



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2014-04-23
Meddelad i
Linköping

Mål nr
589-14
Enhet 2

Sida 1 (18)

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Eskilstuna kommun

Ombud: Stadsjurist Pia Svennerholm Moberg
Eskilstuna kommun
631 86 Eskilstuna

SAKEN

Fråga om upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2014-04-23 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och förpliktar Eskilstuna kommun att betala 225 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Dok.Id 160686

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Eskilstuna kommun (Kommunen) har utan föregående annonsering enligt LOU ingått avtal med Eskilstuna Marknadsföring AB (EMAB) avseende arrangemang av två festivaler, "Springpride" som hölls den 23–26 maj samt "Eskilstuna Stadsfestival" som hölls den 1–3 augusti 2013.

Konkurrensverket har den 30 januari 2014 inkommit med en ansökan om upphandlingsskadeavgift och yrkar att Kommunen ska förpliktigas betala 225 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Kommunen motsätter sig bifall till Konkurrensverkets ansökan och yrkar i första hand att rätten ska besluta att någon upphandlingsskadeavgift inte ska betalas ut. I andra hand yrkar Kommunen att avgiften ska efterges och i tredje hand att den ska sättas ned.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Konkurrensverket

EMAB är ett bolag som har i uppdrag att synliggöra och marknadsföra Eskilstuna. Bolaget driver Eskilstuna turistbyrå och Eskilstuna Convention Bureau samt ansvarar för den operativa delen av varumärket *Eskilstuna*. EMAB ägs till 40 procent av Kommunen och till 60 procent av näringslivet.

Kommunens basavtal med EMAB

Under rubriken *Besöksnäring* i bilaga till det basavtal som ingicks mellan Kommunen och EMAB under år 2010 framgår bl.a. att det i begreppet "Besöksnäring" ingår alla typer av turism, affärsbesök, evenemang och

eventbesök samt att EMAB ansvarar för att leda, driva och utveckla turistfrågorna i hela Eskilstuna. Vidare anges mer specifikt vilka uppgifter som omfattas av uppdraget:

1. Att driva en åretruntöppen turistbyrå – kvalitetsnivå blå/gul.
2. Produktion/uppdatering av erforderligt material, såsom kartor, broschyrer, hemsidor, infostationer m.m.
3. Utveckla koncept och produkter för olika kategorier av besökare och paketera dessa.
4. Marknadsföra Eskilstuna, Torshälla och kommunens attraktioner som turistmål. Dock inkluderas härvid inga särskilda kampanjer.
5. Via exempelvis Convention Bureau verka för att få olika evenemang/konferenser förlagda till Eskilstuna.
6. Vara en aktiv partner även vid andra aktörers aktiviteter.
7. Skaffa sig kunskap om evenemang och aktiviteter för hela Eskilstuna.

Kommunens avtal med EMAB angående festivalarrangemang

Kommunstyrelsen har den 12 februari 2013 beslutat att anslå 2 500 000 kronor till "Eskilstuna stadsfestival" och RIX FM samt 500 000 kronor till festivalen "Springpride". Vidare beslutades att ge EMAB uppdraget att organisera genomförandet av arrangemangen.

Kommunen har därefter ingått ett avtal benämnt "Avtal Stadsfestivaler" (festivalavtalet) med EMAB. Avtalet avsåg de två festivaler som kommunstyrelsen beslutat att anslå medel till och innebar att EMAB gavs i uppdrag att organisera genomförandet av festivalerna. Som ersättning för utförande av uppdraget skulle Kommunen betala 3 000 000 kronor till EMAB. Avtalet angavs gälla under perioden 1 maj–31 december 2013 och hade under-tecknats av båda parter den 20 maj 2013.

Kommunen har i samband med Konkurrensverkets utredning uppgett att tilldelningen av uppdraget till EMAB skedde genom det beslut som kommunstyrelsen fattade den 12 februari 2013 och att Kommunen i maj tecknade ett kompletterande tilläggsavtal, festivalavtalet, om stadsfestivaler med EMAB. Enligt Kommunen har såväl tilldelningen av uppdragen som tecknandet av tilläggsavtalet skett inom ramen för det basavtal som Kommunen har med EMAB sedan år 2010. Av denna anledning har festivalavtalet inte föregåtts av någon annonsering. Kommunen anser sig också vara civilrättsligt bunden av basavtalet med EMAB.

Kommunen har vidare uppgett att, alltsedan EMAB:s bildande, bedömningen gjorts att vare sig tidigare eller nuvarande avtal mellan Kommunen och EMAB omfattas av upphandlingslagstiftningen. Enligt Kommunens uppfattning kan såväl kontroll- som verksamhetskriteriet anses vara uppfyllt, varför något upphandlingsförfarande inte tillämpades innan festivalavtalet ingicks.

Kommunens avtal med EMAB utgör en otillåten direktupphandling

Festivalavtalet är att betrakta som ett avtal med ekonomiska villkor mellan en upphandlande myndighet (Kommunen) och en leverantör (EMAB) avseende tillhandahållandet av en tjänst (arrangemang av festivaler). Enligt Konkurrensverkets bedömning avser festivalavtalet en tjänst som faller under kategori 27, "Övriga tjänster", i bilaga 3 till LOU. Tjänsten är därmed att klassificera som en B-tjänst varför reglerna i 15 kap. LOU ska tillämpas.

Sammanfattningsvis har Konkurrensverket uppfattat Kommunens inställning som att direktupphandling varit tillåten avseende festivalavtalet eftersom i) det skett inom ramen för basavtalet, vilket är det bindande avtal som förpliktigar Kommunen att tilldela uppdraget till EMAB, samt ii) var-

ken basavtalet eller festivalavtalet är att anse som kontrakt i LOU:s mening, detta med stöd av 2 kap. 10 a § LOU. Konkurrensverket delar inte Kommunens inställning utan anser att det i målet aktuella avtalet skulle ha upphandlats i konkurrens, vilket bl.a. medför en annonseringsplikt.

Kommunen har i yttrande till rätten anmärkt att det inte är sannolikt att någon annan leverantör hade varit intresserad av att genomföra arrangemangen eftersom dessa inte var avsedda att gå med vinst. Konkurrensverket gemälar härvid dels att Kommunens antagande är rent spekulativt, dels att detta ändå inte i sig kan motivera ett icke-annonserat förfarande eftersom de enda undantag från annonseringsskyldigheten som är tillåtna är de som uttryckligt och uttömmande anges i upphandlingsdirektiven.

Enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU får direktupphandling användas om i) kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av gällande tröskelvärde eller ii) förutsättningarna i 4 kap. 5–9 §§ LOU är uppfyllda, eller iii) det finns synnerliga skäl.

Det i målet aktuella avtalet överstiger den direktupphandlingsgräns som gällde vid avtalstillfället. De undantag som anges i 4 kap. 5–9 §§ LOU omfattar inte upphandlande myndigheters antaganden huruvida det finns intresserade anbudsgivare eller ej. Vad slutligen gäller synnerliga skäl avses med detta främst möjligheten att direktupphandla vissa hälso- och sjukvårdstjänster och socialtjänster samt även möjligheten att snabbt kunna utnyttja uppkomna tillfällen för extra förmånliga köp, t.ex. i samband med auktioner – i dessa fall krävs att det rör sig om erbjudanden som väsentligen understiger marknadspriset.

Konkurrensverket anser inte att något av lagens undantag från annonseringsplikten har varit tillämpligt angående Kommunens avtal med EMAB.

Kommunens basavtal med EMAB

Arrangemang av festivaler omfattas inte av det basavtal som ingåtts mellan Kommunen och EMAB. Även om Kommunen är civilrättsligt bunden av basavtalet innehåller det således inte några villkor som förpliktigar Kommunen att tilldela arrangerandet av sådana evenemang till EMAB. EMAB har å sin sida genom basavtalet visserligen ett uppdrag att *verka* för att få olika evenemang till Eskilstuna, men något uppdrag eller skyldighet att *arrangera* sådana återfinns inte.

I basavtalet anges istället att basuppgifterna kan komma att kompletteras med tillkommande projekt, aktiviteter och evenemang. Vidare framgår med tydlighet att det för sådana aktiviteter ska tecknas enskilda avtal, vilket Kommunen också har gjort genom tecknandet av det i målet aktuella festivalavtalet.

Festivalavtalet innehåller bl.a. villkor som reglerar vilka arrangemang EMAB ansvarar för, under vilka förutsättningar bolaget ska få ersättning för sitt uppdrag, avtalets löptid, återbetalningsskyldighet och förfarandet vid en eventuell tvist mellan parterna. Festivalavtalet är således ett självständigt avtal med kommersiella villkor, som har tecknats för arrangemang av de aktuella festivalerna och som är ömsesidigt förpliktande för båda parterna. Om de aktuella festivalarrangemangen hade omfattats av basavtalet torde det för övrigt inte ha varit nödvändigt med ett särskilt beslut från kommunstyrelsen att tilldela EMAB uppdraget.

In house-undantaget i 2 kap. 10 a § LOU

Ett avtal utgör inte ett kontrakt i LOU:s mening om avtalet slutits mellan en upphandlande myndighet och en annan juridisk person som Kommunen utövar en kontroll över som motsvarar den som den utövar över sin egen

förvaltning. Dessutom krävs att den juridiska personen bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den.

EU-domstolen har klargjort att när ett privat företag ingår som delägare i ett bolag som även till viss del ägs av en upphandlande myndighet, utesluter detta att den upphandlande myndigheten kan utöva en kontroll över bolaget som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet. Detta gäller även om den privata ägaren, till skillnad från omständigheterna i förevarande mål, endast har en minoritetsställning i bolaget. Av utredningen har framgått att EMAB till 60 procent ägs av intressenter från näringslivet. Det är därmed uteslutet att Kommunen skulle kunna anses utöva en sådan kontroll över EMAB som krävs enligt 2 kap. 10 a § LOU för att LOU inte ska vara tillämplig. Kommunens festivalavtal, jämte eventuella övriga avtal med EMAB, omfattas därmed inte av in house-undantaget.

Sammanfattande slutsatser angående direktupphandlingens tillåtlighet

Festivalavtalet avser utförandet av en B-tjänst som skulle ha annonserats och konkurrensutsatts enligt bestämmelserna i 15 kap. LOU. Någon sådan annonsering har dock inte skett. Tjänsterna i festivalavtalet omfattas inte av det tidigare ingångna basavtalet och ska därmed anses utgöra en separat upphandling. Eftersom relationen mellan Kommunen och EMAB inte uppfyller kriterierna i 2 kap. 10 a § LOU har festivalavtalet inte kunnat direkt-tilldelas med stöd av in house-undantaget. Det har heller inte i övrigt framkommit några skäl för ett icke-annonserat förfarande. Festivalavtalet utgör därför en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

En ansökan om upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling ska, om ingen överprövning av avtalets giltighet har skett, enligt 17 kap. 7 § andra stycket LOU ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

I och med att den första festivalen, ”Springpride”, arrangerades redan den 23–26 maj, och att Kommunen var förpliktigad att göra den första utbetalningen den 15 maj 2013, presumerar Konkurrensverket att parterna har påbörjat utförandet av sina avtalsförpliktelser innan avtalets tecknande. Den faktiska tidpunkten för festivalavtalets ingående torde därmed kunna bestämmas till en tidpunkt någon gång *före* den 20 maj 2013 men *efter* kommunstyrelsens beslut den 12 februari 2013 om att anslå 3 000 000 kronor till festivalerna och tilldela EMAB uppdraget.

Kontraktsvärdet

Beräkningen av avtalets värde i mål om upphandlingsskadeavgift ska enligt 15 kap. 3 a § LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet, även options- och förlängningsklausuler ska beaktas.

Enligt festivalavtalet utgick en fast ersättning om totalt 3 000 000 kronor för de båda arrangemangen. Kommunen har bekräftat att denna summa är korrekt och att kostnaderna för respektive festival har motsvarat de anslagna medlen.

Sanktionsvärde och avgiftens storlek

En upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio

procent av kontraktsvärdet. Enligt 17 kap. 5 § LOU ska vid fastställande av upphandlingsavgiftens storlek 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 att ett av syftena med upphandlingsskadeavgiften är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedlen används på ett korrekt sätt. Utgångspunkten är att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra upphandlande myndigheter avhåller sig från överträdelser. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. I förarbetena erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.

Enligt Konkurrensverkets mening bör upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten direktupphandling beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde. Därefter bör det prövas om det föreligger några förmildrande eller försvårande omständigheter i det enskilda fallet som kan inverka sänkande eller höjande på avgiften. Denna metod bidrar till en enhetlighet och förutsebarhet vid beräkningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Avtalets värde är också ett adekvat mått på hur allvarlig överträdelse en otillåten direktupphandling typiskt sett är – ju högre avtalsbelopp desto allvarigare överträdelse.

Otillåtna direktupphandlingar anses både av unionslagstiftaren och av den svenska lagstiftaren i sig vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. En upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling bör således ligga i den övre delen av skalan, i allmänhet mellan fem och tio procent av avtalets värde. Vid otillåtna direktupphandlingar

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
Enhet 2

DOM

av normalgraden, bör avgiften ligga i mitten av den övre delen av skalan, det vill säga 7–8 procent av avtalets värde.

Avtalets totala värde ska som ovan angetts beräknas till 3 000 000 kronor. En upphandlingsskadeavgift om 225 000 kronor utgör 7,5 procent av kontraktsvärdet. Den yrkade avgiften är enligt Konkurrensverkets mening vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i förevarande ärende en effektiv, avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Kommunen har, för det fall rätten finner att det rör sig om en överträdelse, anfört att det är oklart om festivalarrangemangen skulle ha upphandlats och att överträdelsen därför, samt med hänsyn även till övriga omständigheter, ska anses som ringa. I vart fall föreligger enligt Kommunens uppfattning skäl för eftergift eller nedsättning.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning står det dock klart att de aktuella arrangemangen skulle ha upphandlats i konkurrens varför Kommunen saknar grund för sin inställning angående överträdelsens sanktionsvärde.

Det bör även anmärkas att det endast är i sällsynta fall som det kan aktualiseras att någon upphandlingsskadeavgift överhuvudtaget inte ska utgå. Detta understryks i lagens förarbeten, där det anges att utrymmet för att betrakta en överträdelse som ringa är ytterst begränsat. Även när det gäller eftergift torde utrymmet i princip vara mycket litet för domstolen att besluta om att en upphandlande myndighet ska undgå att betala upphandlingsskadeavgift. Eftergift kräver enligt lagen att synnerliga skäl föreligger. I förarbetena uttalas att de situationer som åsyftas närmast är sådana där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Möjligheten att medge eftergift är en form av ventil som inte är avsedd att tillämpas annat än i rena undantagsfall. Konkurrensverket anser att det i förevarande

fall varken föreligger några skäl för eftergift eller för bedömningen att det skulle röra sig om ett ringa fall.

Kommunen

Kommunen har inte gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling. För det fall rätten skulle anse att Kommunen har gjort en otillåten direktupphandling så är överträdelsen i vart fall att anse som ringa och det ska därför inte beslutas om någon upphandlingsskadeavgift. Om rätten ändå skulle besluta om upphandlingsskadeavgift så ska avgiften, på grund av synnerliga skäl, efterges eller åtminstone sättas ned.

Festivalerna anordnades för såväl Kommunens medlemmar som utomstående besökare. Festivalerna var gratisarrangemang för alla som ville besöka dem. Arrangemangen uppfyller det kommunalrättsliga kompetenskravet på att vara av allmänt intresse. Kommunen kunde ha valt att ge en av sina egna nämnder/förvaltningar – företrädevis kultur- och fritidsnämnden/-förvaltningen – uppdraget att anordna festivalerna. Ett sådant uppdrag i egen regi hade inte behövt upphandlas enligt reglerna i LOU. Kommunen valde dock att ge uppdraget till det egna marknadsföringsbolaget EMAB eftersom denna typ av arrangemang ingick/ingår i det befintliga basavtalet mellan Kommunen och EMAB, vilket Kommunen är bunden av – såsom båda parterna tolkar avtalet. För det fallet Kommunen hade genomfört festivalerna i egen regi så hade det ekonomiska och organisatoriska slutresultatet för festivalerna i princip blivit detsamma som nu. Här vill Kommunen särskilt understryka att ingen annan arrangör sannolikt hade åtagit sig arrangemangen, eftersom de genomfördes helt utan vinst. De fanns därmed inga konkurrensaspekter att ta hänsyn till i sammanhanget. Arrangemangen genomfördes i nära samverkan mellan EMAB och Kommunen. Det är därför på sätt och vis oklart om festivalarrangemangen i sig, under förevarande omständigheter, över huvud taget skulle upphand-

lats eller inte. Överträdelsen får därför, och även med hänsyn till övriga omständigheter i ärendet, anses som ringa. Någon upphandlingsskadeavgift ska därför inte dömas ut.

Kommunen anser att det – mot bakgrund av vad som sammantaget anförts i ärendet – i vart fall finns skäl att efterge eller sätta ned upphandlingsskadeavgiften.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER M.M.

Av 2 kap. 10 a § LOU framgår att med kontrakt enligt 10 § avses dock inte avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om

1. den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, och
2. den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den.

Enligt 15 kap. 3 § LOU ska en offentlig upphandling enligt detta kapitel göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5–9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

Av 15 kap. 4 § LOU framgår att den upphandlande myndigheten vid förenklat förfarande ska begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som möjliggör

effektiv konkurrens. Vidare anges att den upphandlande myndigheten vid urvalsförfarande ska publicera en ansökningsinbjudan genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Myndigheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in. Antalet ska bestämmas med hänsyn till arten av det som ska upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens ska uppnås.

Enligt 17 kap. 1 § 3 LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) bl.a. 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 §.

Enligt 17 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.

Enligt 17 kap. 5 § första stycket LOU ska vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek 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 lagens förarbeten framgår bl.a. följande avseende sanktionsvärde. Inom de givna beloppsramarna bör beslutande instans ha ett betydande utrymme att fastställa avgiftens storlek. Det bör dock erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Syftet med förslaget är att ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Om det t.ex. är så att rättsläget är oklart bör det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig.

Som framgått tidigare anses otillåtna direktupphandlingar exempelvis vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Om det däremot i visst fall är oklart i rättspraxis huruvida en viss vara eller tjänst ska upphandlas och någon upphandling inte har skett, bör sanktionsvärdet anses relativt lågt just i det fallet, trots att det konstateras att upphandlingsbestämmelserna skulle ha iakttagits. [...] Vidare kan avtalstidens längd och värdet påverka sanktionsvärdet på så sätt att sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller högt värde (prop. 2009/10:180 s. 197). – I specialmotiveringen till 17 kap. 5 § LOU uttalas bl.a. följande. Domstolen har stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Detta innebär att hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Utgångspunkten bör dock vara att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra avhåller sig från överträdelser. Ju allvarligare överträdelserna anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. (a.prop. s. 369 f.).

FÖRVALTNINGSRÄTTENS BEDÖMNING

Utgör Kommunens avtal med EMAB en otillåten direktupphandling?

Kommunen har utan föregående annonsering enligt LOU ingått avtal med EMAB avseende arrangemang av två festivaler. Förvaltningsrätten anser i likhet med Konkurrensverket att festivalavtalet avser en B-tjänst på vilken reglerna i 15 kap. LOU ska tillämpas.

En offentlig upphandling enligt 15 kap. LOU ska enligt 3 § göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av tröskelvär-

det som 2013 låg på 1 897 540 kronor. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5–9 §§ LOU är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

Det är otvistigt i målet att kontraktsvärdet uppgår till 3 000 000 kronor. Beloppet ligger således över 15 procent av tröskelvärdet. Detta innebär att 15 kap. LOU är tillämpligt, men att direktupphandling som utgångspunkt inte får användas. För att Kommunen ska anses ha genomfört en tillåten direktupphandling krävs således att något av undantagen i 4 kap. 5–9 §§ LOU är uppfyllda eller att det finns synnerliga skäl.

Det Kommunen har anfört avseende det faktum att ingen annan arrangör sannolikt hade åtagit sig arrangemangen då dessa genomfördes helt utan vinstsyfte, omfattas inte av de undantag som anges i 4 kap. 5–9 §§ LOU. Av det som framkommit i målet konstaterar förvaltningsrätten att det inte heller kan anses föreligga synnerliga skäl för direktupphandling.

Kommunen har emellertid i målet invänt att det s.k. *In house-undantaget* i 2 kap. 10 a § LOU är tillämpligt, både vad avser basavtalet och festivalavtalet och att avtalen därmed inte utgör kontrakt i LOU:s mening.

Föreligger undantag enligt 2 kap. 10 a § LOU?

Av EU-domstolens praxis framgår att en upphandlande myndighet ska ha möjlighet att utföra de allmännyttiga uppgifter som ankommer på den genom att utnyttja resurser inom den egna organisationen. I sådana fall anses det inte föreligga något kontrakt med ekonomiska villkor ingånget mellan myndigheten och en separat juridisk person, varför upphandlingsreglerna inte ska tillämpas på en sådan transaktion. EU-domstolen har emellertid

även fastslagit att kontrakt som tilldelas mellan skilda juridiska personer under vissa omständigheter kan undantas från upphandlingskyldigheten.

Gränserna för detta undantag har klart och tydligt formulerats bland annat i EU-domstolens mål C-107/98 *Teckal* och mål C-94/99 *ARGE Gewässer-schutz*. Detta undantag, de s.k. *Teckal-kriterierna*, har införts i svensk rätt genom bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU. Detta innebär att avtal som uppfyller både kontroll- och verksamhetskriteriet i nyss nämnd paragraf inte omfattas av begreppet upphandlingskontrakt och behöver därmed inte upphandlas enligt LOU.

EU-domstolen har dock i mål C-26/03 *Stadt Halle* konstaterat att när ett privat företag ingår som delägare i ett bolag som även till viss del ägs av en upphandlande myndighet, så utesluter detta att den upphandlande myndigheten kan utöva en kontroll över bolaget som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet (kontrollkriteriet). Detta gäller även om den privata ägaren endast har en minoritetsställning i bolaget.

Av utredningen har framgått att EMAB till 60 procent ägs av näringslivet. Förvaltningsrätten finner således att Kommunen inte kan anses utöva en sådan kontroll över EMAB som krävs för att undantaget enligt 2 kap. 10 a § LOU ska vara tillämpligt.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis bedömer förvaltningsrätten att Kommunens förfarande att, utan föregående annonsering enligt LOU, ingå avtal med EMAB avseende arrangemang av två festivaler är att betrakta som en otillåten direktupphandling. Det finns därför grund för att pröva frågan om Kommunen ska erlägga en upphandlingsskadeavgift.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Förvaltningsrätten bedömer inledningsvis att Kommunens överträdelse inte kan anses som ett ringa fall och att det finns skäl för att besluta om att Kommunen ska påföras en upphandlingsskadeavgift.

Upphandlingsskadeavgiften, som begränsas av kontraktets värde, ska bestämmas inom intervallet 10 000–300 000 kr. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.

Konkurrensverket menar att otillåten direktupphandling har ett högt sanktionsvärde och ansöker om en upphandlingsskadeavgift om 225 000 kr, vilket utgör cirka 7,5 procent av avtalets värde. Kommunen har anfört att det faktum att man anser att det är oklart om festivalarrangemangen i sig över huvud taget skulle ha upphandlats samt att ingen arrangör sannolikt hade åtagit sig uppdraget då det genomfördes utan vinstsyfte bör verka i förmildrande riktning.

Lagstiftaren har uttryckt att en otillåten direktupphandling typiskt sett bör ses som en allvarlig överträdelse. Det har i målet inte framkommit skäl att göra en annan bedömning. Förvaltningsrätten anser inte att det, mot bakgrund av den information som lämnats av parterna i målet, finns stöd för att hävda att det skulle ha varit oklart huruvida festivalarrangemangen skulle upphandlas. Inte heller kan det faktum att festivalerna genomfördes utan vinstsyfte ses som någon förmildrande omständighet. I syfte att markera vikten av att offentliga kontrakt blir föremål för konkurrens och för att verka avskräckande bör sanktionsvärdet vara högt. Avgiften bör därför bestämmas inom den övre delen av det ovan nämnda intervallet. Förvaltningsrätten anser således att överträdelsen är klar och finner att den upphandlingsskadeavgift som Konkurrensverket ansökt om, vilket motsvarar cirka 7,5 procent av kontraktsvärdet, får anses vara väl avvägd. Det saknas skäl att efterge avgiften.

Sammanfattning

Mot bakgrund av det ovan anförda ska Konkurrensverkets ansökan bifallas och Kommunen förpliktigas att betala en upphandlingsskadeavgift om 225 000 kronor.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1D).


Magnus Wickström

Föredragande har varit Andrea Ritzer.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.