

Förvaltningsrätten i Jönköping
Box 2201
550 02 Jönköping

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Mariestads kommun, 542 86 Mariestad

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 Mariestads kommun ska betala 730 000 (sjuhundratrettio tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Mariestads kommun (kommunen) har brutit mot 15 kap. 4 § LOU¹ genom att den 6 mars 2017 ingå avtal om en byggentreprenad avseende ett LSS-boende i Kvarteret Gräshoppan med Laborint International Services KB (Laborint) utan föregående annonsering, bilaga 1. Eftersom förutsättningarna för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Kommunen har sedan början av år 2014 haft svårigheter att tillhandahålla ett tillräckligt antal särskilda boenden enligt lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS). Problematiken uppstod med anledning av att Räddningstjänsten Östra Skaraborg, vid tillsyn enligt lagen (2003:778) om skydd mot olyckor, uppmärksammade brister i befintliga boenden. Arbetet med att tillgodose behovet har varit en förhållandevis utdragen process.
3. Bristen på boenden ledde till dröjsmål med att verkställa beviljade insatser. Detta uppmärksammades av Inspektionen för vård och omsorg (IVO), som ansökte om att kommunen skulle åläggas att betala en särskild avgift enligt LSS i tre ärenden med anledning av dröjsmålet. Förvaltningsrätten biföll ansökningarna och samtliga mål vann laga kraft under våren 2016.²
4. Under 2016 fanns det fortsatt ett behov av ett 20-tal nya boendeplatser.
5. För att delvis täcka behovet beslutade socialnämnden i mars 2016 att äska medel för ett nytt gruppboende med sex platser på fastigheten Gräshoppan 14 i Mariestad. Boendet skulle tillgodose behovet för sex personer som hade ansökt om att få insatsen verkställd per den 31 oktober 2016.
6. Den 8 juli 2016 annonserade kommunen en upphandling av "Byggnation/Hyresavtal för LSS-boende kv. Gräshoppan, Mariestad" (Dnr 2016/473). Av upphandlingsdokumenten framgick att kommunen skulle sälja fastigheten där boendet skulle byggas till den leverantör som antogs, att leverantören skulle uppföra boendet på fastigheten och att kommunen därefter skulle hyra boendet under de kommande 30 åren, se bilaga 2. Under annonseringstiden ändrades hyrestiden till 20 år. Tre anbud inkom och tilldelningsbeslut meddelades den 30 september 2016. Av beslutet framgår att kontraktet tilldelades Laborint.

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.

² Se Förvaltningsrätten i Jönköpings domar i mål nr 3211–3213-2015.

7. Den 5 oktober 2016 beslutade kommunstyrelsens arbetsutskott att återta tilldelningsbeslutet och avbryta upphandlingen av *byggnation och förhyrning* av en ny gruppboestad. Arbetsutskottet beslutade samtidigt att föreslå för kommunfullmäktige att istället anslå medel för *byggnation* av en ny gruppboestad *i egen regi*, se bilaga 3.
8. Den 18 oktober 2016 tog kommunen kontakt med de leverantörer som lämnat anbud i den annonserade upphandlingen. Leverantörerna informerades om att det hade fattats ett politiskt beslut om att kommunen skulle äga det planerade gruppboendet och erbjöds att lämna nya offerter. Offerterna skulle inte avse den hyreslösning som tidigare annonserats, utan en anskaffning som innebar att kommunen skulle betala för och äga boendet. I övrigt gällde samma förutsättningar som tidigare. Förfarandet föregicks inte av annonsering enligt LOU. Kommunen fick offerter från två leverantörer. Den ena leverantören hade lämnat anbud i den annonserade upphandlingen. Den andra hade förekommit som underleverantör till en anbudsgivare i den annonserade upphandlingen. Två av de tillfrågade leverantörerna avstod från att lämna anbud. En av dem påtalade särskilt att ny annonsering erfordrades, se bilaga 4.
9. Den 30 november 2016 fattade kommunen ett nytt tilldelningsbeslut där Laborint antogs som leverantör.
10. Den 6 mars 2017 slöts ett avtal mellan parterna avseende uppförande av ett LSS-boende i ett plan på fastigheten Gräshoppan 14. Avtalet består av en beställningsskrivelse med tillhörande rambeskrivning och administrativa föreskrifter. Det är detta avtal som omfattas av Konkurrensverkets ansökan.

Avtalet mellan kommunen och Laborint är en otillåten direktupphandling

Allmänna utgångspunkter

11. Upphandlande myndigheter ska följa LOU vid sina anskaffningar. Att byggentreprenader omfattas av LOU följer av 1 kap. 2 § LOU. Begreppet byggentreprenad definieras närmare i 2 kap. 3 § LOU.
12. Vid avtal som har ett värde som understiger tröskelvärdet ska 15 kap. LOU tillämpas. Tröskelvärdet för byggentreprenader var 47 758 068 kronor under år 2017.
13. Värdet av ett kontrakt ska enligt 15 kap. 3 a § LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

14. Enligt huvudregeln i 15 kap. 4 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. 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.³
15. Avtalet mellan kommunen och Laborint avser en byggentreprenad. Av avtalet följer att kommunen ska betala 9 574 000 kronor för entreprenaden med tillägg för ÄTA arbeten, som ska ersättas med 395 kronor per timme. Kommunen har under Konkurrensverkets utredning uppgett att kostnaden för ÄTA-arbeten uppskattas till ca 900 000 kronor. Konkurrensverket finner inte anledning att ifrågasätta detta belopp. Avtalets värde är mot denna bakgrund 10 474 000 kronor.
16. Upphandlingen borde således ha annonserats i enlighet med huvudregeln i 15 kap. 4 § LOU, om det inte funnits förutsättningar för att underlåta annonsering. Eftersom inga undantag är tillämpliga är avtalet en otillåten direktupphandling. Detta utvecklas nedan under punkterna 17-25.

Det saknades grund för att direktupphandla med stöd av 4 kap. 5 § 1 LOU

17. Av 15 kap. 3 § andra stycket och 4 kap. 5 § 1 LOU följer att det kan finnas grund för att direktupphandla om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte har ändrats väsentligt.
18. Av Konkurrensverkets utredning framgår att kommunen meddelade tilldelningsbeslut i den annonserade upphandlingen innan den avbröts. Kommunen har dock uppgett att man inte fick några lämpliga anbud i denna upphandling. Enligt kommunen uppfyllde inte de anbud som kom in det krav som hade ändrats under annonseringstiden, det vill säga att hyrestiden skulle avse 20 år och inte 30 år, vilket var den tid som ursprungligen efterfrågats.
19. Konkurrensverket noterar att den efterföljande direktupphandlingen avsåg väsentligen ändrade villkor i förhållande till förutsättningarna i den annonserade upphandlingen. Den tidigare upphandlingen avsåg en hyreslösning, medan direktupphandlingen avsåg ett köp. Det rör sig således om en anskaffning utifrån helt nya ekonomiska och praktiska

³ 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. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

förutsättningar.⁴ Att så är fallet har också särskilt påpekats av en anbudsgivare i den tidigare upphandlingen. Det fanns således inte stöd för att direktupphandla det aktuella avtalet med hänvisning till ovan nämnda bestämmelser.

Det förelåg inte synnerlig brådska

20. Under vissa förutsättningar kan det vara möjligt att underlåta annonsering vid en upphandling på grund av synnerlig brådska. Detta följer av 15 kap. 3 § andra stycket och 4 kap. 5 § 3 LOU.
21. Det krävs då att det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men att synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Av förarbeten och praxis framgår att omständigheterna som läggs till grund för tillämpningen av undantaget för synnerlig brådska inte får bero på den upphandlande myndighetens agerande.⁵ Att en omständighet inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten innebär att omständigheten närmast ska ha karaktären av force majeure.⁶ Det förhållande att en tillsynsmyndighet anger en tidsfrist inom vilken ett arbete måste utföras utgör inte en sådan omständighet som inte hade kunnat förutses.⁷
22. Mariestads kommun har under Konkurrensverkets utredning gjort gällande att kommunen har varit i synnerlig brådska. Enligt kommunen var behovet av bostäder så pass akut att det var omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller för en sedvanlig upphandling. Kommunen har bland annat uppgett att problematiken först uppstod efter att Räddningstjänsten påtalat brister i befintliga boenden och att man till en början försökte avhjälpa bristerna i utrymningssäkerheten. Så småningom visade det sig dock att det fanns behov av ett helt nytt boende för att täcka behovet. Man har vidare uppgett att det förelåg brådska eftersom det fanns risk för att IVO ansökte om särskild avgift för de som erbjudits plats på boendet, och att brådskan blev särskilt stor efter att man hade avbrutit den tidigare upphandlingen.
23. Konkurrensverket konstaterar att vare sig det förhållande att Räddningstjänsten uppmärksammade brister i befintliga boenden, eller att kommunen riskerade ansökningar från IVO för bristande uppfyllelse av kraven i LSS utgör sådana omständigheter som inte har kunnat förutses av

⁴ Jfr. prop. 2015/16:195, s. 850.

⁵ 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.

⁶ Se Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål 3208-14 den 26 augusti 2015.

⁷ Se HFD 2017 ref. 66, och EU-domstolens uttalanden i mål C-318/94, *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 18 och 19 och mål C-394/02, *Kommissionen mot Grekland*, punkt 42-43.

kommunen. Eventuell brådska som har föranletts av dessa omständigheter kan således inte utgöra skäl för undantag med stöd av synnerlig brådska enligt LOU.

24. Konkurrensverket noterar härefter att kommunen sedan 2014 har haft problem med ett otillräckligt antal LSS-boenden. Det har alltså förflutit förhållandevis lång tid sedan den ursprungliga bristen uppstod. När kommunen slöt det aktuella avtalet hade man haft ca 3 år på sig att hantera bristerna, en tid som måste anses tillräcklig för att kunna annonsera en upphandling med de tidsfrister som gäller för en sedvanlig upphandling. Det ska i samband med detta påminnas om att den uppkomna brådskan inte i någon del får bero på den upphandlande myndigheten. Höga krav ställs på en myndighets planering och organisation.⁸ I det här fallet har tidsutdräkten berott på kommunen. Det hade exempelvis varit möjligt för kommunen att annonsera upphandlingen av *köpet* tidigare. Kommunen valde dock istället att annonsera en upphandling avseende en *hyreslösning*, som sedermera avbröts.
25. De förseningar som har uppstått genom att kommunen har ändrat uppfattning om hur man vill anskaffa det aktuella boendet kan vidare inte i sig utgöra skäl för undantag enligt LOU. Beslutet att kommunen skulle äga boendet istället för att hyra detta utgör en sådan intern omständighet som kan tillskrivas den upphandlande myndigheten och eventuell brådska som uppkommer härigenom kan därför inte utgöra skäl för undantag med stöd av synnerlig brådska.
26. Sammanfattningsvis anser Konkurrensverket att avtalet i fråga inte omfattas av undantaget för synnerlig brådska. Det har inte heller framkommit några andra skäl för undantag från kravet på annonsering. Avtalet med Laborint skulle således ha annonserats i enlighet med 15 kap. 4 § LOU. I och med att så inte gjorts utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

27. 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.⁹

⁸ Jfr t.ex. mål C-385/02, *Kommissionen mot Italien*, punkt 26–28.

⁹ Prop. 2009/10:180, s. 193 och s. 368.

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

28. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut (17 kap. 7 § LOU).
29. Det avtal som ansökan gäller är undertecknat av parterna den 3 mars 2017 och den 6 mars 2017. Ett bindande avtal har därmed uppkommit den 6 mars 2017 och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

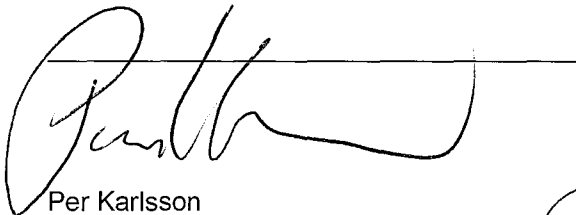
30. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a § LOU (17 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹⁰
31. Kontraktsvärdet uppgår till 10 474 000 kronor (se punkt 15 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 1 047 400 kronor ($10\,474\,000 \times 0,1$).
32. Efter att ha fastställt inom vilket intervall en upphandlingsskadeavgift kan tas ut, måste en bedömning göras av omständigheterna i det enskilda fallet.
33. 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).
34. 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. 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.¹¹
35. 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

¹⁰ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.


¹¹ Prop. 2009/10:180, s. 196–197 och s. 369–370.

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.¹² Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹³

36. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför högt. Rättsläget är inte oklart. Omständigheterna är enligt Konkurrensverkets uppfattning varken förmildrande eller försvårande.
37. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 730 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.



Per Karlsson



Sophia Anderberg

Bifogas

Bilaga 1 – Avtal avseende nybyggnad av LSS-boende i Kv Gräshoppan, Mariestad.

Bilaga 2 – Förfrågningsunderlag i upphandling "Byggnation/Hyresavtal för LSS-boende kv. Gräshoppan, Mariestad" (Dnr 2016/473)

Bilaga 3 – Kommunstyrelsens arbetsutskotts beslut den 5 oktober 2016.

Bilaga 4 – Mejl till leverantör med bifogat svar.

¹² A. prop., s. 197–198 och s. 369–370.

¹³ A. prop., s. 197. 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.