

Förvaltningsrätten i Uppsala
Box 1853
751 48 Uppsala

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Sala kommun, Box 304, 733 25 Sala

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 Sala kommun ska betala 1 100 000 (en miljon etthundratusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Sala kommun har någon gång efter den 25 maj 2018 ingått ramavtal avseende byggentreprenadarbeten med Upplands Boservice Aktiebolag, Peab Sverige AB och FÖ Bygg i Sala AB utan föregående annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU. Det saknades skäl att ingå avtalet utan sådan annonsering. Ramavtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Konkurrensverket fick ett tips om att Sala kommun direktupphandlat byggentreprenadarbeten utan att annonsera i enlighet med upphandlingslagstiftningen. Utifrån dessa uppgifter beslutade Konkurrensverket att starta en utredning. Under utredningen framkom bland annat följande.
3. I maj 2014 ingick Sala kommun ramavtal avseende reparations- och ombyggnadsarbeten i skolor, äldreboenden, idrottslokaler, lägenheter och förvaltningsbyggnader m.m. med Upplands Boservice Aktiebolag, Peab Sverige AB och FÖ Bygg i Sala AB (dnr 2014/230). Kommunen ingick ett avtal med respektive leverantör, se bilaga 1–3. Avtalen reglerar villkoren för kommunens avrop av aktuella entreprenadarbeten från leverantörerna, däribland hur den sammanlagda avropsvolymen ska fördelas mellan leverantörerna enligt en procentuell fördelningsnyckel. De tre avtalen utgör tillsammans ett ramavtal.
4. Ramavtalet löpte från och med den 26 maj 2014 till och med den 25 maj 2016 med möjlighet till förlängning i två år.¹ Kommun förlängde avtalen till och med den 25 maj 2018 i enlighet med förlängningsvillkoret, se bilaga 4–6. Därefter upphörde avtalen att gälla.
5. Kommunen fortsatte emellertid att avropa byggentreprenadarbeten från de tre leverantörerna även efter den 25 maj 2018, trots att de ursprungliga avtalen hade löpt ut. Dessa avrop skedde till en början utan skriftliga överenskommelser mellan kommunen och leverantörerna. Under den utredning som föregått Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift har kommunen uppgett att samtliga avrop efter den 25 maj 2018 genomfördes enligt villkor som är identiska med villkoren i de ursprungliga avtalen från 2014. Kommunen har alltså fortsatt att avropa arbeten enligt villkoren i de ursprungliga avtalen även efter deras utgång.
6. Den 26 oktober 2018 respektive den 6 november 2018 ingick kommunen så kallade förlängningsavtal med Upplands Boservice Aktiebolag, Peab Sverige AB respektive FÖ Bygg i Sala AB (förlängningsavtalen), se bilaga 7–9. Enligt förlängningsavtalen förlängs de ursprungliga avtalen från 2014 (dnr 2014/230) på oförändrade villkor till och med den 26 maj 2019.

¹ Se 5 § Tider i respektive avtal (bilaga 1–3).

Förlängningsavtalen ger därmed kommunen fortsatt rätt att avropa entreprenadarbeten från leverantörerna enligt villkor som är identiska med villkoren i de ursprungliga avtalen.

7. Kommunens köp av entreprenadarbeten från de tre leverantörerna efter utgången av de ursprungliga avtalen och fram till ingåendet av förlängningsavtalen har inte föregåtts av annonsering enligt LOU. Likaså har förlängningsavtalen inte föregåtts av annonsering enligt LOU.

Sala kommun har ingått ramavtal med leverantörerna

8. Under den utredning som föregått Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift har kommunen anfört att samtliga avrop efter den 25 maj 2018 – såväl före som efter ingåendet av förlängningsavtalen – utgör avrop från samma ramavtal. Detta ramavtal har ingåtts genom konkludent handlande och sedan nedtecknats genom förlängningsavtalen. Någon gång efter den 25 maj 2018 har kommunen alltså ingått ett nytt ramavtal med leverantörerna på samma villkor som de ursprungliga avtalen från 2014. Kommunen har inte närmare kunnat precisera tidpunkten för sådant avtalsingående.
9. Av förarbetena till LOU framgår att upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 LOU omfattar alla former av ingångna avtal.² Det finns således inget krav på att ett avtal måste ha slutits på ett visst sätt för att avgift ska kunna utgå enligt bestämmelsen. Reglerna om upphandlingsskadeavgift omfattar alltså även konkludent ingångna avtal.
10. Det är det nya ramavtalet, som ingåtts någon gång efter den 25 maj 2018 genom konkludent handlande, som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Ramavtalets värde

11. Enligt 19 kap. 8 § LOU ska värdet av en upphandling uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. Beräkningen ska innefatta värdet av samtliga options- och förlängningsklausuler som om de utnyttjats.
12. Aktuellt ramavtal omfattar löpande servicearbeten såsom reparations- och ombyggnadsarbeten i skolor, äldreboenden, idrottslokaler, lägenheter och förvaltningsbyggnader. Enligt Konkurrensverkets bedömning ingår dessa typer av arbeten i det som anges under huvudgrupp 45 i bilaga 1 till LOU, dvs. nybyggnad, renovering och normal reparation. Ramavtalet utgör därmed ett ramavtal för tilldelning av byggentreprenadkontrakt. Av detta följer att tröskelvärdet för byggentreprenader om 52 620 561 kronor är

² Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 367 f. och 360.

tillämpligt. För upphandlingar som understiger tröskelvärdena är 19 kap. LOU tillämpligt.

13. Under den utredning som föregått Konkurrensverkets ansökan har Sala kommun uppgett att de tre leverantörerna har fakturerat sammanlagt 12 789 720 kronor exkl. mervärdesskatt för de arbeten som kommunen har avropat under ramavtalets första tio månader. Det genomsnittliga fakturerade värdet av kommunens avrop uppgår därmed till $(12\,789\,720 / 10)$ 1 278 972 kronor per månad. Kommunen har vidare uppgett att ett stort antal avrop avser arbeten som fortfarande är pågående och därför inte har slutfakturerats. Det faktiska månatliga värdet uppgår därför sannolikt till ett högre belopp.
14. Enligt Konkurrensverket kan beräkningen av ramavtalets värde i det aktuella målet ske med ledning av det genomsnittliga fakturerade värdet. Ramavtalets värde bör därför uppskattas till $(1\,278\,972 \times 12)$ 15 347 664 kronor.³

Ramavtalet utgör en otillåten direktupphandling

15. Enligt huvudregeln i 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 kr) 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
16. Ramavtalets värde överstiger direktupphandlingsgränsen, vilket innebär att avtalet borde ha annonserats i enlighet med huvudregeln i 19 kap. 9 § LOU.
17. Sala kommun har inte gjort gällande att det aktuella ramavtalet omfattas av något undantag från skyldigheten att annonsera utan har medgett att det utgör en otillåten direktupphandling. Enligt Konkurrensverkets bedömning har det heller inte funnits några omständigheter som medför att något av de särskilda undantagen i LOU har varit tillämpliga. Avtalet utgör därför en otillåten direktupphandling.

³ I beräkningen har Konkurrensverket bortsett från de arbeten avseende bostadsanpassning som kommunen har anskaffning från samma leverantörer genom separata beställningar utanför ramavtalet.

⁴ Se bl.a. EU-domstolens dom 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 och RPL Lochau*, punkt 46. Se även förarbetsuttalanden i prop. 2006/07:128 del 1 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

Upphandlingsskadeavgift

18. 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 krävs inte att den upphandlande myndigheten har 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.⁵
19. 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.⁶

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

20. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut.⁷
21. Det ramavtal som ansökan gäller har ingåtts genom konkludent handlande. Ett bindande avtal har därmed uppkommit tidigast den 26 maj 2018 och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

22. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 19 kap. 8 § LOU. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁸ Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 15 347 664 kronor (se punkt 13 och 14 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst (15 347 664 x 0,1) 1 534 766 kronor.
23. 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.⁹

⁵ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

⁶ A prop. s. 196–197.

⁷ 21 kap. 7 § LOU.

⁸ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

⁹ 21 kap. 5 § LOU.

24. 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
25. 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 till exempel 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
26. I detta fall är det ostridigt att det är fråga om en otillåten direktupphandling. Rättsläget är inte oklart. Omständigheterna är enligt Konkurrensverkets uppfattning varken förmildrande eller försvårande.
27. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 1 100 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Marie Östman

Kristoffer Sällfors

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

¹¹ A. prop. s. 197–198 och 369–370.

¹² Se a. prop. s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och dom den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

Bilagor

1. Avtal mellan Sala kommun och Upplands Boservice Aktiebolag av den 26 maj 2014 avseende reparations- och ombyggnadsarbeten i skolor, äldreboenden, idrottslokaler, lägenheter och förvaltningsbyggnader m.m.
2. Avtal mellan Sala kommun och Peab Sverige AB av den 26 maj 2014 avseende reparations- och ombyggnadsarbeten i skolor, äldreboenden, idrottslokaler, lägenheter och förvaltningsbyggnader m.m.
3. Avtal mellan Sala kommun och FÖ Bygg i Sala AB av den 26 maj 2014 avseende reparations- och ombyggnadsarbeten i skolor, äldreboenden, idrottslokaler, lägenheter och förvaltningsbyggnader m.m.
4. Förlängning av avtal mellan Sala kommun och Upplands Boservice Aktiebolag
5. Förlängning av avtal mellan Sala kommun och Peab Sverige AB
6. Förlängning av avtal mellan Sala kommun och FÖ Bygg i Sala AB
7. Förlängningsavtal av den 26 oktober 2018 mellan Sala kommun och Upplands Boservice Aktiebolag
8. Förlängningsavtal av den 6 november 2018 mellan Sala kommun och Peab Sverige AB
9. Förlängningsavtal av den 26 oktober 2018 mellan Sala kommun och FÖ Bygg i Sala AB