

Förvaltningsrätten i Jönköping
Box 2201
550 02 Jönköping

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Eksjöbostäder AB (556407-0521), Österlånggatan 16, 575 80 Eksjö

Saken

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

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 1 LOU beslutar att Eksjöbostäder AB ska betala 15 000 (femtontusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Förvaltningsrätten i Jönköping har genom dom den 22 september 2016 i mål nr 2737-16 fastställt att avtalet om "Renovering av kvarteret Linjalen 2, Stocksnäsvägen 25, hus U och V" mellan Eksjöbostäder AB (Eksjöbostäder) och OC Bygg AB (OC Bygg) får bestå, trots att Eksjöbostäder ingick avtalet i strid med avtalsspärren enligt 16 kap. 13 § andra stycket LOU¹, se bilaga 1. Kammarrätten i Jönköping har inte meddelat prövningstillstånd, se bilaga 2. Kammarrättens beslut har inte överklagats varför förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft.

Bakgrund och omständigheter

2. Eksjöbostäder genomförde en annonserad upphandling benämnd "Kvarteret Linjalen, Hus U och V Stocksnäsvägen 25" med annonseringsdatum den 12 april 2016. Tilldelningsbeslut meddelades den 27 maj 2016, bilaga 3. Med tilldelningsbeslutet bifogades även ett följebrev där det framgick att avtal med vald leverantör skulle komma att tecknas den 8 juni 2016, bilaga 4. Den 9 juni 2016 ingick bolaget avtal med vinnande leverantör, bilaga 5.
3. Den 7 juni 2016 ansökte en leverantör om överprövning av upphandlingen hos Förvaltningsrätten i Jönköping. Därmed inträdde en förlängd avtalsspärren enligt 16 kap. 8 § första stycket LOU.
4. Förvaltningsrätten skickade den 8 juni 2016 genom e-post ut, dels en underrättelse om att en ansökan om överprövning kommit in och dels ett föreläggande att yttra sig i målet till Eksjöbostäder.
5. Den 6 juli 2016 kontaktade förvaltningsrätten Eksjöbostäder per telefon och undrade om bolaget kände till att en leverantör hade begärt överprövning av upphandlingen och om Eksjöbostäder hade för avsikt att yttra sig enligt domstolens föreläggande.
6. Vid telefonsamtalet framkom att förvaltningsrätten skickat föreläggandet per e-post till en adress som inte var i bruk och inte heller tidigare varit i bruk. Eksjöbostäder informerade då förvaltningsrätten om att bolaget redan hade ingått avtal, se bilaga 6 och 7.
7. Efter att klagande leverantör informerats om att Eksjöbostäder ingått avtal med OC Bygg, justerade leverantören den 19 juli 2016 sitt yrkande till att avse överprövning av det ingångna avtalets giltighet.
8. Förvaltningsrätten bedömde att det skett en överträdelse av avtalsspärren, men att avtalet skulle bestå eftersom klagande leverantör inte visat att

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.

Eksjöbostäder överträtt de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU.

9. I den skriftväxling som föregått Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift har Eksjöbostäder angett att rutinerna vid tidigare genomförda upphandlingar har varit att förvaltningsrätten meddelat om det kommit in någon ansökan om överprövning för aktuell upphandling, se bilaga 8. Vidare menar Eksjöbostäder att omständigheterna i målet talar för att man inte medvetet har brutit mot den förlängda avtalsspärren. Eksjöbostäder har nu ändrat sina rutiner för att säkerställa att det inträffade inte sker igen, bland annat genom att kontakta förvaltningsrätten när avtalsspärren har löpt ut för att kontrollera om någon ansökan om överprövning kommit in.

Upphandlingsskadeavgift

10. Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol vid överprövning av avtals giltighet i ett avgörande, som har vunnit laga kraft, fastställt att ett avtal får bestå trots att det ingåtts i strid med en avtalsspärr (17 kap. 1 § 1 LOU).
11. Konkurrensverket är i en sådan situation skyldigt att ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att den upphandlande myndigheten ska betala en upphandlingsskadeavgift (17 kap. 2 § första stycket LOU). 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.²
12. Någon överprövning ska inte göras av det lagakraftvunna avgörande som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift. Detta framgår redan av ordalydelsen i 17 kap. 1 och 5 §§ LOU och bekräftas genom Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 49.
13. Upphandlingsskadeavgift kan tas ut oberoende av om överträdelsen har skett uppsåtligt eller av oaktsamhet.³
14. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till allmän förvaltningsdomstol inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har vunnit laga kraft (17 kap. 6 § LOU). I detta fall har domstolens avgörande vunnit laga kraft den 2 januari 2017. En ansökan

² Prop. 2009/10:180 del 1 s. 196–197.

³ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 192 ff.

om upphandlingsskadeavgift ska därför lämnas in till domstol inom sex månader från det datumet.

Beloppsintervall inom vilket en upphandlingsskadeavgift kan tas ut

15. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a § (17 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁴
16. För att avgöra hur hög upphandlingsskadeavgift som kan tas ut i detta fall måste värdet på det avtal som har fått bestå beräknas.
17. Eftersom upphandlingen ifråga omfattar ett kontraktsvärde som understiger det aktuella tröskelvärdet, ska värdet av kontraktet beräknas enligt 15 kap. 3 a § LOU. Värdet ska således uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats och hänsyn tas till de direktupphandlingar av samma slag som myndigheten har gjort under räkenskapsåret.
18. Enligt avtalet ska en fast kontraktssumma om 1 408 000 kronor betalas till leverantören. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed uppgå till högst 140 800 kronor ($1\,408\,000 \times 0,1$). Efter att ha fastställt inom vilket intervall en upphandlingsskadeavgift kan tas ut, måste en bedömning göras av omständigheterna i det enskilda fallet.

Överträdelsens sanktionsvärde och upphandlingsskadeavgiftens storlek

19. 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 (17 kap. 5 § LOU).
20. 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 myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.⁵
21. 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 till exempel rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska

⁴ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

⁵ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.

konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.⁶

22. Konkurrensverket ifrågasätter inte Eksjöbostädens uppgifter om att det inte har varit frågan om en medveten överträdelse av avtalsspärren. Underrättelsen om att en ansökan om överprövning inkommit skickades av misstag till en obrukbar e-postadress. Vidare ingicks avtalet ifråga dag 13 efter meddelande om tilldelningsbeslut skickats ut. Alldeles oavsett har en förlängd avtalsspärr inträtt i och med att en ansökan om överprövning har lämnats in och Konkurrensverket betonar att ansvaret för en upphandlande myndighets iakttagande av avtalsspärren är strikt. Detta innebär att om en upphandlande myndighet avser att ingå avtal kort tid efter det att avtalsspärren löpt ut, bör myndigheten på egen hand kontrollera att någon ansökan inte inkommit. En överträdelse av avtalsspärr får dock typiskt sett ses som en mindre allvarlig överträdelse jämfört med en otillåten direktupphandling av normalgraden. Sanktionsvärdet får därför i detta fall anses vara lågt.
23. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 15 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Per Karlsson

Anna Görgård

⁶ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198. och s. 369–370.

Bifogas

Bilaga 1 – Förvaltningsrätten i Jönköpings dom den 22 september 2016 i mål nr 2737-16

Bilaga 2 – Kammarrätten i Jönköpings beslut den 7 december 2016 i mål nr 2952-16

Bilaga 3 – Upphandlingsprotokoll, daterat den 24 maj 2016

Bilaga 4 – Följebrev till upphandlingsprotokoll

Bilaga 5 – Avtal tecknat mellan Eksjöbostäder och OC Bygg, daterat den 9 juni 2016

Bilaga 6 – E-post från Förvaltningsrätten i Jönköping till fel e-postadress

Bilaga 7 – Tjänsteanteckning, daterad den 6 juli 2016

Bilaga 8 – Eksjöbostäders yttrande till Konkurrensverket, daterat den 3 februari 2017