

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Telge Fastigheter AB, 556054-0345, Box 633, 151 27 Södertälje

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Telge Fastigheter AB ska betala 500 000 (femhundra tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

**Grunder**

1. Telge Fastigheter AB (Telge Fastigheter) har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 15 oktober 2017 ingå avtal om köp av digitala skärmar med Metrolit Byggnads AB (Metrolit) utan att annonsera avtalet enligt LOU. Eftersom förutsättningar för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Telge Fastigheter är ett av Södertälje kommun helägt bolag inom Telgekoncernen. Telge Fastigheter hyr ut och förvaltar kommersiella och kommunala fastigheter, däribland Scaniarinken i Södertälje kommun.
3. Telge Fastigheter har genomfört en ombyggnation av Scaniarinken. För utförandet av ombyggnationen använde sig Telge Fastigheter av ett befintligt ramavtal TI 2014-1106 (Ramavtalet), som omfattar strategisk samverkan gällande renovering, anpassning och ombyggnad där respektive avrop har en uppskattad kostnad över 10 miljoner kronor, se bilaga 1.
4. Under 2017 genomförde Telge Fastigheter avrop från Ramavtalet för ett projekt benämnt "Ny ventilation Scaniarinken". Det avropade projektet delades upp i två skeden, projektering (skede 1) respektive produktion och garantitid (skede 2). Förnyad konkurrensutsättning skedde enbart vid ett tillfälle, dvs. för hela det specifika projektet.
5. I offertförfrågan som ställdes till ramavtalets tre leverantörer beskrivs uppdraget som att *"upprätta systemhandlingar inkl. budgetkalkyl, samt tidplan inför ett eventuellt produktionsbeslut avseende tillbyggnad av nytt teknikrum som ett entresolplan samt ett nytt luftbehandlingssystem för arenarum, loger, kansli och gym"*, se bilaga 2. Vidare anges att Telge Fastigheter har upphandlat en särskild konstruktör för luftbehandling och avfuktning.
6. Av förfrågningsunderlaget till den förnyade konkurrensutsättningen (se bilaga 3, s. 5) framgår att entreprenaden i huvudsak skulle omfatta:
 - i Demontering av befintliga kanaler, huvar, spjäll och annat där det nya systemets olika delar ska monteras.
 - ii Installation av nya luftbehandlingsaggregat i teknikrum avsedda för arenarummet, loger, kansli och gym.
 - iii Installation av nytt distributionssystem avsett för ventilation och värmning av publikzonen.
 - iv Installation av nya avfuktare i teknikrum inklusive nytt distributionssystem för avfuktning i iszon.



- v Ny UC för VS-kretsar i teknikrum för att betjäna samtliga aggregat i teknikrummet.
 - vi Anslutning av VS/värmesystem till samtliga i entreprenaden ingående aggregat.
 - vii Installation av ny elcentral i teknikrum inklusive kraftmatning till alla i entreprenaden ingående aggregat.
 - viii Driftsättning, injustering och optimering av samtliga i entreprenaden ingående system.
 - ix Upprättande av aktuella ritningar för luftbehandlingsentreprenadens kanal-, styr-, och säkerhetsinstallationer.
 - x Kompletta styrsystem för luftbehandlingsfunktionernas styr- och regler samt integration av mät- och övervakning i överordnat styr- och övervakningssystem.
7. Två offerter inkom under den förnyade konkurrensutsättningen avseende projektet om ny ventilation i Scaniarinken. Av dessa valdes Metrolits anbud som det ekonomiskt mest fördelaktiga. Avtal om att genomföra skede 1 av projektet ingicks mellan Telge Fastigheter och Metrolit den 15 maj 2017, se bilaga 4.
8. Genomförandet av projekteringen i skede 1 resulterade i ett underlag inför genomförandet av skede 2. I underlaget ingår kostnader för ett grundutförande samt ett antal optioner. Bland optionerna som specificeras finns en kostnad på 7 000 000 kronor för "ny option digitala skärmar". Optionen innehåller mediakuber, LED-skärmar till ingångar, LED-banners och teknisk utrustning för att styra kuber och skärmar. Utöver detta ingår enligt Telge Fastigheter även kostnader för bärande konstruktioner och installationsarbeten för skärmarna.
9. Telge Fastigheter ingick den 15 oktober 2017 avtal med Metrolit om genomförandet av skede 2, se bilaga 5. I detta avtal ingick anskaffningen av de digitala skärmarna. Det är den anskaffningen som ligger till grund för denna ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Telge Fastigheter utgör ett offentligt styrt organ

10. Samtliga aktier i Telge Fastigheter ägs av Telge (i Södertälje) AB, som i sin tur till 100 procent ägs av Södertälje Kommuns Förvaltnings AB. Hela koncernen ägs av Södertälje kommun. Telge Fastigheter står således under kontroll av en upphandlande myndighet. Därtill tillgodoser Telge Fastigheter ett behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

Bolaget utgör därmed ett offentligt styrt organ enligt 1 kap. 18 § LOU och har bland annat att iaktta den annonseringsplikt som följer av lagen.¹

Avtalet mellan Telge Fastigheter och Metrolit avseende digitala skärmar utgör en otillåten direktupphandling

11. Konkurrensverket anser att det inte varit möjligt för Telge Fastigheter att anskaffa de digitala skärmarna som en del av avtalet om att genomföra skede 2 av projektet "Ny ventilation Scaniarinken". Detta eftersom det är fråga om en väsentlig ändring av kontraktet som inte har konkurrensutsatts i enlighet med LOU. Skälet till detta anges nedan.

Ramavtalet

12. Som anges ovan (se punkt 3) omfattar Ramavtalet strategisk samverkan gällande renovering, anpassning och ombyggnad där respektive avrop har en uppskattad kostnad över 10 miljoner kronor.² Ramavtalet har tre leverantörer.³ Det gäller under perioden från den 1 juli 2015 till den 30 juni 2017 med möjlighet till årsvis skriftlig förlängning i ytterligare två år om parterna kommer överens om det.⁴
13. I Ramavtalet anges att avrop från avtalet sker genom förnyad konkurrensutsättning där samtliga antagna anbudsgivare har möjlighet att lämna offert för det specifika uppdraget.⁵
14. Avropade projekt drivs i två skeden, projektering respektive produktion och garantitid. Under det första skedet ska parterna i samverkan projektera och ta fram erforderliga beslutsunderlag i form av systemkalkyl, systemhandlingar och tidplan. Under det andra skedet färdigprojekteras projektet och produktionen utförs.⁶ Skede 2 omfattar även garantitid som vanligtvis löper över fem år. Under denna period sker erfarenhetsåterföring, servicebesök, besiktningar, garantiåtgärder osv.

Avropet av projektet "Ny ventilation Scaniarinken"

15. Som redogjorts för i punkterna 4-7 ovan genomfördes en förnyad konkurrensutsättning från Ramavtalet för projektet "Ny ventilation Scaniarinken". Av offertförfrågan i samband med den förnyade konkurrensutsättningen framgick att projektet skulle omfatta en ny byggnad för ett teknikrum på ett tillskapat entresolplan dockat till arenan och ett

¹ Jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 12 januari 2012 i mål nr 5419-11.

² Se bilaga 1, punkt 3.

³ Ibid.

⁴ Se bilaga 1, punkt 4.

⁵ Se bilaga 1, punkt 6.

⁶ Se bilaga 1, punkt 3.

luftbehandlingssystem med såväl ventilationsaggregat som avfuktningssystem.

16. Avtal om att genomföra skede 1 av projektet ingicks mellan Telge Fastigheter och Metrolit den 15 maj 2017.⁷ Projektets första skede resulterade i ett underlag som låg till grund för projektets skede 2, vilket avropades den 15 oktober 2017.⁸ Enligt budgetkalkylen uppgick den uppskattade kostnaden för projektets andra skede till totalt 49 345 950 kronor. I det totala priset ingick kostnader för ett grundutförande samt ett antal optioner enligt följande:

option 2, arenarumsbelysning
option 3, rensa gammal belysning
option 4, ny läktarbelysning
option 6, markvärme
option 7, ridåvärmare ny entré
option 8, nytt LB06 och TA21 bort.

17. Bland optionerna som specificerades i avropsblanketten för skede 2 fanns även en kostnad på 7 000 000 kronor benämnd "ny option, digitala skärmar". Enligt uppgift från Telge Fastigheter innehåller optionen mediakuber, LED-skärmar till ingångar, LED-banners och teknisk utrustning för att styra kuber och skärmar till ett värde av 5 000 000 kronor. Utöver detta ingår kostnader för bärande konstruktioner och installationsarbeten för skärmarna motsvarande 2 000 000 kronor.

Vad Telge Fastigheter har anfört under utredningen

18. Telge Fastigheter har under Konkurrensverkets utredning anfört bland annat följande. Frågan om byte av digitala skärmar kom upp i juli 2017 under pågående tekniskdiskussioner i skede 1 av projektet, dvs. under projekteringsfasen. Det bedömdes att de digitala skärmarna lämpligtvis kunde bytas ut inom ramen för projektet, vilket skulle skapa en rad mervärden. Metrolit ombads specificera arbetet som en option i sin slutredovisning av projektets skede 1. Kombinationen kostnad, leveranstid och teknik gjorde att man valde att inkludera optionen i avtalet att genomföra skede 2.

⁷ Se bilaga 4.

⁸ Se bilaga 5.



Anskaffningen av de digitala skärmarna omfattas inte av den förnyade konkurrensutsättningen

19. Konkurrensverket anser att det inte har varit möjligt för Telge Fastigheter att anskaffa de digitala skärmarna som en del av avtalet om att genomföra skede 2 av projektet "Ny ventilation Scaniarinken".
20. Som angetts ovan (se punkt 4) har Telge Fastigheter gjort ett avrop från Ramavtalet avseende projektet "Ny ventilation Scaniarinken". Köpet av de digitala skärmarna har lagts till projektet som en option i slutredovisningen av skede 1, dvs. efter den förnyade konkurrensutsättningen. Anskaffningen av de digitala skärmarna har således inte konkurrensutsatts, varken inom ramavtalet eller för sig självt. Rätten att leverera och installera skärmarna har i stället direkttilldelats Metrolit som ett tillägg till det pågående, redan konkurrensutsatta, projektet.
21. Principen om likabehandling och principen om öppenhet, som följer av den förstnämnda principen, medför krav på att föremålet för varje kontrakt liksom dess tilldelningskriterier är klart definierade.⁹ I det ligger att innehållet i förfrågningsunderlaget ska vara så klart, precist och otvetydigt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare förstår och tolkar det på samma sätt.¹⁰ Det är inte förenligt med LOU att tilldela ett kontrakt på grundval av tilldelningen av ett annat kontrakt.¹¹
22. Att ett projekt möjliggör samordning med andra projekt gör det alltså inte möjligt att tilldela kontrakt för senare projekt till den som vunnit upphandlingen av det första kontraktet utan att detta varit del av den ursprungliga annonseringen. Det står enligt Konkurrensverket klart att avropet och den förnyade konkurrensutsättningen i förevarande fall enbart omfattade en byggtreprenad avseende ett nytt ventilationssystem och inte inkluderade någon möjlighet att tilldela en option om digitala skärmar. Eftersom optionen om digitala skärmar skiljer sig tydligt från det grundutförande som avropats har kontraktsföremålet därigenom utvidgats. Det är vidare enligt Konkurrensverkets mening inte fråga om en sådan ändring av kontrakt som med stöd av bestämmelserna i 17 kap. 9–14 §§ LOU kan göras utan krav på en ny upphandling. Konkurrensverket anser därför sammanfattningsvis att den tillkommande optionen om digitala skärmar inte omfattas av konkurrensutsättningen inom ramen för projektet "Ny

⁹ Se C-340/02 *Kommissionen mot Frankrike*, punkterna 34–36 och C-299/08 *Kommissionen mot Frankrike*, punkt 41. Se även C-448/01 *EVN och Wienstrom*, punkterna 56–57.

¹⁰ Se C-368/10 *Kommissionen mot Nederländerna*, punkt 109.

¹¹ Se C-340/02 *Kommissionen mot Frankrike*, punkterna 34–36. I målet hade en projekttävling genomförts i enlighet med gällande regler. I upphandlingsdokumenten hade det angivits att vinnaren skulle kunna komma att tilldelas ytterligare ett kontrakt, vilket också gjordes. Föremålet för det senare kontraktet hade dock inte krävts eller varit föremål för utvärdering i den ursprungliga upphandlingen. Domstolen kom fram till att det andra kontraktet inte kunde anses följa på projekttävlingen och att annonseringsskyldigheten för detta kontrakt inte uppfyllts. Se även C-299/08 *Kommissionen mot Frankrike*, punkt 41.



ventilation Scaniarinken" och således inte är förenlig med annonseringskravet i LOU.

Avtalets värde och typ

23. Av utredningen i ärendet framgår att värdet på anskaffningen av de digitala skärmarna uppgår till 7 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt. Konkurrensverket anser att det inte finns skäl att ifrågasätta värderingen. Värdet på avtalet ska därför fastställas till 7 000 000 kronor.
24. Av värdet på anskaffningen av de digitala skärmarna avser 5 000 000 kronor kostnaden för de digitala skärmarna och 2 000 000 kronor installation. Av 2 kap. 2 § första stycket LOU framgår att för ett blandat kontrakt ska upphandlingen genomföras i enlighet med bestämmelserna för det slag av upphandling som är huvudföremålet för kontraktet. Enligt Konkurrensverkets bedömning får huvudföremålet för upphandlingen anses vara de digitala skärmarna även om köpet också innefattar vissa byggtjänster. Köpet av digitala skärmar utgör därmed ett varukontrakt enligt 2 kap. 2 § LOU.¹²

Telge Fastigheter har inte kunnat avstå från att annonsera kontraktet med stöd av något undantag

25. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som gäller (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras. För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpliga. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.¹³
26. Eftersom upphandlingens värde överstiger det tillämpliga tröskelvärdet skulle Telge Fastigheter ha annonserat upphandlingen enligt 10 kap. 1 § LOU.¹⁴ Den utredning som Konkurrensverket genomfört ger inte stöd för att något av undantagen från huvudregeln om annonsering skulle vara tillämpligt i förevarande fall. Telge Fastigheters avtal med Metroлит avseende digitala skärmar utgör därför en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

27. Vid en otillåten direktupphandling får enligt 21 kap. 1 § 3 LOU en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Det finns

¹² Jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 8 april 2017 i mål nr 7066-7071-09.

¹³ Se till exempel EU-domstolens uttalande i mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46, förarbetsuttalande i prop. 2006/07:128 s. 291 och Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2005 ref. 10.

¹⁴ Tröskelvärdet för varor uppgick under 2017 till 1 910 323 kronor.



inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.¹⁵

28. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.¹⁶
29. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹⁷ Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 7 000 000 kronor (se punkt 31 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 700 000 kronor ($7\,000\,000 \times 0,1$).
30. 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. Detta följer av 21 kap. 5 § LOU.
31. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter, såväl försvårande som förmildrande, i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Av betydelse är bland annat den upphandlande myndighetens agerande. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹⁸ Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet.¹⁹ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.²⁰
32. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling vilket talar för ett högt sanktionsvärde. Rättsläget kan inte anses oklart. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en

¹⁵ Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

¹⁶ A. prop. s. 196–197.

¹⁷ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

¹⁸ Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.

¹⁹ A. prop. s. 197–198 och 369–370.

²⁰ A. prop. s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.



upphandlingsskadeavgift om 500 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.



Marie Östman



Natacha Otte Widgren

Bifogas

Bilaga 1 – Ramavtal TI 2014-1106

Bilaga 2 – Offertförfrågan

Bilaga 3 – Förfrågningsunderlaget

Bilaga 4 – Avtal mellan Telge Fastigheter och Metrolit om att genomföra skede 1 av projektet från den 15 maj 2017

Bilaga 5 – Avtal mellan Telge Fastigheter och Metrolit om att genomföra skede 2 av projektet från den 15 oktober 2017