



KLAGANDE

Lunds kommun

Ombud: Delia Ander
Lunds kommun
Box 41
221 00 Lund

Ombud: Jur.kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2014 -12- 19	
Avd	JU
Dnr	709/2013
KSnr	3.5.3 Aktbil

MOTPART

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 24 mars 2014 i mål nr 758-14,
se bilaga A

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Lunds kommun yrkar i första hand att ansökan om upphandlingsskadeavgift ska avvisas, i andra hand att ansökan ska avslås och i tredje hand att avgiften ska efterges. Kommunen anför följande.

Bestämmelsernas tillämplighet

Ansökan om upphandlingsskadeavgift ska avvisas eftersom upphandlingen påbörjades före den 15 juli 2010, dvs. innan reglerna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft.

Avgörande i domslut/domskäl

Det saknas ett laga kraftvunnet avgörande där förvaltningsrätten i domslutet har fastställt att avtalet får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Domskäl vinner inte rättskraft. Förutsättningarna för att föra på en upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 2 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, är därmed inte uppfyllda.

Överprövning av lagakraftvunnet avgörande

Kammarrätten avvisade Lunds kommuns överklagande i målet om avtalets giltighet och anförde då, att vad som sägs i domskälen inte är bindande i en kommande process om upphandlingsskadeavgift. Kommunen har därigenom berövats sin rätt att få frågan prövad i högre instans, samtidigt som Menigo Foodservice AB i allmän domstol yrkar skadestånd för utebliven vinst och åberopar förvaltningsrättens dom om avtalets giltighet som stöd.

Sanktionsvärde

Kommunens avsikt har hela tiden varit att tilldela kontrakt efter en annonserad upphandling. Det är dock inte möjligt att vid planeringen av en upphandling räkna med en process i sju instanser. Kommunen förlängde initialt det tidigare ramavtalet med Menigo. Bolaget utnyttjade dock sin ställning och höjde successivt priserna så att det ekonomiska läget blev ohållbart. För att lösa livsmedelsförsörjningen beslutade kommunen då att med Martin & Servera upphandla livsmedel genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Förutsättningarna för ett sådant förfarande var uppfyllda och det finns inte något krav på att bjuda in mer än en leverantör. Direktupphandlingen genomfördes i enlighet med lagen.

Det var nödvändigt att förlänga avtalet med Martin & Servera, eftersom utvärderingen av upphandlingen inte var klar när en eventuell förlängning av avtalet skulle aviseras. Avtalet medgav en kortare förlängning än ett år, men tiden var väl avvägd. Livsmedelsupphandlingar överprövas regelmässigt och erfarenheten har visat att det i genomsnitt tar 9,5 månader från det att tilldelningsbeslutet meddelats tills en dom vunnit laga kraft. En upphävandeklausul hade kanske kunnat förkorta avtalstiden med någon månad. Sådana klausuler förekommer dock inte i livsmedelsbranschen och det är svårt att se hur de skulle fungera i praktiken. Konsekvensen av en klausul är högre inköspriser.

Det råder en konkurrensbrist inom marknaden. Det medför att de två aktörerna har en stark förhandlingsposition vid fastställandet och uppföljningen av villkoren i livsmedelsavtalen.

Kommunens upphandling av livsmedel är den mest omfattande och komplexa upphandling som kommunen har genomfört. Det rör sig om cirka 1 300 produkter med många obligatoriska krav som ska utvärderas och ungefär 500 leveransställen. Både förberedelser och utvärderingar har därför tagit tid, men inte onödigt lång tid. Kommunen har också lyft ut färskt kött från upphandlingen och upphandlat detta separat. Planeringen har gjorts med beaktande av vad som är rimligt ur ett såväl tidsmässigt som personalmässigt perspektiv. Kommunen har inte varit passiv, utan har försökt att agera ansvarsfullt. Det preventiva syfte som upphandlingsskadeavgiften har bör inte kunna motivera en avgift i kvartsmiljonsklassen.

Den situation som kommunen befinner sig i är i allt väsentligt densamma som den i Högsta förvaltningsdomstolens dom den 30 juni 2014 i mål nr 5117–5121-13. Situationen som uppstått är föranledd av omständigheter som i huvudsak legat utanför vad myndigheten själv hade kunnat förutse och påverka. Det saknas därför skäl för upphandlingsavgift. Någon månads

snabbare handläggning hade inte gjort någon skillnad för det dröjsmål som kommunen hamnat i.

Enligt HFD:s avgörande ska samtliga relevanta omständigheter beaktas som förmildrande vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiften. Syftet med bedömningen är att konstatera om det rör sig om ett sådant medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen så att avgiften fyller en avskräckande funktion.

Det tillfälliga avtalet i HFD:s avgörande var utan tidsbegränsning och blev i praktiken gällande i två år och sju månader, medan Lunds kommuns tillfälliga avtal var tidsbegränsat till maximalt två år. Kommunerna i det åberopade avgörandet dröjde nio månader från förvaltningsrättens dom till det att kontrakt tecknades och det direktupphandlade avtalet kunde avbrytas.

Eftergift

Rättstillämpningen har varit felaktig vid tre tillfällen sedan den först annonserade upphandlingen. Vid den första överprovningen riskerade sökanden inte någon skada och ansökan borde inte ha lett till ingripande (jfr HFD 2013 ref. 53). I målet om avtalets giltighet förutsatte förvaltningsrätten felaktigt att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering kräver att fler än en leverantör bjuds in till anbudsgivning. Förvaltningsrätten kom därför fram till att avtalet tillkommit på ett otillåtet sätt. Kammarrätten avvisade därefter felaktigt kommunens överklagande och vägrade därigenom kommunen en prövning av avtalets giltighet i högre instans. Dessa omständigheter utgör skäl för eftergift.

Konkurrensverket anser att överklagandet ska avslås och anför följande.

Bestämmelsernas tillämplighet

Lunds kommun har genomfört fem olika upphandlingar i avsikt att ingå kontrakt om livsmedelsleveranser. Varje upphandling måste ses som en

separat upphandling. Förhandlat förfarande utan föregående annonsering är ett annat förfarande än ett annonserat förfarande. Avtalet som ingicks med Martin & Servera efter förhandling utan föregående annonsering kan inte anses påbörjad innan åtgärder vidtogs för det valda förfarandet (jfr C-576/10 Kommissionen mot Nederländerna). Upphandlingen påbörjades därför efter den 15 juli 2010.

Avgörande i domslut/domskäl

Konkurrensverket ska ansöka om upphandlingsskadeavgift om en förvaltningsdomstol i ett avgörande som vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, oavsett om det anges i domslutet eller enbart framgår av domskälen, vilket nu också slagits fast i HFD:s dom den 30 juni 2014 i målen 5117–5121-13.

Överprövning av lagakraftvunnet avgörande

Domstolen ska i ett mål om upphandlingsskadeavgift inte ompröva ett lagakraftvunnet beslut om ett avtals giltighet, vilket också nu bekräftats genom nämnda HFD-avgörande.

Kammarrätten borde inte ha avvisat Lunds kommuns talan i målet om avtalets giltighet. Avvisningsbeslutet kan dock inte få som konsekvens att kammarrätten i det här målet ska göra en ny prövning av omständigheterna som rör avtalets giltighet, där avgörandet har vunnit laga kraft. Eventuella felaktigheter i den underliggande domen saknar betydelse för frågan om upphandlingsavgift ska fastställas eller inte. Sådana omständigheter bör kunna beaktas endast inom ramen för bedömningen av sanktionsvärdet och avgiftens storlek på så sätt att avgiften bestäms till ett mycket lågt belopp eller efterges helt.

Sanktionsvärde

Uttrycket ”absolut nödvändigt” i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU måste innebära att det inte är tillräckligt att det är absolut nödvändigt för den

upphandlande myndigheten att försäkra sig om leveranser av avtalsföremålet och att den uppkomna tidsnöden inte kunnat förutses av myndigheten för att få rätt att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Det krävs också att det är absolut nödvändigt att ingå ett avtal med de aktuella villkoren (jfr C-6/05 Medipac). Kraven på planering och organisation är strikta. Det var inte absolut nödvändigt för Lunds kommun att ingå ett avtal om två år utan möjlighet till uppsägning om ett korrekt upphandlat avtal hade kunnat ingås inom det direktupphandlade avtalets löptid.

Kommunens avsikt har varit att tillgodose livsmedelsförsörjningen genom en annonserad upphandling. När det nuvarande ramavtalet löper ut har kommunen dock direktupphandlat livsmedel i fem år. Mot den bakgrunden har såväl utvärderingarna som tiden mellan domstolarnas avgöranden och annonseringen av en ny upphandling tagit anmärkningsvärt lång tid. Mycket av det nödvändiga arbetet borde redan vara gjort och förberedande åtgärder hade kunnat vidtas.

En upphandlingsskadeavgift av normalgraden bör vid en otillåten direktupphandling bestämmas till 7–8 procent av upphandlingens värde. Vid temporära avtal som har ingåtts på grund av tidsnöd som uppstått då upphandlingen stoppats av överprövning är sanktionsvärdet väsentligt lägre. Konkurrensverket har i sådana situationer yrkat på en avgift runt en procent. I de fallen har upphandlingens värde dock varit betydligt lägre. Det yrkade beloppet om 250 000 kr utgör 2,3 promille av det totala kontraktsvärdet, vilket utgör ett mycket lågt sanktionsvärde. Utrymmet för eftergift och bedömningen om det är fråga om ett ringa fall är i de direktivstyrda fallen närmast obefintlig. I lagens förarbeten anges att det i dessa fall ska finnas en alternativ sanktion.

I HFD:s dom den 30 juni 2014 i målen 5117–5121-13 förelåg det starkt förmildrande omständigheter. De omständigheter som där beaktades som

förmildrande var desamma som Konkurrensverket hade beaktat. Varken skadestånd till leverantörer eller det faktum att avtalet fått bestå av tvingande hänsyn till leverantörer var trots kommunernas åberopande sådana faktorer som beaktades som förmildrande.

Det finns skillnader mellan HFD:s mål och det här målet. De tillfälliga avtalen i HFD-avgörandet var tidsbegränsade till att gälla endast fram till dess att avtal kunnat tecknas i den ordinarie annonserade upphandlingen. Värmlandskommunerna hade planerat in längre tid från tilldelningsbeslut till tidigare avtals upphörande. Lunds kommun har dröjt onödigt länge från ingripande i upphandlingen till annonseringen av en ny upphandling. Upphandlingsvärdet i avgörandet från HFD var mellan 2,2 och 5,3 mnkr, medan Lunds kommuns upphandling är värd 110 mnkr. Lunds kommuns anskaffning av livsmedel kunde inte anstå, men det rör sig inte om omständigheter som i huvudsak legat utanför vad kommunen hade kunnat förutse och påverka. Utrymmet för nyansering är till följd av upphandlingsvärdet större i detta mål än i HFD:s avgörande.

Eftergift

Det ligger i sakens natur att eftergift på grund av synnerliga skäl kan komma i fråga endast i mycket sällsynta fall, där den upphandlande myndigheten har drabbats av helt orimliga konsekvenser som gör att det skulle framstå som stötande att besluta om upphandlingsskadeavgift. Eftersom Lunds kommun inte uttömde ordinarie rättsmedel och överklagade kammarrättens avvisning i målet avseende avtalets giltighet, kan den omständigheten att kommunen nekades en prövning i fler instanser inte utgöra synnerliga skäl.

Det finns inget krav på att bjuda in fler än en leverantör vid förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5–8 §§ LOU. Däremot talar det tidsmässiga förloppet och utformningen av det temporära avtalet för att kommunen inte fick sluta avtalet utan föregående annonsering på

grund av synnerlig brådska. Det är därför inte sannolikt att den nekade prövningen i flera instanser som kommunen drabbats av haft någon inverkan på utgången i ogiltighetsmålet. Här finns det inte synnerliga skäl för eftergift.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Bestämmelsernas tillämplighet

Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft den 15 juli 2010 och ska enligt övergångsbestämmelserna inte tillämpas på upphandlingar som påbörjats innan bestämmelserna trädde i kraft, se övergångsbestämmelserna till SFS 2010:521.

Den upphandling som resulterade i avtalet mellan Lunds kommun och Martin & Servera den 18 december 2012 får anses ha påbörjats först när Lunds kommun vidtagit åtgärder för att ingå avtalet, vilket i detta fall tidigast kan anses ha varit när kommunen den 26 september 2012 publicerade ett meddelande om förhandsinsyn av ett tillfälligt avtal om leverans av livsmedel. Upphandlingen påbörjades därmed efter den 15 juli 2010, varför bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift är tillämpliga.

Avgörande i domslut/domskäl

En förutsättning för att domstolen ska få besluta om upphandlingsskadeavgift är att en allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, se 17 kap. 1 § 2 LOU. HFD har i avgörandet den 30 juni 2014 i mål nr 5117-5121-13 fastställt att det av bestämmelsen inte kan läsas ut ett krav om att det också ska anges i själva domslutet. Förutsättningarna för att föra på upphandlingsskadeavgift är därmed uppfyllda genom förvaltningsrättens lagakraftvunna avgörande i mål nr 334-13.

Överprövning av lagakraftvunnet avgörande

HFD har i den nämnda domen i mål nr 5117–5121-13 slagit fast att någon överprövning inte ska göras av det lagakraftvunna avgörande som Konkurrensverket lägger till grund för sin ansökan. Där sägs också att domstolen vid bestämmande av avgiften ska ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte.

Sanktionsvärde

Enligt förarbetena till bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift (prop. 2009/10:180 s. 197 f. och 370) bör beslutande instans ha ett betydande utrymme att fastställa avgiftens storlek, även om det erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Avtalstidens längd och kontraktsvärdet för den otillåtna direktupphandlingen kan påverka sanktionsvärdet. När ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan det antas att det åtminstone i vissa fall kan vara fråga om en överträdelse där sanktionsvärdet är förhållandevis lågt. Överträdelsen kan i en del av dessa fall snarare antas bero på de allmänna omständigheterna än på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen. Det följer dock av ändringsdirektivet att en sanktion ska bestämmas även i dessa fall. Ett upprepat beteende hos upphandlande myndighet bör ses som en försvårande omständighet. Det förhållandet att en upphandlande myndighet drabbas negativt kan däremot i vissa fall ses som en förmildrande omständighet. I sällsynta fall när överträdelsen får anses ringa, bör det aktualiseras om någon avgift över huvud taget ska dömas ut. I de direktivstyrda fallen ska det finnas en alternativ sanktion till ogiltighet, varför utrymmet att anse en överträdelse som ringa och underlåta att påföra en avgift är ytterst begränsat.

Av parternas argumentation framgår att Lunds kommuns syfte hela tiden har varit att teckna ett ramavtal för livsmedelsförsörjningen genom en annonserad upphandling och inte att kringgå upphandlingslagstiftningen. Det tillfälliga avtalet har inte heller varit avsett att ersätta en tilldelning genom ett annonserat förfarande, utan att tillgodose det nödvändiga behovet av livsmedel under pågående överprövning samt genomförandet av en ny upphandling. Ett kontrakt tecknades den 27 november 2013 efter ett annonserat förfarande. Dessa omständigheter får anses förmildrande.

Till följd av bristande planering har å andra sidan den tid som Lunds kommun kommit att upphandla livsmedel utan konkurrensutsatt förfarande kommit att bli längre än nödvändigt. Kommunen har inte heller medgett tillräcklig tid från tilldelningsbeslut till det att avtalet upphörde den 31 mars 2010. Kommunen har också låtit lång tid passera, dels från domstolsingripanden till nya annonseringar, dels för genomförandet av upphandlingarna. Det är visserligen fråga om en omfattande och komplex upphandling, vilket i sig kan medge en något längre tidsåtgång. Det är dock kommunen själv som valt både föremål och form för upphandlingen. Dessutom kommer det direktupphandlade avtalet att bestå mer än ett år efter det att ett tilldelningsbeslut meddelats efter ett konkurrensutsatt förfarande. Till detta kommer att avtalet har ett högt totalt värde. Samtliga nu nämnda omständigheter får bedömas som försvårande.

Utifrån ovan redovisade omständigheter, som inte i alla delar har legat utanför kommunens kontroll, bedömer kammarrätten till att börja med att överträdelsen inte kan betraktas som ringa. Det betyder att en upphandlings-skadeavgift ska påföras.

Konkurrensverket har vid fastställandet av den yrkade upphandlings-skadeavgiften om 250 000 kr utifrån sanktionsvärdet beaktat såväl förmildrande som försvårande omständigheter. Avgiften uppgår till endast 2,3 promille av

det totala kontraktsvärdet mot i normalfallet 7–8 procent. Avgiftsbeloppet får anses väl avvägt.

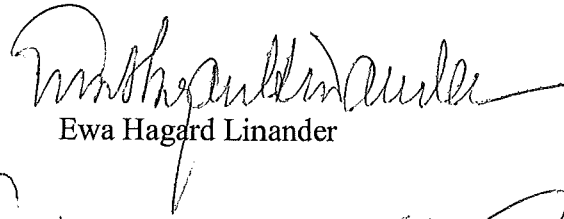
Eftergift

Om det i det enskilda fallet finns synnerliga skäl får avgiften efterges. Med synnerliga skäl avses enligt förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 198) närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Bestämmelsen får ses som en ventil som inte är avsedd att tillämpas annat än i rena undantagsfall.

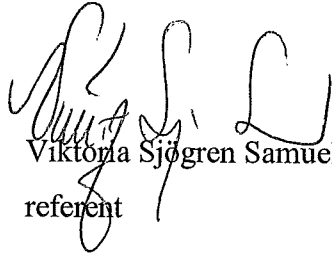
Kommunen har utöver ovan redovisade förmildrande omständigheter hävdad att också domstolarnas felaktiga rättstillämpningar sedan den först annonserade upphandlingen genomfördes, utgör synnerliga skäl för eftergift. Konkurrensverket har invänt att kommunen inte uttömde ordinarie rättsmedel i tidigare process och att det var därför som avtalets giltighet kom att prövas av endast en domstolsinstans.

Kammarrätten bedömer att varken dessa bakomliggande omständigheter, eller det som kommunen i övrigt åberopat, utgör synnerliga skäl för eftergift. Det betyder att den av förvaltningsrätten utdömda upphandlings-skadeavgiften ska stå fast.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

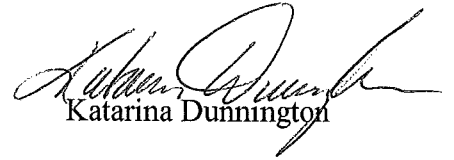


Ewa Hagard Linander

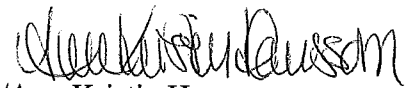


Viktoria Sjogren Samuelsson

referent



Katarina Dunnington



/Ann-Kristin Hansson



SÖKANDE
Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART
Lunds kommun
Box 41
221 00 Lund

Ombud: Delia Ander
Upphandlingsenheten Lunds kommun
Box 41
221 00 Lund

Ombud: Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

SAKEN
Ansökan om påförande av upphandlingsskadeavgift enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten tar upp ansökan till prövning i sak och avslår därmed Lunds kommuns yrkande att Konkurrensverkets ansökan ska avvisas.

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Lunds kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 250 000 kr.

Bilaga A

Dok.Id 197525

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

ANSÖKAN

Konkurrensverket yrkar i ansökan att förvaltningsrätten jämlikt 17 kap. 1 § 2 LOU ska förplikta Lunds kommun att betala 250 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Till grund för talan anförs sammanfattningsvis följande. Förvaltningsrätten i Malmö har i dom den 16 maj 2013 i mål nr 334-13 om överprövning av giltigheten av ett avtal som ingåtts mellan Lunds kommun och Martin & Servera beslutat att sagda avtal ska bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 § LOU. Domen, som har vunnit laga kraft, utgör grunden för påförande av upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket anser att avgiften i detta fall bör bestämmas till skäliga 250 000 kr. Avgiften motsvarar ca 0,23 procent av den otillåtna direktupphandlingens totala kontraktsvärde.

YRKANDE, INSTÄLLNING M.M.

Lunds kommun (kommunen) motsätter sig bifall till ansökan och yrkar för egen del att ansökan ska avvisas eftersom upphandlingen i fråga påbörjats innan reglerna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft. Till grund för talan anförs bl.a. följande. Livsmedelsupphandlingen som ligger till grund för nuvarande avtal med Martin & Servera påbörjades 2009. Därefter har flera upphandlingsförfaranden annonserats. Två av tre öppna förfaranden samt ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering har underkänts genom domar som vunnit laga kraft. Upphandling 5 är numera avslutad och avtal har tecknats. Samtliga nämnda upphandlingsförfaranden rör samma kontraktsföremål. En upphandling ska anses påbörjad när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta har kommit till kännedom utåt (jfr HFD 2013 ref 31). Det är den ursprungliga annonseringen som är avgörande för upphandlingens påbörjande och det är LOU i dess lydelse före den 15 juli 2010 som är tillämplig på upphandlingen. Eftersom denna lag saknar bestämmelser om upphandlingsskadeavgift ska ansökan avvisas.

Konkurrensverket saknar vidare lagstöd för sin ansökan. Den dom från Förvaltningsrätten i Malmö som Konkurrensverket lägger till grund för ansökan innebär att Förvaltningsrätten avslår sökandens ansökan om att avtalet ska ogiltigförklaras. Att avtalet ska få bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse framgår endast domskälsvis. Domskäl kan inte vinna laga kraft. Domen innebär inte att domstolen i ett lagakraftvunnet avgörande har fastställt att avtalet får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Därmed saknas grund för ansökan. Det är nödvändigt att en domstol som funnit att ett avtal ska få bestå anger det ställningstagandet i själva domslutet. Annars går rätten att överklaga förlorad för den upphandlande myndigheten. Lunds kommun har överklagat den aktuella domen till Kammarrätten i Göteborg som avvisade kommunens talan (mål nr 3539-13). Av skälen härför framgår "Vad Förvaltningsrätten anfört domskälsvis är enligt Kammarrättens bedömning inte bindande i den kommande processen avseende upphandlingsskadeavgift". Kammarrätten synes därmed vara av samma uppfattning som Lunds kommun, nämligen att det endast är domslutet som vinner laga kraft. Förvaltningsrätten kan inte heller genom direktivkonform tolkning besluta om att upphandlingsskadeavgift ska utgå i strid med ordalydelsen i 17 kap. 1 § LOU. Mot denna bakgrund föreligger ingen möjlighet för förvaltningsrätten att bifalla Konkurrensverkets ansökan.

Det har hela tiden varit kommunens avsikt att genomföra en annonserad upphandling för att säkra livsmedelsförsörjningen. Det har varit nödvändigt att förlänga avtalet med Martin & Servera i oktober 2013 eftersom utvärderingen i det öppna förfarandet inte var klar. Det fanns vid tillfället för förlängningen av avtal i upphandling 4 en överhängande risk för att avtalstecknande i upphandling 5 skulle fördröjas ytterligare ett år pga. överprövning och Lunds kommun har inför denna risk inget annat val än att förlänga befintligt avtal. Det är mot denna bakgrund tydligt att kommunen har haft rätt att tillämpa för-

handlat förfarande utan föregående annonsering och att någon grund för upphandlingsskadeavgift inte föreligger.

Konkurrensverket vidhåller i yttrande sin ansökan och invänder följande. Det finns enligt verkets uppfattning inte något utrymme för domstolen att i mål enligt 17 kap. 1 § 1-2 LOU göra en ny prövning av omständigheterna i ogiltighetsmålet i frågan om myndigheten gjort sig skyldig till en överträdelse eller om upphandlingen påbörjats innan reglerna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft. Den i målet aktuella direktupphandlingen har dock påbörjats vid en tidpunkt efter den 15 juli 2010. Den otillåtna direktupphandlingen ingicks den 18 december 2012. Närmast föregående upphandling, dvs upphandling 3, publicerades genom förhandsinsyn den 26 september 2012. Upphandling 4 måste således vara påbörjad vid en tidpunkt efter den 26 september 2012. Reglerna om upphandlingsskadeavgift är därmed tillämpliga. Förvaltningsrätten har vidare i den dom som ligger till grund för ansökan prövat avtalets giltighet. Det är det faktum att rätten i domen fastställt att kommunens avtal ska få bestå som är den enda grunden för rättens beslut att upphandlingsskadeavgift ska betalas.

Enligt Konkurrensverkets mening innebär det faktum att förvaltningsrätten endast domskälsvis fastställt att kommunens avtal med Martin & Servera skulle få bestå av tvingande hänsyn inte något hinder mot att påföra kommunen upphandlingsskadeavgift. Förutsättningen för att rätten ska kunna besluta om upphandlingsskadeavgift är att allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 §. Innebörden av domslutet är en direkt följd av rättens ställningstagande i frågan om avtalet ska få bestå. Lunds kommun har ingått avtal som har fått bestå eftersom det enligt rättens mening förelåg ett tvingande allmänintresse. Rättsmedelsdirektivet kräver i sådana situationer en alternativ sanktion, vilket för svenska förhållanden innebär att upphandlingsskadeavgift ska påföras.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m. m.

Enligt 17 kap. 1 § 2 LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 §.

Tillsynsmyndigheten ska enligt 17 kap. 2 § LOU hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som anges i 1 § 1 och 2.

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. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a §.

Enligt 17 kap. 5 § 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.

När det gäller beräkningen av avgiftens storlek anføres bl.a. följande i förarbetena till 17 kap. LOU (prop. 2009/10:180 s. 197 f). Beslutande instans har ett betydande utrymme att inom givna beloppsramar fastställa avgiftens storlek. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarliga överträdelsen är, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet.

Förvaltningsrättens bedömning i nu förevarande mål

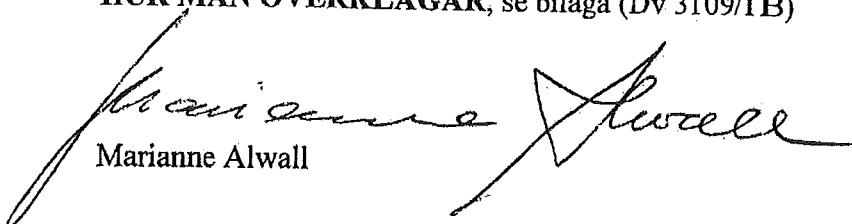
Lunds kommun anser att Konkurrensverkets ansökan ska avvisas på den grunden att upphandlingen i fråga påbörjats innan reglerna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft. Förvaltningsrätten delar dock Konkurrensverkets åsikt att den direktupphandlingen som lett till det avtal vars giltighet förvaltningsrätten har prövat i mål nr 334-13 har påbörjats vid en tidpunkt efter den 15 juli 2010 och att reglerna om upphandlingsskadeavgift

därmed är tillämpliga. Kommunens yrkande att ansökan ska avvisas ska därför avslås.

Förvaltningsrätten i Malmö har i dom den 16 maj 2013 i mål nr 334-13 om överprövning av giltigheten av ett avtal som ingåtts mellan Lunds kommun och Martin & Servera funnit att det aktuella avtalet ska bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 § LOU. Ansökan om ogiltigförklaring av avtalet har med anledning härav avslagits. Domen har vunnit laga kraft. Enligt förvaltningsrättens mening föreligger därmed förutsättningar för att med stöd av 17 kap. 1 § 2 LOU besluta om att påföra Lunds kommun upphandlingsskadeavgift. Den omständigheten att förvaltningsrätten endast i domskälen och inte även i domslutet angett att avtalet får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse föranleder ingen annan bedömning.

Den överträdelse som Lunds kommun begått kan inte anses vara ringa. Förvaltningsrätten har därmed att fastställa upphandlingsskadeavgiftens storlek. Förvaltningsrätten finner härvid att det av Konkurrensverket yrkade beloppet 250 000 kr framstår skäligt med beaktande av omständigheterna kring den otillåtna direktupphandlingen. Några synnerliga skäl för att efterge avgiften har inte framkommit. Konkurrensverkets ansökan ska således bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1B)


Marianne Alwall

Lena Palmér har föredragit målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av 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. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få *prövningstillstånd*
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.