



Meddelad i Göteborg

KLAGANDE

1. Kils kommun
2. Munkfors kommun
3. Hagfors kommun
4. Grums kommun
5. Forshaga kommun

Ombud för 1–5: Mats Olsson
Kils kommun
Box 88
665 23 Kil

MOTPART

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 31 oktober 2012 i mål nr
1069–1073-12, se bilaga A

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandena.

YRKANDEN

Kils kommun, Munkfors kommun, Hagfors kommun, Grums kommun och Forshaga kommun yrkar i första hand att ansökan om upphandlingsskadeavgift avslås, i andra hand att avgiften efterges och i tredje hand att avgiften bestäms till 10 000 kr för envar av kommunerna.

Konkurrensverket anser att överklagandena ska avslås.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Grund för att påföra upphandlingsskadeavgift

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att det inte har framkommit annat än att den direktupphandling som ligger till grund för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift påbörjades efter den 15 juli 2010. Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift är därför tillämpliga. Kammarrätten finner vidare i likhet med förvaltningsrätten att det finns grund för att påföra kommunerna upphandlingsskadeavgift och att överträdelserna inte är att betrakta som ringa.

Finns det skäl för eftergift av upphandlingsskadeavgiften?

Om det i enskilda fall föreligger synnerliga skäl ska avgiften kunna efterges. I förarbetena anges att med synnerliga skäl åsyftas närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften (prop. 2009/10:180 s. 198 f.).

Det som kommit fram i målen utgör enligt kammarrättens mening inte sådana omständigheter som medför att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Det finns därför inte förutsättningar för eftergift av avgiften.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Kommunerna invänder mot att Konkurrensverket bygger sin ansökan på schablonberäkningar procentuellt på kontraktets värde, vilket enligt deras uppfattning inte är lämpligt i den aktuella situationen. Den beräkningsmodell som Konkurrensverket använder framstår dock enligt kammarrätten som rimlig och medför att utrymmet för skönsmässiga bedömningar begränsas, samtidigt som omständigheter i det enskilda fallet som bör minska eller höja avgiften beaktas. Modellen bör därför användas som en utgångspunkt i målen. De av kommunerna angivna värdena på ingångna avtal har inte ifrå-

gasatts av Konkurrensverket. Kammarrätten utgår därför från dessa värden vid bedömningen av upphandlingsavgiftens storlek.

Finns det ytterligare förmildrande omständigheter?

Kommunerna har anfört att det inte varit fråga om något medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen och att rättsläget är oklart beträffande vilken höjd en upphandlande myndighet ska ta för överprövning i sin tidsplanering av upphandlingar. Kommunerna har vidare framhållit att det rör sig om tillfälliga avtal, att respektive kommun efter förlikning har betalat ut skadestånd till Menigo på mellan 20 000 kr och 90 000 kr samt att det enligt förarbetena finns en presumtion för ett lågt sanktionsvärde när avtalet fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Flera av de omständigheter som kommunerna fört fram som förmildrande har Konkurrensverket också beaktat vid bestämmande av yrkad storlek på upphandlingsskadeavgiften. Kommunerna och Konkurrensverket har dock olika uppfattning om det förhållandet att skadestånd betalats ut och att avtalen fått bestå på grund av ett tvingande allmänintresse utgör ytterligare förmildrande omständigheter.

Kommunerna har pekat på att det i förarbetena anges att andra olägenheter eller negativa ekonomiska konsekvenser för den upphandlande myndigheten kan ses som förmildrande omständigheter (prop. 2009/10:180 s. 198 och 370). Konkurrensverket menar däremot att ett utbetalat skadestånd enligt LOU inte explicit har pekats ut i förarbetena som en omständighet som bör minska upphandlingsskadeavgiften. Vidare menar Konkurrensverket att skadestånd och upphandlingsskadeavgift har olika syften och att om skadestånd och överprövning hade utgjort tillräckligt effektiva och avskräckande rättsmedel vid överträdelser av det upphandlingsrättsliga regelverket hade någon upphandlingsskadeavgift inte behövt införas i LOU.

Kammarrätten instämmer i Konkurrensverkets uppfattning. Mot denna bakgrund utgör det förhållandet att skadestånd betalats ut inte en förmildrande omständighet vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek.

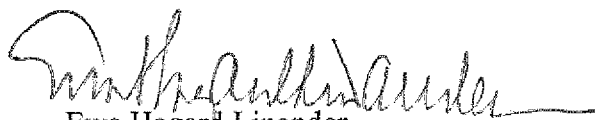
Av förarbetena till bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift framgår, att när ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan det antas att det åtminstone i vissa fall kan vara fråga om en överträdelse där sanktionsvärdet är förhållandevis lågt. Överträdelser kan i en del av dessa fall snarare antas bero på de allmänna omständigheterna än på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen. Regeringen poängterar dock att det följer av ändringsdirektivet att en sanktion ska påföras även i dessa fall (prop. 2009/10:180 s. 198).



Kammarrätten anser att det förhållandet att avtalen fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse inte i sig utgör en förmildrande omständighet, eftersom detta inte har något direkt samband med om den upphandlande myndighetens agerande har varit ursäktligt eller klandervärt.

Sammanfattningsvis anser kammarrätten att det inte finns några ytterligare förmildrande omständigheter än de som redan beaktats av Konkurrensverket. Förvaltningsrätten har därför haft fog för att ålägga kommunerna att betala upphandlingsskadeavgift med yrkade belopp.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Anders Bengtsson


Ewa Hagard Linander


Niclas Falkendal
referent

/Marie Andersson



Bilaga A

SÖKANDE

Konkurrensverket
Malmskillnadsgatan 32
103 85 Stockholm

MOTPART

1. Kils kommun
Box 88
665 23 Kil

2. Munkfors kommun
Box 13
684 21 Munkfors

3. Hagfors kommun
683 80 Hagfors

4. Grums kommun
664 80 Grums

5. Forshaga kommun
Box 93
667 22 Forshaga

Ombud: Mats Olsson
Kils kommun
Box 88
665 23 Kil

SAKEN

Upphandlingsskadeavgifter enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan i mål nr 1069-12 och beslutar att Kils kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 45 000 kronor.

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan i mål nr 1070-12 och beslutar att Munkfors kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 20 000 kronor.

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan i mål nr 1071-12 och beslutar att Hagfors kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 60 000 kronor.

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan i mål nr 1072-12 och beslutar att Grums kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 40 000 kronor.

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan i mål nr 1073-12 och beslutar att Forshaga kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 50 000 kronor.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Förvaltningsrätten i Karlstad har i mål nr 1724-11 den 29 augusti 2011 funnit att de avtal Forshaga kommun, Grums kommun, Hagfors kommun, Kils kommun och Munkfors kommun (kommunerna) slutit med ett antal livsmedelsleverantörer ska bestå av på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Konkurrensverket ansöker nu om att förvaltningsrätten beslutar att Kils kommun ska betala 45 000 kronor i upphandlingsskadeavgift (mål nr 1069-12), att Munkfors kommun ska betala 20 000 kronor i upphandlingsskadeavgift (mål nr 1070-12), att Hagfors kommun ska betala 60 000 kronor i upphandlingsskadeavgift (mål nr 1071-12), att Grums kommun ska betala 40 000 kronor i upphandlingsskadeavgift (mål nr 1072-12) och att Forshaga kommun ska betala 50 000 kronor i upphandlingsskadeavgift (mål nr 1073-12). Konkurrensverket anför huvudsakligen följande som skäl för sin talan.

Kommunerna har uppgett följande kontraktsvärden. Kil 4 500 000 kronor, Munkfors 2 200 000 kronor, Hagfors 6 200 000 kronor, Grums 4 200 000 kronor och Forshaga 5 300 000 kronor. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta dessa uppgifter. Konkurrensverket har i mål om upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling ansett att avgiften för en sådan överträdelse av normalgraden bör ligga i mitten av den högre delen av tioprocentsskalan, det vill säga cirka 7-8 procent av avtalets värde.

Att avtalen har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan inte i sig motivera en sänkning av upphandlingsskadeavgiften. Kommunerna har redan i ogiltighetsmålet fått tillgodoräkna sig att det fanns tvingande hänsyn. Det kan inte ha varit den svenska lagstiftarens avsikt att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ner så snart det i ett mål om överprövning av ett avtals giltighet har fastställts att det förelegat tvingande hänsyn till ett allmänintresse. En sådan ordning skulle dessutom riskera att vara oförenlig med rättsmedelsdirektivets krav på att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.

Kommunerna har upplyst Konkurrensverket om att Menigo stämt kommunerna på skadestånd på grund av de tillfälliga avtalen. Enligt Konkurrensverkets mening är det högst osäkert om något skadestånd kommer att dömas ut till Menigo. Upphandlingsskadeavgiften bör inte kunna sänkas med hänvisning till att den upphandlande myndigheten kan komma att drabbas av en negativ konsekvens när denna endast är hypotetisk och stor ovisshet råder om den över huvud taget kommer att inträffa. Konkurrensverket konstaterar att trots att kommunerna enligt den lagakraftvunna domen har genomfört en otillåten direktupphandling, hade kommunerna dessförinnan påbörjat en annonserad upphandling. Det har inte framkommit annat än att kommunernas avsikt varit att tillgodose det aktuella behovet genom denna annonserade upphandling.

På grund av den tidsutdräkt som uppstod genom Menigos överprövning ingick kommunerna de aktuella avtalen utan föregående annonsering. Tilldelningsbeslutet i den annonserade upphandlingen meddelades cirka åtta månader innan de direktupphandlade avtalen trädde i kraft. Avtalen började inte gälla förrän den 1 mars 2011, det vill säga efter att kammarrättens dom hade meddelats den 24 februari 2011. I detta fall fanns alltså tid för en överprövning i två instanser innan de direktupphandlade avtalen började gälla. Förvaltningsrätten fann dock i den lagakraftvunna domen att kommunerna inte fick ingå de tillfälliga avtalen utan föregående annonsering med stöd av undantaget för synnerlig brådska i 4 kap. 5 § 3 p. LOU.

Avtalen är tidsbegränsade i så måtto att de endast avser att tillgodose kommunernas behov av livsmedel under den pågående överprövningen, samt under den tid det tar att genomföra en ny upphandling. De tillfälliga avtalen ska således inte ersätta en tilldelning som sker genom en annonserad upphandling, utan ska tillgodose behovet av livsmedel under pågående överprövning samt genomförandet av en ny annonserad upphandling. Med hänsyn till vad som förevarit anser Konkurrensverket att upphandlingsskadeavgiften i detta fall kan bestämmas till ett belopp som väsentligt understiger vad som gäller vid en otillåten upphandling av normalgraden.

Mot bakgrund av omständigheterna i ärendet och med hänsyn till det syfte som reglerna om upphandlingsskadeavgift avser att fylla anser Konkurrensverket att upphandlingsskadeavgiften i de förvarande fallen bör bestämmas till cirka en procent av de aktuella avtalen.

Kommunerna anser att Konkurrensverkets ansökan ska lämnas utan bifall och anför i svar huvudsakligen följande.

Kommunerna vitsordar de av Konkurrensverket beräknade kontraktsvärdena. Kommunerna har annonserat ursprungsupphandling-

en. Inget talar för att kommunerna inte avsett att utsätta inköpen av livsmedel för verklig konkurrens enligt LOU. Skälet till direkttilldelningen var att tiden för upphandlingen i slutet av januari 2011 hade dragit ut i nästan ett år. Något som kommunerna inte haft anledning att räkna med. Kommunerna har inte heller haft skäl att räkna med att upphandlingen skulle göras om och att upphandlingen därmed skulle fördröjas i ytterligare omkring ett år, en omständighet som starkt inverkar på upphandlingsskadeavgiften i och med att Konkurrensverket beräknar avgiften procentuellt på de direkttilldelade kontraktens beräknade värde.

Som förmildrande omständighet får kommunerna även peka på att Kammarrätten i Göteborg i mål nr 821-827-12 och 1446-1452-12 funnit att synnerlig brådskande förelegat till följd av en utdragen överprövning med åtföljande beslut att upphandlingen ska göras om. Omständigheterna i målet är likartade med de omständigheter som förelegat för kommunerna med den skillnaden att redan förvaltningsrätten beslutat att upphandlingen skulle göras om.

I prop. 2009/2010:180 s. 197 har regeringen framfört att sanktionsvärdet bör anses relativt lågt då en upphandlande myndighet fortsätter köpa varor och tjänster där ett nytt avtal inte kan ingås på grund av en utdragen överprövningsprocess. Uttalandet kan omsättas till situationen i nu aktuell upphandling då kommunerna på grund av en utdragen överprövning träffar tillfälligt tidsbegränsade avtal med de leverantörer som tilldelats uppdraget enligt den annonserade överprövade upphandlingen.

Eftersom förvaltningsrätten och kammarrätten i prövningen av den ursprungliga annonserade upphandlingen kommit till motsatt slut får rättsläget anses ha varit osäkert, något som enligt förarbetet är förmildrande.

Som redovisats ovan har kommunerna inte haft någon möjlighet att avstå från att göra direkttilldelningarna. Leveranserna av livsmedel är nämligen helt nödvändiga och kan inte upphöra. De direkttilldelade avtalen är tidsbegränsade till sex veckor efter det att kommunerna enligt LOU får avsluta den konkurrensupphandlade upphandlingen.

I förmildrande riktning bör även vägas in att Menigo vid Värmlands tingsrätt ansökt om skadestånd enligt LOU under åberopande av att direkttilldelningarna stått i strid med LOU. Situationen kan jämföras med vad som anges i ett förarbetsuttalande (s. 370) att om ett avtal förklaras ogiltigt kan det påverka upphandlingsskadeavgiften i sänkande riktning. Motsvarande får anses gälla även i det fallet att en leverantör yrkar skadestånd till följd av en direkttilldelning. Kommunerna riskerar nämligen en skadeståndsrättslig sanktion. Samman-

taget har omständigheterna varit sådana att kommunernas överträdelse får anses som ringa. Inga avgifter ska således dömas ut. I vart fall har omständigheterna varit så förmildrande att förvaltningsrätten bör kunna stanna vid att döma ut den lägsta möjliga upphandlings-skadeavgiften, det vill säga 10 000 kronor.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Allmän förvaltningsdomstol får enligt 17 kap. 1 § 2 p. LOU besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) bl.a. om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som vunnit laga kraft fastställt att ett avtal, trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda, får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (jfr 16 kap. 14 §).

Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Grund för att påföra upphandlingsskadeavgift

Av förarbetena till bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift (prop. 2009/10:180 s. 370) framgår bl.a. följande. För det fall en leverantör har

fört talan om ogiltighet av avtalet, och rätten har beslutat att avtalet får bestå på grund av ett tvingande allmänintresse, så är det i målet om upphandlingsskadeavgift fråga om en situation där ändringsdirektivet kräver att en sanktion ska påföras.

I sällsynta fall, när överträdelsen får anses ringa, bör det kunna aktualiseras om någon avgift över huvud taget ska påföras. Regeringen vill understryka att utgångspunkten är att bestämmelsen bör komma till användning endast i sällsynta fall och det ska i detta sammanhang även erinras om att det i de direktivstyrda fallen följer att det ska finnas en alternativ sanktion till ogiltighet i dessa fall, varför utrymmet att anse en överträdelse som ringa och underlåta att påföra en avgift är ytterst begränsat (prop. 2009/10:180 s. 198).

Förvaltningsrätten i Karlstad har i en lagakraftvunnen dom (mål nr 1724-11) angående överprövning av avtals giltighet, som ingåtts mellan kommunerna och fem leverantörer, fastställt att avtalen får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 § LOU trots att de ingåtts genom en otillåten direktupphandling. Utrymmet för att underlåta att påföra upphandlingsskadeavgift är som framgår av förarbetena ytterst begränsat och förvaltningsrätten anser inte att vad kommunerna anfört skulle medföra skäl för en sådan underlåtenhet. Grund föreligger därmed att ta ut upphandlingsskadeavgift. Vad kommunerna anfört medför inte att överträdelsen ska anses som ringa.

Eftergift och avgiftens storlek

Förvaltningsrätten har därefter att pröva om avgiften ska efterges eller sätts ned till ett lägre belopp.

Till ledning för hur beloppet närmare ska bestämmas anges i valda delar i förarbetena (jfr prop. 2009/10:180 s. 197 f.) bl.a. följande. Som framgått

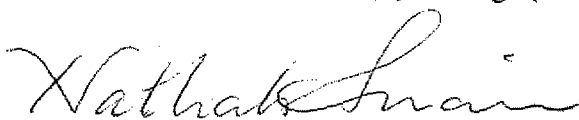
tidigare anses exempelvis otillåtna direktupphandlingar vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Vidare kan avtalstidens längd och värdet påverka sanktionsvärdet på så sätt att sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller högt värde. När det är fråga om avtal som löper under lång tid kan det antas att andra leverantörer som skulle ha kunnat komma i fråga löper större skada än vid ett kortvarigt avtal som möjliggjort en upphandling med konkurrensutsättning ha gjorts efter en kortare tid. Om det i det enskilda fallet föreligger synnerliga skäl ska avgiften kunna efterges. Med synnerliga skäl åsyftas närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften.

Kommunerna har inlett en upphandling med iakttagande av bestämmelserna i LOU. Skälet för den senare tillkomna direktupphandlingen har varit nödvändigheten av distribution av livsmedel under pågående överprövningsprocess. Det framstår därför som troligt att kommunerna haft för avsikt att genomföra den ursprungliga upphandlingen i enlighet med lag. Det kan inte heller, enligt förvaltningsrättens mening, ha förelegat några oklarheter ifråga om direktupphandlingens oförenlighet med LOU med hänsyn till lagtextens utformning i detta avseende. Rättsläget har följaktligen inte varit oklart i den mening som avses vid bedömning av om upphandlings-skadeavgift ska utgå. Att förvaltningsrätten låtit de tillfälliga avtalen bestå av andra skäl än att de stått i överensstämmelse med LOU påverkar inte bedömningen och att kammarrätten ändrat förvaltningsrättens dom i överprövningsprocessen avseende den ursprungliga upphandlingen innebär inte heller i detta avseende att rättsläget varit oklart. Kommunernas argument i nämnda avseende talar såväl i en förmildrande som i en skärpande riktning vid bedömningen.

Kommunerna har dessutom framfört ett flertal invändningar för nedsättning av avgiften som bland annat gått ut på att man inte kunnat förutse överprövningsprocessens tidsmässiga omfattning. Enligt förvaltningsrättens uppfattning kan emellertid en överprövningsprocess i två instanser inte betraktas som oförutsägbar i en sådan mening att detta i sig ska medföra en lägre upphandlingsskadeavgift.

Kommunerna har även invänt att den skadeståndstalan Menigo riktat mot kommunen ska innebära en sänkning av upphandlingsskadeavgiftens beloppsmässiga storlek. Såsom kommunerna framställt argumentet finner rätten emellertid inte skäl att närmare beakta detta. Att de direkttilldelade avtalen varit begränsade i tidsmässig omfattning och att tilldelningen avsett livsmedel medför dock enligt förvaltningsrättens uppfattning att den otillåtna direktupphandlingen inte ska bedömas som en i faktisk mening fullt lika allvarlig överträdelse av upphandlingslagstiftningen. Konkurrensverket har emellertid endast yrkat att upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till cirka en procent av kontraktsvärdena och förvaltningsrätten finner mot bakgrund av vad som anförts i det föregående inte skäl att bestämma avgiften till ett lägre belopp. Några synnerliga skäl för att avgiften helt ska efterges föreligger inte. Konkurrensverkets ansökan i samtliga mål som varit föremål för prövning i denna dom ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1B).



Nathalie Lemaire

Målet har beretts av förvaltningsrättsnotarien Henrik Melin.