

**SÖKANDE**

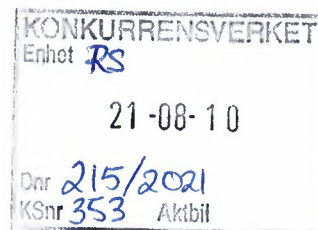
Konkurrensverket

MOTPART

Nyköpings kommun, 212000-2940

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Nyköpings kommun ska betala 600 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Avgiften ska vara betald inom trettio dagar från det att denna dom har fått laga kraft.

ANSÖKAN M.M.

Konkurrensverket ansöker enligt 21 kap. 1 § punkten 3 LOU och yrkar att Nyköpings kommun (kommunen) ska betala 600 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA I HUVUDSAK ANFÖR**Konkurrensverket**

Kommunen har brutit mot 19 kap. 9 § LOU genom att den 31 mars 2020 sluta ramavtal om beläggnings- och markåterställningsarbeten med Skanska

Industrial Solution AB utan föregående annonsering. Eftersom förutsättningar för att sluta avtal utan föregående annonsering saknades, utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Det är kommunen som är att anses som upphandlande myndighet för den aktuella upphandlingen. Ramavtalet 2020, som avser beläggnings- och markåterställningsarbeten, utgör vidare ett sådant ramavtal för tilldelning av byggentreprenadkontrakt som omfattas av LOU. Enligt huvudregeln i 19 kap. 9 § LOU ska upphandlingar som överstiger direktupphandlingsgränsen (615 312 kronor) annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud.

Kommunen har uppgett att värdet av ramavtalet 2020 uppgår till 9,5 miljoner kr exklusive mervärdesskatt. Det finns inte anledning att ifrågasätta denna bedömning. Av detta följer att värdet av den aktuella upphandlingen överstiger direktupphandlingsgränsen i LOU. Ramavtalet 2020 borde därför ha föregåtts av annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU, under förutsättning att det inte förelegat något av de i LOU särskilt angivna undantagen från krav på annonsering.

Kommunen har ett löpande behov av att anskaffa aktuella byggentreprenader. Det tidigare ramavtalet 2015 avseende beläggnings- och markåterställningsarbeten löpte ut den 30 april 2019. Det åligger kommunen att planera och utforma upphandlingar på ett sådant sätt att behovet kan tillgodoses i förenlighet med LOU. Kommunen har självt framhållit att det redan 2015 hade uppmärksammats att det förekom problem med taktiska anbud vid upphandlingar av beläggningsarbeten. Eventuell brådska att anskaffa beläggnings- och markåterställningsarbeten i mars 2020 berodde vidare på att kommunen påbörjade det annonserade upphandlingsförfarandet av upphandling 2 i nära anslutning till starten av asfaltssäsongen, samt att kommunen avbröt upphandling 2. Att upphandling 2 annonserades sent är i sin tur en

konsekvens av att kommunen dessförinnan avbröt upphandling 1 samt att kommunen därefter väntade nästan elva månader med att annonsera upphandling 2, trots att Ramavtalet 2015 löpte ut två månader efter annonseringen av upphandling 1. Även detta är omständigheter som är hänförliga till kommunen. Det är visserligen inte uteslutet att vissa av de arbeten som omfattas av direktupphandlingen var nödvändiga till sin karaktär. Så som ramavtalet 2020 har utformats var det dock inte till sin helhet nödvändigt den 31 mars 2020, när avtalet slöts. I sammanhanget noteras att direktupphandlingen avser ett ramavtal samt att avrop av faktiska arbeten gjordes den 16 april 2020 och den 28 maj 2020. Vid dessa förhållanden är alltså undantaget för synnerlig brådska inte tillämpligt. Eftersom det inte heller föreligger omständigheter som talar för att något annat undantag från krav på annonsering har varit tillämpligt, utgör Ramavtalet 2020 en otillåten direktupphandling.

I aktuellt fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför som regel högt. Rättsläget kan inte anses oklart. Det rör sig om en överträdelse som har ett sanktionsvärde som är aningen lägre än vid en otillåten direktupphandling av normalgraden. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet är en upphandlingsskadeavgift på 600 000 kronor en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Kommunen

De synpunkter och kompletterande klargöranden som tidigare lämnats till Konkurrensverket vidhålls.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Enligt 21 kap. 1 § LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeav-

gift) bland annat om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 9 § eller 36 § första stycket samma lag.

Av 21 kap. 4 § LOU följer att upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr samt att avgiften inte får överstiga tio procent av upphandlingens värde.

Enligt 21 kap. 5 § LOU ska vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelse är. I ringa fall ska inte någon avgift beslutas och avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Av förarbeten (prop. 2009/10:180 s. 197 f.) till den numera upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, där regleringen i 17 kap. motsvarar 21 kap. LOU, framgår bland annat följande. En otillåten direktupphandling är en sådan förseelse som anses höra till de allvarigare formerna av överträdelser och motiverar en avgift hänförlig till den högre skalan av avgiftsramen. Beslutande instans bör ha ett betydande utrymme att inom givna beloppsramar fastställa avgiftens storlek. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Förhållanden hos den upphandlande myndigheten, som exempelvis ett upprepat beteende, bör ses som en försvårande omständighet. Avtalstidens längd och avtalets värde kan också påverka sanktionsvärdet.

Förvaltningsrättens bedömning

Enligt LOU gäller som huvudregel att upphandlingar ska annonseras och leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få

lämna, anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av gällande tröskelvärde (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras. 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 tillämpligt (se 19 kap. 7 § tredje stycket LOU). Undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.

Det aktuella ramavtalet 2020 avseende beläggnings- och markåterställningsarbeten utgör ett sådant ramavtal för tilldelning av byggentreprenadkontrakt som omfattas av LOU och kommunen är att anses som upphandlande myndighet. Enligt förvaltningsrätten finns det inte anledning att ifrågasätta att värdet av ramavtalet 2020 uppgår till 9,5 miljoner kr. Värdet av ramavtalet 2020 överstiger därmed direktupphandlingsgränsen och upphandlingen borde alltså rätteligen ha annonserats, såvida inte något undantag från krav på föregående annonsering har förelegat (19 kap. 7 § tredje stycket och 19 kap. 9 § LOU).

Av handlingarna i målet framgår bland annat att kommunens ramavtal 2015 avseende beläggnings- och markåterställningsarbeten löpte ut den 30 april 2019. Kommunen inledde under mars 2019 ett annonserat upphandlingsförfarande avseende beläggnings- och markåterställningsarbeten men avbröt upphandling 1 på grund av att upphandlingsdokumenten kunde ge upphov till osund strategisk prissättning. Nio månader efter att ramavtal 2015 löpt ut annonserade kommunen upphandling 2. I mars 2020 beslutade kommunen dock att avbryta upphandling 2 på grund av att upphandlingsdokumenten utformats på ett sådant sätt att det ekonomiskt mest fördelaktigaste anbudet inte kunde antas.

Förvaltningsrätten bedömer, i likhet med Konkurrensverket, att eventuell brådska att anskaffa aktuella beläggnings- och markåterställningsarbeten

som ramavtalet 2020 avser har varit hänförligt till kommunens agerande i form av att den annonserade upphandling 2 i nära anslutning till början av asfaltssäsongen, väntade nio månader med att annonsera upphandling 2 från det ramavtalet 2015 löpt ut och även avbröt upphandling 2. Omständigheterna i aktuellt fall kan inte heller anses ha varit sådana att anskaffningen i form av ramavtalet 2020 i sin helhet varit absolut nödvändig när avtalet slöts den 31 mars 2020, bland annat på grund av att avrop av faktiska arbeten gjordes under april och maj 2020 (jfr HFD 2019 ref. 65). Mot denna bakgrund bedömer förvaltningsrätten att det inte har förelegat förutsättningar för direktupphandling på grund av synnerlig brådska. Det har inte heller kommit fram något annat undantag från krav på föregående annonsering av det aktuella ramavtalet. Ramavtalet 2020 utgör därmed en otillåten direktupphandling. Det föreligger alltså förutsättningar för att besluta om upphandlingsskadeavgift.

Värdet av upphandlingen av ramavtalet 2020 har uppskattats till 9,5 miljoner kr. Upphandlingsskadeavgift kan uppgå till högst 10 procent av upphandlingsvärdet. Konkurrensverket har yrkat att kommunen ska betala en upphandlingsskadeavgift om 600 000 kr, det vill säga drygt 6 procent av värdet av ramavtalet 2020. Otillåtna upphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall kan anses högt. I aktuellt fall är överträdelserna inte ringa och rättsläget kan inte anses oklart. Förvaltningsrätten bedömer att en upphandlingsskadeavgift om 600 000 kr får anses stå i rimlig proportion till överträdelsernas allvar. Det har inte kommit fram synnerliga skäl som medger att avgiften får efterges.

Mot ovan angiven bakgrund ska Konkurrensverkets ansökan därmed bifallas och kommunen ska betala 600 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-03).

Mats Edsgården

Chefsrådman

Föredragande har varit Robert Larsson.



Hur man överklagar

FR-03

Vill du att beslutet ska ändras i någon del kan du överklaga. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som du fick del av det skriftliga beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För en part som företräder det allmänna (till exempel myndigheter) räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om du exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Så här gör du

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför du tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring du vill ha och varför du tycker att kammarrätten ska

ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).

3. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå dig: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten. Du hittar adressen i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har du tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt du vill föra fram.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om du har frågor. Adress och telefonnummer hittar du på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.