



SÖKANDE

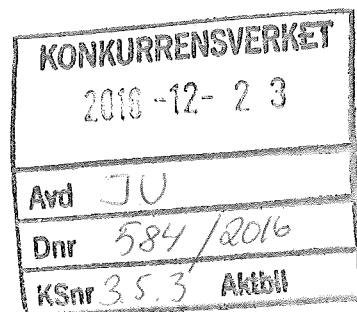
Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Norrbottnens läns landsting
971 89 Luleå

SAKEN

Ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Norrbottens läns landsting ska betala en upphandlingsskadeavgift på 80 000 kronor.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Vad Konkurrensverket framför

Konkurrensverket har den 19 oktober 2016 ansökt om att Norrbottens läns landsting (landstinget) ska betala 80 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Till stöd för sin talan framför Konkurrensverket i huvudsak följande. Landstinget har brutit mot 15 kap. 4 § LOU genom att den 18 december 2015 ingå avtal om transport av avlidna med Tabcab Taxi Arvidsjaur Beställningscentral Aktieföretag (Taxi Arvidsjaur) utan föregående annonsering. Eftersom förutsättningar för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling.

Landstinget har under år 2015 vid upprepade tillfällen köpt in bårtransporter av avlidna. I en skrivelse till Konkurrensverket har landstinget uppgett att köpen gjorts löpande när behov uppstått. Beställningar har gjorts muntligen av den vid varje tillfälle behövande vårdinrättningen eller verksamheten, totalt från 17 olika leverantörer under år 2015.

Avtalet mellan landstinget och Taxi Arvidsjaur ingicks den 18 december 2015. Med anledning av tjänstens beskaffenhet får det antas att datum för landstingets beställning och datum för hämtning av den avlidne sammanfaller. Det är fråga om en så kallad B-tjänst, varför 15 kap. LOU ska tillämpas.

Vid tidpunkten för den aktuella upphandlingens påbörjande uppgick direktupphandlingsgränsen till 505 800 kronor. Värdet av avtalet med Taxi Arvidsjaur uppgår i sig till 10 413 kronor och underskrider därmed direktupphandlingsgränsen. Landstinget har dock under år 2015 fakturerats sammanlagt 1 045 774 kronor exkl. mervärdesskatt från olika leverantörer för transporter av avlidna. Även om det är fråga om ett stort upptagningsområde

anser Konkurrensverket att transporterna utgör direktupphandlingar av samma slag. Värdet av samtliga dessa köp ska därför räknas samman till nämnda belopp. Värdet på landstingets avtal överstiger direktupphandlingsgränsen.

För att ett avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpliga. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.

Under Konkurrensverkets utredning har landstinget inte anfört att det föreläggat några omständigheter som medger tillämpning av något undantag. Det har inte heller av utredningen i övrigt framkommit att något undantag har varit tillämpligt. Avtalet borde därför ha annonserats enligt 15 kap. LOU.

En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bl.a. att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.

En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 2 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a § LOU (17 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall. Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 1 045 774 kronor. Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 104 577 kronor ($1\,045\,774 \times 0,1$).

Eftersom direktupphandlingar av samma slag ska läggas samman, oavsett antalet leverantörer och storleken på de enskilda avtalen bör sanktionsvärdet inte påverkas av den omständigheten att det samlade kontraktsvärder härrör från ett stort antal muntliga beställningar från många olika leverantörer.

Den yrkade avgiften motsvarar cirka 7,6 procent av kontraktsvärdet. I praktiken fastställs upphandlingsskadeavgiften ofta till ett belopp som motsvarar cirka 7-8 procent av aktuellt kontraktsvärde. Detta gäller vid överträdelser av normalgraden, dvs. överträdelser där vare sig några förmildrande eller försvårande omständigheter konstaterats.

I detta fall är det fråga om en otillåten upphandling. Överträdelsen kan inte anses bero på ett oklart rättsläge som skulle kunna utgöra en förmildrande omständighet. Under Konkurrensverkets utredning har landstinget uppgett att det påbörjade arbetet med en annonserad upphandling när det fick kännedom om att direktupphandlingsgränsen hade överskridits. En sådan upphandling har nu annonserats och landstinget beräknar sig kunna ingå avtal med leverantörer innan december 2016. Även om landstingets agerande att inleda ett upphandlingsförfarande i sig är mycket positivt, anser Konkurrensverket inte att detta är en omständighet som bör påverka bedömningen av själva överträdelsens sanktionsvärde i sänkande riktning.

De aktuella inköpen synes ha överstigit beloppsgränsen för direktupphandling redan vid månadskiftet juni/juli 2015. Om ett upphandlat avtal kan ingås i december 2016 har nära ett och ett halvt år gått sedan direktupphandlingsgränsen överskreds.

Upphandlingsskadeavgiften är huvudsakligen avsedd att vara en sanktion som tar sikte på en specifik överträdelse, varför det finns ett begränsat utrymme för att ”reparera” överträdelsen när skadan redan är skedd. Avgiften ska stå i rimlig proportion till överträdelsen. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 80 000 kronor är en effektiv och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Det är endast i sällsynta fall som det kan bli aktuellt att inte påföra någon upphandlingsskadeavgift med hänvisning till ringa fall. Några sådana omständigheter föreligger inte avseende landstingets överträdelse.

Konkurrensverket bifogar en kopia av avtal mellan landstinget och Taxi Arvidsjaur (Fakturanr 13611 daterad 2015-12-31) samt en sammanställning av landstingets fakturor avseende transport av avlidna under år 2015.

Vad landstinget framför

Landstinget anser att ansökan i första hand ska avslås och i andra hand att sanktionsvärdet ska jämkas.

Landstinget framför följande. Överträdelsen ska anses som ringa, varför upphandlingsskadeavgift inte ska dömas ut. Om avgift ska dömas ut föreligger förmildrande omständigheter som medför att det föreslagna sanktionsvärdet ska jämkas.

Landstinget medger att köp av transporter av avlidna har gjorts under år 2015 utan föregående annonsering till det sammanlagda beloppet om 1 045 774 kr. Det stämmer att köpen gjorts löpande när behov uppstått i berörd verksamhet på fjorton olika orter i länet. Köp har skett i form av löpande muntliga beställningar. I snitt handlar det om cirka elva transporter per ort och år. Slår man ut det totala beloppet om 1 045 774 kr blir summan per ort cirka 75 000 kr. Beställningar har gjorts från många olika leverantörer, inte från endast en leverantör.

Så snart landstinget fick kännedom om att köpen översteg beloppsgränsen för direktupphandling påbörjades arbetet med en upphandling för transport av avlidna. Upphandlingen är nu annonserad och landstinget beräknar att

kunna ingå avtal innan december 2016. Överträdelsen bör därför ses som ringa och någon avgift inte utgå.

I det aktuella fallet kan upphandlingsskadeavgiften uppgå till högst 104 577 kr. Om avgiften på 104 577 kronor (tio procent) ska vara reserverad för graverande fall har landstinget svårt att förstå hur Konkurrensverket motiverar att upphandlingsskadeavgiften bör uppgå till 80 000 kronor som motsvarar cirka åtta procent. Det av Konkurrensverket föreslagna beloppet utgör en för hög avgift i sammanhanget och ger indikation på att överträdelserna tillhör kategorin *allvarligare överträdelser*.

Det faktum att landstinget påbörjade en upphandling så snart man fick vetskap om det sammanlagda värdet visar att landstinget är väl införstått med vikten av att följa regelverket. Omständigheterna i det aktuella fallet utgörs av många inblandade beställare/köpare, flera mindre köp för ett lågt belopp och köp som fördelar sig på olika orter i länet, visar på att överträdelserna inte kan anses som klar. Det har varit svårt för landstinget att upptäcka det sammanlagda beloppet av köpen samt behovet av att göra en upphandling. Överträdelserna måste därför anses som ringa alternativt klassas som en *lindrigare överträdelse*.

Upphandlingsskadeavgiften på 80 000 kr utgör inte en effektiv och proportionerlig sanktion och bör justeras i sänkande riktning till ett proportionerligt belopp i förhållande till överträdelserna.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) bl.a. om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § samma lag (17 kap. 1 § LOU).

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a § LOU (17 kap. 4 § LOU).

Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl (17 kap. 5 § LOU).

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Det är ostridigt i målet att landstinget under år 2015 köpt transporter av avlidna utan föregående annonsering till det sammanlagda beloppet 1 045 774 kr och att köpen gjorts muntligen från ett flertal olika leverantörer. Landstinget har inte framfört några skäl som skulle kunna medföra undantag från annonseringsplikten. Det är därmed utrett att det rör sig om en otillåten direktupphandling.

Frågan i målet är om överträdelsen är att anse som ringa eller om sådana synnerliga skäl föreligger att avgiften kan efterges. Om så inte är fallet är frågan till vilket belopp avgiften ska uppgå.

I förarbetena anges att otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör bl.a. vägas in hur klar överträdelsen är, avtalstidens längd, värdet, om avtalet fortfarande är giltigt eller om det fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, beteendet hos den upphandlande myndigheten och om den drabbats negativt på något annat sätt. Sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Utrymmet att anse en överträdelse som ringa är ytterst

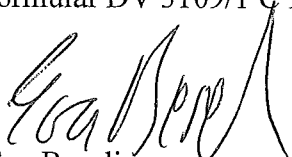
begränsat. Med synnerliga skäl åsyftas närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften (prop. 2009/10:180 s. 197 ff. samt s. 369 f.).

Enligt domstolens bedömning är de omständigheter landstinget anfört inte förmildrande. Å andra sidan finns inte heller några särskilt försvårande sådana. Det är alltså inte fråga om ett ringa fall eller en sådan situation som medger eftergift av avgiften. Sammantaget, och med beaktande av att det ändå är fråga om ett lågt belopp för en organisation som landstinget och att sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande, finner domstolen att det av Konkurrensverket angivna beloppet framstår som väl avvägt.

Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Eva Beselin

Raili Funck har föredragit målet



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni 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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.