

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
5117-5121-13

meddelad i Stockholm den 30 juni 2014

KLAGANDE

1. Kils kommun *dnr 146/2012*
2. Munkfors kommun *dnr 147/2012*
3. Hagfors kommun *dnr 145/2012*
4. Grums kommun *dnr 144/2012*
5. Forshaga kommun *dnr 143/2012*

Ombud för samtliga: Mats Olsson
Kils kommun
Box 88
665 23 Kil

KONKURRENSVERKET	
2014-07-01	
Avd	JCI
Dnr	
KSnr	861 Aktbil

Olsson

MOTPART

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Göteborgs dom den 28 juni 2013 i mål nr 8363-8367-12,
se bilaga

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver underinstansernas avgöranden och avslår
Konkurrensverkets ansökningar.

Dok.Id 149853

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon
08-561 676 00

E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

BAKGRUND

Kils kommun, Munkfors kommun, Hagfors kommun, Grums kommun och Forshaga kommun (kommunerna) publicerade den 5 februari 2010 ett förfrågningsunderlag avseende en gemensam upphandling av livsmedel. Upphandlingen blev föremål för överprövning. I avvaktan på slutligt besked i överprövningsmålet tecknade kommunerna den 27 januari 2011 avtal avseende direktupphandling av livsmedel. En leverantör ansökte om överprövning och yrkade att avtalen skulle förklaras ogiltiga. Förvaltningsrätten i Karlstad avslog i dom den 29 augusti 2011 ansökan (mål nr 1724-11). Avtalen fick, trots ogiltighetsgrund, bestå med hänvisning till tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Konkurrensverket ansökte hos Förvaltningsrätten i Karlstad om att kommunerna skulle betala upphandlingsskadeavgift. Förvaltningsrätten biföll ansökningarna och beslutade att respektive kommun skulle betala upphandlingsskadeavgift med mellan 20 000 kronor och 60 000 kronor.

I det nu överklagade avgörandet avslog Kammarrätten i Göteborg kommunernas överklaganden.

YRKANDEN M.M.

Kommunerna yrkar att ansökningarna om upphandlingsskadeavgift avslås och i andra hand att avgiften bestäms till 10 000 kronor för envar av kommunerna.

Kommunerna anför bl.a. följande.

Kommunerna har i god tid före avtalets utgång påbörjat en ny annonserad upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Rättsläget i fråga om vilken höjd en upphandlande myndighet vid planeringen av

sin upphandling ska ta för överprövningar är oklart. Kommunerna har med hänvisning till 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU köpt varor och tjänster från vinnarna i den överprövade upphandlingen eftersom ett nytt konkurrensupphandlat avtal inte kunde ingås på grund av den pågående överprövningsprocessen. Det var nödvändigt att sluta dessa tillfälliga avtal eftersom upphandlingen avsåg leveranser av livsmedel. De tillfälliga avtalen var tidsbegränsade från den 1 mars 2011 till den dag då kommunerna enligt LOU får avsluta upphandlingen. Kommunerna har genom en förlikning utgivit skadestånd enligt LOU till en leverantör för den tillfälliga direktupphandling som gjordes och som förvaltningsrätten fann vara i strid med lagen. Kommunernas tillfälliga avtal har fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Omständigheterna är starkt förmildrande och leder till att ett ringa fall föreligger. I vart fall finns skäl att bestämma avgiften till lägsta möjliga belopp.

Konkurrensverkets ansökningar ska avslås också av det skälet att den förvaltningsrättsdom som ligger till grund för ansökningarna inte utgör ett lagakraftvunnet avgörande där det fastställts att ett avtal fått bestå av hänsyn till ett tvingande allmänintresse. Att avtalet fått bestå anges nämligen endast i domskälen – som inte kan vinna laga kraft – medan domslutet endast innehåller ett avslag på leverantörens talan.

Konkurrensverket bestrider bifall och anför bl.a. följande.

Grunden för ansökningarna utgörs av att förvaltningsrätten i ett lagakraftvunnet avgörande har konstaterat att avtal ska bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, trots att förutsättningarna för att ogiltigförklara avtalet var uppfyllda. Frågan huruvida kommunerna de facto har överträtt upphandlingslagstiftningen genom att ingå de avtal som var föremål för prövning i den underliggande domen ska inte prövas i de aktuella målen. Ett konstaterande i den underliggande domen att ett avtal ska få bestå på grund av tvingande hänsyn

till ett allmänintresse innebär att rekvisiten för utdömande av upphandlings-skadeavgift är uppfyllda. Omständigheterna i samband med den överträdelse av annonseringsskyldigheten som konstaterats i den underliggande domen har endast betydelse för avgörandet av sanktionsvärdet och avgiftens storlek. Unionsrätten kräver att allmän förvaltningsdomstol påför upphandlings-skadeavgift under sådana omständigheter och den underliggande domen får positiv rättskraft i de efterföljande målen om upphandlings-skadeavgift.

Det saknas stöd i lagtext och förarbeten för kommunernas påstående att fastställandet av de relevanta omständigheterna måste göras uttryckligen i domslutet för att upphandlings-skadeavgift ska kunna beslutas.

Att avtal har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse är inte en förmildrande omständighet vid fastställande av upphandlings-skadeavgiftens storlek. I och med att avtalen består har kommunerna redan fått tillgodoräkna sig en lättnad. Det finns ingen motsättning i det förhållandet att en otillåten direktupphandling kan betinga ett mycket högt sanktionsvärde samtidigt som det behov som ska tillgodoses genom det direkttilldelade kontraktet kan vara av synnerligen stor vikt för att den upphandlande myndigheten ska kunna upprätthålla grundläggande samhällsfunktioner. Allmänpreventiva skäl talar starkt för att det behov som ska tillgodoses genom upphandlingen inte ska kunna påverka överträdelsens sanktionsvärde i mål om upphandlings-skadeavgift. Hänsyn ska endast tas till de omständigheter som förelåg vid tidpunkten för den otillåtna direktupphandlingen vid fastställande av överträdelsens sanktionsvärde. Den skada som en överträdelse innebär bör beaktas vid bestämmandet av dess allvar. Att avtal har fått bestå på grund av tvingande hänsyn har inte i någon del inverkat på den marknadsskada som de otillåtna direktupphandlingarna har medfört.

Att kommunerna har ingått en förlikning med en leverantör är inte en förmildrande omständighet vid fastställande av upphandlings-skadeavgiftens storlek.

Omständigheter som bör inverka i sänkande riktning vid fastställande av sanktionsvärdet är framförhållning i upphandlingar och tidsbegränsade avtal. Det föreligger förmildrande omständigheter som har beaktats av Konkurrensverket vid bedömningen av sanktionsvärdet. Konkurrensverkets yrkanden avser upphandlingsskadeavgift som endast motsvarar ca en procent av de ingångna avtalens värde, dvs. belopp som väsentligt understiger vad som yrkas vid otillåtna direktupphandlingar av normalgraden. Överträdelsen kan inte betraktas som ringa.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

I målen är LOU i dess lydelse mellan den 15 juli 2010 och den 31 oktober 2011 tillämplig.

Av 17 kap. 1 § 2 framgår att allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol vid överprövning av ett avtals giltighet i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att avtalet får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

I 17 kap. 2 § första stycket anges att tillsynsmyndigheten i ett sådant fall ska ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift.

Enligt 17 kap. 4 § första stycket ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. I andra stycket anges hur beräkningen av kontraktsvärdet ska ske.

Enligt 17 kap. 5 § ska vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek

särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Regleringen om upphandlingsskadeavgift infördes som en sådan alternativ påföljd till att ett avtal ogiltigförklaras som avsågs i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet), se prop. 2009/10:180 del 1 s. 184.

Av artikel 2d.3 första stycket i ändringsdirektivet framgår att om tvingande hänsyn till ett allmänintresse kräver att ett avtals giltighet bör upprätthållas ska medlemsstaterna föreskriva alternativa påföljder enligt artikel 2e.2. Enligt denna artikels första stycke ska alternativa sanktioner vara effektiva, proportionella och avskräckande samt utgöras av att den upphandlande myndigheten åläggs avgifter eller att avtalstidens längd förkortas. Av andra stycket framgår att medlemsstaterna får ge prövningsorganet stort utrymme vid bedömningen av alla relevanta omständigheter, bl.a. hur allvarlig överträdelsen är och den upphandlande myndighetens agerande. Enligt tredje stycket är beviljande av skadestånd inte någon lämplig sanktion enligt denna punkt.

Vad målen gäller

Målen gäller förutsättningarna för upphandlingsskadeavgift när allmän förvaltningsdomstol i en lagakraftvunnen dom bedömt att det varit fråga om otillåten direktupphandling, men att efterföljande avtal har fått bestå med hänvisning till tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

En förutsättning för att en förvaltningsrätt ska kunna besluta att ett avtal ska bestå är att rätten funnit att det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Att så har

Mål nr
5117–5121-13

skett i det aktuella fallet framgår av förvaltningsrättens dom. Något krav på att detta också ska anges i själva domslutet kan inte härledas ur 17 kap. LOU.

Av 17 kap. 1 och 5 §§ följer att någon överprövning inte ska göras av det lagakraftvunna avgörande som Konkurrensverket lägger till grund för sin ansökan om upphandlingsskadeavgift och att domstolen vid bestämmande av avgiftens storlek ska ta särskild hänsyn till hur allvarlig överträdelsen är. Av förarbetena framgår att såväl försvårande som förmildrande omständigheter ska beaktas. Domstolen har stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte (prop. 2009/10:180 del 1 s. 369 f.).

I förarbetena uttalas vidare att det när ett avtal får bestå med hänvisning till ett tvingande allmänintresse kan antas att det åtminstone i vissa fall kan vara fråga om en överträdelse där sanktionsvärdet är förhållandevis lågt och att överträdelser i en del av dessa fall snarare kan antas bero på de allmänna omständigheterna än på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen. Förmildrande omständigheter kan föranleda att avgiften bestäms till ett lågt belopp och i ringa fall inte alls döms ut (a. prop. s. 198 och 370).

Av utredningen i målen framgår att kommunerna inlett och avsett att slutföra en annonserad upphandling i enlighet med vad som gäller enligt lagen om offentlig upphandling. På grund av omständigheter som i huvudsak legat utanför vad de själva kunnat förutse och påverka har emellertid det inledda upphandlingsförfarandet inte kunnat avslutas som planerat. Vid sådant förhållande och på grund av att det var fråga om anskaffning av livsmedel som inte kunnat anstå har upphandlingarna i stället avslutats genom vad som sedermera bedömts vara otillåtna direktupphandlingar. De ingångna avtalen har dock tidsbegränsats och är avsedda att gälla

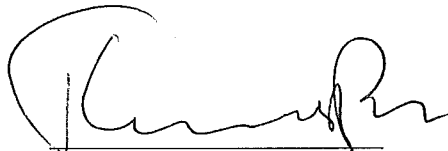
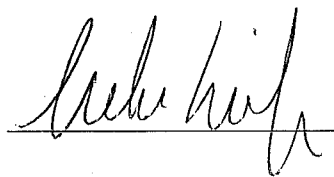
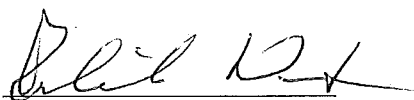
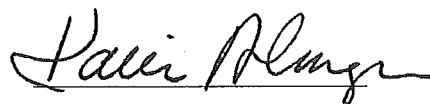
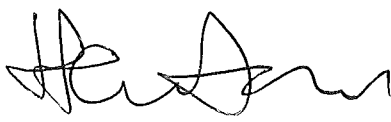
Mål nr
5117-5121-13

endast till dess inköp kan göras enligt en ny annonserad upphandling.
Kommunerna har alltså lagt grunden för en förnyad upphandling.

Mot denna bakgrund finner Högsta förvaltningsdomstolen att behovet av en sådan avskräckande effekt som en upphandlingsskadeavgift ska ha inte är tillräckligt starkt för att motivera en avgift i en situation som den förevarande.

Sanktionsvärdet får alltså bedömas som så lågt att fråga är om ringa fall.

Upphandlingsskadeavgift ska därför inte beslutas, underinstansernas avgöranden upphävas och Konkurrensverkets ansökningar avslås.



I avgörandet har deltagit justitieråden Henrik Jermsten, Karin Almgren, Eskil Nord, Christer Silfverberg och Thomas Bull.

Målen har föredragits av justitiesekreteraren Anneli Berglund Creutz.



Meddelad i Göteborg

KLAGANDE

1. Kils kommun
2. Munkfors kommun
3. Hagfors kommun
4. Grums kommun
5. Forshaga kommun

Ombud för 1–5: Mats Olsson
Kils kommun
Box 88
665 23 Kil

MOTPART

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 31 oktober 2012 i mål nr
1069–1073-12, se bilaga A

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandena.

YRKANDEN

Kils kommun, Munkfors kommun, Hagfors kommun, Grums kommun och Forshaga kommun yrkar i första hand att ansökan om upphandlingsskadeavgift avslås, i andra hand att avgiften efterges och i tredje hand att avgiften bestäms till 10 000 kr för envar av kommunerna.

Konkurrensverket anser att överklagandena ska avslås.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Grund för att påföra upphandlingsskadeavgift

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att det inte har framkommit annat än att den direktupphandling som ligger till grund för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift påbörjades efter den 15 juli 2010. Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift är därför tillämpliga. Kammarrätten finner vidare i likhet med förvaltningsrätten att det finns grund för att påföra kommunerna upphandlingsskadeavgift och att överträdelsen inte är att betrakta som ringa.

Finns det skäl för eftergift av upphandlingsskadeavgiften?

Om det i enskilda fall föreligger synnerliga skäl ska avgiften kunna efterges. I förarbetena anges att med synnerliga skäl åsyftas närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften (prop. 2009/10:180 s. 198 f.).

Det som kommit fram i målen utgör enligt kammarrättens mening 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.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Kommunerna invänder mot att Konkurrensverket bygger sin ansökan på schablonberäkningar procentuellt på kontraktets värde, vilket enligt deras uppfattning inte är lämpligt i den aktuella situationen. Den beräkningsmodell som Konkurrensverket använder framstår dock enligt kammarrätten som rimlig och medför att utrymmet för skönsmässiga bedömningar begränsas, samtidigt som omständigheter i det enskilda fallet som bör minska eller höja avgiften beaktas. Modellen bör därför användas som en utgångspunkt i målen. De av kommunerna angivna värdena på ingångna avtal har inte ifrå-

gasatts av Konkurrensverket. Kammarrätten utgår därför från dessa värden vid bedömningen av upphandlingsavgiftens storlek.

Finns det ytterligare förmildrande omständigheter?

Kommunerna har anfört att det inte varit fråga om något medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen och att rättsläget är oklart beträffande vilken höjd en upphandlande myndighet ska ta för överprövning i sin tidsplanering av upphandlingar. Kommunerna har vidare framhållit att det rör sig om tillfälliga avtal, att respektive kommun efter förlikning har betalat ut skadestånd till Menigo på mellan 20 000 kr och 90 000 kr samt att det enligt förarbetena finns en presumtion för ett lågt sanktionsvärde när avtalet fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Flera av de omständigheter som kommunerna fört fram som förmildrande har Konkurrensverket också beaktat vid bestämmande av yrkad storlek på upphandlingsskadeavgiften. Kommunerna och Konkurrensverket har dock olika uppfattning om det förhållandet att skadestånd betalats ut och att avtalen fått bestå på grund av ett tvingande allmänintresse utgör ytterligare förmildrande omständigheter.

Kommunerna har pekat på att det i förarbetena anges att andra olägenheter eller negativa ekonomiska konsekvenser för den upphandlande myndigheten kan ses som förmildrande omständigheter (prop. 2009/10:180 s. 198 och 370). Konkurrensverket menar däremot att ett utbetalat skadestånd enligt LOU inte explicit har pekats ut i förarbetena som en omständighet som bör minska upphandlingsskadeavgiften. Vidare menar Konkurrensverket att skadestånd och upphandlingsskadeavgift har olika syften och att om skadestånd och överprövning hade utgjort tillräckligt effektiva och avskräckande rättsmedel vid överträdelser av det upphandlingsrättsliga regelverket hade någon upphandlingsskadeavgift inte behövt införas i LOU.


Kammarrätten instämmer i Konkurrensverkets uppfattning. Mot denna bakgrund utgör det förhållandet att skadestånd betalats ut inte en förmildrande omständighet vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek.

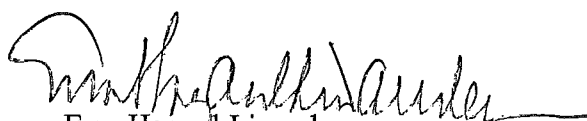
Av förarbetena till bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift framgår, att när ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan det antas att det åtminstone i vissa fall kan vara fråga om en överträdelse där sanktionsvärdet är förhållandevis lågt. Överträdelser kan i en del av dessa fall snarare antas bero på de allmänna omständigheterna än på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen. Regeringen poängterar dock att det följer av ändringsdirektivet att en sanktion ska påföras även i dessa fall (prop. 2009/10:180 s. 198).



Kammarrätten anser att det förhållandet att avtalen fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse inte i sig utgör en förmildrande omständighet, eftersom detta inte har något direkt samband med om den upphandlande myndighetens agerande har varit ursäktligt eller klandervärt.

Sammanfattningsvis anser kammarrätten att det inte finns några ytterligare förmildrande omständigheter än de som redan beaktats av Konkurrensverket. Förvaltningsrätten har därför haft fog för att ålägga kommunerna att betala upphandlingsskadeavgift med yrkade belopp.

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


Anders Bengtsson


Ewa Hagard Linander


Niclas Falkendal
referent

/Marie Andersson



Bilaga A

SÖKANDE

Konkurrensverket
Malmskillnadsgatan 32
103 85 Stockholm

MOTPART

1. Kils kommun
Box 88
665 23 Kil
 2. Munkfors kommun
Box 13
684 21 Munkfors
 3. Hagfors kommun
683 80 Hagfors
 4. Grums kommun
664 80 Grums
 5. Forshaga kommun
Box 93
667 22 Forshaga
- Ombud: Mats Olsson
Kils kommun
Box 88
665 23 Kil

SAKEN

Upphandlingskadeavgifter enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan i mål nr 1069-12 och beslutar att Kils kommun ska betala en upphandlingskadeavgift om 45 000 kronor.

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan i mål nr 1070-12 och beslutar att Munkfors kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 20 000 kronor.

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan i mål nr 1071-12 och beslutar att Hagfors kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 60 000 kronor.

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan i mål nr 1072-12 och beslutar att Grums kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 40 000 kronor.

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan i mål nr 1073-12 och beslutar att Forshaga kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 50 000 kronor.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Förvaltningsrätten i Karlstad har i mål nr 1724-11 den 29 augusti 2011 funnit att de avtal Forshaga kommun, Grums kommun, Hagfors kommun, Kils kommun och Munkfors kommun (kommunerna) slutit med ett antal livsmedelsleverantörer ska bestå av på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Konkurrensverket ansöker nu om att förvaltningsrätten beslutar att Kils kommun ska betala 45 000 kronor i upphandlingsskadeavgift (mål nr 1069-12), att Munkfors kommun ska betala 20 000 kronor i upphandlingsskadeavgift (mål nr 1070-12), att Hagfors kommun ska betala 60 000 kronor i upphandlingsskadeavgift (mål nr 1071-12), att Grums kommun ska betala 40 000 kronor i upphandlingsskadeavgift (mål nr 1072-12) och att Forshaga kommun ska betala 50 000 kronor i upphandlingsskadeavgift (mål nr 1073-12). Konkurrensverket anför huvudsakligen följande som skäl för sin talan.

Kommunerna har uppgett följande kontraktsvärden. Kil 4 500 000 kronor, Munkfors 2 200 000 kronor, Hagfors 6 200 000 kronor, Grums 4 200 000 kronor och Forshaga 5 300 000 kronor. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta dessa uppgifter. Konkurrensverket har i mål om upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling ansett att avgiften för en sådan överträdelse av normalgraden bör ligga i mitten av den högre delen av tioprocentsskalan, det vill säga cirka 7-8 procent av avtalets värde.

Att avtalen har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan inte i sig motivera en sänkning av upphandlingsskadeavgiften. Kommunerna har redan i ogiltighetsmålet fått tillgodoräkna sig att det fanns tvingande hänsyn. Det kan inte ha varit den svenska lagstiftarens avsikt att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ner så snart det i ett mål om överprövning av ett avtals giltighet har fastställts att det förelegat tvingande hänsyn till ett allmänintresse. En sådan ordning skulle dessutom riskera att vara oförenlig med rättsmedelsdirektivets krav på att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.

Kommunerna har upplyst Konkurrensverket om att Menigo stämt kommunerna på skadestånd på grund av de tillfälliga avtalen. Enligt Konkurrensverkets mening är det högst osäkert om något skadestånd kommer att dömas ut till Menigo. Upphandlingsskadeavgiften bör inte kunna sänkas med hänvisning till att den upphandlande myndigheten kan komma att drabbas av en negativ konsekvens när denna endast är hypotetisk och stor ovisshet råder om den över huvud taget kommer att inträffa. Konkurrensverket konstaterar att trots att kommunerna enligt den lagakraftvunna domen har genomfört en otillåten direktupphandling, hade kommunerna dessförinnan påbörjat en annonserad upphandling. Det har inte framkommit annat än att kommunernas avsikt varit att tillgodose det aktuella behovet genom denna annonserade upphandling.

På grund av den tidsutdräkt som uppstod genom Menigos överprövning ingick kommunerna de aktuella avtalen utan föregående annonsering. Tilldelningsbeslutet i den annonserade upphandlingen meddelades cirka åtta månader innan de direktupphandlade avtalen trädde i kraft. Avtalen började inte gälla förrän den 1 mars 2011, det vill säga efter att kammarrättens dom hade meddelats den 24 februari 2011. I detta fall fanns alltså tid för en överprövning i två instanser innan de direktupphandlade avtalen började gälla. Förvaltningsrätten fann dock i den lagakraftvunna domen att kommunerna inte fick ingå de tillfälliga avtalen utan föregående annonsering med stöd av undantaget för synnerlig brådska i 4 kap. 5 § 3 p. LOU.

Avtalen är tidsbegränsade i så måtto att de endast avser att tillgodose kommunernas behov av livsmedel under den pågående överprövningen, samt under den tid det tar att genomföra en ny upphandling. De tillfälliga avtalen ska således inte ersätta en tilldelning som sker genom en annonserad upphandling, utan ska tillgodose behovet av livsmedel under pågående överprövning samt genomförandet av en ny annonserad upphandling. Med hänsyn till vad som förevarit anser Konkurrensverket att upphandlingsskadeavgiften i detta fall kan bestämmas till ett belopp som väsentligt understiger vad som gäller vid en otillåten upphandling av normalgraden.

Mot bakgrund av omständigheterna i ärendet och med hänsyn till det syfte som reglerna om upphandlingsskadeavgift avser att fylla anser Konkurrensverket att upphandlingsskadeavgiften i de förvarande fallen bör bestämmas till cirka en procent av de aktuella avtalen.

Kommunerna anser att Konkurrensverkets ansökan ska lämnas utan bifall och anför i svar huvudsakligen följande.

Kommunerna vitsordar de av Konkurrensverket beräknade kontraktsvärdena. Kommunerna har annonserat ursprungsupphandling-

en. Inget talar för att kommunerna inte avsett att utsätta inköpen av livsmedel för verklig konkurrens enligt LOU. Skälet till direkttilldelningen var att tiden för upphandlingen i slutet av januari 2011 hade dragit ut i nästan ett år. Något som kommunerna inte haft anledning att räkna med. Kommunerna har inte heller haft skäl att räkna med att upphandlingen skulle göras om och att upphandlingen därmed skulle fördröjas i ytterligare omkring ett år, en omständighet som starkt inverkar på upphandlingsskadeavgiften i och med att Konkurrensverket beräknar avgiften procentuellt på de direkttilldelade kontraktens beräknade värde.

Som förmildrande omständighet får kommunerna även peka på att Kammarrätten i Göteborg i mål nr 821-827-12 och 1446-1452-12 funnit att synnerlig brådska förelegat till följd av en utdragen överprövning med åtföljande beslut att upphandlingen ska göras om. Omständigheterna i målet är likartade med de omständigheter som förelegat för kommunerna med den skillnaden att redan förvaltningsrätten beslutat att upphandlingen skulle göras om.

I prop. 2009/2010:180 s. 197 har regeringen framfört att sanktionsvärdet bör anses relativt lågt då en upphandlande myndighet fortsätter köpa varor och tjänster där ett nytt avtal inte kan ingås på grund av en utdragen överprövningsprocess. Uttalandet kan omsättas till situationen i nu aktuell upphandling då kommunerna på grund av en utdragen överprövning träffar tillfälligt tidsbegränsade avtal med de leverantörer som tilldelats uppdraget enligt den annonserade överprövade upphandlingen.

Eftersom förvaltningsrätten och kammarrätten i prövningen av den ursprungliga annonserade upphandlingen kommit till motsatt slut får rättsläget anses ha varit osäkert, något som enligt förarbetet är förmildrande.

Som redovisats ovan har kommunerna inte haft någon möjlighet att avstå från att göra direkttilldelningarna. Leveranserna av livsmedel är nämligen helt nödvändiga och kan inte upphöra. De direkttilldelade avtalen är tidsbegränsade till sex veckor efter det att kommunerna enligt LOU får avsluta den konkurrensupphandlade upphandlingen.

I förmildrande riktning bör även vägas in att Menigo vid Värmlands tingsrätt ansökt om skadestånd enligt LOU under åberopande av att direkttilldelningarna stått i strid med LOU. Situationen kan jämföras med vad som anges i ett förarbetsuttalande (s. 370) att om ett avtal förklaras ogiltigt kan det påverka upphandlingsskadeavgiften i sänkande riktning. Motsvarande får anses gälla även i det fallet att en leverantör yrkar skadestånd till följd av en direkttilldelning. Kommunerna riskerar nämligen en skadeståndsrättslig sanktion. Samman-

taget har omständigheterna varit sådana att kommunernas överträdelse får anses som ringa. Inga avgifter ska således dömas ut. I vart fall har omständigheterna varit så förmildrande att förvaltningsrätten bör kunna stanna vid att döma ut den lägsta möjliga upphandlings-skadeavgiften, det vill säga 10 000 kronor.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Allmän förvaltningsdomstol får enligt 17 kap. 1 § 2 p. LOU besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) bl.a. om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som vunnit laga kraft fastställt att ett avtal, trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda, får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (jfr 16 kap. 14 §).

Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Grund för att påföra upphandlingsskadeavgift

Av förarbetena till bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift (prop. 2009/10:180 s. 370) framgår bl.a. följande. För det fall en leverantör har

fört talan om ogiltighet av avtalet, och rätten har beslutat att avtalet får bestå på grund av ett tvingande allmänintresse, så är det i målet om upphandlingsskadeavgift fråga om en situation där ändringsdirektivet kräver att en sanktion ska påföras.

I sällsynta fall, när överträdelsen får anses ringa, bör det kunna aktualiseras om någon avgift över huvud taget ska påföras. Regeringen vill understryka att utgångspunkten är att bestämmelsen bör komma till användning endast i sällsynta fall och det ska i detta sammanhang även erinras om att det i de direktivstyrda fallen följer att det ska finnas en alternativ sanktion till ogiltighet i dessa fall, varför utrymmet att anse en överträdelse som ringa och underlåta att påföra en avgift är ytterst begränsat (prop. 2009/10:180 s. 198).

Förvaltningsrätten i Karlstad har i en lagakraftvunnen dom (mål nr 1724-11) angående överprövning av avtals giltighet, som ingåtts mellan kommunerna och fem leverantörer, fastställt att avtalen får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 § LOU trots att de ingåtts genom en otillåten direktupphandling. Utrymmet för att underlåta att påföra upphandlingsskadeavgift är som framgår av förarbetena ytterst begränsat och förvaltningsrätten anser inte att vad kommunerna anfört skulle medföra skäl för en sådan underlåtenhet. Grund föreligger därmed att ta ut upphandlingsskadeavgift. Vad kommunerna anfört medför inte att överträdelsen ska anses som ringa.

Eftergift och avgiftens storlek

Förvaltningsrätten har därefter att pröva om avgiften ska efterges eller sätas ned till ett lägre belopp.

Till ledning för hur beloppet närmare ska bestämmas anges i valda delar i förarbetena (jfr prop. 2009/10:180 s. 197 f.) bl.a. följande. Som framgått


tidigare anses exempelvis otillåtna direktupphandlingar vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Vidare kan avtals- tidens längd och värdet påverka sanktionsvärdet på så sätt att sanktionsvär- det anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller högt värde. När det är fråga om avtal som löper under lång tid kan det antas att andra leverantörer som skulle ha kunnat komma i fråga löper större skada än vid ett kortvarigt avtal som möjliggjort en upphandling med konkurrensutsättning ha gjorts efter en kortare tid. Om det i det enskilda fallet föreligger synnerliga skäl ska avgif- ten kunna efterges. Med synnerliga skäl åsyftas närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften.

Kommunerna har inlett en upphandling med iakttagande av bestämmelser- na i LOU. Skälet för den senare tillkomna direktupphandlingen har varit nödvändigheten av distribution av livsmedel under pågående överpröv- ningsprocess. Det framstår därför som troligt att kommunerna haft för av- sikt att genomföra den ursprungliga upphandlingen i enlighet med lag. Det kan inte heller, enligt förvaltningsrättens mening, ha förelegat några oklar- heter ifråga om direktupphandlingens oförenlighet med LOU med hänsyn till lagtextens utformning i detta avseende. Rättsläget har följaktligen inte varit oklart i den mening som avses vid bedömning av om upphandlings- skadeavgift ska utgå. Att förvaltningsrätten låtit de tillfälliga avtalen bestå av andra skäl än att de stått i överensstämmelse med LOU påverkar inte bedömningen och att kammarrätten ändrat förvaltningsrättens dom i över- prøvningsprocessen avseende den ursprungliga upphandlingen innebär inte heller i detta avseende att rättsläget varit oklart. Kommunernas argument i nämnda avseende talar såväl i en förmildrande som i en skärpande riktning vid bedömningen.

Kommunerna har dessutom framfört ett flertal invändningar för nedsättning av avgiften som bland annat gått ut på att man inte kunnat förutse överprövningsprocessens tidsmässiga omfattning. Enligt förvaltningsrättens uppfattning kan emellertid en överprövningsprocess i två instanser inte betraktas som oförutsägbar i en sådan mening att detta i sig ska medföra en lägre upphandlingsskadeavgift.

Kommunerna har även invänt att den skadeståndstalan Menigo riktat mot kommunen ska innebära en sänkning av upphandlingsskadeavgiftens beloppsmässiga storlek. Såsom kommunerna framställt argumentet finner rätten emellertid inte skäl att närmare beakta detta. Att de direkttilldelade avtalen varit begränsade i tidsmässig omfattning och att tilldelningen avsett livsmedel medför dock enligt förvaltningsrättens uppfattning att den otillåtna direktupphandlingen inte ska bedömas som en i faktisk mening fullt lika allvarlig överträdelse av upphandlingslagstiftningen. Konkurrensverket har emellertid endast yrkat att upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till cirka en procent av kontraktsvärdena och förvaltningsrätten finner mot bakgrund av vad som anförts i det föregående inte skäl att bestämma avgiften till ett lägre belopp. Några synnerliga skäl för att avgiften helt ska efterges föreligger inte. Konkurrensverkets ansökan i samtliga mål som varit föremål för prövning i denna dom ska därför bifallas.

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


Nathalie Lemaire

Målet har beretts av förvaltningsrättsnotarien Henrik Melin.