



SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Skara kommun
532 88 Skara



SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Skara kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 10 000 kr.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att Skara kommun ska betala 10 000 kr i upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap.1 § 2 LOU och anför bl.a. följande. Förvaltningsrätten i Jönköping har i lagakraftvunnen dom från den 11 november 2016 i mål nr 4094-16 om överprövning av giltigheten av ett avtal som ingåtts mellan Skara kommun och Nybergs buss AB fastställt att avtalet får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Skara kommun har sedan tidigare ett upphandlat ramavtal avseende skolskjuts som löper fram till och med den 31 juli 2020. Från hösten 2015 fram till inledningen av hösten 2015 var elevantalet på Stora Ekeberg inte större än att eleverna rymdes inom det befintliga ramavtalet. Under hösten 2015 ökade antalet elever på Stora Ekeberg markant och rymdes inte längre inom befintlig skolskjuts. Därför direktupphandlades skolskjutstrafik under oktober–december 2015 samt under vårterminen 2016. Det direktupphandlade avtal som blev föremål för en ansökan om ogiltighet avsåg skolskjuts under

perioden den 22 augusti – 22 december 2016. Konkurrensverket är i aktuell situation skyldig att ansöka om upphandlingsskadeavgift. Skara kommun har uppgett att det direktupphandlade avtalets kontraktvärde uppgår till 330 000 kr och det finns inte anledning att ifrågasätta kommunens uppgift. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed sättas inom intervallet 10 000 kr–33 000 kr. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt. Med beaktande av att den otillåtna direktupphandlingen avser ett förhållandevis lågt värde och en begränsad avtalstid utan möjlighet till förlängning, samt den situation kommunen befunnit sig i får 10 000 kr bedömas som en proportionerlig sanktion.

Skara kommun accepterar Konkurrensverkets ansökan i sin helhet och anser att avgiften är satt till ett skäligt och proportionerligt belopp.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, i kraft och därigenom upphävdes den äldre lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU. I övergångsbestämmelserna till LOU föreskrivs dock att ÄLOU fortfarande ska gälla för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom den upphandling som förevarande mål gäller har påbörjats före den 1 januari 2017 är ÄLOU tillämplig.

Förvaltningsrätten får i vissa situationer besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift). Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr och får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Vid fastställande av avgiftens 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. Detta framgår av 17 kap. 1, 4 och 5 §§ ÄLOU.

Enligt 17 kap. 2 § ÄLOU ska Konkurrensverket ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift bl.a. när allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2014 ref 49 prövat frågan om förutsättningarna för upphandlingsskadeavgift när allmän förvaltningsdomstol i en lagakraftvunnen dom bedömt att det varit fråga om otillåten direktupphandling, men efterföljande avtal fått bestå med hänvisning till tvingande allmänintresse. I målet framgick att kommunerna inlett och avsett att slutföra en annonserad upphandling men på grund av omständigheter som i huvudsak låg utanför vad de själva kunnat förutse och påverka hade upphandlingsförfarandet inte kunnat avslutas som planerat. Kommunerna hade lagt grunden för en förnyad upphandling genom att de ingångna avtalen hade tidsbegränsats och var avsedda att gälla endast till dess inköp kan göras enligt en ny annonserad upphandling. HFD fann i det fallet att behovet av en sådan avskräckande effekt som en upphandlingsskadeavgift ska ha inte var tillräckligt starkt för att motivera en avgift i en situation som den aktuella. Sanktionsvärdet fick bedömas som så lågt att det var fråga om ringa fall och Konkurrensverkets ansökningar avslogs.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar att det finns förutsättningar för att besluta om upphandlingsskadeavgift, eftersom det rör sig om en otillåten direktupphandling där avtalet enligt lagakraftvunnet avgörande fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Någon överprövning av det lagakraftvunna avgörande som Konkurrensverket lägger till grund för sin ansökan om upphandlingsskadeavgift ska inte göras.

Sanktionsvärdet kan inte anses vara så lågt att det är fråga om ett ringa fall. Det avtal som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift avsåg skolskjuts under en avgränsad period. Omständigheterna var dock sådana att skolskjuts från det aktuella boendet hade direktupphandlats redan hösten 2015 och våren 2016. Förvaltningsrätten konstaterade i mål 4094-16 gällande ogiltigförklaring av avtalet att behovet av skolskjuts till och från boendet får anses vara sådant som kommunen haft möjlighet att planera för och upphandla enligt ett ordinarie upphandlingsförfarande. Direktupphandlingen berodde därmed inte på omständigheter som i huvudsak låg utanför vad kommunen själv kunnat förutse och påverka (jfr HFD 2014 ref 49).

Konkurrensverket anser att upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till det lägsta beloppet inom det tillgängliga avgiftsintervallet, vilket bedöms vara en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen. Skara kommun accepterar Konkurrensverkets ansökan i sin helhet. Förvaltningsrätten finner inte skäl att frångå parternas gemensamma uppfattning avseende upphandlingsskadeavgiftens storlek. Ansökan ska därmed bifallas.

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


Magnus Isgren

Rådmannen Magnus Isgren har avgjort målet. Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Sara Hanberger.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.