

Förvaltningsrätten i Stockholm
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, Ringvägen 100, 118 60 Stockholm.

Motpart

Polismyndigheten, 106 75 Stockholm.

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).¹

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Polismyndigheten ska betala 700 000 (sjuhundratusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

¹ Upphandlingen av Avtalet påbörjades innan den 1 januari 2024. I enlighet med punkt 2 i ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till lagen (2023:815) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ansöker Konkurrensverket därför om upphandlingsskadeavgift i det här fallet. Se 21 kap. 2 § LOU (i lydelsen innan den 1 januari 2024). Se även prop. 2023/24:3 s. 66–67.



Grunder

1. Polismyndigheten har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att senast den 23 november 2023 ingå avtal om uppsömnad av uniform med Ted Bernhardtz At Work AB (Leverantören) utan att genomföra en annonserad upphandling, trots att det inte har förelegat förutsättningar för detta (Avtalet). Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Beskrivningen av bakgrunden och de faktiska omständigheterna har inhämtats bland annat från Polismyndigheten, dels i form av Polismyndighetens svar på frågor från Konkurrensverket, dels i form av handlingar som tidigare har upprättats hos eller inkommit till Polismyndigheten. Konkurrensverket har inte funnit skäl att ifrågasätta uppgifterna i de delarna, om inte annat framgår av ansökan, och har därför lagt även dessa till grund för ansökan.
3. Polismyndigheten hade tidigare haft avtal för att tillgodose behovet av aktuella uniformspersedlar som löpte ut i mars 2020. Någon upphandling för sömnad av uniform påbörjades inte förrän i augusti 2021 med planerad avtalsstart i maj 2022. Upphandlingen avbröts dock i samband med att en annan upphandling avseende inköp av uniformspersedlar avbröts i december 2021. En annonsering av upphandling avseende sömnad skedde därefter i juni 2022. Även den upphandlingen fick dock avbrytas i februari 2023, då på grund av tekniska problem som bestod i att inkomna frågor under frågor- och svarsfunktionen inte skickades till ansvarig upphandlare i tid för att besvara dem och att en upphandlingsannons inte skickades vidare till annonsdatabasen TED. En ny upphandling annonserades i maj 2023, efter vissa ändringar i kravställningen, men även den upphandlingen fick avbrytas på grund av tekniska problem.
4. De plagg som hade ingått i tidigare upphandlade avtal och i den avbrutna upphandlingen ingår i basuniformen för polis- och civilanställda i yttre tjänst samt tilldelas polisstuderande under utbildningen. När befintliga lager av plaggen började sina, bedömde Polismyndigheten att det inte fanns något annat alternativ än att så snabbt som möjligt genomföra inköp för att tillgodose det akuta behovet. Bedömningen gjordes att det inte var möjligt med en konkurrensutsättning, eftersom det skulle ta för lång tid för en ny leverantör att starta och implementera en produktion av sådan omfattning som är aktuell för dessa produkter. Enligt Polismyndigheten skulle leveranstiderna uppgå till cirka sex månader.
5. Mot bakgrund av situationen beslutade Polismyndigheten att vända sig till tidigare leverantörer med tillämpning av förhandlat förfarande utan föregående annonsering. De volymer som anskaffades på det sättet utgjorde



minimikvantiteter som var avsedda att täcka det akuta behovet till dess att annonserade upphandlingar var slutförda.

6. Polismyndigheten har vid flera tillfällen fattat beslut om att olika plagg ska upphandlas i form av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Den 27 september 2023 fattades också ett "Beslut om Direktupphandling av sömnad av Uniform m/14".² De närmare skälen till beslutet framgår av en föredragningspromemoria.³ Beslutet omfattade sömnad av byxor och jackor med beteckning m/14 samt skjortor med beteckning m/12.

Avtalet

7. Den 27 september 2023 lade Polismyndigheten en order om inköp av plaggen i enlighet med beslutet från samma dag.⁴ Det har i utredningen framkommit en orderbekräftelse från Leverantören daterad den 28 september 2023.⁵ Polismyndigheten har dock uppgett att bekräftelsen kom till Polismyndigheten tillsammans med ett e-postmeddelande den 23 november 2023.⁶ Det har inte framkommit att det har upprättats några andra avtalshandlingar. Ett civilrättsligt avtal har uppkommit i samband med denna inköpsorder, senast då den bifogade orderbekräftelsen skickades till Polismyndigheten i november. Det är detta avtal som ligger till grund för ansökan.
8. Polismyndigheten har under utredningen anfört olika uppgifter om när ett civilrättsligt avtal har uppkommit. Inledningsvis angav Polismyndigheten att ett civilrättsligt giltigt avtal uppkom i samband med att orderbekräftelsen kom in till myndigheten den 23 november 2023. Polismyndigheten har därefter i stället anfört att myndigheten först fick en offert som den bekräftade med inköpsordern den 27 september 2023, och att det var då som ett civilrättsligt avtal uppkom. Konkurrensverket redogör närmare för sin bedömning i den delen nedan i samband med frågan om när ansökan till domstol om upphandlingsskadeavgift senast ska göras.

Avtalet mellan Polismyndigheten och Leverantören utgör en otillåten direktupphandling

Upphandlingens karaktär och dess värde samt tröskelvärde och direktupphandlingsgräns

9. Det är, såvitt har framkommit, ostridigt att Avtalet avser tjänster som inte omfattas av bilaga 2 till LOU samt att det relevanta tröskelvärdet i detta mål

² Se bilaga 1.

³ Se bilaga 2 a/2 b.

⁴ Se bilaga 3 a/3 b.

⁵ Se bilaga 4 a/4 b.

⁶ Se bilaga 5.



är 1 456 476 kronor och att direktupphandlingsgränsen vid genomförandet av upphandlingen uppgick till 700 000 kronor.

10. Det framgår vidare av de handlingar som Polismyndigheten har gett in att värdet av Avtalet är 8 171 000 kronor exklusive mervärdesskatt. Det har inte förekommit några andra inköp av liknande tjänster inom en relevant tidsperiod. Värdet av upphandlingen är således 8 171 000 kronor, vilket överstiger såväl direktupphandlingsgränsen som tröskelvärdet. Avtalet skulle följaktligen ha föregåtts av en annonserad upphandling om något undantag i LOU inte har varit tillämpligt.

Det har inte funnits skäl för undantag från annonseringsplikten

Inledning

11. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger direktupphandlingsgränsen behöver inte annonseras. För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen och tröskelvärdet ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpliga. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.⁷
12. Polismyndigheten har under utredningen inte hänvisat till ett specifikt undantag, men mot bakgrund av vad som har framkommit i ärendet har Konkurrensverket tagit ställning till tillämpligheten av bestämmelsen om synnerlig brådska i 6 kap. 15 § LOU.

Rättsliga förutsättningar

13. Enligt 6 kap. 15 § LOU får en upphandlande myndighet använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska om det föreligger vissa särskilda omständigheter. Det ska vara fråga om synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten. Det ska även vara omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller för ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Slutligen måste den aktuella anskaffningen vara absolut nödvändig.
14. Det ställs höga krav på den upphandlande myndighetens planering och organisation för att undantaget för synnerlig brådska ska kunna tillämpas.⁸ Bestämmelsen får endast användas under mycket exceptionella omständigheter.⁹ De omständigheter som föranleder brådskan får inte till

⁷ Se till exempel mål C-26/03 Stadt Halle och RPL Lochau, p. 46, prop. 2006/07:128 s. 291 och RÅ 2005 ref. 10.

⁸ Jämför t.ex. mål C-385/02 Kommissionen mot Italien, p. 26–28.

⁹ Se skäl 50 i direktiv 2014/24/EU.

någon del bero på den upphandlande myndighetens agerande.¹⁰ Att en omständighet inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten innebär att den omständighet som har föranlett brådskan närmast har karaktären av force majeure.¹¹

15. Det krävs att det föreligger ett orsakssamband mellan brådskan att anskaffa en viss tjänst och den omständighet som läggs till grund för tillämpningen av undantaget.¹² Synnerlig brådskan föreligger inte om det finns tid för att genomföra ett påskyndat förfarande.¹³

Konkurrensverkets bedömning

16. Av utredningen har bland annat följande kommit fram. Polismyndigheten har ett löpande behov av uniformer och besitter såväl erfarenhet av som kunskap om inköp av liknande slag som det som omfattas av Avtalet. Det tidigare upphandlade avtalet för uniform m/14 löpte ut i mars 2020. För att täcka avtalsglappet anskaffade Polismyndigheten uniformspersedlar i samband med avtalslutet. Upphandlingen av sömnad för uniform m/14 påbörjades dock inte förrän i augusti 2021. Upphandlingen har avbrutits vid flera tillfällen med anledning av bland annat tekniska problem. Polismyndigheten har även behövt justera kravställningen.
17. Med hänsyn till att Polismyndigheten redan vid tidpunkten för att det tidigare upphandlade avtalet löpte ut måste ha insett att det skulle komma att uppstå ett behov av uniformer i framtiden, torde det ha funnits tid för Polismyndigheten att i god tid innan avtalet löpte ut förbereda för en ny annonserad upphandling. I stället har en upphandling inte påbörjats förrän i augusti 2021. Det är oklart vad de tekniska problemen som har uppstått har berott på eller i vilken grad Polismyndigheten har haft möjlighet att påverka dessa. Det måste dock anses vara klart att om Polismyndigheten hade påbörjat en upphandling i tid, hade dessa problem inte haft till följd den försening av upphandlingen som skedde. Det kan mot den bakgrunden inte anses ha förelegat synnerlig brådskan på grund av omständigheter som inte kan tillskrivas eller inte har kunnat förutses av Polismyndigheten. Snarare talar utredningen för att brådskan har uppstått på grund av bristande planering. Det har inte heller framkommit att det av andra skäl har varit omöjligt att hålla de tidsfrister som framgår av förfarandereglerne.
18. Sammanfattningsvis menar Konkurrensverket att förutsättningarna för att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av

¹⁰ Se prop. 2006/07:128 s. 327 och 429, prop. 2009/10:180 s. 344 samt mål C-385/02 Kommissionen mot Italien och mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland, p. 40–43 med hänvisningar.

¹¹ Se Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål nr 3208-14.

¹² Mål C-318/94 Kommissionen mot Tyskland, p. 14.

¹³ Mål C-126/03 Kommissionen mot Tyskland, p. 22–23. Jämför även mål C-107/92 Kommissionen mot Italien.

synnerlig brådska enligt 6 kap. 15 § LOU inte var uppfyllda vid tidpunkten för ingåendet av Avtalet.

Slutsats

19. Då det inte har förelegat skäl för undantag från annonseringsskyldigheten på grund av synnerlig brådska och det inte heller har framkommit eller anförts andra skäl för undantag, har Avtalet tillkommit genom en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

Rättsliga förutsättningar

20. Vid en otillåten direktupphandling får allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan från Konkurrensverket, besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.¹⁴
21. Det finns inga krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.¹⁵
22. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde.¹⁶
23. När sanktionsvärdet för en överträdelse ska fastställas tas hänsyn till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Bland annat beaktas hur klar överträdelsen kan anses vara. Detta eftersom omständigheten att exempelvis rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet i sänkande riktning. Överträdelsen ses i sådana fall som mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten, som exempelvis ett upprepat beteende av att genomföra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.¹⁷ Otillåtna direktupphandlingar är en av de

¹⁴ 21 kap. 1 § 3 LOU.

¹⁵ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

¹⁶ 21 kap. 4 § LOU.

¹⁷ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198 och 369–370.



allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁸

24. Om det rör sig om ett ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.¹⁹

Konkurrensverkets bedömning

25. Som framgår ovan uppgår värdet av upphandlingen av Avtalet till 8 171 000 kronor exklusive mervärdesskatt. Det medför att upphandlingsskadeavgiften avseende Avtalet kan uppgå till högst 817 100 kronor (8 171 000 x 0,1).
26. Polismyndigheten har gjort en otillåten direktupphandling. Det är en av de allvarligaste överträdelserna av upphandlingslagstiftningen.²⁰ Sanktionsvärdet är därför som utgångspunkt högt.²¹ Vidare har Polismyndigheten tidigare genomfört otillåtna direktupphandlingar.²² Det är alltså fråga om ett upprepat beteende, vilket också är en försvårande omständighet. Det har inte framkommit några förmildrande omständigheter som sänker sanktionsvärdet.
27. Med hänsyn till ovanstående bedömer Konkurrensverket att 700 000 kronor utgör en proportionerlig sanktion för den otillåtna direktupphandlingen.

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

28. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ges in till en förvaltningsrätt inom ett år från att avtalet som ansökan avser ingicks.
29. Som framgår ovan har Polismyndigheten lämnat olika uppgifter om när ett civilrättsligt avtal har träffats. Polismyndighetens uppgifter om att den har lämnat en inköpsorder som bekräftelse på en offert har inte kunnat bekräftas. Konkurrensverket har inte tagit del av en sådan offert, och det har inte framkommit att den har varit sådan att alla för ett bindande avtal nödvändiga beståndsdelar har förelegat vid tiden för inköpsordern. Såvitt framgår av utredningen har detta varit fallet först vid tidpunkten för att Polismyndigheten tog emot orderbekräftelsen den 23 november 2023.

¹⁸ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar av den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

¹⁹ 21 kap. 5 § LOU.

²⁰ Se skäl 13 till ändringsdirektivet (2007/66/EG) samt prop. 2009/10:180 s. 197 och prop. 2023/24:3 s. 52 f.

²¹ Se prop. 2009/10:180 s. 197. Jfr även HFD 2014 ref. 69 samt Kammarrätten i Göteborgs domar den 5 december 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

²² Se Förvaltningsrätten i Stockholms domar den 30 september 2021 i mål nr 18613-21 och den 18 december 2023 i mål nr 13683-23.

30. Konkurrensverket menar att avtalet mot bakgrund av det anförda måste anses ha slutits den 23 november 2023, och att ansökan ska ges in senast den 23 november 2024. Om det skulle komma fram handlingar som visar att ett civilrättsligt avtal uppstod redan i samband med att Polismyndigheten skickade ut inköpsordern, är avtalsdatumet den 27 september. Ansökan har således getts in i tid oavsett vilket datum som är det korrekta.

Angående sekretess

31. Det finns uppgifter i bilagorna 2 a, 3 a och 4 a, som Konkurrensverket har bedömt omfattas av sekretess enligt 30 kap. 1 § första stycket 2 OSL²³ och 31 kap. 16 § första stycket OSL. Konkurrensverket bifogar därför icke-konfidentiella versioner av dessa som verket bedömer kan lämnas ut till tredje man.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman
chefsjurist

Stefan Olsen Siri
processråd

²³ Offentlighets- och sekretesslag (2009:400).



Bifogas

Bilaga 1 – Beslutsprotokoll av den 27 september 2023

Bilaga 2 a – Föredragnings-PM av den 27 september 2023

Bilaga 2 b – Föredragnings-PM av den 27 september 2023 – (icke-konfidentiell version)

Bilaga 3 a – Inköpsorder av den 27 september 2023

Bilaga 3 b – Inköpsorder av den 27 september 2023 (icke-konfidentiell version)

Bilaga 4 a – Orderbekräftelse

Bilaga 4 b – Orderbekräftelse (icke-konfidentiell version)

Bilaga 5 – E-postmeddelande