

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
7021-13

meddelad i Stockholm den 30 oktober 2014

KLAGANDE OCH MOTPART

Falu kommun
791 83 Falun

MOTPART OCH KLAGANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Sundsvalls dom den 9 oktober 2013 i mål nr 672-13, se bilaga
(här borttagen)

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandena.

BAKGRUND

Falu kommun ingick den 15 december 2010 avtal med PEAB Sverige AB avseende drift och underhåll av kommunens gator och vägar. Konkurrensverket ansökte hos Förvaltningsrätten i Falun om att kommunen skulle betala upphandlingsskadeavgift om tio miljoner kronor.

Dok.Id 151580

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon
08-561 676 00

E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

Som grund för ansökan anfördes bl.a. att det ingångna avtalet var att betrakta som en otillåten direktupphandling.

Förvaltningsrätten i Falun biföll ansökningsdelvis och beslutade att kommunen skulle betala upphandlingsskadeavgift om sju miljoner kronor. Konkurrensverket överklagade domen till Kammarrätten i Sundsvall som genom den nu överklagade domen beslutade att upphandlingsskadeavgiften skulle bestämmas till åtta miljoner kronor.

YRKANDEN M.M.

Falu kommun yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ändrar kammarrättens dom på så sätt att upphandlingsskadeavgift inte ska utgå eller i vart fall bestämmas till ett lägre belopp än vad kammarrätten bestämt.

Kommunen anför 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 Sverige AB ingick ett tilläggsavtal den 1 december 2011 varvid parterna kom överens om att avtalet med omedelbar verkan skulle upphöra att gälla och att PEAB Sverige AB 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.

Konkurrensverket yrkar att upphandlingsskadeavgiften bestäms till tio miljoner kronor och anför 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 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, 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 Sverige AB 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 Sverige AB, 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 bestrider varandras yrkanden.

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

Mål nr
7021-13

sju till tio miljoner kronor. I den frågan gör Högsta förvaltningsdomstolen samma bedömning som kammarrätten. Överklagandena ska därför avslås.

I avgörandet har deltagit justitieråden Henrik Jermsten, Margit Knutsson, Anita Saldén Enérus, Thomas Bull och Per Classon.

Målet har föredragits av justitiesekreteraren Anne-Therése Byström.