



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-04-20
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
19984-11
Enhet 14

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Tornberget Fastighetsförvaltning AB i Haninge, 556428-5806
136 81 Haninge

Ombud: Advokat John Hane
Foyen Advokatfirma i Sverige KB
Box 7229
10389 Stockholm

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt LOU och bestämmer upphandlingsskadeavgiften till 68 000 kr.

Dok.Id 224667

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Förvaltningsrätten i Stockholm har i dom den 25 februari 2011, mål nr 48242-10, bl.a. avslagit Winab Företagsservice AB:s (Winabs) yrkande om att avtalen från den 20 december 2010 mellan Tornberget Fastighetsförvaltningsaktiebolag i Haninge (Tornberget) och Frekvent Cleaning Company AB (Frekvent) respektive Kajsas Städ & Service AB (Kajsas Städ) ska förklaras ogiltiga. Förvaltningsrätten konstaterade i domen att Tornberget tecknat avtal i strid med bestämmelserna om avtalsspärr men att Winab inte visat att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU har överträtts. Kammarrätten i Stockholm och Högsta förvaltningsdomstolen har inte meddelat prövningstillstånd och förvaltningsrättens dom har således vunnit laga kraft.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten jämlikt 17 kap. 1 § 1 LOU förpliktar Tornberget att betala 150 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Som grund för yrkandet anges att Förvaltningsrätten i Stockholm i dom den 25 februari 2011 (mål nr 48242-10) har fastställt att ingångna avtal har fått bestå, trots att de har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr. Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft.

Tornberget bestrider bifall till Konkurrensverkets ansökan och anger såsom talan slutligt bestämts att det inte ifrågasätts att det finns lagliga förutsättningar för att påföra upphandlingsskadeavgift, men att det i första hand finns synnerliga skäl för eftergift. I andra hand anser Tornberget att upphandlingsskadeavgiften är för hög med hänsyn till överträdelsens art. En upphandlingsskadeavgift om 50 000 kr vitsordas så som skälig i och för sig.

Förvaltningsrätten har den 30 mars 2012 hållit muntlig förhandling i målet.

Konkurrensverket anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Den aktuella upphandlingen avser städtjänster för skollokaler och förskolelokaler och har genomförts som en öppen upphandling. Upphandlingen består av tre avtalsområden, A, B och C, vilka vardera omfattar vissa angivna stadsområden. Avtalen ska gälla två år och innehåller en möjlighet till förlängning om ett plus ett år. Av tilldelningsbeslut framgår att Frekvent tilldelas avtal för avtalsområde A och C samt att Kajsas Städ tilldelas avtal för avtalsområde B. Det är ostridigt att Tornberget har tecknat avtal i strid med bestämmelserna om avtalsspärr. Tornberget har uppgett att avtal endast har ingåtts med Kajsas Städ men att denna information aldrig vidarebefordrades till förvaltningsrätten. Enligt Konkurrensverket måste de sakomständigheter som domstolen funnit utredda och lagt till grund för sitt avgörande i den underliggande domen anses som utredda av domstolen även i målet om upphandlingsskadeavgift. Förvaltningsrätten måste i förevarande mål utgå från rättsens dom i mål nr 48242-10. Av sagda dom framgår inte annat än att Tornberget har ingått samtliga kontrakt med anledning av upphandlingen. Avgiftens storlek i detta mål ska beräknas med utgångspunkt från värdet av samtliga de tre avtal som rätten i den underliggande domen fastställt ska få bestå.

När det gäller upphandlingsskadeavgift som grundar sig på att den upphandlande myndigheten har slutit ett avtal som fått bestå trots att det slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr, bör som generell princip gälla att en avgift om 25 000 kronor samt därtill ett tillägg om 0,25 procent av kontraktsvärdet ska påföras myndigheten. Omständigheterna i det enskilda fallet kan sedan motivera att avgiften fastställs till ett högre eller lägre belopp. Ett tillägg motsvarande 0,25 procent av kontraktsvärdet framstår, på samma sätt som grundbeloppet om 25 000 kronor, som skäligt vid den avvägning som ska göras vid beräkningen av avgiftens storlek. Beräknings-

sättet innebär att upphandlingsskadeavgiftens storlek blir effektiv, proportionerlig och avskräckande. Avgiften blir även förutsebar, vilket ur rättssäkerhetssynpunkt framstår som angeläget.

De sammanlagda anbudspriserna för de tre avtalsområdena i upphandlingen uppgår till 12 446 251 kronor (4 658 699 + 4 277 846 + 3 509 706). Anbudspriserna avser årskostnaden. Eftersom avtalstiden löper under två år ska anbudspriserna multipliceras med två. Därtill ska möjligheterna till förlängning av avtalen beaktas fullt ut, som om dessa faktiskt utnyttjas. Aktuella avtal innehåller en möjlighet till upp till två års förlängning utöver den inledande avtalstiden. Avtalen innehåller även föreskrifter om avrop av extra städning. Eftersom det saknas uppgifter från Tornberget om det beräknade värdet av avropen av extra städning uppskattar Konkurrensverket det samlade avtalsvärdet av dessa till sammanlagt 1 000 000 kr för samtliga avtalsområden (250 000 kronor per år).

Det sammanlagda totala värdet av de avtal som upphandlingen avser är således enligt Konkurrensverkets beräkningar 50 785 004 kronor, d.v.s. $(4 \times 12\,446\,251) + (250\,000 \times 4)$.

Med hänsyn till ovanstående bör upphandlingsskadeavgiften bestämmas till 150 000 kronor, d.v.s. ca 0,3 procent av det totala värdet av de aktuella avtalen. Yrkandet ska ses i ljuset dels av att avgiften får uppgå till 10 procent av kontraktsvärdet, dels av att Konkurrensverket i mål om upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling i allmänhet anser att en avgift om sju till åtta procent av kontraktsvärdet är rimlig, således en avsevärt strängare bedömning.

Konkurrensverkets beräkning av det samlade avtalsvärdet av avrop avseende extra städning är, i brist på uppgifter från Tornberget, ett antagande. Det är fullt rimligt att anta att sådana avrop kommer att förekomma. Vidare

utgör det uppskattade beloppet om 1 000 000 kr inte mer än ca två procent av det fasta avtalsvärdet, varför Konkurrensverkets antagande är att anse som lågt räknat. Tornberget har valt att inte inge några uppgifter om den beräknade omfattningen av extra avrop, varför denna uppskattning av kontraktsvärdet vidhålls.

Det föreligger inte några skäl för eftergift. Detta gäller i synnerhet med hänsyn till att det i detta fall rör sig om en överträdelse inom det direktivstyrda området. Överträdelsen får anses vara av normalkaraktär. Beloppet är ytterst lågt.

Yrkandet om att upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till 150 000 kr kvarstår oförändrat, oavsett om rätten finner att kontraktsvärdet ska bestämmas till 50 785 004 kronor eller till 49 785 004 kr (d.v.s. kontraktsvärdet utan något uppskattat värde av extra avrop).

Tornberget anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Den 20 december 2010 hade företrädare för Tornberget och städchefen vid Kajsas Städ ett möte på städchefens initiativ. Meningen var att kontrakt skulle tecknas vid mötet eftersom man trodde att avtalsspärren hade löpt ut. Under mötet ringde en handläggare från förvaltningsrätten och talade om att ansökan om överprövning hade kommit in. Förvaltningsrätten bad om en skriftlig bekräftelse på att avtal hade slutits, vilken skickades in till förvaltningsrätten. I meddelandet till förvaltningsrätten anges endast att avtal påtecknats. Det specificeras således inte vilket eller vilka specifika avtal. Tornberget och Kajsas Städ kom överens om att kontraktet skulle rivas eftersom det var fel. Avtalen med Frekvent tecknades först i april 2011.

Vid Konkurrensverkets beräkning av kontraktens värde räknas dock tre kontrakt in istället för som vad som i själva verket kom att undertecknas, nämligen ett kontrakt. Konkurrensverket har tagit sig friheten att lägga till

en summa om 1 000 000 kr för extra städning. Värdet för det avtalsområde som Kajsas Städ tilldelades beräknas till ca nio mkr under den tid på två år som avtalet löper. För det fall domstolen skulle finna att kontraktets värde ska ha betydelse vid bedömning av sanktionsvärde och fastställelse av avgiftens storlek ska i vart fall avtal som rör Frekvent lämnas därhän eftersom avtal aldrig undertecknats med denna part.

Överträdelsen är närmast att betrakta som trivial och avgiften ska spegla dess sanktionsvärde vilket måste vara mycket lågt och lägre än 150 000 kr. Med tanke på överträdelsens art och avsaknad av de moment som skall påverka sanktionsvärdet uppåt är det orimligt att en upphandlingsskadeavgift påförs Tornberget på sätt som framgår av Konkurrensverkets ansökan.

DOMSKÄL

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att det finns ett lagakraftvunnet avgörande från allmän förvaltningsdomstol där domstolen funnit att avtal får bestå trots att de slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr. Därmed föreligger förutsättningar för att med stöd av 17 kap. 1 § 1 LOU påföra upphandlingsskadeavgift.

Rätten har därmed att bestämma upphandlingsskadeavgiftens storlek. Frågan är vilka förutsättningar som ska läggas till grund för beräkningen. Konkurrensverket anser att avgiften ska beräknas på anbudspriset för de tre avtalsområden som omfattas av förvaltningsrättens dom den 25 februari 2011. Tornberget anser, för det fall någon upphandlingsskadeavgift överhuvudtaget ska utgå, att beräkningen ska göras utifrån anbudspriset endast för det avtalsområde där kontrakt kom att tecknas.

Ett mål om upphandlingsskadeavgift är, enligt förvaltningsrättens mening, en fristående process skild från den tidigare processen om avtals ogiltighet.

Rätten är därmed oförhindrad att pröva nya omständigheter som har kommit fram i målet och är enligt förvaltningsrättens mening inte bunden av de omständigheter som legat till grund för förvaltningsrättens tidigare avgörande.

I målet har på ett trovärdigt sätt framkommit att avtalen med Frekvent tecknades först i april 2011 och att dessa därmed aldrig tecknats i strid med rådande avtalsspärr. På grund härav finner förvaltningsrätten att upphandlingskadeavgiften ska beräknas med utgångspunkt i kontraktsvärdet endast för avtalet med Kajsas Städ.

Enligt 17 kap. 4 § andra stycket LOU ska beräkningen av kontraktsvärdet ske enligt bl.a. 3 kap. 3 och 4 §§ LOU. I 3 kap. 3 § LOU anges bl.a. följande. Värdet av kontrakt som avses i 1 eller 2 §§ ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

Den beräkningsmodell som Konkurrensverket använder framstår som rimlig och bör därför tillämpas. Det innebär att avgiften ska bestämmas till en fast del om 25 000 kr och ett tillägg om 0,25 procent av kontraktsvärdet. Möjligheten till förlängning av avtalet om ett plus ett år såväl som uppskattat värde av avrop för extra städning ska likaså beaktas vid beräkningen av kontraktsvärdet. Tornberget har inte inkommit med någon uppgift om uppskattat värde av avrop för extra städning. Det av Konkurrensverket uppskattade värdet om 1 000 000 kr får enligt förvaltningsrättens mening anses rimligt. Det aktuella avtalets kontraktsvärde motsvarar nära men minst en tredjedel av det totala kontraktsvärdet om tre kontrakt. Värdet av extra städning kan därför uppskattas till en tredjedel av det av Konkurrensverket uppskattade värdet 1 000 000 kr. Kontraktsvärdet för Kajsas Städ ska därför beräknas enligt följande.

$(4\,277\,846\text{ kr} \times 4\text{ år}) + (1\,000\,000\text{ kr} / 3) = 17\,111\,384\text{ kr} + 333\,333\text{ kr}$
 $= 17\,444\,717\text{ kr}$. Avgiften ska därför bestämmas till avrundade 68 000 kr
(25 000 kr i fast avgift + 0,25 % av kontraktsvärdet 17 444 717 kr =
68 611 kr).

Förvaltningsrätten har därefter att i enlighet med 17 kap. 5 § LOU att ta ställning till hur allvarlig Tornbergets överträdelse av avtalsspärren är samt att pröva om överträdelsen ska betraktas som ringa eller om avgiften bör efterges på grund av synnerliga skäl.

Enligt förvaltningsrättens mening är överträdelsen inte att betrakta som grov men heller inte som ringa. Att avtalet med Kajsas Städ återgått en kort tid efter att det ingåtts samt att överträdelsen av avtalsspärren enligt Tornberget berott på ett misstag kan inte anses utgöra synnerliga skäl för eftergift av avgiften. Upphandlingsskadeavgiften ska därför bestämmas till ovan angivet belopp.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a LOU).



Ulrika Melin

Rådman

Föredragande har varit Malin Adolfsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU