



SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Östra Göinge kommun
Storgatan 4
289 41 Broby

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att
Östra Göinge kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om
375 000 kr.

BAKGRUND

Östra Göinge kommun ingick i mars 2017 ramavtal med tre leverantörer avseende byggnadsarbeten. Av ramavtalet framgår att detta inte omfattar byggentreprenader avseende nybyggnationer samt om- och tillbyggnader där kostnaden bedöms överstiga 5 000 000 kr. Sådana byggentreprenader ska istället upphandlas separat.

Kommunen initierade senare en upphandling avseende nybyggnation av omklädningsrum och kiosk på Trollabadet i Glimåkra. Upphandlingen genomfördes i två etapper. Båda etapperna föregicks av avrop från det ovan nämnda ramavtalet.

Det första avropet gjordes i oktober/november 2017 och tilldelades AB Järletoft Bygger som har högst rangordning i ramavtalet. Värdet av kontraktet uppgick till 1 200 000 kr exklusive mervärdesskatt.

Den 16 februari 2018 gjorde kommunen ett andra avrop från ramavtalet. Det andra avropet gjordes med förnyad konkurrensutsättning. I tilldelningsbeslut den 6 mars 2018 tilldelades AB Järletoft Bygger uppdraget. Enligt Östra Göinge kommun ingicks avtal samma dag.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Konkurrensverket

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten jämlikt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Östra Göinge kommun ska betala 375 000 kr i upphandlings-skadeavgift. Som grund för sin ansökan anför Konkurrensverket bl.a. följande.

Östra Göinge kommun har den 6 mars 2018 ingått avtal om fastighets- tekniska arbeten med AB Järletoft Bygger utan föregående annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU. Det saknades skäl att ingå avtalet utan sådan annonsering. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Kommunen har erlagt betalning till bolaget med sammanlagt 4 995 000 kr exklusive mervärdesskatt. Avtalets värde ska därmed beräknas till nämnda belopp. Konkurrensverket bedömer att kommunen saknade rätt att avropa avtalet från det ramavtal som kommunen ingått i mars 2017 med AB Järletoft Bygger avseende byggnadsarbeten. Skälen till detta är följande.

Kommunens andra avrop avsåg färdigställandet av den byggnad på Trollabadet vars uppförande påbörjades genom kommunens första avrop. De två avropen avser därmed samma byggentreprenad. Vid tidpunkten för det andra avropet hade kommunen redan avropat montering av stommar till den nya byggnaden till ett värde om 1 200 000 kr. Det andra avropet medförde därmed att det sammanlagda värdet av byggentreprenaden avseende uppförande av ny byggnad på Trollabadet kunde uppskattas till (1 200 000 + 4 960 000) 6 160 000 kr, vilket vida överstiger avropstaket på 5 000 000 kr som anges i ramavtalet. Ramavtalet omfattar inte heller arbeten som ingår i en större entreprenad. Kommunen har därmed inte haft rätt att avropa avtalet av den 6 mars 2018 från ramavtalet.

Värdet av avtalet den 6 mars 2018 överskrider direktupphandlingsgränsen, men understiger tillämpligt tröskelvärde. Kommunen skulle därför ha annonserat upphandlingen enligt 19 kap. 9 § LOU. Något undantag från annonseringsskyldigheten är inte tillämpligt.

Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan från Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska

betala en upphandlingsskadeavgift. Det finns inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 4 995 000 kr. Upphandlingsavgiften kan därför uppgå till högst 499 500 kr ($4\,995\,000 \times 0,1$).

Vid bedömning av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt. Rättsläget kan inte anses oklart. De omständigheter som kommunen har påtalat är varken förmildrande eller försvårande. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 375 000 kr är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelser.

Östra Göinge kommun

Östra Göinge kommun anser att upphandlingsskadeavgiften ska efterges eller åtminstone bestämmas till ett lägre belopp samt anför i huvudsak följande.

Omständigheterna kring överträdelserna är sådana att den bör bedömas som ringa. Östra Göinge kommun vitsordar i stort sett Konkurrensverkets beskrivning av de två genomförda avropen på ramavtalet, men vill framhålla en omständighet i Kommunens handlande som Konkurrensverket inte beaktar samt invända mot en av grunderna för Konkurrensverkets bedömning. Omständigheterna utgör skäl för att det föreligger förmildrande omständigheter.

Konkurrensverket beskriver kommunens handlande som om det vore två planerade etapper och därför två planerade avrop. Så är inte fallet. Att det blivit två avrop beror på följande omständigheter. Kommunen uppmärksammades på att avropet hösten 2017 (vilket syftat till att uppföra hela byggnadsverket, inte en begränsad del såsom Konkurrensverket menar) genomfördes på ett felaktigt sätt i förhållande till avtalsvillkoren och Kommunen beslutade därför att avbryta den fortsatta processen. Avropet hade skett enligt ramavtalets rangordning när det istället skulle ha varit föremål för förnyad konkurrensutsättning bland samtliga tre ramavtalsleverantörer.

När beslutet att avbryta processen togs var delar av byggnadsverket (byggnadens stommar) redan beställda av leverantören (AB Järletoft Bygger), varför kommunen inte såg det möjligt att avbryta byggprocessen förrän efter leverans och montering av stommarna. Det skulle ha försatt leverantören i en riskfylld avtalssituation gentemot sin underleverantör om kommunen gjort så.

Syftet med det andra avropet i februari 2018 var att färdigställa det påbörjade byggnadsverket. Denna gång skedde avropet enligt avtalsvillkoren, dvs. med tillämpning av förfarandet förnyad konkurrensutsättning. Bakgrunden till att det blev två avrop är alltså att kommunen ville undvika att förvärra avtalsbrottet vid det första avropet. Kommunen har, utan framgång, erbjudit de övriga två ramavtalsleverantörerna ekonomisk ersättning för den skada de kan ha lidit av den felaktiga tillämpningen av avtalsvillkoren vid första avropet. Kommunen har inte medvetet delat upp kontraktet i två avrop för att kringgå bestämmelserna i LOU. Kommunen har inte vunnit vare sig tidsmässiga eller ekonomiska fördelar på sitt agerande, utan tvärtom.

Konkurrensverket har missuppfattat innebörden av ramavtalets villkor i § 3 dvs. "Arbeten som utgör en del av en större entreprenad eller en underentreprenad i en annan större entreprenad omfattas inte heller av detta ramavtal".

Med villkoret avses delar av eller underentreprenader i byggentreprenader som överstiger 5 000 000 kr och som upphandlas separat. Sista meningen, sista stycket, i § 3 är ett förtydligande om att ramavtalet inte ska tillämpas i de fall upphandlingar över 5 000 000 kr görs och som innehåller delar (t.ex. vid upphandling av delad entreprenad eller samordnad generalentreprenad) inom t.ex. byggnads- och måleriarbeten som vardera understiger 5 000 000 kr. Ramavtalsleverantörerna har inga rättigheter eller skyldigheter att utföra sådana delentreprenader. Det andra avropet utgör inte en del av en större entreprenad i den mening som avtalsvillkoret ovan föreskriver. Kommunen har således, i detta avseende, haft rätt att göra det andra avropet på ramavtalet.

Kommunen vidtog frivilligt och på eget initiativ omedelbart åtgärder för att rätta till de brister som förekommit i samband tillämpningen av ramavtalet, t.ex. ändrades rutinerna för hur avrop genomförs på aktuella ramavtal, vilket bl.a. innebär att kommunens upphandlingsenhet kontrollerar förfarandet. Därutöver pågår ett grundligt arbete avseende framtagande av riktlinjer och projektstyrningsmodell för budgetering, redovisning och dokumentation av byggprojekt, varifrån tidigare brister indirekt har bidragit till den felaktiga tillämpningen av ramavtalet. Kommunchefen initierade en extern granskning från kommunens revisorer och en revisionsfirma. Revisionsrapporten skickades till Konkurrensverket. Kommunen har i sin kontakt med Konkurrensverket varit transparent och beredvillig.

Avslutningsvis vill Kommunen framhålla att den varit öppen med att fel begåtts och att intentionen hela tiden varit att ta ansvar och rätta till felen. Kommunens avsikt har, allt sedan felen uppdagades, varit att minimera skadeverkningarna av det inträffade. Kommunen har inte heller tidigare dömts att betala upphandlingsskadeavgift. Sammanfattningsvis finner Kommunen att det föreligger sådana förmildrande omständigheter att det

finns skäl för förvaltningsrätten att besluta om att efterge eller i vart fall sänka storleken på upphandlingsskadeavgiften.

Konkurrensverket

Enligt Konkurrensverket saknade kommunen rätt att avropa avtalet av den 6 mars 2018 från ramavtalet oavsett hur den sista meningen i § 3 tolkas. Ett klargörande av villkorets innebörd är därför inte nödvändigt för att pröva Konkurrensverkets ansökan. Vid tidpunkten för kommunens ingående av avtalet var det möjligt att förutse att kostnaden för byggentreprenaden, dvs. uppförande av ny byggnad på Trollabadet, skulle överstiga ramavtalets tak på 5 000 000 kr. Den begränsning av ramavtalets tillämpningsområde som återfinns i dess § 3 medför därmed att kommunen saknade rätt att avropa avtalet från ramavtalet.

Ansvar för otillåtna direktupphandlingar i mål om upphandlingsskadeavgift är strikt. I vilken mån kommunen saknat avsikt att bryta mot LOU vid ingåendet av det avtal som är föremål för Konkurrensverkets ansökan är därmed inte relevant. Enligt Konkurrensverket kan åtgärderna som kommunen genomfört i efterhand inte tillmätas betydelse vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Av förarbetena till LOU framgår att ett upprepat beteende i fråga om att vidta otillåtna direktupphandlingar kan utgöra en försvårande omständighet. Avsaknad av sådana försvårande omständigheter utgör emellertid inte en förmildrande omständighet. Att kommunen inte tidigare ålagts upphandlingsskadeavgift ska därför inte tillmätas betydelse vid fastställande av avgiftens storlek. Konkurrensverket tillbakavisar kommunens påstående om att det är fråga om ringa fall eller att avgiften ska efterges enligt 21 kap. 5 § andra stycket LOU. Av förarbetena till LOU framgår att bestämmelsen endast kan aktualiseras i sällsynta fall. Några sådana omständigheter föreligger inte det aktuella målet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 21 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 bl.a. 19 kap. 9 §.

Tillsynsmyndigheten får enligt 21 kap. 2 § andra stycket LOU hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som anges i 1 § 3.

Ansökan ska enligt 21 kap. 7 § andra stycket, om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, ha inkommit till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Enligt 21 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktets värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 §.

När det gäller beräkning av avgiftens storlek anføres i förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 197) bl.a. följande. Beslutande instans har ett betydande utrymme att inom givna beloppsramar fastställa avgiftens storlek. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet 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. Avtalstidens längd och avtalets värde kan också påverka sanktionsvärdet på så sätt att sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller ett högt värde.

Enligt 21 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.

Med synnerliga skäl åsyftas enligt förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 198) närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Det får således ses som en form av ventil som inte är avsedd att tillämpas annat än i rena undantagsfall.

Förvaltningsrättens bedömning

Östra Göinge kommun har den 6 mars 2018, utan föregående annonsering, ingått avtal om fastighetstekniska arbeten med AB Järletoft Bygger avseende uppförandet av ny byggnad på Trollabadet. Värdet av kontraktet beräknas uppgå till 4 995 000 kr exklusive mervärdesskatt.

Av utredningen i målet framgår att det i målet aktuella ramavtalet, som Östra Göinge kommun ingått i mars 2017 med tre leverantörer avseende byggnadsarbeten, anger att detta inte omfattar byggentreprenader avseende nybyggnationer samt om- och tillbyggnader där kostnaden bedöms överstiga 5 000 000 kr. Det är ostridigt i målet att det sammanlagda värdet av byggentreprenaden avseende uppförandet av ny byggnad på Trollabadet kan beräknas uppgå till (1 200 000 + 4 960 000) 6 160 000 kr. Enligt förvaltningsrätten var det vid tidpunkten för avtalets ingående möjligt att bedöma att kostnaden för uppförandet av byggnaden på Trollabadet skulle överstiga

5 000 000 kr. Kommunen har därmed inte haft rätt att avropa avtalet av den 6 mars 2018 från ramavtalet.

Enligt förvaltningsrättens bedömning har det inte framkommit att det varit fråga om en sådan situation som innebär att det kan anses ha förelegat skäl att frånga huvudregeln i LOU om annonsering. Det ingångna avtalet utgör därför en otillåten direktupphandling. Det föreligger därmed förutsättningar för förvaltningsrätten att besluta om att påföra Östra Göinge kommun upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 LOU.

Den överträdelse som Östra Göinge kommun begått kan inte anses vara ringa. Förvaltningsrätten har därmed att fastställa upphandlingsskadeavgiftens storlek. Sanktionsvärdet för en otillåten direktupphandling är högt. Förvaltningsrätten finner att det av Konkurrensverket yrkade beloppet om 375 000 kr framstår som väl avvägt utifrån det sanktionsvärde som överträdelsen vid en samlad bedömning av omständigheterna får anses ha. Det har inte framkommit att omständigheterna varit sådana att det föreligger synnerliga skäl för att efterge avgiften. Konkurrensverkets ansökan ska således bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Louise af Klint

Lena Palmér har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.