

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Sundbybergs kommun, 172 92 Stockholm

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 kommun ska betala 750 000 (sjuhundrafemtiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

1. Förvaltningsrätten i Stockholm har den 22 november 2021 i mål nr 18283-21 fastställt att ett avtal om lokalvård (Avtalet) som har ingåtts mellan Sundbybergs kommun, hädanefter Kommunen, och Miljöpalatset AB, dnr. KS-0753/2020, får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, trots att förutsättningarna för ogiltighet var uppfyllda, se bilaga 1. Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft.

Bakgrund och omständigheter

Tidigare upphandlade avtal och tidigare upphandling

2. Kommunen har tidigare haft upphandlade avtal, avseende de i målet aktuella tjänsterna, som löpte ut senast den 31 maj 2018. Kommunen annonserade därefter en upphandling den 11 december 2018. Tilldelningsbeslut i upphandlingen fattades den 27 juni 2019. Beslutet överprövades i flera mål av förvaltningsrätten i Stockholm, som i ett av målen beslutade att upphandlingen skulle rättas på så sätt att anbudet från det företag som hade ansökt om överprövning skulle tas upp till ny utvärdering.¹
3. Förvaltningsrätten bedömde att Kommunens upphandlingsunderlag var oprecist och att förfrågningsunderlaget var vilseledande. Domstolen gjorde bedömningen, då bilagan för prisblankett var uppdelad i två områden, förskolor respektive skolor och kontor, och att två specificerade lokaler var angivna under kolumnen skolor på en plats och under förskolor på en annan plats.
4. Förvaltningsrätten bedömde vidare att Kommunen hade agerat i strid med gällande rätt genom att förordna om ett golvpris och att upphandlingsförfarandet därför hade varit konkurrenshämmande och stridit mot likabehandlingsprincipen.
5. Förvaltningsrättens beslut överklagades till kammarrätten som interimistiskt beslutade att Kommunen inte fick sluta avtal. Kammarrätten beslutade senare, den 15 april 2020, att inte bevilja prövningstillstånd, varpå förvaltningsrättens dom vann laga kraft. Samtidigt löpte anbudens giltighetstid ut, varför Kommunen den 13 maj 2020 beslutade att avbryta upphandlingen.

Tidigare direktupphandlingar

6. Kommunen har, efter att tidigare upphandlade avtal löpte ut senast i maj 2018, vid ett par tillfällen direktupphandlat avtal med Miljöpalatset AB om städning av olika skolor och förskolor för att täcka behovet tills en upphandling har kunnat genomföras. Förvaltningsrätten i Stockholm har

¹ Förvaltningsrätten i Stockholms dom i mål nr 15056-19 (bilaga 2).

överprövat dessa avtal och funnit att de utgjorde otillåtna direktupphandlingar. Förvaltningsrätten har vid ett tillfälle dock beslutat att de skulle få bestå av tvingande hänsyn till allmänintresse.

7. Konkurrensverket har också tidigare, med anledning av dessa avtal och förvaltningsrättens överprövning av dem, ansökt om upphandlings-skadeavgift för otillåten direktupphandling. Förvaltningsrätten har då också fastställt upphandlingsskadeavgifter. Bakgrunden i fråga om tidigare avtal och tidigare upphandling är i tillämpliga delar desamma som i detta mål, och Konkurrensverket får, utöver vad som framgår av denna ansökan, även hänvisa till vad som framgår av domarna i Förvaltningsrätten i Stockholms mål nr 2118-21 och 8114-21.²

Det aktuella ärendet

8. Kommunen ingick Avtalet för perioden 1 januari–30 juni 2021 eller till dess att ett nytt avtal är på plats, dock som längst till och med den 31 december 2021. Bakgrunden till att avtal ingicks är sammanfattningsvis följande.
9. Efter att den tidigare annonserade upphandlingen avbröts i maj 2020 arbetade Kommunen med att ta fram underlag till en ny upphandling. Vid tidpunkten då tidigare avtal som sanktionerats genom upphandlings-skadeavgift löpte ut vid årsskiftet 2020/2021 var den nya upphandlingen annonserad men ännu inte avslutad.
10. Tilldelningsbeslut i den nya upphandlingen meddelades den 4 mars 2021, men den nya upphandlingen överprövades av förvaltningsrätten, varefter överklagande skedde till kammarrätten som interimistiskt förordnade att Kommunen inte fick ingå avtal innan annat hade bestämts. Kammarrätten beslutade den 18 oktober 2021 att inte meddela prövningstillstånd. Beslutet överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen, som den 11 november 2021 beslutade att inte meddela prövningstillstånd. Kommunen tecknade avtal i upphandlingen den 29 oktober 2021.
11. Avtalets giltighetstid är begränsad till perioden den 1 januari 2021 till och med den 30 juni 2021 eller till dess ett nytt avtal är på plats, dock som längst till den 31 december 2021.

Vad kommunen har anfört

12. Kommunen har under utredningen hos Konkurrensverket anfört sammanfattningsvis följande avseende förmildrande omständigheter och storleken på sanktionsavgiften.

² Bilaga 3 respektive bilaga 4.



13. Kommunen ingick Avtalet för att inte hamna i en avtalslös situation när upphandlingen inte hann avslutas. Avtalet var den enda möjliga åtgärden för att säkerställa städning och lokalvård från och med januari 2021. Det fanns därför inte någon annan mindre ingripande åtgärd för att lösa den uppkomna situationen, och Avtalet utgjorde en nödvändig förutsättning för att säkerställa tillgången till aktuella tjänster. I tillägg till detta har den pågående pandemin även under 2021 haft en direkt och akut påverkan på Kommunens behov av aktuella tjänster.
14. Det är därmed tydligt att anskaffningen av tjänsterna inte har kunnat anstå. Kommunen anser att dessa omständigheter, tillsammans med det faktum att Avtalet tilläts bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset bör beaktas som förmildrande omständigheter vid bedömningen av sanktionsvärdet. Det framgår av förarbetena att det faktum att ett avtal har tillåtits bestå kan medföra att det är fråga om en överträdelse där sanktionsvärdet är förhållandevis lågt, vilket bör medföra att avgiften bestäms till ett lågt belopp och i ringa fall inte alls döms ut, alternativt att eftergift kommer i fråga på grund av synnerliga skäl.
15. Vid bedömningen av en eventuell sanktionsavgift bör vidare beaktas att Avtalet har en kort begränsad löptid. Kommunen har även kunnat säga upp Avtalet med en månads uppsägningstid. I likhet med förvaltningsrättens bedömning i målet om överprövning anser Kommunen att den därigenom har vidtagit proportionerliga åtgärder med hänsyn till det starka allmänintresset av att städning utförs.
16. Det bör även betonas att tjänsterna redan vid avtalsingåendet hade annonserats och att tjänsterna numera utförs av upphandlade leverantörer. De nya upphandlingsregler som började gälla den 1 februari 2022 har också öppnat för en möjlighet till direktupphandling vid överprövning avseende inköp som är nödvändiga för att tillgodose ett angeläget behov, där exempelvis renhållning nämns som exempel. Detta talar för att även lagstiftaren har sett behovet av att möjliggöra lösningar i den situationen där en överprövning fördröjer möjligheten att ingå kontrakt, samtidigt som det finns ett angeläget behov av att tillhandahålla tjänsterna.

Upphandlingsskadeavgift

17. Lagen (2021:1110) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling trädde i kraft den 1 februari 2022. Av övergångsbestämmelserna framgår att äldre bestämmelser fortfarande gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom nu aktuell upphandling påbörjats före den 1 februari 2022 är således LOU i sin lydelse vid tiden för upphandlingen tillämplig.

18. Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol vid överprövning av ett avtals giltighet fastställt att ett avtal får bestå med hänsyn till ett tvingande allmänintresse, trots att skäl för ogiltighet funnits. (21 kap. 1 § 2 LOU)
19. 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).
20. Någon överprövning av det lagakraftvunna avgörande som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift ska inte göras (21 kap. 1 och 5 §§ LOU).³
21. 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).

Beloppsintervall inom vilket en upphandlingsskadeavgift kan tas ut

22. En upphandlingsskadeavgift 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).
23. För att avgöra storleken på upphandlingsskadeavgiften måste värdet på avtalet som fått bestå beräknas. Beräkningen av upphandlingens värde ska i detta fall ske enligt 5 kap. 3 och 5 §§ LOU.
24. Avtalen med Miljöpalatset AB uppgår till 18 817 109 kronor exklusive mervärdesskatt.
25. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 1 881 710 kronor.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

Grundläggande förutsättningar

26. Förvaltningsrätten har i ett lagakraftvunnet avgörande funnit att Kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling. Detta mål handlar enbart om att fastställa ett sanktionsvärde för de överträdelser som konstaterats i den underliggande domen.

³ Även HFD 2014 ref. 49 och HFD 2017 ref. 45.

27. När upphandlingsskadeavgiftens storlek ska fastställas ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte utgå. Avgiften får också efterges om det finns synnerliga skäl.
28. 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.⁴
29. Det finns ett stort utrymme för att beakta alla relevanta omständigheter inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Även omständigheter i det underliggande ogiltighetsmålet kan beaktas. 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. Det högsta avgiftsbeloppet ska tas ut för särskilt graverande fall.⁵
30. Det finns inte något krav på att en upphandlande myndighet ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.⁶

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

31. Vid bedömning av överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek i det aktuella fallet bedömer Konkurrensverket att följande omständigheter är av betydelse.
32. När Kommunen tecknade ett upphandlat avtal i oktober 2021 hade det gått mer än tre år sedan Kommunen senast hade ett upphandlat avtal på plats. Kommunen har därmed haft gott om tid för att genomföra en ny upphandling. Som framgår ovan har Kommunen, genom sitt utformande av upphandlingsdokumenten, själv orsakat de omständigheter som låg till grund för att förvaltningsrätten beslutade om rättelse samt de skrivningar i upphandlingen som medförde att anbudens giltighetstid gick ut. Förseningen av ett upphandlat avtal är således något som Kommunen själv har orsakat.
33. Kommunen har under utredningen anfört att det ska anses i vart fall förmildrande att Avtalet har fått bestå med hänsyn till allmänintresset. Det faller dock på sin egen orimlighet att sådana omständigheter ska räknas den upphandlande myndigheten till godo som har uppkommit till följd av Kommunens eget agerande. Att ett direktupphandlat avtal har fått bestå på

⁴ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 196–197.

⁵ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369–370.

⁶ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.



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 föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse.⁷ En sådan ordning skulle dessutom riskera att vara oförenlig med rättsmedelsdirektivets krav på att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.

34. Det har inte i övrigt framkommit några omständigheter som kan anses vara förmildrande. Det föreligger inte heller några omständigheter som kan medföra att avgiften ska efterges. Det är heller inte fråga om ett ringa fall.
35. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet bedömer Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 750 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen. Vid bedömningen har Konkurrensverket beaktat som försvårande att det är fråga om ett upprepat beteende från Kommunens sida.⁸

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Stefan Olsen Siri

Bilagor

1. Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 22 november 2021 i mål nr 18283–21.
2. Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 23 januari 2020 i mål nr 15056-19.
3. Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 20 maj 2021 i mål nr 2118-21.
4. Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 24 juni 2021 i mål nr 8114-21.

⁷ Se de olika skrivningarna i prop. 2009/10:180 s. 198–199 angående sanktionsvärde, avgiftens storlek och eftergift när det föreligger tvingande hänsyn; jfr. också Kammarrätten i Göteborgs avgöranden i mål nr 5703-13 och 4915-13.

⁸ Se närmare de ovan nämnda domarna i mål nr 2118-21 och 8114-21.