

Förvaltningsrätten i Härnösand
Box 314
871 27 Härnösand

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Specialpedagogiska skolmyndigheten, Box 1100, 871 29 Härnösand

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 Specialpedagogiska skolmyndigheten ska betala 175 000 (etthundrasjuttiofemtusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Kammarrätten i Sundsvall har genom dom den 12 november 2020 i mål nr 1480-20 fastställt att avtal som tecknats den 10 juni 2019 mellan Specialpedagogiska skolmyndigheten och AB Trendtaxi avseende elevresor får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Domstolens avgörande har vunnit laga kraft den 18 februari 2021.

Bakgrund och omständigheter

2. Den 15 november 2018 annonserade Specialpedagogiska skolmyndigheten en upphandling av elevresor till Birgittaskolan, Åsbackaskolan och Ekeskolan i Örebro för läsåren 2019/2020 och 2020/2021.
3. Sista datum för mottagande av anbud var den 14 december 2018. Planerat datum för anbudsöppnande var den 15 december 2018. Den tilltänkta avtalsperioden var den 1 augusti 2019 till och med den 31 juli 2021, med möjlighet till två förlängningar på vardera 12 månader (2+1+1 år). Av förfrågningsunderlaget framgick att leverantören, innan avtalsstart, ska skaffa sig god lokalkännedom samt god kännedom om vägstandard inom det område där transporten ska äga rum.
4. Den 12 februari 2019 beslutade Specialpedagogiska skolmyndigheten att tilldela kontrakt till leverantören AB Trendtaxi.
5. Den 21 februari 2019 lämnade en annan leverantör in en ansökan om överprövning av upphandlingen till Förvaltningsrätten i Härnösand (mål nr 922-19).
6. För att säkerställa genomförandet av elevresor till Birgittaskolan, Åsbackaskolan och Ekeskolan för höstterminen 2019 påbörjade Specialpedagogiska skolmyndigheten under maj 2019 ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Under förfarandet tillfrågades de tre leverantörer som lämnat anbud i den annonserade upphandlingen. I början av juni hade förvaltningsrätten ännu inte meddelat dom i mål nr 922-19.¹
7. Den 10 juni 2019 ingick Specialpedagogiska skolmyndigheten avtal med AB Trendtaxi avseende elevresor till Birgittaskolan, Åsbackaskolan och Ekeskolan för avtalsperioden den 1 augusti 2019 till och med den 31 juli 2020 (Avtalet), se bilaga 1. Avtalet föregicks inte av annonsering.

¹ Förvaltningsrätten i Härnösand meddelade dom den 27 september 2019 och avslog då ansökan om överprövning av upphandlingen. Domen överklagades till Kammarrätten i Sundsvall (mål nr 2770-19) som den 23 april 2020 beslutade att upphäva förvaltningsrättens dom om avslag och förordnade att upphandlingen skulle göras om. Kammarrättens dom överklagades inte till Högsta förvaltningsdomstolen.

8. Avtalet villkorades med att avtalet upphör omedelbart och ersätts av upphandlat kontrakt vid en lagakraftvunnen dom som innebär att AB Trendtaxi tilldelas det upphandlade kontraktet. Enligt Avtalet förbinder sig leverantören att åta sig uppdraget i den omfattning och på de villkor som angivits i förfrågningsunderlaget till den annonserade upphandlingen med tillhörande avtalsbilagor.
9. Avtalet blev föremål för ansökan om överprövning av Avtalets giltighet. Den 15 maj 2020 biföll Förvaltningsrätten i Härnösand (mål nr 3133-19) ansökan och förklarade Avtalet ogiltigt.
10. Den 12 november 2020 beslutade Kammarrätten i Sundsvall (mål nr 1480-20) att ändra förvaltningsrättens dom och beslutade att Avtalet fick bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, se bilaga 2. Kammarrätten konstaterade bland annat att det var ostridigt att leverans av aktuella elevresor kräver relativt tidskrävande planering och förberedelser för leverantören och att det har anförts att slutlig tilldelning därför behövde vara klar senast i maj alternativt i början av juni 2019. Mot bakgrund av upphandlingens art, omfattning och komplexitet samt den statistik över genomsnittlig handläggningstid för en sakprövning i förvaltningsrätt som fanns tillgänglig vid i vart fall anbudsutvärdering, bedömde kammarrätten att Specialpedagogiska skolmyndighetens planering inte kunde anses uppfylla de högt ställda kraven på planering. Myndigheten hade således, enligt kammarrätten, inte visat att samtliga förutsättningar för direktupphandling i 6 kap. 15 § LOU varit uppfyllda. Med beaktande av bland annat kontraktsföremålet, kravet att de aktuella elevresorna ska kunna utföras med rimligt hög kvalitet och omständigheten att en ogiltigförklaring av avtalet skulle leda till en minskning av fordonskapaciteten med 100 procent, fann dock kammarrätten att det förelåg sådana exceptionella omständigheter som motiverar att Avtalet skulle bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Domen överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen (mål nr 6854-20), som den 18 februari 2021 beslutade att inte meddela prövningstillstånd, se bilaga 3. Kammarrättens dom vann därmed laga kraft.
11. Konkurrensverkets ansökan avser det avtal som slutits med AB Trendtaxi den 10 juni 2019 och som fått bestå i den underliggande ogiltighetsdomen (mål nr 6854-20).

Den upphandlande myndighetens inställning

12. Under den utredning som har föregått Konkurrensverkets ansökan har Specialpedagogiska skolmyndigheten bland annat uppgett följande.
13. Specialpedagogiska skolmyndigheten har liksom kommunerna i HFD 2014 ref. 49 inlett och haft för avsikt att slutföra en annonserad

upphandling. Omständigheter som huvudsakligen legat utanför myndighetens kontroll har medfört att det inledda upphandlingsförfarandet inte kunnat avslutas som planerat. Kontraktsföremålet är sådant att det inte kunnat anstå eftersom det avser elevresor. För att tillfälligt säkra leveransen av elevresor har ett kortare villkorat tidsbegränsat avtal tecknats efter en konkurrensutsättning. Detta har sedermera bedömts utgöra en otillåten direktupphandling. Ingen tillfrågad leverantör erbjöd sig att utföra elevresorna för en kortare period än ett år. Det har inte varit fråga om en klar överträdelse av upphandlingsregleringen. Det saknas behov av en sådan avskräckande effekt som en upphandlingsskadeavgift är menad att ha. Sanktionsvärdet bör därför bedömas lågt utifrån att det är fråga om ett ringa fall alternativt efterges med hänsyn till synnerliga skäl. För det fall Konkurrensverket bedömer att upphandlingsskadeavgift ändå ska utgå är sanktionsvärdet mycket lågt.

Upphandlingsskadeavgift

14. 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).
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 avgörande som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift.² Myndigheten kan således inte utverka ett avgörande av innebörden att någon överträdelse av regelverket inte har skett.³
17. 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

18. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens

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

³ HFD 2017 ref. 45.

värde (21 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet ska tas ut för särskilt graverande fall.⁴

19. För att avgöra storleken på upphandlingsskadeavgiften måste värdet på Avtalet som fått bestå beräknas. Beräkningen av Avtalets värde ska i detta fall ske enligt 5 kap. LOU.
20. Avtalet saknar uppgift om vilket totalt belopp som kan utgå. Specialpedagogiska skolmyndigheten har under Konkurrensverkets utredning uppskattat att upphandlingens värde uppgår till 18 miljoner kronor (exklusive mervärdesskatt). Konkurrensverket ser inte skäl att ifrågasätta Specialpedagogiska skolmyndighetens uppgifter och lägger dessa till grund för Avtalets värde.
21. Upphandlingsskadeavgiften kan således uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 1 800 000 kronor.

Överträdelsens sanktionsvärde och upphandlingsskadeavgiftens storlek

22. 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).
23. 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 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 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.⁸
24. Upphandlingsskadeavgiften kan tas ut oberoende av om överträdelsen har skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Ansvar är således strikt.⁹
25. När ett avtal får bestå med hänvisning till ett tvingande allmänintresse kan antas att det åtminstone i vissa fall kan vara fråga om en överträdelse där

⁴ HFD 2014 ref. 69.

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

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.¹⁰

Den aktuella överträdelsen och omständigheter i det underliggande målet

26. Kammarrätten har i ett lagakraftvunnet avgörande funnit att Avtalet får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Detta mål handlar enbart om att fastställa ett sanktionsvärde för den överträdelse som konstaterats i den underliggande domen. Vid bedömning av överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek i förevarande fall anser Konkurrensverket att följande omständigheter bör beaktas.
27. Att ett avtal har fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska inte i sig påverka sanktionsvärdet i sänkande riktning.¹¹ Specialpedagogiska skolmyndigheten har genom att Avtalet fått bestå redan i ogiltighetsmålet fått tillgodoräkna sig omständigheten att det förelåg tvingande hänsyn.
28. 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.
29. Avtalet har tidsbegränsats och villkorades även med att avtalet upphör och ersätts av upphandlat kontrakt vid en lagakraftvunnen dom avseende den annonserade upphandlingen. Detta villkor har dock gjorts avhängigt av att en viss leverantör, AB Trendtaxi, skulle tilldelas kontrakt utifrån den annonserade upphandlingen.
30. Det ska vidare konstateras att Specialpedagogiska skolmyndighetens planering av den annonserade upphandlingen inte uppfyllt de högt ställda kraven på planering som gäller för en upphandlande myndighet. Detta framgår även av den underliggande domen från kammarrätten. Vid tidpunkten för ingåendet av Avtalet, vilket även var tidpunkten då avtal i den annonserade upphandlingen hade behövt vara på plats, hade lite mindre än sju månader passerat sedan annonseringen av upphandlingen och lite mindre än fyra månader sedan tilldelningsbeslut meddelades och upphandlingen blev föremål för ansökan om överprövning. Detta kan jämföras med förhållandena i HFD 2014 ref. 49 där ett tillfälligt avtal ingicks ungefär 12 månader efter annonsering av upphandlingen och åtta månader efter tilldelningsbeslut och ansökan om överprövning.

¹⁰ Prop. 2009/10:180 s. 198 och 370.

¹¹ Jfr Kammarrätten i Göteborgs avgöranden i mål nr 5703-13 och 4915-13. Högsta förvaltningsdomstolen meddelade inte prövningstillstånd i något av dessa mål.

31. Enligt Konkurrensverket kan inte förhållandet att Specialpedagogiska skolmyndigheten ingått Avtalet anses bero helt på de allmänna omständigheterna utan får till stor del anses bero på bristande planering.
32. Med synnerliga skäl åsyftas närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Eftergift får således ses som en form av ventil som inte är avsedd att tillämpas annat än i rena undantagsfall.¹² Utrymmet att anse en överträdelse som ringa och underlåta att påföra en avgift är också ytterst begränsat.¹³ Det framgår av omständigheterna att det inte är fråga om en sådan undantagssituation i föreliggande fall som kan medföra eftergift eller underlåtelse att påföra avgift.
33. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 175 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Maria Andersson Müller

Bifogas

- | | |
|----------|---|
| Bilaga 1 | Avtal Elevresor Birgittaskolan, Ekeskolan och Åsbackaskolan 2 STO 2019/1016 |
| Bilaga 2 | Kammarrätten i Sundsvalls dom den 12 november 2020 i mål nr 1480-20 |
| Bilaga 3 | Högsta förvaltningsdomstolens beslut den 18 februari 2021 i mål nr 6854-20 (Lagakraftbevis) |

¹² Prop. 2009/10:180 s. 198 och 370.

¹³ Prop. 2009/10:180 s. 198.