

Förvaltningsrätten i Uppsala
Box 1853
751 48 Uppsala

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Tierps Kommunfastigheter AB, 556901-2171, Box 2, 815 21 Tierp

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 Tierps Kommunfastigheter AB ska betala 2 500 000 (två miljoner femhundra tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Tierps Kommunfastigheter AB (Kommunfastigheter) har brutit mot 15 kap. 4 § LOU¹ genom att den 4 maj 2016 ingå avtal avseende om- och tillbyggnation av Vegavallen med Thomas & Kenth Bygg i Tierp AB (TK Bygg) utan att annonsera avtalet enligt LOU. Eftersom det saknades förutsättningar för detta är avtalet en otillåten direktupphandling.

Sammanfattning

2. Kommunfastigheter tecknade den 4 maj 2016 ett avtal avseende om- och tillbyggnation av Vegavallen med TK Bygg, bilaga 1. Avtalets totala värde uppgår till 35 miljoner kronor. Avtalet ingicks utan föregående annonsering.
3. Enligt Kommunfastigheter har avtalet tilldelats genom avrop enligt rangordning från ett befintligt ramavtal, bilaga 2. Kommunfastigheter menar att man enligt ramavtalet har rätt att för arbeten med ett kontraktswärde över 100 000 kronor antingen avropa genom rangordning eller förnyad konkurrensutsättning mellan de tre leverantörer som antagits.
4. Konkurrensverket anser för det första att omfattningen av det avropade avtalet går utöver vad som avsetts med det annonserade ramavtalet. Kommunfastigheter har således inte haft rätt att avropa de arbeten varom är fråga.
5. För det andra bedömer Konkurrensverket att det har krävts en förnyad konkurrensutsättning för att ingå avtalet då det överstiger 100 000 kronor. Detta följer av en sammanläsning mellan förfrågningsunderlaget, bilaga 3, och ramavtalet. Tecknandet av ramavtalet i sig kan ses som en otillåten direktupphandling då det inte omfattats av det annonserade förfarandet. Avrop från sådant ramavtal utgör otillåtna direktupphandlingar. Kommunfastigheters felaktiga tolkning av tillåten avropsmetod har dessutom inneburit att beställaren fått möjlighet att fritt välja tilldelningsmetod vid avtal avseende större entreprenader, vilket strider mot principerna om likabehandling och transparens (öppenhet).
6. Kommunfastigheter har inte med stöd av något undantag i LOU kunnat avstå från att annonsera avtalet avseende Vegavallens om- och tillbyggnation. Avtalet är enligt Konkurrensverkets bedömning en otillåten direktupphandling.

¹ Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling upphävdes den 1 januari 2017 då lagen (2016:1145) om offentlig upphandling trädde i kraft. Den upphävda lagen gäller dock för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Bakgrund och omständigheter

7. Kommunfastigheter är ett av Tierps kommun helägt fastighetsbolag. Kommunfastigheters verksamhetsföremål består av att äga, hyra, hyra ut och förvalta kommunala fastigheter, se bilaga 4.2 Bolaget hanterar skötsel, underhåll samt re- och nyinvesteringar av merparten av de lokaler som kommunen använder för sin verksamhet.³
8. I avtalet som tecknades den 4 maj 2016 anges att TK Bygg på löpande räkning ska genomföra om- och tillbyggnation av omklädningsrum enligt ritningar och beskrivningar.
9. Kommunfastigheter har under Konkurrensverkets utredning angett att avtalet är ett avrop enligt rangordning från det befintliga ramavtalet. Enligt Kommunfastigheter har beställaren enligt ramavtalet rätt att för arbeten med ett kontraktswärde över 100 000 kronor avropa genom rangordning eller förnyad konkurrensutsättning mellan de tre leverantörer som antagits. Kommunfastigheter valde att avropa enligt rangordning eftersom det under det senaste året hade varit svårt att få in anbud i de större projekt som hade upphandlats. Det bedömdes därför som ekonomiskt mest effektivt att avropa enligt rangordning och inte med förnyad konkurrensutsättning.

Kommunfastigheter utgör ett offentligt styrt organ

10. Som nämnts ovan (punkt 7) ägs samtliga aktier i Kommunfastigheter av Tierps kommun. Kommunfastigheter står således under kontroll av en upphandlande myndighet⁴ som dessutom utser mer än hälften av ledamöterna i bolagets styrelse.⁵ Därtill tillgodoser Kommunfastigheter ett behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Bolaget utgör därmed ett offentligt styrt organ enligt 2 kap. 12 § LOU och har bland annat att iaktta den annonseringsplikt som följer av lagen.

Avtalet mellan Kommunfastigheter och TK Bygg är en otillåten direktupphandling

11. Enligt Konkurrensverkets uppfattning har avtalet om Vegavallen inte omfattats av Kommunfastigheters upphandlade ramavtal. I andra hand, om

² § 1 och § 3 i Kommunfastigheters bolagsordning, antagen av extra bolagsstämma den 18 december 2012.

³ Se <http://www.tierp.se/kommun-och-politik/kommunens-organisation/bolag/tierps-kommunfastigheter-tkab.html>, hämtad den 24 mars 2017.

⁴ Kommunfastigheter utgör ett offentligt styrt organ enligt 2 kap. 12 § LOU, jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 12 januari 2012 i mål nr 5419-11. Bolaget ska därför jämföras med upphandlande myndighet, se 2 kap. 19 § LOU.

⁵ § 8 andra stycket i Kommunfastigheters bolagsordning, antagen av extra bolagsstämma den 18 december 2012.



avtalet om Vegavallen skulle ha omfattats, har det krävts en förnyad konkurrensutsättning mellan de antagna leverantörerna.

12. 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 en viss procent av det tröskelvärde som gäller (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.⁶

Avtalet om Vegavallen omfattas inte av Kommunfastigheters annonserade ramavtal

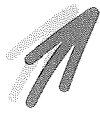
13. Enligt Konkurrensverkets uppfattning omfattar det upphandlade ramavtalet för bygg- och snickeriarbeten inte arbeten av den omfattning och art som det nu är fråga om. Kommunfastigheter har därmed överhuvudtaget inte kunnat avropa dessa arbeten från ramavtalet. Att Kommunfastigheter har annonserat ramavtalet gör därför inte att bolaget har kunnat avstå från att annonsera avtalet om Vegavallen.
14. Ramavtalet annonserades gemensamt för Tierps kommun, Kommunfastigheter och AB Tierpsbyggen. I det annonserade förfrågningsunderlaget anges att det omfattar såväl planerat underhåll som oplanerade reparationer efter brand-, inbrotts-, och vattenskador. Som exempel på planerade uppdrag anges köks- och badrumsrenoveringar, fönster- och dörrbyten samt lokalanpassning.⁷
15. Därutöver anger Kommunfastigheter i förfrågningsunderlaget att bolagen och kommunen under 2013 totalt beställt arbeten av motsvarande typ för 20 miljoner kronor, varav kommunens andel uppgår till tre miljoner kronor.⁸
16. Av det ramavtal som Kommunfastigheter därefter ingick följer dessutom att bygg- och snickeriarbeten beställs löpande inom av beställaren förvaltade fastigheter samt att uppdragen utförs både inom- och utomhus.⁹
17. Enligt 11 kap. 11 § LOU ska den upphandlande myndigheten ange hur en leverantör ska styrka sin tekniska kapacitet att utföra uppdraget. I förfrågningsunderlaget har Kommunfastigheter ställt krav på att "[a]nbudsgivare skall de senaste 5 åren ha erfarenhet av liknande uppdrag".

⁶ Se till exempel EU-domstolens uttalande i mål C-26/03 Stadt Halle, punkt 46, förarbetsuttalande i prop. 2006/07:128 s. 291 och Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2005 ref. 10.

⁷ AFD.1 Omfattning.

⁸ AFD.1 Omfattning.

⁹ § 3, Avtalets omfattning.



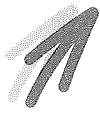
Liknande uppdrag definieras som "löpande byggarbeten i bostadslägenheter med kvarboende hyresgäster åt beställare som förvaltar bostadsfastigheter".¹⁰ Kommunfastigheter har alltså inte på något sätt prövat om anbudsgivarna har erfarenhet av arbeten i den omfattning som nu är aktuell.

18. De nu aktuella arbetena på Vegavallen har krävt bygglov för tillbyggnation samt även mark- och rivningslov. Den beräknade byggtiden uppskattas i ansökan om bygglov till 14 månader och projektkostnaden till 35 miljoner kronor, bilaga 5. I beslutet om att bevilja bygglov beskrivs åtgärderna som ändring av ishall – tillbyggnad, nybyggnad av entrébyggnad, anläggande av parkering samt rivning av omklädningsrum, bilaga 6. Detta går utöver vad som angavs i ramavtalet.
19. Åtgärderna innebär att fastighetens bruksarea (BRA) ökar från 4 090 kvadratmeter till 5 070 kvadratmeter, alltså med cirka 25 procent. Kommunfastigheter beräknar dessutom att hyran för Vegavallen kommer att öka från 326 194 kronor/kvartal till 555 852 kronor/kvartal, alltså en ökning med cirka 70 procent, bilaga 7. Det är således fråga om väsentliga om- och tillbyggnationer som ökar såväl fastighetens bruksarea som Vegavallens beräknade hyra. Åtgärderna motsvarar knappast de arbeten som avsetts vid upphandlingen av ramavtalet.¹¹
20. Därutöver är budgeten för arbetena på Vegavallen enligt uppgift från Kommunfastigheter 35 miljoner kronor. Denna entreprenad skulle således ensam uppgå till nästan dubbla summan av beställda och utförda arbeten under hela året 2013, vilket indikerar att de arbeten som utförs på Vegavallen inte varit avsedda att omfattas av ramavtalet.
21. Konkurrensverket ifrågasätter även om anläggande av parkering, som kräver marklov, kan anses omfattas av ramavtalet. Det finns inte något stöd för detta i beskrivningen av de arbeten som ska utföras enligt ramavtalet. Av den lyftningsplan¹² som Kommunfastigheter har skickat in framgår att entreprenören under oktober 2016 till januari 2017 beräknat kostnader för markanläggning till 1 750 000 kronor och för stomme och grund till 1 095 000 kronor, bilaga 8. TK Bygg har enligt en kostnadssammanställning anlitat underentreprenören Bosses Mark Månkarbo, BMM AB (BMM) för arbeten till ett belopp om 1 750 000 kronor exklusive mervärdesskatt, bilaga 9. Kommunfastigheter har på fråga från Konkurrensverket angett att BMM har

¹⁰ AFB.5 p. 5.

¹¹ Se punkt 13 samt 15-16 i denna ansökan.

¹² Vanligtvis den plan enligt vilken beställaren av en byggnadsentreprenad skall betala likvider för det utförda arbetet. Nationalencyklopedin, Lyftningsplan. <http://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/lyftningsplan> hämtad den 13 mars 2017.



utfört markarbeten. Det har således i entreprenaden utförts markarbeten i en stor omfattning.

22. Den utvärderingsmodell som har använts vid upphandlingen av ramavtalet talar också för att ramavtalet aldrig har syftat till att avse så omfattande arbeten som det nu är fråga om. De arbeten som beskrivs i förfrågningsunderlagets bilaga 3 "Rambeskrivning" och som använts för utvärdering av anbuden är I) byten av tio fönster, II) byte av lägenhetsdörr med karm i trapphus, III) byte av tak om 100 kvadratmeter, IV) byte av 100 kvadratmeter fasadpanel på enplans byggnad samt V) uppsättande av 24 kvadratmeter gipsvägg, bilaga 10.
23. Upphandlande myndigheter ska i sina upphandlingar bland annat följa principen om transparens. I det ligger att innehållet i förfrågningsunderlaget ska vara så klart, precist och otvetydigt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare förstår och tolkar det på samma sätt.¹³ Kommunfastigheter har som tilldelningsgrund valt det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En utvärderingsmodell som beskriver så pass begränsade arbeten kan inte anses medföra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för ett arbete med den nu aktuella storleken identifieras. Exempelarbetena i modellen stämmer dock väl med beskrivningen i förfrågningsunderlaget av vilka arbeten som ramavtalet ska avse.

Även om arbetena har omfattats av ramavtalet har det krävts en förnyad konkurrensutsättning för att ingå avtal vars värde överstiger 100 000 kronor

24. I andra hand, om förvaltningsrätten skulle finna att ramavtalet omfattar arbetena vid Vegavallen, anser Konkurrensverket att det ändå har varit fråga om en otillåten direktupphandling. Kommunfastigheter hade för att kunna avropa ett kontrakt avseende en större entreprenad från ramavtalet behövt göra en förnyad konkurrensutsättning mellan de antagna leverantörerna.
25. Av förfrågningsunderlaget framgår att beställaren för större entreprenader kommer att göra en förnyad konkurrensutsättning mellan antagna entreprenörer alternativt göra en helt ny upphandling.¹⁴ Vidare anges att beställaren för större objekt har rätt att genomföra en egen upphandling eller begära in anbud av den/de som innehar ramavtal.¹⁵ Därutöver hänvisas till att beställaren för större objekt ">100 000 kronor" har rätt att göra en förnyad konkurrensutsättning mellan de entreprenörer som beställaren har ramavtal [med].¹⁶

¹³ C-368/10 Max Havelaar, punkt 109.

¹⁴ AFB.13 Ersättningsform.

¹⁵ AFB.15 Förutsättningar för upphandlingen.

¹⁶ AFD.1 Omfattning.

26. I ramavtalet anges att beställningar under 100 000 kronor sker i rangordning och att beställaren för större objekt ">100 000 kronor" har rätt att göra en förnyad konkurrensutsättning mellan de tre antagna leverantörerna.¹⁷
27. Förfrågningsunderlaget förutsätter att Kommunfastigheter gör en förnyad konkurrensutsättning eller en ny upphandling, medan ramavtalet endast anger att Kommunfastigheter har *rätt* (men inte skyldighet) att göra en förnyad konkurrensutsättning alternativt en ny upphandling.
28. Konkurrensverket delar inte Kommunfastigheters uppfattning att bolaget alltid kan avropa enligt rangordning även för kontrakt vars värde överstiger 100 000 kronor. Vid en sammanläsning av avtal och förfrågningsunderlag framstår det som uppenbart att avrop av sådana kontrakt förutsätter att det sker en förnyad konkurrensutsättning, antingen mellan de antagna leverantörerna eller genom en ny upphandling. Möjligheten att använda sig av rangordning vid avtal med ett kontraktsvärde över 100 000 kronor nämns överhuvudtaget inte i förfrågningsunderlaget. Denna omständighet kan ha påverkat leverantörers vilja att komma in med anbud och bli ramavtalsleverantörer eftersom leverantörerna kunnat förutsätta att större entreprenader skulle annonseras på nytt.
29. Kommunfastigheters tolkning av ramavtalet står enligt Konkurrensverkets uppfattning således i strid med det annonserade förfrågningsunderlaget. Om villkoren i det avtal som en upphandlande myndighet ingår efter annonsering förändras i alltför stor omfattning kan det avtalet ses som en direktupphandling.¹⁸
30. Ramavtalet skulle i sådant fall ses som en direktupphandling som har krävt ett undantag från huvudregeln om annonsering. Det finns inte något stöd för att något undantag var tillämpligt för att ingå ett ettårigt ramavtal med möjlighet till förlängning i totalt tre år. Om ramavtalet är en otillåten direktupphandling blir även eventuella avrop från ramavtalet otillåtna direktupphandlingar. Detta förutsätter att det inte har funnits något tillämpligt undantag från huvudregeln om annonsering.
31. Det noteras slutligen att Kommunfastigheters ramavtal anger såväl rangordning som förnyad konkurrensutsättning som avropsmetod. I praktiken har detta inneburit fritt skön för Kommunfastigheter att välja mellan dessa två tilldelningsmodeller för kontrakt med ett värde som

¹⁷ § 3, Avtalets omfattning.

¹⁸ Se EU-domstolens avgörande Presstext C-454/06, punkt 34-37 och till exempel Kammarrätten i Stockholms dom den 23 juni 2015 i mål nr 7711-14.

överstiger 100 000 kronor. Sådan kombination av avropsmetoder strider mot LOU.¹⁹

Kommunfastigheter har inte kunnat avstå från att annonsera kontraktet med stöd av något undantag

32. Konkurrensverkets utredning ger inget stöd för att Kommunfastigheter har haft rätt att avstå från att annonsera kontraktet om Vegavallen enligt något undantag i LOU. Att Kommunfastigheter inte fått några anbud när bolaget annonserat andra upphandlingar gör inte att bolaget kunnat avstå från att annonsera detta kontrakt. Det har inte heller framkommit att något annat undantag varit tillämpligt.

Upphandlingsskadeavgift

33. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska 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 inte heller någon ursäkt för en överträdelse.²⁰

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

34. 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 15 kap. 3 a § LOU (17 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.²¹
35. I detta fall är det fråga om ett avtal på löpande räkning. Något definitivt kontraktsvärde kan därmed inte fastställas på förhand. Kommunfastigheter har angett att budgeten för projektet är 35 miljoner kronor. Konkurrensverket ifrågasätter inte denna uppgift och anser att den kan ligga till grund för att uppskatta kontraktsvärdet. Upphandlingsskadeavgiften kan därför högst uppgå till 3,5 miljoner kronor.
36. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bl.a. att säkerställa att myndigheten, och även andra myndigheter, följer upphandlingsreglerna och att skatte-medlen används på ett korrekt sätt. Avgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara,

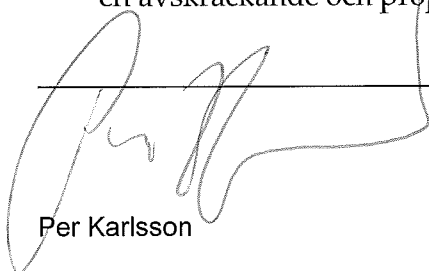
¹⁹ RÅ 2010 ref. 97.

²⁰ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och s. 368.

²¹ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

desto högre belopp bör avgiften fastställas till.²² I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (17 kap. 5 § LOU).

37. 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.²³ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.²⁴
38. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet ska därför vara högt. Rättsläget är inte oklart. Det har inte framkommit att Kommunfastigheter har drabbats av några andra ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen. Omständigheterna är enligt Konkurrensverkets uppfattning varken förmildrande eller försvårande utan överträdelsen kan närmast beskrivas vara av normalgraden.
39. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 2,5 miljoner kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.



Per Karlsson



Anna Görgård

²² Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.

²³ A. prop. s. 197–198 och s. 369–370.

²⁴ 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.



Bifogas

Bilaga 1 – Avtal mellan Kommunfastigheter och TK Bygg tecknat den 4 maj 2016

Bilaga 2 – Ramavtal avseende bygg- och snickeriarbeten, daterat den 30 oktober 2014

Bilaga 3 – Förfrågningsunderlag, dnr 2014-28, daterat den 26 juni 2014

Bilaga 4 – Kommunfastigheters bolagsordning

Bilaga 5 – Ansökan om bygglov, daterad den 31 maj 2016

Bilaga 6 – Bygglov/startbesked, daterat den 16 december 2016

Bilaga 7 – Beställning av projektering/utredning förändring av den yttre miljön

Bilaga 8 – Lyftningsplan

Bilaga 9 – Kostnadssammanställning

Bilaga 10 – Bilaga till förfrågningsunderlag, Rambeskrivning