



KLAGANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Laholms kommun
Stadshuset
312 80 Laholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 28 september 2016
i mål nr 7173-16, se bilaga A

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bestämmer att upphandlingsskadeavgiften ska vara
80 000 kronor.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att upphandlingsskadeavgiften bestäms till
80 000 kronor och anför följande.

Den i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, föreskriva beräkningsmetoden innebär att kontraktsvärdet, efter att samtliga direktupphandlingar av samma slag under räkenskapsåret har lagts samman, ska bestämmas till 1 065 350 kronor. Den yrkade avgiften uppgår till cirka 7,5 procent av detta värde. Beloppet är väl avvägt.

En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in inom ett år från det att avtalet slöts. Detta gäller under förutsättning att ingen leverantör har ansökt om överprövning. För att undvika parallella processer avvaktar Konkurrensverket med sin ansökan om sanktionsavgift tills tiden för ogiltighetstalan har löpt ut alternativt ett avgörande i ett ogiltighetsmål rörande samma avtal har vunnit laga kraft. Vidare skickar Konkurrensverket regelmässigt ett utkast till ansökan till den upphandlande myndigheten, innan ansökan görs. Sammantaget innebär detta i normalfallet att en ansökan tidigast kan göras sju eller åtta månader efter det att avtalet ingicks.

Om en kommun den 1 januari år 1 gör en otillåten direktupphandling till ett värde av 1 200 000 kronor kan en ansökan om upphandlingsskadeavgift göras under hösten samma år och avgiftens maximala nivå beräknas då på hela kontraktsvärdet. Om kommunen i stället gör sitt inköp med 100 000 kronor per månad, kan Konkurrensverket välja att ansöka om upphandlingsskadeavgift med anledning av det sista inköpet och beräkna kontraktsvärdet till 1 200 000 kronor eftersom inköp av samma slag under året ska läggas samman. Ansökan kan då ges in tidigast i juli eller augusti år 2. Utifrån förvaltningsrättens bedömning skulle i det fallet sanktionsavgiftens tak beräknas på de avtal som kommunen ingått under hösten år 1, dvs. cirka en tredjedel av det kontraktsvärde som hade varit fallet om kommunen hade gjort inköpet vid ett och samma tillfälle. I rättsmedelsdirektivet anges att en sanktion ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Förvaltningsrättens bedömning innebär att en serie av otillåtna direktupphandlingar av samma slag kan komma att sanktioneras avsevärt mildare än motsvarande inköp som görs vid ett och samma tillfälle. Detta medför att avgiften riskerar att inte stå i rimlig proportion till överträdelsens allvar samt att jämförbara överträdelser leder till vitt skilda avgiftsbelopp.

Det finns inte några förmildrande omständigheter i detta fall, utan det rör sig om en överträdelse av normalgraden. Upprepade överträdelser kan höja

sanktionsvärdet. En avsaknad av ett upprepat beteende kan emellertid inte innebära att sanktionsvärdet sänks. En sammanlagd avtalstid om cirka elva månader är inte en kort tid. Inte heller det faktum att kontraktswärdet ligger under tröskelvärdet är en förmildrande omständighet.

Laholms kommun anser att överklagandet ska avslås och anför följande.

Den ettåriga tidsfristen för ansökan om upphandlingsskadeavgift är ett resultat av en avvägning mellan tillsynsmyndighetens behov av att ha tillräckligt med tid för utredning och upphandlande myndigheters intresse av att endast under en begränsad tid inte veta om talan om sanktion kommer att väckas. I detta fall avsåg Konkurrensverkets ansökan den 1 juli 2016 om upphandlingsskadeavgift inte det avtal som slöts den 5 februari 2015 utan endast avtalet den 4 september 2015, vars kontraktswärde uppgick till 444 650 kronor. Kommunen delar därför förvaltningsrättens bedömning att det är det sistnämnda värdet som ska beaktas vid beräkningen av avgiftens storlek.

Kommunen anser vidare att den av förvaltningsrätten påförda avgiften är en tillräcklig sanktion med hänsyn till att det är fråga om kortvariga avtal med ett förhållandevis lågt värde. Det rör sig heller inte om något upprepat beteende från kommunens sida. Dessa omständigheter bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen ska anses vara mindre allvarlig.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Den aktuella direktupphandlingen har gjorts i form av två avtal, det ena den 5 februari 2015 och det andra den 4 september samma år. Av 15 kap. 3 a § LOU framgår att värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet och att en upphandling inte får delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i lagen. Det framgår vidare att det vid

beräkningen ska beaktas direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.

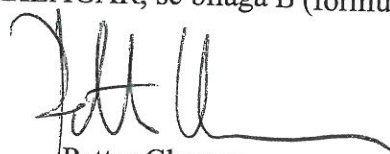
Det var genom avtalet den 4 september 2015 som Laholms kommun överskred gränsen för tillåten direktupphandling. Tidsfristen för att ansöka om upphandlingsskadeavgift för de aktuella avtalens sammanlagda kontraktsvärde ska därför räknas från den dagen. Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift gjordes inom ett år från den 4 september 2015. Det sammanlagda kontraktsvärdet under räkenskapsåret av den otillåtna upphandlingen är 1 065 350 kronor. Det är därför detta värde som ska läggas till grund för beräkningen av avgiften.

Den av Konkurrensverket yrkade upphandlingsskadeavgiften är lägre än det tak som följer av 17 kap. 4 § LOU. Det är inte fråga om något ringa fall. Avgiften framstår som väl avvägd med hänsyn till hur allvarlig överträdelsen är. Det finns inte någon grund för eftergift. Överklagandet ska därför bifallas.

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



Henrik Bräsin



Petter Classon



Roger Petersson
referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 3

DOM
2016-09-28
Meddelad i
Göteborg

ahf kely

Mål nr
7173-16

Sida 1 (6)

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Laholms kommun
Stadshuset
312 80 Laholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan delvis och beslutar att Laholms kommun
ska betala 40 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Dok.Id 421703

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se	031 - 711 78 59	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Konkurrensverket har den 1 juli 2016 ansökt om att Laholms kommun ska betala upphandlingsskadeavgift.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att Laholms kommun ska betala 80 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket anför bl.a. följande. Kommunen genomförde en översyn av sin IT-verksamhet under år 2013. För att genomföra rekommendationer och förslag enligt rapporten ingick kommunen den 5 februari 2015 ett uppdragsavtal med Internationell Kompetens AB (bolaget) avseende konsulttjänster. Den 4 september 2015 ingick kommunen ytterligare ett avtal med samma leverantör om motsvarande tjänst. I det första avtalet överenskomms ersättningen till 1 100 kr per timme exklusive mervärdesskatt och resekostnader. Konsulten var väl insatt i kommunens IT-problematik och när det andra avtalet tecknades ansåg kommunen att det var nödvändigt att han skulle avsluta de påbörjade förändringarna i verksamheten. Konsultens arbete avslutades i december 2015 och slutfakturerades den 21 april 2016. Bolaget har fakturerat 620 700 kr avseende det första avtalet och 444 650 kr avseende det andra avtalet, sammanlagt 1 065 350 kr exklusive mervärdesskatt. Inget av avtalen har ingåtts efter annonsering. Ansökan om upphandlingsskadeavgift gäller det senare avtalet. Avtalen är direktupphandlingar av samma slag eftersom de avser utförande av samma typ av konsulttjänst inom IT-området och var avsedda att täcka samma behov. Värdet av det andra avtalet ska därför räknas ihop med det första avtalet. Kommunen ingick det första avtalet i tron att direktupphandlingsgränsen inte skulle överträdas. När kommunen ingick det andra avtalet stod det klart att det första avtalet översteg gränsen för direktupphandling. Överträdelsen är att betrakta som klar. 80 000 kr är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Laholms kommun yrkar i första hand att ansökan avslås och i andra hand att avgiften sätts ned till ett lägre belopp. Kommunen anför bl.a. följande. Den yrkade avgiften om 80 000 kr motsvarar 7,5 procent av det aktuella kontraktsvärdet 1 065 350 kr. Avtalet har ingåtts för 11 månader och till ett värde som visserligen överstiger direktupphandlingsgränsen men understiger det då gällande tröskelvärdet om 1 806 427 kr för direktivstyrda upphandlingar. Det är fråga om kortvariga avtal med förhållandevis lågt värde. Det är inte fråga om ett upprepat beteende. Det har av verksamhetsskäl inte funnits möjligheter att avveckla avtalsförhållandet på annat sätt. Det bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Den yrkade avgiften står inte i proportion till överträdelsens allvar. Det finns därför skäl att sätta ned avgiften till ett lägre belopp.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Allmän förvaltningsdomstol får besluta, efter ansökan av tillsynsmyndigheten, att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller, 15 kap. 4 eller 6 § (17 kap. 1 § 3 och 2 § andra stycket LOU).

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet (17 kap. 4 § första stycket LOU).

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 (17 kap. 5 § LOU).

När ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts (17 kap. 7 § andra stycket LOU).

I lagförarbetena anges bl.a. följande. 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. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt (prop. 2009/10:180 s. 197).

Det föreskrivs en begränsning avseende hur högt belopp avgiften får uppgå till beräknat i relation till kontraktsvärdet av den upphandling som bedömts föranleda en särskild avgift (prop. 2009/10:180 s. 369).

Utredningen

Det första uppdragsavtalet är daterat i februari 2015 mellan Laholms kommun och Internationell kompetens AB för styrning, förvaltning och

försörjning inom IT-området. Ersättning utgår med 1 100 kr per timme samt mervärdesskatt och ersättning före resor i förekommande fall.

I handling rubricerad "Avtal för fortsatt IT-uppdrag", daterad den 3 september 2015 av bolaget och den 4 september 2015 av kommunen framgår att det är samma avtalsparter och en fortsättning av samma uppdrag som föregående avtal.

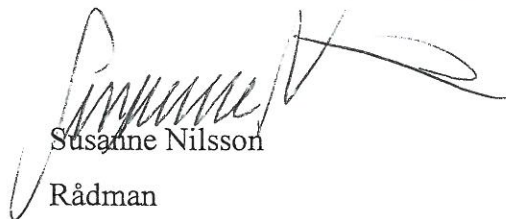
Förvaltningsrättens bedömning

Det är ostridigt att kommunen tecknat två avtal om IT-tjänster med samma bolag samma år utan föregående annonsering till ett totalt kontraktsvärde om 1 065 350 kr. Utredningen i målet visar att det rör sig om tjänster av samma slag i LOU:s mening. Kommunen har inte anfört några skäl för att det skulle ha funnits en rätt till undantag från annonseringsplikten. Det är därmed utrett att det rör sig om en otillåten direktupphandling. Det finns därför skäl att ta ut en upphandlingsskadeavgift av kommunen.

Den återstående frågan är till vilket belopp som upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas. Som det redogjorts för ovan är otillåtna direktupphandlingar något som lagstiftaren anser är särskilt allvarligt. Vid tidpunkten för tecknandet borde kommunen ha förstått att gränsen för direktupphandling redan hade överträtts. Det har inte kommit fram några skäl varför det senare avtalet tecknades, annat än att det behövdes av verksamhetsskäl. Vilka dessa verksamhetsskäl är finns det inga uppgifter om och synnerliga skäl att efterge avgiften saknas därför. Konkurrensverkets ansökan omfattar endast det andra avtalet, vars kontraktsvärde var 444 650 kr. Tiden för att ansöka om upphandlingsskadeavgift för det första avtalet, som tecknades i februari 2015, har löpt ut. Även om värdet av det första avtalet ska räknas med i bedömningen av om det senare var en otillåten direktupphandling, innebär det inte att det sammanlagda värdet av de två avtalet ska räknas samman i

bedömningen av kontraktsvärdet vid bestämmandet av upphandlings-skadeavgiftens storlek. Tvärtom får förarbetena förstås på det sättet att det är den upphandling som bedömts föranleda en särskild avgift, dvs. i detta fall det andra avtalet, som tecknades i september 2015, vars kontraktsvärde ska beaktas i begränsningen av beloppet. Den yrkade sanktionsavgiften på 80 000 kr överstiger därmed maximala 10 procent som får tas ut i avgift. Beloppet ska därför sättas ned till skäliga hälften av det yrkade, 40 000 kr. Ansökan ska på det sättet bifallas delvis.

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



Susanne Nilsson
Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Richard Bexelius.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.