



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-09-12
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
3694-12
Enhet 14

Sida 1 (11)

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

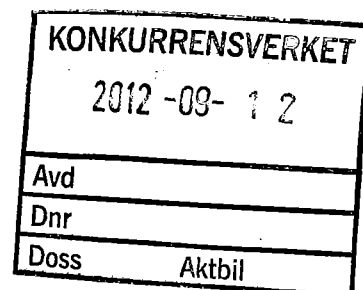
MOTPART

Danderyds kommun
Djursholms slott
182 05 Djursholm

Ombud: Advokat John Hane, Advokat Hampus Ek
och Jur.kand. Jesper Buhrman
Foyen Advokatfirma
Box7229
103 89 Stockholm

SAKEN

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



DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt LOU och bestämmer upphandlingsskadeavgiften till 120 000 kr.

Dok.Id 252268

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00

E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND

Förvaltningsrätten i Stockholm har i dom den 7 juli 2011, mål nr 11746-11, avslagit Bravida Sverige AB:s (Bravida) yrkande om att avtalet från den 9 juni 2011 mellan Danderyds kommun (Kommunen) och YIT Sverige AB (YIT) ska förklaras ogiltigt. Förvaltningsrätten konstaterade i domen att kommunen tecknat avtal i strid med bestämmelserna om avtalsspärr men att Kommunen inte hade brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. Kammarrätten i Stockholm och Högsta förvaltningsdomstolen har inte meddelat prövningstillstånd och förvaltningsrättens dom har således vunnit laga kraft.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten jämlikt 17 kap. 1 § 1 LOU förpliktar kommunen att betala 120 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Som grund för yrkandet anges att Förvaltningsrätten i Stockholm i lagakraftvunnen dom den 7 juli 2011, mål nr 11746-11, har fastställt att ingånget avtal har fått bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr.

Kommunen bestrider bifall till Konkurrensverkets ansökan och anser i första hand att någon upphandlingsskadeavgift inte ska utgå p.g.a. överträdelens ringa karaktär. I andra hand anser Kommunen att upphandlingsskadeavgiften ska efterges då det föreligger synnerliga skäl. En upphandlingsskadeavgift om 25 000 kr vitsordas så som skälig i och för sig.

Konkurrensverket anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Kommunen har genomfört en upphandling benämnd "Fastighetsdrift 2011". Meddelande om tilldelningsbeslut i upphandlingen avsändes den 27 maj 2011 och i meddelandet angavs att avtal kommer att tecknas tidigast den 9 juni

2011. Kommunen ingick därefter avtal med den vinnande leverantören YIT den 9 juni 2011. Bravidas ansökan om överprövning gavs in till förvaltningsrätten den 8 juni 2011, d.v.s. inom den tid under vilken avtalsspärr gällde. Därmed inträdde den förlängda avtalsspärren. Avtal med den vinnande leverantören i upphandlingen ingicks den 9 juni 2011 och således i strid med den förlängda avtalsspärren. Eftersom förvaltningsrätten fastställt att det aktuella avtalet fått bestå trots att det har ingåtts i strid med bestämmelserna om avtalsspärr föreligger förutsättningar för påförande av upphandlingsskadeavgift.

Upphandlingsskadeavgift kan tas ut oberoende av om överträdelsen har skett uppsåtligen eller av oaktsamhet. En upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr, dock inte överstigande tio procent av kontraktsvärdet. 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.

När det gäller upphandlingsskadeavgift som grundar sig på att den upphandlande myndigheten har slutit ett avtal som fått bestå trots att det slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr, anser Konkurrensverket att som generell princip bör gälla att en avgift om 25 000 kronor samt därtill ett tillägg om 0,25 procent av kontraktsvärdet ska påföras myndigheten. Omständigheterna i det enskilda fallet kan sedan motivera att avgiften fastställs till ett högre eller lägre belopp. Syftet med att låta avgiftens storlek även bero av ett rörligt belopp som är anpassat till kontraktsvärdet är främst att sanktionen, enligt rättsmedelsdirektivet och lagens förarbeten, ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Avgiften blir även förutsebar, vilket ur rättssäkerhetssynpunkt framstår som angeläget. Den aktuella upphandlingen omfattades av de direktivstyrda reglerna och därför ska beräkningen av kontraktsvärdet ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§

LOU. Värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de kommer att utnyttjas. Vidare ska de premier och ersättningar som den upphandlande myndigheten planerar att betala till anbudssökande eller anbudsgivare räknas in i värdet.

Kommunen har i yttrande till Konkurrensverket bl.a. uppgett att det totala värdet av avtalet inklusive optioner och förlängningar uppgår till 17 035 000 kr. Uppgiften synes bygga på att ersättningen för den fasta delen per år i det aktuella avtalet uppgår till 3 407 000 kr per år under fem år ($3\,407\,000 \times 5 = 17\,035\,000$). Konkurrensverket är emellertid av uppfattningen att avtalets värde ska beräknas till ett högre belopp. Av anbudsvärderingen i upphandlingen framgår nämligen att YIT:s anbud enligt den beräkningsmodell som uppställts i förfrågningsunderlaget beräknats till 7 638 400 per år. Skillnaden består i att den totala ersättning som ska betalas enligt kontraktet utgörs av en fast del, 3 407 000 kr per år, samt en uppskattad rörlig del, resterande 4 231 400 kr per år. Beräkningen av anbudspriset har härvid skett utifrån fiktiva mängder som angetts i punkt 3.5.7 i förfrågningsunderlaget. Enligt Konkurrensverkets uppfattning ska även denna uppskattade rörliga del medräknas vid beräkningen av värdet av det aktuella avtalet. Enligt Konkurrensverkets mening bör därför det totala värdet av avtalet uppskattas till 38 192 000 kr ($7\,638\,400 \times 5$). Gällande avgiftens storlek anser Konkurrensverket med hänsyn till omständigheterna i ärendet att upphandlingsskadeavgiften enligt det ovan angivna beräkningssättet bör bestämmas till 120 000 kr. Detta yrkande utgör drygt 0,3 procent av avtalets värde.

Yrkandet ska ses i ljuset dels av att avgiften får uppgå till 10 procent av kontraktsvärdet, dels av att Konkurrensverket i mål om upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling i allmänhet anser att en avgift om 7–8 procent av kontraktsvärdet är rimligt. Det yrkade beloppet

om 120 000 kr är väl avvägt med hänsyn till de allmänpreventiva aspekter som gör sig gällande i dessa mål och står också i rimlig proportion till den aktuella överträdelsen.

Konkurrensverket anser inte att den aktuella överträdelsen kan bedömas som ett ringa fall. Förlängd avtalsspärr inträder oavsett om den upphandlande myndigheten informerats om att en ansökan om överprövning inkommit eller ej.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning torde det främst vara när en upphandlande myndighet på något sätt hamnat i villfarelse genom domstolens försorg, exempelvis genom en felaktig uppgift om att en ansökan om överprövning inte inkommit, och därför ingår avtal i strid mot förlängd avtalsspärr, som det kan övervägas om upphandlingsskadeavgift överhuvudtaget bör påföras. I en sådan situation torde dock eftergift vara det närmast till hands liggande alternativet.

Konkurrensverket vill med anledning av Kommunens begäran om eftergift poängtera att ett av det s.k. ändringsdirektivets huvudsyften var att komma till rätta med problemet att en upphandlande myndighet skyndar sig att ingå avtal för att på så sätt stänga möjligheten till överprövning. Reglerna tar således direkt sikte på just den föreliggande situationen. Den omständigheten att kommunen inte anser sig ha begått överträdelsen med uppsåt eller av oaktsamhet innebär i sig inte någon skillnad avseende konsekvenserna för övriga anbudsgivare och deras möjlighet att få upphandlingen överprövad.

När det gäller eftergift torde utrymmet i princip vara mycket litet för domstolen att besluta om att en upphandlande myndighet ska undgå att betala upphandlingsskadeavgift. Eftergift kräver enligt lagen att synnerliga skäl föreligger. I motiven uttalas att de situationer som åsyftas närmast är såd-

ana där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Möjligheten att medge eftergift är en form av ventil som inte är avsedd att tillämpas annat än i rena undantagsfall och avser främst sådana oförutsedda händelser som inte myndigheten själv kunnat råda över.

Kommunen anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Vid handläggningen av upphandlingens slutskede har kommunen felaktigt utgått i från att det förelegat en sedvanlig avtalsspärr om tio dagar och att densamma löpt ut redan den 6 juni 2011. Kommunen har ändå självmant iakttagit den avtalsspärr som i enlighet med vad som anges i underrättelsen löpt ut först den 8 juni 2011. Dagen därpå, dvs. den 9 juni 2011 har kommunen kontrollerat huruvida den per fax, telefon eller e-post hade kontaktats av domstol eller eventuellt anbudsgivare av innebörd att begäran om överprövning skulle ha skett innan avtalsspärren löpte ut. I förevarande fall har förvaltningsrätten haft kännedom om att en förlängd avtalsspärr har börjat löpa. Först under eftermiddagen har Kommunen nåtts av förvaltningsrättens besked om den inkomna ansökan. Kommunens uppfattning och tidigare erfarenhet av motsvarande situationer har varit att domstolen haft möjlighet att under morgonen eller i vart fall under förmiddagen meddela myndigheten i de fall en förlängd avtalsspärr aktualiserats. Oavsett inom vilken tid det får anses rimligt att en domstol varskor den upphandlande myndigheten, mot bakgrund av vad som uttalats i förarbetena och vikten av ett sådant förfarande, har Kommunen sedan den försäkrat sig om att så inte skett under förmiddagen den 9 juni 2011 varit i tron att avtal kunde ingås utan att någon avtalsspärr överträdde. Kommunen har i detta fall försökt följa regelverket till punkt och pricka. Detta bör ses som en förmildrande omständighet som ska ge utslag i bedömningen av om det inte rör sig om ett ringa fall.

I motiven anges att strikt ansvar ska gälla för upphandlingsskadeavgift och att sådan avgift kan tas ut oberoende av om överträdelsen skett uppsåtligen eller av oaktsamhet. I minnet ska emellertid hållas att det i propositionen

angivits att det för att det strikta ansvaret ska kunna vara försvarbart också bör finnas starkt stöd för en presumtion om att överträdelser på området endast kan begås uppsåtligen eller genom oaktsamhet. Detta utgör snarast strikt ansvar med en reservation för att det ändå ska vara fråga om uppsåt eller oaktsamhet. Det är alldeles uppenbart att Kommunen inte agerat med uppsåt eller genom oaktsam underlåtenhet. För att syftet att upphandlings-skadeavgiften ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande ska uppnås måste det finnas någon form av felande från den upphandlande myndigheten. Att avgift skulle utgå vid de omständigheter som förvaltningsrätten nu har att pröva överensstämmer inte med propositionens syfte. Om inte detta fall ska betraktas som ringa är det svårt att se när denna ventil i lagstiftningen rent praktiskt ska komma till användning.

Om det finns synnerliga skäl ska upphandlingsskadeavgift efterges. Av propositionen framgår att vad som åsyftas med synnerliga skäl är sådana situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Om man inte känner till att en viss bestämmelse har överträtts utan som Kommunen har agerat mot bättre vetande och inte har kunnat förväntas känna till den omständighet som lett fram till åsidosättandet av förlängd avtalsspärr, saknas skäl att avskräcka eller resonera kring vilken sanktion som skulle vara effektiv i sammanhanget. Det konstateras att vare sig direktiv eller lagstiftning synes ha tillkommit för att komma åt upphandlande myndigheter som Kommunen i den nu uppkomna situationen.

Gällande storleken på den yrkade upphandlingsskadeavgiften måste det uteslutas att det varit fråga om uppsåtlig eller oaktsam överträdelse, det senare särskilt med beaktande av att det inte enligt LOU uttryckligen föreskrivs att det åligger den upphandlande myndigheten att kontrollera huruvida överprövning ingivits. Överträdelsen kan mot denna bakgrund inte sägas vara klar. Inte heller rör det sig om ett upprepat handlande i mo-

tivens mening. Mot bakgrund av dessa omständigheter kan konstateras att sanktionsvärdet måste anses vara mycket lågt.

Konkurrensverkets sätt att beakta kontraktets värde och därvid inkludera rörlig ersättning saknar stöd i verkliga förhållanden. Kommunen vidhåller i denna del vad som tidigare har angivits om kontraktets värde, d.v.s. 17 035 000 kr avseende den fasta delen under fem år. Konkurrensverkets sätt att beräkna kontraktets värde bygger endast på antaganden och det finns ett stort mått av osäkerhet i vad som läggs till grund för beräkningen. Överträdelsen är närmast att betrakta som trivial och avgiften ska spegla dess sanktionsvärde, vilket måste vara mycket lågt och lägre än 120 000 kr om det överhuvudtaget existerar. En sanktionsavgift om 120 000 kr drabbar givetvis Kommunen betydligt hårdare än t.ex. Stockholms stad som till invånarantalet är 27 gånger större än Kommunens.

Det synes stå klart att Kommunen inte har försökt skynda sig att ingå något avtal för att begränsa anbudsgivarnas möjlighet att begära överprövning. Att Kommunen ska påföras 120 000 kr i upphandlingsskadeavgift är inte proportionerligt i förhållande till Kommunens agerande.

DOMSKÄL

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten 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 avtals-spärr. Därmed föreligger förutsättningar för att med stöd av 17 kap. 1 § 1 LOU påföra upphandlingsskadeavgift.

I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. I förarbetena till LOU anges bl.a. att utrymmet för att anse en överträdelse som ringa och underlåta att påföra en avgift ytterst begränsat i de direktivstyrda fallen. Det är endast i rena

undantagsfall som en överträdelse kan anses vara ringa (jfr prop. 2009/10:180 s. 198). Att kommunen felaktigt har trott att avtalsspärren löpt ut och därför ingått kontrakt kan inte medföra att överträdelsen ska betraktas som ringa. Inte heller har några andra omständigheter framkommit som gör att överträdelsen kan betraktas som ringa.

Rätten har därmed att bestämma upphandlingsskadeavgiftens storlek. Frågan är vilka förutsättningar som ska läggas till grund för beräkningen. Konkurrensverket anser att avgiften ska bestå av dels ett fast belopp och dels ett rörligt belopp som är beroende av kontraktsvärdet. Likaså menar Konkurrensverket att det i det totala kontraktsvärdet ska inkluderas både det värde som avser kontraktsarbeten i den fasta delen av kontraktet samt den rörliga del avseende tillkommande varor och tjänster i fiktiv omfattning som angetts i den beräkningsmodell som kommunen använt sig av i förfrågningsunderlaget och anbudsutvärderingen. Kommunen anser däremot, för det fall någon upphandlingsskadeavgift överhuvudtaget ska utgå, att beräkningen av kontraktsvärdet ska göras utifrån det i förfrågningsunderlaget angivna fasta anbudspriset för de aktuella kontraktsarbetena.

Enligt 17 kap. 4 § andra stycket LOU ska beräkningen av kontraktsvärdet ske enligt bl.a. 3 kap. 3 och 4 §§ LOU. I 3 kap. 3 § LOU anges bl.a. följande. Värdet av kontrakt som avses i 1 eller 2 §§ ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

Den beräkningsmodell som Konkurrensverket använder framstår som rimlig och bör därför tillämpas. Det innebär att avgiften ska bestämmas till en fast del om 25 000 kr och ett tillägg om 0,25 procent av kontraktsvärdet. Möjligheten till förlängning av avtalet om två år ska likaså beaktas vid beräkningen av kontraktsvärdet.

Det är i målet ostridigt att den fasta delen av kontraktet samantaget uppgår till 17 035 000 kr per år. Förvaltningsrätten konstaterar först att det i förfrågningsunderlaget och avtalet/beställningen mellan Kommunen och YIT är otydligt hur stor den rörliga delen av kontraktet kan komma att bli. Emellertid får det, utifrån storleken av den fiktiva och rörliga delen i förfrågningsunderlaget, dras slutsatsen att Kommunens avsikt måste vara att den rörliga delen kommer att utgöra en betydande del av det totala kontraktsvärdet. Kommunen har inte förtydligat det uppskattade värdet av den rörliga delen, utan har endast hänvisat till den fasta delen. Utifrån bristfälliga uppgifter om den rörliga delens värde samt utifrån slutsatsen att omfattningen av den rörliga delen kan förmodas bli betydande anser förvaltningsrätten att den fiktiva kvantiteten som uppges i förfrågningsunderlaget och anbudsutvärderingen ska ligga till grund för beräkningen av det totala kontraktsvärdet. Det får därmed anses rimligt att den rörliga delen kan komma att uppgå till det i anbudsutvärderingen angivna värdet om 4 231 400 kr per år. Kontraktsvärdet för YIT ska därför beräknas enligt följande.

$(3\,407\,000\text{ kr} \times 5\text{ år}) + (4\,231\,400\text{ kr} \times 5\text{ år}) = 38\,192\,000\text{ kr}$. Avgiften ska därför bestämmas till avrundade 120 000 kr (25 000 kr i fast avgift + 0,25 % av kontraktsvärdet $38\,192\,000\text{ kr} = 120\,480\text{ kr}$).

Kommunen har även gjort gällande att upphandlingsskadeavgiften bör efterges på grund av synnerliga skäl. 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). Att ta ut upphandlingsskadeavgift i föreliggande fall framstår inte som orimligt eller stötande. Upphandlingsskadeavgiften ska därför bestämmas till ovan angivet belopp.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a LOU).



Ulrika Melin

Rådman

Föredragande har varit Katharina Samuelsson.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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

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

DV 3109/1A LOU