



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I MALMÖ**  
 Avdelning 1

**DOM**  
 2014-07-09  
 Meddelad i  
 Malmö

Mål nr  
 5830-14

**SÖKANDE**

Konkurrensverket  
 103 85 Stockholm

**MOTPART**

Malmö kommun  
 205 80 Malmö

**SAKEN**

Ansökan om påförande av upphandlingsskadeavgift enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2014-07-10	
Avd	711
Dnr	420/2014
KSnr	3.5.3 Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten tar upp ansökan till prövning i sak och avslår därmed Malmö kommuns yrkande att Konkurrensverkets ansökan ska avvisas.

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Malmö kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 325 000 kr.

Dok.Id 211989

**Postadress**  
 Box 4522  
 203 20 Malmö

**Besöksadress**  
 Kalendegatan 6

**Telefon**  
 040-35 35 00  
**E-post:** forvaltningsrattenimalmo@dom.se

**Telefax**  
 040-97 24 90

**Expeditionstid**  
 måndag – fredag  
 08:00-16:00

### ANSÖKAN

**Konkurrensverket** yrkar i ansökan att förvaltningsrätten jämlikt 17 kap. 1 § 3 LOU ska förplikta Malmö kommun att betala 3 25 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Till grund för talan anförs sammanfattningsvis följande. Malmö kommun har brutit mot LOU genom att kommunen den 20 juni 2013 slutit ett avtal med Cramo Sverige AB (Cramo) utan att det har föregåtts av annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU, trots att förutsättningarna för ett sådant agerande inte har varit uppfyllda. Det ingångna avtalet utgör en otillåten direktupphandling. Mot bakgrund av att Malmö kommun tidigare har genomfört en otillåten direktupphandling avseende vinterväghållning och fått betala upphandlingsskadeavgift (se lagakraftvunnen dom av Förvaltningsrätten i Malmö i mål nr 4137-12E) anser Konkurrensverket att den aktuella överträdelsen utgör ett upprepat beteende som ska tillmätas betydelse vid fastställande av sanktionsvärdet. Det kan även noteras att det både i det lagakraftvunna målet om upphandlingsavgift och i nu förevarande mål har varit samma förvaltning hos Kommunen, Serviceförvaltningen, som genomfört båda de otillåtna direktupphandlingarna. Upphandlingsavgiften bör bestämmas till ett högre belopp än i normalfallet. Några förmildrande omständigheter har inte framkommit. Konkurrensverket har beräknat avtalets totala värde till 3 633 836 kr. En upphandlingsskadeavgift om 325 000 kr är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

### YRKANDE, INSTÄLLNING M.M.

**Malmö kommun** (kommunen) motsätter sig bifall till ansökan och yrkar för egen del att ansökan ska avvisas såsom för sent inkommet. För det fall att upphandlingsskadeavgift ska utgå yrkar Kommunen att denna inte ska bestämmas till belopp som överstiger 100 000 kr. Till grund för talan anförs bl.a. följande. Kommunen genomförde upphandling avseende hyra av bygg- och anläggningsprodukter i enlighet med förfrågningsunderlag daterat den 13 december 2011. Upphandlingen avsåg ett ramavtal och avtalsti-

den angavs till den 1 februari 2012 – 31 januari 2014. Cramo tilldelades uppdraget och avtal tecknades den 21 februari 2012. I avtalet angavs att förlängning av avtalet kunde ske med totalt två år. Mot bakgrund av ett förlängningsvillkor i avtalet kom Kommunen och Cramo överens om att avtalet skulle förlängas till och med den 31 januari 2016 och undertecknade därför en bekräftelse avseende detta den 20 juni 2013. Bekräftelsen utgör inget nytt självständigt civilrättsligt avtal utan är en förlängning av avtalet från 2012. Endast ett civilrättsligt bindande avtal har träffats i ärendet och detta skedde den 21 februari 2012. En ansökan om upphandlings-skadeavgift ska ha inkommit till förvaltningsrätten inom ett år från undertecknandet av det aktuella avtalet. Konkurrensverkets ansökan har således inkommit för sent.

Kommunen har annonserat den aktuella upphandlingen. I den aktuella upphandlingen fanns förlängningsvillkoret med i den ursprungliga planeringen. En teknisk brist i systemet TendSign har dock oavsiktligt lett till att samtliga för upphandlingen relevanta uppgifter inte har kommit med vid annonseringen. Denna brist i annonseringen medför emellertid inte att förutsättningar för upphandlingsskadeavgift är uppfyllda. Detta eftersom avtal inte slutits utan föregående annonsering. Något upphandlingsrättsligt fel har inte begåtts av Kommunen.

För det fall att förvaltningsrätten anser att ansökan kommit in i rätt tid och att en otillåten direktupphandling föreligger saknas sådana försvårande omständigheter som Konkurrensverket gör gällande. Den otillåtna direktupphandling av vinterväghållning som Konkurrensverket hänvisar till ligger för långt tillbaks i tiden för att beaktas. Rimligen bör förarbetsuttalandena angående upprepade förseelser varit avsedda att ta sikte på flagranta och frekvent återkommande överträdelser. Bedömningen bör vidare göras med beaktande av Kommunens storlek och den volym av upphandlingar som genomförs. Kommunen bedriver aktivt arbete för att säkerställa att

upphandlingslagstiftningen följs. Förmildrande omständigheter föreligger då Kommunens avsikt hela tiden har varit att annonsera avtalet inklusive förlängning på ett korrekt sätt och att så inte skett har berott på en teknisk brist vilket bör ses som en förmildrande omständighet. En eventuell upphandlingsskadeavgift bör därför inte bestämmas till belopp som överstiger 100 000 kr, eller motsvarande ca 2,75 % av kontraktets värde.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

#### Bestämmelser m. m.

Enligt 17 kap. 1 § 3 LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) 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 §.

Tillsynsmyndigheten får enligt 17 kap. 2 § LOU andra stycket hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som anges i 1 § 3. Ansökan ska enligt 17 kap. 7 § andra stycket, om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, ha inkommit till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

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. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a §.

Enligt 17 kap. 5 § 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.

När det gäller beräkningen av avgiftens storlek anförs bl.a. följande i 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 allvarliga 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 i dessa fall ofta kan anses vara högt. Vidare kan avtalstidens längd och värdet påverka sank-

tionsvärdet på så sätt att sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling har gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten eller enheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Det kan exempelvis från den upphandlande myndighetens eller enhetens sida vara fråga om ett upprepat beteende ifråga om att inte iaktta avtals-spärren eller att företa otillåtna direktupphandlingar. Ett sådant upprepat handlande bör ses som en försvårande omständighet. Det förhållandet att upphandlande myndighet eller enhet på annat sätt drabbats negativt kan däremot i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.

### **Förvaltningsrättens bedömning i nu förevarande mål**

Malmö kommun anser att Konkurrensverkets ansökan ska avvisas på den grunden att ansökan har kommit in för sent. Förvaltningsrätten delar dock Konkurrensverkets åsikt att Kommunens förlängningsavtal den 20 juni 2013 med Cramo Sverige AB är ett separat civilrättsligt bindande avtal i förhållande till avtalet från 2012. Enligt förvaltningsrättens mening är Konkurrensverkets ansökan av den 12 juni 2014 inkommen i rätt tid. Kommunens yrkande att ansökan ska avvisas ska därför avslås.

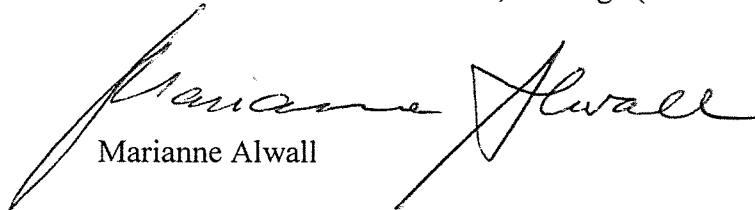
Av utredningen i målet framgår att det varken i förfrågningsunderlaget eller i annonsen som publicerades i samband med annonsering av upphandlingen den 13 december 2011 angivits någon möjlighet att förlänga det avtal som skulle ingås i upphandlingen. I förfrågningsunderlaget har angivits att avtalstiden skulle sträcka sig från den 1 februari 2012 till och med den 31 januari 2014. Vid nu angivna förhållanden har det inte varit förenligt med LOU att förlänga ramavtalet efter dess utgång den 31 januari 2014. Vad Kommunen anfört angående tekniska brister i systemet Tend-Sign samt angående förlängningsvillkor i avtalet föranleder ingen annan bedömning.

Avtalet av den 20 juni 2013 kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses omfattas av den upphandling som kommunen annonserade 2011. Avtalet har således slutits utan föregående annonsering. Då förutsättningar för

ett sådant förfarande inte har visats föreligga utgör Kommunens ingående av avtalet en otillåten direktupphandling.

Enligt förvaltningsrättens mening föreligger därmed förutsättningar för att med stöd av 17 kap. 1 § 3 LOU besluta om att påföra Malmö kommun upphandlingsskadeavgift. Den överträdelse som Malmö kommun begått kan inte anses vara ringa. Förvaltningsrätten har därmed att fastställa upphandlingsskadeavgiftens storlek. Förvaltningsrätten finner härvid att det av Konkurrensverket yrkade beloppet 325 000 kr framstår som väl avvägt utifrån det sanktionsvärde som överträdelsen vid en samlad bedömning av omständigheterna får anses ha. Några synnerliga skäl för att efterge avgiften har inte framkommit. Konkurrensverkets ansökan ska således bifallas.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (Dv 3109/1B)



Marianne Alwall

Lena Palmér har föredragit målet.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

**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.