



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 14

DOM
 2013-04-22
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 22373-12

SÖKANDE
 Konkurrensverket
 103 85 Stockholm

MOTPART
 Tillväxtverket
 Box 4044
 102 61 Stockholm

SAKEN
 Upphandlingsskadeavgift

KONKURRENSVERKET	
2013-04-24	
Avd	JU
Dnr	609/2012
KSnr	862
Aktbil	3

Doss

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Tillväxtverket ska betala en upphandlingsskadeavgift om 45 000 kr.

Dok.Id 296370

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar i ansökan, som inkom till förvaltningsrätten den 26 oktober 2012, att förvaltningsrätten ska förplikta Tillväxtverket att betala en upphandlingsskadeavgift om 45 000 kr enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Till stöd för sin talan anför Konkurrensverket bl.a. följande.

Grunder

Tillväxtverket har brutit mot LOU genom att sluta avtal med Aktiebolaget Nya Grand Hotel (Grand Hotel) avseende medarbetardag den 23 maj 2012 utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU, trots att förutsättningarna för ett sådant agerande inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet utgör en otillåten direktupphandling.

Avtalets värde

Den 26 oktober 2011 gjordes en preliminär bokning av lokal m.m. med Grand Hotel. Bokningen gjordes därefter definitiv i slutet av januari 2012 genom hotellets bokningsbekräftelse. Därigenom ingicks avtal mellan Tillväxtverket och Grand Hotel avseende hyra av Grand Hotels lokaler på Blaiseholmen i Stockholm för konferens (dagtid) och efterföljande dans (kvällstid). Under Konkurrensverkets utredning har Tillväxtverket uppgett bl.a. att det ingick ett muntligt avtal med Grand Hotel den 13 mars 2012 avseende köp av mat och dryck m.m. Överenskommelsen mellan Tillväxtverket och Grand Hotel den 13 mars 2012 avseende mat och dryck baserades inte på offererade priser.

Enligt Konkurrensverket utgör Tillväxtverkets avtal med Grand Hotel i slutet av januari 2012 (avseende hyra av lokal m.m.) respektive den 13 mars 2012 (avseende förtäring m.m.) – oavsett om de är att betrakta som delar av ett eller två separata avtal – i vart fall *direktupphandlingar* av samma slag enligt 15 kap. 3 a § och 17 kap. 4 § LOU. Enligt Tillväxtverket

har avtal ingåtts i två steg endast till följd av att myndighetens budget för medarbetardagen fastställdes först vid ett senare skede och att man därför var mån om att säkerställa tillgången till lokal vid en tidigare tidpunkt. Värdet av de olika delarna i den aktuella anskaffningen kan därför inte beräknas var och en för sig, utan utgör direktupphandlingar av samma slag. Det sammanlagda värdet av Tillväxtverkets avtal med Grand Hotel avseende medarbetardagen uppgår till 608 908 kr exklusive mervärdesskatt.

Otillåten direktupphandling

Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och 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 om cirka 284 000 kr enligt 3 kap. LOU. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska enligt EU-domstolen, Högsta förvaltningsdomstolen och förarbetsuttalanden tolkas restriktivt. Den som åberopat en undantagsbestämmelse har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana omständigheter som motiverar att undantagsbestämmelsen får tillämpas. Den svenska lagstiftaren har uttryckt att den upphandlande myndigheten har bevisbördan även för påstående att förutsättningar för direktupphandling med stöd av de icke direktivstyrda bestämmelserna i LOU föreligger. I RÅ 2009 not. 134 har Högsta förvaltningsdomstolen följaktligen fastslagit att den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att undantag från annonseringsskyldigheten föreligger vid upphandlingar enligt 15 kap. LOU. Det är således Tillväxtverket som ska styrka att det har förelegat sådana omständigheter att de aktuella tjänsterna fick köpas utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU.

Upphandlingsskadeavgift

En upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10 000 kr och högst tio miljoner kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet och vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens

storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Av förarbetena framgår bl.a. att ju allvarligare överträdelsen kan anses vara desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Enligt Konkurrensverkets mening bör upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten direktupphandling beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde. Därefter bör det prövas om det finns några förmildrande eller försvårande omständigheter i det enskilda fallet. Avtalets värde är också ett adekvat mått på hur allvarlig överträdelsen typiskt sätt är – ju högre avtalsbelopp desto allvarligare överträdelser. 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 direktupphandling bör således ligga i den övre delen av skalan, i allmänhet mellan fem och tio procent av avtalets värde. Vid otillåten direktupphandling av normalgraden, bör avgiften ligga i mitten av den övre delen av skalan, dvs. 7-8 procent av avtalets värde. Det kan anmärkas att Konkurrensverket i flera avgöranden från kammarrätt och förvaltningsrätt fått fullt bifall till sin talan om påförande av upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket har i dessa mål haft samma utgångspunkter för beräkningen av avgiftsbeloppet som i aktuellt mål. Konkurrensverket har beräknat avtalets värde till 608 908 kr. En upphandlingsskadeavgift om 45 000 kr utgör cirka 7,5 procent av avtalets värde och är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Tillväxtverkets inställning är att det inte finns någon bestämmelse som det kan åberopa till grund för tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering. Tillväxtverket konstaterar att det inte genomförde en förenklad upphandling för lokal respektive mat. Besluten fattades i en ordning enligt följande.

- Datum för medarbetardag, tidig höst 2011.
- Preliminärbokning av lokal, efter den 26 oktober 2011.

- Budget för medarbetardagen, senare delen av 2011.
- Innehåll/tema för konferensen, senare delen av 2011 – april 2012.
- Bokning av lokal, den 30 januari 2012.
- Innehåll/tema för medarbetardagen fastställs, februari 2012.
- Avtal med Talarforum, efter den 20 februari 2012.
- Ekonomiskt utrymme för mat under medarbetardagen, efter februari 2012.
- Beställning av mat till medarbetardagen, muntligt vid möte den 13 mars 2012.

Nedan redogörs för ingångna avtal med anledning av medarbetardagen.

- Grand Hotel, avtal ingånget den 30 januari 2012, värde 58 650 kr. Därutöver tillkom kostnader för teknik, värde 38 350 kr.
- Talarforum, avtal ingånget efter den 20 februari 2012, värde 135 000 kr.
- Muntlig beställning av mat den 13 mars 2012, värde lunch 169 707 kr samt middag och dryck värde 428 225 kr inklusive moms.

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) t.ex. om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 § eller 15 kap. 4 eller 6 § samma lag.

Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst tio tusen kr och högst tio miljoner kr. 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.

Reglerna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft den 15 juli 2010 och är inte tillämpliga på upphandlingar som påbörjats före detta datum. Tillväxtverket har inte gjort gällande att upphandlingen avseende medarbetardagen skulle ha påbörjats före det datum då den preliminära bok-

ningen gjordes, dvs. den 26 oktober 2011. Den otillåtna direktupphandlingen får därmed anses ha påbörjats detta datum.

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

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

En direktupphandling får enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU genomföras om kontraktets värde uppgår till högst 15 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). I målet är otvistigt att Tillväxtverket inför avtalen med Grand Hotel inte har annonserat upphandlingen samt att kontraktsvärdet uppgår till sammanlagt 608 908 kr, dvs. ligger över beloppsgränsen. Direktupphandling kan vidare användas om förutsättningarna enligt 4 kap. 5-9 §§ LOU är uppfyllda eller om det föreligger synnerliga skäl. Förvaltningsrätten konstaterar att Tillväxtverket 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. Förvaltningsrätten bedömer därför att Tillväxtverkets förfarande innebär att det har genomfört en otillåten direktupphandling. Tillväxtverket ska således enligt förvaltningsrättens mening åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift.

Vad gäller storleken på upphandlingsskadeavgiften gör förvaltningsrätten följande bedömning.

En upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU bestämmas till mellan tio tusen och tio miljoner kr. 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 Tillväxtverket inte har ifrågasatt – till 608 908 kr exklusive mer-värdesskatt. Det finns inte någon anledning att göra en annan beräkning av kontraktsvärdet. Upphandlingsskadeavgiften ska således bestämmas till ett belopp inom ramen 10 000 kr – 60 891 kr (608 908 kr x 0.1).

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 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 ovan funnit att Tillväxtverkets upphandling är att betrakta som en otillåten direktupphandling. Det har i målet 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 upphandlings-skadeavgiftens 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 inte framkommit. Konkurrensverkets ansökan ska således bifallas och Tillväxtverket förpliktas att till staten betala en upphandlings-skadeavgift om 45 000 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Eva Bäckström

Rådman

Föredragande har varit Lizette Harletun Ilkhani.



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 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 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.