



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Mattias Håkansson
Föredragande

DOM
2013-02-13
Meddelad i
Falun

Mål nr
5096-11
Enhet 2

KONKURRENSVERKET	
2013-02-13	
Avd	JU
Dnr	739/2011
Doss	802 Aktbil

SÖKANDE

Konkurrensverket
Malmskillnadsgatan 32
103 85 Stockholm

MOTPART

Falu kommun
791 83 Falun

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Med delvis bifall till Konkurrensverkets ansökan beslutar förvaltningsrätten att Falu kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 7 000 000 kr.

Dok.Id 71839

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag – fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Enhet 2

DOM

Sida 2
5096-11

YRKANDEN M.M.

I ansökan yrkar **Konkurrensverket** att förvaltningsrätten förpliktar Falu kommun (i det följande Kommunen) att betala 10 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Till stöd för sin ansökan anför Konkurrensverket följande. Kommunen har brutit mot LOU genom att den 15 december 2010 ha slutit ett avtal med PEAB Sverige AB (i det följande PEAB) avseende drift och underhåll av Kommunens gator och vägar utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU. Detta trots att förutsättningarna för detta inte har varit uppfyllda. Det ingångna avtalet är att betrakta som en otillåten direktupphandling. Upphandlingsskadeavgiftens storlek bör beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde och bör i allmänhet kunna bestämmas till mellan fem och tio procent av avtalets värde. Vid otillåtna direktupphandlingar av normalgraden bör avgiften kunna ligga i mitten av den högre delen av skalan, det vill säga 7-8 procent av avtalets värde. Avtalet mellan Kommunen och PEAB har i övervägande delar konstruktionen som ett ramavtal från vilket Kommunen kan avropa olika tjänster. Ett ramavtal får löpa under mer än fyra år endast om det finns särskilda skäl. Det aktuella avtalet har en löptid om sju år. Avtalets långa löptid inverkar extra skadligt på marknaden eftersom andra leverantörer utesluts under en längre tid än vad som är tillåtet. Den långa avtalstiden utgör en försvårande omständighet. Med utgångspunkt i att avtalets värde uppgår till 161 miljoner kr och med beaktande av samtliga omständigheter kring överträdelsen är en avgift om tio miljoner kr det enda som kan komma ifråga.

Kommunen motsätter sig ansökan och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att avgift inte ska påföras alternativt efterges eller åtminstone bestämmas till ett lägre belopp. Till stöd för sin inställning anför Kommunen bl.a. följande. Det finns starkt förmildrande omständigheter före, vid och efter avtalets tillkomst. Avtalet har inte ingåtts av behöriga företrädare för Kommunen eller kommit till deras kännedom förrän i slutet av juli 2011. Åtgärder har då omedelbart vidtagits för att utreda och rätta till situationen utan eftersättande av Kommunens väghållningsuppgift. Detta har skett

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Enhet 2

DOM

Sida 3
5096-11

trots att det medfört negativa ekonomiska konsekvenser och andra olägenheter för Kommunen. Det kan dessutom ifrågasättas om avtalet överhuvudtaget varit giltigt. Omständigheterna är sådana att det föreligger synnerliga skäl för eftergift alternativt att överträdelsen bedöms som ringa. Upphandlingsskadeavgift bör därför inte utgå. I vart fall bör beloppet sättas ned till ett lägre belopp än vad som yrkats.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Är avtalet är giltigt, har det tillkommit genom otillåten direktupphandling och finns förutsättningar för upphandlingskadeavgift?

Konkurrensverket har gjort gällande att det i målet aktuella avtalet har tillkommit genom en otillåten direktupphandling.

Kommunen synes inledningsvis ha godtagit uppgifterna om att avtalet inte tillkommit på ett sätt som överensstämmer med LOU. Kommunen har sedermera ifrågasatt om det överhuvudtaget kan anses ha förelegat ett giltigt avtal med hänvisning till att avtalet undertecknats av en anställd som saknade behörighet att ingå avtalet för Kommunens räkning.

Av utredningen framgår att det är dåvarande förvaltningschefen som har undertecknat avtalet. Enligt ingiven delegationsordning har hon haft behörighet att inom vissa ramar ingå avtal med för Kommunen bindande verkan. Denna behörighet har, såvitt framkommit, dock inte haft sådan omfattning att den gällt avtal som det här aktuella.

Konkurrensverket har motsatt sig att avtalets giltighet kan ifrågasättas och tillagt följande. Efter att avtalet ingicks skriftligen den 15 december 2010 har PEAB utfört tjänster och fakturerat enligt avtalet, och Kommunen har betalat ersättning för utfört arbete enligt avtalet.

Av handlingarna framgår vidare att Kommunen och PEAB har ingått ett tilläggsavtal daterat den 1 december 2011 varvid parterna med omedelbar verkan kommer överens om att avtalet ska upphöra att gälla.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Enhet 2

DOM

Sida 4
5096-11

Utformningen av tilläggsavtalet talar enligt förvaltningsrättens bedömning för att Kommunen, i vart fall vid den tidpunkten, har uppfattat det aktuella avtalet från den 15 december 2010 som civilrättsligt bindande.

Förvaltningsrätten bedömer, med beaktande av utformningen av tilläggsavtalet och med hänsyn till att PEAB utfört tjänster enligt avtalet som kommunen har betalat för, att utredningen i målet ger tillräckligt stöd för uppfattningen att Kommunen har slutit ett giltigt avtal med PEAB som rätteligen borde ha upphandlats enligt LOU. Kommunen har sålunda, i strid med 7 kap. 1 § LOU, ingått detta avtal utan föregående annonsering. Enligt förvaltningsrättens uppfattning har Kommunen därigenom genomfört en otillåten direktupphandling.

Reglerna om upphandlingsskadeavgift återfinns i 17 kap. LOU och tillämpas på upphandlingar som har påbörjats efter den 15 juli 2010.

Vad gäller otillåten direktupphandling är utgångspunkten att upphandlingen får anses påbörjad först när avtalet har slutits, om inte den upphandlande myndigheten kan visa att upphandlingen har påbörjats vid en tidigare tidpunkt (jfr prop. 2009/10:180 s. 310).

Det aktuella avtalet är daterat den 15 december 2010 och det har inte heller i övrigt framkommit att upphandlingen påbörjats före den 15 juli 2010.

Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift i 17 kap. LOU är därför tillämpliga.

Då förvaltningsrätten funnit att Kommunen har slutit avtalet med PEAB utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU föreligger förutsättningar för att besluta om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § tredje punkten LOU.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Enhet 2

DOM

Sida 5
5096-11

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får emellertid inte överstiga 10 procent av kontraktsvärdet, beräknat enligt 3 kap. 3 och 4 §§ LOU. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas och avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (jfr 17 kap. 4-5 §§ LOU).

Enligt 3 kap. 3 § LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet och options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats. Av 3 kap. 4 § LOU följer att beräkningen ska avse värdet vid den tidpunkt då en annons om upphandlingen enligt 7 kap. 1 § LOU skickas ut eller, om en sådan annons inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten bjuder in leverantörer till anbudsgivning.

Avtalet är enligt dess lydelse giltigt från den 1 januari 2011 till och med den 31 december 2013 med möjlighet till förlängning under två plus två år. Med beaktande av de belopp som fakturerats inom ramen för det tidigare och det nu aktuella avtalet har Konkurrensverket uppskattat värdet av avtalet till minst 23 miljoner kr per år, det vill säga till totalt 161 miljoner kr. Förvaltningsrätten finner inte skäl att frångå Konkurrensverkets beräkning av kontraktsvärdet.

Vid bestämmande av upphandlingsskadeavgiften ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Vad gäller otillåtna direktupphandlingar så anses dessa vara en av de allvarligaste överträdelseerna inom upphandlingsområdet (jfr t.ex. prop. 2009/10:180 s. 197).

Vidare uttalas bl.a. följande i förarbetena till 17 kap 5 § (prop. 2009/10:180 s. 369 f.). 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 förmild-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Enhet 2

DOM

Sida 6
5096-11

rande 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. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Exempelvis kan beaktas om den upphandlande myndighetens agerande är att betrakta som särskilt klandervärt. Upprepade överträdelser bör ses som en försvarande omständighet. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Om rättsläget är oklart bör det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Vikt kan också läggas vid om avtalet fortfarande är giltigt. Att ett avtal har förklarats ogiltigt på grund av att det föregåtts av en otillåten direktupphandling kan alltså påverka upphandlingsskadeavgiften i sänkande riktning. I vissa fall kan andra olägenheter eller negativa ekonomiska konsekvenser för den upphandlande myndigheten ses som en förmildrande omständighet.

Kommunen har anfört att det funnits förmildrande omständigheter före, vid och efter avtalets tillkomst och bl.a. anfört att avtalet inte ingåtts av behöriga företrädare och inte heller kommit till deras kännedom förrän långt efteråt. Avtalet tecknades efter valet och i skarven mellan avgående och tillträdande nämnd och har inte kommit till kommunledningens kännedom innan det uppmärksammades av massmedia. Förvaltningschefen som undertecknade avtalet har avskedats. Enligt Kommunen har åtgärder – så långt det varit möjligt – också vidtagits för att utreda och rätta till situationen. Detta trots att det medfört negativa ekonomiska konsekvenser och andra olägenheter för Kommunen. Kommunen har också invänt att avgiften endast ska beräknas för den tid som det aktuella avtalet har varit i kraft. Kommunen för även fram att den har vidtagit åtgärder för att skärpa den interna kontrollen och upphandlingsrutinerna för att säkra upphandlingsprocessen och vinnlägga sig om att likartade händelser inte kommer inträffa igen. Enligt kommunen bör detta ses som en förmildrande omständighet och Kommunen har svårt att se hur det skulle föranleda någon utholkning av upphandlingsskadeavgiftens allmänpreventiva funktion då

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Enhet 2

DOM

Sida 7
5096-11

kommunalt beslutsfattande följer av lag och kommunen bör kunna utgå från att anställda följer regelverket. Detta torde i synnerhet vara fallet när det rör sig om anställda med positioner som förutsätter ett förtroende och när det av tjänsten medföljer ett ansvar att tillse att ärenden hanteras och bereds på ett korrekt sätt. I förevarande fall rör det sig om en enskild anställd som utan förankring hos behöriga beslutsfattare tagit på sig själv att ingå ett avtal som denne inte hade behörighet att ingå. Enligt Kommunen leder Konkurrensverkets syn på vilka omständigheter som kan vara förmildrande till att upphandlande myndigheter som upptäcker att felaktigheter begåtts gör bäst i att söka gömma och glömma dessa då försök att i efterhand rätta sig efter lagstiftningen endast kan medföra merkostnader för dem.

Konkurrensverket har i detta avseende pekat på att reglernas allmänpreventiva funktion riskerar att urholkas om en lägre avgift åläggs än sanktionsvärdet betingar genom att hänvisa till att överträdelsen har utförts av en enskild tjänsteman som agerat i strid med myndighetens interna regler. Ansvaret enligt LOU är strikt och åvilar uteslutande den upphandlande myndigheten. Vidare anser Konkurrensverket att åtgärder som vidtagits av den upphandlande myndigheten i syfte att begränsa skadeverkningarna av den specifika överträdelsen, inte bör utgöra en förmildrande omständighet när åtgärden har vidtagits först när den misstänkta överträdelsen har uppdragats och blivit känd utanför myndigheten. Slutligen menar Konkurrensverket att det heller inte bör utgöra en förmildrande omständighet att den upphandlande myndigheten uppger att man avser att vidta åtgärder på ett generellt plan i syfte att undvika att begå lagbrott vid framtida inköp då ett sådant synsätt riskera att premiera myndigheter som har bristfälliga rutiner framför myndigheter som redan har goda inköpsrutiner.

Förvaltningsrätten anser i förevarande fall att den omständigheten att en otillåten direktupphandling avseende ett betydande kontrakt har kunnat genomföras är en sådan omständighet som medför att sanktionsvärdet bör

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Enhet 2

DOM

Sida 8
5096-11

bedömas som högt. Såväl kontraktssumman som avtalstiden talar i denna riktning.

Kommunen har dock anfört att avtalet undertecknats av en anställd som saknat behörighet att ingå det aktuella avtalet för Kommunens räkning och att beslutet att ingå avtal inte heller har anmälts till nämnden. Även om uppgifterna om att avtalet kommit till kommunledningens och nämndens kännedom först i slutet av juli 2011 framstår som mycket anmärkningsvärda kan det inte uteslutas att det förhållit sig såsom Kommunen påstått. Kommunen har dock agerat så att den kommit att bli bunden av avtalet. Vidare kan det noteras att de uppgifter som lämnats av dåvarande förvaltningschefen i stämmingsansökan till Falu tingsrätt och som getts in till förvaltningsrätten av Konkurrensverket ger en delvis annan bild av vad andra personer inom Kommunen känt till. Dessa uppgifter bör dock, med tanke på sammanhanget, värderas med försiktighet. Konkurrensverket har i förvaltningsrätten inte direkt pekat på att det inom Kommunen skulle vara fråga om ett upprepat beteende att genomföra direktupphandlingar. Förvaltningsrätten kan dock konstatera att det funnits brister inom Kommunen när det gäller rutiner och kontroll för att säkerställa att upphandlingslagstiftningen följs.


Kommunen har emellertid därefter lyckats träffa en överenskommelse med PEAB om att häva avtalet i förtid. Kommunen har sålunda agerat för att begränsa överträdelsens skadeverkningar. Även om det finns flera oklarheter rörande omständigheterna vid avtalets tillkomst finner förvaltningsrätten att omständigheterna sammantaget och då särskilt den omständigheten att Kommunen frånträtt avtalet bör beaktas som förmildrande i sammanhanget. Mot bakgrund härav bedömer förvaltningsrätten att upphandlingsskadeavgift ska fastställas till 7 000 000 kr. Överträdelsen är inte ringa och det har inte framkommit skäl att efterge upphandlingsskadeavgiften. Konkurrensverkets yrkande ska därför delvis bifallas.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Enhet 2

DOM

Sida 9
5096-11

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



Karin Forslund Johansson

rådman