

Förvaltningsrätten i Linköping
Box 406
581 04 Linköping

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Nyköpings kommun, 611 83 Nyköping

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 Nyköpings kommun ska betala 600 000 (sexhundrausen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Nyköpings kommun (kommunen) har brutit mot 19 kap. 9 § LOU genom att den 31 mars 2020 sluta ramavtal om beläggnings- och markåterställningsarbeten med Skanska Industrial Solution AB (org. nr 556793-1638) (Skanska) utan föregående annonsering, se [bilaga 1](#). Eftersom förutsättningarna för att sluta avtal utan föregående annonsering saknades utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Kommunen har ett löpande behov av att anskaffa beläggnings- och markåterställningsarbeten.
3. Den 15 april 2015 slöt kommunen ett ramavtal för beläggnings- och markåterställningsarbeten med Skanska Asfalt och Betong AB (org. nr 556793-1638)¹ (Ramavtalet 2015), se [bilaga 2](#). Efter förlängning i enlighet med förlängningsklausuler i avtalet löpte avtalet till och med den 30 april 2019. Därefter upphörde detta avtal att gälla.
4. Den 5 mars 2019 annonserade kommunen en upphandling av ett nytt ramavtal för beläggnings- och markåterställningsarbeten (Upphandling 1). Ramavtalet i Upphandling 1 avsågs träda i kraft tidigast den 1 maj 2019 och löpa till och med den 30 april 2020, med möjlighet till förlängning med 12 månader vid högst tre tillfällen, se [bilaga 3](#).
5. Vid anbudstidens utgång hade det kommit in fyra anbud. Lägst anbudssumma lämnades i anbud från NCC Industri Aktiebolag.
6. Den 24 april 2019 beslutade kommunen att avbryta Upphandling 1. I beslutet angavs att det fanns brister i upphandlingsdokumenten, vilket skulle medföra att syftet med upphandlingen inte kunde garanteras, samt att utvärderingsmodellen var utformad på ett sätt som innebar att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt lägst pris inte kunde urskiljas, se [bilaga 4](#).
7. Under Konkurrensverkets utredning har kommunen uppgett att Upphandling 1 hade brister i förfrågningsunderlaget som kunde ge upphov till osund strategisk prissättning, att dessa brister identifierades efter anbudsöppning, att den lägsta anbudssumman hade inslag av uppenbar osund strategisk prissättning och att kommunen därför valde att avbryta upphandlingen.

¹ Skanska Asfalt och Betong AB har senare bytt namn till Skanska Industrial Solutions AB.

8. Den 30 april 2019 tilldelades i stället kontrakt till Skanska genom avrop från Ramavtalet 2015, som löpte ut samma dag. Avropet avsåg beläggningsarbeten för 2019, se [bilaga 5](#).
9. Den 31 januari 2020, det vill säga nio månader efter att Ramavtalet 2015 löpte ut, publicerades en annons avseende en ny upphandling av beläggnings- och markåterställningsarbeten (Upphandling 2). Sista datum för mottagande av anbud var den 28 februari 2020. Den planerade löptiden var den 1 april 2020 till och med den 31 mars 2022, med möjlighet till förlängning som längst till och med den 31 mars 2024, se [bilaga 6](#).
10. Det kom in fem anbud i Upphandling 2, med anbudssummor mellan 4 328 600 kronor och 16 968 980 kronor. Lägst anbudssumma lämnades i anbud från Peab Asfalt AB (Peab).
11. Den 11 mars 2020 begärde kommunen att Peab skulle förklara sitt anbud med stöd i 16 kap. 7 § LOU. Bestämmelsen reglerar hantering av onormalt låga anbud och medger under vissa förutsättningar att anbud förkastas. Begäran avsåg posten "DCC Regleringspris 0,1 % förändrad bindemedelshalt", se [bilaga 7](#), där Peab hade angett ett pris med ett minusbelopp. Peab besvarade kommunens fråga, se [bilaga 8](#), och kommunen valde därefter att inte förkasta anbudet.
12. Den 20 mars 2020 beslutade kommunen att avbryta Upphandling 2. I beslutet angavs att upphandlingen avbröts mot bakgrund av brister i upphandlingsdokumenten, samt att bristerna var av sådan karaktär att det fördelaktigaste anbudet inte kunde antas, se [bilaga 9](#).
13. Under Konkurrensverkets utredning har kommunen bland annat uppgett följande. De brister som beslutet hänvisar till rör utformningen av posten "DCC Regleringspris 0,1 % förändrad bindemedelshalt". Det förelåg stor risk att den aktuella posten inte skulle levereras till kraftigt negativ kostnad vid avrop. Upphandling 2 avbröts efter övervägande av de mycket ofördelaktiga ekonomiska konsekvenser som det skulle innebära att sluta avtal med vinnande anbudsgivare. Anbudets negativa prissättning medförde att totalsumman ändrades från 20 328 600 kronor till 4 328 600 kronor. En efterhandskontroll gjorde det också sannolikt att posten inte kunde avropas som avsett, vilket anbudsgivaren sannolikt förutsatt. Det rörde sig om uppenbar osund strategisk prissättning.
14. Kommunen har också uppgett att bristerna i det tekniska underlaget inte var möjliga att identifiera på förhand, att den aktuella posten inte är unik för kommunen och att upphandlingsdokumenten till stora delar är likartade med det underlag som flera upphandlande myndigheter använder sig av. Kommunen har härutöver hänvisat till ett urval rapporter författade under

åren 2015, 2019 och 2020 som bland annat uppmärksammar att det har förekommit problem med taktiska anbud vid upphandlingar av beläggningsarbeten.²

Direktupphandlingen av Ramavtalet 2020

15. Den 23 mars 2020 har kommunen i tjänsteanteckning dokumenterat att beslutet att avbryta upphandlingen medför att verksamheten kommer att direktupphandla beläggningsarbeten för 2020. Direktupphandling sker med den tidigare leverantören Skanska och enligt samma förutsättningar som Ramavtalet 2015, se bilaga 10.
16. Den 31 mars 2020 slöt kommunen ett nytt ramavtal med Skanska om beläggnings- och markåterställningsarbeten (Ramavtalet 2020), se bilaga 1. Ramavtalet 2020, som gäller från datum för undertecknande av båda parter, den 31 mars 2020, till och med den 30 september 2020, hade inte föregåtts av annonsering enligt LOU. Det är detta avtal som omfattas av Konkurrensverkets ansökan.
17. Den 16 april 2020 och den 28 maj 2020 gjorde kommunen avrop från Ramavtalet 2020, se bilaga 11. Avropen avsåg följande objekt, se även bilaga 12–13:

Flättnabron
Mariebergsbron GC
Insektvägen GC
Bergrondellen
Behmbrogatan
Stockholmsvägen
Brunnsgatan
Gumsbackevägen
Arnöleden
Lilla Strömgatan
Hargsvägen
Busshållplatser i Örstigsleden
Busshållplats Spindelplan
Beläggningsarbeten Örstigsleden
Beläggningsarbeten Diagonalvägen-Spindelplan

² Trafikverkets rapport 2020:159 *Obalanserad budgetering basunderhåll väg*, Riksrevisionens granskningsrapport RIR 2019:24 *Drift och underhåll av statliga vägar – betydligt dyrare än avtalat* och SBUF:s slutrapport från 2015 *Förfrågningsunderlag för Kommunala beläggningsupphandlingar*.

Kommunen är upphandlande myndighet för Ramavtalet 2020

18. Såväl en kommun som sådan, som kommunala nämnder inom en kommun, kan vara upphandlande myndigheter i den mening som följer av LOU. För att en kommunal nämnd ska anses vara en egen upphandlande myndighet i en specifik upphandling krävs dock att nämnden agerar självständigt i förhållande till kommunen och genomför den aktuella upphandlingen självständigt.³
19. Av Konkurrensverkets utredning framgår att kommunen anser att det är kommunen som sådan som är upphandlande myndighet för den aktuella upphandlingen. Såvitt framgår av omständigheterna har ingen nämnd agerat med sådan självständighet vid Ramavtalet 2020 som krävs för att den ska kunna betraktas som upphandlande myndighet avseende detta avtal. Det är således kommunen som sådan som är upphandlande myndighet vid aktuell anskaffning.

Ramavtalet 2020 utgör en otillåten direktupphandling

20. LOU omfattar de åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt och ramavtal.⁴
21. Med byggtreprenadkontrakt avses bland annat kontrakt som avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till verksamhet som anges i bilaga 1 till LOU.⁵
22. Ramavtalet 2020, som avser beläggnings- och markåterställningsarbeten, utgör ett sådant ramavtal för tilldelning av byggtreprenadkontrakt som omfattas av LOU.
23. Enligt huvudregeln i 19 kap. 9 § LOU ska upphandlingar som överstiger direktupphandlingsgränsen (615 312 kronor) annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. För att ett 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.⁶

³ Se 1 kap. 22 § LOU och HFD 2018 ref. 67. Jfr bland annat HovR för Övre Norrlands dom i mål nr T 417-20. Jfr även 5 kap. 4 § LOU samt skäl 20 och art. 5.2 i direktiv 2014/24/EU.

⁴ 1 kap. 2 § LOU. Se även 1 kap. 15 och 20 §§ LOU, samt 7 kap. 1 § och 19 kap. 2 § LOU.

⁵ 1 kap. 9 § 1 LOU.

⁶ 19 kap. 7 § tredje stycket LOU.

Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.⁷

Upphandlingens värde

24. Värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de hade utnyttjats. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.⁸
25. Kommunen har uppgett att värdet av Ramavtalet 2020 uppgår till 9 500 000 kronor exklusive mervärdesskatt. Enligt kommunen är kostnadsberäkningen baserad på de priser som gällt i tidigare avtal, med indexuppräknning, samt på redan planerade samt nödvändiga projekt.
26. Konkurrensverket, som inte finner anledning att ifrågasätta kommunens uppskattning, gör bedömningen att värdet av upphandlingen av Ramavtalet 2020 uppgår till 9 500 000 kronor.
27. Av detta följer att värdet av den aktuella upphandlingen överstiger direktupphandlingsgränsen i LOU. Ramavtalet 2020 borde därför ha föregåtts av annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU, om det inte förelåg några undantag från krav på annonsering.

Inget undantag från annonseringsplikten är tillämpligt

28. Såvitt framgår av Konkurrensverkets utredning har det inte förelegat sådana omständigheter som innebär att något undantag från kravet på föregående annonsering är tillämpligt.
29. Det rör sig exempelvis inte om sådan synnerlig brådska som avses i 19 kap. 7 § tredje stycket och 6 kap. 15 § LOU.
30. Enligt denna bestämmelse får en upphandlande myndighet tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och som inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten har varit omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller för ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Kontraktsföremålet ska vara absolut nödvändigt för att undantagsbestämmelsen ska kunna tillämpas. Även avtalets innehåll har betydelse för bedömningen. Direktupphandling på grund av synnerlig brådska får inte användas för att säkerställa att ett

⁷ Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, p. 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 58, mål C-385/02, *Kommissionen mot Italien*, p. 19, mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, p. 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, p. 46. Se även prop. 2006/07:128 s. 291 samt RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79, RÅ 2009 not 134 och HFD 2019 ref. 65.

⁸ 19 kap. 8 § LOU.

trängande behov inte uppstår i en obestämd framtid, utan endast för att tillgodose ett trängande behov som faktiskt har uppstått eller kan förväntas uppstå inom kort.⁹ Det ställs höga krav på den upphandlande myndighetens planering och organisation för att undantaget ska kunna tillämpas. De omständigheter som föranlett brådskan får inte bero på den upphandlande myndighetens agerande och ska närmast ha karaktären av force majeure.¹⁰

31. I sammanhanget noteras att kommunen har ett löpande behov av att anskaffa aktuella byggtreprenader och att Ramavtalet 2015 löpte ut den 30 april 2019. Konkurrensverket noterar också att det åligger kommunen att planera och utforma sin upphandling på ett sådant sätt att behovet kan tillgodoses i förenlighet med LOU, och att kommunen själv har framhållit att det redan år 2015 hade uppmärksammats att det förekom problem med taktiska anbud vid upphandlingar av beläggningsarbeten (se ovan punkten 13).
32. Eventuell brådska att anskaffa beläggnings- och markåterställningsarbeten i mars 2020 berodde på att kommunen påbörjade det annonserade upphandlingsförfarandet av Upphandling 2 i nära anslutning till starten av asfaltssäsongen, samt att kommunen avbröt Upphandling 2 med motiveringen att det fanns brister i upphandlingsdokumenten. Detta är omständigheter som är hänförliga till kommunen.
33. Att Upphandling 2 annonserades sent är i sin tur en konsekvens av att kommunen dessförinnan avbröt Upphandling 1, samt att kommunen därefter väntade nästan elva månader med att annonsera Upphandling 2, trots att Ramavtalet 2015 löpte ut två månader efter annonseringen av Upphandling 1. Även detta är omständigheter som är hänförliga till kommunen.
34. Det är vidare inte uteslutet att vissa av de arbeten som omfattas av direktupphandlingen var nödvändiga till sin karaktär. Så som avtalet har utformats var det dock inte till sin helhet nödvändigt den 31 mars 2020, då avtalet slöts.¹¹ I sammanhanget noteras att direktupphandlingen avser ett ramavtal, samt att avrop av faktiska arbeten gjordes den 16 april 2020 och den 28 maj 2020.
35. Vid dessa förhållanden är undantaget för synnerlig brådska inte tillämpligt.

⁹ HFD 2019 ref. 65.

¹⁰ Se HFD 2017 ref. 66 och HFD 2019 ref. 65. Se även skäl 80 till direktiv 2014/24/EU samt Kammarrätten i Sundsvalls avgöranden i mål nr 3208-14 och mål 1480-20. Se även prop. 2006/07:128 s. 327 samt mål C-385/02, *Kommissionen mot Italien*, p. 26–28, och mål C-394/02, *Kommissionen mot Grekland*, p. 40–43.

¹¹ Jfr. HFD 2019 ref. 65.

36. Eftersom det inte heller föreligger omständigheter som talar för att något annat undantag från kravet på annonsering har varit tillämpligt utgör Ramavtalet 2020 en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

37. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.¹² 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.¹³
38. 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.¹⁴

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

39. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.¹⁵
40. Det avtal som ansökan gäller undertecknades av kommunen den 31 mars 2020 och av leverantören den 30 mars 2020. Ett bindande avtal har därmed uppkommit den 31 mars 2020 och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

41. 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.¹⁶
42. Den aktuella upphandlingens värde är 9 500 000 kronor (se ovan punkterna 24–26). Det medför att upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till högst 950 000 kronor ($9\,500\,000 \times 0,1$).
43. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.¹⁷ Upphandlingsskadeavgiftens storlek

¹² 21 kap. 1 § 3 LOU.

¹³ Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

¹⁴ A. prop. s. 196–197.

¹⁵ 21 kap. 7 § LOU.

¹⁶ 21 kap. 4 § LOU.

¹⁷ 21 kap. 5 § LOU.

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 myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹⁸ Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹⁹

44. 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.²⁰ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.²¹
45. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.²²
46. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför som regel högt. Rättsläget kan inte anses oklart.
47. Enligt Konkurrensverkets bedömning rör det sig om en överträdelse som har ett sanktionsvärde som är aningen lägre än vid en otillåten direktupphandling av normalgraden.
48. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 600 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

¹⁸ Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.

¹⁹ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

²⁰ A. prop. s. 197–198 och 369–370.

²¹ 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.

²² 21 kap. 5 § LOU.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Sophia Anderberg

Bifogas

- | | |
|-----------|---|
| Bilaga 1 | Ramavtalet 2020 |
| Bilaga 2 | Ramavtalet 2015 |
| Bilaga 3 | Annons 20190305 |
| Bilaga 4 | Avbrytandebeslut 20190424 |
| Bilaga 5 | Avrop från Ramavtalet 2015 i april 2019 |
| Bilaga 6 | Annons 20200131 |
| Bilaga 7 | Mängdförteckning 2020 |
| Bilaga 8 | Begäran om förtydligande med svar |
| Bilaga 9 | Avbrytandebeslut 20200320 |
| Bilaga 10 | Tjänsteanteckning |
| Bilaga 11 | Avrop från Ramavtalet 2020 i april och maj 2020 |
| Bilaga 12 | Prisförslag och kartor rörande beställning från Skanska |
| Bilaga 13 | Bilder på gator med underhållsbehov |