

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Tillväxtverket, Box 4044, 102 61 Stockholm

Saken

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

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten jämlikt 17 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Tillväxtverket ska betala 45 000 (fyrtiofemtusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Tillväxtverket har brutit mot LOU genom att myndigheten slutit avtal avseende medarbetardag med Aktiebolaget Nya Grand Hotel utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU, trots att förutsättningarna för ett sådant agerande inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet utgör en otillåten direktupphandling.

Omständigheter

2. Den 23 maj 2012 genomförde Tillväxtverket en medarbetardag för myndighetens anställda. Medarbetardagen föregicks av att Tillväxtverket kontaktade potentiella leverantörer under hösten 2011 för att efterhöra möjligheten till arrangemang av efterfrågad tillställning. Bland de leverantörer som tillfrågades återfanns Aktiebolaget Nya Grand Hotel (Grand Hotel).
3. De genomförda kontakterna resulterade i att Tillväxtverket den 26 oktober 2011 gjorde en preliminär bokning av lokal m.m. för medarbetardagen hos Grand Hotel. Bokningen gjordes därefter definitivt i slutet av januari 2012, se Grand Hotels bokningsbekräftelse, [bilaga 1](#). Därigenom ingicks avtal mellan Tillväxtverket och Grand Hotel avseende hyra av Grand Hotels lokaler på Blaiseholmen i Stockholm den 23 maj 2012 för konferens (dagtid) och middag med efterföljande dans (kvällstid).
4. Under Konkurrensverkets utredning har Tillväxtverket uppgett bland annat följande (se [bilaga 2](#)). Tillväxtverket ingick ett muntligt avtal med Grand Hotel den 13 mars 2012 avseende köp av mat och dryck m.m. under medarbetardagen. Avtalet i januari 2012 avsåg endast hyra av lokaler, trots att bekräftelsen (bilaga 1) även innehöll en offert avseende mat och dryck. Den överenskommelse som träffades mellan Tillväxtverket och Grand Hotel den 13 mars 2012 avseende mat och dryck baserades dock inte på offererade priser.

Avtalets värde

5. Beräkningen av avtalets värde i mål om upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § andra stycket LOU ske enligt 15 kap. 3 a § samma lag vid upphandlingar vars värde understiger aktuellt tröskelvärde och som därmed inte omfattas av direktivets tillämpningsområde.
6. Av 15 kap. 3 a § LOU följer att avtalets värde ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt avtalet. Vid sådan beräkning ska samtliga direktupphandlingar av samma slag som myndigheten gör under ett räkenskapsår beaktas. Enligt Konkurrensverket utgör Tillväxtverkets avtal med

Grand Hotel i slutet av januari 2012 (avseende hyra av lokal m.m.) respektive den 13 mars 2012 (avseende förtäring m.m.) – oavsett om de är att betrakta som delar av ett eller två separata *avtal* – i vart fall *direktupphandlingar* av samma slag.

7. De olika tjänsterna tillhandhålls av en och samma leverantör, Grand Hotel. Enligt Konkurrensverkets mening är tjänsterna därutöver sådana att de också typiskt sett kan tillhandahållas av en och samma leverantör. Enligt Tillväxtverket har avtal ingåtts i två steg endast till följd av att myndighetens budget för medarbetardagen fastställdes först vid ett senare skede och att man därför var mån om att säkerställa tillgången till lokal vid en tidigare tidpunkt. Värdet av de olika delarna i den aktuella anskaffningen kan enligt Konkurrensverket inte beräknas var och en för sig, utan utgör direktupphandlingar av samma slag.
8. Efter genomförande av medarbetardagen debiterade Grand Hotel Tillväxtverket för utförda tjänster genom faktura nr 66677 den 30 maj 2012, bilaga 3. Av fakturan framgår att kostnaden för lokalhyran uppgår till 58 650 kronor exklusive mervärdesskatt.¹ Vidare framgår att kostnaderna för teknik och vaktjänster uppgår till sammanlagt 38 350 kronor exklusive mervärdesskatt. Av till fakturan hörande kvitton, bilaga 4, framgår att värdet av lunch och kaffe uppgår till sammanlagt 135 765 kronor exklusive mervärdesskatt samt att värdet av middagen uppgår till (53 417 + 322 726) 376 143 kronor exklusive mervärdesskatt.
9. Det sammanlagda värdet av Tillväxtverkets avtal med Grand Hotel avseende medarbetardagen den 23 maj 2012 uppgår således till (58 650 + 38 350 + 135 765 + 376 143) 608 908 kronor exklusive mervärdesskatt.

Tillväxtverkets avtal med Grand Hotel utgör en otillåten direktupphandling

10. 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 eller om avtalets värde, efter en beräkning enligt bestämmelserna i 3 kap., understiger direktupphandlingsgränsen om cirka 284 000 kronor (15 kap. 3 § LOU).
11. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska enligt EU-domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens praxis samt svenska förarbetsuttalanden tolkas restriktivt. Den som åberopar en undantagsbestäm-

¹ Se även Grand Hotels bekräftelse i januari 2012 (bilaga 1).

melse har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana omständigheter som motiverar att undantagsbestämmelsen får tillämpas.²

12. I 15 kap. LOU finns ingen särreglering jämfört med lagens direktivstyrda delar i fråga om restriktivitet och bevisbördans placering vid återopande av undantag från annonseringsskyldigheten. Den svenska lagstiftaren har istället uttryckt att den upphandlande myndigheten har bevisbördan även för påståendet att förutsättningar för direktupphandling med stöd av de icke direktivstyrda bestämmelserna i LOU föreligger. I RÅ 2009 not 134 har Högsta förvaltningsdomstolen följaktligen också fastslagit att den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att undantag från annonseringsskyldigheten föreligger vid upphandlingar enligt 15 kap. LOU.³
13. Det är således Tillväxtverket som ska styrka att det föreligger sådana omständigheter att de aktuella tjänsterna fick köpas utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU.
14. Tillväxtverket har under Konkurrensverkets utredning anfört att myndighetens avtal med Grand Hotel inte har föregåtts av annonsering. Vidare har Tillväxtverket anfört att det inte förelåg några omständigheter som har kunnat rättfärdiga ett sådant agerande (se bilaga 2).
15. Eftersom avtalets värde överstiger direktupphandlingsgränsen och det inte har förelagat omständigheter som medför att det fick ingås utan föregående annonsering, utgör Tillväxtverkets avtal med Grand Hotel enligt Konkurrensverkets bedömning en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

16. Vid otillåten direktupphandling får allmän förvaltningsdomstol enligt 17 kap. 1 § 3 LOU efter ansökan av tillsynsmyndigheten besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket är enligt 18 kap. 1 § LOU och 3 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen i Sverige.

Sanktionsvärde och avgiftens storlek

17. En upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio

² Se bl.a. mål 199/85 *Kommissionen mot Italien* punkt 14, C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland* punkt 58, C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46, prop. 2001/02:142 s. 99, prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref 10, RÅ 2008 ref 79 och RÅ 2009 not 134.

³ Se prop. 2001/02:142 s. 99. Se även Förvaltningsrätten i Växjö i mål nr 286-12 samt Förvaltningsrätten i Luleå i mål nr 434-12.

procent av kontraktsvärdet. Enligt 17 kap. 5 § LOU ska vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.

18. Av förarbetena framgår att ett av syftena med upphandlingsskadeavgiften är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedlen används på ett korrekt sätt. Utgångspunkten är att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra upphandlande myndigheter avhåller sig från överträdelser. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till.
19. Enligt Konkurrensverkets mening bör upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten direktupphandling beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde. Därefter bör det prövas om det föreligger några förmildrande eller försvårande omständigheter i det enskilda fallet som kan inverka sänkande eller höjande på avgiften. Denna metod bidrar till en enhetlighet och förutsebarhet vid beräkningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Avtalets värde är också ett adekvat mått på hur allvarlig överträdelse en otillåten direktupphandling typiskt sett är – ju högre avtalsbelopp desto allvarligare överträdelse.⁴ Att ha avtalets värde som utgångspunkt vid beräkningen av avgiftens storlek ligger också i linje med allmänna principer för system med sanktionsavgifter i svensk rätt, där lagstiftaren har framhållit att avgiftsbelopp så långt som möjligt bör kunna utgå ifrån ett mätbart moment i överträdelsen som gör det möjligt att förutse och fastställa hur stor avgiften ska bli i det enskilda fallet.⁵ I förarbetena till reglerna om upphandlingsskadeavgift har lagstiftaren också hänvisat till dessa allmänna riktlinjer.⁶
20. Otillåtna direktupphandlingar anses både av unionslagstiftaren och den svenska lagstiftaren i sig vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt.⁷ En upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling bör således ligga i den övre delen av skalan, i allmänhet mellan fem och tio procent av avtalets värde. Vid otillåtna direktupphandlingar av normalgraden, bör avgiften ligga i mitten av den övre delen av skalan, det vill säga 7-8 procent av avtalets värde. Det kan anmärkas att Konkurrensverket i flera avgöranden från kammarrätt och förvaltningsrätter fått fullt bifall till sin talan om påförande av upphandlingsskadeavgift.⁸ Konkurrensverket har i

⁴ Jfr prop. 2009/10:180 s. 197 och beaktandesats 13 till direktiv 2007/66/EG.

⁵ Se bl.a. prop. 1981/82:142 s. 24-25 och bet. 1981/82:JuU53.

⁶ Prop. 2009/10:180 s. 183.

⁷ Prop. 2009/10:180 s. 187 och 197.

⁸ Se Kammarrätten i Stockholm mål nr 1305-12; Förvaltningsrätten i Växjö mål nr 286-12; Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 3834-11 samt Förvaltningsrätten i Luleå mål nr 2166-11 och mål nr 434-12.

dessa mål haft samma utgångspunkter för beräkningen av avgiftsbeloppet som i förevarande mål.

21. Konkurrensverket har beräknat avtalens värde till 608 908 kronor. En upphandlingsskadeavgift om 45 000 kronor utgör cirka 7,5 procent av avtalens värde och är enligt Konkurrensverket vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i förevarande ärende en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Per Karlsson

Daniel Johansson

Bilagor

- | | |
|----------|--|
| Bilaga 1 | Grand Hotels bokningsbekräftelse i januari 2012 |
| Bilaga 2 | Tillväxtverkets skrivelse till Konkurrensverket den 4 september 2012 |
| Bilaga 3 | Faktura nr 66677 den 30 maj 2012 |
| Bilaga 4 | Kvitton |