

År. 2012

Diariennr. 226

Bilaga. 0008



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I MALMÖ**  
Avdelning 1  
Maria Nyström

**DOM**  
2012 -07- 09  
Meddelad i  
Malmö

Mål nr  
4137-12 E

**SÖKANDE**  
Konkurrensverket  
Malmskillnadsgatan 32  
103 85 Stockholm

**MOTPART**  
Malmö kommun  
205 80 Malmö

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

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2012 -07- 09	
Avd	JU
Dnr	226/2012
Doss	862 Aktbil 8

## DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Malmö kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 170 000 kr.

2012 -07- 09

## BAKGRUND

Förvaltningsrätten i Malmö har i dom den 4 maj 2011 (mål nr 2975-11 E) bifallit Kom Transport AB:s (Kom Transport) yrkande om att avtalet den 24 september 2010 gällande vinterväghållning mellan Malmö kommun och MM Minigräv Öved AB (Minigräv) ska ogiltigförklaras.

Efter att Malmö kommun överklagat förvaltningsrättens dom har Kammarrätten i Göteborg genom dom den 27 oktober 2011 (mål nr 3759-11) avslagit överklagandet. Kammarrätten delade förvaltningsrättens bedömning att det inte förelegat någon rätt för Malmö kommun att tilldela avtalet genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Enligt kammarrätten hade kommunen inte visat att det förelegat sådana särskilda omständigheter som medförde att undantaget i 4 kap. 5 § första stycket LOU var tillämpligt. Kammarrättens dom har fått laga kraft.

## YRKANDE M.M.

**Konkurrensverket** (KKV) yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 LOU förpliktigar Malmö kommun (kommunen) att betala 170 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Som grund för yrkandet anges att kommunen har tillämpat undantaget från annonseringsskyldigheten utan att förutsättningar härför förelegat och att upphandlingen därmed skett i strid med LOU. Det är således klarlagt genom kammarrättens dom att kommunen i och med avtalets ingående har genomfört en otillåten direktupphandling. Avtalet mellan kommunen och Minigräv omfattade ett år, från den 15 november 2010 till den 31 mars 2011, med möjlighet till förlängning årsvis, dock högst ett plus ett år, alltså maximalt tre år. Kommunen förlängde inte avtalet.

Kommunen har under ärendets handläggning invänt att optionerna inkluderats av misstag och aldrig avsetts att utnyttjas. KKV anser att optionerna inte ska exkluderas vid beräkningen av avtalets värde. Kommun har ansett att utan det direkttilldelade avtalet skulle det ha uppstått omfattande brister i vinterväghållningen. Detta visar att kommunen förutsåg att leverantörens tjänster skulle komma att tas i anspråk i stor omfattning. Det rörde sig inte om en extrakapacitet att ta till endast i nödfall, utan om en reell förutsedd brist i behovstäckningen från de redan upphandlade leverantörerna. För det fall optionerna hade utnyttjats torde kommunens behov av extra kapacitet ha kvarstått i mer än bara marginell omfattning. Rimligtvis hade detta behov resulterat i en fakturering för de två ytterligare perioderna om belopp överstigande beredskapsersättningen.

Under den första vintersäsongen, en "extremvinter", som avtalet gällde betalade kommunen totalt 1 359 903 kr till leverantören. Detta belopp får tjäna som utgångspunkt i avtalets värde. Enligt kommunen kräver en "normalvinter" ungefär en tredjedel av resurserna jämfört med vintern 2010/2011. KKV har vid beräkning av avtalets värde utgått från kommunens uppgifter och uppskattar att leverantören avseende de två kommande vintersäsongerna, viket försiktighetsvis förutsätts vara "normalvintrar", skulle ha erhållit en ersättning uppgående till  $1\,359\,903/3 = 453\,301$  kr per optionssäsong. Med hänsyn till att avtalet inkluderar optioner avseende två ytterligare perioder av samma omfattning, dock med hänsyn tagen till variationer i väderleken vintertid, ska avtalets värde beräknas till  $1\,359\,903 + (453\,301 \times 2) = 2\,266\,505$  kr.

KKV menar att upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten upphandling bör beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets kontraktsvärde. Därefter bör det prövas om det föreligger några förmildrande eller försvårande omständigheter i det enskilda fallet som kan ha sänkande eller höjande inverkan på avgiften. Vidare är även upphandlingskontraktets värde

2012 -07- 09

ett mått på hur allvarlig överträdelsen typiskt sett är. En upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling bör ligga i den högre delen av skalan, med ett belopp motsvarande fem till tio procent av avtalets värde. Omständigheten att ett avtal förklaras ogiltigt skulle kunna påverka upphandlingsskadeavgiftens storlek i sänkande riktning, under förutsättning att myndigheten verkligen drabbats av negativ konsekvens på grund av denna ogiltighet.

I anledning av domen och avtalets ogiltighet har kommunen träffat en uppgörelse med Minigräv varvid förmögenhetsläget återställs på så sätt att vardera part behöll redan erhållen prestation. Parternas mellanhavanden är därmed slutligt reglerade. Således kan kommunen inte anses ha drabbats av några negativa konsekvenser på grund av ogiltigförklaringen.

Ett åläggande av en väl avvägd upphandlingsskadeavgift har också en viktig allmänpreventiv funktion, då en någorlunda kännbar sanktion får anses ha effekten att verka motiverande för upphandlande myndighet att noga sätta sig in i regelverket och upprätta goda rutiner vid ingående av avtal. Kommunens överträdelse är av allvarligt slag och det har inte framkommit några vare sig förmildrande eller försvårande omständigheter kring den aktuella överträdelsen. Avtalets värde har beräknats till 2 266 505 kr. En upphandlingsskadeavgift om 170 000 kr utgör 7,5 procent av kontraktsvärdet och är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

**Kommunen** bestrider bifall till KKV:s ansökan och anför bl.a. följande. Kommunen anser att förvaltningsrätten, med hänvisning till att överträdelsen är ringa, inte ska besluta om någon avgift alternativt att avgiften efterges på grund av synnerliga skäl. För det fall rätten finner att avgift ska påföras bör avgiften sättas till lägsta möjliga belopp då det föreligger förmildrande omständigheter. Den övre delen av skalan torde dessutom

vara förbehållen de situationer där en upphandlande myndighet medvetet har kringgått upphandlingsreglerna eller där myndigheten varit diskriminerande i sitt förfarande vilket inte har förekommit i det aktuella fallet. Den ersättning som leverantören erhållit för tjänsten vinterväghållning är på grund av extrem väderlek under vinterhalvåret 2010/2011 betydligt högre än den ersättning som under en normal vintersäsong brukar betalas för motsvarande tjänst.

Kostnaden för kommunens snöröjning under vintersäsongen 2010/2011 uppgick till totalt 67 miljoner kr. Om en upphandlingsskadeavgift ska påföras bör en konsekvent beräkningsmodell tillämpas. Anledningen till upphandling utan föregående annonsering var att ingen av ramavtalsleverantörerna kunde tillgodose kommunens utökade behov. Kommunen konstaterade att det inte fanns tillräckligt med tid att genomföra en annonserad upphandling. Vinterväghållningstjänsten genomförs av avtalsleverantörer under perioden 15 november – 31 mars. Kommunen bedömde den 20 september 2010 att det var absolut nödvändigt att tilldela det aktuella kontraktet avseende vinterväghållning på grund av synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunde förutses. Kommunen ansåg att tjänsten snöröjning måste fungera och att ingen person skulle riskera att utsättas för fara. Ett risktagande förorsakade att inte tillgodose nödvändiga snöröjningsbehov kunde ha förorsakat katastrofala följder för räddningstjänsten, sjukhus, särskilda boende, LSS-boenden, skolor och förskolor. Kommunen anser att det fanns tvingande hänsyn till allmänintresse.

Avtalets optioner avseende förlängning hade av misstag tagits med vid utformningen av det aktuella avtalet och skulle inte utlösas. Det fanns inte behov av att förlänga avtalet för ytterligare någon vinterperiod. Den nya ramavtalsupphandlingen och det ramavtal avseende vinterväghållning som skulle ersätta det då gällande, planerades och utformades under perioden 2010/2011.

KKV:s beräkning avseende avtalets kontraktsvärde ifrågasätts eftersom KKV har valt att blanda faktiska och teoretiska värden. Värdet ska antingen beräknas utifrån teoretiska värden, 3 x normalårsvärden, dvs. 1 359 903 kr eller faktiska värden, redovisat värde för år 1 och upphandlat värde för år 2 och 3, dvs. 1 839 903 kr. Normalår är en meteorologisk term som beskriver ett teoretiskt värde. Vinterperioden 2010/2011 som skulle ingå i ett eventuellt optionsår skulle knappast ha omfattat mer än garantibeloppet eftersom kostnaden för vinterperiodens vinterväghållning kraftigt understeg kostnaden för ett normalår.

**Konkurrensverket** invänder bl.a. följande. Den aktuella överträdelsen kan inte bedömas som ett ringa fall, som ju är förbehållna rena undantag. Det är endast i sällsynta fall som det kan aktualiseras att inte påföra någon avgift över huvud taget. Utrymmet för att en upphandlande myndighet ska undgå att betala en upphandlingsskadeavgift är ytterst begränsat. Eftergift kräver att synnerliga skäl föreligger. KKV kan inte se att några skäl för eftergift föreligger.

Vad kommunen anfört om synnerlig brådska på grund av omständigheter som inte kunnat förutses har redan prövats av kammarrätten. KKV delar kammarrättens bedömning och anser att de bör ligga till grund för förvaltningsrättens bedömning. Det föreligger inga förmildrande omständigheter som kan påverka avgiften i detta mål då kommunen inte drabbas negativt av avtalets ogiltigförklarande.

Beträffande tvingande hänsyn till allmänintresse borde detta ha framförts i målet om överprövning av avtalets giltighet, vilket inte gjorts. I mål om upphandlingsskadeavgift kan tvingande hänsyn till allmänintresse inte påverka sanktionsvärdet i någon riktning.

Vid en strikt tillämpning av reglerna om avtalets värde skulle bestämmelserna leda till ett oändligt eller orimligt högt belopp. KKV uppfattning är att istället göra en rimlighetsbedömning utifrån kända omständigheter. Det är inte rimligt att det teoretiska maximala kontraktsvärdet någonsin skulle komma att utgå. En beräkning strikt enligt lagens anvisningar skulle i detta fall leda till ett orimligt resultat. Det är ett orimligt antagande att det skulle komma att snöa så mycket att snöröjning skulle behövas i den omfattningen. KKV har därför valt att göra en rimlig kontraktsberäkning. En möjlig lösning vore att uppskatta värdet av det treåriga avtalet till tre gånger det belopp som erlagts för ett år. Eftersom vintern 2010/2011 var en "extremvinter" valde KKV, på motsvarande sätt som kammarrätten synes ha gjort vid ogiltighetsprövningen, att inte använda ersättningen för detta år som beräkningsgrund även för år två och tre, utan istället utgå får det värde som kommunen själv angivit motsvarade en "normalvinter". Det är inte rimligt att anta att endast beredskapsersättning skulle ha utgått för det fall avtalet fortsatt att tillämpas.

### DOMSKÄL

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att det finns ett lagakraftvunnet avgörande från Kammarrätten i Göteborg där domstolen funnit att avtal har slutits i strid med bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering och att avtalet ska ogiltigförklaras. Därmed föreligger förutsättningar för att med stöd av 17 kap. 1 § 3 LOU besluta om upphandlingsskadeavgift.

Enligt 17 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå lägst till 10 000 kr och högst till 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga 10 procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ LOU. I 3 kap. 3 § LOU anges bl.a. att värdet av kontrakt som avses i 1 och 2 §§ LOU ska uppskattas till det totala belopp som ska



betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

Till ledning för hur beloppet ska närmare bestämmas uttalas i förarbetena bl.a. följande (prop 2009/10:180 s. 197 f). Inom de givna beloppsramarna bör beslutande instans ha ett betydande utrymme att fastställa avgiftens storlek. Det bör dock erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Syftet med förslaget är att ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Om det t.ex. är så att rättsläget är oklart bör det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. 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. Om det däremot i visst fall är oklart i rättspraxis huruvida en viss vara eller tjänst ska upphandlas och någon upphandling inte har skett, bör sanktionsvärdet anses relativt lågt just i det fallet, trots att det konstateras att upphandlingsbestämmelserna skulle ha iakttagits. - 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. - Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten eller enheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Det kan exempelvis från den upphandlande myndighetens eller enhetens sida vara fråga om ett upprepat beteende ifråga om att inte iaktta avtalspärren eller att företa otillåtna direktupphandlingar. Ett sådant upprepat handlande bör ses som en försvårande omständighet. Det förhållandet att upphandlande myndighet eller enhet på annat sätt drabbats negativt kan däremot i vissa fall ses som en förmildrande omständighet. - 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. Det får således ses som en form av ventil som, i likhet med vad regeringen anfört ovan, inte är avsedd att tillämpas annat än i rena undantagsfall. Den närmare innebörden av begreppet får lämpligen utvecklas i rättspraxis.

Enligt 17 kap. 5 § LOU ska vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa

2012 -07- 09

fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Sedan det konstaterats att det finns grund för att besluta om upphandlings-skadeavgift har förvaltningsrätten att ta ställning till frågan om avgiftens storlek. KKV anser härvid att avgiften ska beräknas på avtalets faktiska värde, 1 359 903 kr plus två normala optionssäsonger,  $1\,359\,903/3 = 453\,301$  kr x 2, vilket ger  $1\,359\,903 + (453\,301 \times 2) = 2\,266\,505$  kr. Kommunen anser, för det fall att upphandlingsskadeavgift ska utgå, att beräkningen ska göras utan beaktande av optionerna samt att avgiften ska sättas ned då det råder förmildrande omständigheter.

Förvaltningsrätten finner vid sin bedömning att den beräkningsmodell som KKV förespråkar, även med beaktande av kommunens invändningar, framstår som rimlig och därför bör tillämpas. Det innebär att såväl avtalets faktiska värde som möjligheten till förlängning av avtalet om ett plus ett år ska beaktas vid beräkningen av kontraktsvärdet. Upphandlingsskadeavgiften ska således bestämmas till ett belopp inom intervallet 10 000 kr – 2 266 505 kr. Det av KKV yrkade avgiftsbeloppet, 170 000 kr, ligger inom den gränsen.

Förvaltningsrätten har därefter att bedöma hur allvarlig kommunens överträdelse är samt pröva om överträdelsen ska beaktas som ringa eller om avgiften bör efterges på grund av synnerliga skäl. Utrymmet för att en upphandlande myndighet ska undgå att betala en upphandlingsskadeavgift är ytterst begränsat och förbehållet rena undantagssituationer.

Domstolarna har tidigare konstaterat att kommunen genomfört en otillåten direktupphandling, vilket i sig bör ses som en omständighet som påverkar sanktionsvärdet i höjande riktning. Enligt förvaltningsrättens mening är överträdelsen under inga förhållanden att betrakta som ringa, varför det är

uteslutet att inte påföra någon avgift alls. Det har inte heller kommit fram sådana synnerliga skäl som gör att avgiften får efterges.

Sammantaget bedömer rätten att det av KKV yrkade avgiftsbeloppet, som uppgår till ca 7,5 % av kontraktsvärdet, är väl avvägt. Verkets ansökan ska alltså bifallas.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1b LOU)



Anders Mattsson



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

- 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,
- det beslut som överklagas med uppgift
- om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
- de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
- den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
- 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 3109/1B LOU