



KONKURRENSVERKET	
2013 -10- 1 0	
Avd	JU
Dnr	739/2011
KSnr	862 Aktbil

KLAGANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Falu kommun
791 83 Falun

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 13 februari 2013
i mål nr 5096-11, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Med ändring av förvaltningsrättens dom bestämmer kammarrätten
upphandlingsskadeavgiften till 8 miljoner kr.

YRKANDEN

Konkurrensverket överklagar förvaltningsrättens dom och yrkar att kammarrätten ska fastställa upphandlingsskadeavgiften till 10 000 000 (tio miljoner) kronor.

Falu kommun bestrider bifall till överklagandet och kvarstår vid sin inställning att i första hand ska avgift inte påföras. I andra hand är kommunens inställning att avgiften ska efterges eller åtminstone bestämmas till ett lägre belopp än Konkurrensverkets yrkade.

PARTERNAS TALAN

Konkurrensverket anför följande till stöd för sin talan. Avtalet mellan Falu kommun och Peab är värt minst 161 miljoner kronor och kan gälla i sju år. I mål om upphandlingsskadeavgift bör en otillåten direktupphandling av normalgraden betinga ett sanktionsvärde motsvarande cirka 7-8 procent av avtalets värde. Förvaltningsrätten har i förevarande mål som första domstol i ett fakultativt mål enligt 17 kap. 1 § punkten 3 LOU beslutat om en lägre upphandlingsskadeavgift än vad Konkurrensverket yrkat. Konkurrensverket anser att den utdömda avgiften är för låg i förhållande till överträdelsens sanktionsvärde och då med särskilt beaktande av avtalets höga kontraktvärde och långa löptid.

Avvecklingsavtalet

I målet aktualiseras bl.a. frågan om åtgärder som en upphandlande myndighet vidtagit i efterhand för att begränsa skadeverkningarna av överträdelsen bör utgöra en förmildrande omständighet som inverkar sänkande på upphandlingsskadeavgiftens storlek. I förevarande mål har Falu kommun, efter det att överträdelsen uppmärksammats i media och av Konkurrensverket, ingått ett avtal (Avvecklingsavtalet) med Peab där det

uttrycks en gemensam avsikt att på sikt avveckla det avtal (Avtalet) som ingåtts genom otillåten direktupphandling. Avvecklingen ska emellertid ske först när kommunen genomfört en ny upphandling och vinnande leverantör kan börja leverera de aktuella anläggningstjänsterna. Förvaltningsrätten har i den överklagade domen bedömt att Avvecklingsavtalet bör inverka sänkande på upphandlingsskadeavgiftens storlek. Förvaltningsrätten har dock inte fört resonemang kring varför principerna som gäller inom straffrätten och annan offentlighetslagstiftning ska frångås vid tillämpning av 17 kap. LOU. Principen som avses här är att åtgärder i syfte att begränsa skadan som vidtagits efter det att den misstänkta överträdelsen uppdagats inte anses utgöra förmildrande omständigheter. Förvaltningsrättens rättstillämpning leder till ett försämrat allmänpreventivt genomslag för reglerna om upphandlingsskadeavgift. Likaså har förvaltningsrätten endast utgått från Falu kommuns avsikt, enligt Avvecklingsavtalet, att vidta skadebegränsade åtgärder och ansett det funnits skäl att sänka upphandlingsskadeavgiftens storlek. I Avvecklingsavtalet regleras inte när kommunen måste ha genomfört en ny upphandling, och således inte heller hur länge det kan dröja innan Avtalet avvecklas. Det är möjligt att Avtalets löptid om sju år kan komma att tillämpas. De åtgärder i övrigt som Falu kommun vidtagit (utreda vad som hänt, avskeda personal etc.) innebär inte att skadeverkningarna – marknadsskadan – som den otillåtna direktupphandlingen inneburit begränsas, och saknar därför relevans för sanktionsvärdet och upphandlingsskadeavgiftens storlek. Kammarrätten i Stockholm har kommit till slutsatsen att generella åtgärder som en upphandlande myndighet vidtar i efterhand för att komma till rätta med felaktig tillämpning av upphandlingsbestämmelserna inte bör inverka sänkande på upphandlingsskadeavgifternas storlek (mål nr 1305-12).

Obehörig person tecknade avtalet

I målet har Falu kommun hos förvaltningsrätten argumenterat för att avgiften bör sänkas eftersom kommunen anser att befattningshavare hos kommunen begått felaktigheter i samband med avtalets ingående. Förvaltningsrätten har tillmätt denna omständighet viss begränsad betydelse i sänkande riktning vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Kammarrätten bör i detta mål fastställa att överträdelsens sanktionsvärde och upphandlingsskadeavgiftens storlek inte kan påverkas i sänkande riktning med hänvisning till att en befattningshavare hos den upphandlande myndigheten har agerat felaktigt. Det är klart olämpligt om upphandlingsskadeavgiften skulle kunna sänkas med hänvisning till vad enskild befattningshavare hos den upphandlande myndigheten har gjort eller inte gjort. Detta skulle skicka signalen att myndigheter med bristfällig styrning och kontroll kan premieras med en lägre upphandlingsskadeavgift jämfört med myndigheter med bättre styrning, kontroll och ansvarstagande. Likaså skulle en sådan praxis skapa incitament hos upphandlande myndigheter att hitta enskilda befattningshavare i organisationen som kan pekats ut som ansvarig för en viss överträdelse.

Enligt Konkurrensverket måste en jämförelse göras med skadeståndsrätten. Enligt skadeståndslagen (1972:207) ansvarar kommuner och andra myndigheter för skadestandsgrundande fel eller försummelser som deras anställda begått. En kommun kan inte undgå skadestandsansvar genom att hänvisa till att felet begåtts av en anställd. Motsvarande gäller vid överträdelser av LOU i mål om exempelvis upphandlingsskadeavgift. Anmärkningsvärt är att efter att förvaltningschefen vid kommunen tecknat avtal med Peab kunde betalning för utförda tjänster ske under sex månader utan att behöriga företrädare för kommunen fått information om avtalet.

Sammanfattningsvis om beloppet

Lagtexten i LOU ger inte utrymme att bedöma avtalets värde på annat sätt än att optioner och förlängningsklausuler ska räknas med som om de utnyttjas, vilket innebär att avtalet mellan Falu kommun och Peab är värt minst 161 miljoner kronor. Det saknar betydelse för beräkning av avtalets värde att de i vissa delar ersatte ett tidigare upphandlat avtal mellan parterna. Otillåtna direktupphandlingar har ett särskilt högt sanktionsvärde. Av praxis framgår att avgifter motsvarande 7-8 procent av avtalets värde har dömts ut. Förvaltningsrätten har i nu aktuellt mål utdömt en avgift motsvarande 4,35 procent av avtalets värde. Konkurrensverket anser att avgiften är alltför låg i förhållande till överträdelsens sanktionsvärde. Den utdömda avgiften är oförenlig med den avgiftspraxis som finns. En sådan låg upphandlingsskadeavgift för den aktuella överträdelsen är inte förenlig med kraven på att avgifterna ska vara proportionerliga och avskräckande.

Falu kommun anför följande till stöd för sin talan. Det aktuella avtalet har inte ingåtts av behöriga företrädare för Falu kommun eller kommit till deras kännedom förrän i juli 2011. När avtalet blev känt vidtogs omedelbart åtgärder för att utreda och rätta situationen. Det stämmer i och för sig att kommunen agerat först efter det att man fått kännedom om avtalet i slutet av juli 2011. Kommunledningen tog då omedelbart beslut om att en oberoende och utomstående granskning skulle ske. Granskningen var central såtillvida att om den hade visat att avtalsbundenhet inte förelåg hade det inte funnits något avtal att rätta. På grund av semesterperioden inleddes granskningen i mitten av augusti 2011. Falu kommuns intentioner var att rättelse skulle vidtas om felaktigheter begåtts. Den oberoende granskningen påvisade att kommunen sannolikt var civilrättsligt bunden av avtalet. Därefter inleddes förhandlingar med Peab (motparten i avtalet) och ett nytt avtal tecknades mellan parterna där man enades om att förlängningsavtalet omedelbart upphör att gälla. Vidare angavs i detta avtal att Peab skulle utföra arbete enligt ursprungliga avtalet endast under så lång tid det tar för ett korrekt

upphandlat avtal att träda i kraft. Det är inte korrekt att kommunen agerat först efter det att kommunen tillskrivits av Konkurrensverket.

Avvecklingsavtalet

Konkurrensverket anger i sitt överklagande att parterna – Peab och Falu kommun – i avvecklingsavtalet endast uttalat att man på sikt avser att avveckla avtalet. Verket utelämnar då att kommunen genom samma beslut även uppdrog till Trafik- och fritidsnämnden att omgående inleda en ny upphandlingsprocess vari förfrågningsunderlaget kvalitetssäkras av upphandlingsenheten före annonsering samt att kvalitetssäkring av utvärdering sker innan tilldelningsbeslut skickas. Tilldelningsbeslut fattades i maj 2012 och kommunens avtal med NCC Roads AB tecknades i juni 2012. Avtalet med NCC Roads AB trädde i kraft den 1 augusti 2012 då avtalet med Peab således upphörde. Det är märkligt att Konkurrensverket trots vetskap om avtalets upphörande i augusti 2012 kan göra gällande att hela löptiden om sju år kan komma att tillämpas i teorin.

Övrigt rörande upphandlingsavgiftens storlek

Konkurrensverket hänvisar till en dom från Kammarrätten i Stockholm (mål nr 1305-12) men Falu kommun anser inte att denna dom kan tillämpas i nu aktuellt mål. Domen avser åtgärder som upphandlande myndighet vidtagit för att undvika fel i framtida upphandlingsprocesser och inte sådana åtgärder som myndighet vidtagit för att rätta ett fel i ett specifikt fall. Av intresse är däremot hänvisningen i domen till lagstiftningens förarbeten. Lagstiftaren har gett domstolen ett stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter, såväl försvårande som förmildrande, i mål rörande upphandlingsskadeavgift. Vikt ska t.ex. läggas vid den upphandlande myndighetens agerande, om avtalet ifråga fortfarande är giltigt eller om den upphandlande myndigheten drabbas av andra olägenheter eller negativa ekonomiska konsekvenser. Konkurrensverket hävdar att för det fall en upphandlande myndighet självmant utreder och rättar felaktigheter bör det inte ses som en förmildrande omständighet.

Konkurrensverkets tolkning här leder inte till att efterlevnaden av upphandlingsreglerna tillförsäkras.

Obehörig person tecknade avtalet

Beslutet att ingå det aktuella avtalet har inte fattats av korrekt beslutsorgan. Förvaltningschefen, som tecknade avtalet, saknade stöd i delegationsordningen för att själv ingå avtalet. Den aktuella nämnden har inte fattat beslut som gav förvaltningschefen ett sådant mandat och avtalet har inte anmälts till nämnden eller förankrats hos nämnden. Att en kommun ska kunna utgå från att anställda följer regelverket för beslutsfattande medför inte någon risk för att upphandlingsskadeavgifternas preventiva funktion urholkas. Konkurrensverket företräder en åsikt om att absolut ansvar ska tillämpas, oavsett sakomständigheterna i det enskilda fallet ska myndigheten i fråga bära ansvaret. Att på ett sådant sätt hålla en arbetsgivare ansvarig för händelser och beteenden denne rimligen inte kunnat råda över eller ens haft kännedom om skulle leda till orimliga och stötande konsekvenser i tillämpningen av upphandlingsskadeavgifter.

Sammanfattningsvis om beloppet

Värdet av det ifrågasatta avtalet bör beräknas från den tidpunkt då tidigare korrekt upphandlat avtal löper ut, den 1 november 2011. Därtill bör en eventuell upphandlingsskadeavgift endast beräknas för den tid det aktuella avtalet var i kraft. För upphandlingsskadeavgift finns ett tak på tio miljoner kronor. Konkurrensverket synes driva en linje där sanktionen för överträdelse med starkt förmildrande omständigheter ska vara densamma som sanktionen i ett fall utan förmildrande omständigheter eller till och med starkt försvårande omständigheter. Falu kommun anser detta synsätt orimligt och konsekvenserna därav oproportionerliga och det innebär därtill ett borttagande av incitament för de som önskar rätta eventuella fel de upptäcker. När det gäller upphandlingsskadeavgiftens storlek ska domstolarna göra en helhetsbedömning av samtliga relevanta

omständigheter. Konkurrensverkets tolkning saknar stöd i lagstiftningens förarbeten.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Vad kammarrätten har att pröva i målet på talan av Konkurrensverket är om den aktuella upphandlingsskadeavgiften ska utgå med 7 miljoner kr eller högst 10 miljoner kr.

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 allvarigare 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 att köpa varor eller tjänster från ett avtal som har löpt ut, men där ett nytt avtal inte kan ingås på grund av en pågående överprövningsprocess eller när ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Av förarbetena framgår alltså att avgiftens storlek måste bestämmas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Det kan vare sig av lagtext eller förarbeten läsas ut att sanktionsvärdet ska fastställas till en viss procentandel av kontraktsvärdet. Det faktum att avgiften måste fastställas

inom en viss ram med ett högsta belopp om tio miljoner kr talar dessutom rent matematiskt mot att avgiften fastställs till en viss procentandel av beloppet när det är fråga om högre kontraktbelopp. Beloppsbegränsningen i lagrummet måste, enligt kammarrättens mening, innebära att överträdelsens allvarlighetsgrad ska fastställas utifrån en helhetsbedömning där kontraktsvärdet är en av flera avgörande faktorer och där högsta avgiftsbeloppet bör reserveras för särskilt graverande fall.

Den nu aktuella upphandlingen innebär att kommunen genomfört en otillåten direktupphandling som avser ett högt värde och en lång tidsperiod vilket är försvårande omständigheter. Kammarrätten delar Konkurrensverkets uppfattning att Avvecklingsavtalet inte bör inverka sänkande på upphandlingsavgiftens storlek. Inte heller ska den omständigheten att en befattningshavare hos kommunen överskridit sina befogenheter i samband med upphandlingsavtalets ingående inverka i sänkande riktning. Det har emellertid inte framgått att det skulle vara fråga om upprepade överträdelser. Inte heller är kontraktsvärdet om 161 miljoner kr avsevärt högt. Även om kammarrätten således inte bedömer att det framkommit några tungt vägande förmildrande omständigheter i målet är det inte heller fråga om en så allvarlig överträdelse att det motiverar att högsta möjliga avgift döms ut. Vid en sammantagen bedömning finner kammarrätten att en avgift om åtta miljoner kr får anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar. Det som kommit fram i målet utgör inte sådana omständigheter som medför att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Det finns därför inte förutsättningar för eftergift av avgiften. Konkurrensverkets överklagande ska således delvis bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Annika Sandström
kammarrättslagman
ordförande



Torbjörn Eriksson
kammarrättsråd
referent
skiljaktig mening,
se nedan



Vanja Marcusson
t. f. kammarrättsassessor

Jeanette Sundqvist
föredragande

Skiljaktig mening

Torbjörn Eriksson har skiljaktig mening och anför. Jag finner i likhet med majoriteten att förutsättningar för att påföra upphandlings-skadeavgift föreligger och att synnerliga skäl för eftergift av avgiften inte föreligger. Den nu aktuella överträdelsen består i otillåten direktupphandling som avser ett högt värde och en lång tidsperiod, vilket är försvårande omständigheter. Jag anser att Konkurrensverkets beräkningsgrund framstår som väl avvägd i det aktuella fallet och att den inte medför en oproportionerligt hög avgift. Vad Falu kommun har anfört och vad utredningen i övrigt visar innebär inte att förmildrande omständigheter föreligger att bestämma avgiften till lägre belopp än vad Konkurrensverket har yrkat. Konkurrensverkets talan bör därför bifallas.