



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM
2015-12-11
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
12388-15

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

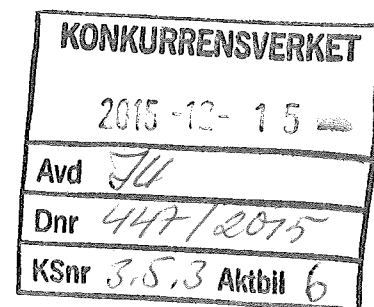
MOTPART

Stockholms kommun
105 35 Stockholm

Ombud: Stadsadvokat Oscar Jacobsson
Stockholms stad
Juridiska avdelningen, allmänjuridiska enheten
105 35 Stockholm

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att
Stockholms kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 180 000 kr.

Dok.Id 668439

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) ska besluta att Stockholms kommun (kommunen) ska betala 180 000 kr i upphandlingsskadeavgift

Till stöd för sin ansökan anför Konkurrensverket bl.a. följande. Kommunen har brutit mot LOU genom att den 9 juni 2014 ingå avtal om leverans och montering av bryggor m.m. för en badplats vid Tantolunden/Årstaviken i Stockholm. Avtalet har ingåtts utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU trots att förutsättningarna för ett sådant förfarande inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling. Avtalet hade föregåtts av att Idrottsnämnden i Stockholms stad av kommunfullmäktige fått i uppdrag att under våren 2014 anlägga en flytande citybadplats med hopptorn centralt i Stockholm. Bryggkompaniet i Mälardalen AB (Bryggkompaniet) lämnade den 27 maj 2014 en offert avseende leverans och installation av bryggor med tillbehör. Då idrottsförvaltningen ansåg att det var av stor vikt att badplatsen färdigställdes före badsäsongen 2014 bedömdes att det av tidsmässiga skäl inte var möjligt att inrymma projektet i den större upphandling av pontoner som genomfördes av kommunen och som beräknades slutföras under hösten 2014. I stället hänvisades till ett befintligt ramavtal med Bryggkompaniet avseende underhållsarbeten på fasta bryggor, pontoner etc. Den 9 juni 2014 slöts ett avtal mellan Bryggkompaniet och kommunen om köp av de aktuella bryggorna.

Efter det att en leverantör ansökt om överprövning av giltigheten av det avtal som ingåtts den 9 juni 2014 beslutade förvaltningsrätten genom dom den 4 november 2014 (mål nr 16293-14) att ogiltigförklara avtalet. Rätten fann att det aktuella avtalet inte omfattades av det befintliga ramavtalet mellan kommunen och Bryggkompaniet och att kommunen inte har haft rätt att direktupphandla med stöd av bestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 3

LOU. Domen har vunnit laga kraft. Värdet av kontraktet uppgår till minst 1 942 701 kr och överstiger såväl direktupphandlingsgränsen som tröskelvärdet för kommuner och landsting vid upphandling av varor och tjänster enligt LOU. Konkurrensverket har därefter inlett en utredning bl.a. eftersom det framkommit uppgifter om att kommunen ansett att prestationerna som utförts enligt det ogiltigförklarade avtalet inte behövde återgå.

I detta fall kan upphandlingsskadeavgiften uppgå till högst 194 270 kr (1 942 701 x 0,1). En otillåten direktupphandling är en klar överträdelse och sanktionsvärdet för kommunens överträdelse ska redan av dessa skäl betraktas som högt. Kommunen har anfört att det skulle medföra omfattande åverkan på varorna att montera loss och frakta bort dem. Om förvaltningsrätten anser att det hade kunnat krävas av kommunen att återbörda prestationerna efter ogiltighetsdomen innebär kommunens underlåtenhet inte att det föreligger synnerliga skäl för eftergift. Ett sådant förfarande skulle medföra att ogiltighetssanktionen skulle bli verkningslös så snart det inte är möjligt att låta prestationerna återgå vid en lagakraftvunnen dom om ogiltighet. Det är mer angeläget att besluta om en kännbar upphandlingsskadeavgift när ogiltigheten annars inte får någon verkan än när ogiltigheten faktiskt har lett till en återgång av prestationerna. Eftersom kommunen inte har drabbats av några negativa ekonomiska konsekvenser, kan det faktum att avtalet ogiltigförklarats inte inverka sänkande på upphandlingsskadeavgiftens storlek. Den omständigheten att det inte varit fråga om ett utstuderat åsidosättande eller ett upprepat beteende utgör inte i sig förmildrande omständigheter som kan sänka avgiften. Än mindre kan avsaknaden av dessa försvårande omständigheter ligga till grund för slutsatsen att sanktionsvärdet skulle vara så pass lågt att det är fråga om ett ringa fall. Avtalets värde är värt sju gånger så mycket som den tillämpliga direktupphandlingsgränsen och kan inte betraktas som ett lågt värde.

Avgiftens storlek ska enligt RÅ 2014 ref. 69 bestämmas med beaktande av samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet, där avtalets värde endast är en av flera sådana omständigheter. Så länge den yrkade avgiften håller sig inom tioprocentgränsen, kan den inte sänkas med hänvisning till att avgiften i procentuellt hänseende avviker från beslutade avgifter i andra mål om upphandlingsskadeavgift. Vad som ska prövas är i stället om en upphandlingsskadeavgift om 180 000 kr är en skälig sanktion för kommunens överträdelse i förevarande mål. Konkurrensverket anser att en upphandlingsskadeavgift om 180 000 kr är en avskräckande och proportionerlig sanktion för kommunens agerande.

Eftergift på grund av synnerliga skäl är inte aktuellt i förevarande fall och aktualiseras endast i sällsynta undantagsfall där det annars skulle framstå som stötande att ta ut avgift.

Konkurrensverket överlämnar till förvaltningsrätten att bedöma om det kan anses rimligt att kräva att kommunen helt, delvis eller inte alls skulle ha återbördat prestationerna i det ogiltigförklarade avtalet. Merparten av det ekonomiska värdet i avtalet mellan kommunen och Bryggkompaniet avser varor som har varit möjliga att montera loss och frakta bort utan att de behöver destrueras eller utsättas för omfattande åverkan. En del av avtalet borde dock kunna likställas med en uppförd byggnad utifrån resonemangen i prop. 2009/10:180 s. 361, nämligen landfästena, som är fastgjutna i marken och pålade i sjöbotten. Kostnaden för landfästena motsvarar ca 300 000 kr av avtalets totala värde om ca 1,9 miljoner kr.

Kommunen bestrider i första hand Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift. I andra hand yrkar kommunen att upphandlingsskadeavgiften ska efterges eller sättas ned till ett lägsta möjliga belopp, 10 000 kr, eller i vart fall till ett lägre belopp än det yrkade. Till stöd för sin inställning anför kommunen bl.a. följande.

Kommunen gjorde bedömningen att det fanns möjlighet att ingå det aktuella avtalet inom ramen för LOU. Med beaktande av att avtalet hade ett i entreprenadsammanhang förhållandevis lågt värde, löpte under en kort tid och att det rörde sig om en engångsföreteelse borde överträdelsen anses som ringa varför ingen upphandlingsskadeavgift ska utgå. När förvaltningsrättens dom om ogiltigförklaring av avtalet vunnit laga kraft hade prestationerna redan utväxlats till fullo. Badanläggningen bestående av fastgjutna bryggor, betongpontoner, ett tre meter högt hopptorn, badläns och klättervägg var redan anlagd, tagen i bruk och ekonomiskt ersatt. En del av ersättningen avsåg utfört arbete vilket inte går att återlämna. Konstruktionen är omöjlig att flytta med mindre än att betongkonstruktionen bilas sönder ovan och under vattnet. Härtill kommer att flera av anläggningens delar är specialanpassade för den nuvarande placeringen. Entreprenören som anlade badet har motsatt sig att ta tillbaka anläggningen och återbetala mottagen ersättning. Det finns ingen skyldighet att riva ett redan uppfört byggnadsverk för att återlämna rivningsmassorna ens vid ogiltighet, vilket framgår av prop. 2009/10:180 s. 361 f. Mot denna bakgrund får förmögenhetsläget anses vara helt återställt. Avgiften borde därför efterges.

I prop. 2009/10:180 s. 197 f. finns stöd för att överträdelsens karaktär, avtalets längd och värde ska påverka sanktionsvärdet nedåt. Det är inte heller fråga om ett upprepat beteende från kommunens sida. Det har inte heller funnits möjligheter att avveckla avtalsförhållandet med avtalsparten på annat sätt än kommunen gjort. Dessa omständigheter är förmildrande och bör medföra att avgiften ska sättas ned till lägsta möjliga upphandlings-skadeavgift eller i vart fall till ett lägre belopp än det yrkade. Den yrkade avgiften om 180 000 kr motsvarar 9,25 procent av kontraktsvärdet 1 942 701 kr. Beloppet ligger således nära det högsta som kan utgå. Avgiften motsvarar normalt sett 7-8 procent av kontraktsvärdet. I fall av förmildrande omständigheter har avgiften fastställts till mellan fem och tio procent

av kontraktsvärdet. Avgiften i förevarande fall borde inte bestämmas till högre än 7-8 procent av kontraktsvärdet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 17 kap. 1 § 3 och 2 § andra stycket LOU framgår att allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan av tillsynsmyndigheten, får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt, såvitt nu är aktuellt, 7 kap. 1 § LOU.

Enligt 17 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 miljoner kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Värdet av ett kontrakt ska enligt 3 kap. 3 § LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet.

Av 17 kap. 5 § LOU framgår att 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.

Finns förutsättningar för att besluta om upphandlingsskadeavgift?

Förvaltningsrätten har i dom den 4 november 2014 i mål nr 16293-14 funnit att kommunen har gjort en otillåten direktupphandling och förklarat avtalet mellan kommunen och Bryggkompaniet ogiltigt. Domen har vunnit laga kraft. Förvaltningsrätten har således att utgå från att kommunen har gjort en otillåten direktupphandling. Det finns därmed förutsättningar för att besluta om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 LOU.

Kommunen har anfört att ingen upphandlingsskadeavgift bör utgå med hänsyn till att överträdelsen varit ringa. I förarbetena uttalas bl.a. att i sällsynta

fall, när överträdelsen får anses som ringa, bör det kunna aktualiseras om någon avgift över huvud taget ska påföras. Utrymmet för att underlåta påförande av avgift är dock avsett att vara ytterst begränsat (se prop. 2009/10:180 s. 198). En överträdelse kan anses som ringa om t.ex. en upphandlande myndighet har inlett och avsett att slutföra en annonserad upphandling, men upphandlingen inte kunnat avslutas som planerat på grund av omständigheter som i huvudsak legat utanför vad myndigheten själv kunnat förutse och påverka (jfr HFD 2014 ref. 49).

Förvaltningsrätten anser att de uppgifter som framkommit i målet inte innebär att den otillåtna direktupphandlingen har föranletts av omständigheter som legat utanför vad kommunen själv kunnat förutse och påverka. Inte heller i övrigt har det enligt förvaltningsrättens bedömning framkommit skäl att betrakta överträdelsen som ringa. Kommunen ska därför påföras en upphandlingsskadeavgift.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Enligt förarbetena till LOU har domstolen stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Ju allvarigare överträdelsen anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften bestämmas till. Hänsyn ska tas till både försvårande och förmildrande omständigheter. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet. Sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller ett högt värde. Omständigheter såsom att det är fråga om t.ex. upprepat beteende avseende att företa otillåtna direktupphandlingar bör ses som försvårande omständigheter (se prop. 2009/10:180 s. 197 f.). Den omständigheten att ett avtal har förklarats ogiltigt på grund av att det föregåtts av en otillåten direktupphandling kan påverka upphandlingsskadeavgiftens storlek i sän-

kande riktning. I vissa fall kan andra olägenheter eller negativa ekonomiska konsekvenser för den upphandlande myndigheten ses som en förmildrande omständighet (a. prop. s. 370).

Den aktuella upphandlingen innebär att kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling vilket innebär att sanktionsvärdet är högt. Kommunen har anfört att det inte är fråga om ett upprepat beteende, att det ogiltigförklarade avtalet avsåg ett relativt lågt värde och hade kort löptid samt att det inte var möjligt avveckla avtalsförhållandet på annat sätt än kommunen gjort, vilket enligt kommunen ska anses utgöra förmildrande omständigheter som medför att avgiften ska sättas ned till lägsta möjliga belopp eller i vart fall lägre än det yrkade. Det framgår att kommunen inte har låtit prestationerna återgå med anledning av det ogiltigförklarade avtalet då det inte bedömts vara praktiskt möjligt. Konkurrensverket anser att den omständigheten att avtalet förklarats ogiltigt inte ska påverka sanktionsvärdet i sänkande riktning och har överlämnat åt förvaltningsrätten att bedöma om det kan anses rimligt att kräva att kommunen skulle ha återbördat prestationerna.

Förvaltningsrätten har att ta ställning till upphandlingsskadeavgiftens storlek och saknar därför anledning att bedöma om kommunen borde ha återbördat prestationerna med anledning av det ogiltigförklarade avtalet. Däremot anser förvaltningsrätten i likhet med Konkurrensverket att upphandlingsskadeavgiften inte bör påverkas i sänkande riktning på grund av att avtalet har ogiltigförklarats. Detta med hänsyn till att det inte har kommit fram att kommunen har drabbats av några olägenheter eller ekonomiskt negativa konsekvenser med anledning av det ogiltigförklarade avtalet.

Såvitt framkommit handlar det inte om upprepade överträdelser från kommunens sida. Det rör sig dock om ett avtal med ett kontraktsvärde som är sju gånger högre än tillämplig gräns för direktupphandling och som även överskrider aktuellt tröskelvärde. Kontraktsvärdet kan därför enligt förvaltnings-

rättens mening inte anses vara ett mindre värde på så sätt att det ska inverka på upphandlingsskadeavgiftens storlek. Förvaltningsrätten anser sammantaget att dessa och övriga omständigheter som förts fram av kommunen inte utgör några tungt vägande förmildrande omständigheter med hänsyn till att kommunen har gjort sig skyldig till otillåten direktupphandling.

Vid en samlad bedömning anser förvaltningsrätten att en upphandlingsskadeavgift om 180 000 kr får anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar. Det som kommunen anfört innebär inte att det finns skäl att bestämma avgiften till ett lägre belopp. Det har inte kommit fram sådana omständigheter som medför att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Det finns därmed inte heller synnerliga skäl för eftergift. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Daniel Wanhatalo

Rådman

Stina Wesslau har föredragit målet.

