



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2014-05-15
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
21274-13

SÖKANDE
Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART
Region Gotland
621 81 Visby

SAKEN
Upphandlingsskadeavgift

KONKURRENSVERKET	
2014-05-16	
Avd	30
Dnr	462/2013
KSnr	353 Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Region Gotland ska betala en upphandlingsskadeavgift om 250 000 kr.

Dok.Id 484739

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

Konkurrensverket ansöker om att förvaltningsrätten jämlikt 17 kap. 1 § 2 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, ska förplikta Region Gotland att betala en upphandlingsskadeavgift om 250 000 kronor. Som skäl för ansökan anförs följande. Förvaltningsätten i Stockholm har i dom den 31 oktober 2012, mål nr 19909-12, angående prövning av avtals giltighet fastställt att de i målet aktuella avtalen ska få bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Förvaltningsrättens dom vann laga kraft den 14 mars 2013.

Region Gotland bestrider ansökan. I första hand yrkar man att ansökan ska avvisas. I andra hand att den ska avslås. I tredje hand att avgiften ska jämkas till noll kronor. I fjärde hand att avgiften ska fastställas till lägsta möjliga belopp.

Till stöd för sin talan anför *Region Gotland* i huvudsak följande. Det föreligger hinder mot en prövning av *Konkurrensverkets* talan eftersom *Region Gotland* inte är en upphandlande myndighet enligt legaldefinitionen i LOU. En ansökan om upphandlingsskadeavgift riktad till upphandlande myndighet inom *Region Gotland* har därför inte kommit in inom föreskriven tid.

En upphandlingsskadeavgift kan inte påföras eftersom den aktuella upphandlingen påbörjades innan regleringen om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft.

Frågan om en otillåten direktupphandling genomförts kan inte anses vara rättskraftigt avgjord genom det avgörande som *Konkurrensverket* grundar sin talan på, detta då det är fel i det underliggande avgörandet som ligger till grund för ansökan.

Det är orimligt och stötande att en materiellt riktig upphandling ska få dessa följder.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 17 kap. 1 § 2 LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 § LOU.

Förvaltningsrätten inleder med att konstatera att den i målet aktuella grunden för upphandlingsskadeavgift avser s.k. obligatorisk upphandlingsskadeavgift.

Frågorna i målet är om det finns fog för att påföra upphandlingsskadeavgift samt i så fall storleken på denna.

Är Region Gotland en upphandlande myndighet?

Region Gotland har i första hand invänt emot att man skulle vara en upphandlande myndighet och menar att upphandlande myndighet inom Region Gotland är regionstyrelsen, annan nämnd eller regionfullmäktige. Ingen av dessa har, enligt Region Gotland, sökts inom föreskriven tid för upphandlingsskadeavgift. Även om förvaltningsrätt i den underliggande domen felaktigt redovisat Region Gotland som part, så legitimerar detta inte, enligt Region Gotland, ett åsidosättande av tydlig lag om vem som ska sökas för upphandlingsskadeavgift.

Konkurrensverket å sin sida anför att Region Gotland är en upphandlande myndighet och rätt adressat för ansökan. Man påpekar att det är Region

Gotland som varit motpart i den underliggande domen, att det såväl av förfrågningsunderlaget som av tilldelningsbeslutet framgår att det är Region Gotland som genomfört den aktuella upphandlingen samt att det är Region Gotland som ingått de tillfälliga, otillåtet direktupphandlade, avtalen.

Förvaltningsrätten konstaterar, vilket även Konkurrensverket påpekat, att landskapet Gotland utgör en enda kommun som sedan den 1 januari 2011 heter Region Gotland. På Gotland finns inget landsting utan Region Gotland ansvarar för både primärkommunala uppgifter och landstingskommunala uppgifter. I 2 kap. 19 § LOU anges bl.a. att med upphandlande myndigheter avses statliga och kommunala myndigheter. Även regionala myndigheter är upphandlande myndigheter (mål C-126/03 Kommissionen mot Tyskland). Då det är kommunen som sådan som är den juridiska personen är det, enligt förvaltningsrätten, otvivelaktigt så att Region Gotland är en sådan kommunal och landstingskommunal myndighet som avses i 2 kap. 19 § LOU. Att sedan även kommunala nämnder självständigt kan ansvara för upphandlingar och därmed vara en upphandlande myndighet i upphandlingsrättsligt hänseende är en annan sak än vad som nu är fråga om (jfr Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling, En kommentar, 2013, s. 175 f). Region Gotland är en upphandlande myndighet och korrekt adressat för Konkurrensverkets ansökan. Därvid kan även konstateras att Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift har inkommit inom den lagstadgade tidsfristen enligt 17 kap. 6 § LOU.

När påbörjades upphandlingen?

Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft den 15 juli 2010. Enligt övergångsbestämmelserna gäller äldre bestämmelser för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Region Gotland menar att aktuell upphandling påbörjats före det att reglerna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft, varvid någon upphandlingsskadeavgift inte kan påföras. Till stöd för sin inställning anför Region Gotland bl.a. följande. Det behov av livsmedel som tillgodosetts genom direkttilldelningen (dvs. förfarandet som var föremål för prövning i den till ansökan underliggande domen i mål nr 19909-12, *förvaltningsrättens anmärkning*) gäller samma sak som det behov av livsmedel som upphandlades genom annonserad upphandling (annonseringen skedde den 9 mars 2012, *förvaltningsrättens anmärkning*) och utgör därför en och samma upphandling. Direkttilldelningen skedde i avvaktan på att den öppna upphandlingen kunde handläggas klart av förvaltningsdomstolarna. Någon direkttilldelning hade inte skett om inte den öppna upphandlingen överprövats, om avtalsspärren hävts eller om handläggningen i övrigt varit skyndsammare. Den aktuella upphandlingen påbörjades redan i början av 2010 och Region Gotland har lämnat in två handlingar till styrkande av detta påstående. Därav framgår, enligt Region Gotland, att den 22 januari 2010 fattades beslut om att påbörja en öppen upphandling och den 4 februari 2010 så öppnades ett ärende om livsmedelsupphandling. Handlingen är allmän och offentlig varigenom beslutet om val av upphandlingsförfarande offentliggjorts.

Konkurrensverket ifrågasätter att de av Region Gotland förevisade handlingarna, till styrkande att upphandlingen skulle ha påbörjats redan 2010, avser samma upphandling som annonserades den 9 mars 2012 med planerad avtalsstart den 12 oktober 2012. Konkurrensverket pekar på att det av handlingarna framgår att de avser ett upphandlingsuppdrag med avtalsstart den 1 mars 2011. Därmed kan de, enligt Konkurrensverket, inte avse samma upphandling såsom Region Gotland hävdar.

Region Gotland vitsordar att upphandlingsbeslutet den 22 januari 2010 inte ledde till en annonsering av förfrågningsunderlaget förrän under 2012

(9 mars 2012, *förvaltningsrättens anmärkning.*), men anför att detta berodde på bl.a. interna utredningar av kost- och transportorganisationen i avsikt att öka möjligheterna för småföretagare att lämna anbud och av hur krav på djurskydd kunde utformas.

Konkurrensverket anför vidare följande beträffande de av Region Gotland åberopade handlingarna. Upphandlingsuppdraget avsåg ett öppet förfarande, vilket innebär ett absolut krav på annonsering. När en upphandlande myndighet har valt ett visst förfarande gäller att myndigheten ska fortsätta upphandlingen enligt det förfarandet. Eftersom de tillfälliga avtal som ingicks av Region Gotland den 20 september 2012 inte föregåtts av någon annonsering kan de heller inte anses påbörjade genom upphandlingsuppdraget som formulerades den 22 januari 2010. Avtalet som ingicks den 20 september 2012 utgjorde en separat upphandling som gjordes i avvaktan på att kunna ingå avtal utifrån den annonserade upphandlingen. Att det rör sig om två separata upphandlingar visas också av det faktum att den annonserade upphandlingen avsåg ett tvåårigt avtal med möjlighet till förlängning ytterligare två år, medan direktupphandlingen gällde avtal om livsmedelsleveranser från och med den 1 oktober 2012 tills ordinarie avtal kunnat tecknas, dock längst till och med den 28 mars 2013.

Frågan som förvaltningsrätten här har att bedöma är om Region Gotland visat att upphandlingsförfarandet rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt.

Enligt lagens förarbeten anses en upphandling påbörjad när myndigheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud (prop. 2006/07:128 del I s. 447 och 568). I praxis har angetts att ett upphandlingsförfarande får anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut har

kommit till kännedom utåt genom att myndigheten har tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser. Att inleda konkreta avtalsförhandlingar med extern part får anses vara en sådan utåtriktad åtgärd som innebär att upphandlingsförfarandet har påbörjats (HFD 2013 ref. 31). När det gäller otillåten direktupphandling anses en sådan påbörjad först när avtalet har slutits, om inte myndigheten kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt bl.a. LOU rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt (prop. 2009/10:180 s. 310 och 374).

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Region Gotland har i målet förevisat två st. handlingar som man menar visar att aktuell upphandling inleddes redan 2010. Förvaltningsrätten kan konstatera att dessa handlingars diarienummer respektive upphandlingsnummer inte stämmer överens med diarienumret på den upphandling som Region Gotland hänvisar till, dvs. den öppna upphandling som annonserades den 9 mars 2012. Det framgår för övrigt av dessa handlingar att beslut att påbörja upphandlingen har ett tidigare datum, den 22 januari 2010, än datumet för ärendeöppning gällande upphandlingsuppdraget, den 4 februari 2010. För att en upphandling ska anses påbörjad redan vid beslutet om vilket upphandlingsförfarande som myndigheten ska tillämpa krävs någon form av aktiv åtgärd från upphandlande myndighets sida för att kommunicera detta beslut utåt (jfr HFD 2013 ref. 31). Enkom att en allmän handling blir offentlig är, enligt förvaltningsrätten, i detta avseende inte tillräckligt. Förvaltningsrätten kan mot denna bakgrund konstatera att Region Gotland inte har visat att upphandlingen påbörjades före den 15 juli 2010, dvs. när reglerna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft. Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift är därför tillämpliga.

Den underliggande domens rättsverkan i förevarande mål

Region Gotland anser att frågan om en otillåten direktupphandling genomförts inte kan anses vara rättskraftigt avgjort genom det avgörande som Konkurrensverket grundar sin talan på, detta då man anser det vara fel i den underliggande domen (mål nr 19909-12). Region Gotland ifrågasätter inte att Konkurrensverket var tvunget att agera på domen i ogiltighetsmålet. Att Konkurrensverket är skyldigt att väcka talan innebär emellertid inte, enligt Region Gotland, detsamma som att talan ska bifallas, utan bara att Konkurrensverket har åberops- och bevisbörda för att förutsättningarna för ett utdömande föreligger. Region Gotland anför härvid följande. Konkurrensverket har själv i rapporten *Erfarenheter av upphandlingsskadeavgift t.o.m. september 2013* bl.a. uttalat att frågan om den upphandlande myndigheten fått tilldela avtalet genom direkttilldelning inte alltid har utretts tillräckligt av domstolarna i de underliggande domarna. Av det underliggande avgörandet framgår att förvaltningsrätten i domslutet ogillat sökandens talan men i domskälen uttalat att det föreligger otillåten direktupphandling som får bestå. Region Gotland kunde inte överklaga förvaltningsrättens dom eftersom den inte gick myndigheten emot. Detta måste få till följd att det i nu förevarande mål att frågan om huruvida en otillåten direkttilldelning genomförts inte kan anses vara rättskraftigt avgjord. Då är det av rättssäkerhetsskäl Konkurrensverket som har att visa att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering inte var tillåtet på grund av synnerlig brådska, vilket man inte gjort. Vidare yrkade den upphandlande myndigheten att förvaltningsrätten skulle förordna att förlängd avtalsspärr helt eller delvis inte skulle gälla för tilldelningen. Detta avslogs den 21 september 2012 av förvaltningsrätten utan någon egentlig motivering. Hade yrkandet prövats mer grannlaga hade någon direktupphandling inte behövts och frågan om upphandlingsskadeavgift inte uppstått.

Konkurrensverket anför följande. Eventuella felaktigheter i den underliggande domen saknar betydelse för frågan om upphandlingsskadeavgift ska påföras eller ej. Sådana omständigheter bör endast kunna beaktas inom ramen för överträdelsens sanktionsvärde. Den underliggande domen utgör ett direkt rättsfaktum i det påföljande avgiftsmålet och Konkurrensverket anser att detta avgörande vinner positiv rättskraft i den nu aktuella processen.

Förvaltningsrätten anser att vad som anförts domskälsvis i en underliggande dom inte är bindande i en kommande process avseende upphandlingsskadeavgift (jfr Kammarrätten i Stockholms beslut den 10 juli 2013 i mål nr 3539-13). Med detta sagt, samt efter att ha beaktat vad parterna anför i målet, finner emellertid förvaltningsrätten inte skäl att göra en annan bedömning än den förvaltningsrätten i Stockholm gjorde i den underliggande domen (mål nr 19909-12). Det finns därmed grund för att besluta att Region Gotland ska påföras upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 2 LOU.

Avgiftens storlek

Enligt 17 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. 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.

Konkurrensverket anför följande. Upphandlingsskadeavgiftens storlek bör beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde. Därefter bör det prövas om det föreligger någon förmildrande eller försvårande omständighet som kan inverka sänkande eller höjande på avgiften. I mål om upp-

handlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling bör avgiften för en sådan överträdelse av normalgraden ligga i mitten av den övre delen av tioprocentsskalan, dvs. ca 7-8 % av avtalets värde. Att avtalet har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan i sig inte utgöra en förmildrande omständighet som motiverar ett lägre sanktionsvärde jämfört med överträdelser av normalgraden.

Konkurrensverket anför vidare följande. Region Gotland har redan i det underliggande målet om avtalens ogiltighet fått tillgodoräkna sig att det förelåg tvingande hänsyn till allmänintresset. Vad gäller den i målet aktuella överträdelsen kan dock konstateras att Region Gotlands avsikt hela tiden torde ha varit att genomföra en annonserad upphandling för att tillgodose sina behov av livsmedel. Denna upphandling påbörjades dock alltför sent, varför situationen med tidsnöd som regionen hamnat i varit självförvållad. De tillfälliga avtalen var även tidsbegränsade i så måtto att de endast avsåg att tillgodose kommunens behov av livsmedel under den pågående överprövningen. Mot denna bakgrund anser Konkurrensverket att det i förevarande fall föreligger skäl att bestämma upphandlingsskadeavgiften till ett belopp som väsentligen understiger vad som bör gälla vid otillåten direktupphandling av normalgraden. Skäl att efterge upphandlingsskadeavgiften, eller fastställa den till lägsta möjliga belopp, saknas dock.

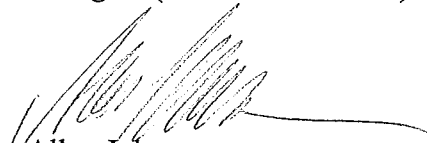
Konkurrensverket uppskattar de tillfälliga avtalens totala värde till 13 500 000 kr. En upphandlingsskadeavgift om 250 000 kr motsvarar knappt två (2) procent av detta värde och utgör vid en sammantagen bedömning av omständigheterna och med hänsyn till individual- och allmänpreventiva aspekterna, en proportionerlig sanktion.

Region Gotland anser att det är orimligt och stötande att en, enligt dem, materiellt riktig upphandling ska få dessa följder.

Förvaltningsrätten noterar att det i lagens förarbeten bl.a. anges. att otill-låtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket i sig bör leda till att sanktionsvärdet är högt. Samtidigt anges att i vissa fall kan förmildrande omständigheter vara när ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (prop. 2009/10:180 s. 197 f.). Förvaltningsrätten har beaktat vad parterna anfört, och finner inte anledning att göra en annan bedömning än den Konkurrensverket gjort i fråga om avgiftens storlek. Några synnerliga skäl för eftergift bedöms inte föreligga. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Allan Johansson

F.d.rådman

Niclas Fogelström har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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. Fyllständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.