

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM

2021-05-20

Meddelad i Stockholm

Mål nr

2118-21

SÖKANDE

Konkurrensverket

MOTPART

Sundbybergs stad

Ombud: [REDACTED]

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Sundbybergs stad ska betala 280 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Dok.Id 1338910

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd32 fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratten-i-stockholm/	-	måndag–fredag 08:00–16:00

BAKGRUND

Den 11 december 2018 annonserade Sundbybergs stad (kommunen) upphandlingen *Lokalvårdsupphandling utbildningsförvaltningen*. Tilldelningsbeslut meddelades den 27 juni 2019. Upphandlingen blev därefter föremål för överprövning efter ansökan av tre leverantörer. I domar den 21 januari 2020 beslutade Förvaltningsrätten i Stockholm att avslå två av leverantörernas ansökningar (mål 15612-19 och mål 15746-19). I det tredje målet beslutade Förvaltningsrätten i Stockholm i dom den 23 januari 2020 att rättelse skulle ske på så sätt att sökanden skulle beaktas i utvärderingen (mål 15056-19). En av leverantörerna som fick avslag på sin ansökan om överprövning överklagade Förvaltningsrättens dom. Kammarrätten i Stockholm beslutade den 15 april 2020 att inte meddela prövningstillstånd (mål 588-20). Vid samma tidpunkt löpte anbudens giltighetstid ut. Kommunen beslutade den 13 maj 2020 att avbryta upphandlingen. Ingen leverantör ansökte om överprövning av avbrytandebeslutet. Den 23 december 2020 annonserade kommunen en ny upphandling benämnd *Lokalvård Sundbyberg stad*.

Under de pågående överprövningsprocesserna ingick kommunen den 19 december 2019 två tillfälliga avtal med Miljöpalatset AB avseende städning av verksamheter inom grundskole- och gymnasienämnden samt förskolenämnden. Avtalen löpte mellan den 1 januari 2020 till och med den 31 december 2020. Avtalen blev sedermera föremål för ansökan om överprövning av avtalens giltighet. I dom den 30 juli 2020 bedömde Förvaltningsrätten i Stockholm att det i och för sig förelåg förutsättningar för ogiltighet, men att kommunens behov av städning av skolor under rådande förhållanden utgjorde en sådan exceptionell omständighet att låta avtalen bestå. Förvaltningsrätten fastställde därför att avtalen fick bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (mål 10464-20). Domen vann laga kraft den 7 september 2020.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket ansöker om att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 2 § första stycket lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) ska besluta att kommunen ska betala en upphandlingsskadeavgift om 280 000 kr.

Till stöd för sin talan anför *Konkurrensverket* i huvudsak följande.

Förvaltningsrätten har i ett lagakraftvunnet avgörande funnit att giltigheten av två avtal som har ingåtts mellan kommunen och Miljöpalatset AB får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Upphandlingsskadeavgift tas ut oberoende av om överträdelsen har skett uppsåtligen eller av oaktsamhet. Ansvaret är strikt och omständigheten att kommunen saknat uppsåt att kringgå upphandlingslagstiftningen kan därför inte tillmätas betydelse vid fastställandet av sanktionsavgiften. 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 avtalen fått bestå redan fått tillgodoräkna sig omständigheten att det förelåg tvingande hänsyn. Det yrkade beloppet understiger väsentligen vad som bör gälla vid en otillåten direktupphandling av normalgraden. *Konkurrensverket* har beaktat att kommunen inlett och avsett att slutföra en annonserad upphandling i enlighet med LOU och att överträdelsens sanktionsvärde därför bör vara lägre än om någon annonsering överhuvudtaget inte hade skett. Kommunen har försatt sig själv i tidsnöd. Annonseringen och tilldelningsbeslut skedde respektive meddelades ca 5,5 månader och ca 13 månader efter att det tidigare upphandlande avtalet löpte ut den 31 maj 2018. Kommunen har således långt tidigare kunnat förutse behovet av tjänsterna i fråga. Det är därmed inte överprövningsprocessen som föranlett kommunen att ingå avtalen, utan snarare kommunens bristfälliga planering. Som upphandlande myndighet ställs höga krav på kommunens planering och organisation. Det borde ha varit särskilt angeläget för kommunen att noga planera med marginaler då de aktuella tjänsterna avser upphandling av ett samhällsviktigt avtalsföremål. Den bristande

framförhållningen har dessutom medfört att behovet av de aktuella städtjänsterna har täckts genom flera direktupphandlingar sedan den 1 juni 2018. Det har vidare dröjt ca sju månader från kommunens beslut att avbryta tidigare upphandling till annonsering av den nya. Eftersom avtalen löpte ut den 31 december 2020 har kommunen återigen försatt sig i en situation där en ny otillåten direktupphandling kan ha genomförts för att täcka behovet av städtjänsterna i fråga. Att upphandlingen påbörjades för sent och att situationen varit självförvållad påverkar sanktionsvärdet i höjande riktning. Kommunens beslut att avbryta den tidigare upphandlingen och därefter dröja sju månader med att annonsera på nytt ska även det betraktas som klandervärt. Avbrytandet motiverades mot bakgrund av en skrivning i förfrågningsunderlaget avseende kommunens krav på golvpriset samt en felhänvisning till bilagan prisblankett. Att korrigera detta tar rimligen kortare tid än de sju månader kommunen tog på sig för att annonsera på nytt. Kommunen har tidigare lyckats upphandla städtjänsterna vilket gör att kontraktets föremålets komplexitet kan ifrågasättas. Samtliga omständigheter har legat inom kommunens kontrollsfär och kan inte ses som förmildrande. Den omständigheten att avtalen tecknats på ett helt år talar för att sanktionsavgiften ska påverkas i höjande riktning. Som försvarande omständighet ska även beaktas att avtalen inte föreskrev någon möjlighet till förtida uppsägning för det fall ett nytt annonserat avtal skulle komma på plats. Avtalen kunde ha tidsbegränsats för att minska skadan av direktupphandlingarna samt utformats på ett mindre ingripande sätt, t.ex. genom kortare optioner om förlängning.

Den relevanta tidpunkten för att avgöra om det föreligger synnerliga skäl för eftergift är avtalens ingående. Att smittspridningen ställde högre krav på städning och hygien under avtalstiden är därför inte av betydelse. När avtalen slöts var spridningen av Covid-19 inte aktuell. Det finns inga omständigheter som kan medföra att avgiften ska efterges. Det är inte heller fråga om

ett ringa fall. En upphandlingsskadeavgift om 280 000 kr en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Kommunen vitsordar att det föreligger förutsättningar för utdömande av upphandlingsskadeavgift, men anser att avgiften ska sättas till ett lägre belopp med hänsyn till förmildrande omständigheter alternativt att avgiften helt ska efterges då det föreligger synnerliga skäl.

Till stöd för sin talan anför *Kommunen* i huvudsak följande.

Kommunen har inga invändningar avseende bakgrunden och omständigheterna som anges i Konkurrensverkets ansökan. I syfte att undvika en helt avtalslös situation avseende städning i kommunens skolor och förskolor, från och med årsskiftet 2019/2020 ingicks de nu aktuella avtalen. Att *kommunen* tvingats till oannonserade anskaffningar är beklagligt och syftet har hela tiden varit att tjänsterna ska annonseras, vilket nu också har skett. Syftet med upphandlingsskadeavgiften, att verka avskräckande och handlingskorrigerande, kan därmed inte anses vara särskilt starkt. *Kommunen* har i kontakterna med Konkurrensverket varit helt transparent och medgett att avtalen ingåtts utan föregående annonsering.

Avtalen har utgjort en nödvändig förutsättning för att tillförsäkra kommunens skolor och förskolor lokalvård och säker arbetsmiljö och verksamhet. Anskaffningen har inte heller kunnat anstå och de vidtagna åtgärderna har varit proportionerliga. Vid tidpunkten för avtalens ingående fanns inget annat handlingsalternativ att hantera den uppkomna situationen och under en begränsad tid garantera skolor och förskolor fungerande lokalvård. Till detta kom smittspridningen av Covid-19 som under avtalsperioden har haft en mycket stor påverkan på de krav som uppställs vad gäller städning och hygien i skolor och förskolor. Det har därmed varit fråga om en överträdelse som främst har berott på allmänna omständigheter och inte till någon del på

ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen. Det faktum att avtal har tillåtits bestå med grund i tvingande hänsyn till allmänintresset gör att sanktionsvärdet är förhållandevist lågt. Det stämmer inte att kommunen, genom att avtalen tillåtits bestå, redan har fått tillgodoräkna sig omständigheten att det förelåg tvingande hänsyn utan det bör även påverka sanktionsavgiften i sänkande riktning.

Kommunen har under en längre tid och i olika omgångar försökt annonsera aktuella tjänster, men upphandlingsprocessen har av olika skäl dragit ut på tiden. Detta kan tillskrivas dels den interna organisationen och upphandlingsföremålets komplexa natur, dels externa omständigheter som de utdragna överprövningsprocesserna. Med hänsyn till att upphandlingen var föremål för tre olika överprövningsprocesser kan det konstateras att det varit fråga om en komplex process som har tagit tid och medfört en svåröverblickbar situation, oaktat att kommunen tidigare lyckats upphandla städtjänsterna. Inte i något skede har det varit fråga om något avsiktligt försök att kringgå upphandlingsreglerna. Även om det är fråga om ett strikt ansvar är frånvaron av uppsåt något som bör verka i förmildrande riktning vid bestämmande av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Också den brådskan som blev följden av de utdragna överprövningsprocesserna bör ses som en förmildrande omständighet inom ramen för bestämmandet av sanktionsvärdet. Vad gäller avtalsperioden måste det tas i beaktande att överprövningsprocessen var mycket långdragen och svåröverblickbar.

Att de tillfälliga avtalen tecknades med en avtalstid om tolv månader utgjorde en realistisk avvägning i syfte att täcka tiden fram till dess att ett nytt upphandlat avtal var på plats. Det är fråga om en komplex tjänst, då det omfattar många olika skolor/förskolor med olika behov, där kommunen inte kan riskera plötsliga avbrott i tjänsteleveransen utan behöver säkra en relativ långsiktighet. Avtalstiden om tolv månader har därmed inte satts i syfte att kringgå upphandlingsreglerna utan har enbart ställts upp i syfte att garantera

och upprätthålla en säker och hygienisk arbetsplats för skolor- och förskolors elever och personal. Avtalen innehåller även en möjlighet för kommunen att avbeställa och säga upp städtjänsterna under iakttagande av viss uppsägningstid. Kommunen anser därför att avtalstiden i sig inte ska verka gravande vid beloppsbestämningen, utan att den ska ses som en realistisk uppskattning och ett proportionerligt hanterande av den uppkomna situationen.

Att skolor och förskolor tillförsäkras en hygienisk och godtagbar arbets- och vistelsemiljö är av stor vikt oavsett om det pågår en allmän smittspridning eller inte. Även med beaktande av att kommunen själv har varit delvis vållande till den uppkomna tidsnöden, finns det förutsättningar att beakta att direktupphandlingen var direkt nödvändig med hänsyn till människors liv och hälsa och att med grund i detta besluta om eftergift av avgiften. Kommunen har vid tidpunkten för avtalens ingående inte haft något annat handlingsalternativ. Det faktum att direktupphandlingen var direkt nödvändig och att det inte fanns någon möjlighet att avhålla sig från att direktupphandla tjänsterna, bör utgöra grund för eftergift av upphandlingsskadeavgiften.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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 (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 (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).

I förarbetena till LOU 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. 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 vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. När ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan det antas att det åtminstone i vissa fall kan vara fråga om en överträdelse där sanktionsvärdet är förhållandevis lågt. Överträdelser kan i en del av dessa fall snarare antas bero på de allmänna omständigheterna än på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen. Det följer emellertid av ändringsdirektivet att en sanktion ska påföras i dessa fall. (Se prop. 2009/10:180 s. 197 f. och 369 f.)

Beträffande fall då eftergift kan komma i fråga pga. synnerliga skäl framgår följande i förarbetena. Denna möjlighet ska användas restriktivt och främst ses som en ventil för rena undantagsfall. Regeln är avsedd främst för sådana oförutsedda händelser som inte den upphandlande myndigheten själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar alltså inte rätt till direktupphandling. Det kan emellertid tänkas att en upphandlande myndighet, på grund av eget agerande, har hamnat i en situation där myndigheten anser sig tvungen att direktupphandla, exempelvis för att människors liv eller hälsa annars skulle

riskeras. Om detta inte skulle anses utgöra synnerliga skäl som innebär en rätt att direktupphandla, är det tänkbart att det skulle framstå som orimligt eller stötande att upphandlingsskadeavgift ska beslutas på grund av den otillåtna direktupphandlingen och att eftergift därför skulle kunna komma i fråga. Emellertid bör i detta sammanhang erinras om att för det fall en leverantör har fört talan om ogiltighet av avtalet, och rätten har beslutat att avtalet får bestå på grund av ett tvingande allmänintresse, så är det i målet om upphandlingsskadeavgift fråga om en situation där ändringsdirektivet kräver att en sanktion ska påföras. (Se prop. 2009/10:180 s. 370)

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har i en lagakraftvunnen dom fastställt att två avtal som kommunen ingått med Miljöpalatset AB har fått bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (dom den 30 juli 2020 i mål 10464-20). Av domen framgår att kommunen har ingått avtalen utan föregående annonsering i strid med bestämmelserna i LOU. Någon överprövning av det lagakraftvunna avgörandet ska inte göras inom ramen för prövningen av frågan om upphandlingsskadeavgift (jfr HFD 2014 ref. 49). Det finns således grund för att påföra kommunen en upphandlingsskadeavgift.

Konkurrensverket har beräknat avtalens värde till 13 000 000 kr utifrån en uppskattning gjord av kommunen. Kommunen har inte fört fram några invändningar kring värdet. Förvaltningsrätten anser därför att det inte finns skäl att ifrågasätta dessa uppgifter och upphandlingsskadeavgiften kan därmed högst uppgå till 1 300 000 kr. Konkurrensverket har yrkat att kommunen ska påföras en upphandlingsskadeavgift om 280 000 kr.

I ringa fall ska någon avgift inte beslutas, vilket kan vara fallet om anskaffningar inte kunnat anstå och berörda avtal har tidsbegränsats till dess att inköp kunnat göras enligt en ny annonserad upphandling (jfr HFD 2014 ref.

49). Av utredningen i målet framgår att även om det har varit fråga om långdragna överprövningsprocesser avseende upphandlingen har kommunen själv försatt sig i tidsnöd som tvingat kommunen att ingå tillfälliga avtal utan föregående annonsering. Förvaltningsrätten gör därmed bedömningen att den i målet aktuella överträdelsen inte legat utanför kommunens kontroll på ett sådant sätt att det kan anses som ett ringa fall. Kommunen ska därför betala en upphandlingsskadeavgift.

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 en upphandlingsskadeavgift skulle tas ut. Förvaltningsrätten anser, trots det som kommunen fört fram om vikten av en god städning i kommunens skolor och förskolor, att det inte på ett tydligt sätt framkommer att något sådant undantagsfall föreligger. Det framstår inte som orimligt eller stötande att besluta om upphandlingsskadeavgift. Det har inte heller i övrigt kommit fram sådana skäl som medför att avgiften skulle efterges.

Förvaltningsrätten ifrågasätter inte att kommunen har haft ett stort behov av att ingå avtalen som det nu är fråga om. I det aktuella fallet gäller det två avtal som fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, vilket talar för att sanktionsvärdet bör bedömas som förhållandevist lågt. Förvaltningsrätten anser dock att den omständigheten att avtalen fått bestå inte är någon förmildrande omständighet i sig, eftersom detta inte har något direkt samband med om den upphandlande myndighetens agerande har varit ursäktligt eller klandervärt (jfr Kammarrätten i Göteborgs domar den 26 februari 2014 i mål nr 5703-13 samt den 2 december 2014 i mål nr 4915-13). Av utredningen i målet framgår att kommunen har inlett och haft avsikt att slutföra en annonserad upphandling i enlighet med LOU. Konkurrensverket har beaktat denna omständighet vid sin bedömning i fråga om avgiftens storlek.

Förvaltningsrätten instämmer i Konkurrensverkets uppfattning att det föreligger försvårande omständigheter som har legat inom kommunens kontroll och som har lett till att kommunen tvingades ingå avtalen utan föregående annonsering. Detta då kommunen först en tid efter det att det tidigare upphandlade avtalet löpt ut annonserade upphandlingen av städtjänsten. Härtill kommer att det dröjde lång tid innan kommunen annonserade ut tjänsten på nytt efter att ha avbrutit upphandlingen i maj 2020. Förvaltningsrätten instämmer även i Konkurrensverkets bedömning att avtalen kunde ha utformats på ett mindre ingripande sätt för att minska skadan av direktuphandlingarna. Några omständigheter som skulle tala för en mildare påföljd har enligt förvaltningsrättens mening inte framkommit. Den yrkade upphandlingsskadeavgiften om 280 000 kr ligger inom den lagstadgade ramen för hur stor avgift som får tas ut.

Sammantaget bedömer förvaltningsrätten att den yrkade upphandlingsskadeavgiften får anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till allvaret av överträdelsen. Konkurrensverkets ansökan ska således bifallas och kommunen ska betala en upphandlingsskadeavgift om 280 000 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Ulrika Berg
Rådman

Ebba Salomonsson har handlagt 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 nyårs-afton, 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 rättstillämpningen.
- 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.