



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2023-09-12
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
1151-23 E

SÖKANDE

Konkurrensverket

MOTPART

Specialpedagogiska skolmyndigheten

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Specialpedagogiska skolmyndigheten ska betala 110 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

BAKGRUND

Kammarrätten i Sundsvall har i dom i mål nr 2380-21 den 20 september 2022 om överprövning av ett avtals giltighet funnit, med ändring av förvaltningsrättens dom, att avtalet (Avtalet) om skolskjuts den 14 december 2020 mellan Specialpedagogiska skolmyndigheten (SPSM) och AB Trendtaxi (Trendtaxi) har tillkommit genom en otillåten direktupphandling, men att det fick bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Domen överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen, som den 16 december 2022 i mål nr 6063-22 beslutade att inte meddela prövningstillstånd. Kammarrättens dom vann därmed laga kraft.

YRKANDEN

Konkurrensverket ansöker om att SPSM ska betala 110 000 kr i upphandlings-skadeavgift.

SPSM yrkar i första hand att ansökan ska avslås. I andra hand yrkar den att upphandlingsskadeavgiften ska efterges. I tredje hand yrkar den att upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till lägsta möjliga nivå om 10 000 kr.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN**Konkurrensverket**

Beloppsintervall inom vilket en upphandlingsskadeavgift kan tas ut

Avtalet innehåller en takvolym på 10 miljoner kr (mkr). Konkurrensverket beräknar därmed värdet på Avtalet till 10 mkr. Upphandlingsskadeavgiften kan således uppgå till lägst 10 000 kr och högst 1 000 000 kr.

Den aktuella överträdelsen och omständigheter i det underliggande målet

Kammarrätten 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. Att ett avtal har fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska inte i sig påverka sanktionsvärdet i sänkande riktning. SPSM har

genom att Avtalet fått bestå redan i ogiltighetsmålet fått tillgodoräkna sig omständigheten att det förelåg tvingande hänsyn.

Av utredningen i målet framgår att SPSM inlett och avsett att slutföra en annonserad upphandling i enlighet med 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 innehåller en uppsägningsklausul. Avtalet har varit avsett att gälla till dess inköp kunnat göras enligt en annonserad upphandling.

Konkurrensverket konstaterar dock att SPSM tidigare har genomfört en otillåten direktupphandling och att det därmed föreligger ett upprepat beteende. Detta utgör en försvårande omständighet som ska påverka sanktionsvärdet i höjande riktning.

Vidare uppfyller SPSMs agerande avseende den annonserade upphandlingen inte de högt ställda kraven på planering som gäller för en upphandlande myndighet. Detta framgår av den underliggande domen från kammarrätten. Vid tidpunkten för ingåendet av Avtalet, vilket även var tidpunkten då avtal i den annonserade upphandlingen hade behövt vara på plats, hade cirka fyra månader passerat sedan annonseringen av upphandlingen och cirka en månad sedan tilldelningsbeslut meddelades och upphandlingen blev föremål för ansökan om överprövning. Som kammarrätten anför hade SPSM kunnat påbörja en annonsering av upphandlingen tidigare än i september 2022. Enligt Konkurrensverket kan inte förhållandet att SPSM ingått Avtalet anses bero helt på de allmänna omständigheterna utan får till stor del anses bero på bristande planering.

Rättsläget kan inte anses vara oklart. Att upphandlande myndighet måste planera sina upphandlingar och påbörja dessa i så god tid att det finns ett tidsmässigt utrymme för en domstolsprövning har bekräftats vid upprepade tillfällen i praxis. Det är den upphandling som annonserades i september 2020 som är den i målet relevanta. Vid den tidpunkt då Avtalet ingicks hade över-

prövningen till följd av denna upphandling inte pågått under längre tid än SPSM kunde förvänta sig.

I HFD 2014 ref. 49 förelåg så starkt förmildrande omständigheter att Högsta förvaltningsdomstolen gjorde bedömningen att det rörde sig om ett ringa fall. Enligt Konkurrensverket kan avgörandet inte tolkas som att det skulle vara fråga om ett ringa fall även i detta mål. Den aktuella brådskan har inte orsakats av omständigheter som i huvudsak legat utanför vad SPSM har kunnat förutse och påverka. Avgörandet kan inte heller tolkas som att det skulle finnas grund för att bestämma sanktionsavgiften i det nu aktuella målet till ett lägre belopp än det yrkade.

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. Utrymmet att anse en överträdelse som ringa och underlåta att påföra en avgift är också ytterst begränsat. Det framgår av omständigheterna att det inte är fråga om en sådan undantagssituation i detta fall som kan medföra eftergift eller underlåtelse att påföra avgift. Det är endast i mycket sällsynta fall som det kan aktualiseras att någon upphandlingsskadeavgift överhuvudtaget inte ska utgå.

Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet är en upphandlingsskadeavgift om 110 000 kr en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

SPSM

SPSM har från början inlett och hela tiden avsett att slutföra en annonserad upphandling. Denna har förskjutits eftersom Cabonline har begärt varje tilldelningsbeslut överprövat under två års tid och överklagat varje domslut.

Överväganden vid tilldelning av Avtalet

Med hänsyn till elevernas särskilda behov är det inte möjligt att på kort tid byta leverantör. Antalet leverantörsbyten måste minimeras, eftersom ett byte inne-

bär nya förare vilket för med sig utmaningar för eleverna. Att byta leverantör var sjätte månad vore mycket negativt för eleverna. Detta innebär att ett tillfälligt avtal i regel bör tilldelas den befintliga leverantören (Trendtaxi).

Vidare hade SPSM genomfört en konkurrensutsättning genom upphandlingen, där Trendtaxi offererat lägst pris. Även av konkurrensskäl var det därmed naturligt att Trendtaxi tilldelades Avtalet, vilket också skedde.

Kort tillfälligt avtal

Den direktupphandling som genomfördes efter avbrytandebeslutet hade avtalsperioden den 1 januari–31 juli 2021. Avsikten med Avtalet var att det skulle tecknas för så kort period som möjligt, i avvaktan på att en ny upphandling kunde genomföras. Kontraktslängden sattes så kort som nödvändigt och möjligt mot bakgrund av detta faktum samt elevernas särskilda behov av samma utförande av skolskjutsen under läsåret. I Avtalet fanns dessutom en uppsägningsklausul, vilken stadgade att SPSM när som helst kunde säga upp avtalet med 60 dagars varsel. Det fanns vidare ingen förlängningsoption.

Enstaka överträdelse

Det rör sig här om en enstaka överträdelse av upphandlingsreglerna och handlar inte om upprepade överträdelser.

Oklart rättsläge gällande planering för överprövning och utdragen planering

Det ges i praxis inte någon entydig bild av hur lång tid en upphandlande myndighet bör avsätta för en eventuell överprövningsprocess. Kammarrätten har i mål nr 1480-20 i dom den 12 december 2020 konstaterat att det som utgångspunkt för en upphandlande myndighet räcker att planera för en överprövningsprocess i en instans.

Den direktupphandling som nu är i fråga avser avtalsperioden den 1 januari–31 juli 2021. SPSM påbörjade den första upphandlingen för denna tidsperiod redan den 15 november 2018. Denna upphandling påbörjades åtta och en halv månad

före den då utsatta avtalsperiodens start. När upphandlingsförfarandet inleddes hade SPSM således planerat för en överprövningsprocess i minst en instans.

Tilldelningsbeslutet i den första upphandlingen överklagades i två instanser, varpå upphandlingen behövde göras om. Efter att SPSM på nytt utlyst en upphandling och meddelat ett tilldelningsbeslut ansökte Cabonline återigen om överprövning. Den sammanlagda tidsutdräkten överstiger därför med råge den tid SPSM haft att avsätta för en eventuell överprövningsprocess. En myndighet har ingen skyldighet att planera för överprövningsprocesser i mer än en instans, och särskilt inte för att upphandlingen ska göras om. Därefter har som framgått Cabonline ansökt om överprövning även av den förnyade upphandlingen rörande den aktuella tidsperioden.

Detta är inte något som SPSM har kunnat förutse eller borde ha avsatt tid för. Myndighetens planering eller brist därav har därmed inte orsakat behovet av en direktupphandling.

Tvingande allmänt intresse

Avtalet har fått bestå med hänsyn till ett tvingande allmänt intresse. Av förarbetena följer att sanktionsvärdet i dessa situationer kan bedömas lägre. Förmildrande omständigheter kan föranleda att avgiften bestäms till ett lågt belopp och i ringa fall inte alls döms ut.

Avgiftens storlek och sanktionsvärde

I enlighet med vad som anförts om händelseförloppet ovan kan konstateras att SPSM liksom kommunerna i HFD 2014 ref. 49 har inlett och haft för avsikt att slutföra en annonserad upphandling. SPSM har konsekvent sökt att konkurrensutsätta kontraktsföremålet, men har på grund av långdragna överprövningar tvingats direktupphandla kontraktsföremålet i stället. SPSM har vid två upprepade tillfällen inlett och avsett att slutföra en annonserad upphandling i enlighet med vad som gäller enligt LOU rörande den avtalsperiod som avses i Avtalet. På grund av de överprövningar som beskrivs ovan har de inledda

upphandlingsförfarandena dragit ut långt mer på tiden än vad SPSM haft att räkna med. Inget av de inledda upphandlingsförfarandena har därmed kunnat avslutas som planerat, vilket har berott på omständigheter som huvudsakligen har legat utanför SPSMs kontroll. Kontraktsföremålet är sådant att det inte kunnat anstå eftersom det avser skolskjuts till elever med funktionsnedsättningar enligt vad som anges under bakgrund ovan. För att tillfälligt säkra leveransen av elevresor har ett kortare avtal tecknats. Avtalet som ingicks har tidsbegränsats till en så kort period som varit möjlig mot bakgrund av de särskilda behov som ligger bakom kontraktsföremålet. Avtalet har enbart varit avsett att gälla till dess inköp kunnat göras enligt en ny annonserad upphandling. För att säkerställa att avtalet inte skulle gälla längre än nödvändigt fanns, som framgått ovan, en rätt att säga upp avtalet med 60 dagars varsel. SPSM har alltså lagt grunden för en förnyad upphandling. En förnyad upphandling skedde även under våren 2021.

Avtalet har sedermera av kammarrätten bedömts utgöra en otillåten direktupphandling. Det bör beaktas att förvaltningsrätten ansåg att direktupphandlingen var tillåten. Det har därför förelegat en rättslig osäkerhet kring hur direktupphandlingen skulle bedömas. Det har inte varit fråga om en klar överträdelse av upphandlingsregleringen. SPSM har hela tiden haft för avsikt att tilldelning skulle ske inom ramen för den annonserade upphandlingen. I likhet med den situation som avsågs i HFD 2014 ref. 49 finns här inget behov av den avskräckande effekt som en upphandlingsskadeavgift ska ha. Den sammantagna bedömningen bör därför vara att sanktionsvärdet bör efterges med hänsyn till synnerliga skäl. Ingen upphandlingsskadeavgift bör därför utgå.

För det fall att upphandlingsskadeavgift ändå ska utgå är sanktionsvärdet mycket lågt då det rör sig om ett ringa fall. Yrkandet bör därmed sättas till lägsta möjliga nivå. Direktupphandlingens värde uppskattades till ca 9,9 mkr. Verkligt värde är 9 877 474 kr.

Kammarrätten i Sundsvall beslutade den 23 april 2020 att den tidigare utannonserade upphandlingen skulle göras om. SPSM påbörjade, efter att ha bedömt

när och i vilken omfattning myndighetens upphandlingsrättliga kompetens behövde användas i andra pågående upphandlingar, framtagandet av ett nytt förfrågningsunderlag så fort som möjligt. Underlaget blev färdigt så att en ny annonsering kunde göras i september.

Det förelåg synnerlig brådska

Den direkta orsaken till den synnerliga brådska som uppstod i mitten av december 2020, och som föranledde behovet av Avtalet, var Cabonlines upprepade ansökningar om överprövning av SPSMs annonserade upphandling. SPSM har ansträngt sig för att efter rådande omständigheter konkurrensutsätta kontraktsföremålet. Av händelseförloppet framgår att samtliga upphandlingsbeslut som SPSM fattat under två års tid, oavsett om det avsett annonserade upphandlingar eller direktupphandlingar, har överprövats. Samtliga meddelade domar har även överklagats till högre instans.

På grund av den tidsutdräkt som orsakats av överprövningen av det första tilldelningsbeslutet återstod enbart en begränsad tid att upphandla kontraktsföremålet innan det tidigare avtalet löpte ut den 31 december 2020. Cabonline ansökte sedermera om överprövning även av det andra tilldelningsbeslutet. Den sammanlagda tidsutdräkt som orsakats av överprövningarna kan inte tillskrivas SPSM. Vidare har tidsutdräkten varit längre än vad SPSM haft anledning att förutse.

Anskaffningen var absolut nödvändig

Skolskjuts till elever med funktionsnedsättningar är ett sådant allmänintresse som avses i 20 kap. 14 § LOU. Detta framgår även av Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2308-21. Tjänsten skulle inte ha kunnat tillgodoses på annat sätt, såsom genom Kammarkollegiets nationella ramavtal avseende taxitjänster, på grund av de särskilda krav som ställs avseende vilka förare och fordon som ska användas i uppdraget med hänsyn till elevernas funktionsnedsättningar. Det var därför nödvändigt att ingå ett avtal utan föregående annonsering. Förutsättningarna för att tillämpa ett förhandlat förfarande utan annonsering enligt 6 kap. 15 § LOU har därmed varit uppfyllda.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET*Bestämmelser*

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 § (21 kap. 1 § 2 LOU).

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 såväl försvårande som förmildrande omständigheter ska beaktas. Domstolen har stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte (prop. 2009/10:180 del 1 s. 369 f).

I förarbetena uttalas vidare att det 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. Förmildrande omständigheter kan föranleda att avgiften bestäms till ett lågt belopp och i ringa fall inte alls döms ut (a. prop. s. 198 och 370).

En överträdelse kan anses som ringa om t.ex. en upphandlande myndighet har inlett och avsett att slutföra en annonserad upphandling, men upphandlingen inte kunnat avslutas som planerat på grund av omständigheter som i huvudsak legat utanför vad myndigheten själv kunnat förutse och påverka (jfr HFD 2014 ref. 49).

*Förvaltningsrättens bedömning*Prövningsramen och frågan i målet

SPSM har i vissa delar argumenterat för att direktupphandlingen av Avtalet är tillåten. Förvaltningsrätten kan konstatera att det i förevarande mål inte ska företas någon omprövning av den dom från kammarrätten som ligger till grund för Konkurrensverkets ansökan. Utgångspunkten för prövningen i detta mål är att Avtalet har tillkommit genom en otillåten direktupphandling.

Frågan i målet är om en upphandlingsskadeavgift ska påföras SPSM, och i så fall till vilket belopp.

Ska en upphandlingsskadeavgift tas ut?

Trots att Avtalet har tecknats efter en otillåten direktupphandling, beslutade kammarrätten att det fick bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. De grundläggande förutsättningarna för att påföra SPSM en upphandlingsskadeavgift är därmed uppfyllda.

Ska upphandlingsskadeavgift ändå inte beslutas eller efterges?

Att den första annonserade upphandlingen av kollektivtrafiktjänsterna blev föremål för överprövning i både förvaltningsrätt och kammarrätt, som drog ut på tiden för upphandlingens slutförande, har gått utöver vad en upphandlande myndighet normalt har att räkna med (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2308-21). Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att den brådska som uppstod delvis har berott på omständigheter som legat utanför vad SPSM kunnat förutse och påverka.

Dock har det även funnits andra omständigheter som SPSM har kunnat förutse och påverka. Att SPSM efter kammarrättens dom den 23 april 2020 i mål nr 2772-19 där det beslutades att upphandlingen skulle göras om, avvaktade med att annonsera den nya upphandlingen till den 11 september 2020 är en sådan omständighet. Likaså att den efterföljande annonserade upphandling tvingades

avbrytas av SPSM självt den 10 december 2020, vilket fick till följd av SPSM fick ett akut behov av att teckna Avtalet kort därefter.

Det går därför inte att sammantaget dra slutsatsen att brådskan berott på omständigheter som i huvudsak legat utanför vad SPSM kunnat förutse och påverka (jfr HFD 2014 ref. 49). Förvaltningsrätten konstaterar också att det inte är fråga om ett oklart rättsläge, vare sig i frågan om Avtalet har tecknats efter en otillåten direktupphandling eller i de frågor som aktualiseras genom denna ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Förvaltningsrätten bedömer därför att överträdelsen inte är att anse som ringa. Vad SPSM i övrigt har anfört förändrar inte denna bedömning och det har inte heller kommit fram sådana synnerliga skäl att avgiften ska efterges. En upphandlingsskadeavgift ska därför tas ut.

Upphandlingens värde och upphandlingsskadeavgiftens storlek

Konkurrensverket har bedömt att upphandlingens värde uppgår till 10 mkr, eftersom Avtalet innehåller en takvolym på det beloppet. SPSM har å sin sida anfört att värdet är 9 877 474 kr, men inte närmare utvecklat hur detta belopp räknats fram. Förvaltningsrätten finner att Konkurrensverkets beräkning vinner stöd av utredningen. Detta innebär att den upphandlingsskadeavgift som kan dömas ut kan uppgå till lägst 10 000 kr och högst 1 000 000 kr. Konkurrensverket har yrkat att förvaltningsrätten ska döma ut en upphandlingsskadeavgift på 110 000 kr.

SPSM har invänt mot storleken på det av Konkurrensverket yrkade beloppet och anfört, för det fall att en upphandlingsskadeavgift ska dömas ut, att sanktionsvärdet är mycket lågt och bör sättas till det lägsta möjliga. Förvaltningsrätten anser att det föreligger vissa förmildrande omständigheter, såsom att Avtalet var begränsat i tid med en uppsägningsklausul samt att SPSM under hela tiden avsett att slutföra en annonserad upphandling. Överträdelsen framstår också som ett resultat av de allmänna omständigheterna, snarare än ett

medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen. Dessa omständigheter talar för att sanktionsvärdet ska bestämmas till ett lågt belopp.

Dock föreligger det också försvårande omständigheter. Att SPSM även tidigare genomfört en otillåten direktupphandling av samma upphandlingsföremål, som även den blev föremål för en upphandlingsskadeavgift (se Förvaltningsrätten i Härnösands dom i mål nr 2323-21 den 13 september 2021) är en sådan försvårande omständighet. Likt Avtalet, hade även brådskan i avtalet som föranledde upphandlingsskadeavgiften i det målet tillskrivits SPSMs bristande planering, enligt de underliggande domarna om prövningen av avtalets giltighet. Det är alltså fråga om en upprepad överträdelse som har likheter med tidigare överträdelse.

Det finns således både förmildrande och försvårande omständigheter. Den av Konkurrensverket yrkade avgiften framstår som väl avvägd med hänsyn till överträdelsens allvarsgrad och vad som framkommit i målet. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska därför bestämmas till 110 000 kr.

Sammanfattning

I målet finns det skäl att ålägga SPSM att betala en upphandlingsskadeavgift. Det har inte framkommit tillräckliga skäl för att bedöma överträdelsen som ringa, och det har inte heller i övrigt framkommit att det föreligger synnerliga skäl för att efterge avgiften. Det saknas vidare skäl att sätta ned avgiften till ett lägre belopp än vad Konkurrensverket yrkat. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas och upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till 110 000 kr.

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

Carina Ferm Brodén
rådman

Målet har föredragits av förvaltningsrättsnotarien Erik Westerlind.