

ANSÖKAN

2016-03-17 Dnr 208/2016 1 (7)

Förvaltningsrätten i Karlstad
Box 568
651 12 Karlstad

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Hällefors kommun, Sikforsvägen 15, 712 83 Hällefors

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Hällefors kommun ska betala 150 000 (etthundrafemtiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

Grunder

1. Hällefors kommun har brutit mot 15 kap. 4 § LOU genom att den 30 mars 2015 ingå avtal om byggnadsarbeten med Allbyggarn i Karlskoga AB (Allbyggarn) utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för ett sådant agerande inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Konkurrensverket initierade granskningen av kommunens ingående av avtal med Allbyggarn efter att ha uppmärksammat vissa uppgifter i media. Under utredningen har bland annat följande framkommit.
3. Björskogsns naturreservat är beläget sydväst om tätorten Grythyttan i Hällefors kommun. Området omfattar 15 hektar och inkluderar två gårdsbildningar med ett ursprung från 1500-talet. Kommunen införskaffade reservatet år 2007 och är ensam ägare till fastigheten Hällefors Björskogsns. På fastigheten finns en gård som inte omfattas av några specifika reservatsbestämmelser och som inte utgör ett byggnadsminne.
4. I slutet av februari 2015 blev kommunen kontaktad av produktionsbolaget OTW som framförde önskemål om att förlägga 2015 års upplaga av TV-programmet "*Sommar med Ernst*" vid nämnda gård i Björskogsns naturreservat. Syftet med programmet är att renovera, restaurera och modernisera en gammal byggnad så att den går att bo i eller kan nyttjas på annat sätt. Kommunen ansåg att denna typ av satsning skulle medföra en fördelaktig upprustning av den norra delen av gården samt öka allmänhetens intresse för såväl Björskogsns som för kommunen. Kommunen accepterade därför produktionsbolagets förfrågan och ingick ett nyttjanderättsavtal med OTW genom vilket kommunen ställde gården på fastigheten Hällefors Björskogsns till förfogande för inspelningarna av "*Sommar med Ernst*" samt den kortare programserien "*Jul med Ernst*".
5. Med anledning av beslutet att upplåta kommunens gård för TV-inspelningarna ingick kommunen den 30 mars 2015 avtal med Allbyggarn om utförande av byggnadsarbeten på gården, bilaga 1. Enligt avtalet ska Allbyggarn utföra entreprenadarbeten åt kommunen på löpande räkning enligt fastställda timpriser. I avtalet regleras även kostnad för material. Vidare föreskriver avtalet en ensamrätt för Allbyggarn avseende byggnadsarbeten på gården under år 2015 samt ett åtagande för bolaget att sponsra kommunen genom en reduktion på 75 000 kronor avseende utfört arbete. Reduktionen ska regleras i samband med slutbetalning.

6. Allbyggarn har utfört arbeten på gården i samband med produktionen av TV-programmen och i enlighet med avtalet. Arbetet utfördes under perioden 7 april 2015 – 3 juli 2015. Den slutliga kostnaden för det byggnadsarbete som utfördes i enlighet med avtalet uppgår efter reduktion för sponsring till 1 900 000 kronor exkl. mervärdesskatt, se bilagorna 2 och 3. Kommunen har erlagt betalning till Allbyggarn med nämnda belopp.
7. Kommunens ingående av avtalet med Allbyggarn den 30 mars 2015 har inte föregåtts av annonsering enligt LOU.

Avtalet mellan kommunen och Allbyggarn utgör en otillåten direktupphandling

8. Enligt Konkurrensverkets bedömning avser avtalet mellan kommunen och Allbyggarn "byggverksamhet" enligt bilaga 1 till LOU. Avtalet utgör därmed ett byggtreprenadkontrakt enligt 2 kap. 3 § LOU.
9. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av aktuellt tröskelvärde (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras.
10. Vid tidpunkten för kommunens ingående av avtalet med Allbyggarn uppgick tröskelvärdet för samtliga myndigheter vid upphandling av byggtreprenader enligt LOU till 45 256 666 kronor. Direktupphandlingsgränsen uppgick till 505 800 kronor.
11. Enligt 15 kap. 3 a § LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Som påtalats ovan (punkt 6) har kommunen betalat totalt 1 900 000 kronor exkl. mervärdesskatt för de entreprenadarbeten som Allbyggarna har utfört enligt avtalet. Avtalets värde ska därför beräknas till nämnda belopp. Avtalsvärdet understiger alltså tröskelvärdet för byggtreprenader, men överstiger direktupphandlingsgränsen. För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpliga. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.¹

¹ Se bl.a. EU-domstolens uttalanden i mål 199/85 *kommissionen mot Italien*, punkt 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *kommissionen mot Tyskland*, punkt 58, mål C-385/02 *kommissionen mot Italien*, punkt 19, mål C-394/02 *kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46. Se även förarbetsuttalanden i prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

Det saknas skäl att ingå avtalet utan föregående annonsering

12. Under den utredning som föregått Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift har kommunen anfört att man hade att ta ställning till en helhet av produktionen av "*Sommar med Ernst*" respektive "*Jul med Ernst*" där OTW och Allbyggarn redan hade ingått ett sponsors- och produktionssamarbete. Kommunen har vidare anfört att inspelningen av TV-programmen på kommunens fastighet förutsatte ingåendet av det aktuella avtalet med Allbyggarn. Om kommunen hade begärt att de arbeten som Allbyggarn sedermera genomförde skulle upphandlas enligt LOU så hade OTW valt ett annat objekt för sin inspelning.
13. Enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU får direktupphandling användas när någon av förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ LOU är uppfyllda, eller om det finns synnerliga skäl. Av 4 kap. 5 § 3 LOU framgår att upphandlande myndigheter får tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska som orsakats av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett annonserat förfarande.² Samtliga förutsättningar måste alltså vara uppfyllda för att undantaget ska vara tillämpligt. De omständigheter som orsakat den synnerliga brådskan får inte vara hänförliga till eller på annat sätt bero på den upphandlande myndighetens handlande.³
14. För att bestämmelsen i 4 kap. 5 § 3 LOU ska vara tillämplig krävs det således att det rör sig om en situation där tilldelningen av kontraktet har varit absolut nödvändigt. Enligt Konkurrensverkets uppfattning har det *inte* varit absolut nödvändigt att bygga om eller renovera gården på kommunens fastighet i Björskogsås. Likaså har det *inte* varit absolut nödvändigt att upplåta byggnaden för inspelningen av *Sommar med Ernst* respektive *Jul med Ernst*. Kommunens ingående av avtalet med Allbyggarn omfattas således inte av undantaget för synnerlig brådska. Därutöver har heller inte något annat undantag från annonseringsskyldigheten förelegat. Avtalet mellan kommunen och Allbyggarn utgör därmed en otillåten direktupphandling.

² Se 4 kap. 5 § 3 LOU.

³ Se artikel 31.1 (c) i direktiv 2004/18/EG samt prop. 2006/07:128 s. 327.

Upphandlingsskadeavgift

15. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (17 kap. 1 § 3 LOU). Det finns inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.⁴
16. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bl.a. att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.⁵

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

17. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner 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 § LOU (17 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁶ Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 1 900 000 kronor (se punkt 6 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst (1 900 000 x 0,1) 190 000 kronor.
18. 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).
19. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.⁷
20. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direkt-

⁴ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och s. 368.

⁵ A prop. s. 196–197.

⁶ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

⁷ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.

upphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.⁸ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelsena inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.⁹

21. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Genom ingåendet av avtalet med Allbyggarn har kommunen anlitat en leverantör för utförande av byggnadsarbeten till ett värde om 1 900 000 kronor utan sådan annonsering som föreskrivs i LOU. Som påtalats ovan har det inte förelegat sådana omständigheter att kommunen hade kunnat köpa byggnadsarbeten av Allbyggarn utan föregående annonsering. Enligt Konkurrensverkets uppfattning kan rättsläget i detta fall inte anses som oklart. Kommunen skulle således rätteligen ha annonserat byggnadsarbetena enligt LOU.
22. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 150 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Övrigt

23. Konkurrensverket vill upplysa om att verket denna dag har lämnat in ytterligare en ansökan om upphandlingsskadeavgift mot Hällefors kommun till Förvaltningsrätten i Karlstad (Konkurrensverkets dnr 209/2016).

Per Karlsson

Kristoffer Sällfors

⁸ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198 och s. 369–370.

⁹ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

ANSÖKAN

2016-03-17 Dnr 208/2016 7 (7)

Bifogas

- Bilaga 1 Avtal av den 30 mars 2015 mellan Hällefors kommun och Allbyggarn i Karlskoga AB avseende utförande av byggnadsarbeten på Björskogsås
- Bilaga 2 Fakturor från Allbyggarn i Karlskoga AB till Hällefors kommun avseende utförda arbeten
- Bilaga 3 Sammanställning av fakturerade belopp som ligger till grund för beräkningen av kontraktsvärdet