



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Avdelning 31

DOM
 2015-09-07
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 8584-15
 8586-15

SÖKANDE

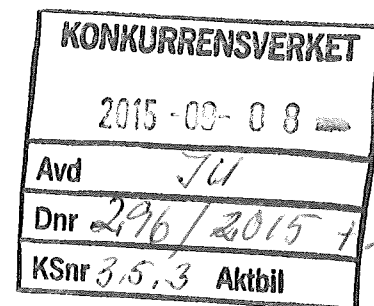
Konkurrensverket
 103 85 Stockholm

MOTPARTER

1. Nykvarns kommun
 155 80 Nykvarn
2. AB Nykvarnsbostäder
 Mikael Wincklers väg 9
 155 30 Nykvarn

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökningar och beslut

1. att Nykvarns kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 60 000 kr, samt
2. att AB Nykvarnsbostäder ska betala en upphandlingsskadeavgift om 110 000 kr.

Dok.Id 617826

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket ansöker om att förvaltningsrätten ska förplikta Nykvarns kommun (Kommunen) att betala en upphandlingsskadeavgift på 60 000 kr, och att förvaltningsrätten ska förplikta AB Nykvarnsbostäder (Bolaget) att betala en upphandlingsskadeavgift på 110 000 kr, enligt 17 kap. 1 § 3 och 7 kap. 1 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU.

Konkurrensverket anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Kommunen och Bolaget genomförde tillsammans under år 2013 en annonserad upphandling av asfaltbeläggningsarbeten. De antog, efter utvärdering, anbudet från Nygårdskvarn Entreprenad Mark & Anläggning AB (Nema). Avtal slöts för perioden den 1 maj 2013 – 30 april 2014 med möjlighet till eventuell förlängning.

Under sommaren 2013 kom klagomål på Nemas utförande och en besiktning utfördes. Under våren 2014 beslutades att avtalet med Nema inte skulle förlängas eftersom leverantören, enligt Kommunen, inte kunde hålla den kvalitet som efterfrågades. Kommunen och Bolaget stod därmed utan avtal efter den 30 april 2014.

Den 5 maj 2014 ingick Kommunen och Bolaget ett avtal med NCC Roads AB (NCC) avseende asfaltsbeläggningsarbeten. Det är detta avtal som är föremål för ansökningarna om upphandlingsskadeavgift. Avtalet gällde under perioden den 1 maj – 31 december 2014 med möjlighet till förlängning tills Telge Inköp upphandlat beläggningsarbeten åt Kommunen och Bolaget. Telge Inköp hade per den 8 april 2015, enligt vad Konkurrensverket kunnat se, inte annonserat någon sådan upphandling.

Kommunen är skyldig att följa LOU. Bolaget är helägt av Nykvarns kommunkoncern AB som är helägt av Kommunen. Bolaget bedriver en verk-

samhet som tillgodoser behov i det allmännas intresse och som inte är av industriell eller kommersiell natur. Även Bolaget har därmed en skyldighet att följa LOU.

Avtalet omfattar sådana tjänster som sorterar under undergrupp 45.23, Anläggning av vägar, flygfält, och idrottsanläggningar, i bilaga 1 till LOU. Kontraktet ska därför klassas som byggtreprenad. Avtalet är inte begränsat i tid. Därmed får det anses överstiga den tillåtna gränsen för direktupphandling.

Kommunen var, redan när avtalet med Nema ingicks, medveten om att det avtalet bara skulle löpa under ett år med möjlighet till förlängning. Kommunen borde då med god framförhållning ha tagit ställning till om avtalet skulle förlängas eller om ett nytt upphandlingsförfarande skulle påbörjas.

Redan i augusti 2013, dvs. cirka fyra månader efter ingåendet av avtalet med Nema, har Kommunen och Bolaget haft kännedom om bristerna och borde därför ha följt upp avtalet. Enligt besiktningsprotokollet var Bolaget närvarande vid besiktningen i augusti 2013. Bolaget och Kommunen förde också många samtal med Nema om bristerna i utförandet. Det bedöms som osannolikt att Bolaget först våren 2014 insåg att avtalet med Nema inte skulle förlängas, vilket Bolaget hävdar. Konkurrensverket anser därför inte att det förelegat synnerlig brådska som grundar rätt till direktupphandling. Skäl finns därmed för att både Kommunen och Bolaget ska betala upphandlingsskadeavgift.

Upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till högst en tiondel av kontraktsvärdet. Vid beräkningen av kontraktsvärdet i det aktuella fallet bör, eftersom avtalet saknar begränsning i tid, vägledning hämtas från 3 kap. 9 och 12 §§ LOU (som inte är direkt tillämpliga i det aktuella fallet). NCC har under 2014 till följd av avtalet fakturerat Kommunen 212 146 kr och Bolaget 411

156 kr. Kontraktsvärdet ska därför med stöd av angivna bestämmelser beräknas till 848 592 kr avseende Kommunen och 1 644 624 kr avseende Bolaget. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed högst uppgå till 84 859 kr gentemot Kommunen och 164 462 kr gentemot Bolaget.

Otillåten direktupphandling är en allvarlig överträdelse av LOU. Avtalet gäller fortfarande och kan komma att gälla under lång tid. Kommunen och Bolaget har inte agerat för att begränsa den tid som den otillåtna direktupphandlingen pågår under. Att Kommunen inte haft något uppsåt att frångå bestämmelserna i LOU saknar betydelse för upphandlingsskadeavgiftens storlek. Vid en sammantagen bedömning anser Konkursverket att en upphandlingsskadeavgift om 60 000 kr för Kommunens del, och 110 000 kr för Bolagets del, är proportionerlig och avskräckande.

Kommunen, som av förvaltningsrätten har beretts tillfälle att yttra sig, hänvisar till vad den anfört till Konkursverket. Kommunen har inget att invända mot ansökan om upphandlingsskadeavgift i sig. Kommunen har inte avsett att bryta mot LOU. I efterhand kan konstateras att kontraktsformuleringarna gällande omfattning inte i alla delar blev lyckade. Kommunen har därför inget att invända mot ansökan om upphandlingsskadeavgift i sig. Det föreslagna beloppet 60 000 kr är dock för högt eftersom Kommunen inte haft något uppsåt att bryta mot gällande lagstiftning. Ett skäligt belopp är 10 000 kr.

Bolaget, som av förvaltningsrätten har beretts tillfälle att yttra sig, hänvisar till vad det anfört till Konkursverket. Bolaget medger att det har brustit i sitt ansvar att följa LOU. Oavsett frågan om uppsåt accepterar Bolaget en upphandlingsskadeavgift på 110 000 kr. Som en förklaring till Bolagets agerande så tolkade Bolaget det som att det förelåg synnerliga skäl och synnerlig brådska med att teckna nytt avtal när avtalet med Nema inte kunde förlängas. Bolaget trodde då att direktupphandling var tillåten.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Grund för att påföra upphandlingsskadeavgift

Av 17 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att allmän förvaltningsdomstol på ansökan av tillsynsmyndighet får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) till exempel om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § samma lag. Konkurrensverket har ansökt om upphandlingsskadeavgift på grund av påstådd otillåten direktupphandling enligt 17 kap. 1 § 3 och 7 kap. 1 § LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar att Konkurrensverkets ansökningar om upphandlingsavgifter mot Kommunen och Bolaget har inkommit inom den lagstadgade tidsfristen ett år från det att avtalet slöts enligt 17 kap. 7 § LOU.

I målet framgår oemotsagt att Kommunen och Bolaget har ingått det aktuella avtalet med NCC, att avtalet saknar egentligt slutdatum och därmed överstiger gränsen för direktupphandling, samt att avtalet ingåtts utan föregående annonsering. Det har inte framkommit några skäl för att direktupphandling skulle vara tillåten. Att den upphandlande myndigheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling (jfr prop. 2009/10:180 s. 198). Kommunens och Bolagets förfaranden innebär således att de har genomfört otillåtna direktupphandlingar. Det föreligger därför skäl för förvaltningsrätten att besluta att Kommunen och Bolaget ska betala upphandlingsskadeavgifter.

Upphandlingsskadeavgifternas storlek

En upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU bestämmas till mellan 10 000 och 10 000 000 kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a § LOU.

Kontraktsvärdet

Kontraktsvärdet ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Avtalet mellan Kommunen, Bolaget och NCC gäller under en viss tidsperiod och kan förlängas till dess Telge Inköp har upphandlat asfaltbelägningsarbeten åt Kommunen. Avtalet kan därmed inte anses vara begränsat i tid eller till ett visst antal avrop. Något exakt avtalsvärde kan därför inte fastställas enligt 3 kap. 3 § LOU. Vägledning får i stället hämtas i bestämmelserna om varukontrakt som löper på obestämd tid i 3 kap. 9 § 3 st LOU och vissa tjänstekontrakt som löper på obestämd tid enligt 3 kap. 12 § LOU. För sådana kontrakt ska värdet beräknas till månadskostnaden multiplicerad med talet 48.

Avsikten med avtalet är att det ska tillgodose Kommunens samlade behov av asfaltbelägningsarbeten. Det är därför rimligt att utifrån den totala faktureringen beräkna kostnaden för sådana arbeten under ett år.

Enligt Kommunen har faktureringen under år 2014 uppgått till 212 146 kr. Kontraktsvärdet avseende Kommunen ska därmed beräknas som 212 146 kr dividerat med 12 (vilket ger 17 679 kr per månad) multiplicerat med 48, vilket ger 848 592 kr. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed högst uppgå till 84 859 kr (tio procent av kontraktsvärdet) och lägst 10 000 kr (17 kap. 4 § LOU) för Kommunen.

För Bolagets del har faktureringen under år 2014 uppgått till 411 156 kr. Kontraktsvärdet avseende Bolaget ska därmed beräknas till 411 156 kr dividerat med 12 (vilket ger 34 263 kr per månad) multiplicerat med 48, vilket ger 1 644 624 kr. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed högst uppgå till 164 462 kr (tio procent av kontraktsvärdet) och lägst 10 000 kr (17 kap. 4 § LOU) för Bolaget.

Överträdelsens allvarlighet

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.

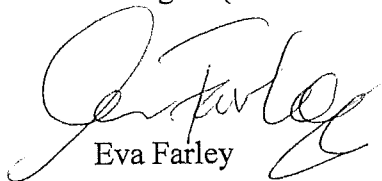
Till ledning för hur beloppet ska bestämmas närmare anges i förarbetena (jfr prop. 2009/10:180 s. 197 f.) bl.a. följande. Inom de givna beloppssramarna bör beslutande instans ha ett betydande utrymme att fastställa avgiftens storlek. Det bör dock erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Syftet med förslaget är att ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Om det t.ex. är så att rättsläget är oklart bör det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig.

Avgiftens storlek bör bestämmas utifrån en helhetsbedömning av samtliga kända omständigheter i varje enskilt fall. Om den aktuella överträdelsen består i en otillåten direktupphandling är det en försvårande omständighet som talar för ett högt sanktionsvärde (jfr Kammarrätten i Stockholms domar den 11 april 2013 i mål nr 5426-12, 5427-12 och 5452-12).

Förvaltningsrätten har bedömt att det avtal som Kommunen och Bolaget har ingått är att betrakta som otillåten direktupphandling, vilket talar för en hög upphandlingsskadeavgift. Avtalet kan vidare komma att gälla under en lång tid. Vid Konkurrensverkets ansökan gällde avtalet fortfarande och varken Kommunen eller Bolaget hade då agerat för att begränsa den tid som den otillåtna direktupphandlingen pågår eller pågick under. Kommunen och Bolaget har endast hänvisat till att Telge Inköp ska genomföra en upphandling som Kommunen ska delta i, men någon sådan upphandling har, såvitt framgått, ännu inte annonserats. Frågan om Kommunen och Bolaget har saknat uppsåt att frångå bestämmelserna i LOU saknar betydelse och påverkar inte upphandlingsskadeavgiftens storlek. I målet har inte framkommit några förmildrande omständigheter som gör överträdelsen mindre allvarlig. Enligt förvaltningsrättens bedömning finns, på grund av vad som anförts ovan, inte några skäl att bestämma upphandlingsskadeavgifternas storlek till lägre belopp än de Konkurrensverket har ansökt om, dvs. 60 000 kr för Kommunen och 110 000 kr för Bolaget. Konkurrensverkets ansökningar ska således bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

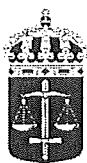
Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1 A LOU).



Eva Farley

Förvaltningsrättsfiskal

Daniel Ekwall har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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