

Förvaltningsrätten i Malmö  
Box 4522  
203 20 Malmö

## **Ansökan om upphandlingsskadeavgift**

### **Sökande**

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

### **Motpart**

Ystads kommun, Nya Rådhuset, Österportstorg 2, 271 80 Ystad

### **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 Ystads kommun ska betala 90 000 (nittiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

**Grunder**

1. Förvaltningsrätten i Malmö fastslog den 10 juli 2020 i mål nr 7099-20 att ett avtal avseende skolskjuts som Ystads kommun ingått fick bestå trots att det slutits i strid med bestämmelserna om förlängd avtalsspärr i 20 kap. 8 § LOU, se bilaga 1. Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft.

**Bakgrund och omständigheter**

2. Den 12 juli 2014 ingick Ystads kommun (kommunen) ett avtal för skolskjuts avseende trafikområde Väster. Avtalet gällde fr.o.m. den 1 augusti 2014 t.o.m. den 31 juli 2017 med möjlighet till tre förlängningar à 12 månader. Avtalet förlängdes tre gånger med slutdatum den 31 juli 2020.
3. Under våren och sommaren 2020 genomförde kommunen en ny upphandling av skolskjuts, "Skolskjuts 2020". Upphandlingen var uppdelad i tre delområden: Trafikpaket Särskoleskjuts, Trafikpaket område Väster och Trafikpaket område Öster. Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande.
4. Den 2 juni 2020 meddelade kommunen tilldelningsbeslut för Trafikpaket område Väster.
5. Den 10 juni 2020 lämnade en leverantör (sökanden) in en ansökan om överprövning av upphandlingen av "Skolskjuts 2020", med yrkande om att upphandlingen skulle rättas avseende Trafikpaket område Väster (mål nr 7099-20). Samma dag skickade Förvaltningsrätten i Malmö ansökan till kommunen jämte föreläggande om att svara inom viss tid vid påföljd att målet ändå kan komma att avgöras.
6. Den 17 juni 2020 inkom ett yttrande från kommunen till förvaltningsrätten.
7. Den 24 juni 2020 ingick kommunen ett avtal med den leverantör som utpekats i tilldelningsbeslutet gällande Trafikpaket område Väster, se bilaga 2. Avtalet gäller för perioden den 1 augusti 2020 t.o.m. den 31 juli 2023, med möjlighet till tre förlängningar à 12 månader. Oaktat den angivna kontraktstiden äger den upphandlande myndigheten även rätt att förlänga kontraktstiden i lämplig omfattning, dock högst sex månader, för det fall en överprövning enligt LOU föranleder försening av kommande upphandling.
8. I avtalet inkluderade parterna även ett villkor om att avtalet upphör att gälla den 31 december 2020 om förvaltningsrätten eller högre instans beslutar att rätta alternativt avbryta upphandlingen och förkasta avtalspartens anbud. För att villkoret ska aktualiseras ska ett meddelande från förvaltningsrätten ha inkommit till kommunen innan den 15 december 2020 och meddelats avtalsparten, annars fortsätter avtalet att löpa till åtminstone den 31 juli 2021. Om besked inkommer från förvaltningsrätten som innebär att kommunen

inte behöver förkasta avtalsparten, löper avtalstiden enligt tecknat avtal (se bilaga 2, avsnitt 1.1.1 *Omfattning*).

9. Den 29 juni 2020 inkom sökanden till Förvaltningsrätten i Malmö med uppgifter om att kommunen ingått avtal i strid med förlängd avtalsspärr. Sökanden justerade därför sitt yrkande till att avtalet skulle ogiltigförklaras.
10. Samma dag kontaktade förvaltningsrätten kommunen som per telefon bekräftade att avtal ingåtts.
11. Den 10 juli 2020 meddelade Förvaltningsrätten i Malmö avgörande i mål nr 7099-20. Förvaltningsrätten fastställde att kommunen den 24 juni 2020 slutit avtal i strid med 20 kap. 8 § LOU. Eftersom domstolen bedömde att sökanden inte visat att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU överträtts som medfört att sökanden kan anses ha lidit skada saknades det grund för att ogiltigförklara avtalet enligt 20 kap. 13 § andra stycket LOU. Förvaltningsrätten fastställde därmed att avtalet fick bestå, trots att det slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr.
12. Den 14 juli 2020 inkom sökanden med ett överklagande av förvaltningsrättens dom till Förvaltningsrätten i Malmö.
13. Den 21 augusti 2020 beslutade Kammarrätten Göteborg (mål nr 4439-20) att inte meddela prövningstillstånd. Beslutet överklagades inte och förvaltningsrättens dom vann därmed laga kraft, se bilaga 3.
14. Under Konkurrensverkets utredning har kommunen anfört i huvudsak följande. För att kunna säkerställa leverans av lagstadgad skolskjuts den 19 augusti 2020, har kommunen i samråd med tilldelad leverantör sett det som absolut nödvändigt att avtal är på plats mer än en månad innan avtalsstart samt att avtal behöver tecknas för minst en termin. Orsaken är bland annat att leverantören måste säkerställa att det finns fordon till aktuella tjänster samt att tid behövs för att personal ska hinna kontrakteras för det aktuella uppdraget. Hänsyn har tagits till klagande domar, där skolskjuts som tillhandahålls för elever anses utgöra sådana tjänster där det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 § LOU. Beslutet har inte föranletts av oaksamhet eller bristande planering. Det villkorade avtalet har endast tecknats utifrån att tillgodose ett trängande behov som säkerställts under en begränsad tid (höstterminen 2020), fram till dess att den pågående upphandlingen kunde avslutas. Utifrån förvaltningsrättens dom i mål nr 7099-20 så har sökanden inte kunnat påvisa att någon överträdelse av LOU har begåtts. Utifrån ovan nämnda förmildrande omständigheter ska avgiften efterges i sin helhet.

## Upphandlingsskadeavgift

15. 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 (21 kap. 1 § 1 LOU).
16. Konkurrensverket har i en sådan situation en skyldighet att ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att den upphandlande myndigheten ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 2 § LOU).
17. Upphandlingsskadeavgift kan tas ut oberoende av om överträdelsen skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Ansvaret är således strikt (se prop. 2009/10:180 s. 192 ff och 368).
18. Någon överprövning ska inte göras av det lagakraftvunna avgörandet som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift. Den upphandlande myndigheten kan således inte utverka ett avgörande av innebörden att någon överträdelse av regelverket inte har skett (se HFD 2014 ref. 49 och HFD 2017 ref. 45).
19. 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 (21 kap. 6 § LOU).

## Beloppsintervall inom vilket en upphandlingsskadeavgift kan tas ut

20. Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 § LOU (21 kap. 4 § LOU).
21. För att avgöra storleken på upphandlingsskadeavgiften måste värdet av upphandlingen beräknas. Beräkningen av upphandlingens värde ska i detta fall ske enligt 5 kap. LOU. Enligt 5 kap. 3 § LOU ska värdet av en upphandling beräknas till det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggentreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler som anges i något av upphandlingsdokumenten inbegripas som om de hade utnyttjats. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.
22. Det avtal som kommunen ingått i strid med avtalsspärren har en maximal löptid om 6,5 år om samtliga förlängningsklausuler beaktas som om de hade utnyttjats (se punkterna 7 och 7 ovan).

23. Enligt kommunen uppgår det totala värdet av upphandlingen för "Skolskjuts 2020", inberäknat samtliga tre delområden, till 55 022 734 kronor exklusive mervärdesskatt för hela avtalsperioden om 6,5 år. Värdet avseende delområdet Trafikpaket område Väster har uppskattats till 22 287 200 kronor exklusive mervärdesskatt. Kommunens uppskattning baseras på anbudspriserna i upphandlingen samt den kvantitet tilläggstjänster som beställdes av kommunen under 2019 enligt tidigare avtal. Kommunen har i detta avseende dock invänt att den garanterade avtalsperioden för Trafikpaket område Väster endast sträcker sig från den 1 augusti 2020 t.o.m. den 31 december 2020 under vissa omständigheter (jfr punkt 8 ovan) och att det uppskattade värdet för denna period uppgår till 1 558 540 kronor exklusive mervärdesskatt. Enligt kommunen är det detta belopp som ska beaktas vid bestämmandet av en upphandlingsskadeavgift.
24. Konkurrensverket finner inte anledning att ifrågasätta kommunens uppskattning i sig. Eftersom det endast är avtalet för delområdet Trafikpaket område Väster som enligt den underliggande domen har ingåtts i strid med förlängd avtalsspärr ska det uppskattade värdet för denna del ligga till grund för fastställandet av intervallet inom vilken en upphandlingsskadeavgift kan bestämmas. Då en upphandlings värde ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontrakten som ingår i upphandlingen, inberäknat värdet av options- och förlängningsklausuler som om de hade utnyttjats, ska värdet bestämmas utifrån den maximala avtalstiden om 6,5 år. Upphandlingens värde ska därför fastställas till 22 287 200 kronor. Vad kommunen har anfört i denna del föranleder ingen annan bedömning.
25. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed som lägst uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 2 228 720 kronor ( $22\,287\,200 \times 0,1$ ).

### **Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek**

#### Allmänna utgångspunkter för sanktionsvärdet

26. 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. 6 § LOU).
27. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedel 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. Eftergift

på grund av synnerliga skäl kan endast aktualiseras i situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften (se prop. 2009/10:180 s. 196–198 och 369–370, se även HFD 2014 ref. 49).

28. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall. Av betydelse är bland annat överträdelsens allvar och den upphandlande myndighetens agerande. Även omständigheter som legat till grund för det lagakraftvunna avgörandet som ansökan grundas på kan beaktas (se HFD 2014 ref. 49, HFD 2017 ref. 45 och HFD 2017 not 22).
29. Enligt Konkurrensverkets uppfattning får en överträdelse av avtalsspärr typiskt sett anses vara av mindre allvarlig karaktär i jämförelse med en otillåten direktupphandling av normalgraden. 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.

Den aktuella överträdelsen och omständigheter i det underliggande målet

30. Av utredningen framgår att kommunen, trots vetskap om att en ansökan om överprövning av upphandlingen kommit in till förvaltningsrätten, har ingått avtal i strid med den förlängda avtalsspärren.
31. Under utredningen har kommunen redovisat omständigheter såsom avtalets karaktär och överväganden om alternativa åtgärder till stöd för sin uppfattning att någon upphandlingsskadeavgift inte ska utgå. Konkurrensverket konstaterar i denna del att kommunen två veckor efter att en ansökan om överprövning kommit in till förvaltningsrätten valt att ingå det 6,5 år långa avtal som skulle tilldelas i den annonserade upphandlingen. Det förvaltningsrätten har att pröva i förevarande mål är vad som får anses vara en avskräckande och proportionerlig sanktion för den överträdelse som faktiskt begåtts, det vill säga en överträdelse av avtalsspärren. Det ankommer på en upphandlande myndighet att genomföra sina upphandlingar på ett sådant sätt att LOU, inklusive bestämmelserna om avtalsspärr, följs.
32. Omständigheten att kommunen ingått avtalet trots kännedom om att en ansökan om överprövning av upphandlingen lämnats in inom tiden för avtalsspärren får enligt Konkurrensverket anses vara en försvårande omständighet vid fastställandet av sanktionsvärdet.<sup>1</sup> Den klausul som kommunen inkluderat avseende möjligheten att förkorta avtalstiden innebär inte att avtalet har karaktären av en tillfällig lösning och efter ingåendet av

---

<sup>1</sup> Jfr Förvaltningsrätten i Malmös dom den 31 augusti 2020 i mål nr 5032-20.

avtalet har det, trots vad kommunen påstår, inte varit möjligt att besluta att upphandlingen skulle rättas eller göras om.

33. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 90 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

---

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Natacha Otte Widgren

### **Bifogas**

- Bilaga 1 Förvaltningsrätten i Malmös dom den 10 juli 2020 i mål nr 7099-20.
- Bilaga 2 Avtal om "Skolskjuts 2020" Trafikpaket område Väster, med bilagda anbud och upphandlingsdokument
- Bilaga 3 Kammarrätten i Göteborgs beslut den 21 augusti 2020 i mål nr 4439-20, med notering om lagakraft.