

År. 2012

Diariennr. 375

Bilaga. 0005



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I FALUN**  
Förvaltningsrättsnotarien  
Jack Holmberg Forsyth

**DOM**  
2013-04-12  
Meddelad i  
Falun

Mål nr  
2643-12

**SÖKANDE**

Konkurrensverket  
Torsgatan 11  
103 85 Stockholm

**MOTPART**

Borlänge kommun  
781 81 Borlänge

**SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2013-04-15	
Avd	JU
Dnr	375/2012
KSnr	862
Aktbil	5

*dom*

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att  
Borlänge kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 40 000 kr.

Dok.Id 80438

**Postadress**  
Box 45  
S-791 21 Falun

**Besöksadress**  
Kullen 4

**Telefon**  
023-383 00 00  
E-post: [forvaltningsrattenifalun@dom.se](mailto:forvaltningsrattenifalun@dom.se)

**Telefax**  
023-383 00 80

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-12:00  
13:00-16:00

### **BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

Borlänge kommun (kommunen) har den 20 juni 2011 ingått avtal med Målaregatans Musikcenter AB (Musikcenter) avseende köp av nytt PA-system av märket Dynacord Cobra-4 till ett sammanlagt värde av 541 143 kr exklusive mervärdesskatt. Avtalet föregicks av bl.a. en anbudsinbjudan från kommunen den 16 maj 2011, en offert från Musikcenter den 20 maj 2011 och ett meddelande från kommunen om frivillig förhandsinsyn den 7 juni 2011.

**Konkurrensverket** (KKV) ansöker nu om att förvaltningsrätten ska besluta att kommunen ska betala 40 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Till stöd för ansökan anför KKV bl.a. följande. Kommunen har ingått avtalet utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för direktupphandling inte varit uppfyllda. Det ingångna avtalet är därmed att betrakta som en otillåten direktupphandling, och kommunen ska därför åläggas att betala upphandlingsskadeavgift. Denna bör beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde och bör i allmänhet kunna fastställas till belopp motsvarande mellan fem och tio procent av avtalets värde. Vid otillåtna direktupphandlingar av normalgraden bör avgiften ligga i mitten av den högre graden av skalan, det vill säga på sju till åtta procent av avtalets värde. En upphandlingsskadeavgift om 40 000 kr utgör knappt sju och en halv procent av avtalets värde och är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

**Kommunen** motsätter sig ansökan och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska avslå ansökan, i andra hand att upphandlingsskadeavgiftens belopp ska bestämmas till lägsta möjliga belopp. Till stöd för sin inställning anför kommunen bl.a. följande. Kommunen har haft rätt att genomföra en direktupphandling då fråga varit att anskaffa varor som är tekniskt oförenliga samt att beställningen utgjort en kompletterande leverans från tidigare leverantör. Dessutom har upphandlingen endast omfattat ett inköp och frivillig förhandsinsyn har annonserats. Alla som haft synpunkter har sålunda

haft möjlighet att framföra dem. Kommunen har vid två tidigare tillfällen genomfört förenklade upphandlingar av samma typ av PA-system, 2006 med Musikcenter respektive 2010 med Standard Audio. Efter ansökan överprövades den senare upphandlingen av förvaltningsrätten, som i dom den 28 mars 2011 beslutade att den skulle göras om (jfr mål nr 7152-10). Ingen annan utrustning är till hundra procent kompatibel med den som tidigare upphandlats av kommunen.

### SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten konstaterar att avtalet i förevarande fall utgör ett varukontrakt vars värde understiger det av Europeiska kommissionen angivna tröskelvärdet för offentlig upphandling, men att det överstiger 15 procent av tröskelvärdet (jfr 3 kap. 1 § första stycket 2 och 1 kap 2§ andra stycket lagen [2007:1091] om offentlig upphandling).

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering (jfr 17 kap. 1 § 3 LOU). Under tröskelvärdena är direktupphandling tillåtet endast i vissa särskilt angivna fall (jfr 15 kap. 3 § andra stycket och 4 kap. 5-9 §§ LOU).

I förevarande fall har kommunen påstått att den haft rätt att genomföra direktupphandling eftersom de aktuella varorna endast kan tillhandahållas av en viss leverantör av tekniska skäl samt att fråga varit om en kompletterande varuleverans från den ursprungliga leverantören. Kommunen har i denna del åberopat undantagen i 4 kap. 5 § första stycket 2 och 7 § första stycket 2 LOU. Kommunen menar också att den följt regelverket då frivillig förhandsinsyn har annonserats.

Det är normalt den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att de åberopade undantagen är tillämpliga (jfr t.ex. mål 199/85 *Kommissionen mot Italien*, punkt 14, mål C-57/94 *Kommissionen mot Italien*, punkt 23, och mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33). När det som i

förevarande fall är fråga om att bevisa att en direktupphandling genomförts i syfte att utkräva upphandlingsskadeavgift talar dock omständigheterna för att bevisbördan i fråga om en otillåten direktupphandling genomförts bör ligga på KKV (jfr Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 25 juli 2012 i mål 1273-12). I nämnda mål beaktade Förvaltningsrätten i Stockholm hur bevisbördan är placerad i mål om liknande administrativa sanktioner, att tydlig vägledning saknas i förarbetena och att KKV har möjlighet att ta del av erforderlig information. Förvaltningsrätten i Stockholm ansåg dock, med hänvisning till att undantag från skyldigheten att annonsera offentliga upphandlingar ska tolkas restriktivt, att beviskravet inte bör ställas för högt utan att det är tillräckligt att KKV gör sannolikt att upphandlingen utgör en otillåten direktupphandling. Förvaltningsrätten i Falun delar denna bedömning.

Förvaltningsrätten har härefter att ta ställning till om KKV gjort sannolikt att den i målet aktuella upphandlingen utgör en otillåten direktupphandling.

Den av kommunen ingångna direktupphandlingen har avsett PA-utrustning av varumärket Dynacord Cobra-4. Kommunen har gjort gällande att utrustning av sagda varumärke, som även tidigare inköpts av kommunen, av tekniska skäl inte kan kombineras med utrustning av annat varumärke och inte kan levereras av annan leverantör. Förvaltningsrätten finner emellertid att leverans av denna utrustning, trots vad som anförts av kommunen, hade kunnat fullgöras av fler än en viss leverantör. Detta framgår bl.a. av att kommunen i samband med anbudsinvjudan den 16 maj 2011 bjudit in tre leverantörer att lämna anbud och att två av dem svarat. Vidare framgår av KKV:s utredning att den svenska distributören av utrustningen, Supersonic Svenska AB, har ett nätverk av svenska återförsäljare genom vilket utrustningen tillhandahålls på den svenska marknaden. Förevarande undantag från huvudregeln om krav på föregående annonsering är därmed inte tillämpligt.

Kommunen har även i påstått att avtalet utgjort en kompletterande leverans i förhållande till den förenklade upphandling som under 2006 gjordes med Musikcenter. Förvaltningsrätten finner emellertid, mot bakgrund av vad som tidigare anförts, att ett byte av leverantör i förevarande fall inte skulle ha medfört att kommunen tvingats anskaffa varor som vore tekniskt oförenliga med de först anskaffade. Vidare konstaterar förvaltningsrätten att det passerat mer än tre år sedan det ursprungliga varukontraktet slöts med Musikcenter, varför detta får ligga till grund för kompletterande leveranser endast om det finns särskilda skäl för det (jfr 4 kap. 7 § andra stycket). Några sådana skäl har inte framkommit i målet. Förevarande undantag från huvudregeln om krav på föregående annonsering är därmed inte tillämpligt.

Med hänvisning till vad som sålunda anförts finner förvaltningsrätten att KKV gjort sannolikt att fråga varit om en otillåten direktupphandling. För sådan är ansvaret strikt (jfr prop. 2009/10:180 s. 192 f.). Förutsättningarna att besluta om upphandlingsskadeavgift föreligger därför. Vad kommunen anfört om att det i anslutning till den frivilliga förhandsinsynen inte inkommit några invändningar mot direktupphandlingen föranleder inte någon annan bedömning.

Vad härefter avser frågan om avgiftens storlek beaktar förvaltningsrätten följande.

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr, och får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet, vilket ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. (Jfr 17 kap. 4 § och 15 kap. 3 a § LOU.) Vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelserna är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl. (Jfr 17 kap. 5 § LOU.)

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 (jfr a. prop. s. 369 f). Otillåtna direktupphandlingar anses vara bland de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet. Ju allvarligare överträdelserna kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till (jfr a. prop. s. 197).

I förevarande fall uppgår kontraktets värde till 541 143 kr. Den av KKV yrkade upphandlingsskadeavgiften om 40 000 kr utgör knappt sju och en halv procent av kontraktets värde. Förvaltningsrätten bedömer, mot bakgrund av överträdelsernas karaktär samt omständigheterna i övrigt, att den av KKV föreslagna avgiften får anses väl avvägd. Enligt förvaltningsrättens mening föreligger inte några förmildrande omständigheter, även med beaktande av kommunens meddelande om frivillig förhandsinsyn. Överträdelserna är inte ringa, och det har heller inte framkommit några synnerliga skäl för att efterge avgiften. KKV:s ansökan ska därför bifallas.

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



Karin Forslund Johansson  
rådman



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

**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.