

PM

Till: Göteborgs stad, Intraservice

Från: Advokaten Anders Nilsson och biträdande juristen Erika Sköld

Datum: Den 6 juli 2023

Ang: Upphandlingsrättsliga frågor med anledning av förlängning av leveransavtal avseende helhetslösning för telefoni

1 BAKGRUND

Genom tidigare upphandling av helhetslösning för telefoni har Intraservice ramavtal med Telia och Tele2. Ramavtalet med Telia avser växeltjänster. Ramavtalet löper ut den 30 september 2023. Ramavtalet med Tele2 avser tjänster hänförliga till Contact Center, katalog, röstbrevlåda och hänvisning. Ramavtalet löper ut den 31 mars 2024.

Under åren 2020–2021 påbörjade Intraservice en ny upphandling avseende helhetslösning för telefoni. Upphandlingen avbröts emellertid då inga anbud inkom i upphandlingen. Under 2022 påbörjades – efter marknadsundersökning och överväganden - en ny upphandling av telefonitjänsterna vilken endast en leverantör lämnade. Offererat pris var dock mer än dubbelt så högt som den budgeterade kostnaden för de tjänster upphandlingen omfattade, varför upphandlingen den 26 juni 2023 avbröts på grund av bristande konkurrens och för högt pris.

Göteborg Stads nämnd för Inköp och Upphandling (INK) avser att genomföra en ny ramavtalsupphandling för operatörstjänster. Upphandlingen är planerad att publiceras under september 2023. Intraservice avser att eventuellt avropa "växeltjänst" och "Contact Center" som en option baserat på INK:s kommande upphandling. För att Intraservice ska kunna avropa optionen krävs emellertid att upphandlingen också omfattar växeltjänst och Contact Center som option. Det är i nuläget osäkert om INK har möjlighet att i den kommande upphandlingen inkludera tjänsterna växellösning och Contact Center eftersom den nya upphandlingen av operatörstjänster ska publiceras redan i september 2023.

För det fall Intraservice inte kan avropa optionerna enligt ovan behöver Intraservice genomföra en egen upphandling av växel- och Contact Centertjänsterna. Intraservice behöver i sådana fall förlänga nuvarande avtal för att kunna planera den kommande upphandlingen. För att tillgodose Intraservice behov behöver avtalen förlängas till och med den 30 juni 2024.

Skälen till att avtalen behöver förlängas till den 30 juni 2024 är för att få tillräcklig tid för att genomföra förnyad marknadsanalys, upprätta relevanta krav, utforma upphandlingsdokumentet, genomföra upphandling samt därefter ha tillräckligt med tid för en kvalitetssäkrad implementation av det nya telefonisystemet.

Mot ovanstående bakgrund har Intraservice gett Advokatfirman Lindahl i uppdrag att utreda huruvida Intraservice kan upphandla telefonitjänsterna genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering i enlighet med 6 kap. (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) och/eller om det är förenligt med LOU att förlänga/utöka det aktuella avtalen med Telia och Tele2.

2 SAMMANFATTNING

- Det kan föreligga sådana omständigheter som medger att Intraservice får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering med stöd av bestämmelsen i 6 kap. 15 § LOU, se närmare avsnitt 3.2.

- Förlängning av avtalen kan vara tillåten enligt bestämmelsen om kompletterande beställningar, se närmare avsnitt 4.
- Intraservice bör i första hand välja att förlänga avtalen med stöd av bestämmelsen om kompletterande beställningar, se närmare avsnitt 4.5.
- Om bestämmelsen om synnerlig brådska eller kompletterande beställningar vid en eventuell prövning inte skulle anses vara tillämplig utgör direkttilldelningen/förlängningen en otillåten direktupphandling. En sådan otillåten direktupphandling kan medföra sanktioner i form av ogiltigförklaring av avtalet, upphandlingsskadeavgift och skadestånd, se närmare avsnitt 5.

3 FÖRHANDLAT FÖRFARANDE UTAN FÖREGÅENDE ANNONSERING

3.1 Inga lämpliga anbudsansökningar eller anbud

Enligt 6 kap. 12 § LOU får förhandlat förfarande utan föregående annonsering användas om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud och de villkor som har angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte har ändrats väsentligt.

En förutsättning för att få använda förfarandet är alltså att den ursprungliga upphandlingen skulle ha genomförts antingen genom ett öppet eller genom ett selektivt förfarande. I den upphandling som Intraservice påbörjade – och som sedermera avbröts – tillämpades förhandlat förfarande med föregående annonsering. Det innebär att Intraservice inte kan använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering med stöd av 6 kap. 12 § LOU.

3.2 Synnerlig brådska

Enligt 6 kap. 15 § LOU får förhandlat förfarande utan föregående annonsering även användas om det, på grund av synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet och selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, och anskaffningen är absolut nödvändig.

Synnerlig brådska anses alltså endast föreligga om det föreligger omständigheter som inte hade kunnat förutses, tidsfristerna för andra förfaranden kan inte hållas och det föreligger ett orsakssamband mellan de omständigheter som inte hade kunnat förutses och den synnerliga brådska som följer av detta.

3.2.1 *Omständigheter som varken kan tillskrivas den upphandlande myndigheten eller kunnat förutses*

När det gäller omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten ställs det höga krav på den upphandlande myndighetens planering och organisation och de omständigheter som åberopas som skäl för att synnerlig brådska föreligger får enligt rättspraxis inte i något fall kunna tillskrivas den upphandlande myndigheten.¹ Direkttilldelning på grund av synnerlig brådska får inte heller användas för att säkerställa att ett trängande behov inte uppstår i en obestämd framtid. Direkttilldelningen får endast tillgodose ett trängande behov som redan har uppstått eller kan förväntas uppstå inom kort.² Vad som avses med "inom kort" är emellertid inte klarlagt. I rättspraxis har en tidsperiod om tre månader från det att brådskan uppstod tills entreprenaden påbörjades ansetts vara för lång tid för att synnerlig brådska skulle föreligga.³

Att en upphandling blir överprövad är enligt rättspraxis i sig inte ett godtagbart skäl för att få tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering med hänvisning till synnerlig

¹ Jfr Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1587-1589-11.

² Jfr HFD 2019 ref. 65.

³ Jfr EU-domstolens dom i mål C107/92.

brådska. Frågan om huruvida ett beslut att avbryta en upphandling är en sådan omständighet som kan tillskrivas myndigheten har däremot, såvitt vi känner till, aldrig prövats i rättspraxis.

Det är mot bakgrund av ovanstående inte möjligt att på förhand med säkerhet avgöra om det i nu aktuellt fall föreligger sådan synnerlig brådska som medför att Intraservice får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering med hänvisning till synnerlig brådska. Enligt vår bedömning finns det dock goda argumentera för att anse att Intraservice inte hade anledning att räkna med att inte få in några anbud alls i den första upphandlingen och endast ett anbud med extremt högt pris i den andra upphandlingen. Intraservice har inte haft anledning att räkna med att båda upphandlingarna riskerade att behöva avbrytas. Efter att den första upphandlingen avbröts har Intraservice dessutom gjort marknadsanalyser och överväganden för att justera upphandlingsdokumentet i syfte att öka intresset hos potentiella leverantörer att lämna anbud i den andra upphandling.

Den omständighet att Intraservice inte fått några indikationer på att det inte skulle finnas ett intresse för leverantörer att lämna anbud alls eller anbud som var extremt dyra – i kombination med att Intraservice vidtagit åtgärder i syfte att öka intresset – borde medföra att den uteblivna konkurrensen inte kan tillskrivas Intraservice. Vår uppfattning är därför att omständigheterna i det här fallet är sådana att dessa inte kunnat förutses av Intraservice.

3.2.2 *Omöjligt att hålla tidsfrister för andra förfaranden*

För att förfarandet ska få tillämpas ska det vidare vara omöjligt att hålla tidsfrister för andra förfaranden. Vid bedömning av om tidsfrister enligt andra förfaranden kan hållas ska till exempel reglerna om förkortade tidsfrister i LOU, den tid det tar att författa ett justerat, alternativt ett nytt, upphandlingsdokument, den tid det tar för utvärdering av inkomna anbud och inställelsetiden för en ny leverantör beaktas.

Viss vägledning kan hämtas från praxis av EU-domstolen.⁴ I det aktuella fallet hade en italiensk upphandlande myndighet fått en rapport om att det förelåg överhängande risk för laviner. Myndigheten direkttilldelade därför ett kontrakt för byggnation av en lavinbarriär med hänvisning till synnerlig brådska. Mot bakgrund av att det hade gått mer än tre månader från det att den upphandlande myndigheten hade fått rapporten till dess att entreprenaden påbörjades – samt då myndigheten förväntades ha känt till risken för laviner sedan länge – ansåg domstolen att den upphandlande myndigheten borde ha kunnat hålla tidsfristerna i ett påskyndat selektivt förfarande. Det är dock svårt att dra några säkra slutsatser av avgörandet, eftersom en bedömning om huruvida det är möjligt att hålla tidsfrister enligt andra förfaranden måste göras i varje enskilt fall.

Eftersom bestämmelsen endast är tillämplig under förutsättning att tidsfristerna för andra förfarande inte kan hållas bör möjligheten att genomföra ett påskyndat förfarande enligt 11 kap. 10 § LOU först övervägas. Det har dock redan i utredningen framkommit att det, inte ens genom ett påskyndat förfarande, är möjligt att genomföra upphandlingen på nytt i tid innan det nu gällande avtalet upphör att gälla. Innan upphandlingen påbörjas behöver Intraservice genomföra en ny marknadsanalys för att inte riskera att ännu en gång inte få in några anbud. Vidare behöver stora delar av upphandlingsdokumentet omarbetas för att kravställningen ska återspegla vad som framkommer i marknadsanalyserna. Vidare inleds nu sommarsemestrarna vilket medför att det under mer än en månad saknas personal hos såväl Intraservice som andra aktörer som kommer att behöva involveras. Det torde mot denna bakgrund gå att hävda att det, på objektiva grunder, de facto är omöjligt att hinna genomföra en konkurrensutsatt upphandling innan september. Det är dessutom inte möjligt hinna implementera det nya telefonisystemet innan avtalet löper ut i september 2023.

⁴ Se EU-domstolens dom i mål C107/92.

3.2.3 *Orsakssamband mellan den oförutsedda händelsen och den synnerligen brådska situationen*

Vidar måste finnas ett orsakssamband mellan brådskan och den omständighet som åberopas som grund för att ett undantagsförfarande ska vara tillämpligt. Vår bedömning är det föreligger ett orsakssamband mellan den oförutsedda händelsen – i det här fallet att det inte inkom några anbud i den första upphandlingen och endast ett extremt dyrt i den andra – och den brådska som uppstått med anledning därav. Samtliga förutsättningar måste emellertid vara uppfyllda för att Intraservice ska kunna tillämpa undantagsförfarandet med hänvisning till synnerlig brådska.

3.2.4 *Anskaffningen ska vara absolut nödvändig*

För att anskaffningen ska vara absolut nödvändig krävs det att det finns ett omedelbart behov av anskaffningen samt att det är rimligt att anta att en utebliven leverans skulle få allvarliga konsekvenser för exempelvis samhällsviktig verksamhet. Enligt vår bedömning utgör de aktuella tjänsterna sådana tjänster som är att anse som absolut nödvändiga.⁵

3.2.5 *Sammanfattande bedömning*

Enligt vår bedömning finns det argument och omständigheter som talar för att Intraservice kan tillämpa undantaget för synnerlig brådska. Mot bakgrund av att det saknas rättspraxis avseende huruvida synnerlig brådska kan anses föreligga när en upphandling har avbrutits går dock inte att utesluta att en domstol skulle göra en annan bedömning vid en eventuell prövning. Om förutsättningarna för att tillämpa undantagsförfarandet med hänvisning till bestämmelsen om synnerlig brådska inte skulle anses uppfyllda utgör direkttilldelning en otillåten direktupphandling, se närmare i avsnitt 5.

Slutligen bör noteras att en upphandling som genomförs som ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering med stöd av bestämmelsen om synnerlig brådska endast ska omfatta det omedelbara behovet av tjänsten. Avtalen kan därför endast löpa fram till dess att behovet kan tillgodoses genom ett konkurrensutsatt förfarande. Intracervice behöver därför redan nu planera för den konkurrensutsatta upphandlingen om Intracervice väljer detta alternativ, se dock avsnitt 4.5 nedan. Intracervice måste också kunna motivera varför avtalen måste gälla fram till den 30 juni 2024.

4 **KOMPLETTERANDE BESTÄLLNINGAR**

4.1 **Utgångspunkter**

När en upphandlande myndighet har ingått avtal med en leverantör får avtalsinnehållet som huvudregel inte ändras i något väsentligt avseende utan att det genomförs en ny upphandling. Om den upphandlande myndigheten genomför en väsentlig ändring av avtalet anses det medföra ett nytt avtal som är otillåtet direktupphandlat.

En förlängning av avtalstiden utöver vad som framgår av upphandlingsdokumentet utgör som utgångspunkt en väsentlig ändring.

Det finns emellertid i 17 kap. LOU ett antal undantag från huvudregeln. Bland annat får kompletterande beställningar av varor, tjänster eller byggentreprenader under vissa omständigheter göras, se 17 kap. 11 § LOU. Bestämmelsen omfattar inte alla typer av tillkommande beställningar utan de måste på något sätt kunna anses utgöra en komplettering eller tillägg i förhållande till det ursprungliga avtalet, exempelvis en utökning av befintliga uppdrag.

⁵ Jfr HFD 2019 ref. 65 vari det konstaterades att myndigheters telefonitjänster utgör sådana nödvändiga tjänster som kan medföra att anskaffningen anses absolut nödvändig.

Den aktuella förlängningen av avtalet bör i och för sig vara en sådan kompletterande beställning som bestämmelsen tar sikte på, eftersom det rör sig om en tillkommande beställning av samma tjänster som det ursprungliga avtalet avser.

En kompletterande beställning får inte innebära att värdet av kontraktet ökar med mer än 50 procent. Vi har inte någon närmare kännedom om värdet av förlängningen. Det bör dock inte överstiga 50 procent, mot bakgrund av att ersättningen enligt avtalet bör vara relativt jämnt fördelad per år och eftersom förlängningstiden inte överstiger 50 procent av den ursprungliga avtalstiden. Vi har därför i det följande utgått från att ökningen inte överstiger 50 procent av det ursprungliga kontraktsvärdet.

Kompletterande beställningar får göras under förutsättning att (i) beställningen har blivit nödvändig, (ii) leverantören av ekonomiska eller tekniska skäl inte kan bytas, och (iii) ett byte av leverantör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten.

4.2 Beställningen ska vara nödvändig

För att bestämmelsen ska vara tillämplig krävs för det första att den kompletterande beställningen har blivit nödvändig. Det är inte helt klart vad det innebär. Utformningen av motsvarande undantag i den tidigare gällande lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU) klargjorde att kompletteringen skulle vara absolut nödvändig för att slutföra det ursprungliga kontraktet, se 4 kap. 8 § 1 p. ÄLOU. Bestämmelsen tog sikte på att det inträffade en oförutsedd händelse som innebar att myndigheten behövde göra en kompletterande beställning för att det ursprungliga kontraktet skulle kunna fullgöras och att det skulle få allvarliga konsekvenser för människors liv och hälsa om så inte skedde.

Bestämmelsen i ÄLOU rörde dock undantag för att få tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering – i praktiken direktupphandling – och den nuvarande bestämmelsen i 17 kap. 11 § LOU rör ändringar av redan ingångna avtal. Ordalydelsen är också något annorlunda i den nuvarande bestämmelsen.

I skäl 108 i upphandlingsdirektivet (direktiv 2014/24/EU) anges att upphandlande myndigheter "kan ställas inför situationer där kompletterande byggentreprenader, varor eller tjänster behövs". Upphandlingsmyndigheten har angett att detta kan innebära att det är tillräckligt att beställaren anser sig behöva kompletteringsköpet och så länge en komplettering inte framstår som obehövlig är kriteriet uppfyllt. Det är således sannolikt att det finns ett större utrymme för vad som kan anses utgöra nödvändiga, kompletterande beställningar än tidigare.

Skälen till förlängningen av avtalen med Telia och Tele2 är att det inte har inkommit några anbud i Intraservice tidigare upphandlingar. Den omständigheten att Intraservice behöver genomföra förlängningen av de befintliga avtalen på grund framför allt av bristande konkurrens kan – särskilt mot bakgrund av de uttalanden som Upphandlingsmyndigheten har gjort – medföra att beställningen kan anses vara nödvändig.

4.3 Byte av leverantör kan inte ske av ekonomiska eller tekniska skäl

För det andra krävs att ett byte av leverantör inte kan ske av ekonomiska eller tekniska skäl. I förarbetena till bestämmelsen nämns som exempel krav på utbytbarhet eller driftskompatibilitet med redan befintlig utrustning, tjänster eller installationer som upphandlats vid den ursprungliga upphandlingen, se prop. 2015/16:195, s. 844. Vidare framgår av skäl 108 i LOU-direktivet att en kompletterande beställning bör vara tillåten om ett leverantörsbyte skulle tvinga den upphandlande myndigheten att anskaffa material, byggentreprenader eller tjänster med andra tekniska egenskaper med åtföljande inkompatibilitet eller oproportionerliga tekniska svårigheter vid användning eller underhåll.

I det här fallet är det inte möjligt att hinna genomföra en upphandling av och implementera nytt telefonsystem innan oktober 2023, bland annat eftersom Intraservice behöver genomföra en

ny marknadsundersökning samt genomföra omfattande justeringar av upphandlingsdokumentet innan upphandlingen överhuvudtaget kan påbörjas. Dessutom kräver ett nytt telefonisystem att systemet är kompatibelt med övriga system hos Göteborgs Stad. Dessa omständigheter bör i sig medföra att ett byte av leverantör inte kan ske av ekonomiska eller tekniska skäl.

Alternativet är att upphandla ett tillfälligt avtal, vilket enligt uppgift från Intraservice inte heller är genomförbart. Detta eftersom det skulle ta för lång tid att implementera ett nytt telefonisystem inom ramen för ett tillfälligt avtal och implementeringen skulle inte hinna bli klar innan avtalet löper ut. Därutöver finns en risk att få eller inga aktörer skulle vara intresserade av ett sådant kortsiktigt avtal, särskilt mot bakgrund av att det endast inkom ett anbud i den senaste upphandlingen.

Det ovanstående talar för att det ska anses föreligga sådana ekonomiska eller tekniska skäl som bestämmelsen tar sikte på.

Bedömningen av om det föreligger sådana ekonomiska eller tekniska skäl som avses i bestämmelsen, överlappar delvis den bedömning som ska göras av om ett leverantörsbyte skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader, se avsnitt 4.4 nedan.

4.4 Betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader

För det tredje krävs att ett leverantörsbyte skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten. Vad som avses med betydligt större omkostnader framgår inte tydligt av bestämmelsen eller förarbeten. Uttalanden i förarbetena tyder dock på att en fördubbling av kostnaden skulle krävas för att omkostnaderna vid ett leverantörsbyte ska anses vara betydligt större, se prop. 2015/16:195, s. 1130 och 1274. Bedömningen av om det skulle medföra betydligt större omkostnader för Intraservice att göra det, är alltså beroende av vilka kostnader ett leverantörsbyte medför.

Det är, som framgår ovan, inte möjligt att hinna genomföra en upphandling av och implementera ett långsiktigt telefonisystem från en ny leverantör innan oktober 2023. Det är mot den bakgrunden svårt att säga vad kostnaden om Intraservice genomför en sådan upphandling, jämfört med att förlänga det befintliga avtalet, skulle vara.

Alternativet är att upphandla ett tillfälligt avtal, vilket medför de komplikationer som framgår av avsnitt 4.3.

Vad som avses med betydande olägenheter framgår inte av bestämmelsen eller förarbeten. Det går dock att tänka sig att ovan beskrivna tekniska och tidsmässiga svårigheter skulle medföra både att en upphandling av ett nytt långsiktigt avtal innan september 2023 eller ett tillfälligt avtal, ska anses innebära betydande olägenheter enligt bestämmelsen. Enligt vår uppfattning föreligger det därför sannolikt sådana betydande olägenheter som medför att en förlängning är tillåten enligt bestämmelsen.

4.5 Slutsats

Sammanfattningsvis är vår bedömning att en förlängning av avtalen kan vara tillåten enligt bestämmelsen om kompletterande beställningar.

Observera att Intraservice enligt 17 kap. 16 § LOU genom en annons ska upplysa om ändringar som görs med stöd av bestämmelserna om kompletterande beställningar.

Det bör också noteras att Intraservice i första hand bör välja att förlänga avtalen i enlighet med bestämmelsen om kompletterande beställningar istället för att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Skälen till det är dels att det ställs så pass höga krav vid synnerlig brådska att det alltid utgör en risk att tillämpa undantaget, dels att Intraservice

behöver visa att fler omständigheter föreligger för att undantaget från konkurrensutsättning ska få tillämpas jämfört med om reglerna om kompletterande beställningar tillämpas.

5 RISKER

Om Intraservice genomför en förlängning av avtalet utan att bestämmelsen om kompletterande beställningar – eller någon annan undantagsregel i LOU – är tillämplig utgör detta en otillåten direktupphandling. Följande upphandlingsrättsliga sanktioner kan då komma att aktualiseras.

Nämnas bör att Konkurrentverket den senaste tiden har meddelat tillsynsbeslut eller ansökt om upphandlingsskadeavgift i ärenden som gäller förlängning av avtal utöver den ordinarie avtalstiden. Det har även meddelats domar i några av de ärendena, där domstolen har underkänt förlängningarna. Även om de fallen inte har rört en situation som motsvarar den situation som Intraservice nu befinner sig i, är det värt att notera att både Konkurrentverket och förvaltningsdomstolarna har en restriktiv inställning vad gäller förlängning av upphandlade avtal samt tillämpning av undantagsregler i upphandlingslagstiftningen.

5.1 Ogiltigförklaring av avtalet

Giltigheten av ett direktupphandlat kontrakt kan efter talan av en potentiell leverantör bli föremål för prövning av förvaltningsdomstol. En leverantör som anser att en otillåten direktupphandling har skett ska lämna en ansökan om överprövning av avtalets giltighet till förvaltningsrätt inom sex månader från det att Intraservice genomförde direkttilldelningen eller förlängde avtalet. Om förvaltningsdomstolen kommer fram till att en otillåten direktupphandling har skett kan domstolen ogiltigförklara avtalet.

Om det kan motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan domstolen dock besluta att avtalet ska bestå trots att förutsättningar för ogiltigförklaring föreligger. Vår bedömning är att det möjligen skulle föreligga ett sådant allmänintresse som avses i lagens mening i den aktuella situationen. Konkurrentverket har dock en skyldighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift för det fall kontraktet får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Möjligen är det relativt låg risk att en leverantör ansöker om ogiltigförklaring av avtalet för att få till stånd en ny upphandling, en sådan kommer ju att ske inom en relativt kort tidsperiod ändå. Dessutom har ju ingen leverantör varit intresserad av att tilldelas avtalen vid en ordinarie upphandling.

Ett skäl för att ansöka om ogiltigförklaring – och få det bekräftat av förvaltningsdomstol att det har skett en otillåten direktupphandling – kan dock vara att företaget därefter avser att kräva skadestånd (se avsnitt 5.3).

5.2 Upphandlingsskadeavgift

Konkurrentverket kan ansöka om upphandlingsskadeavgift med anledning av en direktupphandling. Det gäller oavsett om direktupphandlingen har varit föremål för en ogiltighetstalan enligt ovan eller inte. Också en ansökan om upphandlingsskadeavgift prövas av förvaltningsdomstol.

En ansökan om upphandlingsskadeavgift som grundas på ett avgörande om ogiltigförklaring ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från tidpunkten då avgörandet som ansökan grundas på vann laga kraft. Om flera leverantörer väckt ogiltighetstalan räknas fristen från tidpunkten då samtliga beslut med anledning av överprövningarna vunnit laga kraft. Om ingen ogiltighetstalan har väckts ska ansökan om upphandlingsskadeavgift ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att det aktuella avtalet slöts.

Om domstolen kommer fram till att en otillåten direktupphandling har skett kan den förordna att Intraservice ska betala en upphandlingsskadeavgift om lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor, dock högst tio procent av upphandlingens värde.

Beräkningen av upphandlingsskadeavgiften ska vid väsentliga ändringar baseras på det nya avtalet, som kan sägas ha uppkommit genom ändringen och som därmed omfattar både det befintliga avtalet och förlängningen. Avgiften ska alltså i det här fallet baseras på det totala kontraktsvärdet, inklusive förlängningen.

5.3 Skadestånd

Intraservice kan också bli förpliktigat att betala ersättning för skada som har uppkommit hos en leverantör på grund av att Intracervice inte har följt upphandlingslagstiftningen. Leverantören kan väcka talan om sådant skadestånd vid allmän domstol. Talan ska väckas senast inom ett år från den dag då leverantören fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om att ett avtal har slutits. Om avtalet har ogiltigförklarats av förvaltningsdomstol, räknas tidsfristen i stället från tidpunkten då avgörandet vann laga kraft.

När en upphandling inte har föregåtts av ett konkurrensutsatt upphandlingsförfarande krävs det att leverantören, för att ha rätt till skadestånd, gör sannolikt att denne skulle ha lämnat anbud i ett konkurrensutsatt anbudsförfarande och då haft en realistisk möjlighet att erhålla avtalet, se NJA 2007 s. 349.

Skadeståndets storlek ska bestämmas efter en skönsmässig bedömning, se bland annat NJA 2000 s. 712 och NJA 2007 s. 349. Vad en sådan skönsmässig bedömning skulle resultera i är svårt att bedöma i förhand, men klart är att skadeståndet kan överstiga leverantörens nedlagda kostnader och därmed i viss mån omfatta den ersättning som leverantören hade fått om den hade tilldelats avtalet.

Observera också att skadestånd kan utgå till flera leverantörer, om det är flera leverantörer som kan visa att de hade haft en realistisk möjlighet att erhålla avtalet vid en konkurrensutsatt upphandling.
