

Förvaltningsrätten i Malmö
forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, Ringvägen 100, 103 85 Stockholm

Motpart

Båstads kommun, 269 80 Båstad

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 2 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, i lydelsen innan 1 januari 2024 (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 2 LOU beslutar att Båstads kommun ska betala 550 000 (femhundrafemtio tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

1. Förvaltningsrätten i Malmö har genom dom den 17 juni 2024 i mål nr 464-24 fastställt att avtal som ingåtts mellan Båstads kommun (kommunen) och Addsolutions Care Sverige AB (Leverantören) får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, se bilaga 1. Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft den 9 juli 2024, se bilaga 2.

Bakgrund och omständigheter

2. Under våren 2023 informerade kommunen ett antal leverantörer om sin avsikt att upphandla trygghetslarm och trygghetslarmtjänster.
3. Kommunen annonserade en upphandling den 15 mars 2023 avseende trygghetslarm och trygghetslarmtjänster, se bilaga 3. Den 14 april 2023 beslutade kommunen att avbryta upphandlingen, se bilaga 4.
4. Kommunen angav i avbrytandebeslutet att skälen till avbrytandet var att förutsättningarna för upphandlingen hade ändrats väsentligt och att ny information hade tillkommit vilket föranledde att behovsbilden såg annorlunda ut, se bilaga 5.
5. Kommunen har därefter den 29 maj 2023, sedan den första upphandlingen avbrutits, annonserat en direktupphandling av trygghetslarm och trygghetslarmtjänster, se bilaga 6. Den annonserade direktupphandlingen avbröts den 30 maj 2023, se bilaga 7. Kommunen har uppgett att det var ett misstag att direktupphandlingen annonserades.
6. Den 14 juli 2023 tecknade kommunen ett avtal med Leverantören som avsåg trygghetslarm och trygghetslarmtjänster (Avtalet), se bilaga 8. Avtalet annonserades inte i enlighet med 10 kap. 1 § LOU. Avtalet gäller från och med den 1 december 2023 till och med den 30 november 2026. Kommunen har därefter ensidig rätt att förlänga kontraktet i upp till tre år med tolv månader i taget. Längsta möjliga avtalstid är därmed sex år.¹
7. En konkurrerande leverantör ansökte om överprövning av Avtalets giltighet. I dom den 17 juni 2024 i mål nr 464-24 bedömde Förvaltningsrätten i Malmö att kommunen inte hade rätt att använda sig av ett förhandlat förfarande utan annonsering, varken med stöd av 6 kap. 14 § LOU eller 6 kap. 15 § LOU. Det fanns således skäl för att ogiltigförklara Avtalet. Förvaltningsrätten bedömde dock att det med hänsyn till det starka allmänintresset och tjänstens karaktär fanns skäl att låta avtalet få bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

¹ Se bilaga 8.



Kommunens inställning under utredningen

8. Under Konkurrensverkets utredning har kommunen bland annat uppgett följande.
9. Behovet att upphandla tjänsten trygghetslarm och trygghetslarmtjänster identifierades under våren 2023.
10. Kommunen gick mot bakgrund av detta initialt ut med information till ett antal leverantörer om att kommunen avsåg att genomföra en upphandling av trygghetslarm. Efter att kommunen hade annonserat en upphandling av trygghetslarm visade det sig att kommunens befintliga trygghetslarmslösning inte täckte kommunens behov. Kommunen menade att det uppstått problem med produkter som är anpassade till 2G- och 3G-näten, när dessa nät successivt avvecklades. Kommunen kunde då konstatera att det saknades tillräckligt med tid för att upphandla tjänsten på det sätt som först var avsett.
11. Kommunen valde därför att direktupphandla en leverantör av tjänsten som kunde möta kommunens tekniska krav och behov av en snabb implementering.
12. Kommunen var av uppfattningen att trygghetslarmstjänster omfattas av bilaga 2 till LOU och därmed kan direktupphandlas om avtalets värde understiger tröskelvärdet för bilaga 2-tjänster. Kommunen kommer dock i framtiden rätta sig efter förvaltningsrättens bedömning avseende att trygghetslarm inte är en bilaga 2-tjänst, men menar att det saknas överrättspraxis i frågan.
13. Kommunen var vidare av uppfattningen att det var Avtalets faktiska värde som skulle ligga till grund för beräkningen av om Avtalets värde understeg tröskelvärdet. Kommunen är dock nu införstådd i att förlängningsoptioner och tilläggstjänster ska räknas in vid beräkningen av Avtalets värde. Kommunens initiala felbedömning var oavsiktlig. Kommunen har aldrig haft för avsikt att försöka kringgå den upphandlingsrättsliga lagstiftningen.
14. Kommunen invänder inte mot att upphandlingsskadeavgift ska utgå, men önskar att det tas i beaktande att kommunen är en liten kommun med ca 16 000 medborgare och att kommunen redan haft betydande kostnader för processen i förvaltningsrätten rörande Avtalet.

Upphandlingsskadeavgift

15. Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol vid överprövning av ett avtals giltighet har fastställt att ett avtal får bestå med hänsyn till ett tvingande allmänintresse (21 kap. 1 § 2 LOU).



16. Konkurrensverket ska i en sådan situation ansöka hos allmän förvaltningsdomstol 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.
17. Det ska inte ske någon överprövning av det lagakraftvunna avgörande som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift.²
18. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till allmän förvaltningsdomstol 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

Tillämpliga bestämmelser

19. 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.³
20. För att avgöra storleken på den upphandlingsskadeavgift som kan tas ut i detta fall måste värdet av upphandlingen beräknas. Beräkningen av upphandlingens värde ska ske enligt 5 kap. 3 och 5 §§ LOU. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler som anges i något av upphandlingsdokumenten inbegripas som om de hade utnyttjats.

Upphandlingens värde

21. Kommunen har under Konkurrensverkets utredning uppgett att upphandlingens värde uppgår till 8 461 050 kronor exklusive mervärdesskatt. Konkurrensverket finner inga skäl att ifrågasätta kommunens uppgifter och lägger dem till grund för bedömningen av upphandlingens värde.

Upphandlingsskadeavgiftens högsta värde

22. Upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till högst 846 105 kronor ($8\,461\,050 \times 0,1$). Efter att ha fastställt inom vilket intervall en upphandlingsskadeavgift kan tas ut, måste en bedömning göras av omständigheterna i det enskilda fallet.

² Se HFD 2014 ref. 49.

³ Se HFD 2014 ref. 69.



Överträdelsens sanktionsvärde och upphandlingsskadeavgiftens storlek

Allmänna utgångspunkter för sanktionsvärdet

23. 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).
24. 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.⁴ Utrymmet att anse en överträdelse som ringa och underlåta att påföra en avgift är också ytterst begränsat.⁵
25. 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
26. 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. 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.⁷
27. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att till exempel rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses 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 att göra otillåtna direktupphandlingar bör 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.⁸

⁴ Jfr Kammarrätten i Göteborgs domar den 26 februari 2014 i mål nr 5703-13 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

⁵ Prop. 2009/10:180 s. 198.

⁶ Prop. 2009/10:180 s. 196–197.

⁷ Prop. 2009/10:180 s. 197 och s. 369–370.

⁸ Prop. 2009/10:180 s. 197–198. och s. 369–370.



28. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.⁹
29. Att ett avtal har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, kan inte i sig motivera en sänkning av upphandlingsskadeavgiften. Det kan inte ha varit den svenska 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 vara oförenlig med rättsmedelsdirektivets krav på att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.
30. Det finns inget krav på att en upphandlande myndighet ska ha agerat med uppsåt eller av oaksamhet 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 otillåten direktupphandling.¹¹

Den aktuella överträdelsens sanktionsvärde

31. 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.
32. Det finns ett stort utrymme att ta hänsyn till samtliga relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte.¹²
33. Kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling vilket är en av de allvarligaste överträdelserna av upphandlingsregelverket. Detta är en omständighet som talar för ett högt sanktionsvärde.
34. I förevarande fall har det enligt kommunen uppstått problem med produkter som är anpassade till 2G- och 3G-näten när näten successivt avvecklas. Omständigheten att näten ska avvecklas är inte ny för kommunen. Att problem kan uppstå vid denna omställning har rimligen kunnat förutses av kommunen. Kommunen har därmed själv orsakat de omständigheter som låg till grund för att kommunen behövde direktupphandla den aktuella tjänsten.

⁹ Se prop. 2009/10:180 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 Se de olika skrivningarna i prop. 2009/10:180 s. 198-199 angående sanktionsvärde, avgiftens storlek och eftergift när det föreligger tvingande hänsyn.

¹¹ Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

¹² Prop. 2009/10:180 s. 369.



35. Att ett avtal har fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska inte i sig påverka sanktionsvärdet i sänkande riktning. Kommunen har genom att Avtalet fått bestå redan i ogiltighetsmålet fått tillgodoräkna sig omständigheten att det förelåg tvingande hänsyn.
36. Eftersom bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll inte utgör någon ursäkt för en otillåten direktupphandling förändras inte bedömningen av att kommunen utgick från att den aktuella tjänsten skulle omfattas av bilaga 2 till LOU eller det faktum att kommunen beräknade Avtalets värde på ett felaktigt sätt. Konkurrensverket bedömer inte heller det aktuella rättsläget som oklart.
37. Konkurrensverket konstaterar att kommunen tecknat avtal på sex år. Den förhållandevis långa avtalstiden utgör enligt Konkurrensverket en försvårande omständighet som ska påverka sanktionsvärdet i höjande riktning.
38. Det har i övrigt inte framkommit några omständigheter som kan anses vara förmildrande. Konkurrensverkets uppfattning är att det inte föreligger några sådana omständigheter som kan medföra att avgiften ska efterges. Det är inte heller fråga om ett ringa fall.
39. Vid en sammantagen bedömning av omständigheter i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 550 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Marie Östman
Chefsjurist

Hampus Stefansson
Sakkunnig jurist

Bilagor

- | | |
|----------|--|
| Bilaga 1 | Förvaltningsrätten i Malmös dom den 17 juni 2024 i mål nr 464-24 |
| Bilaga 2 | Lagakraftbevis |
| Bilaga 3 | Upphandlingsannons |
| Bilaga 4 | Annons om avbrytande |



Bilaga 5 Beslut om avbrytande

Bilaga 6 Direktupphandlingsannons

Bilaga 7 Annon om avbrytande av direktupphandling

Bilaga 8 Avtalet