

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Sundbybergs stads kommun, 172 92 Sundbyberg

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 2 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 2 LOU beslutar att Sundbybergs stads kommun ska betala 280 000 (tvåhundraåttiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Förvaltningsrätten i Stockholm har i mål om överprövning av giltigheten av två avtal som har ingåtts mellan Sundbybergs stad och Miljöpalatset AB, fastställt att avtalen får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (mål nr 10464-20), se [bilaga 1](#). Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft.

Bakgrund och omständigheter

Upphandlingen och ansökan om överprövning

2. Den 11 december 2018 annonserade Sundbybergs stads kommun (kommunen) upphandlingen Lokalvårdsupphandling utbildningsförvaltningen, ref. nr. 2018-157. Tilldelningsbeslut meddelades den 27 juni 2019. Upphandlingen blev föremål för överprövning av tre leverantörer vars anbud inte hade kvalificerats för utvärdering.
3. Den 21 januari 2020 beslutade förvaltningsrätten att avslå två av leverantörernas ansökningar om överprövning.¹ I det tredje målet om överprövning av upphandlingen, förordnade förvaltningsrätten den 23 januari 2020 om rättelse av utvärderingen på så sätt att klagande leverantör skulle beaktas.²
4. En av leverantörerna som fick avslag på sin ansökan överklagade förvaltningsrättens dom, varvid kammarrätten fattade ett interimistiskt beslut. Den 15 april 2020 beslutade dock kammarrätten att inte meddela prövningstillstånd, vilket innebar att förvaltningsrättens dom i detta mål vann laga kraft.
5. Vid samma tidpunkt löpte anbudens giltighetstid ut, då det av upphandlingsdokumenten följde att anbudsgivarna, vid en eventuell överprövning, var bundna av sina anbud till dess att överprövningen var avslutad genom ett lagakraftvunnet avgörande.
6. Kommunen beslutade den 13 maj 2020 att avbryta upphandlingen. Ingen leverantör har ansökt om överprövning av beslutet.

Kommunens direktupphandling under överprövningsprocessen

7. Den 19 december 2019 ingick kommunen två tillfälliga avtal med Miljöpalatset AB avseende städning av verksamheter inom grundskole- och gymnasienämnden samt förskolenämnden, se [bilaga 2 och 3](#) (Avtalen). Avtalen löpte mellan den 1 januari 2020 till och med den 31 december 2020.

¹ Se Förvaltningsrätten i Stockholms avgöranden i mål nr 15612-19 och 15746-19.

² Se Förvaltningsrätten i Stockholms dom i mål nr 15056-19.

Avtalen blev sedermera föremål för ansökan om överprövning av avtalens giltighet.

8. I dom den 30 juli 2020 bedömde förvaltningsrätten att det i och för sig förelåg förutsättningar för ogiltighet, men att kommunens behov av städning av skolor under rådande förhållanden utgjorde en sådan exceptionell omständighet som kan medföra att Avtalen ska få bestå. Vid en proportionalitetsbedömning av kommunens åtgärd att vid den aktuella tidpunkten teckna Avtalen med en avtalstid på ett år, ansåg rätten att det inte kunde anses vara nödvändigt för att täcka behovet fram till dess att ett nytt avtal upphandlats. Mot bakgrund av att upphandlingen avbrutits kunde dock inte kommunen ingå nya avtal utan att genomföra en ny upphandling. Kommunen hade även gjort sannolikt att en ogiltigförklaring av Avtalen skulle riskera att leda till allvarliga konsekvenser för människors liv och hälsa. Därför, med hänsyn till den tidsåtgång som förekommit under tidigare upphandlingsprocess, fann förvaltningsrätten det inte som rimligt att kommunen skulle kunna genomföra en ny upphandling utan att en risk för sådana allvarliga konsekvenser uppstår. Något mindre ingripande alternativ än att fullgöra Avtalen fanns därmed inte enligt rätten, som ansåg att det därmed fanns skäl att låta Avtalen bestå. Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft, se [bilaga 4](#).
9. Av handlingarna i förvaltningsrättens mål framgår att kommunen hade ett tidigare upphandlat avtal avseende städning av förskolor och skolor. Avtalet löpte från den 1 juni 2014 till den 31 maj 2016, med option att förlänga ett år i taget vid två tillfällen. Avtalet kunde således som längst löpa till och med den 31 maj 2018.³ Under tiden som följde efter den 31 maj 2018, tilldelade kommunen flera kontrakt avseende ifrågavarande städtjänster till Miljöpalatset AB utan föregående konkurrensutsättning.⁴
10. Under den utredning som föregått Konkurrensverkets ansökan har kommunen bland annat uppgett följande. Det har inte varit fråga om något medvetet kringgående av aktuella regler, utan kommunen har inlett och avsett att slutföra en annonserad upphandling enligt LOU. Överprövningen av upphandlingen drog dock ut på tiden och Avtalen ingicks för att undvika en avtalslös situation. Upphandlingen kunde inte avslutas som planerat på grund av omständigheter utanför deras kontroll. Kommunen anser även att det faktum att förvaltningsrätten beslutade att Avtalen skulle få bestå av tvingande hänsyn till allmänintresset bör beaktas som en förmildrande

³ Se aktbilaga 1 samt 19 i förvaltningsrättens akt.

⁴ Jfr aktbilaga 1 och 2 i förvaltningsrättens akt. Kommunen bestred aldrig detta påstående, utan påpekade endast att tidigare avtal som föregick annonseringen av upphandlingen den 11 december 2018 inte omfattades av ogiltighetstalan, se punkt 1 och 3 i aktbilaga 22 i förvaltningsrättens akt. På fråga från Konkurrensverket har kommunen bekräftat att man sedan den 31 maj 2018 har tecknat kontrakt med leverantören i fråga utan att iakttä annonseringsplikten.

omständighet, liksom de utdragna överprövningsprocesserna. Kommunen har vidare angett att Avtalen har en kort och begränsad löptid, vars syfte varit att reglera tiden fram till dess att ett nytt upphandlat avtal var på plats, samt att Avtalen avser ett begränsat ekonomiskt värde. Arbetet med att annonsera en ny upphandling pågår och kommunen försöker så långt som möjligt hantera och begränsa skadan av den uppkomna situationen, se bilaga 5.

11. Konkurrensverket noterar slutligen att kommunen annonserade en ny upphandling, benämnd Lokalvård Sundbybergs stad, den 23 december 2020. Denna upphandling omfattar bland annat städning av skolor.

Upphandlingsskadeavgift

12. 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 på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (21 kap. 1 § 2 LOU).
13. Konkurrensverket ska i en sådan situation ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att den upphandlande myndigheten ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 2 § första stycket LOU). Det är således fråga om en skyldighet för Konkurrensverket att ansöka om en sådan avgift.
14. Någon överprövning ska inte göras av det lagakraftvunna avgörande som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift.⁵ Myndigheten kan således inte utverka ett avgörande av innebörden att någon överträdelse av regelverket inte har skett.⁶
15. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha inkommit 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

16. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde (21 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet ska tas ut för särskilt graverande fall.⁷
17. För att avgöra storleken på upphandlingsskadeavgiften måste värdet på Avtalen som fått bestå beräknas. Beräkningen av Avtalens värde ska i detta fall ske enligt 5 kap. 14 § LOU.

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

⁶ HFD 2017 ref. 45.

⁷ HFD 2014 ref. 69.

18. Avtalen är ramavtal som saknar uppgifter om vilket totalt belopp som kan utgå. Kommunen har dock uppskattat värdet för Avtalen till 13 miljoner kronor exklusive mervärdesskatt. Konkurrensverket ser i det här fallet inte skäl att ifrågasätta kommunens uppgifter och lägger därför dessa till grund för Avtalens värde.
19. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 1 300 000 kronor.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

Allmänna utgångspunkter för sanktionsvärdet

20. När upphandlingsskadeavgiftens storlek ska fastställas 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. 5 § LOU).
21. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med upphandlingsskadeavgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.⁸ Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte.⁹ Hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Även omständigheter som har legat till grund för det underliggande ogiltighetsmålet kan beaktas.¹⁰ 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 sanktionsavgiften sättas till.¹¹
22. Upphandlingsskadeavgiften kan tas ut oberoende av om överträdelsen har skett uppsåtligen eller av oaktsamhet. Ansvar är således strikt.¹²
23. När, som i förevarande fall, ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan det antas att det åtminstone i vissa fall kan vara fråga om en överträdelse där sanktionsvärdet är förhållandevis lågt och att överträdelser i en del av dessa fall snarare kan antas bero på de allmänna omständigheterna än på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen.¹³

⁸ Prop. 2009/10:180 s. 196–197.

⁹ HFD 2014 ref. 49.

¹⁰ HFD 2017 ref. 45.

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

¹² Prop. 2009/10:180 s. 192 ff och 368.

¹³ Prop. 2009/10:180 s. 198 och 370.

Den aktuella överträdelsen och omständigheter i det underliggande målet

24. Förvaltningsrätten har i ett lagakraftvunnet avgörande funnit att Avtalen får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Detta mål handlar enbart om att fastställa ett sanktionsvärde för de överträdelser som konstaterats i den underliggande domen.
25. Att ett avtal har fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska inte i sig påverka sanktionsvärdet i sänkande riktning. Kommunen har genom att Avtalen fått bestå redan i ogiltighetsmålet fått tillgodoräkna sig omständigheten att det förelåg tvingande hänsyn.¹⁴
26. Av utredningen i målet framgår att kommunen inlett och avsett att slutföra en annonserad upphandling i enlighet med LOU. Detta medför att överträdelsens sanktionsvärde i det nu aktuella målet bör vara lägre än om någon annonsering överhuvudtaget inte hade skett.
27. I vissa fall kan en lång efterföljande överprövningsprocess utom den upphandlande myndighetens kontroll påverka sanktionsvärdet i sänkande riktning, då överträdelsen i sådana fall kan antas bero på de allmänna omständigheterna.¹⁵ I detta fall har dock kommunen försatt sig själv i tidsnöd. Annonseringen och tilldelningsbeslutet skedde respektive meddelades ca 5,5 månader och ca 13 månader *efter* det tidigare upphandlade avtalet löpt ut. Kommunen har således långt tidigare kunnat förutse behovet av tjänsterna i fråga.¹⁶ Det är därmed inte överprövningsprocessen som föranlett kommunen att ingå Avtalen, utan snarare kommunens bristfälliga planering. Den bristande framförhållningen har dessutom medfört att behovet av de aktuella städtjänsterna täckts genom flera direktupphandlingar sedan den 1 juni 2018.
28. Konkurrensverket konstaterar vidare att det dröjt ca sju månader från kommunens beslut att avbryta tidigare upphandling till annonseringen av den nya upphandlingen.¹⁷ Eftersom Avtalen löpte ut den 31 december 2020, har således kommunen återigen försatt sig i en situation där en ny otillåten direktupphandling kan ha genomförts för att täcka sitt behov av städtjänsterna i fråga.
29. Konkurrensverket anser slutligen att omständigheten att teckna Avtalen på ett helt år, vid den tidpunkt som de ingicks, talar för att sanktionsavgiften ska

¹⁴ Jfr Kamrarrätten i Göteborgs avgöranden den 26 februari 2014 i mål nr 5703-13 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13. Högsta förvaltningsdomstolen meddelade inte prövningstillstånd i något av dessa mål.

¹⁵ Jfr punkt 23 ovan. Jfr t.ex. Förvaltningsrätten i Stockholms avgörande den 26 juni 2013 i mål nr 5250-13.

¹⁶ Höga krav ställs för övrigt på en upphandlande myndighets planering och organisation, jfr t.ex. mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 26–28.

¹⁷ Jfr Förvaltningsrätten i Stockholms avgörande den 9 maj 2016 i mål nr 26813-15.

påverkas i höjande riktning.¹⁸ Som försvårande omständighet ska även beaktas att Avtalen inte föreskrev någon möjlighet till förtida uppsägning för det fall ett nytt annonserat avtal skulle komma på plats.¹⁹

30. Enligt Konkurrensverkets uppfattning föreligger inte några omständigheter som kan medföra att avgiften ska efterges. Det är heller inte fråga om ett ringa fall.
31. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 280 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Anna Görgård

Bifogas

Bilaga 1 – Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 30 juli 2020 i mål nr 10464-20

Bilaga 2 – Avtal med Miljöpalatset AB daterat den 19 december 2019 (dnr. GGN-0676-2019)

Bilaga 3 – Avtal med Miljöpalatset AB daterat den 19 december 2019 (dnr. FN-0171-2019)

Bilaga 4 – Lagakraftbevis

Bilaga 5 – Kommunens svar till Konkurrensverket, den 19 oktober 2020

¹⁸ Jfr förvaltningsrättens bedömning avseende avtalstiden och tidpunkten för avtalsingående i underliggande ogiltighetsmål.

¹⁹ Se punkt 4.2 i bilaga 2 och 3. Jfr Förvaltningsrätten i Faluns avgörande den 16 juni 2017 i mål nr 1481-17, där aktuellt avtal förvisso innehöll en klausul om förtida uppsägning, men att den utformats så att avtalstiden löpte under för lång tid. Jfr även Förvaltningsrätten i Stockholms avgörande den 26 juni 2013 i mål nr 5250-13, där den upphandlande myndigheten däremot hade avtalat om möjlighet till uppsägning på sätt som begränsade skadan av överträdelsen.