

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Tornberget Fastighetsförvaltnings AB i Haninge, 556428-5806, 136 81 Haninge

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Tornberget Fastighetsförvaltnings AB i Haninge ska betala 100 000 (etthundratusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Tornberget Fastighetsförvaltnings AB i Haninge, 556428-5806, (Tornberget) har brutit mot 19 kap. 9 § LOU genom att den 11 december 2018 ingå avtal om driftentreprenörtjänster med H2M Fastighetsteknik AB (H2M) utan föregående annonsering, se [bilaga 1](#). Eftersom förutsättningar för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Tornberget är ett av Haninge kommun helägt bolag vars verksamhet består i att bygga, äga, förvalta och hyra ut fastigheter för kommunalt ändamål inom Haninge kommun. Bolaget utgör ett offentligt styrt organ enligt 1 kap. 18 § LOU och ska därför tillämpa LOU vid sina anskaffningar.
3. Den 24 april 2017 offentliggjorde Tornberget en planerad omorganisation som innebar att verksamhet som tidigare hade bedrivits i intern regi inom enheten "Drift, tillsyn och skötsel" skulle anskaffas från en extern leverantör. Omorganisationen innefattade uppsägning av sex medarbetare.
4. Den 20 maj 2017 beslutade Tornbergets styrelse att omorganisationen skulle genomföras och bolagets anställda drifttekniker sades upp med slutdatum den 31 augusti 2017.
5. Tornbergets arbete med att genomföra en annonserad upphandling av aktuella tjänster drog ut på tiden.
6. Först den 29 januari 2019 annonserades en upphandling som syftade till att tillgodose Tornbergets behov av så kallade "driftentreprenörtjänster". Detta ledde till att ett avtal som föregåtts av annonsering enligt LOU slöts först den 1 maj 2019.
7. Från och med den 1 september 2017 direktupphandlade Tornberget i stället aktuella tjänster från H2M. Direktupphandlingarna från H2M föregicks av att två leverantörer tillfrågades, se [bilaga 2](#).
8. Det första avtalet med H2M gällde perioden från och med den 1 september 2017 till och med den 30 april 2018, med en ensidig möjlighet för Tornberget att förlänga avtalet en månad i taget, se [bilaga 3](#).
9. Den 25 april 2018 slöt Tornberget ett nytt avtal med H2M som avsåg tiden till och med den 30 juni 2018. Tornberget har därefter vid upprepade tillfällen slutit nya avtal med H2M (se nedan punkterna 11–15). Avtalen, som har avsett senare tidsperioder, har i övrigt innehållit samma villkor som

tillämpades vid det ursprungliga avtalet, se bilaga 4 samt bilaga 1. Inget av avtalen har föregåtts av annonsering enligt LOU.

10. Det är avtalet med H2M den 11 december 2018, avseende tjänster utförda under januari 2019 och med en option som rör februari 2019,¹ som ligger till grund för Konkurrensverkets ansökan.

"Förlängningarna" med H2M under 2018 utgör nya avtal

11. Varje avtal under 2018 mellan Tornberget och H2M om "förlängning" av det ursprungliga avtalet utgör civilrättsligt ett nytt avtal som slutits vid tidpunkten för respektive förlängning. Detta utvecklas nedan under punkterna 12–15.
12. Det ursprungliga avtalet mellan Tornberget och H2M löpte till och med den 30 april 2018. Härefter hade Tornberget ensidigt rätt till förlängningsoptioner med en månad i taget. Den första förlängningen skulle göras senast den 31 mars 2018. Nästkommande förlängningar skulle ske senast den 15:e i innevarande månad. Om uppsägning inkom senare innebar detta att avtalet löpte till och med den sista i nästkommande månad.²
13. Den första förlängningen gjordes den 25 april 2018 och omfattade maj och juni 2018. Avtalet förlängdes således inte i enlighet med avtalsvillkoren. Tornberget och H2M har dock härefter vid upprepade tillfällen avtalat om förlängningar enligt de villkor som reglerades i det ursprungliga avtalet, se bilaga 4 samt bilaga 1.
14. Optionsklausulen i avtalen är ensidigt förpliktigande och fungerar på så sätt ungefär som ett stående anbud från H2M.³ Klausulen innebär att det krävdes ett aktivt handlande från Tornbergets sida för att nya avtal skulle komma till stånd.⁴ Först vid de tidpunkter när beställaren, det vill säga Tornberget, nyttjade optionen och accepterade anbudet uppkom ett nytt civilrättsligt avtal. Om Tornberget inte hade velat förlänga avtalets giltighetstid varje månad under 2018 från och med den 1 maj 2018 hade Tornberget kunnat avstå från en förlängning, utan att göra sig skyldigt till avtalsbrott.
15. Varje "förlängning" utgör således ett nytt avtal. Avtalen ingicks vid de tidpunkter som Tornberget utnyttjade optionen att förlänga det ursprungliga avtalet. De nya avtalen avser den nya tidsperioden och innehåller i övrigt samma villkor som det ursprungliga avtalet.

¹ Se bilaga 1 samt bilaga 3 punkten 2.4.

² Se bilaga 3 punkten 2.4.

³ Jfr Adlercreutz, Axel och Gorton, Lars, Avtalsrätt 1,12:e uppl. Juristförlagen i Lund, 2002 s. 97.

⁴ Se bland annat Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 4402-14. Jfr RÅ 2004:24.

Avtalet med H2M den 11 december 2018 utgör en otillåten direktupphandling

16. Avtalet med H2M den 11 december 2018 utgör ett sådant ramavtal som avses i 1 kap. 20 § LOU. De tjänster som omfattas av avtalet avser CPV-kod 50700000-2 (reparation och underhåll av utrustning i byggnader), 71315410-6 (inspektion av ventilationssystem), 71630000-3 (teknisk besiktning och provning), 98341130-5 (fastighetsskötsel) samt 98341140-8 (vaktmästartjänster).
17. Enligt huvudregeln i 10 kap. 1 § och 19 kap. 9 §§ LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer därigenom få möjlighet att lämna anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det aktuella tröskelvärdet (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras.⁵ 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. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.⁶
18. Avtalet den 11 december 2018 har, i likhet med tidigare avtal mellan Tornberget och H2M, inte föregåtts av någon annonsering enligt LOU. Det kan därför utgöra en otillåten direktupphandling, förutsatt att upphandlingens värde överstiger direktupphandlingsgränsen och att inga undantag har varit tillämpliga.

Upphandlingens värde

19. Enligt 19 kap. 8 § LOU ska värdet av en upphandling uppskattas till det totala belopp som ska betalas. Options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten också beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.⁷
20. Avtalet den 11 december 2018 innehåller inte i sig någon uttrycklig uppgift om det totala belopp som ska betalas. Såvitt framgår av Konkurrensverkets utredning har H2M fakturerat Tornberget 361 460 kronor exklusive

⁵ Direktupphandlingsgränsen uppgick 2018 till 586 907 kronor.

⁶ Se bl.a. 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. prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79, RÅ 2009 not. 134 och HFD 2017 ref. 66.

⁷ Se bland annat prop. 2009/10:180 s. 293, HFD 2017 ref. 74, Kammarrätten i Stockholms dom den 22 maj 2013 i mål nr 2504-13, Kammarrätten i Stockholms dom den 15 oktober 2013 i mål nr 1965-13 samt Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3:e upplagan, 2014, s. 466 ff. Se även Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 december 2016 i mål nr 5524-16, där det framgår att även tidigare överträdelse under det aktuella räkenskapsåret, som i och för sig har preskriberats, ska läggas till grund för beräkningen av värdet vid bestämning av avgiften i mål om upphandlingsskadeavgift.

mervärdesskatt till H2M avseende tjänster utförda under januari och februari 2019, se Bilaga 5.⁸ Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta beloppet. Av detta framgår att värdet av enbart detta avtal inte i sig överstiger direktupphandlingsgränsen.

21. Tornberget har dock slutit ett flertal avtal som rör tjänster av samma slag med H2M under 2018 (se ovan punkterna 9 och 11–15, samt bilaga 4). Samtliga dessa avtal utgör direktupphandlingar av samma slag i den mening som avses i 19 kap. 8 tredje stycket LOU. Avtalen har identiska villkor och det enda som skiljer dem åt är vilken tidsperiod avtalen omfattar. Vid beräkningen av värdet av upphandlingen den 11 december 2018 ska således även värdet av dessa avtal beaktas.
22. Av det underlag som Tornberget inkommit med under Konkurrensverkets utredning framgår att Tornberget sammanlagt har betalat 1 409 493,88 kronor exklusive mervärdesskatt till H2M med anledning av de avtal mellan Tornberget och H2M som har slutits under perioden maj 2018 – december 2018, se bilaga 5. Konkurrensverket, som inte finner skäl att ifrågasätta detta belopp, anser mot denna bakgrund att värdet av direktupphandlingen den 11 december 2018 ska bestämmas till 1 409 493,88 kronor exklusive mervärdesskatt.
23. Värdet av den aktuella upphandlingen överstiger således direktupphandlingsgränsen. Upphandlingen skulle därför ha föregåtts av annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU, om det inte förelåg något undantag från kravet på annonsering.

Något undantag från annonseringsplikten är inte tillämpligt

24. Under Konkurrensverkets utredning har Tornberget bland annat anfört att huvudskälet till den första direktupphandlingen från H2M under 2017 var att bolagets ledning bedömt att en upphandlingsprocess inte kunnat påbörjas innan beslutet om omorganisationen togs.
25. Att det därefter gjordes fler direktupphandlingar under 2018, bland annat direktupphandlingen den 11 december 2018, berodde på att den annonserade upphandlingen drog ut på tiden. Tornberget har uppgett att förseningen berodde på att det fanns behov av att genomföra en inventering av hela fastighetsbeståndet i syfte att fastställa den befintliga statusen och det framtida underhållsbehovet av bolagets samtliga tekniska installationer.

⁸ Avtalet den 11 december 2018 avser perioden januari 2019 med option om februari 2019. Se Bilaga 1 samt bilaga 3, punkten 2.4. Det fakturerade beloppet för denna period framgår av bilaga 5, rad 2–60.

26. Under vissa förutsättningar kan det finnas en rätt att underlåta annonsering med stöd av synnerlig brådska. Detta följer av 19 kap. 7 § tredje stycket och 6 kap. 15 § LOU.
27. För att detta undantag ska vara tillämpligt krävs att anskaffningen är absolut nödvändig⁹ och att synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kan tillskrivas och inte heller har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna för ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Om myndigheten hade kunnat tillgodose sitt behov genom att tillämpa ett påskyndat förfarande så är det inte fråga om en sådan brådska som kan medge rätt till undantag.¹⁰ Av förarbeten och praxis framgår att omständigheterna som läggs till grund för tillämpningen av undantaget för synnerlig brådska inte till någon del får bero på den upphandlande myndighetens agerande.¹¹ Det ställs vidare höga krav på en upphandlande myndighets planering och organisation.¹² Att en omständighet inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten innebär att omständigheten närmast har karaktären av force majeure.¹³
28. I detta fall berodde eventuell brådska att ingå avtalet den 11 december 2018, på omständigheter som kan tillskrivas bolaget. Det rör sig således inte om sådana omständigheter som kan föranleda undantag från annonsering med anledning av synnerlig brådska. Det har för övrigt inte heller framgått att anskaffningen har varit av en sådan absolut nödvändig karaktär som också är en förutsättning för att tillämpa detta undantag.
29. Det har inte heller framkommit andra skäl under utredningen som ger Tornberget rätt att ingå det aktuella avtalet utan föregående annonsering enligt något annat undantag. Avtalet den 11 december 2018 utgör därför en otillåten direktupphandling.

⁹ Kravet på absolut nödvändighet har i praxis t.ex. ansetts vara uppfyllt då behovet avsett inköp av livsmedel till skolor, förskolor och servicehus, se Kammarrätten i Göteborg dom den 29 februari 2012 i mål nr 1446-1452-12. Se även Kammarrätten i Göteborg dom den 28 februari 2012 i mål nr 7469-7472-11 där kammarrätten uttalade att rekvisitet absolut nödvändighet förutsätter att det rör sig om varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art. En utgångspunkt för vad som kan vara absolut nödvändigt kan vara sådana tvingande hänsyn till allmänintresset som anges i skäl 41 i direktiv 2014/24/EU, se Rosén m.fl. Lagen om offentlig upphandling En kommentar, 2015 s. 260.

¹⁰ Se mål C-126/03 *Kommission mot Tyskland*, punkt 23.

¹¹ Se prop. 2006/07:128, s. 327 och 429, prop. 2009/10:180, s. 344 samt mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien* och C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 40-43 med hänvisningar.

¹² Jfr t.ex. mål C-385/02, *Kommissionen mot Italien*, punkt 26-28.

¹³ Se Kammarrätten i Sundvalls avgörande i mål nr 3208-14 av den 26 augusti 2015. Se även skäl 80 i direktiv 2014/24/EU, där naturkatastrof används som exempel på en situation då synnerlig brådska kan förekomma.

Upphandlingsskadeavgift

30. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 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.¹⁴
31. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.¹⁵

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

32. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts (21 kap. 7 § LOU).
33. Det avtal som ansökan gäller slöts den 11 december 2018, då Tornberget skickade ett meddelande om förlängning av det tidigare avtalet med H2M (se bilaga 1 samt ovan punkterna 11–15). En ansökan om upphandlingsskadeavgift måste därmed ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.

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 upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 § LOU (21 kap. 4 § LOU).
35. Den aktuella upphandlingens värde är 1 409 493,88 kronor (se punkterna 19–22 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 140 949 kronor ($1\,409\,493,88 \times 0,1$).
36. 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 (21 kap. 5 § LOU).
37. 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 myn-

¹⁴ Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

¹⁵ A. prop. s. 196–197.

digheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹⁶ Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹⁷

38. 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 exempelvis 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 upprepade 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.¹⁸ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁹
39. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför som regel högt. Rättsläget kan inte anses oklart. Omständigheterna som redogjorts för ovan är enligt Konkurrensverkets uppfattning härutöver varken förmildrande eller försvårande.
40. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 100 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Marie Östman

Sophia Anderberg

¹⁶ Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.

¹⁷ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

¹⁸ A. prop. s. 197–198 och 369–370.

¹⁹ 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.

Bifogas

- | | |
|----------|---|
| Bilaga 1 | Avtal den 11 december 2018 – e-post mellan Tornberget och H2M |
| Bilaga 2 | Dokumentation av direktupphandling |
| Bilaga 3 | Avtal mellan Tornberget och H2M den 3 oktober 2017 |
| Bilaga 4 | Avtal 2018 – e-post mellan Tornberget och H2M |
| Bilaga 5 | Sammanställning av fakturerat belopp hänförligt till avtal mellan Tornberget och H2M som slutits under 2018 |