

Förvaltningsrätten i Linköping
Box 406
581 04 Linköping

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Norrköping Norrevo Fastigheter AB, 559028-5747, 601 81 Norrköping

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 Norrköping Norrevo Fastigheter AB ska betala 35 000 (trettiofemtusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Förvaltningsrätten i Linköping har den 8 december 2020 i mål nr 6421-20 fastställt att ett avtal som har ingåtts mellan Norrköping Norrevo Fastigheter AB (Norrevo Fastigheter) och Samhall AB (Samhall) får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, trots att förutsättningarna för ogiltighet var uppfyllda. Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft, se bilaga 1.

Bakgrund och omständigheter

Annonserad upphandling och ansökan om överprövning

2. Norrevo Fastigheter har ett löpande behov av att anskaffa städtjänster för byggnaderna Rosen och Rådhuset. Norrevo Fastigheter har uppgett att behovet tidigare har tillgodosetts genom ett avtal som föregåtts av annonserad upphandling enligt LOU, och att detta avtal löpte ut den 30 april 2020.
3. Den 1 oktober 2019 annonserade Norrevo Fastigheter upphandlingen Städtjänster Rosen och Rådhuset, ref. nr UH-2019-166. Avtalet i den upphandlingen beräknades gälla för perioden 2020-02-01 – 2023-01-31, med möjlighet till förlängning i totalt tre år.
4. Den 20 februari 2020 meddelades tilldelningsbeslut i den annonserade upphandlingen.
5. En leverantör som uteslutits från att delta i upphandlingen ansökte om överprövning. I dom den 8 december 2020 i mål nr 1780-20 biföll Förvaltningsrätten i Linköping leverantörens ansökan om överprövning och beslutade att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att den överprövande leverantören inte utesluts från att delta i upphandlingen.
6. Den 28 december 2020 meddelade Norrevo Fastigheter ett nytt tilldelningsbeslut. Avtalet som ingicks med anledning av den annonserade upphandlingen trädde i kraft den 1 maj 2021.

Direktupphandling av städtjänster till Rosen och Rådhuset under år 2020

7. Den 20 april 2020, det vill säga två månader efter det första tilldelningsbeslutet i den annonserade upphandlingen, ingick Norrevo Fastigheter ett tillfälligt avtal med Samhall om städtjänster för de objekt som omfattades av den annonserade upphandlingen (Avtalet), se bilaga 2-3. Avtalet ingicks för perioden från och med den 1 maj 2020 till och med den 30 april 2021 och slöts utan föregående annonsering enligt LOU.
8. En leverantör ansökte om överprövning av Avtalets giltighet.

9. I dom den 8 december 2020 i mål nr 6421-20 bedömde Förvaltningsrätten i Linköping att det i och för sig förelåg förutsättningar att ogiltigförklara Avtalet, men att det med beaktande av behovet av städning av lokalerna och rådande smittspridning av Covid-19 framstod som sannolikt att ogiltigförklaring av Avtalet skulle riskera att innebära allvarliga konsekvenser för människors liv och hälsa. Med hänsyn till det starka allmänintresset och omständigheterna i övrigt bedömde förvaltningsrätten att det inte fanns något mindre ingripande alternativ för Norrevo Fastigheter än att fullgöra Avtalet. Förvaltningsrätten beslutade därför att låta Avtalet bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset för skydd för människors liv och hälsa.
10. Det är denna dom som har föranlett aktuell ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Fler direktupphandlingar av städtjänster under år 2020

11. Såvitt framgår av Konkurrensverkets utredning har Norrevo Fastigheter, utöver Avtalet, ingått ytterligare tre avtal om städtjänster under år 2020. Avtalen avsåg områdena Navestad, Lindö samt Oxelbergen, se bilaga 4–9.
12. Även dessa avtal har slutits utan föregående annonsering. Avtalen har varit föremål för prövning i Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 8 december 2020 i mål nr 6422-20, se bilaga 10. Av domen följer att även dessa avtal skulle bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, trots att förutsättningarna för att ogiltigförklara avtalen varit uppfyllda.
13. Domen i det målet har föranlett att Konkurrensverket, i samband med nu aktuell ansökan, inger ytterligare tre ansökningar om upphandlingsskadeavgift mot Norrevo Fastigheter till Förvaltningsrätten i Linköping (se Konkurrensverkets ansökningar om upphandlingsskadeavgift, Konkurrensverkets dnr. 352–354/2021).

Upphandlingsskadeavgift

14. Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol vid överprövning av ett avtals giltighet, i ett avgörande som vunnit laga kraft, har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (21 kap. 1 § 2 LOU).
15. 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.

16. Någon överprövning ska inte göras av det lagakraftvunna avgörandet som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift. Den upphandlande myndigheten kan således inte i målet om upphandlingsskadeavgift utverka ett avgörande av innebörden att någon överträdelse av regelverket inte har skett.¹
17. Eftersom Förvaltningsrätten i Linköping i en lagakraftvunnen dom har slagit fast att Avtalet ska bestå av tvingande hänsyn till allmänintresse finns det förutsättningar att besluta om upphandlingsskadeavgift.

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

18. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha inkommit till allmän förvaltningsdomstol inom sex månader från den tidpunkt då avgörandet som ansökan grundas på vann laga kraft (21 kap. 6 § LOU).
19. Eftersom förvaltningsrättens avgörande vann laga kraft den 30 januari 2021 ska ansökan ha inkommit inom sex månader från det datumet.

Beloppsintervall inom vilket en upphandlingsskadeavgift kan tas ut

20. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde. Beräkningen ska göras enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 § LOU. (21 kap. 4 § LOU).
21. För att avgöra hur hög upphandlingsskadeavgift som kan tas ut i detta fall måste därför värdet av upphandlingen av det avtal som har fått bestå beräknas.

Upphandlingens värde

22. Värdet av en upphandling är det totala belopp som ska betalas enligt de kontrakt som ingår i upphandlingen. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de hade utnyttjats. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt (5 kap. 3 § LOU).
23. Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet (5 kap. 5 § LOU).
24. Metoden för att uppskatta en upphandlings värde får inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga (5 kap. 6 § LOU).

¹ Se 21 kap. 1 och 5 §§, samt HFD 2014 ref. 49 och HFD 2017 ref. 45.

25. Värdet av ett tjänstekontrakt som regelbundet återkommer, eller som ska förnyas inom viss tid, ska uppskattas med ledning av det verkliga totala värdet av en följd av liknande kontrakt som har upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller under det föregående räkenskapsåret, om möjligt justerat med hänsyn till förutsebara ändringar under den tolv månadersperiod som följer efter det första kontraktet. Alternativt kan värdet av sådana kontrakt beräknas utifrån det uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som kommer att upphandlas under den tolv månadersperiod som följer efter den första leveransen, eller om räkenskapsåret är längre än tolv månader, under räkenskapsåret (5 kap. 11 § LOU).
26. I prisbilagan till Avtalet beräknas värdet av Avtalet till 1 768 580,36 kronor exklusive mervärdesskatt. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta dessa uppgifter.
27. Konkurrensverket gör bedömningen att de tre direktupphandlade avtalen avseende städtjänster vid Navestad, Lindö och Oxelbergen som slöts under 2020 (se ovan punkterna 11–13) utgör sådana liknande kontrakt som enligt 5 kap. 11 § LOU ska beaktas vid uppskattningen av värdet av upphandlingen av Avtalet.
28. I prisbilagor till respektive avtal beräknas värdet av de övriga tre avtalen till 3 255 432,60 kronor (städtjänster till området Navestad), 2 123 263,80 kronor (städtjänster till området Lindö) respektive 3 596 992,63 kronor (städtjänster till området Oxelbergen). Konkurrensverket finner inte heller skäl att ifrågasätta uppgifterna om värdet av dessa avtal.
29. Mot denna bakgrund gör Konkurrensverket bedömningen att värdet av upphandlingen av Avtalet uppgår till det sammanlagda värdet av samtliga fyra avtal, det vill säga 10 744 269,40 kronor.
30. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 1 074 427 kronor.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

Allmänna utgångspunkter för sanktionsvärdet

31. Förvaltningsrätten i Linköping har i ett lagakraftvunnet avgörande tidigare funnit att Norrevo Fastigheter har gjort en otillåten direktupphandling. Det nu aktuella målet handlar om vilket sanktionsvärde överträdelsen ska anses ha.

32. Upphandlingsskadeavgiften kan tas ut oberoende av om överträdelsen har skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Ansvaret är således strikt.²
33. När upphandlingsskadeavgiftens storlek ska fastställas ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Det högsta avgiftsbeloppet reserveras för särskilt graverande fall.³ I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (21 kap. 5 § LOU). Möjligheten till eftergift ska användas restriktivt och främst ses som en ventil för rena undantagsfall.⁴
34. 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.⁵
35. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte.⁶ Hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Även omständigheter som har legat till grund för det underliggande ogiltighetsmålet kan beaktas.⁷ Utgångspunkten är 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 fastställas till.⁸
36. Otillättna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.⁹
37. Att ett direktupphandlat avtal har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse motiverar inte i sig en sänkning av upphandlingsskadeavgiften. Den upphandlande myndigheten har, genom att det ingångna avtalet fått bestå, redan i ogiltighetsmålet fått tillgodoräkna sig att det förelåg tvingande hänsyn. Det kan inte ha varit lagstiftarens avsikt att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ned så snart det i ett mål om överprövning av ett avtals giltighet har fastställts att det förelegat tvingande hänsyn till ett allmänintresse.¹⁰ En sådan ordning skulle dessutom riskera att

² Prop. 2009/10:180 s. 192 ff och 368.

³ HFD 2014 ref. 69.

⁴ Prop. 2009/10:180 s. 370.

⁵ Prop. 2009/10:180 s. 196–197.

⁶ HFD 2014 ref. 49.

⁷ HFD 2017 ref. 45.

⁸ Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.

⁹ A. prop. s. 197 och HFD 2016 ref 67.

¹⁰ Se de olika skrivningarna i prop. 2009/10:180 s. 198–199 angående sanktionsvärde, avgiftens storlek och eftergift när det föreligger tvingande hänsyn.

vara oförenlig med rättsmedelsdirektivets krav på att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.

38. I vissa mål som rör ansökningar med stöd av 21 kap. 1 § 2 LOU (tidigare 17 kap 1 § 2 ÄLOU) har den specifika överträdelsens sanktionsvärde bedömts som lågt i jämförelse med vad som vanligtvis bör gälla vid otillåtna direktupphandlingar.¹¹ Det har i dessa fall ofta rört sig om upphandlande myndigheter vilka inlett annonserade upphandlingsförfaranden, men som på grund av mer eller mindre utdragna överprövningar varit förhindrade att ingå nya korrekt konkurrensutsatta avtal innan befintliga avtal löpt ut. Detta har då medfört att myndigheterna ingått direktupphandlade temporära avtal i avvaktan på att den annonserade upphandlingen skulle kunna avslutas. Vid andra obligatoriska ansökningar, där dessa särskilda omständigheter inte förelegat, har sanktionsvärdet ansetts motsvara normalgraden vid en otillåten direktupphandling.¹²

Den aktuella överträdelsens sanktionsvärde

39. Vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek i förevarande fall anser Konkurrensverket att följande omständigheter och överväganden är av betydelse.
40. Vid bedömningen av sanktionsvärdet finns det i detta specifika fall särskild anledning att bortse från värdet av de övriga tre avtal om städtjänster under 2020 som enligt 21 kap. 5 § LOU och 5 kap. LOU ska beaktas vid beräkningen av värdet av upphandlingen av Avtalet (se ovan punkterna 26–30). Detta då även övriga tre avtal var för sig har föranlett separata obligatoriska ansökningar om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 2 LOU (se ovan punkten 13). Vid bedömningen av sanktionsvärdet i detta mål bör därför endast ett värde om 1 768 580 kronor beaktas.
41. Härutöver noteras följande.
42. Eftersom det rör sig om en otillåten direktupphandling är utgångspunkten att det rör sig om ett högt sanktionsvärde. I detta mål föreligger emellertid vissa förmildrande omständigheter.
43. Avsikten med direktupphandlingen torde inte ha varit att ersätta en tilldelning enligt ett annonserat förfarande, utan att till stor del tillgodose ett

¹¹ Se t.ex. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2055-14; Förvaltningsrätten i Falun, mål nr 1481-17 och Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 5250-13 och Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 21274-13. Se även HFD 2014 ref. 49 där omständigheterna var så förmildrande att det rörde sig om ett ringa fall.

¹² Se t.ex. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5703-13 och mål nr 4915-13 samt Förvaltningsrätten i Uppsala, mål nr 5785-16.

behov som inte kunde anstå under överprövningen. Konkurrensverket anser att detta är förmildrande.

44. Eftersom direktupphandlingen i detta fall inte huvudsakligen föranletts av omständigheter som Norrevo Fastigheter inte har kunnat förutse och påverka bör dock avgiften inte sättas alltför lågt. Avtalet slöts två månader efter tilldelningsbeslut i den annonserade upphandlingen. Vid den tidpunkten hade överprövningen av den annonserade upphandlingen inte dragit ut på tiden mer än vad som kunde förväntas.¹³ Det åligger upphandlande myndigheter att planera och organisera sina upphandlingar på ett sådant sätt att det är möjligt att beakta bestämmelserna om föregående annonsering i LOU.
45. Att Avtalet inte tidsbegränsats i större utsträckning för att endast avse behovet under överprövningen, samt att en option i Avtalet gav möjlighet att komplettera med tillkommande objekt, talar också för att sanktionsavgiften inte ska sättas alltför lågt.
46. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 35 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Sophia Anderberg

Bifogas

- Bilaga 1 Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 8 december 2020 i mål nr 6421-20, med bevis om laga kraft.
- Bilaga 2–3 Avtal med Samhall AB daterat den 20 april 2020, jämte prisbilaga.

¹³Av Upphandlingsmyndighetens och Konkurrensverkets rapport Statistik i offentlig upphandling 2020 (2020:4 resp. 2020:5), s. 166, framgår att den genomsnittliga handläggningstiden i första instans för överprövningsmål som prövats i sak var 3,7 månader 2017, 3,9 månader 2018 och 3,9 månader 2019. Jfr. även bland annat Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 28 september 2018 i mål nr 2540-18.

Bilaga 4–9 Avtal om städning av Navestad, Lindö och Oxelbergen, jämte prisbilagor.

Bilaga 10 Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 8 december 2020 i mål nr 6422-20.