den 30 juni 2014, se bilaga 5-6.

8. Därutöver ingick kommunen och Skaraborgs Ståd den 23 december 2013 ett tilläggsavtal avseende städning av två servicelägenheter vid Margaretas Park för växelvård och korttid, se bilaga 7. I avtalet hänvisas till det avtal som slutits under 2008.
9. Kommunen har härutöver anlitat Skaraborgs Ståd för löpande städning under juli och augusti 2014 utan att upprätta några särskilda skriftliga avtal.
10. Den 27 juni 2014 annonserade kommunen att den, genom ett öppet förfarande, upphandlar aktuella tjänster. Avtalstiden inleds, enligt förfrågningsunderlagets slutliga utformning, den 1 oktober 2014. Tilldelningsbeslut meddelades den 15 augusti 2014.
11. Det är *avtalet som ingicks den 15 november 2013*, avseende perioden den 1 januari 2014 till och med den 30 juni 2014, som omfattas av denna ansökan, se bilaga 6.
12. Skaraborgs Ståd har fakturerat kommunen med 3 023 641 kr exklusive mervärdesskatt avseende perioden från och med den 1 januari 2014 till och med den 30 juni 2014, se bilaga 8.

Upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling

13. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska få lämna anbud respektive ansöka om att få lämna anbud. Avtal får ingås med en leverantör utan föregående annonsering endast i vissa i LOU specificerade undantagsfall.
14. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska enligt EU-domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens praxis samt svenska förarbetsuttalanden tolkas restriktivt.³
15. Enligt 17 kap. 1 § 3 LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift om myndigheten *har slutit avtal* och detta har skett *utan föregående annonsering* enligt bl.a. 7 kap. 1 § samma lag.

³ Se bl.a. mål 199/85 *Kommissionen mot Italien* punkt 14, C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland* punkt 58, C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46, prop. 2001/02:142 s. 99, prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref 10, RÅ 2008 ref 79 och RÅ 2009 not 134.

16. När en upphandlande myndighet ingår ett avtal om en "förlängning" av ett tidigare annonserat avtal med en leverantör, och "förlängningen" inte omfattas av den tidigare annonseringen och det ursprungliga avtalet, har myndigheten slutit ett *nytt avtal* som måste föregås av *annonsering*.
17. Om det nya avtalet inte har annonserats särskilt, och det inte omfattas av något sådant specifikt undantag som avses ovan, utgör det således en sådan *otillåten direktupphandling* som kan bli föremål för upphandlingsskadeavgift jämlikt 17 kap. 1 § 3 LOU.⁴

Avtalet den 15 november 2013 är en otillåten direktupphandling

18. I det förfrågningsunderlag som annonserades under 2007 framgår att avtal som slutits i den annonserade upphandlingen som längst kan förlängas till och med den 31 juli 2013.⁵
19. I det ursprungliga avtalet mellan kommunen och Skaraborgs Städ från 2008, anges att avtalet som längst kan förlängas till och med den 31 augusti 2013.⁶
20. De avtal som har ingåtts mellan kommunen och Skaraborgs Städ avseende tiden efter den 31 augusti 2013 utgör således *nya avtal* som *inte har föregåtts av annonsering*.
21. Avtalet den 15 november 2013 utgör således ett nytt avtal. Avtalet, som avser sådana A-tjänster som avses i kategori 14 i bilaga 2, LOU, har slutits utan föregående annonsering. Ett sådan agerande får, i enlighet med vad som har anförts ovan, endast användas vid vissa i LOU särskilt föreskrivna omständigheter.
22. Det har, under en längre tid, varit känt för kommunen att det annonserade avtalet med Skaraborgs Städ löpte ut den 31 augusti 2013 och att det inte fanns någon möjlighet till förlängning av avtalet. Det åligger den upphandlande myndigheten att planera sina upphandlingar på sådant sätt att man kan genomföra sina anskaffningar i enlighet med kraven i upphandlingslagstiftningen. Kommunen har, vid två tillfällen, utan föregående annonsering slutit nya avtal med samma leverantör som antagits vid den tidigare upphandlingen. Avtalet den 15 november 2013 utgör det senare av dessa två avtal.
23. Kommunen har, under Konkurrensverket utredning, anförts att kommunen anser att det har funnits förutsättningar att ingå det aktuella avtalet utan

⁴ Prop. 2009/10:180 s. 188.

⁵ Se Bilaga 1, § 1.4 samt § 5.6.

⁶ Se Bilaga 2, § 3 "Avtalstid".

föregående annonsering mot bakgrund av sådan synnerlig brådska som avses i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU. Kommunen har härvid i huvudsak åberopat följande omständigheter. Under 2013 påbörjade kommunen ett arbete med att ta fram underlag för en ny upphandling av städtjänster. Under denna tid försämrades städkvaliteten, vilket medförde oenighet mellan de politiska representanterna om kommunen skulle bedriva städverksamheten helt eller delvis i egen regi eller om den även fortsättningsvis skulle bedrivas genom entreprenad. Oenigheten ledde till en fördröjning av den planerade upphandlingen. En betydande del av städverksamheten är förlagd till skolor med ett kontinuerligt behov av lokalvård. Kommunens skyldigheter i detta avseende följer av tvingande bestämmelser i miljöbalken. Kommunen saknar städkompetens och den utrustning som krävs för att kommunen skulle återuppta verksamheten under en begränsad tidsperiod i avvaktan på genomförandet av en ny upphandling.

24. Konkurrensverket konstaterar att vare sig de omständigheter som har åberopats av kommunen, eller vad som i övrigt har framkommit av utredningen, kan motivera undantag från annonseringsskyldighet, (se nedan punkterna 25-29).
25. Bestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU genomför artikel 31.1c i direktiv 2004/18/EG och ska tolkas mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte samt med beaktande av EU-domstolens praxis, så att det resultat som avses i direktivet uppnås (principen om direktivkonform tolkning).⁷
26. För att undantaget för synnerlig brådska ska vara tillämpligt krävs enligt 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU att det är *absolut nödvändigt* att tilldela kontraktet i fråga samt att den uppkomna tidsnöden *inte kunnat förutses* av den upphandlande myndigheten. Av artikel 31.1 c framgår, utöver vad som uttryckligen anges i den svenska lagen, att de omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska *inte i något fall får tillskrivas den upphandlande myndigheten*. Av förarbetena till den svenska lagen framgår att man visserligen har valt att inte införa aktuell skrivning i den svenska lagtexten, men att någon skillnad i sak i förhållande till direktivet inte är avsedd.⁸
27. Såväl *bristande planering* i genomförandet av en upphandling som *olika uppfattningar inom en upphandlande myndighet* om hur verksamheten ska organiseras utgör omständigheter som kan tillskrivas den upphandlande myndigheten. Sådana omständigheter kan, i enlighet med vad som anförts

⁷ Se bl.a. mål 14/83 *von Colson*, punkt 26; C-106/89 *Marleasing*, punkt 8; C-91/92 *Faccini Dori*, punkt 26; de förenade målen C-240/98–C-244/98 *Océano Grupo Editorial*, punkt 30; C-408/01 *Adidas*, punkt 21; de förenade målen C-397/01–C-403/01 *Pfeiffer*, punkt 110 och mål C-212/04 *Adeneler m.fl.*, punkt 108.

⁸ Jfr. Prop. 2006/07:128 del 1 s. 327.

ovan, inte utgöra skäl som medför att förutsättningarna för upphandling utan föregående annonsering med stöd av synnerlig brådska är uppfyllda.

28. De *interna omständigheter* som har åberopats av Mullsjö kommun utgör sådana omständigheter som kan *tillskrivas den upphandlande myndigheten* och kan därför inte motivera undantag med stöd av synnerlig brådska.
29. Det har således inte förelegat sådan synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av kommunen, som avses i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU. Det har inte heller framkommit några omständigheter som talar för att något annat undantag från annonseringsskyldigheten har varit tillämpligt. Kommunens avtal den 15 november 2013 med Skaraborgs Ståd utgör därför en otillåten direktupphandling.

Avtalets värde

30. Beräkningen av kontraktsvärdet, vilket sätter de yttre ramarna för bestämning av upphandlingsskadeavgiftens storlek i mål om upphandlingsskadeavgift, ska enligt 17 kap. 4 § andra stycket LOU ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ när det är fråga om avtal vars värde överstiger tillämpligt tröskelvärde och som därmed skulle ha upphandlats enligt de direktivstyrda reglerna i LOU. Av 3 kap. 3 § LOU framgår att värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska samtliga options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.
31. Skaraborgs Ståd har fakturerat kommunen med 3 023 641 kr exklusive mervärdesskatt för perioden den 1 januari 2014 till och med den 30 juni 2014, se bilaga 8. Konkurrensverket uppskattar kontraktsvärdet för avtalet den 15 november 2013 till 3 014 671 kr. Konkurrensverket har härvid räknat bort den fakturering som får anses avse det tilläggsavtal som tecknats den 23 december 2013, som inte omfattas av ansökan, se bilaga 7.⁹

Upphandlingsskadeavgift

32. Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för offentlig upphandling enligt 18 kap. 1 § LOU och 3 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket. Enligt 17 kap. 2 § andra stycket LOU får tillsynsmyndigheten ansöka hos förvaltningsdomstol om att den upphandlande myndigheten ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som avses i 17 kap. 1 § 3 LOU.

⁹ Konkurrensverket har från det totala fakturerade beloppet 3 023 641 kr räknat bort 8 970 =(1 495*6) kr motsvarande den summa som totalt skulle utgå under aktuella månader enligt tilläggsavtalet den 23 december 2013, som alltså inte omfattas av denna ansökan.



33. Vid otillåten direktupphandling får allmän förvaltningsdomstol enligt 17 kap. 1 § 3 LOU efter ansökan av tillsynsmyndigheten besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Sådan avgift kan påföras oberoende av uppsåt eller oaktsamhet. Strikt ansvar gäller således.¹⁰
34. En ansökan om upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling ska, om ingen överprövning av avtalets giltighet har skett, enligt 17 kap. 7 § andra stycket LOU ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Sanktionsvärde och avgiftens storlek


35. 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 kontraktsvärdet. 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.
36. 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.¹¹
37. Otillåtna direktupphandlingar anses både av unionslagstiftaren och av den svenska lagstiftaren i sig vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt.¹²
38. En upphandlingsskadeavgift om 250 000 kronor är enligt Konkurrensverkets mening, vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i förevarande ärende, en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.¹³

¹⁰ Prop. 2009/10:180, s. 192 ff.

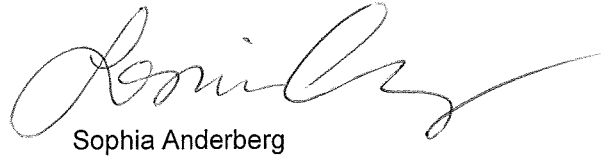
¹¹ Prop. 2009/10:180 s. 196-197 och 370.

¹² Prop. 2009/10:180 s. 187 och 197.

¹³ Jfr. Högsta Förvaltningsdomstolens dom den 30 oktober 2014 i mål nr 7021-14.



Per Karlsson



Sophia Anderberg

Bifogas

Bilaga 1- 2007 års upphandling - förfrågningsunderlag

Bilaga 2 – 2008 års avtal

Bilaga 3-4 – Kommunstyrelsens tekniska utskotts beslut den 29 maj 2013 samt avtal 14 juni 2013

Bilaga 5-6 – Kommunstyrelsens tekniska utskotts beslut den 30 oktober 2013 samt avtal 15 november 2013

Bilaga 7 – Avtal 23 december 2013

Bilaga 8 – Fakturering Skaraborgs Städ