



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2013-04-29
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
2922-13

KONKURRENSVERKET	
2013-04-30	
Avd	JU
Dnr	85/2013
KSnr	3.6.3 Aktbil

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Sveriges Television AB, 556033-4285
105 10 Stockholm

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Sveriges Television AB ska betala en upphandlingsskadeavgift om 95 000 kr.

Dok.Id 343781

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket ansöker om att förvaltningsrätten ska förplikta Sveriges Television AB (SVT) att betala en upphandlingsskadeavgift på 95 000 kr enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Till stöd för sin talan anför Konkurrensverket bland annat följande.

SVT är ett offentligt styrt organ som har skyldighet att genomföra upphandlingar i enlighet med bestämmelserna i LOU. SVT har brutit mot LOU genom att sluta avtal med Rezidor Hotel & Congress AB (Rezidor) utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för sådant agerande inte var uppfyllda.

Avtalet mellan SVT och Rezidor avser upplåtelse av lokaler för festen samt köp av mat och dryck. Tjänsten att servera mat och dryck som köps in ingår inte i avtalet. Av fakturan den 28 september 2012 framgår att kostnaden för festlokalerna uppgår till 465 714 kr samt att kostnaderna för mat och dryck uppgår till sammanlagt 763 835 kr. Därutöver uppgår posten Extra städ till 2 500 kr. Det sammanlagda värdet av SVT:s avtal med Rezidor avseende personalfesten den 15 september 2012 uppgår således till 1 232 049 kr exklusive mervärdesskatt.

Eftersom värdet av varorna (mat och dryck) överstiger värdet av tjänsterna (lokalupplåtelse samt övriga, mindre tjänster) är avtalet enligt 2 kap. 18 § andra stycket LOU att betrakta som ett varukontrakt.

Tröskelvärdet för statliga upphandlande myndigheter vid upphandling av varor och tjänster uppgår under år 2012 och 2013 till 1 233 401 kr. Värdet på det aktuella avtalet överstiger direktupphandlingsgränsen om ca 284 000 kr men understiger tröskelvärdet. Reglerna i 15 kap. LOU ska följaktligen tillämpas i målet.

Huvudregeln i LOU är att upphandlingar ska annonseras och att alla leverantörer ska få lämna anbud respektive ansöka om att få lämna anbud. Avtal får ingås med en leverantör utan föregående annonsering endast i vissa i LOU specificerade undantagsfall, eller om avtalets värde understiger direktupphandlingsgränsen. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska enligt EU-domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens praxis tolkas restriktivt. Den som åberopar en undantagsbestämmelse har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana omständigheter som motiverar att undantagsbestämmelsen får tillämpas. I 15 kap. LOU finns ingen särreglering jämfört med lagens direktivstyrda delar i fråga om restriktivitet och bevisbördans placering. Det är SVT som ska styrka att det förelegat sådana omständigheter att de aktuella tjänsterna fick köpas utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU.

Avtalet fick inte ingås utan annonsering med stöd av hyresundantaget

Konkurrensverket bedömer att hyresundantaget i 1 kap. 6 § 1 LOU inte är tillämpligt på den del av avtalet mellan SVT och Rezidor som avser lokalupplåtelsen. Om förvaltningsrätten inte skulle dela Konkurrensverkets bedömning rörande tillämpningsområdet för hyresundantaget i 1 kap. 6 § 1 LOU, gör Konkurrensverket i andra hand gällande att i vart fall den dominerande beståndsdelen i det aktuella avtalet får anses vara köp av upphandlingspliktiga varor, varför det blandade avtalet av detta skäl i sin helhet omfattas av lagens tillämpningsområde.

SVT har under Konkurrensverkets utredning uppgett att avtalet har slutits med tillämpning av 1 kap. 6 § 1 LOU, men samtidigt angett att en förutsättning för avtalet var att det även omfattade köp av mat och dryck. I 1 kap. 6 § 1 LOU anges att kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet inte omfattas av lagen. Av 15 kap. 2 § LOU framgår att bestäm-

melsen i 1 kap. 6 § 1 LOU ska tillämpas även vid upphandlingar enligt 15 kap.

Konkurrensverket bedömer att det så kallade hyresundantaget i 1 kap. 6 § 1 LOU inte kan tillämpas på det aktuella avtalet av två olika skäl. För det första gör Konkurrensverket gällande att hyresundantaget inte omfattar sådana tillfälliga upplåtelser av lokaler som innebär att myndigheten genomför eller deltar i en konferens, fest eller liknande. Att avtal rörande hyra och andra rättigheter till fast egendom är undantagna från LOU:s tillämpningsområde, kan enligt Konkurrensverkets bedömning inte leda till slutsatsen att varje ianspråktagande av lokaler inbegrips i undantaget, oavsett avtalets karaktär och syfte eller vilka moment som ingår. Vid en sådan extensiv tolkning av bestämmelsen skulle exempelvis hotelltjänster vara undantagna från LOU, trots att de finns upptagna i förteckningen över upphandlingspliktiga B-tjänster (bilaga 3 till LOU) och alldeles uppenbart omfattas av lagens tillämpningsområde.

Utmärkande för den typ av tillfällig lokalupplåtelse som avtalet mellan SVT och Rezidor avser, är att den inte ger någon varaktig rätt att nyttja lokalerna. Enligt Konkurrensverkets bedömning uppvisar en sådan tillfällig lokalupplåtelse inte de särdrag som utgör bevekelsegrunden för att undanta rättigheter till fast egendom från regelverket för offentlig upphandling. Hyra av hotellrum kan inte anses vara mer generiska och utbytbara till sin natur än andra tillfälliga lokalupplåtelser som fester, konferenser och liknande. Vidare kan konstateras att såväl hotelltjänster som mötes- och konferenstjänster på hotell och andra liknande tjänster rörande tillhandahållande av mat och dryck samt drift av matsal utgör B-tjänster enligt bilaga 3 till LOU. Det bör noteras att de tjänster och andra kontraktsföremål som i sig är undantagna från direktivets och LOU:s tillämpningsområde genom bland annat bestämmelsen i 1 kap. 6 §, inte återfinns i de omfattande förteckningarna i förordning 214/2008 EG. Endast sådant som i sig omfattas

av direktivet och LOU finns med i förteckningarna. Förordningen är i alla delar bindande och direkt tillämplig i alla medlemsstater. Enligt Konkurrensverkets uppfattning tar hyresundantaget sikte på lokalupplåtelser av mera varaktigt och passivt slag, där eventuella kringtjänster endast är av marginell karaktär i förhållande till lokalerna, byggnaden eller fastigheten.

Hyresundantaget i 1 kap. 6 § 1 LOU, som genomför artikel 16 i direktiv 2004/18/EG, är upphandlingsrättsligt och ska tolkas utifrån unionsrätten. Hyresundantaget i LOU har inte samma tillämpningsområde som 12 kap. jordabalken (1970:996), hyreslagen. Hyreslagen är ett nationellt regelverk som har andra syften och skyddsändamål än upphandlingslagstiftningen. Ett och samma avtal kan följaktligen å ena sidan omfattas av hyreslagens regler men samtidigt inte vara undantaget upphandlingsskyldighet enligt 1 kap. 6 § 1 LOU.

Konkurrensverket bedömer att hyresundantaget i 1 kap. 6 § 1 LOU inte är tillämpligt på den del av avtalet som avser lokalupplåtelsen. Samtliga delar av avtalet mellan SVT och Rezidor är alltså av sådan beskaffenhet att de omfattas av LOU:s tillämpningsområde.

Avtalets huvudsakliga ändamål eller dominerande beståndsdel

Om förvaltningsrätten trots detta skulle bedöma att den aktuella lokalupplåtelsen omfattas av undantaget i 1 kap. 6 § 1 LOU måste avtalet mellan SVT och Rezidor under alla omständigheter betraktas som en upphandlingspliktig anskaffning eftersom det, förutom upplåtelsen av lokalerna, även i betydande omfattning innehåller köp av upphandlingspliktiga varor i form av mat och dryck. När det är fråga om så kallade blandade kontrakt, som innehåller både upphandlingspliktiga och icke upphandlingspliktiga delar, ska anskaffningen prövas i sin helhet. Avtalets olika beståndsdelar ska för det första, på objektiva grunder, bedömas vara så pass svåra att se-

parera och nödvändiga att behandla i en och samma affär att de bildar en "odelbar enhet". Om det är fråga om en sådan odelbar enhet, blir avtalets huvudsakliga ändamål eller dominerande beståndsdel avgörande för om anskaffningen ska ske enligt reglerna i LOU eller inte.

Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta SVT:s påstående att både lokalupplåtelsen och köpet av mat och dryck varit nödvändiga beståndsdelar för att avtalet skulle kunna ingås. Konkurrensverkets resonemang i det följande utgår således ifrån att avtalets två delar är så pass sammanbundna att de utgör en odelbar enhet. Det ska då prövas vilken del som utgör avtalets huvudsakliga ändamål eller dominerande beståndsdel.

Värdet av lokalupplåtelsen uppgår till cirka 465 000 kr medan värdet av köpet av mat och dryck uppgår till cirka 765 000 kr. Enligt Konkurrensverkets bedömning får, på grund av att värdet för köp av mat och dryck i väsentlig mån överstiger värdet av lokalupplåtelsen, i vart fall den dominerande beståndsdel i det aktuella avtalet anses vara köp av upphandlingspliktiga varor. Därmed omfattas avtalet i dess helhet av upphandlingsskyldighet enligt reglerna i LOU.

Det kan påpekas att motsvarande gäller oavsett om köpet av mat och dryck enligt det aktuella avtalet ska betraktas som köp av *varor* eller *tjänster*, eftersom bådadera omfattas av upphandlingsskyldighet enligt LOU. Bedömningen i den frågan saknar således betydelse vid en prövning av det blandade avtalets karaktär.

Upphandlingsskadeavgiften

Otillåtna direktupphandlingar anses både av unionslagstiftaren och av den svenska lagstiftaren i sig vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. En upphandlingsskadeavgift vid otillåten upp-

handling bör således ligga i den övre delen av skalan, i allmänhet mellan fem och tio procent av avtalets värde. Vid otillåtna direktupphandlingar av normalgraden, bör avgiften ligga i mitten av den övre delen av skalan, det vill säga sju till åtta procent av avtalets värde. Konkurrensverket har i flera avgöranden från kammarrätt och förvaltningsrätt fått fullt gehör av sin beräkning av upphandlingsskadeavgiften, vilken således bedömts vara väl avvägd. Konkurrensverket har beräknat avtalens totala värde till 1 232 049 kr. En upphandlingsskadeavgift om 95 000 kr utgör ca 7,7 procent av avtalets värde och är enligt Konkurrensverket vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i förevarande ärende en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

SVT motsätter sig bifall till Konkurrensverkets ansökan i den del som avser hyresupplåtelsen av lokalen. SVT lämnar dock frågan om mat och dryck till förvaltningsrättens bedömning. Till stöd för sin talan anför SVT bland annat följande.

Hyresupplåtelsen omfattas inte av LOU, utan den aktuella lokalhyran omfattas av hyresundantaget i 1 kap. 6 § 1 samma lag. SVT bestrider att den omständigheten att hyresupplåtelsen av lokalen överenskommit i samma avtal som köpet av mat och dryck innebär att lokalen omfattas av LOU, varken på grund av någon överviktsprincip eller på annan grund. SVT bestrider vidare att värdet av hyresupplåtelsen av lokalen tagits i beaktande vid beräkningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek i aktuellt mål.

Hyresundantaget

Hyresundantaget stadgar att LOU inte ska tillämpas på kontrakt som avser "förvärv av [...] hyresrätt...". Hyresundantaget införlivar artikel 16 i direktiv 2004/18/EG som avser "hyra [...] av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom..." Varken LOU eller direktivet innehåller således

någon inskränkning i eller kvalificering av de hyresupplåtelser som omfattas av hyresundantaget. Hyresundantaget motiveras i ingressen (punkt 24) till direktivet med att hyra av fast egendom har sådana "särdrag som gör att regler för offentlig upphandling inte bör tillämpas". De särdrag som avses torde vara att fast egendom är icke-generisk till sin natur. I regel finns endast en eller kanske ett fåtal fastigheter som uppfyller de aktuella behoven och det har av lagstiftaren därför inte bedömts lämpligt att begära in en stor mängd anbud. Därtill torde hyresupplåtelser och andra fastighetsförvärv i mycket liten utsträckning ha någon inverkan på handeln mellan medlemsstaterna varför det saknas lagstiftningsintresse i denna fråga från EU-håll. SVT och Konkurrensverket är vidare överens om att hyresundantaget inte överensstämmer med den så kallade hyreslagens tillämpningsområde. Därmed har varken hyreslagen eller doktrin kring densamma någon relevans för tolkningen av omfattningen av hyresundantaget i LOU.

Konkurrensverket har i sin ansökan jämfört hotelltjänster, vilka omfattas av LOU, med kortvariga hyresupplåtelser. En sådan jämförelse är enligt SVT:s mening inte relevant och det kan ifrågasättas om hotelltjänster överhuvudtaget utgör en hyresupplåtelse. Hotelltjänster är i jämförelse med hyresupplåtelser i större utsträckning generiska till sin natur, särskilt avseende själva lokalen (hotellrummet). Hotellrum som sådana skiljer sig sällan åt i någon avgörande utsträckning, sett exempelvis till storlek och teknisk utrustning. Hotelltjänster karaktäriseras snarare av tillhandahållandet av olika kringtjänster som gästen får utnyttja än själva hotellrummet som upplåts. Sådana tjänster kan till exempel vara konferensutrymmen, matservice och spa-anläggningar. Hotelltjänster skiljer sig även från övriga typer av hyresupplåtelser genom att de i regel efterfrågas på andra orter än gästens hemort. Att just hotelltjänster, som visar flera särdrag i förhållande till övriga typer av hotellupplåtelser, upptagits som en så kallad B-tjänst pekar snarare på att övriga typer av hyresupplåtelser omfattas av hyresundantaget.

SVT delar således inte uppfattningen att tillfälliga lokalupplåtelser för till exempel fester särskilt karaktäriseras av att de i betydande omfattning kan innefatta olika slags kringtjänster. Även i långvariga hyresupplåtelser kan kringtjänster tillhandahållas i betydande omfattning, bland annat facility management-tjänster, personalmatsalar, gym och parkeringsgarage. Samtidigt kan festlokaler uthyras på kort eller lång tid helt utan tillhandahållande av kringtjänster. Vad som istället bör läggas vikt vid är graden av valmöjligheter som i allmänhet finns rörande vilken leverantör som ska tillhandahålla sådana kringtjänster. När det kommer till hotell- och vissa konferens-tjänster är det i praktiken omöjligt för hyresgästen att använda sig av egen eller utomstående leverantörs personal för exempelvis städning eller servering.

Avtalet utgör ingen odelbar helhet

SVT bestrider att hyresupplåtelsen respektive inköpet av mat och dryck bildar en sådan odelbar helhet att upphandlingsplikt uppstått i den del som avser hyresupplåtelsen. Det är inte heller så att inköpet av mat och dryck utgjort avtalets huvudsakliga ändamål, oaktat att kostnaden för mat och dryck överstigit kostnaden för hyra av lokalen. Det huvudsakliga ändamålet med avtalet var att få tillgång till den aktuella lokalen eftersom det bedömdes saknas realistiska alternativ. Den aktuella lokalen skulle användas för en personalfest med 2 200 deltagare samt ge möjlighet till en rad delvis parallella artistframträdanden och aktiviteter. Mycket specifika krav ställdes därför på den aktuella lokalen beträffande inte bara storlek, utan även tillgänglighet, tekniska förutsättningar och akustik med mera. Även om det är korrekt att hyresvärden i förhandlingarna krävde att mat och dryck levererades av hyresvärden måste det stå klart att detta hade varit möjligt att förhandla om, till exempel mot erläggande av en högre hyra för lokalen. Mot bakgrund av att detta hade inneburit en högre totalkostnad för festen

valde SVT dock att acceptera att hyresvärden levererade mat och dryck. Avtalet stadgar tydligt vilka kostnader som är förknippade med hyresupplåtelsen och vilka kostnader som är förknippade med leveransen av mat och dryck. De olika delarna kan utan svårighet särskiljas och bedöms var för sig i enlighet med den genomsynsprincip som regelmässigt tillämpas inom upphandlingsrätten.

Att vid beräkning av upphandlingsskadeavgiften avräkna kostnaden för hyra av lokalen överensstämmer också med den uppfattning som Konkursverket tidigare haft i mål där icke upphandlingspliktiga hyresupplåtelser har avtalats tillsammans med upphandlingspliktiga varor och tjänster. Det vore mot denna bakgrund orimligt att bedöma hyresupplåtelsen inom ramen för LOU enbart på grund av att den överenskommit i samma avtalsdokument som leveransen av mat och dryck. Den omständigheten att SVT valde att köpa mat från hyresvärden ska inte påverka bedömningen av hyresundantagets tillämpningsområde. Värdet av hyresupplåtelsen ska därför inte ligga till grund för beräkningen av upphandlingsskadeavgift.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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 15 kap. 4 eller 6 § samma lag.

Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst tio tusen och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Vid fastställande av upphandlingsavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är enligt 17 kap. 5 § LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar att Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsavgift har inkommit inom den lagstadgade tidsfristen ett år från det att avtalet slös enligt 17 kap. 7 § LOU.

Omfattas upphandlingen av hyresundantaget?

SVT har anfört att det inte var nödvändigt att annonsera upphandlingen enligt LOU beträffande hyresupplåtelsen av lokalen, eftersom hyresupplåtelsen omfattas av hyresundantaget i lagen. Konkurrensverket menar dock att hyresundantaget inte omfattar sådana tillfälliga upplåtelser som innebär att myndigheten genomför eller deltar i en konferens, fest eller liknande.

Den första frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till är därför om hyresupplåtelsen i aktuellt avtal mellan SVT och Rezidor omfattas av hyresundantaget i LOU.

Enligt 1 kap. 6 § första tycket 1 LOU gäller lagen inte för kontrakt som avser bland annat hyresrätt.

Av EU-domstolens praxis och svenska förarbetsuttalanden framgår att bestämmelser om undantag från offentlig upphandling ska tolkas restriktivt (se prop. 2006/07:128 s 291 och EU-domstolens förenade mål C-20/01 och C-28/01, Kommissionen mot Tyskland).

Enligt förvaltningsrättens bedömning ska frågan huruvida hyresundantaget i LOU är tillämpligt avgöras utifrån avtalets faktiska innehåll. Det måste vara avtalets syfte och utformning som får visa vad dess huvudsakliga innebörd är. I ett avgörande från Kammarrätten i Jönköping konstaterade domstolen att hyresundantaget inte var tillämpligt på ett avtal om att hyra bostäder, främst eftersom det var fråga om en mycket begränsad period (en

månad) avseende icke ordinarie bostäder samt då myndigheten i princip var oförhindrad att hyra logiplatser på andra orter. Kammarrätten konstaterade även att syftet med upphandlingen oemotsagt hade varit att ordna en helhetslösning som omfattade både boende och måltider. Förhållandet att det var fråga om två separata avtal inverkade inte på rättens bedömning (se Kammarrätten i Jönköpings dom den 13 februari 2012 i mål nr 2972-11).

Förvaltningsrätten anser att hyresundantaget i LOU inte är tillämpligt beträffande det aktuella avtalet mellan SVT och Rezidor. Liksom Konkurrensverket har gjort gällande i sin ansökan ger avtalet mellan SVT och Rezidor inte någon längre rätt att nyttja de aktuella lokalerna, utan avser endast en period om tre dagar. Vidare framgår att avtalsvärdet beträffande mat och dryck överstiger värdet för lokalupplåtelsen, vilket talar för att hyran av lokalerna har haft en underordnad betydelse. Enligt förvaltningsrättens bedömning måste det anses framgå att syftet med avtalet var att få till stånd en helhetslösning innefattande lokalhyra, mat, dryck etc. Förvaltningsrätten konstaterar också, med hänsyn till vad som framgår i kammarrättsavgörandet ovan, att det inte har varit avgörande huruvida upphandlingen genomförts i form av ett eller flera separata avtal. Konkurrensverket har således visat att hyresundantaget inte är tillämpligt på den aktuella upphandlingen.

Har SVT genomfört en otillåten direktupphandling?

Förvaltningsrätten har sedan att ta ställning till om SVT har slutit avtal utan föregående annonsering och genomfört en så kallad otillåten direktupphandling.

Förvaltningsrätten instämmer i Konkurrensverkets bedömning att avtalet ska betraktas som ett varukontrakt enligt 2 kap. 18 § andra stycket LOU, detta eftersom värdet av varorna (mat och dryck) överstiger värdet av tjäns-

terna (lokalupplåtelse samt övriga, mindre tjänster). Med anledning av att värdet på det aktuella avtalet överstiger direktupphandlingsgränsen men understiger tröskelvärdet blir de icke direktivstyrda bestämmelserna i 15 kap. LOU tillämpliga i målet.

En direktupphandling får enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU genomföras om kontraktets värde uppgår till högst femton procent av det tröskelvärde som anges i 3 kap. 1 § LOU. Gränsen för tillåtna direktupphandlingar uppgår till 284 631 kr (2012 års tröskelvärde om 1 897 540 x 0.15). Direktupphandling kan vidare användas om förutsättningarna enligt 4 kap. 5-9 §§ LOU är uppfyllda eller om det föreligger synnerliga skäl.

Förvaltningsrätten konstaterar att SVT varken har gjort gällande att förutsättningarna enligt 4 kap. 5-9 §§ LOU skulle vara uppfyllda eller att det skulle föreligga synnerliga skäl för att genomföra en direktupphandling. I målet är otvistigt att SVT har ingått ett avtal avseende personalfesten den 15 september 2012 utan föregående annonsering med ett värde om sammanlagt 1 232 049 kr. Såsom förvaltningsrätten funnit ovan är hyresundantaget i LOU inte är tillämpligt avseende lokalkostnaderna för aktuell upphandling, varför hela avtalet omfattas av lagen. Enligt förvaltningsrättens bedömning innebär SVT:s förfarande att bolaget har genomfört en otillåten direktupphandling. Det föreligger därför skäl för förvaltningsrätten att besluta att SVT ska betala en upphandlingsskadeavgift.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

En upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU bestämmas till mellan tio tusen och tio miljoner 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. Det sammanlagda kontraktsvärdet uppgår enligt Konkurrensverkets beräkning – en uppgift som

SVT inte har ifrågasatt – till 1 232 049 kr. Det finns inte någon anledning att göra en annan beräkning av kontraktsvärdet. Upphandlingsskadeavgiften ska således bestämmas till ett belopp inom ramen 10 000 – 123 205 kr.

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.) bland annat följande.

Inom de givna beloppsramarna 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. 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. Om det däremot i visst fall är oklart i rättspraxis huruvida en viss vara eller tjänst ska upphandlas och någon upphandling inte har skett, bör sanktionsvärdet anses relativt lågt just i det fallet, trots att det konstateras att upphandlingsbestämmelserna skulle ha iakttagits.

Om det i det enskilda fallet föreligger synnerliga skäl ska avgiften kunna efterges. Med synnerliga skäl åsyftas närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Det får således ses som en form av ventil som, i likhet med vad regeringen anfört ovan, inte är avsedd att tillämpas annat än i rena undantagsfall. Den närmare innebörden av begreppet får lämpligen utvecklas i rättspraxis.

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 (se 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 SVT har ingått är att betrakta som en otillåten direktupphandling. I målet har inte framkommit några förmildrande omständigheter som gör överträdelsen mindre allvarlig. Med hänsyn härtill och med beaktande av att överträdelsen till sin natur är bland de allvarligaste som finns inom upphandlingsområdet finner förvaltningsrätten att det inte finns några skäl att bestämma upphandlingsskadeavgiftens storlek till ett lägre belopp än det Konkurrensverket har ansökt om. Beräkningsgrunderna framstår som väl avvägda och innebär inte en oproportionerligt hög avgift. Några synnerliga skäl för eftergift har heller inte framkommit. Konkurrensverkets ansökan ska således bifallas och SVT förpliktas att till staten betala en upphandlingsskadeavgift om 95 000 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Ulrika Melin

Rådman

Lizette Harletun Ilkhani 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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.