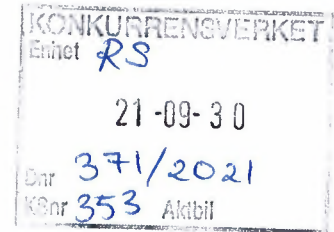




SÖKANDE
Konkurrensverket

MOTPART
Polismyndigheten

SAKEN
Upphandlingsskadeavgift



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Polismyndigheten ska betala 2 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

YRKANDEN M.M.

Polismyndigheten ingick den 14 juni 2020 ett avtal avseende bärgningstjänst utan föregående annonsering.

Konkurrensverket ansöker enligt 21 kap. 1 § 3 och 2 § andra stycket lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) om att Polismyndigheten ska betala 2 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Polismyndigheten anser att ansökan ska avslås och yrkar för egen del att upphandlingsskadeavgiften i vart fall ska sättas ned.

VAD PARTERNA ANFÖR

Konkurrensverket

Polismyndigheten saknar annonserade ramavtal av bärgningstjänster och har istället infört rutiner för inköp av dessa tjänster. Av den fakturasammanställning som Polismyndigheten har lämnat till Konkurrensverket framgår att ersättning för avtalet som slöts den 14 juni 2020 har betalats ut den 1 juli 2020 och att Polismyndigheten saknat ramavtal med leverantören. Upphandlingen har inte annonserats och överstiger i sig inte tröskelvärdet för offentlig upphandling. Polismyndigheten har dock gjort tusentals beställningar av avgränsade bärgningsuppdrag från olika leverantörer. Eftersom beställningar gjorts kontinuerligt under den period som granskats finns det anledning att beräkna det uppskattade värdet med beaktande av bestämmelsen om regelbundet återkommande kontrakt i 5 kap. 11 § LOU. Eftersom upphandlingens värde överstiger tillämpligt tröskelvärde skulle upphandlingen ha annonserats. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Ansökan har kommit in i rätt tid. Tidsfristen för att inge ansökan ska dock inte sammanblandas med förutsättningarna att beakta värdet av andra avtal som har slutits mer än ett år innan ansökan lämnas till domstolen vid beräkningen av värdet av den direktupphandling som ligger till grund för ansökan. Konkurrensverket har beräknat upphandlingens värde till ca 29 781 408 kr. Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 2 978 140 kr. Konkurrensverket har beräknat ramarna för den yrkade avgiften med stöd av 21 kap. 4 § LOU. Av 5 kap. 11 § LOU följer att både värdet av avtalet och avtalen som ingåtts under föregående tolv månadersperiod är relevanta vid beräkningen av värdet av upphandlingen. Det torde vara ostridigt att Polismyndigheten ingått avtal avseende de aktuella inköpen under relevant period och till det belopp som framgår av ansökan.

Polismyndigheten har genomfört en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför som utgångspunkt högt. Rättsläget är klart. Polismyndigheten har under lång tid haft kännedom om att tidigare ramavtal kommer att löpa ut och har under flera år underlåtit att annonsera upphandlingar för tjänsterna. Utebliven annonsering kan inte anses bero på omständigheter som helt legat utanför myndighetens kontroll. En upphandlingsskadeavgift på 2 000 000 kr är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Polismyndigheten

Det belopp som Konkurrensverket baserar den åberopade upphandlingsskadeavgiften på är felaktigt. Det är avtalet som Polismyndigheten slöt den 14 juni 2020 som är föremål för ansökan. Avtalets värde är 2 280 kr. Avgiften kan därför inte överstiga 228 kr.

Konkurrensverket har i sin ansökan om upphandlingsskadeavgift använt sig av Polismyndighetens genomförda inköp under en tolv månadersperiod för

att beräkna huruvida aktuellt avtal utgör en korrekt direktupphandling på grund av lågt värde eller inte. Metoden är endast tillämplig på att avgöra om annonseringsskyldighet föreligger. Den kan inte användas genom att det sammanlagda värdet av ett antal separata avtal klumpas ihop och belastar värdet på ett enskilt avtal. Det är summan av det aktuella avtalets värde som måste ligga till grund för beräkningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek.

För det fall Konkurrensverket anser att flera av Polismyndighetens avtal ska vara föremål för ansökan om upphandlingsskadeavgift bör det tydligt definieras vilka dessa avtal är och när de är ingångna. Konkurrensverket har summerat värdet av samtliga fakturor där Polismyndigheten ingått avtal mellan 15 juni 2019 och 14 juni 2020. En mycket stor mängd av dessa avtal är ingångna före den 10 juni 2020 och kan således inte läggas till grund för Konkurrensverkets talan eftersom de är preskriberade. Syftet med preskriptionsfristen i LOU är att myndigheter, efter att en viss tid har gått och ingen ansökan om upphandlingsskadeavgift har lämnats in, ska kunna utgå från att det inte blir någon påföljd för eventuella upphandlingsrättsliga brister. Konkurrensverkets synsätt, dvs. att det ska kunna vara möjligt att beakta värdet på avtal som ligger mer än ett år tillbaka i tiden från att Konkurrensverkets ansökan ges in till förvaltningsrätten, står i strid med den lagstadgade preskriptionsfristen på ett år och dess bakomliggande syften. Administrativa sanktionsavgifter uppvisar stora likheter med bötesstraff, vilket påpekas i förarbetena. Det innebär att reglerna om preskriptionsfrist och avgiftens storlek ska tolkas på ett för tillsynsmyndigheten restriktivt sätt.

Hänvisningen i 21 kap. 4 § LOU till 5 kap. LOU avser endast det övre taket för avgiftens storlek. Tidigare ingångna och preskriberade avtal som inte omfattas av Konkurrensverket ansökan kan alltså inte påverka avgiftens storlek enligt 21 kap. 5 § LOU. Om förvaltningsrätten anser att även andra

ingångna avtal utöver nu aktuellt avtal ska räknas in anser Polismyndigheten att de enda avtalsvärdena som rimligtvis kan räknas in i den totala summan är de avtal som har ingåtts efter den 10 juni 2020.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 21 kap. 1 § 3 LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlings-skadeavgift), om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt bl.a. 10 kap. 1 §.

I 10 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet genom en anbudsinfordran ska informera om sin avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal. En anbudsinfordran ska göras genom en annons om upphandling eller, i de fall som regleras i 2 §, en förhandsannons. Särskilda regler om upphandling utan föregående annonsering finns i 6 kap. 12–19 §§.

Enligt 21 kap. 7 § andra stycket LOU ska en ansökan om upphandlings-skadeavgift, i de fall ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet, ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Det avtal som utgör grund för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift ingicks den 14 juni 2020. Konkurrensverkets ansökan kom in till förvaltningsrätten den 10 juni 2021. Ansökan har därmed kommit in i rätt tid. Förvaltningsrätten konstaterar att det är ostridigt i målet att Polismyndigheten har genomfört en otillåten direktupphandling genom att ingå avtalet den 14 juni 2020 och att en upphandlingsavgift ska påföras myndigheten. Frågan är om det vid beräkningen av upphandlingens värde finns grund för att beakta även tidigare ingångna avtal och inte enbart värdet på avtalet som ansökan avser.

Enligt 21 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. Genom hänvisningen i 21 kap. 4 § LOU anser förvaltningsrätten att samtliga bestämmelser i 5 kap. LOU som rör värdet av en upphandling ska beaktas vid bestämmandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek.

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 tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom en viss tid, ska uppskattas med ledning av 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 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 upphandlingsskadeavgiftens storlek. (Se Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 december 2016 i mål nr 5524-16 och Kammarrätten i Stockholms dom den 15 februari 2021 i mål nr 1304-20). Inte heller utgör preskriptionsbestämmelserna hinder mot att, som Konkurrensverket gjort, vid en modell

för beräkning av upphandlingens värde använda sig av belopp som avser avtal som ingåtts mer än ett år innan Konkurrensverkets ansökan kom in till förvaltningsrätten. Bestämmelsen i 21 kap. 7 § andra stycket LOU kan enligt förvaltningsrätten inte tolkas så. Det saknas därför fog för Polismyndighetens invändningar att enbart avtalet den 14 juni 2020 eller avtal ingångna efter den 10 juni 2020 kan läggas till grund för beräkningen av värdet på upphandlingen.

Konkurrensverket har uppskattat upphandlingens värde till ca 29 781 408 kr utifrån fakturor som utställts under perioden 15 juni 2019–14 juni 2020. Polismyndigheten har inte ifrågasatt att en sammanställning av värdet på avtalen ingångna under denna period uppgår till detta belopp. Förvaltningsrätten anser att det kontraktsvärde som Konkurrensverket har uppgett är det värde som den otillåtna direktupphandlingen får anses uppgå till. Upphandlingsskadeavgiftens storlek får därför uppgå till högst 2 978 140 kr.

Enligt 21 kap. 5 § LOU ska vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

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 allvarligare 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 allvarlig. 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. (Se Prop. 2009/10:180 s. 197 f.)

Förvaltningsrätten anser att Polismyndighetens överträdelse är allvarlig. Polismyndigheten har upprepat genomfört otillåtna direktupphandlingar under en längre tidsperiod till betydande värde. Förvaltningsrätten anser att rättsläget är klart och att det inte framkommit några synnerliga skäl att efterge avgiften. Utifrån upphandlingens värde och omständigheterna i övrigt får en upphandlingsskadeavgift om 2 000 000 kr anses som en effektiv, proportionerlig och avskräckande sanktion för Polismyndigheten. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas i sin helhet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Ulrika Berg
Rådman

Föredragande juristen Stina Gunnarsson har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.