

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag, Box 1111, 405 23 Göteborg

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 1 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)¹

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 1 LOU beslutar att Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag ska betala 10 000 (tiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

¹ Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling upphävdes den 1 januari 2017 då lagen (2016:1091) trädde i kraft. Den upphävda lagen gäller dock för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet.

Grunder

1. Förvaltningsrätten i Göteborg har den 30 oktober 2017 i mål nr 9814-17 fastställt att de avtal som Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag (Upphandlingsbolaget) ingått angående "Hantverkstjänster – Bygg, dnr 427/15, delområde B" får bestå trots att de har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr. Domen har den 23 november 2017 vunnit laga kraft.

Bakgrund och omständigheter

2. Upphandlingsbolaget har genomfört en upphandling av byggnadsarbeten, benämnd Hantverkstjänster – Bygg, dnr 427/15. Upphandlingen omfattade tre delområden, bland annat B: Bygg – rangordning Övriga Staden.
3. En leverantör ansökte om överprövning. Förvaltningsrätten biföll ansökan och beslutade att upphandlingen inte fick avslutas innan rättelse vidtagits.² Rättelsen innebar att Upphandlingsbolaget skulle genomföra en ny anbudsutvärdering avseende delområde B.
4. Den 18 augusti 2017 meddelade Upphandlingsbolaget ett nytt tilldelningsbeslut avseende delområde B. Enligt tilldelningsbeslutet gällde avtalsspärr fram till och med den 28 augusti 2017.
5. Den 25 augusti 2017 ansökte en leverantör om överprövning av upphandlingen hos Förvaltningsrätten i Göteborg. Därmed inträdde en förlängd avtalsspärr enligt 16 kap. 8 § första stycket LOU.
6. I förvaltningsrättens dagboksblad återfinns bl.a. följande anteckning daterad 2017-08-25 (händelse nr 3): "Föreläggande skickat med lösbrev till Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag. Kopia av aktbilaga 1 översänt. OBS! Föreläggandet skickades av misstag med vanligt postgång. Kom tillbaka från posten med adressaten okänd. Har den 4 september skickat föreläggandet via e-post".³
7. Den 4 september 2017 skickade således förvaltningsrätten ett föreläggande via e-post till Upphandlingsbolaget, som under skriftväxlingen i målet anförde bl.a. följande. Avtalsspärren för tilldelningsbeslutet löpte ut den 28 augusti 2017. Den 29 augusti 2017 kontaktade bolaget förvaltningsrätten per telefon för att kontrollera om någon ansökan om överprövning inkommit. Vid telefonsamtalet upplystes förvaltningsrätten om att kontrollen skulle avse parterna Upphandlingsbolaget, Nämnden för inköp och upphandling samt Göteborgs stad, detta för att säkerställa att en eventuell ansökan inte

² Förvaltningsrätten i Göteborgs dom i mål nr 12946-16.

³ I förvaltningsrättens dom i mål 9814-17 anges att föreläggandet hade skickats till en inaktuell adress.

riktats mot annan myndighet. Även upphandlingens namn angavs. Förvaltningsrättens besked var att någon ansökan om överprövning inte kommit in. Efter detta besked från förvaltningsrätten, men innan den 4 september 2017, ingick Upphandlingsbolaget avtal.

8. Förvaltningsrätten fastslog därefter i sin dom att Upphandlingsbolaget ingått de aktuella avtalen i strid med reglerna om avtalsspärr. Några förutsättningar för att ogiltigförklara avtalen bedömdes dock inte föreligga eftersom det inte hade visats att Upphandlingsbolaget brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU.
9. Upphandlingsbolaget har under Konkurrensverkets utredning av ärendet bl.a. uppgett att bolaget, på grund av förvaltningsrättens bristande handläggning samt felaktiga information per telefon, inte kände till att en förlängd avtalsspärr hade inträtt när de olika avtalen ingicks. Överträdelsen är därför grundad på händelser utanför bolagets kontroll. Det är oklart varför förvaltningsrätten "av misstag" skickade föreläggandet per post och inte med e-post eller fax som brukligt, dessutom inte till den postadress som framgår av upphandlingsdokumenten utan till en inaktuell adress. I samband med ett informationsmöte som förvaltningsrätten höll den 16 maj 2017 fyllde Upphandlingsbolaget i och lämnade en blankett med korrekt adress. Förvaltningsrättens handläggning av den aktuella överprövningen avviker också från hur övriga 170 ansökningar som berört bolaget kommunicerats under de sex senaste åren.
10. Upphandlingsbolaget har ingett en så kallad skärmdump från en telefon, av vilken framgår att ett samtal som varade drygt nio minuter ägt rum med förvaltningsrätten den 29 augusti 2017 från kl. 13.37.
11. Konkurrensverket har inhämtat notariatskvitton från Upphandlingsbolaget. Kvittona visar när de aktuella avtalen signerats elektroniskt. Bolaget ingick 18 avtal med olika leverantörer avseende Hantverkstjänster under perioden 31 augusti – 4 september 2017. Två avtal ingicks därefter den 24 november 2017 och det sista avtalet i upphandlingen ingicks den 29 november 2017.

Upphandlingsskadeavgift

12. Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol vid överprövning av avtals giltighet, som har vunnit laga kraft, fastställt att ett avtal får bestå trots att det har ingåtts i strid med en avtalsspärr (17 kap. 1 § 1 LOU). Enligt 17 kap. 2 § LOU ska Konkurrensverket i sådan situation ansöka om upphandlingsskadeavgift.

13. Någon överprövning ska inte göras av det lagakraftvunna avgörandet som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift. Detta framgår av 17 kap. 1 och 5 §§ LOU samt avgörandet HFD 2014 ref. 49.
14. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha inkommit till allmän domstol inom sex månader från den tidpunkt då avgörandet som ansökan grundas på har vunnit laga kraft (17 kap. 6 § LOU).

Beloppsintervall inom vilket en upphandlingsskadeavgift kan tas ut

15. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Upphandlingsskadeavgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.⁴ Beräkningen av kontraktsvärdet ska i de direktivstyrda fallen ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ LOU (se 17 kap. 4 § LOU). Kontraktsvärdet ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet och eventuella options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats.
16. För att avgöra hur hög upphandlingsskadeavgift som kan tas ut i detta fall måste värdet på samtliga avtal som har fått bestå beräknas.
17. De i målet aktuella avtalen avser byggnadsarbeten för Göteborgs stad, Göteborgs kyrkogårdsförvaltning, Räddningstjänsten Storgöteborg, Göteborgsregionens Kommunalförbund och ISGR AB. Enligt Konkurrensverkets bedömning utgör avtalen sådana bygg-entreprenadkontrakt som avses i 2 kap. 3 § LOU.⁵
18. De aktuella avtalen saknar uppgifter om vilket totalt belopp som kan utgå. Upphandlingsbolaget har uppgett att det samlade kontraktsvärdet för de 21 avtal som tecknats i ramavtalsupphandlingen kan uppskattas till 813 154 566 kronor. Samtliga avtal i ramavtalsupphandlingen hade dock inte ingåtts vid tidpunkten för förvaltningsrättens dom, se punkt 11 ovan. Det saknas därför en närmare preciserad uppgift om vilket kontraktsvärde de ingångna avtalen kan uppskattas till. Med hänsyn till att 18 av 21 i stort sett likalydande avtal hunnit tecknas vid tidpunkten för förvaltningsrättens prövning måste dock kontraktsvärdet av de ingångna avtalen rimligen kunna uppskattas överstiga 100 miljoner kronor med mycket god marginal. Ett kontraktsvärde överstigande 100 miljoner kronor innebär i sin tur att det

⁴ Se 17 kap. 4 § LOU.

⁵ Se bilaga 1 till LOU "Förteckning över byggentreprenadkontrakt" undergrupp 45.2 (bygg- och anläggningsarbeten) samt undergrupp 45.4 (slutbehandling av byggnader).

maximala avgiftsbeloppet om tio miljoner kronor ingår i det tillämpliga avgiftsintervallet.

19. Eftersom det samlade kontraktsvärdet i vart fall måste anses överstiga 100 000 000 kronor kan ansökan om upphandlingsskadeavgift därför som lägst uppgå till 10 000 kronor och som högst 10 000 000 kronor.
20. Efter att ha fastställt inom vilket intervall en upphandlingsskadeavgift kan tas ut, ska en bedömning göras av omständigheterna i det enskilda fallet.

Överträdelsens sanktionsvärde och upphandlingsskadeavgiftens storlek

Allmänna utgångspunkter angående sanktionsvärdet

21. Av 17 kap. 2 § LOU framgår att Konkurrensverket har skyldighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift när en allmän förvaltningsdomstol fastställt att ett avtal får bestå trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr. Upphandlingsskadeavgiften ska som ovan angetts uppgå till lägst 10 000 kronor.
22. 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 (17 kap. 5 § LOU).
23. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet, såväl försvårande som förmildrande, inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Av betydelse är bl.a. överträdelsens allvar och den upphandlande myndighetens agerande. De alternativa sanktionerna, vilket det är fråga om i detta fall, ska enligt rättsmedelsdirektivet vara effektiva, avskräckande och proportionerliga. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer upphandlingslagstiftningen. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.⁶
24. Enligt Konkurrensverkets uppfattning är upphandlande myndigheters överträdelser av avtalsspärr typiskt sett av mindre allvarlig karaktär jämfört med exempelvis otillåtna direktupphandlingar. Därutöver ska såväl försvårande som förmildrande omständigheter i det enskilda fallet beaktas. Konkurrensverket har därför som regel bedömt sanktionsvärdet som tämligen lågt vid dessa överträdelser och avgiftsyrkandena har med något undantag befunnit sig i den nedre delen av det tillämpliga avgiftsintervallet.⁷

⁶ Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.

⁷ Se t.ex. Förvaltningsrätten i Jönköpings dom i mål nr 2398-17 och Förvaltningsrätten i Växjö dom i mål nr 4619-17.

25. Att en upphandlande myndighet inte i rimlig tid har informerats av förvaltningsrätten om att en ansökan om överprövning inkommit är självfallet inte tillfredsställande. Konkurrensverket anser dock att detta i sig inte är en omständighet som är förmildrande när avtal ingåtts i strid med reglerna om avtalsspärr.⁸ I lagens förarbeten anges visserligen att det är av stor vikt att domstolen snarast underrättar en upphandlande myndighet om att en ansökan om överprövning kommit in. I förarbetena anges emellertid även att en upphandlande myndighet kan överväga att vänta ytterligare en tid för att säkerställa att en ansökan om överprövning inte anhängiggjorts vid domstol. Att avvakta med att ingå avtal innebär inte att ytterligare leverantörer ges möjlighet att ansöka om överprövning.⁹
26. Det torde däremot enligt Konkurrensverkets mening vara fråga om en förmildrande omständighet om utredningen ger stöd för att den upphandlande myndigheten fått explicit information från förvaltningsrätten om att någon ansökan om överprövning inte kommit in till domstolen, trots att så är fallet. Om en upphandlande myndighet fått ett sådant felaktigt besked från förvaltningsrätten, och som en följd därav ingått avtal i strid med reglerna om avtalsspärr, bör sanktionsvärdet för överträdelsen som regel anses vara mycket lågt. Det ska dock i sammanhanget erinras om att rättsmedelsdirektivet föreskriver att en alternativ sanktion ska påföras när en upphandlande myndighet ingått avtal i strid med avtalsspärr och detta konstaterats av domstol.¹⁰

Den aktuella överträdelsens sanktionsvärde

27. Konkurrensverket anser med hänvisning till uppgifterna i förvaltningsrättens dagboksblad att det är klarlagt att Upphandlingsbolaget, vid tidpunkten när den ordinarie avtalsspärren löpte ut den 29 augusti 2017, inte hade underrättats skriftligen av förvaltningsrätten om att en ansökan om överprövning kommit in och att en förlängd avtalsspärr således hade inträtt den 25 augusti 2017. Ett föreläggande till rätt adress skickades först den 4 september 2017, således sex dagar efter det att den ordinarie avtalsspärren löpt ut. Av de skäl som angetts ovan anser Konkurrensverket emellertid inte att enbart det förhållandet utgör en förmildrande omständighet.
28. För att sanktionsvärdet ska påverkas i sänkande riktning krävs därtill att Upphandlingsbolaget på egen hand sökt förvissa sig om att någon ansökan inte inkommit. Detta gäller särskilt när, såsom i förevarande fall, avtal ingås i relativt nära anslutning till att den ordinarie avtalsspärren löpt ut.

⁸ Se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7009-12 och Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4201-13.

⁹ Se prop. 2009/10:180 s. 123.

¹⁰A. prop. s. 198.

29. Upphandlingsbolaget har gjort gällande att man kontaktat förvaltningsrätten den 29 augusti 2017 för att säkerställa att någon leverantör inte ansökt om överprövning samt att förvaltningsrätten då lämnade det felaktiga beskedet att någon sådan ansökan inte inkommit. Upphandlingsbolaget har dock inte upprättat någon minnesanteckning eller liknande dokumentation, där det framgår vilket besked som lämnades eller vilken tjänsteman på förvaltningsrätten det var som lämnade uppgifterna och inte heller vilken funktion denne hade.¹¹ Av den skärmdump som ingetts framgår att ett samtal med förvaltningsrätten ägt rum men inte från vilket telefonnummer samtalet kommit och vad gäller samtalets innehåll finns endast den redogörelse som Upphandlingsbolaget lämnat dels till förvaltningsrätten under skriftväxlingen i det underliggande ogiltighetsmålet, dels till Konkurrensverket under utredningen.
30. Trots avsaknaden av närmare dokumentation av händelseförloppet finner Konkurrensverket, som även varit i kontakt med företrädare för Upphandlingsbolaget muntligen per telefon, efter en samlad bedömning av vad som framkommit under utredningen inte anledning att ifrågasätta Upphandlingsbolagets uppgifter angående omständigheterna vid avtalens ingående. Konkurrensverket har dock en ovillkorlig skyldighet att ansöka om upphandlingskadeavgift när ett avtal fått bestå trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr. Upphandlingskadeavgiften ska som lägst uppgå till 10 000 kronor varför Konkurrensverket yrkar detta belopp.
-

Magnus Jonsson

Magnus Ehn

¹¹ Jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6249-14 där kammarrätten fann att den upphandlande myndigheten hade bevisbördan för en viss omständighet eftersom den haft bäst möjlighet att säkra bevisning. Omständigheten avsåg vilka uppgifter som framkommit under ett referenssamtal. Målet avsåg överprövning av upphandling, alltså inte upphandlingskadeavgift.