



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Lena Palmér

DOM
2012-02-01
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 11909-11E

SÖKANDE

Konkurrensverket
 103 85 Stockholm

MOTPART

Simrishamns kommun
 272 80 Simrishamn

Ombud:

Carina Grönlund
 Sjöbo kommun
 275 80 Sjöbo

SAKEN

Ansökan om påförande av upphandlingskadeavgift enligt lagen
 (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2012-02-01	
Avd	JU
Dnr	767/2011
Doss	861 Akthil

Dok.Id 94249

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

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Förvaltningsrätten i Malmö har i dom den 27 maj 2011 i mål nr 4314-11E avslagit en ansökan av Menigo Foodservice om ogiltigförklaring av Simrishamns kommuns avtal med Dafgårds gällande inköp av livsmedel i varugruppen "Djupfrost". Förvaltningsrätten har i domen konstaterat att avtalet har tecknats i strid med avtalsspärr, men att förutsättningar i övrigt inte föreligger för att ogiltigförklara avtalet med stöd av 16 kap. 15 § LOU.

I ansökan till förvaltningsrätten yrkar Konkurrensverket att förvaltningsrätten jämlikt 17 kap. 1 § LOU ska förplikta Simrishamns kommun att betala 10 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Till grund för talan anförs i huvudsak följande. Förvaltningsrätten i Malmö har i dom den 27 maj 2011 i mål nr 4314-11E fastställt att av Simrishamn kommun ingånget avtal fått bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr. Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft. Bestämmelsen i 17 kap. 2 § LOU innebär en skyldighet för Konkurrensverket att ansöka om upphandlingsskadeavgift när en förvaltningsrätt fastställt att ett avtal får bestå trots att det har ingåtts i strid med bestämmelserna om avtalsspärr. Grunden för påförande av upphandlingsskadeavgift är således endast den lagakraftvunna domen.

Simrishamns kommun har genomfört den aktuella upphandlingen av livsmedel som en samordnad upphandling med fem andra upphandlande myndigheter. Varje myndighet ansvarar för sina egna ingångna avtal, men endast för den del av upphandlingens värde som är hänförlig till myndigheten.

I de tilldelningsbeslut som med e-post skickades ut den 13 april 2011 angav de upphandlande myndigheterna att avtal skulle komma att tecknas den 14 april 2011. Enligt 16 kap. 6 § LOU får den upphandlande myndig-

heten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att underrättelse skickades med elektroniska medel. Det kan således konstateras att den tid för avtalsspärr som angetts varit allt för snävt tilltagen samt att ingående av avtal den 14 april 2011 därför skulle innebära en överträdelse av avtalsspärren. De upphandlande myndigheterna har i yttrande den 6 maj 2011 till förvaltningsrätten medgett att man brutit mot avtalsspärren. Utifrån det underlag i ärendet som Konkurrensverket har haft att tillgå förefaller detta medgivande något märkligt, eftersom ingen av myndigheterna ingått avtal angående det aktuella avtalsområdet, ”Djupfryst”, tidigare än den 10 maj 2011, dvs. fyra dagar efter det att man i yttrande till rätten vidgått att avtalsspärren överträtts. Simrishamns kommun ingick avtal med den för det aktuella området antagna leverantören Dafgårds den 17 maj 2011. Det kan vidare anmärkas att en korrekt iakttagen avtalsspärr om tio dagar synes innebära att myndigheterna har haft möjlighet att ingå avtal från och med den 27 april 2011. Konkurrensverket kan konstatera att förvaltningsrätten inte har haft anledning att utgå från annat än att avtalsspärren överträtts. Detta då de upphandlande myndigheterna har vidgått detta i skriftväxlingen. Myndigheterna har också beretts tillfälle att inge eventuella ingångna avtal men inte gjort detta. Förvaltningsrätten har därmed inte getts någon möjlighet att kontrollera huruvida det begåtts en överträdelse av avtalsspärren. De uppgifter som rättens avgörande vilar på har således tillförts utredningen av de upphandlande myndigheterna.

Oavsett de ovan angivna omständigheterna kvarstår det faktum att förvaltningsrätten i dom har fastställt att det aktuella avtalet får bestå trots att de har slutits i strid med avtalsspärr. Därmed är rekvisitet i 17 kap. 1 § helt uppfyllt. Som en följd härav har Konkurrensverket skyldighet att ansöka om påförande av upphandlingsskadeavgift. Respekten för regelverket kräver att en avgift alltid påförs när en domstol i ett tidigare avgörande konstaterat att en upphandlande myndighet överträtt bestämmelserna om av-

talsspärr. Däremot kan sakförhållandena i det enskilda fallet påverka sanktionsvärdet och därmed avgiftens storlek.

Upphandlingsskadeavgift ska uppgå till 10 000 kr till 10 000 000 kr. När det gäller upphandlingsskadeavgift som grundar sig på att den upphandlande myndigheten har slutit avtal i strid med bestämmelserna om avtalspärr anser Konkurrensverket att som generell princip bör gälla att en avgift om 25 000 kr samt därtill ett tillägg om 0,25 procent av kontraktsvärdet ska påföras myndigheten. Det totala värdet av det kontrakt som Simrishamns kommun har ingått gällande det aktuella avtalsområdet, "Djupfryst", uppgår till 14 850 000 kr. Enligt Konkurrensverkets beräkningssätt skulle avgiften i förevarande fall således beräknas till 62 125 kr $((14\,850\,000 \times 0,0025) + 25\,000)$. Mot bakgrund av omständigheterna i målet anser dock Konkurrensverket att de allmän- och individualpreventiva syftena med sanktionen inte hindrar att upphandlingsskadeavgiften i detta fall bestäms till lägsta möjliga belopp, dvs. 10 000 kr.

Simrishamns kommun bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Det inträffade har skett utan de upphandlande myndigheternas förskyllan. Det blir en besynnerlig situation om kommunen tvingas betala upphandlingsskadeavgift som en följd av att en anbudsgivare vägrar skriva avtal. Att beräkna tid i planeringen av en upphandling för att en sådan händelse ska inträffa är nästan omöjligt. – Simrishamns kommun har i yttrande till Konkurrensverket den 21 oktober 2011 angett att avtal enligt tilldelningsbeslutet skulle ha tecknats den 14 april 2011 men pga. vissa angivna omständigheter kom att tecknas först den 2 maj 2011.

DOMSKÄL

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

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 1, 3 eller 8 §,
2. 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 §, eller
3. 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 §.

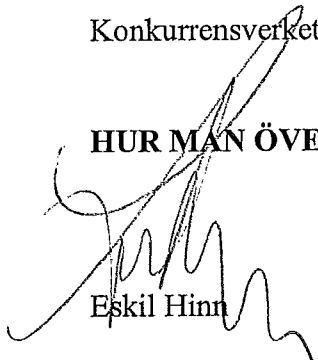
Tillsynsmyndigheten ska enligt 17 kap. 2 § LOU hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som anges i 1 § 1 och 2.

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.

Förvaltningsrätten i Malmö har i dom den 27 maj 2011 i mål nr 4314-11E fastställt att av Simrishamns kommun ingånget avtal gällande inköp av livsmedel i varugruppen "Djupfrost" fått bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr. Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft. Förutsättningar föreligger därmed enligt 17 kap. 1 § LOU för rätten att besluta att Simrishamns kommun ska betala upphandlings-skadeavgift. Avgiften får dock enligt 17 kap. 5 § efterges, om det finns synnerliga skäl. Enligt förarbetena till bestämmelsen (prop. 2009/10:180 s. 370) ska denna möjlighet användas restriktivt och främst ses som en ventil för rena undantagsfall. Såsom framgår av Konkurrensverkets ansökan har förvaltningsrättens dom grundat sig på att det i målet var ostridigt att Simrishamns kommun hade tecknat avtal i strid med bestämmelserna om avtalsspärr. Simrishamns kommun hade i yttrande till domstolen medgivit att så hade skett. Kommunen hade också beretts tillfälle att inge eventuella ingångna avtal men inte gjort detta. Av Konkurrensverkets utredning framgår dock att Simrishamns kommun de facto tecknat avtal för den aktuella varugruppen först den 17 maj 2011 och att en korrekt iakttagen avtalsspärr skulle innebära att myndigheterna har haft möjlighet att ingå avtal från och med den 27 april 2011. Den enda grunden för påförande av upphandlings-skadeavgift är den lagakraftvunna domen, i vilken förvaltningsrätten konstaterat att avtal tecknats i strid med avtalsspärr. Utifrån att detta konstaterande – om än genom Simrishamns kommuns egen förskyllan - grundar sig på en uppgift som såvitt nu framkommit är felaktig anser förvaltningsrätten att synnerliga skäl föreligger för att efterge upphandlingsskadeavgiften. Konkurrensverkets ansökan ska därför avslås.

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



Eskil Hinn



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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

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

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

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

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

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

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

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

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

DV 3109/1B LOU