

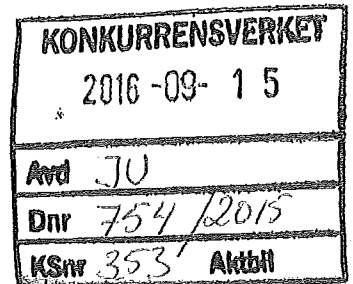


SÖKANDE

Konkurrensverket (dnr 754/2015)
103 85 Stockholm

MOTPART

Timrå kommun
861 82 Timrå



SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Timrå kommun ska betala 60 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Dok.Id 110949

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00
E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se
www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket har uppmärksammat att Timrå kommun (kommunen) under år 2014 vid upprepade tillfällen anskaffat bland annat begagnade datorer utan att först konkurrensutsätta inköpen genom annonsering.

Konkurrensverket ansöker om upphandlingsskadeavgift och yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § LOU beslutar att kommunen ska betala 60 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Till stöd för sin talan anför Konkurrensverket i huvudsak följande.

Kommunen har uppgett att man vid sina inköp lämnat offertförfrågningar till minst tre leverantörer, varpå man köpt utrustning från den leverantör som lämnat det bästa priset. Av kommunens uppgifter framgår att man under år 2014 anskaffat begagnade datorer vid fem tillfällen till ett sammanlagt värde av 868 473 kr. Det sista avtalet ingicks den 23 december 2014, vilket är det avtal som är föremål för Konkurrensverkets talan.

Värdet av ett kontrakt ska enligt 15 kap. 3 a § första stycket LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. En upphandlande myndighet får inte dela upp anskaffningar i avsikt att kringgå bestämmelserna i LOU. Vidare ska den upphandlande myndigheten enligt 15 kap. 3 a § tredje stycket LOU vid beräkningen av kontraktets värde även beakta samtliga direktupphandlingar av samma slag gjorda under räkenskapsåret. En upphandlande myndighet måste därför ha kontroll över vilka upphandlingar av samma slag som genomförs inom myndigheten, eftersom det samlade värdet av dessa ska läggas till grund för beräkningen av ett visst avtals värde (prop. 2009/10:180 s. 293).

Samtliga avtal om inköp under år 2014 har ingåtts utan föregående annonsering. Eftersom inköpsföremålet vid vart och ett av dessa tillfällen varit det

samma, dvs. begagnade datorer, anser Konkurrensverket att anskaffningarna utgör direktupphandlingar av samma slag.

Kommunens avtal med Infoteca ICT AB (Infoteca) den 23 december 2014 uppgick till ett värde av 82 000 kr exklusive mervärdesskatt (40 datorer á 2 050 kr). Vid beräkningen av avtalsvärdet ska även alla tidigare inköp av samma slag under räkenskapsåret ingå vid beräkningen av avtalets kontraktsvärde (Kammarrätten i Stockholms mål nr 2504-13). Det totala värdet av dessa tidigare under år 2014 ingångna avtal uppgår till 786 473 kr exklusive mervärdesskatt. Avtalets värde ska därför efter sammanräkning (82 000 + 786 473) bestämmas till 868 473 kr. Det är det belopp som Konkurrensverket lägger till grund för sin beräkning av yrkad upphandlingsskadeavgift.

Avtalet utgör en otillåten direktupphandling

Kontraktets värde överstiger den så kallade direktupphandlingsgränsen, som uppgår till 505 800 kr. Avtalet omfattas därför av annonseringsreglerna i 15 kap. LOU. Att det varit fråga om begagnade datorer påverkar inte i sig skyldigheten att annonsera enligt LOU. Kommunen har vidare på uttrycklig fråga angett att förutsättningarna inte varit sådana som anges i 4 kap. 7 § första stycket fjärde punkten LOU, dvs. att det varit möjligt att anskaffa varorna på särskilt förmånliga villkor. Av utredningen framgår inte heller att det funnits något annat tillämpligt undantag från annonseringsplikten för kommunens inköp. Konkurrensverket anser därför att det avtal som ingicks med Infoteca den 23 december 2014 utgjorde en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. Som framgår ovan ingicks det avtal som är föremål för ansökan den 23 december 2014. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kon-

traktsvärdet ska ske enligt 15 kap. 3 a § LOU (17 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall (HFD 2014 ref. 69). Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 868 473 kr. Upphandlingskadeavgiften ska därför bestämmas inom intervallet 10 000 – 86 847 kr ($868\,473 \times 0,1$).

Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet kan därför ofta anses vara högt (prop. 2009/10:180 s. 196-197, 369-370; HFD 2014 ref. 69; Kammarrätten i Göteborgs mål nr 4402-14 och 4915-13). Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning kan rättsläget i detta fall inte anses som oklart. Att kommunen inför sina inköp begärt in offerter från olika leverantörer utgör inte en omständighet som ska påverka sanktionsvärdet i sänkande riktning. Även om en viss grad av informell konkurrensutsättning därmed kan anses ha skett kan detta inte ersätta annonserade förfaranden enligt LOU. Att kommunen på egen hand valt ut några leverantörer för offertförfrågan påverkar nämligen inte det faktum att det finns ett antal andra

potentiella leverantörer som diskriminerats, genom att inte ha fått tillfälle att lämna anbud. Kommunen har vidgått att det funnits brister vid kommunens upphandlingar av begagnade datorer. Det föreligger därmed förutsättningar för att kommunen ska betala upphandlingsskadeavgift.

När det gäller förmildrande omständigheter kan ledning hämtas från lagens förarbeten där det poängteras att särskild hänsyn ska tas till överträdelsens sanktionsvärde vid fastställandet av avgiftens storlek. Även om de åtgärder kommunen vidtagit efter det att Konkurrensverket uppmärksammat kommunens brister naturligtvis i sig är mycket positiva, är detta inte en omständighet som ska påverka de i målet aktuella överträdelsernas sanktionsvärde i sänkande riktning. Det kan konstateras att egna förbättringsåtgärder vidtagna i efterhand inte omnämns som en förmildrande omständighet i lagmotiven. Det bör också poängteras att eftergift, eller bedömningen att det rör sig om ringa fall, endast kan komma i fråga i rena undantagsfall och att tillämpningsområdet för det är ytterst begränsat (prop. 2009/10:180 s. 197 ff. samt s. 369 f.). Enligt Konkurrensverkets uppfattning är det omständigheterna vid tidpunkten för överträdelsen som ska beaktas vid bedömningen av sanktionsvärdet. Upphandlingsskadeavgiften är huvudsakligen avsedd att vara en sanktion som tar sikte på en specifik överträdelse, varför det finns ett begränsat utrymme för att ”reparera” överträdelsen när skadan redan är skedd. Att en myndighet vidtar vissa åtgärder som kan ha effekt inför efterföljande upphandlingar, bör i sig inte kunna påverka bedömningen av redan begångna överträdelsers allvar. Omständigheter som inträffar efter en överträdelse ska därför inte läggas till grund för prövningen av dess sanktionsvärde eller tillmätas betydelse vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Följden skulle annars bli att avgiftens storlek inte står i rimlig proportion till den aktuella överträdelsen.

Utgångspunkten måste också vara att de lagar och regler som styr offentliga organs verksamhet alltid ska åtföljas. Det kan därför inte anses som en

förmildrande omständighet att en myndighet, som tidigare gjort sig skyldig till upprepade överträdelser, förklarar att man nu bättrat sig och att lagens bestämmelser framledes ska följas. En konsekvens av det skulle bland annat vara att en myndighet med bristande rutiner, men som då överträdelser påtalas uppger att förbättringsåtgärder ska vidtas, kommer att behandlas mildare vid bedömningen av sanktionsvärdet jämfört med en myndighet som redan har goda rutiner och därmed inte har samma utrymme för att åberopa företagna förbättringar som förmildrande omständighet. Det är således inte rimligt att åtgärder vidtagna i efterhand ska kunna påverka avgiftens storlek i sänkande riktning.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning är kommunens överträdelse av normalgraden och omständigheterna i ärendet är av varken förmildrande eller försvårande karaktär. Konkurrensverket anser därför att en upphandlings-skadeavgift om 60 000 kr är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Konkurrensverket bifogar kommunens svar till verket den 7 maj 2015, den 29 maj 2015 samt faktura från Infoteca den 23 december 2014.

Kommunen motsätter sig en upphandlings-skadeavgift och anför i huvudsak följande.

I grundfrågan beträffande upphandlingen av begagnade datorer medger kommunen att det finns brister i hanteringen. Upphandlingsenheten har därför inlett ett proaktivt arbete med att utbilda och utveckla de personer som ska svara för förvaltningarnas inköp (exempelvis avrop från ramavtal). En utbildningssatsning var planerad att genomföras hösten 2015, men inte minst mot bakgrund av verkets genomlysning av verksamheten, flyttar kommunen fram insatsen något i tiden. Kommunen annonserar numera samtliga sina upphandlingar överstigande 100 000 kr. Ett annat inslag i ruti-

nera är att upphandlingsenheten alltid ska kontaktas för rådgivning före en upphandling. Liknande åtgärder liksom ovan nämnda utbildningsinsatser kommer att genomföras successivt och kontinuerligt.

Kommunen accepterar verkets kritik av den här aktuella upphandlingen och gör allt kommunen förmår för att utveckla och förbättra kommunens upphandling och rutinerna kring den. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande samt säkerställa att upphandlingsregler följs och att skattemedel används korrekt. I kommunen finns numera en god kunskap om tidigare brister i upphandlingsprocessen. En upphandlingsskadeavgift skulle i det läge som kommunen nu befinner sig ta resurser från att utveckla verksamheten såväl centralt som i aktiviteter gentemot kommunens upphandlande enheter. Kommunen har medvetet valt att decentralisera många funktioner i förvaltningen vilket skapar en relativt ”platt” organisation vilket i sin tur medför betydande fördelar, inte minst att beslutas på rätt nivå och av personer med rätt kompetens i enskilda ärenden. Samtidigt blir de centrala resurserna för vissa uppgifter begränsade. Upphandlingsenheten bemannas till exempel av en chef (50 %), en upphandlare (100 %) och en administratör (50 %). Med de upphandlingsvolymerna som gäller är det därmed närmast en nödvändighet att en betydande andel av upphandlingarna genomförs decentraliserat.

Till grund för all upphandling i kommunen ligger kommunens Upphandlingspolicy samt Vägledande råd och bestämmelser för upphandling. Det senare är ett styrdokument som mer detaljerat beskriver hur en upphandling ska ske. Kommunens problematik är att kommunen skulle centralisera mer av upphandlingen men saknar personella resurser för det i dagsläget.

Mot bakgrund av att kommunen är alldeles medveten om bristerna och i full färd med att avhjälpa dem saknar avgiften den avsedda pedagogiska po-

ängen. En eventuell allmänpreventiv effekt överskuggar, enligt kommunens mening, inte detta.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering. Detta framgår av 17 kap. 1 § 3 LOU.

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet (17 kap. 4 § LOU).

Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. En upphandling får inte delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i denna lag. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret (15 kap. 3 a § LOU).

Vid förenklat förfarande ska den upphandlande myndigheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens (15 kap. 4 § LOU).

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

När det gäller beräkningen av avgiftens storlek anförs bland annat följande i förarbetena till 17 kap. LOU. Beslutande instans bör ha ett betydande ut-

rymme att inom givna beloppsramar fastställa avgiftens storlek. Sanktionen ska dock vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarligare överträdelsen kan anses, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Avgiften ska bestämmas så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra avhåller sig från överträdelser (prop. 2009/10:180 s. 197, 370).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har i målet att kontrollera att förutsättningarna för upphandlingsskadeavgift är uppfyllda och därefter ta ställning till om det finns skäl för eftergift eller att anse överträdelsen som ringa och annars att bestämma upphandlingsskadeavgiftens storlek. Förvaltningsrätten behandlar dessa frågor i nu nämnd ordning.

Är förutsättningarna för upphandlingsskadeavgift uppfyllda?

Det är ostridigt i målet att kommunen sammantaget genomfört en otillåten direktupphandling då kommunen vid fem tillfällen under år 2014 köpt begagnade datorer till ett sammanlagt värde av 868 473 kr utan att först konkurrensutsätta inköpen. Då värdet överstiger direktupphandlingsgränsen har kommunen haft en skyldighet att annonsera inköpen (se prop. 2009/10:180 s. 293; Kammarrätten i Stockholms mål nr 2504-13). Det föreligger därför förutsättningar att besluta om upphandlingsskadeavgift.

Ringa överträdelse eller skäl för eftergift?

Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet. Den aktuella överträdelsen kan inte anses vara ringa. Inte heller har det framkommit några synnerliga skäl för eftergift. Förvaltningsrätten har därmed att ta ställning till upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

En upphandlingsskadeavgift ska bestämmas till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet om 868 473 kr. Upphandlingsskadeavgiften ska därför bestämmas till ett belopp inom intervallet 10 000 kr – 86 847 kr.

Kommunen har motsatt sig att någon upphandlingsskadeavgift alls ska utgå och anfört att kommunen tagit till sig av verkets kritik och ändrat sina rutiner. Vidare har kommunen anfört att upphandlingsskadeavgiften skulle ta resurser från angeläget utvecklingsarbete och eftersom kommunen är i full färd med att avhjälpa bristerna så saknar avgiften den avsedda pedagogiska poängen. Kommunen har också ansett att en eventuell allmänpreventiv effekt inte överskuggar detta.

Som förvaltningsrätten konstaterat ovan anses otillåtna direktupphandlingar vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet. Sanktionsvärdet bör därför som utgångspunkt bedömas som högt. De aktuella anskaffningarna har skett vid upprepade tillfällen under året, utan att kommunen synes ha kontrollerat om inköpen överskridit direktupphandlingsgränsen. Den okunskap som funnits hos kommunen om skyldigheten att upphandla medför inte att upphandlingsskadeavgiften kan sättas ned eftersom ansvaret är strikt, dvs. skyldigheten att betala en avgift uppkommer när ett regelbrott objektivt kan konstateras oberoende av vad den upphandlande myndigheten kände till eller borde ha känt till kring överträdelserna (se prop. 2009/10:180 s. 192 ff.).

Inte heller kan det förhållandet att kommunen vidtagit åtgärder genom utbildningsinsatser och förbättrade rutiner efter att Konkurrensverket inlett sin granskning medföra att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ned. Även om kommunen numera ändrat sina rutiner för upphandling, så skulle det i enlighet med vad Konkurrensverket anfört, stå i strid med principen om att upp-

handlingsskadeavgiften ska vara proportionerlig, om en sådan omständighet tilläts inverka förmildrande vid bestämmande av upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Även mindre organisationer med begränsade resurser ska iaktta LOU fullt ut. Om en upphandlande myndighets ekonomiska förutsättningar att organisera sig skulle få påverka bedömningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek, skulle syftet med avgiften riskera att urholkas. Att kommunen har en "platt" organisation och inte har kunnat centralisera mer på grund av resursbrist, kan därför inte påverka upphandlingsskadeavgiften i förmildrande riktning.

Förvaltningsrätten finner sammantaget att det yrkade beloppet framstår som effektivt, proportionerligt och fyller det allmänpreventiva syfte som varit lagstiftarens mening. Ansökan ska därför bifallas och kommunen ska förpliktas att betala 60 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

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



Olof Edling

förvaltningsrättsfiskal

Målet har föredragits av föredragande juristen Benjamin Älmedal.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje sätskilt 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 uppge sitt namn, adress och telefonnummer.