



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 2

DOM
2023-03-28
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
7019-22

SÖKANDE

Konkurrensverket

MOTPART

Uddevalla kommun

SAKEN

Upphandlingskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Uddevalla kommun ska betala 50 000 kr i upphandlingskadeavgift.

BAKGRUND

Uddevalla kommun (kommunen) ingick den 12 juli 2021 ett avtal med ÅF Infrastructure AB (ÅF) om totalkostnads kalkyl och klimatpåverkanskalkyl utan föregående annonsering.

ANSÖKAN

Konkurrensverket ansöker nu om att kommunen ska betala 50 000 kr i upphandlingskadeavgift och anför att avtalet den 12 juli 2021 med ÅF utgör en otillåten direktupphandling. Ansökan med dess skäl framgår av bilaga 1.

MOTPARTENS INSTÄLLNING

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför att avtalet och processen är förenliga med upphandlingsregelverket. Kommunen åberopar vad som tidigare har anförts hos Konkurrensverket och tillägger därutöver bl.a. följande. Konkurrensverket har inte presenterat någon praxis som talar för att nu aktuella avtal skulle vara delar i en och samma upphandling. De rättsfall som nämnts innefattande HFD 2017 ref. 74 talar inte för att slutsatsen bör vara densamma i nuvarande situation. Det finns stora skillnader i karaktären, enhetligheten och syftet mellan de avtal som ingåtts i nämnda rättsfall och de avtal som kommunen har ingått. De avtal som behandlas i nämnd praxis är mycket mer enhetliga än de avtal som kommunen har ingått. Det har rört sig om tjänster som varit identiska eller mycket lika. Kommunens avtal är inte identiska eller lika, de varken omfattas av samma yrkeskategorier eller har samma primära syfte eller tekniska funktion. Det vore orimligt att kräva att avtal med helt olika tekniska funktioner och frågeställningar ska vara del av samma upphandling endast mot bakgrund av att de flera led längre fram ska sammanställas i en rapport. En sådan slutsats skulle innebära en betydande osäkerhet för upphandlande myndigheter av vilka avtal som ska anses omfattas av en och

samma upphandling, och vad som i så fall ska vara minsta gemensamma nämnare. Viss vägledning bör dock kunna hämtas från Högsta förvaltningsdomstolens ovan nämnda avgörande kring vilken nivå som ska krävas för att tjänster ska anses vara enhetliga och fylla samma ekonomiska och tekniska funktion, särskilt med beaktande av att svensk rätt saknar klar vägledande praxis och vägledning i denna fråga. – Mot denna bakgrund kan konstateras att kommunens bedömning och hantering av nu aktuell situation står i överensstämmelse med upphandlingsregelverket. Kommunen har sålunda inte brutit mot LOU genom att utan föregående annonsering ingå avtal om totalkostnads kalkyl och klimatpåverkanskalkyl med ÅF. Det saknas därmed skäl för att utdöma upphandlingsskadeavgift.

KONKURRENSVERKETS INSTÄLLNING

Konkurrensverket vidhåller sin ansökan och tillägger följande. Den samlade mängden omständigheter visar att de aktuella tjänsterna utgör delar av en och samma upphandling. I EU-domstolens praxis anges uttryckligen att de principer som har utvecklats i fråga om bygg- och anläggningsarbeten även ska tillämpas avseende tjänster. Eventuella skillnader i fråga om innehållet i de avtal som det var fråga om i EU-domstolens mål C-574/10 och i detta mål är inte relevant för just den frågan. Det avgörande för bedömningen är själva syftet med tjänsterna, dvs. upprättandet av en förstudie. Det samlade resultatet av det arbete som utförts enligt avtalen har syftat till att utgöra underlag för bedömningen av förutsättningarna för uppförandet av ett nytt stadshus. Det är inte heller själva sammanställningen av en slutrapport som utgör syftet med tjänsterna, även om denna omständighet utgör en stark indikation på att tjänsterna har ett gemensamt syfte. Även utan en sådan sammanställning står det dock klart att det är fråga om flera tjänster med ett gemensamt syfte. – Kommunen menar också att avgörandet HFD 2017 ref. 74 avseende sammanräkning av värdet av upphandlingar av samma slag bör kunna ge

vägledning i detta fall. Avgörandet avser emellertid frågan om när det sammanlagda värdet av flera enskilda upphandlingar ska ingå i beräkningen av om direktupphandlingsgränsen är uppnådd eller inte. Frågan i förevarande är om flera avtal – ej upphandlingar – ska anses ingå i en och samma upphandling. Såväl saken som syftet är med andra ord skilda på ett sådant sätt att någon vägledning knappast går att få på sätt kommunen hävdar.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

I målet är lagen (2016:1145) om offentlig upphandling tillämplig i dess lydelse före den 1 februari 2022.

En allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU (21 kap. 1 § tredje punkten LOU).

En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska, i de fall ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet, ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet tecknades (21 kap. 7 § andra stycket LOU).

Upphandlingar ska som regel annonseras. Därigenom ska alla leverantörer få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. Upphandlingar som med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt, den så kallade direktupphandlingsgränsen, behöver inte annonseras (10 kap. 1 § och 19 kap. 9 § LOU).

Det avtal som utgör grund för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift ingicks den 12 juli 2021. Konkurrensverkets ansökan kom in till förvaltningsrätten den 22 juni 2022. Ansökan kom därmed in i tid.

Den aktuella upphandlingen avser tjänster. Tillämpligt tröskelvärde för upphandlingen är tröskelvärdet för varor och tjänster för andra upphandlande myndigheter än statliga myndigheter år 2021 uppgick till 2 197 545 kr. Direktupphandlingsgränsen uppgick vid tillfället till 615 312 kr.

Parterna är ense om att kommunen har genomfört en upphandling av en förstudie avseende uppförande av ett nytt stadshus i Uddevalla kommun. Konkurrensverket anser dock även att de avtal – däribland avtalet med ÅF – som kommunen har ingått inom ramen för förstudien är en del av denna upphandling. Kommunen menar å sin sida att de ingångna avtalen utgör enskilda och separata delar utan direkt samband med förstudien.

Frågan är nu om de av kommunen ingångna avtalen ska ses som fristående upphandlingar utan direkt samband med förstudien eller med varandra, eller om de har ett gemensamt syfte och därför ska anses ingå i samma upphandling.

Förvaltningsrätten konstaterar att samtliga för avtalen aktuella tjänster har ingått i förstudien och att resultatet av dessa uppdrag tillsammans har syftat till att utröna möjligheterna för uppförandet av ett nytt stadshus i Uddevalla. De olika avtalen kan därför inte anses ha haft någon direkt fristående funktion eller självständig roll utanför förstudien. Även om de aktuella avtalen avser olika tjänster utförda av olika leverantörer får de separata avtalen anses vara så starkt sammanflätade och närbesläktade med varandra att de tillsammans får anses utgöra delar av en och samma upphandling på sätt Konkurrensverket gör gällande. Det kan särskilt noteras att flera av uppdragen löper delvis parallellt med varandra och att vissa av dem även är avhängiga av varandra. Vidare har de anlitade parterna löpande under förstudiefasen också haft att medverka i olika former av projektorganisationsmöten. Därtill har resultatet av de utförda uppdragen slutligen sammanställts i slutrapport. Av det nu sagda följer inte annat än att fråga är om flera tjänster med ett gemensamt syfte, dvs. upprättandet av en förstudie. Förvaltningsrättens bedömning att det är fråga om

en och samma upphandling ligger väl i linje med vad EU-domstolen har uttalat om att det inte är avgörande för bedömningen om en leverantör kan utföra alla tjänster eller inte, utan vad en funktionell bedömning leder fram till för slutsats. Vad kommunen har anfört medför ingen annan bedömning.

Värdet av upphandlingen

Värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de tjänstekontrakt som ingår i upphandlingen. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler som anges i något av upphandlingsdokumenten inbegripas som om de hade utnyttjats. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt (5 kap. 3 § LOU).

Om en planerad anskaffning av tjänster kan innebära att flera kontrakt upphandlas i form av delkontrakt, ska det sammanlagda värdet av delkontrakten beaktas när det avgörs om upphandlingens värde uppgår till tröskelvärdet enligt 1 §. Om tröskelvärdet överskrids, ska varje delkontrakt upphandlas enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet. Detta gäller dock inte för ett enskilt delkontrakt vars värde är lägre än 80 000 euro när det gäller varor och tjänster. Finns det emellertid flera delkontrakt av sådant slag ska vart och ett av dem upphandlas enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet, om det sammanlagda värdet av dessa delkontrakt överstiger 20 procent av det sammanlagda värdet av alla delkontrakten (5 kap. 8 § LOU).

Parterna är ense om de separata avtalens värde och det saknas anledning att frångå parternas samstämmighet i denna del. Upphandlingens sammanlagda värde kan därmed bestämmas till 2 785 450 kr. Vid denna beräkning har förvaltningsrätten inte funnit skäl att bortse från avtalet om ”Arkitekt för idéskiss stadshuset”. Vidare är inte annat visat än att det sammanlagda värdet av delkontrakten överstiger 20 procent av det sammanlagda värdet av alla

delkontrakten. Värdet av upphandlingen är därmed så högt att upphandlingen borde ha annonserats i alla dess delar. Förvaltningsrätten bedömer därmed att utredningen visar att tecknandet av avtalet med ÅF utgör en otillåten direktupphandling. Något tillämpligt undantag för att kommunen skulle ha haft godtagbara skäl för att direktupphandla har inte kommit fram.

Frågan om upphandlingsskadeavgiftens storlek och om fråga varit om ringa fall eller om det funnits synnerliga skäl för att efterge avgiften

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. (21 kap. 4 § LOU).

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).

Av förarbetena framgår att bestämmelsen om att någon avgift inte ska tas ut i ringa fall bör komma till användning endast i sällsynta fall. Vidare framgår att med synnerliga skäl närmast åsyftas situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften (prop. 2009/10:180 s. 198).

Förvaltningsrätten anser att den överträdelse av LOU som kommunen har gjort inte är att anse som ringa. Det har inte heller kommit fram sådana omständigheter som medför att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut en sanktionsavgift. Det finns därmed grund för att bestämma att kommunen ska betala en upphandlingsskadeavgift.

En otillåten direktupphandling är en sådan förseelse som anses höra till de allvarligare formerna av överträdelser och motiverar en avgift hänförlig till den högre skalan av avgiftsramen. Beslutande instans har ett betydande utrymme

att inom givna beloppsramar fastställa avgiftens storlek. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarig. Förhållanden hos den upphandlande myndigheten, som exempelvis ett upprepat beteende, bör ses som en försvårande omständighet. Avtalstidens längd och avtalets värde kan också påverka sanktionsvärdet (prop. 2009/10:180 s. 197 f.).

Kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling. Det rör sig alltså om en av de allvarigaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket betyder att sanktionsvärdet är högt. Omständigheten att rättsläget inte är helt klarlagt talar i mildrande riktning. En upphandlingsskadeavgift om 50 000 kr får utifrån upphandlingens värde och omständigheterna i övrigt därför anses som en effektiv, proportionerlig och avskräckande sanktion för kommunen. Förvaltningsrätten bifaller därmed Konkurrensverkets ansökan i sin helhet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (FR-05)

Karin Leidzén

Rådman

Föredragande har varit rättslige experten Michaël Koch.