



SÖKANDE

Konkurrensverket

MOTPART

Stockholm Vatten AB, 556210-6855

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Stockholm Vatten AB ska betala 7 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket ansöker om upphandlingsskadeavgift och yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 2 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, ska besluta att Stockholm Vatten AB (SVOA) ska betala 7 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverkets ansökan framgår i dess helhet av bilaga 1 till denna dom.

SVOA bestrider bifall till Konkurrensverkets ansökan. SVOA yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingsskadeavgift inte ska utgå och i andra hand att upphandlingsskadeavgiften ska efterges eller i vart fall sättas ned.

SVOA anser att det föreligger flera förmildrande omständigheter som ska beaktas vid bedömningen av hur allvarlig överträdelsen ska anses vara. Som framgår av Konkurrensverkets ansökan bedömde förvaltningsrätten att avtalet med Urbaser AB skulle få bestå med hänsyn till bl.a. de miljökonsekvenser som skulle uppstå vid utebliven leverans av tjänsterna samt att de åtgärder som SVOA vidtagit var proportionerliga. Särskilt nämns den omständigheten att Urbaser AB var en av få leverantörer, om ens några, som hade möjlighet att med omedelbar verkan ta vid och utföra tjänsterna. Dessa omständigheter måste vägas in i bedömningen av om någon upphandlingsskadeavgift överhuvudtaget ska tas ut.

Det var en exceptionell situation med långvariga och allvarliga problem som drabbat många av Stockholms hushåll och verksamheter och det finns därför förutsättningar att anse att bedöma sanktionsvärdet som väldigt lågt och åtminstone anse att det är ett ringa fall. Oaktat att SVOA inte delar Konkurrensverkets syn på de omständigheter som Konkurrensverket har lagt till grund för bedömningen av sanktionsvärdet kan SVOA inte förstå

hur Konkurrensverket bedömt storleken på upphandlingsskadeavgiften. Vid bestämmandet av storleken på upphandlingsskadeavgiften synes de förmildrande omständigheter som Konkurrensverket anfört föreligger inte ha påverkat storleken på upphandlingsskadeavgiften. Tvärtom synes de försvårande omständigheterna ha tillmätts orimligt hög betydelse.

Slutligen ska upphandlingsskadeavgiften sättas på en nivå som säkerställer efterlevnad av upphandlingsregelverket och den ska inte sättas högre än vad som i det enskilda fallet krävs för att säkerställa det. I detta fall har det inte förelegat något försök att kringgå regelverket och det finns inte heller något upprepat beteende från SVOAs sida. Det finns inte något behov av en sådan avskräckande effekt som en upphandlingsskadeavgift ska ha och det höga belopp som Konkurrensverket yrkar ska fastställas kan inte anses proportionerligt i förhållande till SVOAs faktiska agerande. SVOA har inte kunnat förutse eller påverka möjligheterna på det sätt som Konkurrensverket beskrivit i ansökan. Det finns därför synnerliga skäl att efterge avgiften eller att bedöma det som ringa fall. Upphandlingsskadeavgiften ska åtminstone sättas ned till lägsta möjliga belopp.

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. (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 ett avtal som SVOA ingått med Urbaser AB ska bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (dom den 2 juli 2020 i mål 18496-19). Av domen framgår att SVOA har ingått avtalet 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 SVOA en upphandlingsskadeavgift.

Konkurrensverket har beräknat avtalets värde till 249 miljoner kr (exklusive mervärdesskatt) utifrån en uppskattning gjord av SVOA. SVOA 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 10 000 000 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 annonseringen för den nya

upphandlingen har dröjt, vilket inneburit att SVOA har kunnat köpa tjänster enligt det tillfälliga avtalet under en längre tid än vad som får anses vara nödvändigt. SVOA har invänt att det inte var möjligt att genomföra en annonserad upphandling innan förhandlingarna mellan SVOA och Urbaser var slutförda då SVOA annars hade riskerat en skadeståndstalan. SVOA har emellertid inte inkommit med något stöd för detta. Vidare framgår att SVOA inte har vidtagit åtgärder i tid gällande avtalet med Urbaser trots att SVOA måste ha kunnat förutse den uppkomna situationen. Förvaltningsrätten gör därmed bedömningen att det inte kan anses som ett ringa fall. SVOA 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 SVOA fört fram, 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 kan efterges.

Förvaltningsrätten ifrågasätter inte att SVOA har haft ett stort behov av att ingå avtalet som det nu är fråga om. Förvaltningsrätten anser dock att den omständigheten att avtalet fått bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse inte är någon förmildrande omständighet i sig, eftersom detta inte har något direkt samband med om den upphandlande myndighetens agerande har varit ursäktligt (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 december 2014 i mål nr 4915-13). Förvaltningsrätten anser i likhet med Konkurrensverket att det ska beaktas som en förmildrande omständighet att Urbaser var en av få leverantörer, om ens några, som hade möjlighet att med omedelbar verkan ta vid och utföra tjänsterna. Förvaltningsrätten anser dock att vad Konkurrensverket har anfört om att SVOA felaktigt har genomfört

flera direktupphandlingar, inte har vidtagit åtgärder i tid gällande avtalet med Urbaser trots att SVOA måste ha kunnat förutse den uppkomna situationen samt att SVOA inte har vidtagit de sanktionsåtgärder som bolaget har haft till sitt förfogande enligt de upphandlade kontrakten utgör försvårande omständigheter att beakta vid bestämmande av upphandlings-skadeavgiftens storlek.

Vid en samlad bedömning anser förvaltningsrätten att en upphandlings-skadeavgift om 7 000 000 kr får anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas och SVOA ska betala en upphandlings-skadeavgift om 7 000 000 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 2 (FR- 05).

Anna Önell
Chefsrådman

Johannes Dahlman har föredragit målet.