

Förvaltningsrätten i Växjö
forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Kalmar Hamn AB, 556013-8348, Box 810, 391 28 Kalmar

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1146) om offentlig upphandling inom försörjningssektorerna (LUF)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LUF beslutar att Kalmar Hamn AB ska betala 260 000 (tvåhundrasextio tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

1. Kalmar Hamn AB (Kalmar Hamn) har den 11 maj 2023 ingått avtal om dieselbränsle (Avtalet) med Kalmar Bunkeroljor AB (Leverantören) utan föregående annonsering enligt 19 kap. 6 § LUF. Det saknades förutsättningar för att ingå Avtalet utan sådan annonsering. Kalmar Hamn har därmed gjort en otillåten direktupphandling av Avtalet.

Bakgrund och omständigheter

2. Kalmar kommun äger indirekt¹ alla andelar i Kalmar Hamn och utser hela bolagets styrelse (Bilaga 1). Kalmar Hamn är därmed en upphandlande enhet enligt LUF (1 kap. 22 § första stycket 1 LUF).
3. Kalmar Hamns verksamhetsföremål är att utveckla, driva och förvalta hamnförläggningen i Kalmar kommun samt samverka med närliggande hamnar (Bilaga 1). Bolagets verksamhetssyfte är att tillhandahålla en allmännyttig hamnanläggning samt utföra hamn-, sjöfarts-, och logistikrelaterade tjänster i första hand i Kalmar kommun. Kalmar Hamn bedriver alltså hamnverksamhet enligt LUF (2 kap. 7 § LUF).
4. Avtalet mellan Kalmar Hamn och Leverantören avser dieselbränsle som Kalmar Hamn har upphandlat för sin hamnverksamhet. LUF var därför tillämplig på upphandlingen av Avtalet (1 kap. 2 § LUF).
5. Kalmar Hamn har angett att Avtalet ingicks muntligen, men bolaget har inte kunnat ange tidpunkten för beställningen eller leveransen. Det finns ingen skriftlig dokumentation av Avtalet utöver en faktura (Bilaga 2). Avtalet får därför anses ha ingåtts samma dag som fakturan ställdes ut, det vill säga den 11 maj 2023.
6. Kalmar Hamn har uppgett följande under Konkurrensverkets utredning. Kalmar Hamn har köpt dieselbränsle från Leverantören sedan 2007 utan någon annonserad upphandling och utan att något undantag från upphandlingslagstiftningen har varit tillämpligt. Beställningarna har skett till Leverantören per telefon vid behov. Kalmar Hamn förbereder nu för en annonserad upphandling av bränsle.
7. Konkurrensverket anser att Kalmar Hamn har gjort en otillåten direktupphandling av Avtalet och att bolaget därför ska betala en upphandlingsskadeavgift. Detta utvecklas nedan.

¹ Kalmar Hamn ägs av Kalmar Kommunbolag AB som i sin tur ägs av Kalmar kommun.



Kalmar Hamn har gjort en otillåten direktupphandling av Avtalet

Upphandlingens värde

8. Avtalet är ett varukontrakt (1 kap. 25 § LUF).
9. En upphandlings värde är det totala belopp som enligt den upphandlande enhetens uppskattning ska betalas enligt det eller de varukontrakt som ingår i upphandlingen (5 kap. 2 § LUF).
10. Värdet av ett varukontrakt som regelbundet återkommer ska uppskattas med ledning av det verkliga totala värdet av en följd av liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller under det föregående räkenskapsåret (5 kap. 10 § LUF).
11. Kalmar Hamn har redovisat fakturor för de kontrakt om dieselbränsle som bolaget upphandlade under tolv månadersperioden som föregick Avtalet (Bilaga 3). Kontrakten var regelbundet återkommande och liknade Avtalet. Kontraktens värde ska därför ingå i beräkningen av värdet på upphandlingen av Avtalet.
12. Det sammanlagda värdet på Avtalet och de liknande kontrakten som Kalmar Hamn upphandlade under den föregående tolv månadersperioden är 3 343 302 kronor exklusive mervärdesskatt (Bilaga 4).²
13. Värdet på upphandlingen av Avtalet är därmed 3 343 302 kronor.

Inget undantag från annonseringskravet var tillämpligt

14. Värdet på upphandlingen av Avtalet överstiger direktupphandlingsgränsen (19 a kap. 2 § LUF) men understiger tröskelvärdet för varukontrakt (5 kap. 1 § LUF).³ Upphandlingen skulle därför ha annonserats enligt 19 kap. LUF om inget undantag från annonseringskravet var tillämpligt (19 kap. 1 och 6 §§ LUF).
15. Kalmar Hamn har angett att inget undantag från annonseringskravet var tillämpligt på upphandlingen. Konkurrensverket delar den uppfattningen.
16. Avtalet ingicks alltså utan föregående annonsering trots att inget undantag från annonseringskravet var tillämpligt. Upphandlingen av Avtalet var därmed en otillåten direktupphandling.

² Två fakturor som Kalmar Hamn har redovisat avser delvis rengöringsmedel (fakturanummer 13413) respektive trasor (fakturanummer 13349). Konkurrensverket har inte tagit med dessa kostnader i värdeberäkningen. Kalmar Hamn kompletterade fakturaunderlaget efter att bolaget hade tagit del av Konkurrensverkets preliminära bedömning inför ansökan. Det har medfört ett högre sammanlagt värde i ansökan.

³ Tröskelvärdet för varukontrakt var 4 483 865 kronor när Avtalet upphandlades, se tillkännagivande (2022:190) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.



Upphandlingsskadeavgift

17. Vid en otillåten direktupphandling får förvaltningsrätten efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande enhet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § 3 LUF).
18. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande.⁴ Avgiften syftar till att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.⁵
19. Den upphandlande enheten måste inte ha agerat uppsåtligt eller oaktsamt för att en avgift ska dömas ut.⁶ Bristande kännedom om rättsläget eller misstag om lagstiftningens innehåll ursäktar inte en överträdelse.⁷
20. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst tio tusen kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde (21 kap. 4 § LUF).
21. Avgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte.⁸ Särskild hänsyn ska tas till hur allvarlig överträdelsen är, det vill säga överträdelsens sanktionsvärde.⁹ Ju allvarligare överträdelsen är, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹⁰ Någon avgift ska inte beslutas i ringa fall och avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (21 kap. 5 § LUF).
22. Av förarbetena framgår följande om sanktionsvärdet.¹¹ Både försvårande och förmildrande omständigheter ska beaktas. Det bör vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör till exempel påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Sanktionsvärdet kan anses vara högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Förhållanden hos den upphandlande enheten bör också beaktas. Upprepade otillåtna direktupphandlingar bör till exempel ses som försvårande. Om den upphandlande enheten har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan det i vissa fall ses som förmildrande.

⁴ Se skäl 13 och artikel 2e.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet) samt prop. 2009/10:180 s. 197. Jfr även prop. 2023/24:3 s. 49.

⁵ Se prop. 2009/10:180 s. 196 och jfr prop. 2023/24:3 s. 45.

⁶ Se prop. 2009/10:180 s. 192 och 368 samt jfr prop. 2023/24:3 s. 36.

⁷ Se prop. 2009/10:180 s. 368.

⁸ Se prop. 2009/10:180 s. 369 och jfr prop. 2023/24:3 s. 49 f. Se även HFD 2014 ref. 49.

⁹ Se prop. 2009/10:180 s. 196 och 370 samt jfr prop. 2023/24:3 s. 50.

¹⁰ Se HFD 2014 ref. 69 och jfr prop. 2023/24:3 s. 29 och 74.

¹¹ Se prop. 2009/10:180 s. 197 f. och 369 f.



23. Värdet på upphandlingen av Avtalet är 3 343 302 kronor.
Upphandlingsskadeavgiften kan därför bestämmas till högst 334 330 kronor.
24. Kalmar Hamn har gjort en otillåten direktupphandling. Det är en av de allvarligaste överträdelserna av upphandlingslagstiftningen.¹²
Sanktionsvärdet är därför som utgångspunkt högt.¹³
25. Överträdelsen är klar. Det är tydligt att direktupphandlingen av Avtalet strider mot LUF.
26. Kalmar Hamn har direktupphandlat bränsle sedan 2007 utan att något undantag från annonseringskravet har varit tillämpligt. Det är en försvårande omständighet som höjer den aktuella överträdelsens sanktionsvärde.
27. Det finns inga förmildrande omständigheter som sänker överträdelsens sanktionsvärde.
28. Vid en sammantagen bedömning anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 260 000 kronor är en proportionerlig sanktion för överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman
Chefsjurist

Erik Sollenberg
Processråd

¹² Se skäl 13 till ändringsdirektivet (2007/66/EG) samt prop. 2009/10:180 s. 197 och prop. 2023/24:3 s. 52 f.

¹³ Se prop. 2009/10:180 s. 197 samt jfr t.ex. HFD 2014 ref. 69 samt Kammarrätten i Göteborgs domar den 5 december 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

Bifogas

- Bilaga 1 Bolagsordning
- Bilaga 2 Faktura för Avtalet
- Bilaga 3 Fakturor för liknande kontrakt
- Bilaga 4 Konkurrensverkets värdesammanställning