



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 7

DOM
2023-12-18
Meddelad i Stockholm

Mål nr
13683-23

SÖKANDE
Konkurrensverket

MOTPART
Polismyndigheten

SAKEN
Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Polismyndigheten ska betala 1 200 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten med stöd av 21 kap. 1 § tredje punkten lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) beslutar att Polismyndigheten ska betala 1 200 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Konkurrensverket gör gällande att Polismyndigheten har brutit mot 19 kap. 6 § LOU genom att den 1 november 2022 ingå ett avtal om medicinska tjänster med en leverantör utan föregående annonsering. Konkurrensverket menar att det ingångna avtalet utgör en otillåten direktupphandling och att Polismyndigheten därför ska betala en upphandlingsskadeavgift.

Polismyndigheten yrkar i första hand att Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift ska avslås. I andra hand yrkar Polismyndigheten att storleken på Konkurrensverkets yrkade upphandlingsskadeavgift sätts ned.

Vad parterna för fram redovisas under rubriken ”Skälen för avgörandet”.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**Tillämpliga bestämmelser m.m.**

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 bl.a.

19 kap. 6 § LOU (21 kap. 1 § tredje punkten LOU).

Om förvaltningsrätten beslutar att en upphandlande myndighet ska åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift ska avgiften uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. 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).

Det är Konkurrensverket som har bevisbördan för att det finns förutsättningar att ta ut upphandlingsskadeavgift. Detta gäller även avgiftens storlek.

(jfr exempelvis Kammarrätten i Stockholms dom den 11 april 2013 i mål nr 5426–12 och den 15 februari 2021 i mål nr 1304–20).

Finns det grund för att besluta om en upphandlingsskadeavgift?

Gällande avtalet som är föremål för ansökan har Konkurrensverket fört fram i huvudsak följande. Ansökan avser ett avtal om medicinska tjänster som Polismyndigheten ingått med en viss leverantör. Det saknas skriftliga dokument av köpen. Av faktura med tillhörande underlag framgår att de beställda tjänsterna utfördes den 1 november 2022 och avsåg arrestvård, blodprov samt rättsintyg till en kostnad av 10 144 kr exklusive mervärdesskatt. Polismyndigheten har som svar på frågan om tidpunkten för beställning av tjänsterna hänvisat till fakturaspecifikationen. Avtal får där därmed anses ha ingåtts samma dag, dvs. den 1 november 2022.

Det är ostridigt att de aktuella tjänsterna utgör ett sådant slag av tjänst som avses i bilaga 2 till LOU i form av hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster. En sådan upphandling ska genomföras enligt reglerna i 19 kap. och 19 a kap. LOU.

En upphandling ska som huvudregel annonseras enligt 19 kap. 6 § LOU. I det aktuella fallet är det dock ostridigt mellan parterna att någon annonsering inte skett avseende de aktuella inköpen.

Möjligheterna till direktupphandling för tjänster som anges i bilaga 2 regleras i 19 a kap. LOU. Med direktupphandling avses enligt 19 a kap. 1 § LOU ett förfarande för tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal utan krav på att den upphandlande myndigheten först ska informera om sin avsikt att upphandla genom en annons om anbudsinfordran. Enligt 19 a kap. 2 § LOU får direktupphandling för tjänster av det slag som anges i bilaga 2 användas om värdet av upphandlingen inte överstiger tröskelvärdet som avses i 5 kap. 1 § LOU. Vid tidpunkten för det aktuella avtalet uppgick tröskelvärdet till 7 802 550 kronor. Frågan är då till vilket värde den aktuella upphandlingen ska beräknas.

Upphandlingens värde

Av 5 kap. 3 § LOU framgår bl.a. att värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de tjänstekontrakt som ingår i upphandlingen. Vidare framgår av 5 kap. 11 § LOU att värdet av ett varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom en viss tid, ska uppskattas med ledning av

1. det verkliga totala värdet av en följd av liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller under det föregående räkenskapsåret, om möjligt justerat med hänsyn till förutsebara ändringar i kvantitet eller värde under den tolv månadersperiod som följer efter det första kontraktet, eller
2. det uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som kommer att upphandlas under den tolv månadersperiod som följer på den första leveransen eller, om räkenskapsåret är längre än tolv månader, under räkenskapsåret.

Detta innebär att samtliga avtal som ingåtts under en tolv månadersperiod som avser tjänster av samma slag ska räknas samman och läggas till grund för avgiften. Följaktligen avgränsas inte det belopp som en upphandlande myndighet kan åläggas i form av upphandlingsskadeavgift till det avtal som Konkurrensverket riktat sin ansökan mot, utan för det fall det finns flera avtal av samma slag utgör dessa tillsammans grund för beräkningen av upphandlingens värde och i förlängningen även upphandlingsskadeavgiftens storlek (Jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 15 februari 2021 i mål nr 1304–20).

Konkurrensverket har i ansökan konstaterat att värdet för det avtal som ligger till grund för ansökan uppgått till 10 144 kr. Konkurrensverket har dock beräknat upphandlingens värde till 14 861 376 kr kronor och har därvid beaktat Polismyndighetens samtliga anskaffningar av medicinska tjänster från samma leverantör under perioden 2 november 2021–1 november 2022. Konkurrensverket har till stöd för den bedömningen fört fram i huvudsak följande. Polismyndigheten har under en längre period gjort en stor mängd beställningar av medicinska tjänster från samma leverantör. Av Polismyndighetens fakturasammanställning framgår att beställningar har gjorts kontinuerligt och regelbundet under den period som granskats. Avtalet utgör mot denna bakgrund ett tjänstekontrakt som regelbundet återkommer. Det har inte kommit fram några omständigheter som tyder på att de enskilda beställningar som gjorts har så olika karaktär att respektive värde objektivt sett inte kan läggas samman. Samtliga kontrakt för vilka fakturor utställts avser kontrakt för medicinska tjänster med liknande karaktär. Det är därmed fråga om liknande kontrakt.

Polismyndigheten har inte ifrågasatt det värde som Konkurrensverket har uppgett att Polismyndigheten köpt medicinska tjänster för från leverantören under perioden 2 november 2021–1 november 2022. Polismyndigheten menar dock att inköpen av tjänsterna inte ska räknas samman då inköpen av

medicinska tjänster är helt och hållet händelsestyrda och då behovet är mycket oförutsägbart både på kort och lång sikt. Enligt Polismyndigheten finns ingen regelbundenhet kring inköpen.

Av utredningen i målet framgår att Polismyndigheten under perioden 2 november 2021–1 november 2022 vid ett stort antal tillfällen gjort inköp av medicinska tjänster från samma leverantör. Förvaltningsrätten bedömer att inköpen under perioden avser tjänster som objektivt sett till sin karaktär är liknande. Även om inköpen, så som Polismyndigheten fört fram, har varit händelsestyrda anser förvaltningsrätten att utredningen ger stöd för inköpen har skett med sådan regelbundenhet och frekvens att tjänstekontrakten är att betrakta som återkommande. Något som ytterligare talar för att det rör sig om återkommande inköp är den uppgiften som Konkurrensverket fört fram om att inköp av medicinska tjänster från den i ansökan aktuella leverantören överstigit 10 miljoner kronor årligen under åren 2018, 2019 och 2020, vilket Polismyndigheten inte invänt mot. Förvaltningsrätten ifrågasätter inte att Polismyndigheten inte har haft vetskap om exakt när inköpen av medicinska tjänster kan komma att behövas. Att inköpen av samma typ av tjänster återkommande skett under lång tid med viss regelbundenhet talar dock enligt förvaltningsrätten mot att Polismyndigheten inte kunnat förutse att denna typ av inköp skulle komma att ske även under aktuell period.

Förvaltningsrätten bedömer därför att Konkurrensverket haft grund för att med stöd av 5 kap. 11 § LOU beräkna värdet utifrån Polismyndighetens samtliga anskaffningar av medicinska tjänster från leverantören på så sätt som redovisats ovan. Upphandlingens värde överstiger därmed direktupphandlingsgränsen och skulle därför, förutsatt att det inte funnits något tillämpligt undantag, ha annonserats.

Undantag från skyldigheten att annonsera

Direktupphandling får enligt 19 a kap. 5 § första punkten LOU användas om det på grund av synnerlig brådska, som beror på omständigheter som varken kan tillskrivas eller har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, inte är möjligt att genomföra upphandlingen enligt 19 kap. och anskaffningen är absolut nödvändig.

Polismyndigheten har fört fram att inköpen av tjänsterna skett i situationer då det varit nödvändigt att vården tillhandahålls på plats i arresten, exempelvis då en arrestant ansetts vara rymningsbenägen eller då arrestanten enligt beslut från åklagare har varit belagd med restriktioner, och att inköpen då skett för att arrestanten ska få nödvändig vård.

Förvaltningsrätten anser inte att det som Polismyndigheten fört fram i denna del ger stöd för att undantaget från skyldigheten att annonsera på grund av synnerlig brådska är tillämpligt i aktuellt fall. Vid den bedömningen har det särskilt beaktats att inköpen skett regelbundet över tid och att myndigheten tidigare tecknat ramavtal för de aktuella tjänsterna, vilket tyder på att behoven av tjänsterna är återkommande och därmed har kunnat förutses.

Förvaltningsrätten anser inte heller att de omständigheter som parterna fört fram i övrigt ger stöd för att det funnits något annat tillämpligt undantag från kravet på annonsering. Förvaltningsrätten gör därför bedömningen att Polismyndigheten när de ingick tjänstekontrakten den 1 november 2022 har genomfört en otillåten direktupphandling. Förutsättningarna för att besluta om en upphandlingsskadeavgift är därmed uppfyllda.

Ska Polismyndigheten åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift?*Ringa fall*

I ringa fall ska någon upphandlingsskadeavgift inte beslutas, exempelvis har så ansetts vara fallet om anskaffningarna inte kunnat anstå och berörda avtal har tidsbegränsats till dess att inköp kunnat göras enligt en ny annonserad upphandling (HFD 2014 ref. 49).

Polismyndigheten har förvisso fört fram att inköpen varit händelsestyrda och behövts för att ge arrestanter nödvändig vård i vissa situationer.

Förvaltningsrätten bedömer dock att det som förts fram om omständigheterna kring inköpen av tjänsterna inte gör att det handlar om ett ringa fall. Vid den bedömningen har det bl.a. beaktats att anskaffningarna pågått under flera år och uppgått till betydande belopp. Det har inte heller i övrigt kommit fram något som ger stöd för att det rör sig om ett ringa fall.

Synnerliga skäl

En upphandlingsskadeavgift kan efterges om det finns synnerliga skäl. Att efterge avgiften på grund av synnerliga skäl kan endast göras i rena undantagsfall när till exempel människors liv eller hälsa annars skulle riskeras och det skulle framstå som orimligt eller stötande att upphandlingsskadeavgift skulle tas ut (prop. 2009/10:180 s. 370).

Förvaltningsrätten konstaterar att de aktuella inköpen delvis avser människors hälsa, trots det borde enligt förvaltningsrättens bedömning behovet av dessa tjänster ha kunnat förutses av Polismyndigheten. Det föreligger därmed inte av den anledningen synnerliga skäl för att efterge upphandlingsskadeavgiften. Förvaltningsrätten konstaterar att några andra synnerliga skäl för att efterge avgiften har inte gjorts gällande och inte heller har kommit fram i målet.

Fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek

I förarbetena till LOU (prop. 2009/10:180 s. 197 och 369 f.) framgår bl.a. följande om fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Domstolen har ett stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Detta innebär att hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Otillåten direktupphandling anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Upprepat beteende bör ses som en försvårande omständighet. Det förhållandet att den upphandlande myndigheten på annat sätt drabbats negativt kan i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.

Konkurrensverket för fram följande. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför som regel högt. Rättsläget är klart. Av utredningen framgår att Polismyndigheten har direktupphandlat medicinska tjänster från leverantören i flera år. Efter att ett tidigare ramavtal löpte ut i maj 2018 annonserade Polismyndigheten en ny upphandling först i mars 2022. Polismyndigheten har tidigare genomfört otillåtna direktupphandlingar. Detta utgör försvårande omständigheter som ska påverka sanktionsvärdet i höjande riktning. Polismyndigheten har uppgett att skadeståndsanspråket de fått riktat mot sig inte har preciserats beloppsmässigt och att det saknas beslut eller dom om att skadestånd ska betalas. Det föreligger inga förmildrande omständigheter. Polismyndigheten har dömts att betala upphandlingsskadeavgift i ett tidigare avgörande som har vunnit laga kraft. Det är förvisso korrekt att sanktionsvärdet kan påverkas av att värdet på upphandlingen till viss del utgörs av avtal som upphandlats. Det handlar i det

fallet dock om att delar av upphandlingen har konkurrensutsatts i enlighet med LOU. I aktuellt fall har emellertid inget av de inköp som ingår i upphandlingens värde konkurrensutsatts. Avgiften är baserad på en sammanvägning av samtliga omständigheter och den får anses vara så väl proportionerlig samt i linje med den avgiftsnivå som tidigare dömts ut av domstol.

Polismyndigheten för fram bl.a. följande. Det nu aktuella målet avser en upphandling vars värde Konkurrensverket med hänvisning till 5 kap. 11 § LOU har beräknat genom att ta hänsyn till inköp gjorda under tidsperioden 2 november 2021–1 november 2022. Det förefaller märkligt att prövningsramen skulle utsträckas till att även innefatta bedömningar kring tillåtligheten av inköp gjorda för mer än fem år sedan. Den andra försvårande omständigheten som framhålls av Konkurrensverket är att Polismyndigheten tidigare har dömts att betala upphandlingsskadeavgift med anledning av otillåtna direktupphandlingar. Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7456- 22 är överklagad till Högsta förvaltningsdomstolen, och är därför inte lagakraftvunnen. Detta måste enligt Polismyndighetens mening innebära att kammarrättens dom inte kan ha någon betydelse i bedömningen av ett eventuellt upprepat beteende som försvårande omständighet. Det måste vidare beaktas att både tolkningen och tillämpningen av 5 kap. 11 § LOU är omgärdad av oklarheter. Det föreligger två förmildrande omständigheter. För det första, utgörs 52,5 procent av upphandlingens värde (7 802 550/14 861 376) av tillåtet direktupphandlade kontrakt. Det är endast den överskjutande delen som utgörs av otillåtet direktupphandlade kontrakt. För det andra, mottog Polismyndigheten den 14 september 2022 ett skadeståndsanspråk från en leverantör som menar att Polismyndigheten otillåtet har direktupphandlat medicinska tjänster sedan maj 2018. Leverantören gör anspråk på ersättning, motsvarande det positiva kontraktsintresset, för den skada som leverantören menar sig ha lidit. Polismyndigheten är av uppfattningen att risken att behöva betala ett, potentiellt omfattande, skadestånd bör betraktas som en förmildrande

omständighet i bedömningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Konkurrensverket har inte gjort tydligt vilken metod som har använts för att komma fram till att storleken på upphandlingsskadeavgiften ska vara 1 200 000 kronor.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten anser att den otillåtna direktupphandlingen som genomförts den 1 november 2022 är en del av ett upprepat beteende, vilket ska ses som en försvårande omständighet. Här beaktas att det finns i vart fall en lagakraftvunnen dom där Polismyndigheten förpliktats att betala en upphandlingsskadeavgift på grund av en otillåten direktupphandling. Därtill får det anses utrett i målet att otillåtna direktupphandlingar av medicinska tjänster från den specifika leverantören skett under en längre tidsperiod. Polismyndighetens invändning att äldre direktupphandlingar inte ska beaktas föranleder ingen annan bedömning. I sammanhanget kan det noteras att den yrkade upphandlingsskadeavgiften är beräknad på upphandlingens värde, vilket enbart innefattar inköp under perioden 2 november 2021–1 november 2022 och alltså inte inköp längre tillbaka i tiden än så. Förvaltningsrätten anser inte heller att rättsläget är oklart på det sätt som Polismyndigheten fört fram.

Polismyndigheten har invänt att myndigheten kan komma att förpliktas att betala ett omfattande skadestånd till en potentiell leverantör med anledning av sina otillåtna direktupphandlingar. Domstolen anser att ett eventuellt framtida betalningsansvar av denna art inte kan anses vara en förmildrande omständighet i detta skede.

I likhet med vad Konkurrensverket fört fram lämnar domstolen Polismyndighetens invändning avseende att halva det beräknade kontraktsvärdet undergår tröskelvärdet utan avseende. Tröskelvärdets syfte är att upphandlingar vars totala värde understiger detsamma är undantagna från

sedvanlig annonsering. I aktuellt fall har upphandlingens värde överstigit tröskelvärdet och skulle därför ha upphandlats.

Förvaltningsrätten anser, i likhet med Konkurrensverket, att kontraktsvärdet för aktuellt avtal ska beräknas till 14 861 376 kr. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed bestämmas till högst 1 486 137 kr.

Förvaltningsrätten bedömer med beaktande av samtliga omständigheter i målet att Polismyndighetens överträdelse är allvarlig. Det är fråga om en otillåten direktupphandling med försvårande omständigheter och utan förmildrande omständigheter. Vid en samlad bedömning anser förvaltningsrätten att en avgift om 1 200 000 kr får anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar. Vad Polismyndigheten i övrigt har fört fram innebär inte att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ned. Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift ska därför bifallas i sin helhet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Josefin Björkman
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande juristen Erik Hellström har varit föredragande.