



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Carin Gunnarsson

DOM
2014-03-11
Meddelad i
Växjö

Mål nr
3385-13

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Växjö kommun
Box 1222
351 12 Växjö

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2014-03-11	
Avd	JU
Dnr	487/2013
KSnr	3.5.3 Aktbil 12

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Växjö kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 52 000 kr.

Dok.Id 86664

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

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

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket ansöker om att Växjö kommun (kommunen) enligt 17 kap. 1 § 3. LOU ska förpliktas att till staten betala 52 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Till stöd för sin ansökan anför Konkurrensverket bl.a. följande. Kommunen har brutit mot LOU genom att den 13 september 2012 ingå avtal med Cranab AB utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU, trots att förutsättningarna för ett sådant agerande inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Kommunen medger att betala upphandlingsskadeavgift med 20 000 kr.

Konkurrensverket utvecklar sin talan och anför följande. Av kommunens internutredning framgår att inköp har skett under perioden 2010-2012 till betydande belopp utan korrekt upphandling. Under sommaren 2012 kontaktade kommunen två potentiella leverantörer för inköp av en s.k. slaghackare. Cranab AB gav in en offert till kommunen. Den 13 september 2012 antog kommunen Cranab AB:s offert, varpå parterna träffade avtal om köp av slaghackare i enlighet med offerten. Kommunens ingående av avtal föregicks inte av annonsering. Av 15 kap 3 § LOU följer att en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt som omfattas av LOU vars värde överstiger 15 procent av tröskelvärdet, ska annonsera upphandlingen i enlighet med 15 kap 4 § LOU. En upphandlande myndighet får ingå avtal med en leverantör utan föregående annonsering endast i vissa specificerade undantagsfall. Eftersom avtalets kontraktsvärde överstiger gränsen för direktupphandling (284 631 kr) skulle kommunens ingående av avtalet ha föregåtts av en konkurrensutsättning genom ett annonserat förfarande enligt LOU. Något sådant förfarande har inte skett. Kommunen har inte angett några omständigheter som skulle motivera att undantaget för synnerlig brådska var aktuellt vid tidpunkten för köpet av den

hydrauliska armen. Kommunens beslut grundade sig uteslutande på ekonomiska faktorer. Kommunens intresse av klippning av vägrenar hade kunnat tillgodoses genom ett annonserat köp av en ny slaghackare samtidigt som kommunen därutöver hade kunnat köpa klippningstjänster. Under sådana omständigheter var det inte "absolut nödvändigt" att köpa en slaghackare den 13 september 2012 på det sätt som kommunen gjort. Förutsättningar för ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska har således saknats. Några omständigheter som skulle kunna motivera en direkttilldelning av avtalet föreligger inte. Kommunens ingående av avtalet utgör därför en otillåten direktupphandling. En sådan formlös konkurrensutsättning som kommunen har företagit kan inte ersätta det annonserade förfarande som föreskrivs i LOU. Av uppgifter från Cranab AB följer att den hydrauliska armen som kommunen har köpt endast kan användas för klippning av vägrenar om den monteras tillsammans med övriga inhandlade komponenter (motorpaket, gräsaggregat och fästnanordning). Kommunen har endast kunnat tillgodogöra sig en fungerande slaghackare genom att köpa samtliga fyra komponenter. Av Cranab AB:s offert framgår att avtalets värde uppgår till 593 000 kr exklusive moms. Vid otillåten direktupphandling får allmän förvaltningsdomstol enligt 17 kap. 1 § 3 LOU besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Av förarbetena till 2010 års ändringar i LOU framgår att upphandlingsskadeavgiften syftar till ett säkerställande av upphandlingsreglernas iakttagande samt korrekt användande av skattemedel. Enligt Konkurrensverkets mening bör upphandlingsavgiftens storlek vid otillåten upphandling beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets kontraktvärde. Vid otillåtna direktupphandlingar där vare sig förmildrande eller försvårande omständigheter föreligger bör upphandlingsskadeavgiften enligt Konkurrensverkets uppfattning ligga på 7-8 procent av avtalets värde. I förevarande mål anser Konkurrensverket att försvårande omständigheter ska tillmätas betydelse vid fastställande av upphandlingsskadeavgiften. Kommunens tekniska förvaltning har haft bristande rutiner vid sin

tillämpning av LOU under en längre tid. Mot bakgrund av preskriptionsregeln i 17 kap 7 § andra stycket LOU avser Konkurrensverkets ansökningar fem avtal som kommunen ingått genom otillåtna direktupphandlingar under hösten 2012. Dessa fem upphandlingar har gjorts under en begränsad tid (13 september 2012 – 26 november 2012) och utgör enligt Konkurrensverket ett upprepat beteende. Enligt Konkurrensverkets uppfattning utgör såväl de bristande rutinerna som det beskrivna upprepade beteendet sådana förhållanden hos den upphandlande myndigheten som ska tillmätas betydelse vid fastställande av sanktionsvärdet. Upphandlingsskadeavgiften ska därför bestämmas till ett högre belopp än vad som skulle ske i normalfallet. Några förmildrande omständigheter har inte framkommit. Avgiften bör därför bestämmas till ett belopp som ligger över mitten av den övre delen av skalan. En upphandlingsskadeavgift om 52 000 kr motsvarar ca 8,8 procent av kontraktsvärdet och är enligt Konkurrensverket en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen. Kommunens agerande i utredningen och förbättringsåtgärder som vidtas efter genomförandet av en otillåten direktupphandling inverkar inte heller vid fastställandet av lagöverträdelsens sanktionsvärde.

Kommunen utvecklar sin talan enligt följande. Arbetet med att säkra upp rutiner pågår alltjämt för att säkerställa att alla avtal, där lagen så kräver, är konkurrensutsatta och annonserade på sätt som krävs enligt LOU och LUF. Alla dessa åtgärder påbörjades innan Konkurrensverket påbörjade sin utredning. Kommunen har varit Konkurrensverket behjälpliga i utredningen och helt öppet redovisat om avtal har konkurrensutsatts eller inte. Det aktuella avtalet avser inköp av olika maskinkomponenter för klippning av gräs etc. i dikeskanter av Cranab AB. De olika delarna utgörs av hydraulisk arm (170 000 kr), motorpaket (324 000 kr), gräsaggregat (92 100 kr) samt en fästningsanordning (6 900 kr). Under juli/augusti, när ursprunglig anordning för klippning av gräs i dikeskanter användes, inträffade en incident som gjorde att den hydrauliska armen böjdes och sålunda blev defekt. Det

gjordes bedömningen att reparation var för kostsamt varför det beslutades att den defekta armen skulle säljas och ny köpas in. Skadan inträffade under sommaren och det förelåg synnerlig brådska med att införskaffa ny utrustning. Det finns endast ett fåtal leverantörer av motorpaket etc. som har efterfrågats. Med anledning härav kan inte kommunens agerande att göra en upphandling utan annonsering ansetts ha medfört att någon leverantör har lidit skada. Inte heller finns det anledning att anta att kommunens inköp varit mer kostsamt än om en konkurrensutsättning ägt rum. Kommunen har haft synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § LOU för att göra en direktupphandling av en hydraulisk arm då den gamla blev defekt under pågående säsong för klippning. Av samma anledning har det även varit tillåtet med en direktupphandling då brådska enligt 4 kap. 5 § LOU har förelegat vilket omöjliggjort att iakttä de tidsfrister som stipuleras vid en annonserad upphandling. Det fanns inte förutsättningar att omgående upphandla entreprenör. Med hänsyn härtill ska upphandlingsskadeavgiften inte överstiga 20 000 kr.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förutsättningar för direktupphandling

Växjö kommun har den 12 september 2012, utan föregående annonsering, slutit avtal med Cranab AB avseende inköp av en s.k. slaghackare. Konkurrensverket anser att inga undantagsbestämmelser är tillämpliga och att det ingångna avtalet därför utgör en otillåten direktupphandling. Det är otvistigt i målet att kontraktsvärdet uppgår till 593 000 kr.

Detta innebär att 15 kap. LOU är tillämpligt men att direktupphandling som utgångspunkt inte får användas. För att Växjö kommun ska anses ha genomfört en tillåten direktupphandling krävs att något av undantagen i 4 kap. 5-9 §§ LOU är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

Kommunen har gjort gällande att det förelåg synnerlig brådska vid ingående av det aktuella avtalet samt att avsaknaden av annonsering har motiverats av synnerliga skäl.

En första förutsättning för att undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § 3. LOU ska vara tillämplig är att kontraktstilldelningen ifråga är absolut nödvändig. Kommunen har inte hävdat att det var absolut nödvändigt för kommunen att köpa den aktuella slaghackare. För att det ska anses absolut nödvändigt att tilldela kontrakt ska det enligt praxis röra sig om upphandling av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art. Det är i det här fallet inte fråga om en sådan situation.

Kommunen har vidare gjort gällande att det finns synnerliga skäl för direktupphandling. Av förarbetena till den bestämmelsen framgår att regeln är avsedd för oförutsedda händelser som inte den upphandlande myndigheten själv kunnat råda över (se prop. 2009/10:180 s. 344). Enligt förarbetena innebär uttrycket synnerliga skäl att direktupphandling endast får utnyttjas i undantagsfall (se prop. 2006/07:128 s. 429).

Det som framkommit i målet visar, enligt förvaltningsrättens mening, inte att det vid kommunens ingående av det aktuella avtalet förelåg sådana omständigheter som utgör synnerliga skäl för direktupphandling.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Växjö kommun genom att ingå avtal med Cranab AB utan föregående annonsering har genomfört en otillåten direktupphandling. Det finns därmed grund för att besluta om upphandlingsskadeavgift.

Upphandlingsskadeavgift

Av 17 kap. 4 § LOU framgår att upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a § LOU.

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.

Avseende beräkningen av avgiftens storlek framgår bl.a. följande av förarbetena till 17 kap. LOU (prop. 2009/10:180 s. 197 f.). Beslutande instans har ett betydande utrymme att inom givna beloppsramar fastställa avgiftens storlek. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarligare överträdelsen är, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet kan anses vara högt. Som ytterligare exempel på försvårande omständigheter nämns fall när det upphandlade avtalet sträcker sig över lång tid eller avser ett högt värde samt när det är fråga om ett upprepat beteende hos myndigheten. Förmildrande omständigheter kan vara att den upphandlande myndigheten fortsätter köpa varor eller tjänster från ett avtal som har löpt ut, men där ett nytt avtal kan ingås på grund av en pågående överprövningsprocess eller när ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Förvaltningsrätten bedömer inledningsvis att kommunens överträdelse inte kan anses som ett ringa fall, varför det finns skäl för att besluta om att kommunen ska påföras en upphandlingsskadeavgift.

Konkurrensverket yrkar att avgiften ska beräknas till 52 000 kr, motsvarande 8,8 procent av kontraktsvärdet. Kommunen anser att en avgift om 20 000 kr är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Som Konkurrensverket anført anses otillåtna direktupphandlingar vara allvarliga överträdelser som bör leda till höga sanktionsvärden. Härtill kommer att kommunen haft bristande rutiner vid sin tillämpning av LOU under en längre tid och genomfört upprepade otillåtna direktupphandlingar. Förvaltningsrätten anser att det inte har framkommit några förmildrande omständigheter i målet som medför skäl att sätta ned eller helt efterge avgiften. Sammantaget får det av Konkurrensverket yrkade beloppet anses väl avvägt och det finns inte skäl att bestämma avgiftens storlek till ett lägre belopp än det av verket yrkade. Ansökan ska därför bifallas och kommunen förpliktas att till staten betala en upphandlingsskadeavgift om 52 000 kr.

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

Bertil Idarsson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/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. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

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.