



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
2013-10-15
Meddelad i
Linköping

Mål nr
1785-13

KONKURRENSVERKET	
2013-10-15	
Avd	7U
Dnr	23/2013
KSnr	3.5.3 Aktbil

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Lejonfastigheter AB, 556477-7851
Box 1943
581 18 Linköping

Ombud: advokaten Kristian Pedersen
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

SAKEN

Fråga om upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och förpliktar Lejonfastigheter AB att betala 135 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Dok.Id 134942

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Inom fastigheten "Element 3" i Linköping har Lejonfastigheter AB (Lejonfastigheter) skapat ett koncept, en s.k. kunskapsgalleria med syftet att flera olika utbildningsaktörer, kommunala såväl som privata, ska kunna effektivisera sitt lokalutnyttjande och samverka inom samma byggnad. I byggnaden finns förutom en aula och en konferensanläggning bl.a. en restaurang som de olika aktörerna kan nyttja gemensamt. Lejonfastigheter har den 10 april 2012 slutit ett avtal med Tecno Italy AB (Tecno Italy) avseende ombyggnad och inredning av restauranglokalen utan föregående annonsering. Kontraktssumman uppgick till 1 793 762 kr.

Konkurrensverket har den 18 mars 2013 inkommit med en ansökan om upphandlingsskadeavgift och yrkar att Lejonfastigheter ska förpliktigas betala 135 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Lejonfastigheter bestrider bifall till Konkurrensverkets ansökan och yrkar i andra hand att avgiften ska bestämmas till ett belopp som väsentligen understiger vad Konkurrensverket yrkat.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Konkurrensverket

Otillåten direktupphandling

Lejonfastigheter gav under sommaren 2011 Tecno Italy i uppdrag att ta fram en s.k. designmanual med bl.a. planritning och elevation samt förslag till ny inredning av restaurangdelen såsom ytskikt, möbler, caféutrustning, belysning, etc. Detta skedde genom en direktupphandling och ersättningen för uppdraget angavs till cirka 35 000 kr. Lejonfastigheter publicerade där-
efter, den 9 februari 2012, ett meddelande om förhandsinsyn där det

angavs att man avsåg att ingå avtal utan föregående annonsering med Tecno Italy (i meddelandet benämnt Svea restauranginredningar) angående snickeriarbeten och inredning av kunskapsgallerians restaurang. Som motivering avgavs bl.a. att Tecno Italy var de enda som kunde säkerställa att den önskade helhetslösningen utifrån framtagen designmanual genomfördes, då det vid en upphandling inte kunde garanteras att exakt de utrustningar och material som föreskrivits verkligen erhöles. Lejonfastigheter ingick därefter, den 10 april 2012, avtal med Tecno Italy. Enligt detta avtal skulle köksutrustning och övrig inredning i form av möbler, armaturer m.m. levereras samt installeras på plats. Även vissa snickerier och liknande arbeten ingick i avtalet.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning skulle Lejonfastigheters ingående av avtalet med Tecno Italy ha föregåtts av en annonsering av upphandlingen enligt LOU. Så har emellertid inte skett. Några omständigheter som kunnat utgöra skäl för direktupphandling har inte framkommit. Det aktuella avtalet utgör därför en otillåten direktupphandling.

Undantag på grund av tekniska skäl

Lejonfastigheter har i initialskedet genom direktupphandling gett Tecno Italy i uppdrag att ta fram ett förslag till en nyckelfärdig restaurang i form av en designmanual. Eftersom kostnaden för detta arbete uppgick till 35 000 kr låg avtalet under den s.k. direktupphandlingsgränsen, varför någon annonseringsplikt inte synes ha förelegat avseende det uppdraget. När designmanualen därefter färdigställt, och Lejonfastigheter önskade bygga om kunskapsgallerians restaurang i enlighet med denna manual, gjordes bedömningen att Tecno Italy av tekniska skäl var den enda leverantör som kunde genomföra ombyggnationen. Upphandlingen föregicks därför inte av den konkurrensutsättning som föreskrivs i LOU. Övriga leverantörer på marknaden fick således inte någon möjlighet att lämna anbud på uppdraget.

Även om det skulle bedömas att Tecno Italy i själva verket var den enda leverantör som kunde utföra det aktuella uppdraget utifrån den framtagna designmanualen har Lejonfastigheters agerande inte varit förenligt med regelverket. De tekniska skäl som åberopats härrör sig nämligen från den helhetslösning som Tecno Italy självt har föreslagit. De uppgivna skälen för direkttilldelning har således inte förelegat i initialskedet när Lejonfastigheter beslöt att bygga om resturangen, utan har tillkommit först senare genom att föremålet för upphandlingen specificerats på ett diskriminerande sätt. En konsekvens av detta är att övriga leverantörer utan skälig anledning stängts ute, vilket står i strid med det upphandlingsrättsliga regelverket som bl.a. syftar till att säkerställa att så många anbudsgivare som möjligt ges tillfälle att inge anbud på offentliga kontrakt. Undantaget för tekniska skäl kan under dessa omständigheter inte anses vara tillämpligt, ett sådant synsätt skulle nämligen öppna för påtagliga möjligheter att kringgå regelverket.

Lejonfastigheter har i förevarande fall definierat sitt behov som specifika produkter från en viss specifik leverantör, det är då förvisso inte otänkbart att endast en viss leverantör kan fullgöra avtalet. En sådan definition av behovet är dock otillåten då den i sig själv är diskriminerande. Den kan därför inte heller grunda en rätt att ingå avtalet utan föregående annonsering. Det framstår som ett helt osannolikt antagande att Tecno Italy skulle vara den enda leverantören i Sverige som har kapacitet att genomföra en ombyggnad och inredning av en skolmatsal/restauranglokal. Någon sådan monopolliknande ställning har inte företaget på marknaden. Det saknar betydelse i sammanhanget huruvida de olika företag som kan bedömas vara potentiella leverantörer i upphandlingen besitter egen kompetens inom samtliga områden som krävs för att genomföra åtagandet. Det är normalt förekommande att ett företag som tilldelats kontrakt i en upphandling i sin tur anlitar underentreprenörer för att kunna utföra uppdraget i sin helhet.

Detta har även förutsetts av Lejonfastigheter, vilket framgår av avtalets administrativa föreskrifter där det i punkt AFD.28 bland annat anges att samtliga underentreprenörer ska uppfylla kraven enligt 10 kap. 1-2 §§ LOU samt att beställaren ska ges möjlighet att godkänna föreslagna underleverantörer. Konkurrensverket har vidare till ansökan om upphandlings-skadeavgift bifogat förslag på fyra alternativa leverantörer.

Tecno Italy har utformat hela planen för en ombyggnad, en plan som företaget bedömts vara ensamt om att kunna genomföra. Därigenom måste Tecno Italy anses ha getts en otillbörlig fördel jämfört med sina konkurrenter, vilket snedvrider konkurrensen och strider mot likabehandlingsprincipen. Enligt Konkurrensverkets uppfattning har Lejonfastigheter inte visat att det på grund av tekniska skäl varit befogat att utan föregående annonsering ingå avtal med Tecno Italy. Konkurrensverket anser vidare att Lejonfastigheters bedömning att endast Tecno Italy kunnat genomföra uppdraget berott på att kontraktsföremålet utformats på ett sätt som diskriminerar andra företag. Detta har lett till att ett kontrakt som skulle kunnat ha konkurrensutsatts bland ett flertal leverantörer ändå direkttilldelats. Eftersom något undantag från annonseringsskyldigheten inte varit tillämplig, har Lejonfastigheters ingående av avtal utgjort en otillåten direktupphandling.

Undantag på grund av konstnärliga skäl

Konkurrensverket noterar inledningsvis att Lejonfastigheter tidigare som grund för sin direkttilldelning angett att Tecno Italy av tekniska skäl var den enda leverantör som kunde fullgöra uppdraget i fråga. I samband med meddelandet om förhandsinsyn angav Lejonfastigheter i sin motivering bl.a. att Tecno Italy av tekniska skäl var den enda leverantör som kunde fullgöra kontraktet. Lejonfastigheter har nu i första hand yrkat att Konkurrensverkets ansökan ska avslås med anledning av att det aktuella inrednings- och ombyggnadsprojektet av konstnärliga skäl endast kunnat fullgöras av leverantören Tecno Italy. Det är således först i och med att Konkur-

rensverket väckt talan i förvaltningsrätten om påförande av upphandlings-skadeavgift som Lejonfastigheter åberopat detta undantag.

Konkurrensverket menar att Lejonfastigheter inte heller haft grund för att utan föregående annonsering ingå det aktuella avtalet med hänvisning till konstnärliga skäl och erinrar om att rådande praxis – att alla undantag från skyldigheten att göra en konkurrensutsättning ska tolkas restriktivt – gäller i samma utsträckning för konstnärliga skäl.

Såsom framgår av utredningen i målet har den aktuella anskaffningen genomförts i två steg. I det första steget har Tecno Italy getts i uppdrag att ta fram en så kallad designmanual, med ett förslag på utformning av restaurangmiljön. När detta arbete färdigstälts genomfördes en förhandsinsyn, varefter Tecno Italy i det andra steget tilldelades kontrakt gällande utförande av den egenhändigt framtagna manualen. I stort sett alla moment i arbetet som avsåg restaurangmiljöns utformning och design, såsom möbelval, belysningsritning och förslag på armaturer samt förslag på ytskikt på golv, tak och dekorationer utfördes redan i samband med framtagandet av designmanualen. Det avtal som är föremål för Konkurrensverkets ansökan omfattar dels leverans och installation av olika varor, dels vissa renodlat hantverksmässiga tjänster. Det är enligt Konkurrensverkets uppfattning uppenbart att inte någon av dessa varor eller tjänster kan anses vara av sådan karaktär att undantaget på grund av konstnärliga skäl är tillämpligt. Den estetiska utformning, anpassning och gestaltning som Lejonfastigheter har hänvisat till har utförts redan i samband med när designmanualen utarbetades och är nu avslutat.

För att en direkttilldelning av ett kontrakt ska kunna motiveras av konstnärliga skäl krävs att det endast existerar en enda leverantör som kan fullgöra kontraktet i fråga. Enligt Konkurrensverkets uppfattning borde undantaget för konstnärliga skäl kräva att leverantören i fråga besitter ett alldeles

unikt uttryck. Således förutsätts att det objekt som myndigheten ska upphandla kräver en hög grad av individualitet eller egenart i utförandet, ett utförande som inte någon annan leverantör bedöms kunna åstadkomma eller efterlikna. Det omisskännliga personliga uttrycket borde vara den absolut viktigaste komponenten vid bedömningen av om det föreligger konstnärliga skäl, snarare än teknisk överlägsenhet eller liknande. Den omständigheten att uppdraget i fråga ställer höga krav på skicklighet i utförandet eller lång erfarenhet utgör inte skäl för direktupphandling, detta är nämligen egenskaper som även andra leverantörer mycket väl kan antas besitta. För att undantaget för konstnärliga skäl ska kunna tillämpas måste således själva kontraktsföremålet även vara av sådan art att det för dess genomförande krävs en originalitet och självständighet som endast en viss leverantör förfogar över. När det gäller ombyggnation och inredning av en skolmatsal ter sig ett sådant resonemang något långsökt. Även om Lejonfastigheter önskar en atmosfär som går utöver en ordinär matsal och som istället är jämförbar med en restaurangmiljö, kan detta syfte inte bedömas vara så egenartat eller ställa sådana krav på ett renodlat personligt uttryck att det av konstnärliga skäl endast finns en enda leverantör som kan åstadkomma det önskade slutresultatet. Konkurrensverket anser således att de insatser som utförts av Tecno Italy anseende utformning och anpassning av den aktuella restaurangmiljön inte kan omfattas av undantaget från annonseringsskyldigheten på grund av konstnärliga skäl. Det av Lejonfastigheter ingångna avtalet avser inte en konstnärlig gestaltning och det framgår inte på vilka grunder Tecno Italy kan anses vara ensam om att kunna genomföra projektet.

Odelbar enhet

Konkurrensverket menar vidare att uppdraget från Lejonfastigheter till Tecno Italy ska ses som delbart och att de estetiska aspekterna av ombyggnationen redan tagits om hand i upphandlingens första del genom det designuppdrag som där utförts.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek och sanktionsvärde

Enligt Konkurrensverkets mening bör upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten direktupphandling beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde. Därefter bör det prövas om det föreligger några förmildrande eller försvårande omständigheter i det enskilda fallet som kan inverka sänkande eller höjande på avgiften.

Avgiften bör enligt Konkurrensverkets mening i allmänhet kunna bestämmas till 5 – 10 procent av avtalets värde. Vid otillåtna direktupphandlingar av normalgraden, bör avgiften kunna ligga i mitten av den övre delen av skalan, det vill säga 7–8 procent av avtalets värde. Avtalets värde uppgår till 1 793 762 kr. En upphandlingsskadeavgift om 135 000 kr utgör cirka sju och en halv procent av avtalets värde. Den yrkade avgiften är enligt Konkurrensverkets mening en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen. De omständigheterna att Lejonfastigheter genomfört en förhandsinsyn och att faktumet att avtalets kontraktsvärde är relativt lågt ska inte påverka överträdelsens sanktionsvärde i sänkande riktning.

Lejonfastigheter

Otillåten direktupphandling

Syftet med kunskapsgallerian har bl.a. varit att skapa en attraktiv miljö för lärande. Miljön skulle vara motiverande och skilja sig från mer traditionella skolmiljöer. Bland annat skulle skolresturangen vara utformad som en restaurang och inte som en traditionell skolmatsal. Det innebar att Lejonfastigheter inför ombyggnaden till restaurang hade höga ambitioner när det gällde konstnärlig och estetisk utformning, anpassning och gestaltning. Lejonfastigheter hade ingen egen kompetens för att utforma en restaurang med de speciella processer som en sådan verksamhet förutsätter, inklusive

teknik, logistik, val av inredning, färgsättning, etc. Lejonfastigheter har inte heller någon kompetens om reglerna kring mathantering eller flöden av kunder och mat i en restaurang. Inte heller hade man några genomtänkta konkreta idéer om utformningen. Till detta kommer krav på utformning av en bra och effektiv arbetsmiljö för de som arbetar i restaurang och kök etc. Med tanke på det låga värdet, att det var första gången Lejonfastigheter skulle genomföra ett projekt av detta slag och med beaktande av de högt ställda konstnärliga kraven tänkte man sig att det skulle fungera som ett pilotprojekt för Lejonfastigheter och ge kunskap och erfarenheter inför framtiden. Med den utgångspunkten sökte man efter en leverantör som kunde leverera hela den estetiska och arkitektoniska lösningen från utformning, med ritningar, färgsättning, förslag på inredning och konstnärlig gestaltning fram till genomfört byggprojekt.

En upphandlande myndighet har, då det rör konstnärlig gestaltning, design och andra liknande aspekter, ett betydande utrymme för subjektiva överväganden vid bedömningen av vilken leverantör som är bäst lämpad att utföra ett uppdrag. Detta utan att det skulle innebära någon otillåten diskriminering. Av detta följer också naturligen att den upphandlande myndighetens bevisbörda avseende förutsättningarna för direktupphandling är lägre då direktupphandlingen motiveras av konstnärliga skäl än av något av de övriga skäl som framgår av LOU.

Undantag på grund av tekniska/konstnärliga skäl

Konkurrensverket har velat låta påskina att Lejonfastigheter ändrat sin inställning i förhållande till tidigare, detta är felaktigt. Lejonfastigheter har varken ändrat eller frånträtt de omständigheter som tidigare framförts och som innebär att Lejonfastigheter haft rätt att genomföra en direktupphandling. Att Lejonfastigheter tidigare satt etiketten "tekniska skäl" på de anförda omständigheterna, snarare än "konstnärliga skäl" saknar betydelse

eftersom det är fråga om samma lagrum. Det är upp till förvaltningsrätten att subsumera de anförda omständigheterna under rätt lagrum.

Lejonfastigheters agerande i upphandlingen har i hög grad styrts av de höga ambitioner som Lejonfastigheter haft avseende den aktuella lokalens konstnärliga och estetiska utformning, anpassning och gestaltning. Lejonfastigheter har ett betydande utrymme för subjektiva överväganden vid bedömningen av vilken leverantör som var bäst lämpad att utföra det aktuella uppdraget. Någon otillåten diskriminerande utformning av föremålet för upphandlingen har det såldes inte varit fråga om.

Detta innebar dock inte att Lejonfastigheter avstod ifrån att undersöka vilka leverantörer som skulle kunna utföra uppdraget, utan Lejonfastigheter gjorde tvärtom en grundlig undersökning av vilka leverantörer som fanns på den aktuella marknaden. Efter Lejonfastigheters undersökning av marknaden fann man att Tecno Italy i praktiken var den enda tillgängliga leverantören som kunde fullgöra projektet. Det slutliga beslutet att teckna avtal med Tecno Italy föregicks således av bedömningar av en större krets leverantörer, vilket också är en faktor för förvaltningsrätten att beakta vid bedömningen av om Lejonfastigheter haft skäl för direktupphandling. Lejonfastigheter har vidare genom förhandsinsynen gett andra eventuella potentiella leverantörer möjlighet att ge sig själva till känna, invända mot direktupphandlingen och påtala att de har intresse av och förmåga att utföra uppdraget åt Lejonfastigheter. Lejonfastigheter fick dock ingen som helst respons från någon leverantör på förhandsinsynen, vilket också visar att Lejonfastigheters marknadsundersökning och det därpå grundade beslutet var korrekt. Vidare vill Lejonfastigheter framhålla att Konkurrensverket, genom den marknadsundersökning som de har genomfört, inte lyckats visa motsatsen.

Beträffande de alternativa leverantörer som Konkurrensverket har hänvisat till menar Lejonfastigheter bl.a. att de inte har egna resurser för utförandet och de sakar de nödvändiga kunskaperna om regler som gäller för mathantering eller kunskap om flöden av kunder och mat i en restaurang.

Odelbar enhet

Lejonfastigheter menar att uppdraget från bolaget till Tecno Italy ska ses som odelbart och att uppdraget utförts i två delar inte förändrar den bedömningen.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek och sanktionsvärde

Lejonfastigheter vitsordar beräkningen av avtalets värde som i sig korrekt. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att Lejonfastigheter inte haft fog för att genomföra direktupphandling föreligger dock i vart fall skäl att bestämma upphandlingsskadeavgiften till ett väsentligen lägre belopp än vad Konkurrensverket yrkat. Beträffande det aktuella undantagets karaktär bör det anses ursäktligt att Lejonfastigheter gjort bedömningen att det förelegat förutsättningar för användning av direktupphandling med hänvisning till konstnärliga skäl.

En bedömning av allvarligheten måste bedömas med utgångspunkt i vilken skada i förhållandet till lagens skyddssyfte som en otillåten direktupphandling medfört. Skadan för leverantörskollektivet av att en direktupphandling som sker i det fördolda är tveklöst större än den skada som kan uppkomma till följd av en direktupphandling som föregåtts av förhandsinsyn. Förhandsinsyn är normalt ett uttryck för den upphandlande myndighetens avsikt att försöka göra rätt och efter bästa förmåga följa lagstiftningen, vilket är något som inte kan sägas gälla för otillåtna direktupphandlingar som sker i det fördolda. Lejonfastigheter anser att Konkurrensverkets utgångspunkt är felaktig, att sanktionsvärdet för en otillåten direktupphandling som varit föremål för förhandsinsyn är betydligt lägre än för en otillåten

direktupphandling som inte varit föremål för förhandsinsyn. Upphandlings-skadeavgiften, för det fall förvaltningsrätten bifaller ansökan, bör bestämmas till ett väsentligen lägre belopp än vad Konkurrensverket yrkat.

Vidare kan konstateras att Konkurrensverket vid sin beräkning inte tagit någon hänsyn till att det i målet är fråga om ett relativt sett lågt kontraktsvärde. För att inte Lejonfastigheter ska drabbas av en proportionellt sett för hög avgift bör även kontraktets värde anses utgöra en förmildrande omständighet, vilket föranleder att den eventuella avgiften bör ligga i den nedre delen av skalan.

LEJONFASTIGHETERS FÖRHANDSINSYN

Lejonfastigheter införde den 9 februari 2012 en annons i databasen OPIC där de uppger att de från Tecno Italy avser att direktupphandla snickerier och caféinredning till restaurang Kunskapsgallerian i Linköping till ett totalt värde av 1 796 000 kr. I det bifogade dokumentet "Motivering till direktupphandling av restauranginredning Kunskapsgallerian, Element 3" framgår att Tecno Italy (i dokumentet benämnda Svea restauranginredningar) kan leverera en färdig helhetslösning utifrån den designmanual som presenterats.

Vidare anförs i dokumentet bl.a. följande. "För att skapa ett förfrågningsunderlag av den designmanual som presenterats uppskattar Lejonfastigheter en kostnad om cirka 200 000 kr exklusive mervärdesskatt. Problemet som kvarstår är dock att vid en upphandling kan det inte säkerställas att exakt de utrustningar och material som föreskrivits verkligen erhålls avseende utformning och kvalitet. Lejonfastigheter bedömer att restauranginredningen enligt designmanualen endast kan fullgöras av Tecno Italy på grund av den tekniska komplexiteten det skulle innebära att utvärdera likvärdiga produkter.

Lejonfastigheter bedömer att ovan presenterad helhetslösning för restauranginredningen i Kunskapsgallerian av tekniska skäl endast kan fullgöras av Tecno Italy.”

TILLÄMPLIGA REGLER M.M.

Enligt 15 kap. 3 § LOU ska en offentlig upphandling enligt detta kapitel göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5–9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

I 15 kap. 4 § regleras hur anbud vid förenklat förfarande och urvalsförfarande ska begäras in för att möjliggöra effektiv konkurrens.

Enligt 4 kap. 5 § 2 LOU får en upphandlande myndighet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör.

Enligt 17 kap. 1 § 3 LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) bl.a. om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 eller 6 §.

Enligt 17 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst

10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.

Enligt 17 kap. 5 § första stycket LOU ska vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Av lagens förarbeten framgår beträffande överträdelsens sanktionsvärde 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 rättslaget är oklart bör det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Som framgått tidigare anses otillåtna direktupphandlingar exempelvis 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. [...] Vidare kan avtalstidens längd och värdet påverka sanktionsvärdet på så sätt att sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller högt värde (prop. 2009/10:180 s 197). – I specialmotiveringen till 17 kap. 5 § LOU uttalas bl.a. följande. 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 försvärande

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 allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. (a.a. s. 369f).

FÖRVALTNINGSRÄTTENS BEDÖMNING

Är det fråga om otillåten direktupphandling?

Lejonfastigheter har använt sig av en sluten upphandlingsform, direktupphandling, som endast får genomföras efter den särskilda reglering som finns i 15 kap. LOU. Den första frågan i målet gäller om Lejonfastigheter genomfört en otillåten direktupphandling.

En offentlig upphandling enligt 15 kap. LOU ska enligt 3 § göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av tröskelvärdet som för närvarande ligger på 1 897 540 kr. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5–9 §§ LOU är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

Det är otvistigt i målet att kontraktsvärdet uppgår till 1 793 762 kr. Beloppet ligger således under tröskelvärdet men över 15 procent av tröskelvärdet. Detta innebär att 15 kap. LOU är tillämpligt men att direktupphandling som utgångspunkt inte får användas. För att Lejonfastigheter ska anses ha genomfört en tillåten direktupphandling krävs att något av undantagen i 4 kap. 5–9 §§ LOU är uppfyllda eller att det finns synnerliga skäl.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av 4 kap. 5 § andra stycket LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör. Av Högsta förvaltningsdomstolens praxis (RÅ 2005 ref. 10 samt RÅ 2009 not 134) framgår att det ankommer på den upphandlande myndigheten att visa att förutsättningar för undantaget föreligger och att bestämmelserna om undantag ska tillämpas restriktivt.

Undantag på grund av tekniska skäl?

Såvitt gäller undantag på grund av tekniska skäl ställs krav på den upphandlande myndigheten att de arbeten som är föremål för upphandlingen dels är av teknisk karaktär, dels att det ska vara absolut nödvändigt att tilldela ett visst företag kontraktet. Lejonfastigheter har i motiveringen till direktupphandlingen bedömt att helhetslösningen för restauranginredningen i kunskapsgallerian av tekniska skäl endast kan fullgöras av Tecno Italy på grund av den tekniska komplexiteten det skulle innebära att utvärdera likvärdiga produkter. Tecno Italy kan leverera en färdig helhetslösning utifrån den designmanual som Tecno Italy presenterat och problemet vid en upphandling angavs vara att det inte kan säkerställas att exakt de utrustningar och material som föreskrivits verkligen erhålls avseende utformning och kvalitet. Konkurrensverket har anfört att Tecno Italy har utformat hela planen för en ombyggnad, en plan som företaget bedömts vara ensamt om att kunna genomföra. Enligt Konkurrensverkets uppfattning har Lejonfastigheter inte visat att det på grund av tekniska skäl varit befogat att utan föregående annonsering ingå avtal med Tecno Italy.

Även om Lejonfastigheter hade höga ambitioner när det gäller uppdragets tekniska karaktär bedömer förvaltningsrätten mot bakgrund av vad parterna uppgett i målet att det huvudsakligen var fråga om allmänna och vanligt

förekommande lösningar i restaurangbranschen. Det kan vidare noteras att Lejonfastigheter i meddelandet om förhandsinsyn som skäl för direktupphandling hänvisat till svårigheter att *utvärdera* likvärdiga produkter som dem som den redan kontaktade leverantören föreslagit som lämpliga. Detta ger inte stöd för påståendet om att det rörde sig om varor eller tjänster som i sig var unika. Det som åberopats i målet visar inte att uppdraget var så tekniskt särpräglat som avses i 4 kap. 5 § andra stycket LOU. Rätten delar även Konkurrensverkets bedömning att det sannolikt fanns andra leverantörer som hade kapacitet att tillhandahålla varor och genomföra ett arbete i form av bl.a. snickerier och caféinredning som motsvarar det som uppdraget omfattade. Lejonfastigheter har således inte förmått visa att utförandet av uppdraget av tekniska skäl endast kunde fullgöras av Tecno Italy.

Undantag på grund av konstnärliga skäl?

Lejonfastigheter har anfört att upphandlingen i hög grad har styrts av de höga ambitioner som de haft avseende den aktuella lokalens konstnärliga och estetiska utformning, anpassning och gestaltning. Efter undersökning av marknaden fann Lejonfastigheter att Tecno Italy var den enda tillgängliga leverantören som kunde fullgöra projektet. Konkurrensverket anför att de insatser som utförts av Tecno Italy avseende utformning och anpassning av den aktuella restaurangmiljön inte omfattas av undantaget från annonseringsskyldigheten på grund av konstnärliga skäl, eftersom det krävs att det endast existerar en enda leverantör som kan fullgöra kontraktet i fråga.

Myndigheten menare vidare att det ingångna avtalet inte avser en konstnärlig gestaltning och att det inte framgår på vilka grunder Tecno Italy kan anses vara ensamman om att kunna genomföra projektet.

Rättsläget i fråga om undantag på grund av konstnärliga skäl motsvarar vad som gäller för tekniska skäl. Förhållandena ska således vara sådana att det dels är fråga om ett konstnärligt särpräglat uppdrag, dels att endast en leverantör kan utföra det aktuella uppdraget. Enligt förvaltningsrättens kan

den i målet aktuella utformningen av restaurangen inte anses vara ovanligt förekommande. Det Lejonfastigheter uppgett visar inte heller att utformningen kan ses som en unik konstnärlig gestaltning. Så som påpekats ovan framstår det istället som att det rör sig om arbete i form av snickerier och caféinredning som närmast får betecknas vara av allmän karaktär. Det bolaget uppgett visar inte heller varför just Tecno Italy skulle vara den enda leverantör som kunde utföra uppdraget. Det är därmed inte fråga om undantag pga. konstnärliga skäl.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten bedömer att det som framkommit inte utgör synnerliga skäl för direktupphandling.

Sammanfattningsvis bedömer rätten att Lejonfastigheters hantering av det aktuella uppdraget är att betrakta som en otillåten direktupphandling. Detta gäller dessutom oavsett om uppdraget ska ses som delbart eller odelbart. Det finns därför grund för att pröva frågan om bolaget ska betala en upphandlingsskadeavgift.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Förvaltningsrätten bedömer inledningsvis att Lejonfastigheters överträdelse inte kan anses som ett ringa fall och att det finns skäl för att besluta om att bolaget ska påföras en upphandlingsskadeavgift.

Upphandlingsskadeavgiften, som begränsas av kontraktets värde, ska bestämmas inom intervallet 10 000–179 376 kr. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.


Konkurrensverket menar att otillåten direktupphandling har ett högt sanktionsvärde och ansöker om en upphandlingsskadeavgift om 135 000 kr,

vilket utgör cirka 7,5 procent av avtalets värde. Lejonfastigheter har anfört att genomförd förhandsinsyn och det låga kontraktsvärdet bör verka i förmildrande riktning.

Lagstiftaren har uttryckt att en otillåten direktupphandling typiskt sett bör ses som en allvarlig överträdelse. Det finns inte anledning att nu göra en annan bedömning. I syfte att markera vikten av att offentliga kontrakt blir föremål för konkurrens och för att verka avskräckande bör sanktionsvärdet vara högt. Avgiften bör därför bestämmas inom den övre delen av det nyss nämnda intervallet. Lejonfastigheter har visserligen gått ut med en förhandsinsyn vilket kan ses som en i någon mening förmildrande omständighet. Förvaltningsrätten fäster dock större avseende vid att det, mot bakgrund av den information som båda parterna lämnat i målet, inte finns stöd för att hävda att rättsläget för hanteringen av det aktuella uppdraget skulle ha varit oklart. Förvaltningsrätten bedömer m.a.o. att överträdelsen är klar. Upphandlingsskadeavgiftens storlek bör därför inte påverkas av den omständigheten att bolaget tillämpat förhandsinsyn (jfr i den delen även Kammarrättens i Stockholm dom den 11 april 2013 i mål nr 5426-12). Förvaltningsrätten finner att den upphandlingsskadeavgift som Konkurrensverket ansökt om, vilket motsvarar cirka 7,5 procent av kontraktsvärdet, får anses vara väl avvägd. Det saknas skäl att efterge avgiften.

Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas och Lejonfastigheter förpliktigas att betala en upphandlingsskadeavgift om 135 000 kr.

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



Mats Edsgården

Föredragande har varit Joakim Lundegård.



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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.