



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
2014-05-06
Meddelad i
Linköping

Mål nr
1505-14

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Nyköpings kommun
611 83 Nyköping

Ombud: Chefsjurist Robert Tholén

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och förpliktar Nyköpings kommun att betala 80 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Dok.Id 161863

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 11 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Förvaltningsrätten i Linköping har i lagakraftvunnet avgörande den 6 september 2013, mål nr 3224-13, funnit att Nyköpings kommun (Kommunen) brutit mot bestämmelserna om förlängd avtalsspärr i 16 kap. 8 § LOU genom att teckna avtal med enligt Kommunen vinnande leverantör trots att en ansökan om överprövning lämnats in till förvaltningsrätten. Förvaltningsrätten fann i övrigt att Kommunen inte hade brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och att det därmed inte fanns skäl att ogiltigförklara det ingångna avtalet.

Konkurrensverket har den 6 mars 2014 inkommit med en ansökan om upphandlingsskadeavgift och yrkar att Kommunen ska förpliktigas att betala 80 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Kommunen motsätter sig bifall till Konkurrensverkets ansökan och yrkar i första hand att någon upphandlingsskadeavgift inte ska utgå och i andra hand att avgiften ska sättas ned till 10 000 kr.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Konkurrensverket

Kommunen har genomfört en annonserad upphandling benämnd "Östra kajen" avseende byggtreprenad. Underrättelse om tilldelningsbeslut i upphandlingen skickades till anbudsgivarna den 25 april 2013 varmed avtalsspärren och den därmed sammanhängande ansökningsfristen för att begära överprövning gällde till och med den 6 maj 2013. Avtal fick därmed ingås tidigast den 7 maj 2013 om någon ansökan om överprövning inte dessförinnan inkommit till förvaltningsrätten. Sådan ansökan inkom

till förvaltningsrätten den 2 maj 2013. Den 7 maj 2013 ingick Kommunen avtal med enligt Kommunen vinnande leverantör.

Enligt 17 kap. 2 § första stycket LOU ska Konkurrensverket ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om en domstol fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. LOU. I och med att domen vunnit laga kraft har omständigheterna kring den av förvaltningsrätten konstaterade överträdelsen gällande avtalsspärr endast betydelse för överträdelsens sanktionsvärde och upphandlingsskadeavgiftens storlek. Storleken bedöms mot bakgrund av 17 kap. 4 och 5 §§ LOU. Av förarbetena framgår att syftet med upphandlingsskadeavgift är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedel används på ett korrekt sätt. Vid bedömningen av avgiftens storlek ska hänsyn tas till alla relevanta omständigheter inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Detta innebär att hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter.

När det gäller upphandlingsskadeavgift som grundar sig på ett avgörande med innebörd att ett avtal fått bestå trots att det slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr, bör som generell princip gälla att en avgift om 25 000 kr samt därtill ett tillägg om 0,25 procent av kontraktsvärdet ska betalas. Omständigheter i det enskilda fallet kan sedan motivera att avgiften fastställs till ett högre eller lägre belopp. Avsikten med den nämnda beräkningen är att det fasta beloppet ska utgöra en form av minimiavgift vilken regelmässigt ska utgå vid alla överträdelser av detta slag, medan det rörliga beloppet ska reflektera den aktuella upphandlingens storlek. Vad avser det fasta beloppet framstår 25 000 kr generellt som ett rimligt och väl avvägt grundbelopp i relation till den överträdelse av reglerna om avtalsspärr som myndigheten i fråga gjort sig skyldig till. Syftet med att låta avgiftens storlek även bero på ett rörligt belopp som är anpassat till kontraktsvärdet är främst att sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
Enhet 2**DOM**

avskräckande. Den nämnda beräkningsmetoden har på ett principiellt plan bekräftats i två kammarrättsavgöranden (se Kammarrätten i Stockholms dom den 14 december 2012 i mål nr 7009-12 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 december 2013 i mål nr 4201-13). Vid en tillämpning av beräkningsmetoden bör upphandlingsskadeavgiften som utgångspunkt i förevarande mål avrundat uppgå till 80 000 kr med beaktande av att kontraktsvärdet enligt uppgift från Kommunen uppgår till 22 910 000 kr.

Vad avser bedömningen av om det finns några förmildrande eller försvårande omständigheter har Kommunen i yttrande till Konkurrensverket anfört att Förvaltningsrätten i Linköping först den 15 maj 2013 meddelande att en ansökan om överprövning inkommit den 3 maj 2013. Mot den bakgrunden är Konkurrensverkets uppfattning att nuvarande överträdelse, när en upphandlande myndighet sluter avtal i strid med den förlängda avtalspärren och myndigheten inte känner till att en ansökan om överprövning lämnats in till förvaltningsrätten, är en överträdelse av normalgraden. Den förlängda avtalspärren börjar enligt 16 kap. 8 § LOU nämligen att gälla i samma ögonblick som en ansökan om överprövning av en upphandling lämnas in i rätt tid till förvaltningsrätten, oavsett om den upphandlande myndigheten känner till detta. Det krävs inte heller att överträdelsen har skett med uppsåt eller oaktsamhet, utan ansvaret för upphandlingsskadeavgift är strikt. Såsom framgår av Kammarrätten i Stockholms mål 7009-12 är den omständigheten att en upphandlande myndighet före avtalsingåendet kontrollerar sina egna inkorgar för post eller liknande för att se om information om en ansökan om överprövning har kommit in till förvaltningsrätten inte en omständighet som kan betraktas som förmildrande. Att den av Kommunen påstådda upparbetade rutinen mellan Kommunen och förvaltningsrätten brustit ska därmed inte inverka sänkande vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Det finns förvisso inte någon regel som ålägger en upphandlande myndighet att innan avtal sluts i en upphandling, själv ta reda på huruvida någon ansökan om överprövning av en upphandling har lämnats in till förvaltningsrätten. Som en följd av 16 och 17 kap. LOU om avtalsspärr och upphandlingsskadeavgift kan det emellertid finnas skäl för upphandlande myndigheter att antingen självmant kontakta förvaltningsrätten för att kontrollera huruvida någon ansökan om överprövning har gjorts eller avvakta några dagar efter att den ordinarie avtalsspärren löpt ut innan avtal ingås. Det sistnämnda förslaget nämns även i förarbetena (se prop. 2009/10:180 s. 123). Om den upphandlande myndigheten istället – såsom har skett i förevarande mål – väljer att sluta avtal redan den första dagen efter utgången av ordinarie avtalsspärr, utan att först själv kontrollera om någon ansökan kommit in till förvaltningsrätten, utsätter sig myndigheten för en inte obetydlig risk att åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift, alldeles oavsett om förvaltningsrätten i det enskilda fallet skulle kunna klandras för att inte tillräckligt snabbt eller säkert ha underrättat myndigheten om den inkomna ansökan om överprövning.

Det bör avslutningsvis poängteras att den yrkade upphandlingsskadeavgiften om 80 000 kr är mycket låg i förhållande till den aktuella upphandlingens värde om nästan 23 miljoner kr. Detta i och med att Konkurrensverket vid upphandlingsskadeavgifter avseende överträdelser av reglerna om avtalsspärr redan beaktat att en sådan överträdelse av normalgraden betingar ett lågt sanktionsvärde.

Kommunen

Kommunen är väl medveten om att förlängd avtalsspärr råder i det fall att en ansökan om överprövning lämnas in till förvaltningsrätten. Kommunen skulle med berätt mod sålunda inte heller teckna sådant avtal om man känner till att förlängd avtalsspärr råder. I aktuellt fall hade Kommunen ingen

aning om att överprövning hade begärts vid tidpunkten för avtalets tecknande den 7 maj 2013. Underrättelse om att överprövning begärts inkom från förvaltningsrätten först den 15 maj 2013. Förvaltningsrätten har på förfrågan inte kunnat verifiera att något sådant meddelande översänts till kommunen genom fax innan det datumet.

Den fråga som nu är för handen är därför hur systemet runt hur en upphandlande myndighet får kännedom om att avtalsspärr inträtt av rättsordningen är tänkt att fungera i förhållande till ansvaret att tvingas betala upphandlingskadeavgift, framför allt när en avtalsspärr överträtts på grund av faktisk okunskap om att sådant tillstånd råder. Såvitt Kommunen känner till finns det inga regler om hur underrättelse om att ansökan om överprövning inkommit till förvaltningsrätten ska meddelas den upphandlande myndigheten. Det finns inte heller några särskilda regler om att det åligger den upphandlande myndigheten att själv förvissa sig om att en ansökan om överprövning inte kommit in till förvaltningsrätten innan avtal tecknas. Detta rättsförhållande medför att den upphandlande enheten riskerar att hamna i en mycket rättsosäker och oacceptabel situation, vilket med tydlighet visar sig i förevarande mål. En sådan uppenbar brist i rättsreglerna rörande upphandlingskadeavgift kan inte rimligen gå ut över den enskilde när denne förhåller sig korrekt till de uttalande rättsregler som finns i sammanhanget, dvs. tecknar avtal först sedan tiden för avtalsspärr gått till ända och man inte har kunskap om att ansökan om överprövning faktiskt inkommit. Att, såsom Konkurrensverket hävdar, utan lagstöd få det till att det bör åvila en upphandlande myndighet att ta reda på om en överprövning inkommit till rätten genom att hävda att det torde föreligga en sådan skyldighet för en upphandlande myndighet, och att denna därför bör avvakta med att teckna avtal och själv kontrollera om sådan ansökan inkommit fast någon sådan skyldighet inte uttryckts i lagtext, är oacceptabelt.

Den ovan nämnda situationen har utmynnat i att en rutin upparbetats mellan de upphandlande myndigheterna och domstolarna som innebär att underrättelse alltid regelmässigt skickats via fax från domstolen till den upphandlande myndigheten med meddelande om att ansökan om överprövning inkommit. Det har funnits fog för att lita på att denna rutin alltid ska gälla, och det har därmed inte funnits anledning att utgå från något annat. I och med ovanstående är det inte rimligt att döma till ansvar när upparbetade rutiner fallerar av någon anledning. Det uteblivna meddelandet från förvaltningsrätten måste därmed medföra befrielse från att utge upphandlingsskadeavgift. Det begångna felet bottnar i detta fall inte i någon nonchalans gentemot upphandlingsreglerna, varför behovet av att utdöma upphandlingsskadeavgift helt torde saknas för att upprätthålla respekten för regelsystemet om avtalsspärr.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Av 17 kap. 1 § 1 LOU framgår bl.a. att allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 1, 3 eller 8 §.

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.

Av 17 kap. 5 § LOU framgår att vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska 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

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det finns ett lagakraftvunnet avgörande från allmän förvaltningsdomstol där domstolen funnit att ett avtal får bestå trots att det slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr. I och med att strikt ansvar gäller när en av punkterna i 17 kap. 1 § LOU är uppfylld föreligger förutsättningar att påföra upphandlingsskadeavgift (se prop. 2009/10:180 s. 193).

Angående upphandlingsskadeavgiftens storlek har Konkurrensverket utifrån 17 kap. 4 och 5 §§ LOU samt förarbetena utvecklat en beräkningsmetod som består av ett fast belopp och ett rörligt belopp som är beroende av kontraktsvärdet. Mot bakgrund av Kammarrätterna i Stockholms och Göteborgs avgöranden i mål nr 7009-12 respektive 4201-13, samt då Konkurrensverkets beräkningsmodell i övrigt framstår som rimlig, finner förvaltningsrätten att den bör tillämpas i nuvarande fall. Det är målet i ostridigt att kontraktsvärdet uppgått till 22 910 000 kr. Upphandlingsskadeavgiften hamnar därmed på 82 275 kr. Konkurrensverket har avrundat avgiften till 80 000 kr. Förvaltningsrätten finner ingen anledning att frångå det valet.

Förvaltningsrätten har härnäst att pröva om den ovan framräknade upphandlingsskadeavgiften kan påverkas vid tillämpning av bestämmelserna i 17 kap. 5 § LOU.

Av utredningen i målet framgår att Kommunen tecknade avtal redan dagen efter det att avtalsspärren enligt 16 kap. 1 § LOU gått ut. Kommunen har därmed tagit en inte obetydlig risk i och med att en ansökan om överprövning kan ha getts in till förvaltningsrätten dagen innan utan att en underrättelse därom hunnit skickas till den upphandlande myndigheten. Såsom framgår av förarbetena kan en upphandlande myndighet överväga att vänta ytterligare en tid efter avtalsspärrens utgång för att säkerställa att en ansö-

kan om överprövning inte anhängiggjorts vid domstol. Att vänta med att ingå avtal i de fall en avtalsspärr gäller innebär inte att ytterligare leverantörer ges möjlighet att ansöka om överprövning (prop. 2009/10:180 s. 123).

Förvaltningsrätten finner att varken försvårande eller förmildrande omständigheter kan anses föreligga. Inte heller är fallet ringa eller föreligger synnerliga skäl för eftergift. Vad Kommunen anfört om att reglering saknas för hur en upphandlande myndighet ska få kunskap om en ansökan om överprövning är inte tillräckligt för att inverka på bedömningen.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis således att Konkurrensverkets ansökan ska bifallas på så sätt att Kommunen åläggs att betala 80 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

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


Magnus Wickström

Föredragande har varit Eric Elander Duque.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 – behövs 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.