

Förvaltningsrätten i Malmö
Box 4522
203 20Malmö

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Trelleborgs kommun, Algatan 13, 231 83 Trelleborg

Saken

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

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 1 LOU beslutar att Trelleborgs kommun ska betala 60 000 (sextiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Förvaltningsrätten i Malmö fastslog den 24 september 2019 i mål nr 8250-19 att ett avtal avseende mattransporter mellan Trelleborgs kommun och Vellingetaxi AB får bestå, trots att det slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr, se bilaga 1. Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft.

Bakgrund och omständigheter

2. Trelleborgs kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av mattransporter, KS 2019/417. Enligt tilldelningsbeslut den 8 juli 2019 gällde avtalsspärr till och med den 18 juli 2019. Av tilldelningsbeslutet framgår att Vellingetaxi AB (Vellingetaxi) tilldelats kontraktet.
3. Den 10 juli 2019 ansökte en leverantör om överprövning av upphandlingen hos Förvaltningsrätten i Malmö (mål nr 8250-19). Därmed inträdde en förlängd avtalsspärr.¹ Samma dag förelades kommunen att yttra sig över ansökan om överprövning.
4. Den 18 augusti 2019 ingick kommunen avtal med Vellingetaxi.
5. Med anledning av att avtal ingåtts, justerade den klagande leverantören den 26 augusti 2019 sitt yrkande till att avse överprövning av avtalets giltighet.
6. I en dom som meddelades den 24 september 2019 fann Förvaltningsrätten i Malmö att kommunen hade överträtt den förlängda avtalsspärren då avtalet tecknades med Vellingetaxi. Leverantörens ansökan avslogs dock, eftersom leverantören inte hade visat att kommunen överträtt någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU och att detta medfört skada för leverantören. Det saknades därmed förutsättningar att förklara avtalet ogiltigt. Avtalet fick bestå, trots att det ingåtts i strid med bestämmelsen om förlängd avtalsspärr.
7. Förvaltningsrättens dom överklagades till Kammarrätten i Göteborg (mål nr 5424-19). Kammarrätten beslutade den 1 november 2019 att inte meddela prövningstillstånd, se bilaga 2. Förvaltningsrättens dom vann därmed laga kraft.
8. Under den utredning som föregått Konkurrensverkets ansökan har kommunen bland annat uppgett följande. Upphandlingen avseende mattransporter publicerades i juni 2019 och sista anbudsdag var den 7 juli 2019. Ansökan om överprövning medförde att kommunens tidsplan inte höll. Det befintliga avtalet för mattransporter löpte ut den 17 augusti 2019 utan möjlighet till förlängning. Kommunen bedömde att det, på grund av tjänstens samhällskritiska karaktär, inte gick att vänta in ett avgörande från

¹ 20 kap. 8 § LOU.

domstol. Kommunen slöt därför i väntan på domen avtal med Vellingetaxi. Avtalet villkorades genom en klausul där avtalstiden begränsades. Innebörden av klausulen var att om överprövningen i förvaltningsrätten skulle leda till ett nytt tilldelningsbeslut, där Vellingetaxi inte var vinnande leverantör, hade kommunen rätt att säga upp avtalet med en månads varsel från dagen för gällande dom.

Upphandlingsskadeavgift

9. Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå, trots att det slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr.²
10. Konkurrensverket har i en sådan situation en skyldighet att ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att den upphandlande myndigheten ska betala en upphandlingsskadeavgift.³
11. Upphandlingsskadeavgift kan tas ut oberoende av om överträdelsen skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Ansvaret är således strikt.⁴
12. Någon överprövning ska inte göras av det lagakraftvunna avgörandet som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift.⁵ Den upphandlande myndigheten kan således inte utverka ett avgörande av innebörden att någon överträdelse av regelverket inte har skett.⁶
13. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då avgörandet som ansökan grundas på vann laga kraft.⁷

Beloppsintervall inom vilket en upphandlingsskadeavgift kan tas ut

14. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde.⁸ Det högsta avgiftsbeloppet ska tas ut för särskilt graverande fall.⁹
15. För att avgöra storleken på upphandlingsskadeavgiften måste värdet på avtalet som har fått bestå beräknas. Beräkningen av upphandlingens värde ska i detta fall ske enligt 5 kap. LOU.

² 21 kap. 1 § 1 LOU.

³ 21 kap. 2 § första stycket LOU.

⁴ Prop. 2009/10:180 s. 192 ff och 368.

⁵ 21 kap. 1 och 5 §§ LOU och HFD 2014 ref. 49.

⁶ HFD 2017 ref. 45.

⁷ 21 kap. 6 § LOU.

⁸ 21 kap. 4 § LOU.

⁹ HFD 2014 ref. 69.

16. Avtalet mellan kommunen och Vellingetaxi saknar uppgifter om vilket totalt belopp som kan utgå. Enligt kommunen uppgår kontraktsvärdet till 3 600 000 kronor (exkl. mervärdesskatt) per år, vilket innebär att kontraktsvärdet inklusive samtliga optioner om tre år totalt uppgår till 14 400 000 kronor exklusive mervärdesskatt. Konkurrensverket ser i det här fallet inte skäl att ifrågasätta kommunens uppskattning. Kontraktsvärdet kan därför fastställas till 14 400 000 kronor.
17. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed som lägst uppgå till 10 000 kronor och som högst till 1 440 000 kronor.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

Allmänna utgångspunkter för sanktionsvärdet

18. 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.¹⁰
19. 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. Hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter.¹¹ Även omständigheter som har legat till grund för det underliggande ogiltighetsmålet kan beaktas.¹² Utgångspunkten är dock att avgiften bestäms så att myndigheten och även andra avhåller sig från överträdelser av lagen. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹³
20. Enligt Konkurrensverkets uppfattning får en överträdelse av avtalsspärr typiskt sett anses vara av mindre allvarlig karaktär i jämförelse med en otillåten direktupphandling av normalgraden.
21. Den upphandlande myndigheten har samtidigt ett strikt ansvar att iaktta bestämmelserna om avtalsspärr. Syftet med bestämmelserna är att förhindra att upphandlande myndigheter skyndar sig att sluta avtal för att stänga möjligheten till överprövning av en upphandling.¹⁴

¹⁰ 21 kap. 5 § LOU.

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

¹² HFD 2017 ref. 45.

¹³ Prop. 2009/10:180 s. 370.

¹⁴ Prop. 2009/10:180 s. 100 och 124.

Den aktuella överträdelsen

22. Vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek i förevarande fall anser Konkurrensverket att följande omständigheter är av betydelse.
23. Kommunen inledde i juni 2019 en annonserad upphandling av mattransporter till förskolor, skolor och äldreomsorg för att ersätta ett avtal som löpte ut den 17 augusti 2019. Efter att tilldelningsbeslut meddelats den 8 juli 2019 och inom tiden för gällande avtalsspärr ansökte en leverantör om överprövning av upphandlingen. Kommunen ingick under den förlängda avtalsspärren avtal med vinnande anbudsgivare. Avtalet löper mellan den 18 augusti 2019 och den 18 augusti 2020 med möjlighet till tre förlängningar av avtalet med ett år i taget.
24. I det underliggande ogiltighetsmålet (mål nr 8250-19) var det ostridigt att kommunen tecknat avtal med Vellingetaxi trots att det löpte en förlängd avtalsspärr. Förvaltningsrätten fann att kommunen varit förhindrad att teckna avtal. Den omständigheten att kommunen i förfrågningsunderlaget och i det tecknade avtalet reglerat under vilka förutsättningar kommunen avsett handlägga upphandlingen efter tilldelningsbeslutet ändrade inte denna bedömning.
25. Omständigheten att kommunen tecknat ett avtal trots kännedom om att en ansökan om överprövning av upphandlingen lämnats in inom tiden för avtalsspärren får anses vara en försvårande omständighet vid fastställandet av sanktionsvärdet.¹⁵ Den klausul som kommunen fört in avseende avtalstiden innebär inte att avtalet har karaktären av en tillfällig lösning.
26. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 60 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Marie Östman

Joanna Olsson

¹⁵ Se Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 december 2013 i mål nr 4201-13.

Bifogas

Bilaga 1 – Förvaltningsrätten i Malmös dom den 24 september 2019 i mål nr 8250-19

Bilaga 2 – Kammarrätten i Göteborgs beslut den 1 november 2019 i mål nr 5424-19