



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2015-02-16
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
5406-14

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Mullsjö kommun
Box 800
565 18 Mullsjö

Ombud: Jur.kand. T. da Costa
RosholmDell Advokatbyrå AB
Norrajärnvägsgatan 12
325 30 Växjö

Ombud: Advokat Martin Dell
RosholmDell Advokatbyrå AB
Norra Järnvägsgatan 12
352 30 Växjö

Ombud: Jur.kand. Mattias Löf
RosholmDell Advokatbyrå AB
Norra Järnvägsgatan 12
325 30 Växjö

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2007:109) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan delvis och beslutar att Mullsjö kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 210 000 kr.

YRKANDEN

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att Mullsjö kommun ska betala 250 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Dok.Id 154105

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

Mullsjö kommun (kommunen) motsätter sig bifall till ansökan och yrkar i första hand att förvaltningsrätten avslår ansökan. I andra hand yrkar kommunen att upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till ett lägre belopp om högst 90 000 kr.

VAD PARTERNA ANFÖR

Konkurrensverket

Kommunen annonserade den 21 december 2007 en upphandling avseende lokalvård. Kommunen slöt den 30 maj 2008, efter förenklad upphandling, avtal med Skaraborgs städ Aktiebolag (bolaget). Av avtalet framgick att avtalet gällde i tre år från och med den 1 september 2008 samt att kommunen hade rätt att genom avrop senast tre månader före avtalstidens utgång förlänga avtalet med två år till och med den 31 augusti 2013. Avtalet medgav härefter inga ytterligare förlängningar. Under 2011 förlängde kommunen avtalet med bolaget till och med den 31 augusti 2013. Den 14 juni 2013 slöt kommunen och bolaget ett nytt avtal som enligt avtalets ordalydelse angavs vara ett förlängningsavtal. Avtalet skulle gälla enligt samma villkor som det avtal som tecknades den 30 maj 2008 och även omfatta de tilläggsavtal som slutits under avtalstiden. Detta avtal löpte från och med den 1 september 2013 till och med den 31 december 2013. Avtalet innehöll i sig inga möjligheter till ytterligare förlängning. Den 15 november 2013 slöt kommunen och bolaget ytterligare ett avtal som enligt avtalets ordalydelse angavs vara ett förlängningsavtal. Även detta avtal skulle gälla med samma villkor som det avtal som tecknades den 30 maj 2008 och även omfatta de tilläggsavtal som slutits under avtalstiden. Avtalet löpte från och med den 1 januari 2014 till och med den 30 juni 2014. Det är avtalet som slöts den 15 november 2014 som omfattas av Konkurrensverkets ansökan. Bolaget har fakturerat kommunen 3 023 641 kr exklusive mervärdesskatt

avseende perioden från och med den 1 januari 2014 till och med den 30 juni 2014. Avtalsvärdet uppskattas till 3 014 671 kr.

Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska få lämna anbud respektive ansöka om att få lämna anbud. Avtal får ingås med en leverantör utan föregående annonsering endast i vissa i LOU specificerade undantagsfall. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska enligt EU-domstolen och Högsta förvaltningsdomstolens praxis samt svenska förarbeten tolkas restriktivt. När en upphandlande myndighet ingår ett avtal om en ”förlängning” av ett tidigare annonserat avtal med en leverantör, och ”förlängningen” inte omfattas av den tidigare annonseringen och det ursprungliga avtalet, har myndigheten slutit ett nytt avtal som måste föregås av annonsering. Om det nya avtalet inte har annonserats särskilt, och det inte omfattas av något specifikt undantag, utgör det således en sådan otillåten direktupphandling som kan bli föremål för upphandlingsskadeavgift jämlikt 17 kap. 1 § 3 LOU.

I det ursprungliga avtalet mellan kommunen och bolaget från 2008 anges att avtalet som längst kan förlängas till och med den 31 augusti 2013. De avtal som har ingåtts mellan kommunen och bolaget avseende tiden efter den 31 augusti 2013 utgör således nya avtal som inte har föregåtts av annonsering. Det har under en längre tid varit känt för kommunen att det annonserade avtalet löpte ut den 31 augusti 2013 och att det inte fanns någon möjlighet till förlängning av avtalet. Det åligger den upphandlande myndigheten att planera sina upphandlingar på ett sådant sätt att man kan genomföra sina anskaffningar i enlighet med kraven i upphandlingslagstiftningen. Kommunen har vid två tillfällen utan föregående annonsering slutit avtal med bolaget. Vare sig de omständigheter som har åberopats av kommunen eller vad som i övrigt har framkommit av utredningen kan motivera undantag från annonseringsskyldigheten. För att undantaget om synnerlig brådska ska vara tillämpligt krävs att det är absolut nödvändigt att tilldela

kontraktet i fråga samt att den uppkomna tidsnöden inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten. Av artikel 31.1 c i direktiv 2004/18/EG framgår, utöver vad som uttryckligen anges i den svenska lagstiftningen, att de omständigheter som åberopas som skäl för synnerligen brådska inte i något fall får tillskrivas den upphandlande myndigheten. Av förarbetena till den svenska lagstiftningen framgår att man visserligen har valt att inte införa aktuell skrivning i den svenska lagtexten, men att någon skillnad i sak i förhållande till direktivet inte är avsedd. Såväl bristande planering i genomförandet av en upphandling som olika uppfattningar inom en upphandlande myndighet om hur verksamheten ska organiseras utgör omständigheter som ska tillskrivas den upphandlande myndigheten. Sådana omständigheter kan, i enlighet med vad som anförts ovan, inte utgöra skäl som medför att förutsättningarna för upphandling utan föregående annonsering med stöd av synnerlig brådska är uppfyllda.

Av förarbetena framgår att ett av syftena med upphandlingsskadeavgiften är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedelen används på ett korrekt sätt. Utgångspunkten är att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen. Desto allvarligare överträdelse kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Otillåtna direktupphandlingar anses både av unionslagstiftaren och av den svenska lagstiftaren vara en av de mest allvarliga överträdelserna inom upphandlingsområdet vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. En upphandlingsskadeavgift om 250 000 kr är vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i förevarande ärende en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelserna.

Kommunen

Avtalet mellan kommunen och bolaget utgör inte en otillåten direktupphandling. För det fall att förvaltningsrätten finner att avtalet utgör en otillåten upphandling är överträdelsen att anse som ringa.

Under 2013 påbörjade kommunen arbetet med att ta fram underlag för en förnyad upphandling av städtjänsterna med anledning av avtalets upphörande den 31 augusti 2013. Under denna tidsperiod uppdagades emellertid en försämring av städkvalitén och politisk oenighet uppstod mellan de politiska representanterna, kommunstyrelsens tekniska utskott och de kommunala verksamheterna avseende den fortsatta förläggningen av städverksamheten. Detta medförde en avsevärd fördröjning av den planerade upphandlingen. Meningsskiljaktigheterna bestod av motstridiga uppfattningar om huruvida kommunen skulle återuppta städverksamheten helt eller delvis i egen regi eller om städverksamheten även fortsättningsvis skulle bedrivas genom entreprenad. Att genomföra en ny upphandling tar avsevärd tid i anspråk under vilken anläggningarna skulle förbli ostädade. Sådana omständigheter ska enligt praxis tas i beaktande vid bedömningen av huruvida kommunen haft möjlighet att hålla tidsfristerna i ett nytt upphandlingsförfarande. En betydande del av städverksamheten är förlagd till skolor inom kommunen med ett kontinuerligt behov av lokalvård för trivsel och en hälsosam inomhusmiljö för barn och pedagoger. En ny upphandling av städtjänsterna måste således genomföras under sommarkvartalet med hänsyn till den pågående skolverksamheten, varför den initiala fördröjningen medförde att en ny upphandling skulle kunna genomföras tidigast sommaren 2014. Med anledning av avvecklingen av den kommunala städverksamheten 2008 saknas städkompetens och erforderlig utrustning inom kommunen för att under en begränsad tidsperiod återuppta verksamheten i väntan på genomförandet av en ny upphandling. Detta innebär i praktiken att lokalvården helt skulle utebli under en ansevärd tidsperiod.

Kommunens skyldighet att underhålla inomhusmiljön på förskolor och skolor följer av tvingande bestämmelser i miljöbalken. Ett uppehåll i städverksamheten skulle således innebära att förskole- respektive skolverksamheten tillsvidare måste stängas ned. Det förelåg således ett trängande behov av att städverksamheten fortsatte att bedrivas som tidigare intill dess att beslut fattats om städverksamhetens fortsatta förläggning och det eventuella genomförandet av en ny upphandling. Kontraktstilldelningen var därmed nödvändig och kunde inte förlängas ytterligare. Brådskan har vidare orsakats av omständigheter som kommunen inte kunnat förutse eftersom städkvalitén började försämrans först 2013 och utgångspunkten tidigare har varit att städverksamheten även fortsättningsvis skulle läggas ut på entreprenad. Det fanns således synnerliga skäl för kommunen att förlänga avtalets giltighetstid.

Skulle förvaltningsrätten finna att 4 kap. 5 § 3 p. LOU inte är tillämplig så ska upphandlingsskadeavgift inte utgå eftersom det här rör sig om ett ringa fall. Kommunen har varit tvungen att upprätthålla städningen i de berörda verksamheterna med hänsyn till människors hälsa. I förevarande fall skulle alternativet till avtalsförlängning ha varit att låta skolor och äldreboende stå ostädade under längre perioder. Oavsett orsaken till den uppkomna situationen har kommunen varit nödgad att vidta åtgärder för att undvika detta. Kommunen har i förevarande fall kontinuerligt arbetat för att upphandlingen av tjänster ska genomföras på ett korrekt sätt. Kommunens förberedelser för en upphandling i form av förfrågningsunderlag och liknande gjordes i god tid före utgången av det ursprungliga avtalet mellan kommunen och bolaget. När beslutet om förnyad upphandling väl kunde fattas genomfördes också upphandlingen snabbt och effektivt. Beslut om förnyad upphandling fattades den 24 juni 2014 och tilldelningsbeslut meddelades därefter de deltagande leverantörerna den 15 augusti 2014. Kommunen har således handlat utifrån tvingande hänsyn till allmänintresse och genomgående strävat efter att genomföra en korrekt upphandling, inte att kringgå

gällande regler. Det rör sig också om ett relativt lågt kontraktsvärde och en mycket kort avtalstid. Av dessa omständigheter följer att det saknas behov av den avskräckande effekt som upphandlingsskadeavgiften ska ha. Detta är därför av ringa karaktär och någon upphandlingsskadeavgift ska därför inte utgå.

För det fall förvaltningsrätten finner att upphandlingsskadeavgift ändå ska bestämmas ska den som högst uppgå till ett skäligt belopp om 90 000 kr, motsvarande ca tre procent av kontraktsvärdet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Enligt 17 kap. 1 § 3 LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta 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 §.

Tillsynsmyndigheten får enligt 17 kap. 2 § LOU andra stycket hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som anges i 1 § 3.

Ansökan ska enligt 17 kap. 7 § andra stycket, om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, ha inkommit till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Enligt 17 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio

procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a §.

Enligt 17 kap. 5 § LOU ska vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek 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 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 allvarligare 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 i dessa fall ofta kan anses vara högt. Vidare kan avtalstidens längd och värde påverka sanktionsvärdet på så sätt att sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling har gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller högt värde. 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 avtalsspärren 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen har genom det slutna avtalet med bolaget direktupphandlat tjänster i form av lokalvård för ett antal av kommunens lokaler. Avtalets värde överskred det tröskelvärde som medför att direktupphandling relaterat till kontraktsvärdet inte är tillåtet. Kommunen har dock anfört att det förelåg synnerliga skäl för att företa upphandlingen genom en så kallad direktupphandling. Kommunen har till stöd för detta anfört att det har rått synnerlig tidsnöd och att en upphandling i enlighet med LOU skulle medföra att kommunen bröt mot bestämmelserna i miljöbalken vad gäller att upprätthålla en godtagbar inomhusmiljö i lokaler som används för skolundervisning och lokaler i äldreboenden.

Möjligheten att använda direktupphandling vid synnerliga skäl är tänkt för sådana oförutsedda händelser som myndigheten inte själv kunnat råda över. Brådska på grund av egen bristande planering medför inte en rätt för den upphandlande myndigheten att företa en direktupphandling.

Kommunen har sedan de slöt avtal med bolaget den 30 maj 2008 haft vetskap om att behovet av en ny upphandling avseende lokalvård för de berörda lokalerna skulle uppstå senast den 31 augusti 2013. Det behov av lokalvård som uppstod var således en händelse som kommunen kunnat förutse och råda över. De invändningar som kommunen har framställt om att interna meningsskiljaktigheter skulle ha fördröjt möjligheten att företa ett upphandlingsförfarande i enlighet med LOU är även det en händelse som kommunen själv kunnat råda över. Det har således inte framkommit några uppgifter som föranleder bedömningen att det förelåg förutsättningar för att företa en så kallad direktupphandling. Genom att sluta avtal med bolaget företog således kommunen en så kallad otillåten direktupphandling. Mot bakgrund härav föreligger grund att ålägga kommunen att erlägga en upphandlingsskadeavgift jämlikt 17 kap. 1 § 3 p. LOU.

Fråga uppkommer då om en upphandlingsskadeavgift om 250 000 kr kan anses vara skälig. Konkurrensverket har uppskattat värdet av avtalet till 3 014 671 kr. Kommunen har inte haft något att invända mot denna beräkning av kontraktsvärdet. Upphandlingsskadeavgiften ska därför i förevarande fall bestämmas till ett belopp inom ramen 10 000 kr - 301 467 kr (17 kap. 4 § LOU).

Det i målet aktuella avtalet har ingåtts efter en otillåten direktupphandling. Detta anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet vilken, enligt uttalande i förarbetena, bör leda till att sanktionsvärdet ofta kan anses vara högt. Mot bakgrund av vad som ovan anförts om att den uppkomna tidsbristen är att hänföra till omständigheter som kommunen kunnat förutse eller råda över kan det inte anses vara fråga om ett sådant ringa fall där avgift inte ska beslutas.

Upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Av lagtext eller förarbeten kan inte utläsas att sanktionsvärdet ska fastställas till en viss procentandel av kontraktsvärdet. Beloppsbegränsningen i 17 kap. 4 § LOU måste innebära att överträdelsens allvarlighetsgrad ska fastställas utifrån en helhetsbedömning där kontraktsvärdet är en av flera avgörande faktorer (jfr Högsta förvaltningsdomstolens dom den 30 oktober 2014 i mål nr 7021-13).

Avtalet som är aktuellt i detta mål har ingåtts efter en otillåten direktupphandling, vilket är en allvarlig överträdelse av upphandlingslagstiftningen. Kommunen har anförts att det förelegat ett beaktansvärt intresse för kommunen att upprätthålla en erforderlig lokalvård för dessa lokaler relaterat till att de i viss utsträckning används för skolundervisning och äldreboenden. Kommunen har vidare anförts att det rör sig om ett förhållandevis lågt kontraktsvärde och att avtalets löptid har varit förhållandevis kort. Som tidigare nämnts har dock kommunen under en längre tid haft vetskap om

när det tidigare upphandlade avtalet skulle upphöra. De omständigheter som åberopats till stöd för att ett upphandlingsförfarande i enlighet med LOU inte kunde utföras vid denna tidpunkt är relaterade till omständigheter som kommunen själv kunnat råda över eller förutse. Trots detta framstår den av Konkurrensverket bestämda avgiften om 250 000 kr, motsvarande cirka 8,3 procent av kontraktsvärdet, vid beaktande av samtliga omständigheter i förevarande fall, som något hög. Vid en sammantagen bedömning av kontraktsvärdet, vad som ovan har anförts och vad som i övrigt har framkommit i målet bedöms en avgift om 210 000 kr vara proportionerlig och väl avvägd för att tillgodose syftet med lagstiftningen. Ansökan ska således delvis bifallas i enlighet med ovan anförda.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1D).

Bo Johansson

Föredragande har varit Anders Nilsson Törnquist.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/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. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nå för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.