

Förvaltningsrätten i Karlstad
Box 568
651 12 Karlstad

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Karlstads kommun, 651 84 Karlstad

Saken

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

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten jämlikt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling beslutar att Karlstads kommun ska betala 230 000 (tvåhundra-trettio-tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Karlstads kommun har brutit mot lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) genom att kommunen slutit avtal med Värmlands Motor AB om köp av två lastbilar utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU, trots att förutsättningar för sådant agerande inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet är att betrakta som en otillåten direktupphandling.

Omständigheter

2. I februari 2012 begärde Karlstads kommun in offerter avseende två typer av demokörda lastbilar från tre olika potentiella leverantörer. En av de leverantörer som ombads lämna offert var Värmlands Motor AB. Bolagets offerter bifogas ansökan, se bilaga 1-2. Efter att ha jämfört leverantörernas offerter beslutades att lastbilar skulle köpas från Värmlands Motor AB, som hade lämnat det billigaste priset på respektive lastbilstyp inklusive tillbehör och vissa monteringsarbeten.
3. Något skriftligt kontrakt upprättades inte i samband med att avtalet om köp av lastbilarna ingicks. Istället gjordes beställningen muntligen per telefon. Det exakta avtalsdatumet är därför inte känt. Enligt uppgift från Karlstads kommun har muntligt avtal träffats någon gång under mars 2012.

Anskaffningen utgör en otillåten direktupphandling

4. Huvudregeln i LOU är att upphandlingar ska annonseras och att 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.
5. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska enligt EU-domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens praxis tolkas restriktivt. Den som åberopar en undantagsbestämmelse har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana omständigheter som motiverar att undantagsbestämmelsen får tillämpas.¹
6. Det är således Karlstads kommun som ska styrka att det förelegat sådana omständigheter att de aktuella varorna fick köpas utan föregående annonsering.
7. Karlstads kommun har under Konkurrensverkets utredning uppgett att kommunen är av uppfattningen att anskaffningen av lastbilarna är att anse som en

¹ 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.

otillåten direktupphandling. Kommunen har även uppgett att demolastbilar har ett betydligt lägre inköpspris än motsvarande fabriksnya lastbilar och att den som var ansvarig för inköpen var av uppfattningen att den konkurrensut-sättning som gjordes var tillräcklig eftersom inköpet rörde begagnade fordon.

8. Konkurrensverket vill mot denna bakgrund göra följande förtydligande. Det finns inte något undantag från annonseringsskyldigheten i LOU på grund av att köpet avser begagnade varor. LOU ska tillämpas vid anskaffningar av såväl nya som begagnade varor. Vidare bör framhållas att undantaget för köp till särskilt förmånliga villkor i 4 kap. 7 § första stycket 4 LOU endast gäller i samband med att en leverantör upphört med sin verksamhet, trätt i likvidation, försatts i konkurs eller är föremål för motsvarande förfarande. Något sådant förfarande har det inte varit fråga om vid kommunens anskaffning från Värmlands Motor AB. Vid bedömningen av vad som utgör särskilt förmånliga villkor ska jämförelseobjekten dessutom vara liknande *begagnade* varor, inte nya varor. Att en begagnad vara är billigare än en motsvarande ny, medför således inte att det är fråga om särskilt förmånliga villkor i den mening som avses i 4 kap. 7 § första stycket 4 LOU.
9. Konkurrensverket gör gällande att det aktuella inköpet utgör en otillåten direktupphandling.

Avtalets värde

10. Beräkningen av avtalets värde i mål om upphandlingsskadeavgift ska enligt 3 kap. 3 § LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.
11. Den 19 juni och 10 juli 2012 tillställde Värmlands Motor AB Karlstads kommun fakturor avseende de två lastbilarna, se bilaga 3-4. Av fakturorna framgår att kostnaden för lastbilarna uppgår till 1 542 025 kronor respektive 1 516 295 kronor exklusive mervärdesskatt.
12. Det sammanlagda värdet av avtalet uppgår således till 3 058 320 kronor exklusive mervärdesskatt.

Upphandlingsskadeavgift

13. 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.

14. Den omständigheten att något skriftligt *kontrakt* enligt definitionen i 2 kap. 10 § LOU inte har upprättats mellan kommunen och Värmlands Motor AB medför inte att reglerna i 17 kap. samma lag inte ska tillämpas, eftersom 17 kap. – liksom reglerna i 16 kap. – omfattar alla former av ingångna *avtal* som medför att en upphandlande myndighet anskaffar en vara, tjänst eller byggtreprenad från en leverantör.²

Sanktionsvärde och avgiftens storlek

15. En upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. 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.
16. 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. I förarbetena erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.³
17. 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

² Se även prop. 2009/10:180 s. 360 och 368.

³ Prop. 2009/10:180 s. 196-197 och 370.

⁴ Prop. 2009/10:180 s. 197.

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

⁶ Prop. 2009/10:180 s. 183.

18. Otillåtna direktupphandlingar anses både av unionslagstiftaren och av 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. Konkurrensverket har i flera avgöranden från kammarrätt och förvaltningsrätt fått fullt gehör för sin beräkning av upphandlingsskadeavgiften, vilken således bedömts vara väl avvägd.⁸
19. Kommunen har under Konkurrensverkets utredning framfört att det faktum att kommunen begärt in offert från tre olika leverantörer, och anskaffningen således skett i konkurrens, bör inverka sänkande på upphandlingsskadeavgiftens storlek.
20. Enligt Konkurrensverket kan emellertid en sådan konkurrensutsättning som skett i förevarande fall inte ersätta den konkurrensutsättning som en annonserad upphandling enligt LOU utgör. En väsentlig skillnad mellan kommunens anskaffning och upphandlingar enligt LOU är att endast tre, av kommunen själv utvalda, leverantörer beretts tillfälle att lämna offert. Samtliga potentiella leverantörer på marknaden har således inte fått tillfälle att lämna anbud och konkurrera om affären, vilket utgör ett brott mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen. Att kommunen begärt in offert från tre olika leverantörer är visserligen bättre än att endast vända sig till en enda leverantör, men åtgärden kan inte anses ha medfört annat än en marginell begränsning av de skadeverkningar för leverantörskollektivet som en otillåten direktupphandling typiskt sett medför. I två olika förvaltningsrättsavgöranden har liknande konkurrensutsättningar inte inverkat sänkande på överträdelsens sanktionsvärde och upphandlingsskadeavgiftens storlek.⁹
21. Konkurrensverket anser följaktligen att den aktuella konkurrensutsättningen som kommunen gjort inte bör inverka sänkande på upphandlingsskadeavgiftens storlek.
22. Konkurrensverket har beräknat avtalets värde till 3 058 295 kronor. En upphandlingsskadeavgift om 230 000 kronor utgör cirka 7,5 procent av avtalets värde och är enligt Konkurrensverket vid en sammantagen bedömning av om-

⁷ A prop. s. 187 och 197.

⁸ Se bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom 7 juni 2012 i mål nr 1305-12, Förvaltningsrätten i Stockholms domar den 25 juli 2012 i mål nr 1271-12, 1273-12 och 1281-12, Förvaltningsrätten i Växjö dom 15 februari 2012 i mål nr 286-12, Förvaltningsrätten i Luleås dom den 20 mars 2012 i mål nr 2166-11 samt Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 20 december 2012 i mål nr 13115-12.

⁹ Förvaltningsrätten i Luleås dom den 20 mars 2012 i mål nr 2166-11 och Förvaltningsrätten i Växjö dom den 15 februari 2012 i mål nr 286-12.

ständigheterna i förevarande ärende en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Per Karlsson

Daniel Johansson

Bifogas

Bilaga 1: Offert avseende fordon WFH 570

Bilaga 2: Offert avseende fordon WHW 216

Bilaga 3: Faktura avseende fordon WFH 570, utfärdad den 10 juli 2012

Bilaga 4: Faktura avseende fordon WHW 216, utfärdad den 19 juni 2012