



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2014 -03- 2 4
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 758-14

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)

KONKURRENSVERKET	
2014 -03- 2 5	
Avd	74
Dnr	709/2013
KSnr	3.5.3 Aktbil

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.

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. Domskaäl 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. Närmst 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.

SKÄLEN 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 anförs 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

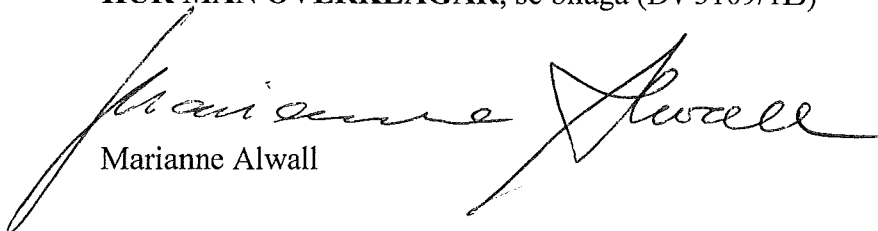
Lunds kommun anser att Konkurrensverkets ansökan ska avvisas på den grunden att upphandlingen i fråga påbörjats innan reglerna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft. Förvaltningsrätten delar dock Konkurrensverkets åsikt att den direktupphandlingen som lett till det avtal vars giltighet förvaltningsrätten 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.



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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.

