



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande: Sofia Lysell

DOM
2012-02-15
Meddelad i
Växjö

Mål nr
286-12

KONKURRENSVERKET	
2012-02-16	
Avd	74
Dnr	16/2012
Doss	862 Aktbil

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Kustbevakningen, 202100-3997
Box 536
371 23 Karlskrona

SAKEN

Upphandlingskadeavgift enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Kustbevakningen ska betala en upphandlingskadeavgift om 35 000 kr.

Dok.Id 44125

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten ska förplikta Kustbevakningen att betala en upphandlingsskadeavgift om 35 000 kr. Kustbevakningen motsätter sig bifall till Konkurrensverkets ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Omständigheterna är i allt väsentligt ostridiga mellan parterna och kan sammanfattas enligt följande. Kustbevakningen har under perioden den 24 mars 2011 till den 31 maj 2011 ingått avtal avseende köp av kommunikationsradioutrustning (45 enheter av kommunikationsradion Motorola GP340Ex samt tillbehör) med Furuno Sverige AB (Furuno). Dessförinnan hade Kustbevakningen skickat ut en offertförfrågan till fem utvalda leverantörer. Inköpet genomfördes som en direktupphandling. Någon annonsering i enlighet med bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling ägde således inte rum innan avtal slöts. Avtalets värde uppgick till 395 510 kr, vilket är över direktupphandlingsgränsen men under det aktuella tröskelvärdet.

Förutsättningarna för upphandlingsskadeavgift

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) bl.a. om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU (se 17 kap. 1 § 3 LOU), dvs. bl.a. om myndigheten har genomfört en otillåten direktupphandling.

Konkurrensverket har gjort gällande att Kustbevakningen har slutit avtal utan föregående annonsering trots att förutsättningarna för direktupphandling inte var uppfyllda. Kustbevakningen å sin sida hävdar att inköp av de

aktuella produkterna, med undantag från tillämpningen av ett annonserat förfarande, har gjorts med stöd av 4 kap. 7 § 2 LOU om kompletterande leveranser och då synnerliga skäl för direktupphandling bedömts föreligga.

En offentlig upphandling enligt 15 kap. LOU ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Direktupphandling får dock bl.a. användas om förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl (15 kap. 3 § LOU). En sådan situation är om det gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören, om ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande myndigheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll (se 4 kap.7 § 2 b LOU).

Kustbevakningen har gjort gällande att Motorola var leverantör av produkten och att Kustbevakningen vände sig till fem återförsäljare av Motorolas produkt. Vad gäller tekniken har man framhållit följande. Om det finns flera typer av radioapparater försvinner redundansen och flexibiliteten. Därmed riskeras funktionaliteten och i förlängningen den operativa förmågan och säkerheten för såväl personal som tredje man. Vidare är det vid räddningsinsatser av stor vikt att all berörd personal snabbt kan hantera aktuell utrustning och har god kännedom om den utrustning som används. Det är därför av stor vikt att det är samma utrustning i hela myndigheten så att en tjänsteman som tillfälligt tjänstgör på en annan enhet är insatt i hur utrustningen fungerar. Därtill kan det innebära en betydande förändring att övergå från en radiotyp till en annan och en sådan förändring går inte att göra på ett betryggande sätt i en stressad situation.

Konkurrensverket har å sin sida i den delen gjort gällande följande. Undantaget för tekniska skäl i 4 kap. 5 § 2 LOU får användas om det endast finns

en leverantör som kan leverera det som ska upphandlas. När det finns flera återförsäljare av den vara som ska upphandlas finns det flera leverantörer. Kustbevakningen har köpt kommunikationsradioutrustningen från Furuno, som är en återförsäljare. Det har inte framkommit att det skulle finnas ett avtal mellan Kustbevakningen och Motorola. Det är således Furuno som är leverantör. Kustbevakningen har inte gjort gällande att det endast skulle finnas en återförsäljare av varorna. Eftersom det finns fler än en leverantör av varorna är undantaget för tekniska skäl inte tillämpligt. Undantaget för kompletterande varuleveranser enligt 4 kap. 7 § 2 LOU får användas om ett byte till en annan leverantör än den ursprungliga skulle leda till specifika svårigheter. Det finns inte stöd för att Furuno var den ursprungliga leverantören och det har inte heller framkommit någon omständighet som visar att ett byte av leverantör skulle medföra några tekniska svårigheter för Kustbevakningen.

Förvaltningsrätten gör i denna del följande bedömning.

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling (se prop. 2001/02:142 s.99). Enligt EU-domstolens rättspraxis ska alla undantag från skyldigheten att annonsera offentliga upphandlingar tolkas restriktivt (se bl.a. *C-26/03 Stadt Halle, punkt 46* och *C-385/02 Kommissionen mot Italien punkt 19*).

Begreppen leverantör och tillverkare är inte synonyma i upphandlingshänseende. Av utredningen i målet framgår att Kustbevakningen har vänt sig till fem återförsäljare av radioapparaterna av märket Motorola med en offertförfrågan. Redan det förfarandet talar för att det inte endast fanns en möjlig leverantör av en produkt som överensstämde med den teknik som tidigare hade köpts in. Kustbevakningen har inte heller visat på motsatsen eller att den återförsäljare som fick avtalet – Furuno – var ursprunglig leve-

rantör av utrustningen och att inköpet nu alltså rörde sig om en komplettering från samma leverantör. Sammantaget har Kustbevakningen alltså inte förmått visa att förutsättningarna för undantag från annonsering av tekniska skäl eller för att det rör sig om kompletterande leveranser är tillämpliga.

Kustbevakningen har vidare gjort gällande att det finns synnerliga skäl för direktupphandling. Av förarbetena till den bestämmelsen framgår att det som avses är brådskande eller oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte har kunnat förutse och som inte beror på myndigheten själv (se prop. 2009/10:80 s. 344). Kustbevakningen har inte ens påstått än mindre visat uppgifter som skulle kunna utgöra sådana synnerliga skäl.

Förvaltningsrätten konstaterar sammanfattningsvis att det finns förutsättningar för att påföra Kustbevakningen en upphandlingsskadeavgift.

Avgiftens storlek

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl (17 kap. 4 och 5 §§ LOU).

Konkurrensverket har sammanfattningsvis anfört följande. Upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten direktupphandling bör beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde. Otillåtna direktupphandlingar anses av såväl unionslagstiftaren som den svenska lagstiftaren vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet. Sanktionsvär-

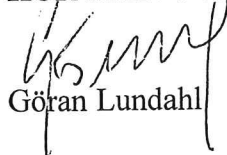
det bör därför vara högt. Vid otillåtna direktupphandlingar av normalgraden bör avgiften bli sju till åtta procent av avtalets värde. Konkurrensverket har konstaterat liknande brister som de nu aktuella i ett tillsynsbeslut den 17 mars 2011 som avser Kustbevakningens tidigare upphandlingar. Trots detta har Kustbevakningen kort därefter genomfört den otillåtna direktupphandlingen. Ett upprepat beteende att företa otillåtna direktupphandlingar är en försvårande omständighet. Denna försvårande omständighet höjer sanktionsvärdet. En upphandlingsskadeavgift om 35 000 kr, motsvarande knappt nio procent av avtalets värde, är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Kustbevakningen har inte argumenterat särskilt i denna del.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Enligt bestämmelserna ovan får avgiften inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet, d.v.s. 39 500 kr. Det yrkade beloppet ligger således inom den gränsen. Som Konkurrensverket anfört anses otillåtna direktupphandlingar vara allvarliga överträdelser som bör leda till höga sanktionsvärden (se prop. 2009/10:180 s. 197 och s. 370) Härtill kommer vad Konkurrensverket oemotsagt har uppgett om att Kustbevakningen nu gjort sig skyldig till liknande felaktigheter trots tidigare inspektion och påpekanden. Sammantaget får det av Konkurrensverket yrkade beloppet anses väl avvägt. Ansökan ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1 D –LOU)


Göran Lundahl



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 nå 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 uppge 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.

DV 3109/1D LOU