



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Carin Gunnarsson

DOM
2014-03-11
Meddelad i
Växjö

Mål nr
3386-13

SÖKANDE
Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART
Växjö kommun
Box 1222
351 12 Växjö

SAKEN
Upphandlingsskadeavgift enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2014-03-11 11:00	
Avd	74
Dnr	488/2013
KSnr	3.5.3 Aktbil 6

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Växjö kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 81 000 kr.

Dok.Id 86262

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: fva@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket ansöker om att Växjö kommun (kommunen) enligt 17 kap. 1 § 3. LOU ska förpliktas att till staten betala 81 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Till stöd för sin ansökan anför Konkurrensverket bl.a. följande. Kommunen har brutit mot LOU genom att den 19 september 2012 ingå avtal med One Nordic AB utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU, trots att förutsättningarna för ett sådant agerande inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Kommunen medger att det är fråga om en otillåten direktupphandling och att betala upphandlingsskadeavgift med 35 000 kr.

Konkurrensverket utvecklar sin talan och anför följande. Av kommunens internutredning framgår att inköp har skett under perioden 2010-2012 till betydande belopp utan korrekt upphandling. Under 2012 skickade kommunen ut anbudsunderlag avseende anläggande av trafiksignalanläggning m.m. till tre utvalda leverantörer. Två av dessa leverantörer inkom med anbud, däribland One Nordic AB. Kommunen ingick avtal med One Nordic AB den 19 september 2012. Av 15 kap 3 § LOU följer att en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt som omfattas av LOU vars värde överstiger 15 procent av tröskelvärdet, ska annonsera upphandlingen i enlighet med 15 kap 4 § LOU. En upphandlande myndighet får ingå avtal med en leverantör utan föregående annonsering endast i vissa specificerade undantagsfall. Eftersom avtalets kontraktsvärde överstiger gränsen för direktupphandling (284 631 kr) skulle kommunens ingående av avtalet ha föregåtts av en konkurrensutsättning genom ett annonserat förfarande. Något sådant förfarande har inte skett. Några omständigheter som skulle kunna motivera en direkttilldelning av avtalet föreligger inte. Kommunens ingående av avtalet utgör därför en otillåten direktupphandling. En

sådan formlös konkurrensutsättning som kommunen har företagit kan inte ersätta det annonserade förfarande som föreskrivs i LOU. Det sammanlagda värdet av avtalet uppgår till 926 638 kr. Vid otillåten direktupphandling får allmän förvaltningsdomstol enligt 17 kap. 1 § 3 LOU besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Enligt Konkurrensverkets mening bör upphandlingsavgiftens storlek vid otillåten upphandling beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets kontraktswärde. Vid otillåtna direktupphandlingar där vare sig förmildrande eller försvårande omständigheter föreligger bör upphandlingsskadeavgiften enligt Konkurrensverkets uppfattning ligga på 7-8 procent av avtalets värde. En okunskap om innehållet i gällande rätt kan inte tillmätas en förmildrande inverkan vid fastställandet av sanktionsvärdet. I förevarande mål anser Konkurrensverket att försvårande omständigheter ska tillmätas betydelse vid fastställande av upphandlingsskadeavgiften. Kommunens tekniska förvaltning har haft bristande rutiner vid sin tillämpning av LOU under en längre tid. Mot bakgrund av preskriptionsregeln i 17 kap 7 § andra stycket LOU avser Konkurrensverkets ansökningar fem avtal som kommunen ingått genom otillåtna direktupphandlingar under hösten 2012. Dessa fem upphandlingar har gjorts under en begränsad tid (13 september 2012 – 26 november 2012) och utgör enligt Konkurrensverket ett upprepat beteende. Enligt Konkurrensverkets uppfattning utgör såväl de bristande rutinerna som det beskrivna upprepade beteendet sådana förhållanden hos den upphandlande myndigheten som ska tillmätas betydelse vid fastställande av sanktionsvärdet. Upphandlingsskadeavgiften ska därför bestämmas till ett högre belopp än vad som skulle ske i normalfallet. Några förmildrande omständigheter har inte framkommit. Avgiften bör därför bestämmas till ett belopp som ligger över mitten av den övre delen av skalan. En upphandlingsskadeavgift om 81 000 kr motsvarar ca 8,8 procent av kontraktswärdet och är enligt Konkurrensverket en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen. Konkurrensutsättningar, likt den som kommunen har genomfört, har inte tillmätts någon sän-

kande verkan vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek i tidigare avgörande. Kommunens agerande i utredningsarbetet och förbättringsåtgärder som vidtas efter genomförandet av en otillåten direktupphandling inverkar inte heller vid fastställandet av lagöverträdelsens sanktionsvärde.

Kommunen utvecklar sin talan enligt följande. Kommunen har arbetat med att säkra upp rutiner för att säkerställa att alla avtal, där lagen så kräver, är konkurrensutsatta och annonserade på sätt som krävs enligt LOU och LUF. Alla dessa åtgärder påbörjades innan Konkurrensverket påbörjade sin utredning. Kommunen har varit Konkurrensverket behjälpliga i utredningen och helt öppet redovisat om avtal har konkurrensutsatts eller inte. Det aktuella avtalet avser inköp av trafiksignalanläggning på Teleborgsvägen i Växjö av One Nordic AB. Tekniska nämnden har i detta fall upprättat ett komplett förfrågningsunderlag med angivande av utvärderingsmetod som har tillställts tre leverantörer. Två anbud kom in. Nämnden fattade tilldelningsbeslut och upplyste om att spärrtid om femton dagar gällde. Någon begäran om överprövning kom inte in varför avtal ingicks med One Nordic AB. Det finns i princip endast ett begränsat antal leverantörer, omkring 4-5 stycken, av trafiksignalanläggningar av det slag som har efterfrågats. Med anledning härav kan inte kommunens agerande att göra en upphandling utan annonsering ansetts ha medfört att någon leverantör har lidit skada. Inte heller finns det anledning att anta att inköpen har varit mer kostsamt än om en konkurrensutsättning ägt rum. Med hänsyn härtill och till att kommunen i vart fall konkurrensutsatt avtalet ska upphandlingsskadeavgiften inte överstiga omkring 5 procent av kontraktsvärdet eller ca 35 000 kr. Ansvariga tjänstemän i detta fall har agerat i tron att de på ett korrekt sätt tillämpat LOU, vilket ska beaktas vid fastställandet av storleken på upphandlingsskadeavgiften.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 17 kap. 1 § 3 LOU får en allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller, 15 kap. 4 eller 6 §.

Av 17 kap. 4 § LOU framgår att 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.

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

Avseende beräkningen av avgiftens storlek framgår bl.a. följande av 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 allvarligare 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, vilket bör leda till att sanktionsvärdet kan anses vara högt. Som ytterligare exempel på försvårande omständigheter nämns fall när det upphandlade avtalet sträcker sig över lång tid eller avser ett högt värde samt när det är fråga om ett upprepat beteende hos myndigheten.

Förmildrande omständigheter kan vara att den upphandlande myndigheten fortsätter köpa varor eller tjänster från ett avtal som har löpt ut, men där ett nytt avtal kan ingås på grund av en pågående överprövningsprocess eller när ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten finner i likhet med parterna att kommunen genom att ingå avtal med One Nordic AB utan föregående annonsering har genomfört en otillåten direktupphandling. Det finns därmed grund för att besluta om upphandlingsskadeavgift.

Förvaltningsrätten bedömer inledningsvis att kommunens överträdelse inte kan anses som ett ringa fall, varför det finns skäl för att besluta om att kommunen ska påföras en upphandlingsskadeavgift.

Konkurrensverket yrkar att avgiften ska beräknas till 81 000 kr, motsvarande 8,8 procent av kontraktsvärdet. Kommunen anser att en avgift om 35 000 kr, motsvarande 5 procent av kontraktsvärdet, är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Som Konkurrensverket anført anses otillåtna direktupphandlingar vara allvarliga överträdelser som bör leda till höga sanktionsvärden. Härtill kommer att kommunen haft bristande rutiner vid sin tillämpning av LOU under en längre tid och genomfört upprepade otillåtna direktupphandlingar. Förvaltningsrätten anser att det inte har framkommit några förmildrande omständigheter i målet som medför skäl att sätta ned eller helt efterge avgiften. Sammantaget får det av Konkurrensverket yrkade beloppet anses väl avvägt och det finns inte skäl att bestämma avgiftens storlek till ett lägre belopp än det av Konkurrensverket yrkade. Ansökan ska därför bifal-

las och kommunen förpliktas att till staten betala en upphandlingsskadeavgift om 81 000 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1d –LOU)

Bertil Idarsson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/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. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

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.