

**SÖKANDE**

Konkurrensverket

MOTPART

Got Event AB, 556015-9823

Ombud: Advokaterna Kaisa Adlercreutz och Sara Fogelberg
Front Advokater AB**SAKEN**

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att Got Event AB till Konkurrensverket ska erlägga en upphandlingsskadeavgift om 450 000 kronor.

Avgiften ska vara betald inom trettio dagar från det att denna dom vunnit laga kraft.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Den 24 augusti 2017 har Förvaltningsrätten i Göteborg i dom (mål nr 4488-17) bestämt att ett avtal som slutits mellan Got Event AB (Bolaget) och Expåra AB (Expåra) ska bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse trots att det enligt förvaltningsrätten förelåg förutsättningar för att förklara avtalet ogiltigt. Denna dom vann laga kraft den 28 september 2017.

Konkurrensverket yrkar nu jämlikt 17 kap. 1 § punkten 2 LOU att Bolaget ska betala 550 000 kronor i upphandlingsskadeavgift.

Bolaget medger att grund för att besluta om upphandlingsskadeavgift föreligger och överlämnar till förvaltningsrätten att avgöra vilket belopp som bör påföras.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Konkurrensverket

Den 20 april 2017 fattade Förvaltningsrätten i Göteborg ett interimistiskt beslut om att Bolaget inte fick ingå avtal inom ramen för Bolagets då pågående inköpsprocess av underlag till ridsportarenor. Detta beslut vidhölls vid en förnyad prövning den 5 maj 2017. Sistnämnt beslut överklagades varvid Kammarrätten i Göteborg ej meddelade prövningstillstånd. Den 24 juli 2017 ingicks avtal mellan Bolaget och Expåra i strid med förvaltningsrättens interimistiska beslut. Vid sin slutliga prövning fann förvaltningsrätten att det fanns förutsättningar att ogiltigförklara avtalet men omständigheterna bedömdes vara sådana att avtalet fick bestå med stöd av 16 kap. 14 § LOU.

Värdet av aktuellt avtal uppgår till 5 511 008 kronor exklusive mervärdesskatt. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed uppgå som lägst till

10 000 kronor och som högst 551 100 kronor. Att ett avtal fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan inte i sig motivera en sänkning av upphandlingsskadeavgiften. Den upphandlande myndigheten har nämligen genom att det ingångna avtalet fått bestå redan i ogiltighetsmålet fått tillgodoräkna sig att det förelåg tvingande hänsyn. Bolagets agerande att ingå avtalet med Expåra i strid med ett interimistiskt förbud utgör ett uppenbart fall av domstolstrots. Detta bör ses som en särskilt graverande omständighet som vid bedömningen av sanktionsvärdet ska påverka avgiftens storlek i påtagligt skärpande riktning. Eftersom sanktionsvärdet för otillåtna direktupphandlingar som regel ska anses högt i sig, och några förmildrande omständigheter inte har framkommit, bör upphandlingsskadeavgiften i detta fall bestämmas till högsta möjliga belopp inom det tillämpliga intervallet vilket innebär 550 000 kronor efter en marginell avrundning av beloppet nedåt. – Det förhållandet att Bolaget hamnade i tidsnöd vad gäller leverans av aktuellt underlag torde bero på Bolagets eget agerande. Utredningen visar även att tjänster inför EM i ridsport utförts av Expåra så tidigt som under mars 2017. Det förefaller som merparten av den fibersand som Expåra skulle leverera till evenemanget redan fraktats till Göteborg innan avtalet ingicks. Vidare bör en bedömning av sanktionsvärdet utgå från Bolagets eget agerande och inte utifrån vilka bevekelsegrunder som sökande leverantör haft i det underliggande ogiltighetsmålet. Bolaget har också haft möjlighet att framställa ett förnyat yrkande om att det interimistiska förbudet skulle upphävas istället för att ingå ett avtal i strid med förvaltningsrättens förordnande.

Bolaget

Vid förvaltningsrättens helhetsbedömning av vilken avgift som bör påföras bör följande omständigheter beaktas.

- a) Att avtalet har fått bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.
- b) Att det vid tidpunkten för avtalets ingående återstod så kort tid till evenemangets start att det inte fanns någon faktisk möjlighet att tilldela kontraktet till någon annan leverantör än den varmed avtal ingicks.
- c) Att sökande leverantör i underliggande överprövningsmål – till följd av omständighet b) – inte genom överprövningen, ens vid framgång, har kunnat påräkna att få utföra kontraktet, utan primärt haft som ”processintresse” att få prövat huruvida upphandlingsfel begåtts.
- d) Att utformningen av upphandlingsregelverkets överprövningssystem har gett sökanden fullgoda verktyg att bevaka och bevara sin rätt till domstolsprövning i form av justering till en ogiltighetstalan.
- e) Att bolagets i sig klandervärda åtgärd att ingå avtal – mot bakgrund av omständigheterna b), c) och d) i detta fall inte inneburit någon risk för rättsförlust eller i övrigt försämrad rättslig position för sökande leverantör.

Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2014 ref 49 uttalat att det i förarbetena anges att 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 av i en del av dessa fall snarare kan antas bero på allmänna omständigheter än på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen. Vad som anförts i målet rörande leverans av sand till testbanor saknar enligt Bolaget relevans för nu aktuell prövning. Bolaget har därtill försökt få det interimistiska beslutet upphävt och vidtagit flera åtgärder för att söka nå en lösning på den uppkomna situationen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 17 kap. 1 § LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingskadeavgift) om bl.a. en allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Av 17 kap. 4 § LOU följer att upphandlingskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor samt att avgiften inte får överstiga 10 procent av kontraktsvärdet.

Enligt 17 kap. 5 § LOU ska vid fastställande av upphandlingskadeavgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelse är. I ringa fall ska inte någon avgift beslutas och avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Regleringen om upphandlingskadeavgift 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). 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.

I förarbetena till lagstiftningen har bl.a. följande angetts (se prop. 2009/10:180 s. 369 f). Domstolen har stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Detta innebär att hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Utgångspunkten bör dock vara att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra avhåller sig från överträdelser. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Exempelvis kan beaktas om den upphandlande myndighetens agerande är att betrakta som särskilt klandervärt. Upprepade överträdelser bör ses som en försvårande omständighet. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Om rättsläget är oklart bör det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Vikt kan också läggas vid om avtalet i fråga fortfarande är giltigt. Att ett avtal har förklarats ogiltigt på grund av att det föregåtts av en otillåten direktupphandling kan alltså, vilket Lagrådet har tagit upp, påverka upphandlingsskadeavgiftens storlek i sänkande riktning. I vissa fall kan andra olägenheter eller negativa ekonomiska konsekvenser för den upphandlande myndigheten ses som en förmildrande omständighet. 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. Det följer emellertid av ändringsdirektivet att en sanktion ska påföras i dessa fall. Förmildrande omständigheter kan föranleda att upphandlingsskadeavgiften bestäms till ett lågt belopp och i ringa fall inte alls döms ut.

I målet är ostridigt att utifrån kontraktsvärde och framställt yrkande är det intervall inom vilket en upphandlingsskadeavgift tillåts påföras mellan 10 000 kronor upp till 550 000 kronor. Bedömningen av vilken avgift som

skäligen ska bestämmas bör därvid enligt förvaltningsrätten ske genom en sammanvägd bedömning av framkomna relevanta omständigheter.

I målet är klarlagt att Bolaget valt att avsluta en otillåten direktupphandling i strid med ett interimistiskt förbud. Ett sådant agerande är allvarligt då det bl.a. riskerar att urholka respekten för rådande upphandlingsregler och vad domstol har bestämt. I avskräckande syfte och för att den administrativa sanktionen ska ligga i paritet med överträdelsens allvar bör den obligatoriska upphandlingsskadeavgiften därför ligga på en hög nivå. Det förhållandet att avtalet fått bestå bör i detta sammanhang inte föranleda någon mildare bedömning eftersom Bolaget, såvitt framkommit, under hela inköpsprocessen inte har aktivt verkat för att aktuella inköp skulle ske i överensstämmelse med LOU. Inte heller vad Bolaget i övrigt framfört ger anledning att bedöma dess överträdelse lindrigare.

Med beaktande av det ovan anförda och med hänsyn taget till att den strängaste administrativa avgiftssanktionen utifrån relevant kontraktsvärde bör vara reserverad för ageranden som är av en än allvarligare karaktär än den nu förevarande finner förvaltningsrätten att en upphandlingsskadeavgift om skäliga 450 000 kronor ska påföras Bolaget, motsvarande drygt åtta procent av kontraktsvärdet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D LOU)

Tomas Kjellgren
Rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.