



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 4

DOM
2022-10-20
Meddelad i Malmö

Mål nr
14071-21

SÖKANDE

Konkurrensverket

MOTPART

Bromölla kommun

Ombud: kommunjurist [REDACTED]

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Bromölla kommuns yrkande om att förhandsavgörande ska inhämtas från EU-domstolen.

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Bromölla kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 110 000 kr.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING M.M.

I ansökan yrkar Konkurrensverket att förvaltningsrätten ska besluta att Bromölla kommun (kommunen) ska betala 110 000 kr i upphandlingsskadeavgift och anför bl.a. följande. Kommunen har brutit mot 19 kap. 9 § genom att den 1 januari 2021 sluta avtal om tjänsterna IT, kommunikation, avfallskompetens, kundtjänst, ekonomi, projektledning samt övergripande analys med Kristianstads Renhållnings AB (bolaget) utan föregående annonsering enligt LOU. Eftersom förutsättningarna för att sluta avtal utan föregående annonsering saknades utgör avtalet en otillåten direktupphandling. Avtalet innebär huvudsakligen att bolaget ska utföra tjänster åt kommunen mot ersättning. Kommunen har under Konkurrensverkets utredning uppgett att kommunens avfallsplanerare arbetar heltid med avtalet och att en annan anställd i kommunen bistår med administrativt stöd. Kommunens åtaganden har emellertid till synes främst bestått i att stötta bolaget för att underlätta bolagets utförande av tjänster till kommunen, genom att tillhandahålla information och underlag. Vad gäller de tjänster som bolaget tillhandahåller kommunen noteras bl.a. att renhållningen helt har tagit över kommunens kundtjänst. Avtalet innebär även att bolaget tillhandahåller kommunen tjänster kopplade till verksamhetssystemen EDP Future och EDP Mobile, vilket inneburit att kommunen beretts tillgång till bolagets avtal med en privat leverantör. Bolaget hade sedan tidigare egna avtal med EDP Consult AB avseende dessa verksamhetssystem. Grundavtalen slöts efter en upphandling där kommunen inte var upphandlande myndighet och som inte lämnade utrymme för att omfatta kommunens behov. Krav på annonsering enligt LOU förutsätter att upphandlingen har ett visst värde. Om upphandlingen överstiger tröskelvärdet ska den annonseras enligt 10 kap. 1 § och om den överstiger direktupphandlingsgränsen ska den annonseras enligt 19 kap. 9 §. Undantag från skyldigheten ska tolkas restriktivt. Kommunen har gjort gällande att avtalet omfattas av 3 kap. 17 § LOU. Avtalet utgör inte ett sådant samarbete mellan upphandlande myndigheter som undantas från LOU eftersom avtalet huvudsakligen inneburit att kommunen

köper tjänster av bolaget. Även det faktum att en privat leverantör gynnats i förhållande till sina konkurrenter medför att undantaget inte kan tillämpas. Värdet av upphandlingen av avtalet uppgår till minst 1 607 982 kr exkl. mervärdesskatt. Det överstiger direktupphandlingsgränsen men inte relevant tröskelvärde. Upphandlingen borde därför ha annonserats enligt bestämmelserna i 19 kap. LOU förutsatt att inget undantag från kraven på annonsering är tillämpligt. Kommunen har under Konkurrensverkets utredning gjort gällande att avtalet omfattas av undantaget i 6 kap. 14 § LOU. Till stöd för detta har kommunen bl.a. uppgett att ingen annan leverantör än bolaget kunnat tillhandahålla de samlade tjänster som omfattas av avtalet. Kommunen har också framhållit att avtalet innebär att kommunen får tillgång till samma system och moduler som bolaget samt att det är en förutsättning för nuvarande arbete och framtida avfallssamverkan. I 19 kap. 7 § tredje stycket och 6 kap. 14 § LOU regleras tre separata undantag som innebär att det är tillåtet att underlåta annonsering då det som upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör. Det rör sig om undantag med hänsyn till konstnärliga skäl, tekniska skäl eller ensamrätt. Det föreligger inte sådana omständigheter i detta fall som utgör skäl för undantag enligt dessa bestämmelser. Eftersom det inte heller föreligger omständigheter som talar för att något annat undantag varit tillämpligt utgör avtalet en otillåten direktupphandling. Det i sig talar för ett högt sanktionsvärde. Såvitt framkommit under utredningen föreligger härutöver varken några försvårande eller förmildrande omständigheter som bör inverka på sanktionsavgiften. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 110 000 kr är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen. – Till stöd för sin talan åberopar Konkurrensverket skriftlig bevisning.

Bromölla kommun bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Kommunen yrkar i första hand att ansökan ska avslås och i andra hand att upphandlingsskadeavgiften i vart fall väsentligt ska sättas ned. Om ansökan inte avslås anser kommunen att förvaltningsrätten ska begära att EU-domstolen meddelar

ett förhandsavgörande för klarläggande av rättsläget. Till stöd för kommunens inställning ifråga om första- och andrahandsyrkandena åberopas det som sedan tidigare framförts till Konkurrensverket. Därvid ska särskilt noteras och beaktas dels de särskilda omständigheter som råder mellan kommunen, Kristianstads kommun och Kristianstads Renhållnings AB gällande nuvarande och kommande avfallssamverkan och dels att det i Sverige inte finns en marknad för en helhetslösning av de tjänster som avtalet mellan kommunen och Kristianstads Renhållnings AB reglerar. Vad gäller förhandsavgörande har EU-domstolen huvudansvaret för fastläggande av det unionsrättsliga rättsläget, utvecklingen av den gemensamma rätten samt att säkerställa en enhetlig tolkning och tillämpning i medlemsstaterna till undvikande av en avvikande nationell praxis. Med hänsyn till de speciella förutsättningar som föreligger i aktuellt mål och som tydligt framgår av i målet tillgängligt material med dithörande osäkerhet när det gäller bedömningen av frågan om upphandlingsplikt eller inte, framstår målet som mer än lämpligt för att inge en begäran om EU-domstolens förhandsavgörande. – Till stöd för sin talan åberopar kommunen skriftlig bevisning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Det saknas skäl att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.

Enligt 21 kap. 1 § 3 LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering.

Konkurrensverket får enligt 21 kap. 2 § andra stycket ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift.

Enligt 21 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr, men får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde.

Enligt 21 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.

LOU gäller för upphandling som genomförs av en upphandlande myndighet (offentlig upphandling). Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt. Det finns dock undantag från tillämpningsområdet. Enligt det s.k. Hamburgundantaget i 3 kap. 17 § LOU gäller lagen inte för upphandling mellan två eller flera upphandlande myndigheter, om

1. upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas gemensamma mål,
2. samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och
3. myndigheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.

I skäl 33 till bestämmelsens bakomliggande direktiv framgår bl.a. följande. En tillämpning av bestämmelsen förutsätter att samarbetet grundas på ett samarbetskoncept. Det krävs inte att alla deltagande myndigheter åtar sig att fullgöra de huvudsakliga avtalsförpliktelserna, men det krävs att det finns åtaganden om att bidra till ett fullgörande av den berörda offentliga tjänsten genom samarbete. Det ska även röra sig om avtal som ingåtts uteslutande mellan upphandlande myndigheter, att genomförandet av samarbetet endast ska styras av

överväganden som sammanhänger med allmänintresset och att ingen privat tjänsteleverantör gynnas i förhållande till sina konkurrenter.

Som utgångspunkt ska upphandlingar som omfattas av lagen och vars värde överstiger direktupphandlingsgränsen annonseras i enlighet med bestämmelsen i 19 kap. 9 § LOU. För upphandlingar vars värde även överstiger tillämpliga tröskelvärden ska annonsering i stället ske i enlighet med 10 kap. 1 § LOU. Det finns dock undantag från annonseringsskyldigheten. De bestämmelserna ska tolkas restriktivt.

Enligt 6 kap. 14 § LOU får en upphandlande myndighet använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att

1. syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation,
2. det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller
3. det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör.

Ett sådant förfarande får i fall som avses i första stycket 2 och 3 endast användas om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Det är i målet inte visat att förutsättningarna för att undanta den aktuella upphandlingen från LOU:s tillämpningsområde är uppfyllda. Avtalet kan inte anses utgöra ett sådant samarbetsavtal som avses i 3 kap. 17 §. Det är dels inte visat att kommunen bidragit till genomförandet av uppdraget på ett sådant sätt att avtalet kan betraktas som annat än ett köp av en tjänst, dels har den privata tjänsteleverantör som levererat EDP Future och EDP Mobile till kommunen via

Kristianstads Renhållnings AB genom avtalet gynns i förhållande till sina konkurrenter.

Förvaltningsrätten finner inte skäl att frångå Konkurrensverkets bedömning att värdet av den aktuella upphandlingen uppgår till minst 1 607 982 kr exklusive mervärdesskatt. Värdet överstiger således direktupphandlingsgränsen men inte tillämpligt tröskelvärde. Upphandlingen ska som utgångspunkt därmed annonseras enligt 19 kap. LOU om inte något undantag från kraven på annonsering är tillämpligt. Det är i målet ostridigt att avtalet inte föregåtts av någon annonsering. Kommunen har gjort gällande att undantaget i 6 kap. 14 § LOU varit tillämpligt. Förvaltningsrätten anser dock inte att kommunen har visat att de aktuella tjänsterna kunnat tillhandahållas endast av en viss leverantör utifrån de i bestämmelsen angivna skälen om konst, teknik eller ensamrätt. Avtalet utgör således en otillåten direktupphandling.

Det föreligger således förutsättningar för att påföra kommunen en upphandlingsskadeavgift. Otillåtna direktupphandlingar är bland de allvarligaste överträdelsena på upphandlingsområdet. Den av Konkurrensverket yrkade avgiften om 110 000 kr får med hänsyn till överträdelsens karaktär och upphandlingsföremålets värde anses vara proportionerlig. Några synnerliga skäl att efterge avgiften har inte framkommit. Konkurrensverkets ansökan ska således bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (FR-05)

Karin Ivstam
Rådman

Linnea Eriksson har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av 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 myndigheten 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 ni 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 nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni 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 er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns 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 ni 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 rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

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

Vill ni veta mer?

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

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.