



SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Mariestads kommun
542 86 Mariestad

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Mariestads kommun ska betala en upphandlingskadeavgift om 730 000 kr.

BAKGRUND

Den 8 juli 2016 annonserade Mariestads kommun en upphandling av ”Byggnation/Hyresavtal för LSS-boende kv. Gräshoppan, Mariestad”. Av upphandlingsdokumenten framgick att kommunen skulle sälja fastigheten där boendet skulle byggas till den leverantör som antogs, att leverantören skulle uppföra boendet på fastigheten och att kommunen därefter skulle hyra boendet de kommande 30 åren. Under annonseringstiden ändrades hyrestiden till 20 år. Genom tilldelningsbeslut den 30 september 2016 antogs Laborint International Services HB (Laborint) som leverantör. Den 5 oktober 2016 beslutade kommunstyrelsens arbetsutskott att återta tilldelningsbeslutet och avbryta upphandlingen av byggnation och förhyrning av en ny gruppbostad. Arbetsutskottet beslutade samtidigt att föreslå kommunfullmäktige att istället anslå medel för byggnation av en ny gruppbostad på kv. Gräshoppan i egen regi.

Den 18 oktober 2016 tog kommunen kontakt med de leverantörer som lämnat anbud i den annonserade upphandlingen. Leverantörerna informerades om att det hade fattats ett politiskt beslut om att kommunen skulle äga det planerade gruppboendet och erbjöds att lämna nya offerter. Offerterna skulle avse kostnaden för en totalentreprenad med samma förutsättningar som tidigare men med skillnaden att kommunen ska betala för och äga boendet. Förfarandet föregicks inte av annonsering enligt ÄLOU.

Den 30 november 2016 fattade kommunen ett nytt tilldelningsbeslut där Laborint antogs som leverantör. Den 6 mars 2017 slöts ett avtal mellan parterna avseende uppförandet av ett LSS-boende på fastigheten Gräshoppan 14.

YRKANDEN

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att Mariestads kommun ska betala 730 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Mariestads kommun motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Konkurrensverket

Otillåten direktupphandling

Avtalet mellan kommunen och Laborint avser en byggentreprenad och avtalets värde bedöms uppgå till 10 474 000 kr, inklusive ersättning för ÄTA-arbeten. Upphandlingen borde därför ha annonserats i enlighet med huvudregeln i 15 kap. 4 § ÄLOU. Eftersom inga undantag är tillämpliga är avtalet en otillåten direktupphandling.

Av 15 kap. 3 § andra stycket och 4 kap. 5 § första stycket 1 ÄLOU följer att det kan finnas grund för att direktupphandla om det vid ett öppet eller selek-

tivt förfarande inte lämnats anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte har ändrats väsentligt. Konkurrensverket anser inte att undantaget i 4 kap. 5 § förat stycket 1 ÄLOU är tillämpligt eftersom den efterföljande direktupphandlingen avsåg väsentligen ändrade villkor i förhållande till förutsättningarna i den annonserade upphandlingen. Den tidigare upphandlingen avsåg en hyreslösning, medan direktupphandlingen avsåg ett köp. Det rör sig således om en anskaffning utifrån helt nya ekonomiska och praktiska förutsättningar. Att så är fallet har också särskilt påpekats av en av anbudsgivarna i den tidigare upphandlingen.

Ett annat undantag när det kan vara möjligt att underlåta annonsering är vid synnerlig brådska, 15 kap. 3 § andra stycket och 4 kap. 5 § första stycket 3 ÄLOU. Mariestads kommun har under Konkurrensverkets utredning gjort gällande att kommunen har varit i synnerlig brådska. Enligt kommunen var behovet av bostäder så pass akut att det var omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller för en sedvanlig upphandling. Kommunen har bland annat uppgett att problematiken först uppstod efter att Räddningstjänsten påtalat brister i befintliga boenden och att man till en början försökte avhjälpa bristerna i utrymningssäkerheten. Så småningom visade det sig dock att det fanns behov av ett helt nytt boende för att täcka behovet. Man har vidare uppgett att det förelåg brådska eftersom det fanns risk för att IVO ansökte om särskild avgift för de som erbjudits plats på boendet, och att brådskan blev särskilt stor efter att man hade avbrutit den tidigare upphandlingen.

För att undantaget ska vara tillämpligt krävs att det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men att synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Konkurrensverket konstaterar att vare sig det förhållande att Räddningstjänsten uppmärksammade brister i befintliga bo-

enden, eller att kommunen riskerade ansökningar från IVO för bristande uppfyllelse av kraven i LSS utgör sådana omständigheter som inte har kunnat förutses av kommunen. Eventuell brådska som har föranletts av dessa omständigheter kan således inte utgöra skäl för undantag med stöd av synnerlig brådska enligt ÄLOU.

Kommunen har sedan 2014 haft problem med ett otillräckligt antal LSS-boenden. Det har alltså förflutit förhållandevis lång tid sedan den ursprungliga bristen uppstod. När kommunen slöt det aktuella avtalet hade man haft ca tre år på sig att hantera bristerna, en tid som måste anses tillräcklig för att kunna annonsera en upphandling med de tidsfrister som gäller för en sedvanlig upphandling. Den uppkomna brådskan får inte till någon del bero på den upphandlande myndigheten. Höga krav ställs på en myndighets planering och organisation. I det här fallet har tidsutdräkten berott på kommunen. Det hade exempelvis varit möjligt för kommunen att annonsera upphandlingen av köpet tidigare. Kommunen valde dock istället att annonsera en upphandling avseende en hyreslösning, som sedermera avbröts.

De förseningar som har uppstått genom att kommunen har ändrat uppfattning om hur man vill anskaffa det aktuella boendet kan inte i sig utgöra skäl för undantag enligt ÄLOU. Beslutet att kommunen skulle äga boendet istället för att hyra det utgör en sådan intern omständighet som kan tillskrivas den upphandlande myndigheten och eventuell brådska som uppkommer härigenom kan därför inte utgöra skäl för undantag med stöd av synnerlig brådska.

Upphandlingsskadeavgift

Till följd av den otillåtna direktupphandlingen ska Mariestads kommun åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Kontraktsvärdet uppgår till

10 474 000 kronor. Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 1 047 400 kronor.

Kommunens brådska att direktupphandla utgör inte en förmildrande omständighet. Brådskan har inte i huvudsak föranletts av omständigheter som kommunen själv inte har kunnat förutse och påverka (jfr HFD 2014 ref. 49). Det som kommunen anför om svårigheter att få anbud i andra upphandlingar kan inte heller anses vara en förmildrande omständighet. Vidare kan inte heller det förhållande att man tidigare har annonserat i en annan upphandling som i någon mån rör det aktuella boendet anses utgöra en förmildrande omständighet.

Även om det vid direktupphandling är bättre att vända sig till flera leverantörer jämfört med en enda kan den typ av konkurrensutsättning som kommunen gjort aldrig ersätta ett annonserat förfarande. Att övriga leverantörer på marknaden inte har fått möjlighet att delta i upphandlingen och konkurrera om avtalet innebär ett brott mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen.

I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför högt. Rättsläget är inte oklart. Omständigheterna är enligt Konkurrensverkets uppfattning varken förmildrande eller försvårande. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 730 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Kommunen

Kommunens inställning är att en eventuell avgift ska avfärdas alternativt beräknas till ett lägre belopp än enligt Konkurrensverkets ansökan.

Orsaken till att den annonserade upphandlingen om hyresavtal avbröts var att de inkomna anbuden inte anpassats till ändringsaviseringen, dvs. att de inte uppfyllde kraven på 20 år istället för 30 år. Oavsett hur förutsebart behovet av särskilda bostäder är för kommunen uppkom det särskilt stor brådskan när genomförd upphandling inte ledde till anbud som motsvarade det som kommunen efterfrågat.

Kommunen valde, mot bakgrund av de svårigheter som fanns att få in anbud i andra upphandlingar i MTG-området, att efterfråga offert på ren byggenreparad från anbudsgivarna i den genomförda upphandlingen. Kommunen har inte agerat med någon avsikt att teckna avtal utan föregående konkurrensutsättning. Mot bakgrund av att den annonserade upphandlingen övergått i någon form av konkurrenspräglad dialog bör en eventuell upphandlingsskadeavgift sättas ned.

Kommunen har en skyldighet att inom skälig tid tillhandahålla bostad med särskild service och att genomföra upphandlingar i enlighet med reglerna om offentlig upphandling. Kommunen har på ett rimligt sätt försökt genomföra en konkurrensutsättning under tidspress på grund av risken för särskild avgift för icke verkställda beslut.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Eftersom upphandling har påbörjats före den 1 januari 2017 är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU tillämplig i detta mål.

Förvaltningsrättens bedömning

Otillåten direktupphandling?

Kommunen har genom avtalet med Laborint direktupphandlat byggnation av en ny gruppbofastad. Avtalets värde överskred det tröskelvärde under vilket det är tillåtet att direktupphandla. Huvudregeln är därmed att upphandlingen ska annonseras enligt 15 kap. 4 § ÄLOU. Förvaltningsrätten har in-

ledningsvis att ta ställning till om någon av de undantagssituationer som framgår av 15 kap. 3 § andra stycket och 4 kap. 5 § ÄLOU är för handen.

Förvaltningsrätten bedömer i likhet med Konkurrensverket att de ursprungliga villkoren för kontraktet har ändrats väsentligt genom att avtalet endast avser byggnation av en ny gruppboestad medan den avbrutna upphandlingen rörde byggnation och förhyrning av en ny gruppboestad. Det har således inte varit fråga om en tillåten direktupphandling enligt 4 kap. 5 § första stycket 1 ÄLOU.

Kommunen har anfört att den på grund av synnerlig brådska varit tvungen att ingå avtal utan föregående annonsering. Det saknas anledning att ifrågasätta att det varit nödvändigt att tilldela kontraktet för att tillgodose behovet av särskilda bostäder. Det står även klart att det vid avtalets ingående var mycket brådskande att få till stånd ett avtal. För att undantaget i 4 kap. 5 § första stycket 3 ÄLOU ska vara tillämpligt krävs emellertid att den synnerliga brådskan har orsakats av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten. Omständigheterna får inte vara hänförliga till eller på annat sätt bero på den upphandlande myndighetens handlande (se bl.a. mål C-385/02 Kommissionen mot Italien). Kommunen menar att upphandlingen fick avbrytas eftersom det inte kom in anbud som uppfyllde ställda krav. Anbudens innehåll är i och för sig något som står utanför kommunens kontroll. Denna situation täcks dock av regeln i 4 kap. 5 § första stycket 1 ÄLOU, vilken inte är tillämplig i förevarande fall. Förvaltningsrätten finner att den brådska som uppstått delvis berott på kommunens agerande. Höga krav ställs på att en upphandlande myndighet har en god organisation och framförhållning i sin planering (jfr prop. 2001/02:142 s. 99). Så som Konkurrensverket har påpekat hade kommunen, när avtalet slöts, haft ca tre år på sig att hantera bristerna. Denna tid får anses tillräcklig för att kunna annonsera en upphandling enligt sedvanliga tidsfrister. Förvaltningsrätten bedömer att beslutet att äga boendet istället för att hyra det

lett till ytterligare fördröjning och att detta varit något som kommunen kunnat påverka. Undantagsregeln i 4 kap. 5 § första stycket 3 ÄLOU är härmed inte tillämplig.

Avtalet mellan kommunen och Laborint har således utgjort en otillåten direktupphandling. Överträdelsen är inte att anse som ringa. Förutsättningar att påföra upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 LOU föreligger därmed.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Av förarbetena framgår bl.a. följande angående bestämmandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Domstolen har ett stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Ju allvarigare 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 allvarig. 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 avtalspärren 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 (prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 f. och 369).

Konkurrensverket har anfört att kontraktsvärdet uppgår till 10 474 000 kronor, vilket inte har ifrågasatts av kommunen. I enlighet med 17 kap. 4 ÄLOU kan upphandlingsskadeavgiften därmed uppgå till högst 1 047 400 kronor.

Den nu aktuella överträdelsen består i en otillåten direktupphandling, vilket är en försvarande omständighet som talar för ett högt sanktionsvärde. Överträdelsen avser dessutom en upphandling med ett förhållandevis högt kontraktsvärde. Den av Konkurrensverket yrkade avgiften på 730 000 kr får anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar. Vad kommunen har anfört är inte sådana omständigheter som motiverar att avgiften ska sättas ned. Ansökan ska därför bifallas och kommunen förpliktas att betala en upphandlingsskadeavgift på 730 000 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Magnus Isgren

Rådmannen Magnus Isgren har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Emmi Unnerfors.



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.