

Förvaltningsrätten i Luleå
forvaltningsrattenilulea@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, Ringvägen 100, 118 60 Stockholm.

Motpart

Luleå kommun, 971 85 Luleå.

Saken

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

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Luleå kommun ska betala 160 000 (etthundrasextiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

¹ Upphandlingen av Avtalet påbörjades innan den 1 januari 2024. I enlighet med punkt 2 i ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till lagen (2023:815) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ansöker Konkurrensverket därför om upphandlingsskadeavgift i det här fallet. Se 21 kap. 2 § LOU (i lydelsen innan den 1 januari 2024). Se även prop. 2023/24:3 s. 66–67.

Grunder

1. Luleå kommun (Kommunen) har brutit mot 19 kap. 6 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) genom att tidigast den 20 april 2023 ingå avtal om trygghetslarm och trygghetslarmtjänster med SOS Alarm Sverige AB utan att genomföra en annonserad upphandling, trots att det inte har förelegat förutsättningar för detta. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

Upphandlat avtal 2020

2. Kommunen ingick den 26 november 2020 ett avtal med SOS Alarm Sverige AB (Leverantören) avseende trygghetslarmtjänster.² Avtalet ingicks utan att ha föregåtts av någon annonserad upphandling. Genom avtalet förband sig Leverantören att tillhandahålla mottagning och förmedling av larm från Kommunens anslutna larminnehavare. Av avtalet framgick att Leverantörens operatörer i samband med mottagande av larm skulle lämna stöd, hjälp och råd per telefon. Leverantören skulle, enligt avtalet, också tillhandahålla hårdvara i form av trygghetstelefoner med valbara tillbehör samt utrustning för att möjliggöra tillsyn via kamera.
3. I 2020 års avtal angavs att det huvudsakligen utgick från de krav som hade ställts i upphandlingen "Trygghetslarm och larmmottagning 2019" av den nationella inköpscentralen för regioner och kommuner Adda (då SKI), med vissa i avtalet angivna avsteg.
4. Efter att överprövning hade begärts fastställdes slutligen att avtalet var ogiltigt genom Kammarrätten i Sundsvalls dom den 29 mars 2023 i mål nr 994-22.

Förvaltningsrätten i Luleås dom i mål nr 1424-23

5. Luleå kommun fortsatte efter Kammarrättens dom i mars 2023 att köpa in tjänster från Leverantören enligt det ogiltigförklarade avtalet utan att något nytt kontrakt skrevs. Ett annat företag ansökte i samband med det om överprövning av vad företaget menade var ett nytt avtal. Såvitt har framkommit fanns inte i målet några beställningar eller bekräftelser på beställningar som visade på inköpen. Det klagande företaget hade dock gett in fakturasammanställningar, som det hade fått från Kommunen och som visade på de inköp som hade gjorts under en viss period.³ Kommunen förnekade inte heller att inköpen fortsatte.

² Se bilaga 1.

³ Bilaga 3 b och 4 till aktbilaga 1 i förvaltningsrätten i Luleås mål nr 1423-23.



6. Förvaltningsrätten i Luleå beslutade i dom den 28 november 2023 att bifalla ansökan om överprövning.⁴ Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft. Förvaltningsrätten bedömde att de nya inköpen som gjordes från det att kammarrättens dom hade vunnit laga kraft utgjorde ett nytt avtal (Avtalet) och beslutade att ogiltigförklara detta avtal. Det är detta avtal som ligger till grund för ansökan.

Kommunens inställning

7. Konkurrensverket har berett Kommunen tillfälle att yttra sig över Konkurrensverkets bedömning, men har uppgett att den inte har något att tillägga till denna.

Betydelsen av förvaltningsrättens tidigare avgörande

8. Som anges ovan har Förvaltningsrätten i Luleå i en dom i november 2023 (mål nr 1424-23) i ett överprövningsmål gjort en upphandlingsrättslig bedömning av de underliggande omständigheterna.
9. I vissa mål om upphandlingsskadeavgift, där en allmän förvaltningsdomstol i ett underliggande avgörande prövat frågan om otillåten direktupphandling och Konkurrensverket har en skyldighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift (se 21 kap. 1 § 1 och 2 LOU), följer det av Högsta förvaltningsdomstolens praxis att det i ett efterföljande mål om upphandlingsskadeavgift inte ska göras en ny prövning av det lagakraftvunna avgörande som ligger till grund för ansökan. Myndigheten kan således i dessa fall inte utverka ett avgörande av innebörden att någon otillåten direktupphandling inte har skett.⁵
10. Konkurrensverkets nu aktuella ansökan grundas på 21 kap. 1 § 3 LOU vilket innebär att det inte finns någon skyldighet för Konkurrensverket att ansöka om upphandlingsskadeavgift. Enligt Konkurrensverkets mening ska dock förvaltningsrättens lagakraftvunna avgörande i överprövningsmålet, mål nr 1424-23, tillmätas stor betydelse även i det här fallet.

Avtalets karaktär

11. Det framgår redan av förvaltningsrättens dom av den 28 november 2023 att det är fråga om ett offentligt kontrakt.
12. Avtalet avser såväl tjänster som varor och utgör således ett blandat kontrakt. Det framgår inte av domen om domstolen har bedömt kontraktet som ett tjänstekontrakt eller varukontrakt. Frågan har dock ingen avgörande

⁴ Se bilaga 2.

⁵ HFD 2014 ref. 49 och HFD 2017 ref. 45.

betydelse för detta mål, varför Konkurrensverket inte har funnit skäl att närmare utreda frågan.

Upphandlingens värde

13. Värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggentreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler som anges i något av upphandlingsdokumenten inbegripas som om de hade utnyttjats. Vidare ska de premier och ersättningar som den upphandlande myndigheten planerar att betala till anbudssökande eller anbudsgivare räknas in i värdet.⁶
14. Uppskattningen av upphandlingens värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet.⁷
15. I det här fallet saknas uppgift om uppskattat värde vid tidpunkten för Avtalet. Värdet måste därför beräknas med ledning av andra tillgängliga uppgifter. Förvaltningsrätten har i den nämnda domen inte fastställt värdet till ett tydligt belopp. Det har inte heller funnits skäl för domstolen att göra det, då frågan i den delen var om Kommunen hade visat att upphandlingens värde understeg gällande tröskelvärdet. Förvaltningsrätten bedömde dock att den uppskattning som Kommunen gjorde i samband med domstolsprocessen, om ca 1,2 miljoner kronor, hade motbevisats av motparten, som genom den nämnda fakturasammanställningen, som omfattade perioden april till och med september 2023, hade visat på ett värde om 1 923 826 kronor. Förvaltningsrätten uttalade också att det faktiska beloppet vid tidpunkten för domen torde vara ännu högre, då det inte hade framkommit att Avtalet med Leverantören hade upphört.
16. Konkurrensverket har under utredningen begärt in uppgifter om fakturabelopp från Kommunen. Konkurrensverkets sammanställning utifrån dessa uppgifter visar att de faktiska inköpen som Kommunen har gjort från Avtalets början (när kammarrättens dom i det första överprövningsmålet, mål nr 994-22, vunnit laga kraft) i april 2023 till och med dagen för förvaltningsrättens dom (i det senare överprövningsmålet, mål nr 1424-23, se punkt 6 ovan) i november 2023 uppgick till ett belopp om drygt 1,8 miljoner kronor. Det har inte framkommit av utredningen att Kommunen har fortsatt att göra inköp enligt Avtalet efter november 2023.

⁶ 5 kap. 3 § LOU.

⁷ 5 kap. 5 § LOU.



17. Det förekommer således olika uppgifter om Avtalets värde, varav ingen är en sådan beräkning vid tidpunkten för Avtalets ingående som värdeberäkningen egentligen skulle ha utgått från.
18. Konkurrensverket menar att förvaltningsrättens bedömning i domen av den 28 november 2023, att värdet inte understiger tröskelvärdet på 2 236 731 kr, inte utan vidare kan läggas till grund för bedömningen i nu aktuellt mål om upphandlingsskadeavgift. Detta då bedömningen i det tidigare målet utgick från att Kommunen inte hade uppfyllt sin bevisbörda. Däremot finns det goda skäl att lägga det mindre värde om drygt 1,9 miljoner kronor som förekom i det målet till grund för bedömningen. Beloppet är beräknat utifrån en fakturasammanställning, som visserligen inkluderar en tidsperiod på närmare tre veckor då inköpen inte gjordes enligt Avtalet. Avtalet har dock inte varit tidsbegränsat och har i praktiken löpt för en period som omfattar några månader efter september 2023. Med hänsyn till detta framstår det som klart att en korrekt uppskattning av värdet vid tidpunkten för Avtalets ingående skulle ha uppgått till minst det i domstolen angivna beloppet om 1 923 826 kronor.
19. Det finns således inte skäl att göra en annan bedömning av värdet än i vart fall det lägsta värde om drygt 1,9 miljoner kronor som framgick av förvaltningsrättens dom i mål nr 1424-23 den 28 november 2023.
20. Konkurrensverket bedömer, mot bakgrund av det anförda, att upphandlingens värde ska beräknas till minst 1 923 826 kronor.

Upphandlingens värde är sådant att den som huvudregel skulle ha annonserats

21. Upphandlingar som omfattas av LOU:s tillämpningsområde ska som huvudregel annonseras, så att alla potentiella leverantörer får samma förutsättningar att lämna anbud i upphandlingar.⁸ Avtalet har inte föregåtts av någon annonserad upphandling. Med anledning av detta måste bedömas huruvida det med hänsyn till upphandlingens värde har varit tillåtet att ingå Avtalet utan att först genomföra en annonserad upphandling.
22. Om värdet av en upphandling överstiger tillämpligt tröskelvärde ska upphandlingen, som huvudregel, annonseras enligt de direktivstyrda bestämmelserna i LOU. Om värdet understiger tillämpligt tröskelvärde men överstiger direktupphandlingsgränsen ska upphandlingen annonseras enligt de icke-direktivstyrda bestämmelserna i LOU.⁹ Om upphandlingens värde

⁸ Jfr 10 kap. 1 § LOU.

⁹ 1 kap. 4 § LOU.

understiger direktupphandlingsgränsen föreligger förutsättning att genomföra en direktupphandling.¹⁰

23. Avtalet avser varken en byggtreprenad eller sådana tjänster som omfattas av bilaga 2 till LOU. Tillämpligt tröskelvärde för upphandlingen är därför tröskelvärdet för varor och tjänster för andra upphandlande myndigheter än centrala upphandlande myndigheter, vilket 2023 uppgick till 2 236 731 kronor.¹¹ Direktupphandlingsgränsen uppgick när Avtalet slöts till 700 000 kronor.¹²
24. Upphandlingens värde överstiger därmed tillämplig direktupphandlingsgräns enligt LOU. Upphandlingen skulle därför ha annonserats i en registrerad annonsdatabas, förutsatt att något undantag inte har varit tillämpligt.¹³
25. Det följer av detta att Avtalet skulle ha föregåtts av en annonserad upphandling enligt 19 kap. LOU, om det inte har funnits skäl för undantag från kravet.

Avtalet utgör en otillåten direktupphandling

26. Förvaltningsrätten har i mål nr 1424-23 fastslagit att det var fråga om en otillåten direktupphandling. Bedömningen i det målet utgick från att upphandlingens värde inte understeg tröskelvärdet. Konkurrensverket gör dock i detta mål inte gällande något annat än att värdet understiger tröskelvärdet, men överstiger direktupphandlingsgränsen. Det finns därför skäl att se närmare på de undantag som kan komma i fråga i målet vid icke direktivstyrda upphandlingar.
27. Kommunen har i målet 1424-23 åberopat 19 a kap. 5 § 1 och 3 LOU. Den förra bestämmelsen avser synnerlig brådska, och motsvarar i allt väsentligt 6 kap. 15 § LOU och den senare bestämmelsen avser synnerliga skäl.
28. Konkurrensverket instämmer i förvaltningsrättens bedömning i fråga om undantaget från annonseringsskyldigheten i 6 kap. 15 § LOU, dvs. synnerlig brådska. De omständigheter som förvaltningsrätten har anfört i domen som stöd för den bedömningen är giltiga även i fråga om undantag på grund av synnerlig brådska enligt 19 a kap. 5 § 1 LOU. Det har således saknats förutsättningar att göra undantag från kravet på en annonserad upphandling på den grunden.

¹⁰ 19 kap. 1 § och 19 a kap. 2 § LOU.

¹¹ Tillkännagivande (2022:190) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹² 19 a kap. 2 § LOU.

¹³ 19 a kap. LOU och 2 § upphandlingsförordningen (2016:1162).



29. Kommunen har i målet 1424-23 anfört att det föreligger synnerliga skäl, med anledning av att Kommunen har ansett sig tvungen att direktupphandla för att människors liv och hälsa annars skulle riskeras, och att bestämmelsen torde vara tillämplig i en sådan situation när omständigheterna inte riktigt når upp till synnerlig brådska.
30. Enligt 19 a kap. 5 § 3 LOU får direktupphandling göras när det finns synnerliga skäl. Bestämmelsen syftar främst till sådana tjänster där relationen mellan vårdgivare och vård- och omsorgstagare skulle störas och vården eller omsorgen därmed försämras eller sådana situationer där det endast finns ett möjligt vård- och boendalternativ på grund av vårdbehov eller anhöriganknytning.¹⁴ Bestämmelsen är således tillämplig i första hand på personliga skäl, kopplade till vård- och omsorgstagare.¹⁵
31. Som framgår är bestämmelsen om synnerliga skäl således inte i första hand avsedd för den av Kommunen anförda situationen. Det rör sig inte om sådana personliga skäl som medför att det endast finns ett alternativ. Det måste också ifrågasättas om en situation som inte når upp till att utgöra synnerlig brådska, på grund av att brådskan beror på omständigheter som den upphandlande myndigheten själv har kunnat förutse och påverka, vilket är vad förvaltningsrätten i ogiltighetsdomen har konstaterat var fallet, ska kunna läkas med hänvisning till synnerliga skäl. Om det föreligger sådana omständigheter som Kommunen har åberopat, dvs. att människors liv och hälsa skulle riskeras om inte direktupphandlingen genomförs, finns möjlighet att låta avtalet bestå med hänsyn till tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Om domstolen inte har funnit att de åberopade omständigheterna utgör sådana skäl torde de inte heller kunna utgöra synnerliga skäl för direktupphandling.
32. Konkurrensverket menar, mot bakgrund av det anförda, att det inte har funnits förutsättningar att genomföra en direktupphandling. Avtalet utgör således en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

Rättsliga förutsättningar

33. Vid en otillåten direktupphandling får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan från Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.¹⁶ Det finns inga 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 lagens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en

¹⁴ Se Ulfsdotter, Lagen (2016:1145) 19 a kap. 5 § 3, avsnitt 2.4, Lexino 2022-06-01 (JUNO).

¹⁵ Ibid.

¹⁶ 21 kap. 1 § 3 och 21 kap. 2 § LOU.

överträdelse.¹⁷ En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde.¹⁸

34. När sanktionsvärdet för en överträdelse ska fastställas tas hänsyn till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Bland annat beaktas hur klar överträdelsen kan anses vara. Detta eftersom omständigheten att exempelvis rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet i sänkande riktning. Överträdelsen ses i sådana fall som 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 genomföra 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.¹⁹
35. Om det rör sig om ett ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.²⁰
36. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.²¹

Konkurrensverkets bedömning

37. Som framgår ovan uppgår värdet av upphandlingen av Avtalet till 1 923 826 kronor. Det medför att upphandlingsskadeavgiften avseende Avtalet kan uppgå till högst 192 382 kronor (1 923 826 kronor x 0,1).
38. I detta fall är fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde. Det ska ses som försvårande omständighet att Kommunen trots domen av den 29 mars 2023 fortsatte direktupphandla trygghetslarm och trygghetslarmtjänster enligt det ogiltigförklarade avtalet efter att domen hade vunnit laga kraft. Att Avtalets giltighetstid inte har begränsats är också en försvårande omständighet som höjer överträdelsens sanktionsvärde.
39. Det föreligger inga förmildrande omständigheter.

¹⁷ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

¹⁸ 21 kap. 4 § LOU.

¹⁹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198 och 369–370.

²⁰ 21 kap. 5 § LOU.

²¹ Prop. 2009/10:180 del 1 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.



40. Med hänsyn till ovanstående bedömer Konkurrensverket att 160 000 kronor utgör en proportionerlig sanktion för den otillåtna direktupphandlingen.

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

41. När en ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på 21 kap. 1 § 3 LOU och en leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet ska Konkurrensverkets ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från att det domstolsavgörandet i överprövningsmålet har fått laga kraft.²²
42. Förvaltningsrättens dom den 28 november 2023 kunde ha överklagats senast den 19 december 2023 och vann således laga kraft den 20 december 2023. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska därmed ges in senast den 20 juni 2024. Ansökan har således getts in i rätt tid.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman
chefsjurist

Stefan Olsen Siri
processråd

Bifogas

Bilaga 1 – Det upphandlade avtalet 2020

Bilaga 2 – Dom i förvaltningsrätten i Luleås mål nr 1424-23

²² 21 kap. 7 § LOU i lydelsen innan den 1 januari 2024.