

Förvaltningsrätten i Karlstad
Box 568
651 12 Karlstad

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Hallsbergs kommun, Västra Storgatan 14, 694 80 Hallsberg

Saken

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

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) beslutar att Hallsbergs kommun ska betala 800 000 kronor (åttahundratusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Hallsbergs kommun (Kommunen) har den 15 oktober 2019 ingått avtal om ombyggnation av fastigheten Skördetröskan 4 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. Kommunen ingick under 2016 ett ramavtal om byggtjänster och reparationer bl.a. med Boman & Svahn Byggtreprenad AB (Boman & Svahn). Ramavtalet undertecknades den 8 december 2016 (Ramavtalet 2016), se bilaga 2.
3. Av upphandlingsdokumenten, se bilaga 3, som är del av Ramavtalet 2016, framgår i avsnittet AFA.21 *Översiktlig information* att upphandlingen gäller ramavtal för byggreparationer och mindre byggarbeten i objekt som ägs av Hallsbergs kommun. Beräknad volym uppges vara ca 500 000 kronor per år, även om inga volymer garanteras. I avsnittet AFC.1 *Omfattning* i Ramavtalet 2016 anges att ramavtalet omfattar byggtjänster och reparationer samt i avsnittet AFC.114 *Undantagna arbeten* anges att vid större entreprenadprojekt (beräknad kostnad överstigande 500 000 kronor) förbehåller sig beställaren rätten att upphandla dessa entreprenader separat. Av utvärderingsmodellen i bilaga 1 till ramavtalet (Anbudsformuläret) framgår vidare att utvärderingen av anbuderna är baserad på ett förhållandevis lågt antal arbetstimmar, nämligen 1 100 timmar för träarbetare, 150 timmar för betongarbetare, 100 timmar för arbetsledare, 150 timmar för lärling och 100 mil för reseersättning. Av den annons som publicerades i annonsdatabasen VISMA OPIC framgår att upphandlingen avsåg byggtjänster/-arbeten och reparationer av mindre omfattning för löpande avrop.
4. Den 15 oktober 2019 ingick kommunen ett avtal med Boman & Svahn om ombyggnation av verksamhetslokaler i Skördetröskan 4 (Avtalet). Det är det avtalet som ligger till grund för aktuell ansökan om upphandlingsskadeavgift.
5. Kommunen har under utredningen hos Konkurrensverket uppgett att ombyggnationen av Skördetröskan 4 har avropats genom ett skriftligt entreprenadkontrakt som tecknats utifrån gällande ramavtal för byggtjänster och reparationer. Formuleringar i upphandlingsdokumenten ska inte tolkas som att det avtal som ingåtts

inte omfattas av ramavtalet. Kommunens bedömning är alltså att det avrop som har gjorts omfattas av det gällande ramavtalet.

Avtalet den 15 oktober 2019 med Boman & Swahn utgör en otillåten direktupphandling

Avtalet omfattas inte av Ramavtalet 2016

6. Av utredningen framgår att Ramavtalet 2016, och därmed de kontrakt som omfattas av ramavtalet, avser mindre byggarbeten för att tillgodose återkommande behov av hantverkstjänster av mindre värde. Det framgår inte av Ramavtalet 2016 och den föregående upphandlingen att ramavtalet avser tilldelning av kontrakt angående stora värden och omfattande ombyggnationer. Tvärtom har kommunen förbehållit sig rätten att upphandla större entreprenader separat.
7. I nu aktuellt fall är det frågan om ett kontrakt som avser en större ombyggnation av en av kommunen nyligen förvärvat fastighet. Kontraktets värde uppgår till 11 147 000 kronor och avser, såsom framgår av bygghandlingarna och tidsplanen i [bilaga 4](#), omfattande ombyggnationer av en större fastighet. Entreprenaden är av förhållandevis komplicerad karaktär och innebär ombyggnation av bland annat kontorslokaler, verkstad, snickeri, tvättstuga och portar, under nästan ett års tid.
8. Avgränsningen av ramavtalet till mindre byggarbeten och byggtjänster samt reparationer av mindre omfattning för löpande avrop, uppskattningen av avrop till 500 000 kronor per år och den krets av arbetstagare och arbetstimmar som anges i utvärderingsmodellen innebär, enligt Konkurrensverkets mening, att Avtalet inte kan anses omfattas av ramavtalet.
9. Avtalet kan alltså, enligt Konkurrensverket, inte anses ingå i de mindre byggarbeten i kommunens fastighetsbestånd som har konkurrensutsatts genom upphandlingen av Ramavtalet 2016.
10. Konkurrensverket gör således bedömningen att Avtalet inte omfattas av Ramavtalet 2016 utan utgör en ny upphandling.¹

Avtalets karaktär och upphandlingens värde

11. LOU omfattar åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt (1 kap. 2 § LOU). Ett kontrakt i LOU:s mening är ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera

¹ Jfr Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 9 mars 2018 i mål nr 2308-17. Domen har vunnit laga kraft.

- upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer (1 kap. 15 § LOU).
12. Aktuellt avtal avser en större ombyggnation av en befintlig fastighet. Avtalet är ett byggentreprenadkontrakt enligt 1 kap. 9 § LOU.
 13. 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 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.²
 14. Enligt huvudregeln i LOU ska byggentreprenadkontrakt alltså upphandlas genom ett annonserat förfarande. Vilka regler i lagstiftningen som ska tillämpas på en upphandling avgörs av de så kallade tröskelvärdena. Tröskelvärdet för byggentreprenadkontrakt uppgick 2019 till 52 620 561 kronor. Om värdet av upphandlingen överstiger tröskelvärdet ska upphandlingen som huvudregel annonseras (10 kap. 1 § LOU).
 15. Avtalet den 15 oktober 2019 avsåg en byggentreprenad till en kostnad av 11 147 000 kronor exklusive mervärdesskatt, se bilaga 1.
 16. Upphandlingen borde därmed ha föregåtts av annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU om det inte förelåg något undantag från annonsering.
 17. Av 19 kap. 7 § tredje stycket LOU framgår att det finns undantag från skyldigheten att annonsera. Såvitt framgår av utredningen har det inte förelegat omständigheter som innebär att något undantag är tillämpligt.
 18. Avtalet den 15 oktober 2019 utgör således en otillåten direktupphandling.

² 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.

Upphandlingsskadeavgift

19. 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 någon ursäkt för en överträdelse.³
20. 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.

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

21. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts (21 kap. 7 § LOU).
22. Det avtal som ansökan gäller slöts den 15 oktober 2019. En ansökan om upphandlingsskadeavgift måste således ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

23. 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).
24. Den aktuella upphandlingens värde är 11 147 000 kronor (se ovan punkten 15). Det innebär att upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till högst 1 114 700 kronor ($11\,147\,000 \times 0,1$).
25. 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).
26. 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

³ Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

överträdelsen är, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.⁴ Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁵

27. 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.⁶ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.⁷
28. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför som regel högt. Rättsläget kan inte anses oklart. Omständigheterna i det aktuella fallet är enligt Konkurrensverkets uppfattning varken förmildrande eller försvårande.
29. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 800 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Marie Östman

Rosemarie Jansson Håvik

Bifogas

Bilaga 1 – Avtal den 15 oktober 2019

Bilaga 2 – Ramavtal den 8 december 2016

⁴ Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.

⁵ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

⁶ A. prop. s. 197–198 och 369–370.

⁷ 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.

Bilaga 3 – Bilagor till ramavtalet

Bilaga 4 – Tidsplan avseende avtalet den 15 oktober 2019