



SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Lidköpings kommun
531 88 Lidköping

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förpliktar Lidköpings kommun att betala upphandlings-skadeavgift med 190 000 kr.

BAKGRUND

Under våren 2016 annonserade kommunen en upphandling av grävtjänster. Kommunen avbröt upphandlingen p.g.a. fel i upphandlingsdokumenten. Därefter annonserade kommunen en ny upphandling den 30 augusti 2016. Kommunen avbröt dock även den upphandlingen efter att leverantörer framfört att även snöröjning borde ingå. Kommunens befintliga avtal om grävtjänster upphörde den 1 november 2016. Med beaktande härav ansåg kommunen att den efter det andra avbrytandet inte hade tid att genomföra ytterligare en annonserad upphandling och ingick därför ett direktupphandlat avtal med XR Maskincentralen AB (XRMAB). Avtalet gällde utförande av grävtjänster under perioden 1 november 2016–31 maj 2017 med möjlighet till fem månaders förlängning. Arbetet skulle utföras efter beställning på löpande räkning, huvudsakligen utifrån fastställda timpriser. Möjligheten till förlängning utnyttjades inte och avtalsförhållandet upphörde därmed den 31 maj 2017.

Under avtalstiden visade det sig att den utbetalade ersättningen överskred direktupphandlingsgränsen. Kommunen kontaktade då Konkurrensverket och redogjorde för händelseförloppet. Under Konkurrensverkets utredning har kommunen uppgivit bl.a. följande. Kommunens tidigare avtal om gräv-tjänster upphörde den 1 november 2016. Efter att två påbörjade upphandlingar avbrutits saknades tid att ta fram nya upphandlingsdokument. Kommunen ingick därför ett direktuphandlat avtal. Eftersom efterfrågan på grävtjänster normalt är låg under vintersäsongen bedömdes avtalsvärdet inte överstiga gränsen för direktupphandling. Den milda vintern medförde dock att grävarbeten kunde utföras under hela avtalsperioden och den sammanlagda kostnaden blev därför långt högre än vad kommunen uppskattat. Det var aldrig kommunens avsikt att frångå reglerna i ÄLOU, vilket bekräftas av att arbetet med en ny annonserad upphandling pågick under hela avtalsperioden. Kommunens nya upphandling av grävtjänster avslutades under år 2017 genom teckning av kontrakt.

YRKANDEN

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att Lidköpings kommun ska betala 190 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Kommunen medger att den ska åläggas att betala upphandlingsskadeavgift, men anser att upphandlingsskadeavgiftens storlek ska begränsas till 100 000 kr.

VAD PARTERNA ANFÖR

Konkurrensverket

Avtalet avser upphandlingspliktiga tjänster. Direktupphandlingsgränsen uppgick till 534 890 kr, medan den faktiska kostnaden kom att uppgå till 5 687 762 kr. De omständigheter kommunen redogjort för har legat inom

dess kontroll. Det har inte heller framkommit några andra skäl för anskaffning utan föregående annonsering. Den upphandlande myndighetens skyldighet att iaktta annonseringsskyldigheten är strikt. Det ingångna avtalet utgör därför en otillåten direktupphandling och en klar överträdelse av regelverket.

Det aktuella avtalet saknar uppgifter om vilket belopp som kan utgå. Enligt kommunen har det under avtalstiden gjorts inköp av grävtjänster för totalt 5 687 762 kr. Kontraktsvärdet bör därför bestämmas till detta belopp. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed uppgå till högst 568 776 kr (tio procent av kontraktsvärdet).

Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet är därför som utgångspunkt högt. Kommunen har dock på eget initiativ informerat Konkurrensverket om kontraktstilldelningen, vilket bör beaktas som en förmildrande omständighet och påverka sanktionsvärdet i sänkande riktning. Konkurrensverket har därför begränsat sitt yrkande till 190 000 kr. Detta motsvarar 3,3 procent av kontraktsvärdet och är påtagligt lägre än vad som normalt bör utgå vid en otillåten direktupphandling av detta slag. Den yrkade avgiftens storlek återspeglar därför de förmildrande omständigheter som föreligger i målet med anledning av kommunens agerande.

Vad gäller behovet av en avskräckande sanktion bör beaktas att upphandlingsskadeavgiften bör vara effektiv och proportionerlig. Syftet med avskräckning är inte endast individualpreventivt utan avsikten är även att andra upphandlande myndigheter ska följa regelverket. Kommunen har direktupphandlat ett avtal eftersom värdet uppskattades ligga under direktupphandlingsgränsen. Med facit i hand visade sig kostnaderna vara avsevärt högre. Enligt Konkurrensverkets erfarenhet är detta en typ av överträdelse

som är mycket vanligt förekommande. Det finns därför tydliga allmänpreventiva aspekter som motiverar att avgiften i detta fall inte sätts alltför lågt.

Kommunen

Det är riktigt att kommunen genomfört en otillåten direktupphandling. Kommunen har dock på eget initiativ informerat Konkurrensverket om den otillåtna direktupphandlingen, vilket Konkurrensverket också beaktat. Det rör sig inte heller om ett återkommande agerande. Kommunen har tidigare genomfört annonserade upphandlingar som avslutats genom tecknande av kontrakt. Att det inte blev så år 2016 beror på en serie omständigheter som tillsammans har lett fram till beslutet att genomföra en direktupphandling. Avtalet med XRMAB har ingåtts för en kortare period för att täcka behovet till dess att en ny annonserad upphandling har kunnat genomföras.

Kommunens avsikt har hela tiden varit att genomföra en bra upphandling och de fel som begåtts har rättats till för att upphandlingen slutligen ska hålla hög kvalitet. Den skada som uppstått har, från det att den upptäckts, begränsats så långt som möjligt. Avtalstiden har också begränsats till tiden för upphandlingens genomförande och kontakt har tagits med Konkurrensverket för att få stöd. Sanktionsvärdet är därför lågt och en avgift på 100 000 kr är tillräcklig för att uppnå avsedd effekt.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, i kraft och därigenom upphävdes den äldre lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU. I övergångsbestämmelserna till LOU föreskrivs dock att ÄLOU fortfarande ska gälla för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom de upphandlingar som förevarande mål gäller har påbörjats före den 1 januari 2017 är ÄLOU tillämplig i detta mål.

Av 17 kap. 1 § 3 ÄLOU framgår att allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlings-skadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller, 15 kap. 4 eller 6 §.

Av 17 kap. 4 och 5 § ÄLOU framgår följande. Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet i ett fall som detta ska ske enligt 15 kap. 3 a § där bl.a. följande anges:

Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

Vid fastställande av upphandlingskadeavgiftens 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.

Av förarbetena framgår bl.a. följande (prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 f. och 369). Domstolen har ett stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingskadeavgiftens avskräckande syfte. Ju allvarligare överträdelsen anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften bestämmas till. Hänsyn ska tas till både försvårande och förmildrande omständigheter. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Avtalstidens längd och avtalets värde kan också påverka sanktionsvärdet. Sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller ett högt värde. Vikt kan också läggas vid om avtalet i fråga fortfarande är giltigt. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Omständigheter såsom att

det är fråga om t.ex. upprepat beteende avseende att inte iaktta avtalsspärren eller att företa otillåtna direktupphandlingar bör ses som försvårande omständigheter. Det förhållandet att den som upphandlar på annat sätt drabbats negativt kan i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.

Förvaltningsrättens bedömning

Av utredningen i målet framgår klart att den direktupphandling kommunen genomfört är otillåten. En otillåten direktupphandling är i sig en allvarlig överträdelse. Dessutom kan överträdesen i detta fall inte anses ringa, varken med hänsyn till avtalets föremål och värde eller övriga omständigheter. Den av Konkurrensverket yrkade avgiften på 190 000 kr får anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar. Några synnerliga skäl för att efterge avgiften har inte framkommit. Ansökan ska därför bifallas och kommunen förpliktas att betala upphandlings-skadeavgift på 190 000 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1 D LOU).

Annette Spjuth

Rådmannen Annette Spjuth har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller

4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.