

Förvaltningsrätten i Linköping
Box 406
581 04 Linköping

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Eskilstuna kommun, 631 86 Eskilstuna

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 Eskilstuna kommun ska betala 80 000 (åttiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Förvaltningsrätten i Linköping har genom dom den 31 mars 2021 i mål nr 138-21 fastställt att ett avtal som tecknats den 8 oktober 2020 mellan Eskilstuna kommun (kommunen) och Information & Kompetens i Sverige AB (IKS) får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse trots att förutsättningarna för ogiltighet varit uppfyllda. Domstolens avgörande har vunnit laga kraft den 17 augusti 2021.

Bakgrund och omständigheter

2. Eskilstuna kommun annonserade den 21 april 2020 en samordnad upphandling¹ avseende ett ramavtal benämnd "Vuxenutbildning TK 19.087". Anbudstiden för upphandlingen gick ut den 1 juni 2020 och tilldelningsbeslut fattades av Eskilstuna kommun den 4 september 2020. Avsikten var att nya avtal skulle kunna gälla från och med den 1 januari 2021.
3. En ansökan om överprövning av tilldelningsbeslutet inkom till Förvaltningsrätten i Linköping den 14 september 2020, innan avtalsspärren hade löpt ut. Förvaltningsrätten i Linköping avslog ansökan den 27 november 2020 (mål nr 8184-20, 8194-20, 8195-20, 8196-20, 8197-20, 8199-20, 8200-20 och 8201-20). Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft.
4. För att säkerställa att kommunen skulle kunna tillhandahålla platsförlagd SFI från och med den 1 januari 2021, om överprövningsprocessen drog ut på tiden, inledde kommunen ett förhandlat förfarande med den dåvarande leverantören IKS. Den 8 oktober 2020 tecknades ett avtal (Avtalet) med IKS, se bilaga 1. Kommunen skrev under Avtalet den 28 september och IKS den 8 oktober 2020. Avtalet föregicks inte av annonsering.
5. Avtalet med IKS benämns som en förlängning av tidigare ramavtal för platsförlagd SFI och löper med oförändrade villkor under perioden den 1 januari 2021 – 30 juni 2021. Inga ytterligare förlängningsoptioner är angivna.
6. En leverantör ansökte om överprövning och yrkade att Avtalet skulle ogiltigförklaras. Eskilstuna kommun invände och menade att det hade förelegat skäl för direktupphandling på grund av synnerlig brådska enligt 6 kap. 15 § LOU.²
7. Förvaltningsrätten i Linköping beslutade i dom den 31 mars 2021 (mål nr 138-21) att Avtalet fick bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, se bilaga 2. Förvaltningsrätten fann att vid den tidpunkt då kommunen undertecknade Avtalet var anskaffningen inte absolut

¹ En samordnad upphandling för Eskilstuna kommun, Katrineholms kommun, Vingåkers kommun, Nyköpings kommun, Strängnäs kommun, Flens kommun, Gnesta kommun och Oxelösunds kommun.

² I överklaganden till kammarrätten och Högsta förvaltningsdomstolen anförde kommunen även att det förelegat synnerliga skäl enligt 19 kap. 36 § LOU.

nödvändig. Det fanns inte något omedelbart behov av tjänsterna vid den tidpunkten och det var inte nödvändigt att anskaffningen skulle ske från den dåvarande leverantören. Överprövning är en omständighet som kan förutses av upphandlande myndighet och risken för att avtalet inte skulle kunna komma att slutas enligt planering berodde därför inte heller på omständigheter som inte kunnat förutses av kommunen. Vid tidpunkten då kommunen tecknade Avtalet befann den sig varken i tidsnöd som motiverade ett behov av direkt anskaffning eller i en situation då den på grund av omständigheter som den inte kunnat förutse var tvungen att genomföra en upphandling utan föregående annonsering för att säkra leverans. Det fanns därför skäl att förklara Avtalet ogiltigt men det fick bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

8. Domen överklagades till Kammarrätten i Jönköping (mål nr 1528-21) som den 4 juni 2021 beslutade att inte meddela prövningstillstånd. Beslutet överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen (mål nr 3359-21), som den 17 augusti 2021 beslutade att inte meddela prövningstillstånd. Förvaltningsrättens dom vann därmed laga kraft.
9. Konkurrensverkets ansökan avser det avtal som slutits med IKS den 8 oktober 2020 och som fått bestå i den underliggande ogiltighetsdomen (mål nr 138-21).

Den upphandlande myndighetens inställning

10. Under den utredning som har föregått Konkurrensverkets ansökan har kommunen bland annat uppgett följande.
11. Kommunen har haft för avsikt att slutföra en annonserad upphandling. Kommunen har likt kommunerna i HFD 2014 ref. 49 inte kunnat avsluta upphandlingsförfarandet som planerat på grund av omständigheter som legat utanför kommunens kontroll och vad kommunen själv hade kunnat förutse och påverka. Avtal om vuxenutbildning kan inte anstå. Kommunen kan i någon mån kritiseras för bristande planering, men denna brist har varit marginell. Kommunen inser i efterhand att Avtalet möjligen inte hade behövts eftersom ansökan om överprövning avslogs redan den 27 november 2020. Kommunen bedömde dock att överprövningsprocessen skulle komma att vara slutförd först i mitten av januari 2021. Det faktum att överprövningsprocessen avgjordes tidigare än normalt är ingenting som kommunen, när Avtalet tecknades, kunde veta. Avtalet var tidsbegränsat i syfte att tillgodose behovet av vuxenutbildning till dess att upphandlade avtal var på plats. Kommunen är av uppfattningen att det inte är motiverat med en upphandlingsskadeavgift som avskräckande effekt. Det rör sig här om ett ringa fall och en upphandlingsskadeavgift ska därför inte utgå.

Upphandlingsskadeavgift

12. Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol vid överprövning av avtals giltighet i ett avgörande, som har vunnit laga kraft, fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (21 kap. 1 § 2 LOU).
13. Det ankommer på Konkurrensverket att i en sådan situation hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet 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.³ Myndigheten kan således inte utverka ett avgörande av innebörden att någon överträdelse av regelverket inte har skett.⁴
15. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har vunnit 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 är reserverat för särskilt graverande fall.⁵
17. För att avgöra hur hög upphandlingsskadeavgift som kan tas ut i detta fall måste värdet på det avtal som har fått bestå beräknas. Beräkningen av värdet ska i detta fall ske enligt 19 kap. LOU.
18. Värdet ska uppskattas till det totala belopp som kan betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats (19 kap. 37 § LOU).
19. Kommunen har under Konkurrensverkets utredning uppgett att det uppskattade värdet på Avtalet (från den 1 januari 2021 till den 30 juni 2021) uppgår till 6 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta kommunens uppgifter. Det samlade värdet av avtalet med IKS ska därför uppskattas till 6 000 000 kronor.

³ HFD 2014 ref. 49.

⁴ HFD 2017 ref. 45.

⁵ Se HFD 2014 ref. 69.

Upphandlingsskadeavgiften kan därmed i det förevarande fallet uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 600 000 kronor ($6\,000\,000 \times 0,1$).

Överträdelsen sanktionsvärde och upphandlingsskadeavgiftens storlek

Allmänna utgångspunkter för sanktionsvärdet

20. 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. 5 § LOU).
21. 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.⁶ 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. Även omständigheter som har legat till grund för det underliggande ogiltighetsmålet kan beaktas.⁷ 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.⁸
22. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.⁹
23. 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 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

24. Förvaltningsrätten 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.

⁶ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 196–197.

⁷ HFD 2017 ref. 45.

⁸ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369–370.

⁹ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

¹⁰ Prop. 2009/10:180 s. 198 och 370.

25. Att ett avtal har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, kan inte i sig motivera en sänkning av upphandlingsskadeavgiften.¹¹ Kommunen har redan i ogiltighetsmålet fått tillgodoräkna sig att det fanns tvingande hänsyn.
26. Kommunen har inlett och avsett att slutföra en annonserad upphandling i enlighet med vad som gäller enligt LOU. Detta medför att överträdelsens sanktionsvärde i det nu aktuella målet bör vara lägre än om någon annonsering överhuvudtaget inte hade skett. Avtalet har tidsbegränsats och var avsett att enbart täcka behovet fram till dess att den annonserade upphandlingen kunde avslutas.
27. Kommunen undertecknade Avtalet redan två veckor efter det att överprövningen hade inletts hos förvaltningsrätten. Så som framgår av förvaltningsrättens dom förelåg vid denna tidpunkt inget omedelbart behov av tjänsterna och anskaffningen var inte absolut nödvändig. Kommunens planering kan vidare inte anses uppfylla de högt ställda kraven på planering som gäller en upphandlande myndighet. Att kommunen ingick Avtalet så kort tid efter det att överprövningen inletts talar för att kommunen avsatt för lite tid för en domstolsprocess. Överprövning är en omständighet som en upphandlande myndighet generellt sett kan förutse och som myndigheten måste ta höjd för i upphandlingen.¹² Att kommunen ingick Avtalet kan därmed inte anses bero helt på de allmänna omständigheterna. Genom att sluta Avtalet blev kommunen bunden av en otillåten direktupphandling trots att förvaltningsrättens dom i överprövningsmålet avgjordes före det att det annonserade avtalet skulle ha kunnat träda i kraft.
28. Konkurrensverkets uppfattning är att det inte föreligger några sådana omständigheter som kan medföra att avgiften ska efterges. Det är heller inte fråga om ett ringa fall.
29. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 80 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

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

¹² Se bl.a. Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 28 september 2018 i mål nr 2540-18 E och Förvaltningsrätten i Umeås dom den 13 november 2020 i mål nr 1186-20. Se även Kammarrätten i Göteborgs domar den 8 april 2009 i mål nr 1403-09, den 12 november 2010 i mål nr 784-10 och den 22 juni 2010 i mål nr 1501-10.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Maria Andersson Müller

Bifogas

Bilaga 1 Avtalsförlängning platsförlagd SFI "JG 15.076" den 8 oktober 2021

Bilaga 2 Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 31 mars 2021 i mål nr 138-21