

Fråga om upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten direktupphandling.

Lagrum:

17 kap. 1 §, 4 § och 5 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Falu kommun ingick den 15 december 2010 avtal med PEAB Sverige AB (PEAB) avseende drift och underhåll av kommunens gator och vägar. Avtalet var i övervägande delar konstruerat som ett ramavtal från vilket kommunen kunde avropa olika tjänster och hade en löptid om sju år. Kontraktsvärdet uppgick till 161 miljoner kr. Konkursverket ansökte hos Förvaltningsrätten i Falun om att kommunen skulle betala upphandlingsskadeavgift om 10 miljoner kr. Som grund för ansökan anfördes bl.a. att det ingångna avtalet var att betrakta som en otillåten direktupphandling utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU.

Falu kommun motsatte sig ansökan och yrkade att förvaltningsrätten skulle besluta att avgift inte skulle påföras, alternativt att avgiften skulle efterges eller åtminstone bestämmas till ett lägre belopp. Kommunen anförde bl.a. att det fanns starkt förmildrande omständigheter såsom att avtalet ingåtts av en icke behörig företrädare för kommunen och att kommunen så snart den fått kännedom om avtalet vidtagit åtgärder för att utreda och rätta till situationen.

Förvaltningsrätten i Falun (2013-02-13, ordförande Forslund Johansson) yttrade följande, efter att ha funnit att det fanns förutsättningar för att besluta om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 LOU samt ha redogjort för tillämpliga bestämmelser och förarbeten avseende upphandlingsskadeavgiftens storlek: Förvaltningsrätten anser i förevarande fall att den omständigheten att en otillåten direktupphandling avseende ett betydande kontrakt har kunnat genomföras är en sådan omständighet som medför att sanktionsvärdet bör bedömas högt. Såväl kontraktssumman som avtalstiden talar i denna riktning. – Kommunen har dock anført att avtalet undertecknats av en anställd som saknat behörighet att ingå det aktuella avtalet för kommunens räkning och att beslutet att ingå avtal inte heller har anmälts till den behöriga nämnden. Även om uppgifterna om att avtalet kommit till kommunledningens och nämndens kännedom först i slutet av juli 2011 framstår som mycket anmärkningsvärda kan det inte uteslutas att det förhållit sig såsom kommunen påstått. Kommunen har dock agerat så att den kommit att bli bunden av avtalet. Vidare kan det noteras att de uppgifter som lämnats av dåvarande förvaltningschefen i stämningsansökan till Falu tingsrätt och som getts in till förvaltningsrätten av Konkursverket ger en delvis annan bild av vad andra personer inom kommunen känt till. Dessa uppgifter bör dock, med tanke på sammanhanget, värderas med försiktighet. Konkursverket har i förvaltningsrätten inte direkt pekat på att det inom kommunen skulle vara fråga om ett upprepat beteende att genomföra direktupphandlingar. Förvaltningsrätten kan dock konstatera

att det funnits brister inom kommunen när det gäller rutiner och kontroll för att säkerställa att upphandlingslagstiftningen följs. – Kommunen har emellertid därefter lyckats träffa en överenskommelse med PEAB om att häva avtalet i förtid. Kommunen har sålunda agerat för att begränsa överträdelsens skadeverkningar. Även om det finns flera oklarheter rörande omständigheterna vid avtalets tillkomst finner förvaltningsrätten att omständigheterna sammantaget och då särskilt den omständigheten att kommunen frånträtt avtalet bör beaktas som förmildrande i sammanhanget. Mot bakgrund härav bedömer förvaltningsrätten att upphandlingsskadeavgift ska fastställas till 7 miljoner kr. Överträdelsen är inte ringa och det har inte framkommit skäl att efterge upphandlingsskadeavgiften. Konkurrensverkets yrkande ska därför delvis bifallas. – Med delvis bifall till Konkurrensverkets ansökan beslutar förvaltningsrätten att Falu kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 7 miljoner kr.

Konkurrensverket överklagade förvaltningsrättens dom och yrkade att kammarrätten skulle fastställa upphandlingsskadeavgiften till 10 miljoner kr. Verket anförde bl.a. följande. Lagtexten i LOU ger inte utrymme att bedöma avtalets värde på annat sätt än att optioner och förlängningsklausuler ska räknas med som om de utnyttjas, vilket innebär att avtalet mellan Falu kommun och PEAB är värt minst 161 miljoner kr. Det saknar betydelse för beräkning av avtalets värde att det i vissa delar ersatte ett tidigare upphandlat avtal mellan parterna. Otillåtna direktupphandlingar har ett särskilt högt sanktionsvärde. Av praxis framgår att avgifter motsvarande 7–8 procent av avtalets värde har dömts ut. Förvaltningsrätten har i nu aktuellt mål utdömt en avgift motsvarande 4,35 procent av avtalets värde. Konkurrensverket anser att avgiften är alltför låg i förhållande till överträdelsens sanktionsvärde. Den utdömda avgiften är oförenlig med den avgiftspraxis som finns. En sådan låg upphandlingsskadeavgift för den aktuella överträdelsen är inte förenlig med kraven på att avgifterna ska vara proportionerliga och avskräckande.

Falu kommun bestred bifall till överklagandet och anförde bl.a. följande. Värdet av det ifrågasatta avtalet bör beräknas från den tidpunkt då tidigare korrekt upphandlat avtal löper ut, den 1 november 2011. Därtill bör en eventuell upphandlingsskadeavgift endast beräknas för den tid det aktuella avtalet var i kraft. För upphandlingsskadeavgift finns ett tak på tio miljoner kr. Konkurrensverket synes driva en linje där sanktionen för överträdelse med starkt förmildrande omständigheter ska vara densamma som sanktionen i ett fall utan förmildrande omständigheter eller till och med starkt försvårande omständigheter. Falu kommun anser detta synsätt orimligt och konsekvenserna därav oproportionerliga och det innebär därtill ett borttagande av incitament för de som önskar rätta eventuella fel de upptäcker. När det gäller upphandlingsskadeavgiftens storlek ska domstolarna göra en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter. Konkurrensverkets tolkning saknar stöd i lagstiftningens förarbeten.

Kammarrätten i Sundsvall (2013-10-09, Sandström, Marcusson) yttrade: Vad kammarrätten har att pröva i målet på talan av Konkurrensverket är om den aktuella upphandlingsskadeavgiften ska utgå med 7 miljoner kr eller högst 10 miljoner kr. – När det gäller beräkningen av avgiftens storlek anförs bl.a. följande i förarbetena till 17 kap. LOU (prop. 2009/10:180 s. 197 f.). Beslutande instans har ett betydande utrymme att inom givna beloppsramar fastställa avgiftens storlek. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarigare överträdelsen är, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör 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 kan anses vara högt. Som ytterligare exempel på försvårande omständigheter nämns fall när det upphandlade avtalet sträcker sig över lång tid eller avser ett högt värde samt när det är fråga om ett upprepat beteende hos myndigheten. Förmildrande omständigheter kan vara att den upphandlande myndigheten fortsätter att köpa varor eller tjänster från ett avtal som har löpt ut, men där ett nytt avtal inte kan ingås på grund av en pågående överprövningsprocess eller när ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. – Av förarbetena framgår alltså att avgiftens storlek måste bestämmas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Det kan vare sig av lagtext eller förarbeten läsas ut att sanktionsvärdet ska fastställas till en viss procentandel av kontraktetsvärde. Det faktum att avgiften måste fastställas inom en viss ram med ett högsta belopp om tio miljoner kr talar dessutom rent matematiskt mot att avgiften fastställs till en viss procentandel av beloppet när det är fråga om högre kontraktetsbelopp. Beloppsbegränsningen i lagrummet måste, enligt kammarrättens mening, innebära att överträdelsens allvarlighetsgrad ska fastställas utifrån en helhetsbedömning där kontraktetsvärde är en av flera avgörande faktorer och där högsta avgiftsbeloppet bör reserveras för särskilt graverande fall. – Den nu aktuella upphandlingen innebär att kommunen genomfört en otillåten direktupphandling som avser ett högt värde och en lång tidsperiod vilket är försvårande omständigheter. Kammarrätten delar Konkurrensverkets uppfattning att avvecklingsavtalet inte bör inverka sänkande på upphandlingsavgiftens storlek. Inte heller ska den omständigheten att en befattningshavare hos kommunen överskridit sina befogenheter i samband med upphandlingsavtalets ingående inverka i sänkande riktning. Det har emellertid inte framgått att det skulle vara fråga om upprepade överträdelser. Inte heller är kontraktetsvärde om 161 miljoner kr avsevärt högt. Även om kammarrätten således inte bedömer att det framkommit några tungt vägande förmildrande omständigheter i målet är det inte heller fråga om en så allvarlig överträdelse att det motiverar att högsta möjliga avgift döms ut. Vid en sammantagen bedömning finner kammarrätten att en avgift om åtta miljoner kr får anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar. Det som kommit fram i målet utgör 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. Konkurrensverkets överklagande ska således delvis bifallas. – Med ändring av förvaltningsrättens dom bestämmer kammarrätten upphandlingsskadeavgiften till 8 miljoner kr.

Kammarrättsrådet *Eriksson, referent*, var av skiljaktig mening och anförde följande. Jag finner i likhet med majoriteten att förutsättningar för att påföra upphandlingsskadeavgift föreligger och att synnerliga skäl för eftergift av avgiften inte föreligger. Den nu aktuella överträdelsen består i otillåten direktupphandling som avser ett högt värde och en lång tidsperiod, vilket är försvårande omständigheter. Jag anser att Konkurrensverkets beräkningsgrund framstår som väl avvägd i det aktuella fallet och att den inte medför en oproportionerligt hög avgift. Vad Falu kommun har anfört och vad utredningen i övrigt visar innebär inte att förmildrande omständigheter föreligger att bestämma avgiften till lägre belopp än vad Konkurrensverket har yrkat. Konkurrensverkets talan bör därför bifallas.

Falu kommun överklagade kammarrättens dom och yrkade att Högsta förvaltningsdomstolen skulle ändra domen på så sätt att upphandlingsskadeavgift inte skulle utgå eller i vart fall bestämmas till ett lägre belopp än vad kammarrätten bestämt. Kommunen anförde bl.a. följande. Det föreligger flera förmildrande omständigheter i målet. Avtalet ingicks inte av behöriga företrädare för Falu kommun. Behöriga företrädare för kommunen fick kännedom om avtalet först i slutet av juli 2011. I det läget vidtogs omedelbart åtgärder för att utreda och rätta till situationen utan eftersättande av kommunens väghållningsuppgift. Kommunen och PEAB ingick ett tilläggsavtal den 1 december 2011 varvid parterna kom överens om att avtalet med omedelbar verkan skulle upphöra att gälla och att PEAB skulle utföra arbete enligt tidigare gällande avtal endast under tiden till dess att ett nytt upphandlat avtal trädde i kraft. Därefter genomfördes en upphandling avseende drift och underhåll av gator och vägar. Kommunen fattade tilldelningsbeslut i maj 2012 varefter avtal tecknades med en ny leverantör i juni 2012. Detta avtal trädde i kraft den 1 augusti 2012. Värdet av det ifrågasatta avtalet bör rimligtvis endast beräknas från den tidpunkt när det tidigare avtalet – som upphandlats korrekt och som tecknades år 2006 – löpte ut, dvs. från den 1 november 2011. En eventuell upphandlingsskadeavgift bör endast beräknas för den tid det aktuella avtalet var i kraft. Vid bestämmande av upphandlingsskadeavgiftens storlek är avtalets värde en faktor men den kan inte vara den enda faktorn.

Även Konkurrensverket överklagade och yrkade att upphandlingsskadeavgiften skulle bestämmas till tio miljoner kronor. Verket anförde bl.a. följande. Konkurrensverket tillämpar en särskild beräkningsmetod för att bestämma upphandlingsskadeavgiftens storlek när fråga är om en otillåten direktupphandling och talan om påförande av upphandlingsskadeavgift förs med stöd av 17 kap. 1 § 3 LOU. Vid fastställande av överträdelsens sanktionsvärde är utgångspunkten det ingångna avtalets värde. Överträdelsen åsätts ett sanktionsvärde som

bygger på en procentsats av det ingångna avtalets värde. En överträdelse av normalgraden bör ligga i mitten av den högre delen av tioprocentsskalan, dvs. ca 7–8 procent av avtalets värde. Därefter prövas om det föreligger förmildrande eller försvårande omständigheter i det enskilda fallet som kan inverka sänkande eller höjande på avgiftens storlek. På detta sätt säkerställs att otillåtna direktupphandlingar avseende lägre respektive högre belopp ges proportionerliga sanktioner. Beräkningsmetoden innebär att samtliga relevanta omständigheter beaktas i det enskilda fallet. Avtalets ekonomiska värde utgör det enskilt viktigaste måttet på hur allvarlig en otillåten direktupphandling typiskt sett är. Konkurrensverket vidhåller att värdet av avtalet mellan kommunen och PEAB ska beräknas till 161 miljoner kronor. Avtalet kunde gälla i upp till sju år vilket är att betrakta som en försvårande omständighet. Påstådda eller konstaterade fel och försummelser hos enskilda befattningshavare bör inte kunna utgöra förmildrande omständigheter som inverkar sänkande på upphandlingsskadeavgiftens storlek. De åtgärder som kommunen vidtagit för att begränsa skadeverkningarna av den otillåtna direktupphandlingen har skett för sent för att kunna anses ha skett frivilligt och på eget initiativ. Åtgärderna vidtogs först efter det att Konkurrensverket i augusti 2011 hade tillskrivit kommunen angående den otillåtna direktupphandlingen. Den första åtgärden som vidtogs av kommunen i syfte att begränsa skadan var ingåendet av det så kallade avvecklingsavtalet med PEAB, vilket skedde i december 2011. Den faktiska skadebegränsningen skedde emellertid först när kommunen genomförde den annonserade upphandlingen under 2012. Åtgärderna bör därför inte få inverka sänkande på upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Parterna bestred varandras yrkanden.

Högsta förvaltningsdomstolen (2014-10-30, Jermsten, Knutsson, Saldén Enérus, Bull, Classon) yttrade:

Skälen för avgörandet

Rättslig reglering m.m.

Av 17 kap. 1 § 3 och 2 § andra stycket LOU framgår att allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan av tillsynsmyndigheten, får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt, såvitt nu är aktuellt, 7 kap. 1 § samma lag.

Enligt 17 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Dessutom gäller att avgiften inte får överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Av bestämmelsen framgår att beräkningen av kontraktsvärdet i ett fall som detta ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ LOU. Värdet av kontraktet ska enligt 3 § uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de

utnyttjats. Även de premier och ersättningar som den upphandlande myndigheten planerar att betala till anbudssökande eller anbudsgivare ska räknas in i värdet.

Av 3 kap. 4 § LOU framgår att beräkningen av värdet av ett kontrakt ska avse värdet vid den tidpunkt då en annons om upphandlingen enligt 7 kap. 1 § samma lag skickas ut eller, om en sådan annons inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten bjuder in leverantörer till anbudsgivning.

Av 17 kap. 5 § LOU framgår att vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Av förarbetena framgår bl.a. följande (prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 f. och 369). Domstolen har ett stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Ju allvarligare överträdelsen anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften bestämmas till. Hänsyn ska tas till både försvårande och förmildrande omständigheter. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Avtalstidens längd och avtalets värde kan också påverka sanktionsvärdet. Sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller ett högt värde. Vikt kan också läggas vid om avtalet i fråga fortfarande är giltigt. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Omständigheter såsom att det är fråga om t.ex. upprepat beteende avseende att inte iaktta avtalsspärren eller att företa otillåtna direktupphandlingar bör ses som försvårande omständigheter. Det förhållandet att den som upphandlar på annat sätt drabbats negativt kan i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Falu kommun har genomfört en otillåten direktupphandling. Förutsättningar för att besluta om upphandlingsskadeavgift föreligger därmed. Den fråga som Högsta förvaltningsdomstolen har att ta ställning till är avgiftens storlek inom intervallet sju till tio miljoner kronor. I den frågan gör Högsta förvaltningsdomstolen samma bedömning som kammarrätten. Överklagandena ska därför avslås.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandena.

Mål nr 7021-13, föredragande Anne-Therése Byström