

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Huge Bostäder AB, 556149-8121, Box 1144, 141 24 Huddinge

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 Huge Bostäder AB ska betala 220 000 (tvåhundraåtjugotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Hüge Bostäder AB (Hüge) har den 28 maj 2018 ingått avtal om VVS-arbeten med Stockholms Rörexpress AB (Stockholms Rörexpress) utan föregående annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU. Det saknades skäl att ingå avtalet utan sådan annonsering. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Konkurrensverket fick i januari 2018 in ett tips om att Hüge har köpt VVS-arbeten i strid med LOU. Under Konkurrensverkets utredning har följande framkommit.
3. Hüge är ett helägt kommunalt aktiebolag som ägs av Huddinge kommun. Verksamheten består av att äga, utveckla och förvalta bostäder och lokaler i kommunen. Tidigare var Hüge en del av bolaget Hüge Fastigheter AB. I oktober 2017 genomfördes en fission där Hüge Fastigheter AB delades i två nya bolag, Huddinge Samhällsfastigheter AB och Hüge.
4. Den 28 maj 2018 ingick Hüge ett avtal med Stockholms Rörexpress angående VVS-arbeten i en byggnad på fastigheten med adress Klockarvägen 4 i Huddinge, se [bilaga 1](#). Det avtalade arbetet bestod i att dra nya varmvattenledningar på varje våning i byggnaden, totalt 60 ledningar. Arbetet ska enligt avtalet ha utförts under perioden den 29 maj 2018 till den 31 december 2018. Avtalet ingicks utan föregående annonsering enligt LOU.
5. I avtalet anges att det är fråga om ett avrop från ett befintligt ramavtal som omfattar VVS-arbeten, HF-2015-122 (Ramavtalet), se [bilaga 2](#). Ramavtalets kontraktstid löper från den 15 februari 2016 till den 14 februari 2018 med möjlighet till årsvis förlängning av Hüge under ytterligare ett plus ett år.¹ Den 14 september 2017 förlängdes Ramavtalet till och med den 14 februari 2019, se avtal om partsbyte från den 14 september 2017, punkt 3.1.1, [bilaga 3](#). Av Ramavtalet framgår att Stockholms Rörexpress är leverantör med rangordning 1.² Ramavtalet gäller för arbeten med en uppskattad uppdragsvolym upp till 1 000 000 kronor.³
6. Det är avtalet som ingicks den 28 maj 2018 som ligger till grund för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift.

¹ Se bilaga 1, punkt 5.

² Se bilaga 1, punkt 3.

³ Se bilaga 1, punkt 3.

Huge utgör ett offentligt styrt organ

7. Som nämnts ovan i punkt 3 ägs samtliga aktier i Huge av Huddinge kommun. Huges verksamhet som kommunalt bostadsbolag tillgodoser ett sådant allmännyttigt ändamål utan industriell eller kommersiell karaktär som avses i 1 kap. 18 § LOU.⁴ Huge ska mot denna bakgrund anses vara ett offentligt styrt organ som ska jämföras med en upphandlande myndighet och vars anskaffningar av nu aktuella VVS-arbeten omfattas av bestämmelserna i LOU (1 kap. 2 § LOU).

Avtalets värde

8. Avtalet av den 28 maj 2018 utgör ett byggtreprenadkontrakt enligt 1 kap. 9 § LOU. Enligt 19 kap. 8 § LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas.
9. Enligt avtalet uppgår de fasta kostnaderna till 2 850 000 kronor exklusive mervärdesskatt och de rörliga kostnaderna till 113 000 kronor exklusive mervärdesskatt, vilket tillsammans utgör kontraktsvärdet om 2 963 000 kronor exklusive mervärdesskatt.

Avtalet mellan Huge och Stockholms Rörexpress utgör en otillåten direktupphandling

Avtalet omfattas av LOU och har inte varit föremål för annonsering

10. Enligt Konkurrensverkets bedömning var det inte tillåtet för Huge att köpa de aktuella VVS-arbetena utan föregående annonsering. Skälen för detta anges nedan.
11. Huge har anfört att avtalet av den 28 maj 2018 har avropats från Ramavtalet och att detta är skälet till att avtalet inte föregicks av ett annonserat upphandlingsförfarande. Ramavtalet medger dock enbart avrop med ett uppskattat uppdragsvärde upp till 1 000 000 kronor per avrop. För uppdrag med ett uppskattat värde som är högre än 1 000 000 kronor ska en ny upphandling göras. Detta framgår av meddelandet om tilldelning av kontrakt, punkten II.1.4, se [bilaga 4](#).
12. Som redogörs för ovan i punkt 9 uppgår kontraktsvärdet för det aktuella avtalet till 2 963 000 kronor exklusive mervärdesskatt. Att kontraktsvärdet översteg 1 000 000 kronor var känt vid avtalets tecknande. Eftersom ett avrop som medför att en på förhand angiven maximal gräns för avrop överskrids inte är tilldelat i enlighet med villkoren i avtalet hade Huge inte rätt att avropa VVS-arbetena från Ramavtalet på det sätt som skedde.

⁴ Se Kammarrätten i Stockholms dom från den 12 januari 2012 i mål nr 5419-11.

13. 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 är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras.⁵ 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.⁶
14. Värdet på avropet överstiger direktupphandlingsgränsen men understiger tröskelvärdet för byggtreprenadkontrakt varför annonseringen skulle ha skett i enlighet med 19 kap. LOU, om inte något av undantagen från annonseringsskyldigheten var tillämpligt.
15. Den utredning som Konkurrensverket har genomfört ger inte stöd för att något av undantagen från huvudregeln om annonsering skulle vara tillämpligt i detta fall. Huges avtal med Stockholms Rörexpress avseende VVS-arbeten har därför tillkommit genom en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

16. 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 oaksamhet 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
17. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bl.a. att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.⁸

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

18. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.

⁵ Direktupphandlingsgränsen uppgick år 2018 till 534 890 kronor och tröskelvärdet för byggtreprenader till 52 620 561 kronor.

⁶ Se bl.a. EU-domstolens uttalanden i mål 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. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

⁷ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

⁸ A. prop. s. 196–197.

Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁹ Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 2 963 000 kronor (se punkt 9 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 296 300 kronor ($2\,963\,000 \times 0,1$).

19. Vid fastställande av upphandlingskadeavgiftens 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).
20. Upphandlingskadeavgiftens 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
21. 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 t.ex. 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 ett upprepat beteende att göra 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.¹¹ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹²
22. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför högt i normalfallet. Rättsläget kan inte anses vara oklart. Omständigheterna i övrigt är enligt Konkurrensverkets uppfattning varken förmildrande eller försvårande.

⁹ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

¹⁰ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369–370.

¹¹ A. prop. s. 197–198 och 369–370.

¹² 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.

23. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 220 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.
-

Marie Östman

Natacha Otte Widgren

Bifogas

Bilaga 1 – Avrop från Ramavtalet från den 28 maj 2018.

Bilaga 2 – Ramavtal VVS-entreprenadtjänster Hüge Fastigheter AB, HF 2015-122, från den 10 februari 2016 mellan Hüge Fastigheter AB och Stockholms Rörexpress AB.

Bilaga 3 – Avtal om partsbyte från den 14 september 2017.

Bilaga 4 – Meddelande om tilldelning av kontrakt, 2016/S 045-073209.