

Förvaltningsrätten i Karlstad
Box 568
651 12 Karlstad

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Örebro kommun, Box 30000, 701 35 Örebro

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 Örebro kommun ska betala etthundrafyrtiofemtusen (145 000) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Örebro kommun (kommunen) har brutit mot 19 kap. 9 § LOU genom att den 4 oktober 2019 sluta avtal om parkeringsautomater med Flowbird Sverige AB (Flowbird) utan föregående annonsering, se bilaga 1. Eftersom förutsättningarna för att sluta avtal utan föregående annonsering saknades utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. I början av år 2019 var ett fyrtiotal parkeringsautomater i kommunen ur funktion och avstängda.
3. Vid denna tidpunkt saknade kommunen ett avtal som annonserats enligt LOU som kunde tillgodose behovet av parkeringsautomater. En ny annonserad upphandling hade försenats på grund av personalbrist.
4. Kommunen har under Konkurrensverkets utredning uppgett att det fanns ett medialt tryck att byta ut de trasiga parkeringsautomaterna. Kommunen beslutade därför att successivt byta ut dessa automater under år 2019.
5. I januari 2019 hade kommunen ett möte med Flowbird. Flowbird, före detta Cale Access AB, var leverantör i ett tidigare upphandlat ramavtal (kommunens referensnummer TN 827/2014). Detta avtal löpte ut den 31 maj 2018.
6. Under mötet informerade kommunen om sin avsikt att inledningsvis beställa sex parkeringsautomater, samt att fler kunde komma att beställas beroende på hur mycket ytterligare den planerade upphandlingen skulle försenas och i vilken takt befintliga automater skulle komma att sluta fungera.
7. I mars 2019 fick kommunen e-post från Flowbird med en prisuppgift på vad varje automat skulle kosta, se bilaga 2. Av offerten framgår att det offererade priset var 51 165 kronor per automat.
8. Under år 2019 slöt kommunen och Flowbird fyra avtal utifrån denna offert avseende sammanlagt 38 automater. Inget av dessa avtal har föregåtts av någon annonsering enligt LOU. Avtalen slöts genom beställningar per e-post vid följande tillfällen:
 - a Den 21 mars 2019 – sex parkeringsautomater, bilaga 3,
 - b Den 4 juni 2019 – sex parkeringsautomater, bilaga 4,
 - c Den 25 juni 2019 – sex parkeringsautomater, bilaga 5, och

- d Den 4 oktober 2019 – 20 parkeringsautomater, bilaga 1.
9. Den 23 september 2019 inledde Konkurrensverket ett tillsynsärende avseende kommunens påstådda direktupphandlingar av parkeringsautomater under år 2019.
10. Den 3 oktober 2019 tillskrevs kommunen med anledning av detta ärende.
11. Efter att Konkurrensverket uppmärksammat anskaffningarna beslutade kommunen att se över möjligheten att avbeställa de 20 automater som beställdes den 4 oktober 2019, se bilaga 6. Den 7 oktober 2019 kontaktade kommunen Flowbird och begärde att det avtal som slöts den 4 oktober 2019 skulle hävas. Flowbird krävde emellertid att kommunen skulle fullgöra avtalet. Senare under 2019 träffade parterna en förlikningsöverenskommelse i syfte att slutligt reglera den uppkomna situationen, se bilaga 7.
12. De 18 parkeringsautomater som omfattas av avtalen i mars och juni levererades. De 20 automater som omfattades av avtalet den 4 oktober 2019 levererades dock inte, mot bakgrund av de omständigheter som inträffade efter avtalet.
13. Det är avtalet mellan kommunen och Flowbird den 4 oktober 2019 som ligger till grund för aktuell ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Avtalet den 4 oktober 2019 med Flowbird utgör en otillåten direktupphandling

14. Föremålet för avtalet den 4 oktober 2019 med Flowbird är köp av parkeringsautomater.
15. LOU omfattar de åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt.¹ Ett kontrakt i LOU:s mening är ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer.²
16. Avtalet den 4 oktober 2019 med Flowbird utgör ett varukontrakt enligt LOU. Enligt LOU är det fråga om ett varukontrakt om kontraktet innebär köp, leasing, hyra eller hyrköp av en vara.³

¹ 1 kap. 2 § LOU.

² 1 kap. 15 § LOU.

³ 1 kap. 24 § LOU.

17. För varuupphandlingar vars värde understiger det tröskelvärde som anges i 5 kap. 1 § LOU (2 096 097 kronor exklusive mervärdesskatt för år 2019) ska bestämmelserna om annonsering i 19 kap. 9 § LOU tillämpas.
18. Enligt huvudregeln i 19 kap. 7 § och 9 § LOU 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 den så kallade direktupphandlingsgränsen (586 907 kronor) 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.⁴

Upphandlingens värde

19. Enligt 19 kap. 8 § LOU ska värdet av en upphandling uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.⁵
20. Värdet beräknas för att avgöra om det föreligger krav på att ett avtal föregås av annonsering. Uppskattningen av en upphandlings värde ska därför avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet.⁶
21. Avtalet den 4 oktober 2019 avsåg 20 parkeringsautomater à 51 165 kronor exklusive mervärdesskatt, se bilaga 1–2. Detta innebär att värdet av avtalet är 1 023 300 kronor exklusive mervärdesskatt (51 165 x 20). Värdet av enbart detta avtal överstiger således direktupphandlingsgränsen.
22. Att kommunen vid en senare tidpunkt försökte häva det avtal som slöts den 4 oktober 2019 och därför inte betalade den avtalade ersättningen saknar

⁴ Se bland annat EU-domstolens uttalanden i mål C-199/85 *Kommissionen mot Italien*, punkt 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 58, mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46. Se även förarbetsuttalanden i prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not 134.

⁵ Se bland annat prop. 2009/10:180 s. 293, HFD 2017 ref. 74, Kammarrätten i Stockholms dom den 22 maj 2013 i mål nr 2504-13, Kammarrätten i Stockholms dom den 15 oktober 2013 i mål nr 1965-13 samt *Arrowsmith*, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3:e upplagan, 2014, s. 466 ff. Se även Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 december 2016 i mål nr 5524-16, där det framgår att även tidigare direktupphandlingar under det aktuella räkenskapsåret, som i och för sig har preskriberats, ska läggas till grund för beräkningen av upphandlingens värde i mål om upphandlingsskadeavgift.

⁶ Se prop. 2015/16:195 s. 489 f. och s. 1142. Stöd för tolkning av bestämmelsen om värdet i 19 kap. LOU får sökas i 5 kap. LOU. Jfr 5 kap. 5 § LOU.

betydelse vid bedömningen av upphandlingens värde enligt beräkningsbestämmelserna i LOU.

23. Eftersom kommunen har genomfört fler direktupphandlingar av samma slag under 2019 ska även dessa beaktas vid beräkningen av värdet av direktupphandlingen den 4 oktober 2019.
24. Kommunen har vid flera tillfällen år 2019 direktupphandlat sådana parkeringsautomater av typen CVT Touch som var föremål för direktupphandlingen den 4 oktober 2019, se bilaga 3–5. Konkurrensverket anser att det står klart att samtliga dessa direktupphandlingar är av samma slag i den mening som avses i LOU.
25. Av ordererkännanden från Flowbird avseende övriga direktupphandlingar av samma slag framgår att de avser följande belopp exklusive mervärdesskatt:
 - a 310 818 kronor för avtalet den 21 mars 2019 om sex parkeringsautomater
 - b 291 360 kronor för avtalet den 4 juni 2019 om sex parkeringsautomater,
 - c 291 360 kronor för avtalet den 25 juni 2019 om sex parkeringsautomater.
26. Konkurrensverket gör mot denna bakgrund bedömningen att värdet av upphandlingen den 4 oktober 2019 bör bestämmas till 1 916 838 kronor (1 023 300 + 310 818 + 291 360 + 291 360) exklusive mervärdesskatt.
27. Värdet av den aktuella upphandlingen överstiger således direktupphandlingsgränsen. Upphandlingen borde därför ha föregåtts av annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU, om det inte förelåg några undantag från annonsering.

Något undantag från annonseringsplikten är inte tillämpligt

28. Av 19 kap. 7 § och 6 kap. 17 § 2 LOU framgår att det under vissa specifika förutsättningar ibland kan finnas skäl för undantag från annonsering vid kompletterande varuleveranser. Såvitt framgår av utredningen har det inte förelegat sådana omständigheter som innebär att undantaget är tillämpligt. Bland annat noteras att det inte finns något som tyder på att ett byte av leverantör skulle medfört att kommunen tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med befintliga automater eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll av automaterna.
29. Under Konkurrensverkets utredning har det inte heller framkommit omständigheter som medför att något annat undantag från kravet på

annonsering har varit tillämpligt. Avtalet den 4 oktober 2019 utgör således en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

30. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § 3 LOU). Det finns 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.⁷
31. 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.⁸

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

32. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts (21 kap. 7 § LOU).
33. Det avtal som ansökan gäller slöts den 4 oktober 2019. En ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.⁹

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

34. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 § LOU (21 kap. 4 § LOU).
35. Den aktuella upphandlingens värde är 1 916 838 kronor (se ovan punkterna 19–27). Det medför att upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till högst 191 684 kronor ($1\,916\,838 \times 0,1$).

⁷ Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

⁸ A. prop. s. 196–197.

⁹ Det relevanta vid bedömningen av om ansökan har inkommit i tid är tidpunkten för det avtal som omfattas av ansökan. Den aktuella tidsfristen ska inte sammanblandas med förutsättningarna att beakta värdet av avtal som slutits mer än ett år innan ansökan lämnas till domstolen vid beräkningen av direktupphandlingens värde enligt LOU. Beräkningen av värdet styrs av särskilda bestämmelser. Se även Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 december 2016 i mål nr 5524-16, där det framgår att även tidigare direktupphandlingar under det aktuella räkenskapsåret, som i och för sig har preskriberats, ska läggas till grund för beräkningen av upphandlingens värde vid bestämning av avgiften i mål om upphandlingsskadeavgift.

36. 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)
37. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter 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. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹⁰ Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹¹
38. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att exempelvis rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis upprepade otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.¹² Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹³
39. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför som regel högt. Rättsläget kan inte anses oklart. Omständigheterna som redogjorts för ovan är enligt Konkurrensverkets uppfattning varken förmildrande eller försvårande.
40. Att kommunen i efterhand vidtagit åtgärder för att begränsa skadeverkningarna av överträdelsen är visserligen lovvärt. Åtgärderna har dock skett efter att tillsynsmyndigheten inlett en granskning av kommunens agerande och var en följd av denna granskning, se bilaga 6–7. Det skulle därför strida mot avgiftens avskräckande syfte att beakta dessa omständigheter som förmildrande vid bedömningen av sanktionsvärdet.¹⁴

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

¹¹ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

¹² A. prop. s. 197–198 och 369–370.

¹³ Se prop. 2009/10:180 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.

¹⁴ Jfr HFD 2014 ref. 69 där det inte ansågs förmildrande att den upphandlande myndigheten i efterhand frånträtt avtalet.

41. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 145 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.
-

Rosemarie Jansson Håvik

Sophia Anderberg

Bifogas

Bilaga 1	-	Avtal den 4 oktober 2019
Bilaga 2	-	E-postmeddelande från Flowbird mars 2019
Bilaga 3	-	Beställning den 21 mars 2019
Bilaga 4	-	Beställning den 4 juni 2019
Bilaga 5	-	Beställning den 25 juni 2019
Bilaga 6	-	E-postmeddelande med uppgifter om avbeställning
Bilaga 7	-	Utkast till förlikning avseende avtal den 4 oktober 2019