



Förvaltningsrätten i Uppsala
Box 1853
751 48 Uppsala

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Sigtuna kommun, 195 85 Märsta

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 förpliktar Sigtuna kommun att betala 850 000 (åttahundrafemtiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

- 1 Sigtuna kommun har brutit mot LOU genom att kommunen den 13 september 2010 slutit ett byggentreprenadavtal med Stockholms Hamnentreprenad AB (556036-9133, "STHEAB") om anläggande av en strandpromenad m.m. utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU, trots att förutsättningar för direktupphandling inte varit uppfyllda. Avtalet uppgår till ett värde om åtminstone 11 000 000 kronor. Det ingångna avtalet är att betrakta som en otillåten direktupphandling.

Bakgrund

- 2 Sigtuna kommun är en upphandlande myndighet enligt 2 kap. 19 § första stycket LOU.
- 3 Sedan flera år tillbaka har Sigtuna kommun planerat för och genomfört en upprustning av hamnområdet i Sigtuna i syfte att förbättra tillgängligheten till vattnet och strandlinjen för besökare och boende i kommunen. Exempelvis har strandpromenaden successivt utvecklats och förlängts, gästhamnen har rustats upp, en ny ångbåtsbrygga har anlagts och ytor, gator och grönområden i anslutning till hamnområdet och strandpromenaden har iordningsställts.

Avtalet

- 4 Den 13 september 2010 ingicks ett avtal mellan Sigtuna kommun och STHEAB benämnt "Beställning Utbyggnad Sigtuna Hamnpromenad" (se bilaga 1 till denna ansökan). Entreprenaden omfattar bl.a. anläggande av trädäck i hamnområdet, på ångbåtsbryggan och vid strandpromenaden. Kontraktssumman uppgår enligt vad kommunen har uppgett till Konkurrensverket till 4 500 000 kronor för etapp 1, 4 300 000 kronor för etapp 2 samt till 2 200 000 kronor för etapp 3, sammanlagt 11 000 000 kronor.
- 5 Det har inte framkommit några skäl för Konkurrensverket att göra någon annan bedömning i fråga om avtalets värde, varför kommunens uppgifter ligger till grund för verkets yrkande. Kommunens skrivelse till Konkurrensverket bifogas denna ansökan, se bilaga 2.
- 6 Avtalets värde överstiger således direktupphandlingsgränsen om cirka 287 000 kronor men understiger tröskelvärdet för byggentreprenader om cirka 48 miljoner kronor. Upphandlingen skulle därför rätteligen ha handlagts enligt 15 kap. LOU och annonseras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Om ett förenklat förfarande hade använts hade annonsering därutöver fått ske även i annan form som möjliggör effektiv konkurrens. Avtalet



har inte föregåtts av någon av de i lagen angivna tillvägagångssätten för annonsering enligt 15 kap. LOU.

- 7 Sigtuna kommun har även ingått avtal med STHEAB utan föregående annonsering rörande andra delar av upprustningen av hamnområdet (etapp 4 och 5) som inte omfattas av Konkurrensverkets ansökan, eftersom de avtalen ingåtts före den 15 juli 2010 och således inte träffas av reglerna om upphandlingsskadeavgift i LOU. Därutöver har ett stort antal andra arbeten inom ramen för upprustningsprojektet utförts av andra leverantörer och av kommunens egen förvaltning, se bilaga 2 till denna ansökan.

Avtalet mellan Sigtuna kommun och STHEAB är en otillåten direktupphandling

- 8 Avtal som en upphandlande myndighet tilldelar en leverantör och som avser en byggtreprenad under tröskelvärdet ska enligt 1 kap. 2 § och 15 kap. 4 § LOU som huvudregel föregås av en annonserad upphandling enligt reglerna i 15 kap. LOU.
- 9 Med byggtreprenadkontrakt avses enligt 2 kap. 3 § LOU ett kontrakt som
1. avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i lagens bilaga 1, eller
 2. medför att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten.
- 10 Med byggnadsverk avses enligt 2 kap. 3 § andra stycket LOU det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion. Anläggningsarbetena som avtalet mellan kommunen och STHEAB avser är att betrakta som en byggtreprenad.
- 11 Direktupphandling får enligt 15 kap. 3 § LOU endast användas om förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.
- 12 Undantag från skyldigheten att följa bestämmelserna om offentlig upphandling ska tolkas restriktivt. Den som åberopar en undantagsbestämmelse har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantagsbestämmelsen får tillämpas.¹ I 15 kap. LOU finns

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 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref 10, RÅ 2008 ref 79 och RÅ 2009 not 134.



ingen särreglering jämfört med lagens direktivstyrda delar i fråga om restriktivitet och bevisbördans placering när undantag från annonseringsskyldigheten åberopas. Den svenska lagstiftaren har istället uttryckt att den upphandlande myndigheten har bevisbördan också för att direktupphandling med stöd av de icke direktivstyrda bestämmelserna i LOU får genomföras.² I RÅ 2009 not 134 har Högsta förvaltningsdomstolen följaktligen också slagit fast att den upphandlande myndigheten vid upphandlingar enligt 15 kap. LOU har bevisbördan för att undantag från annonseringsskyldigheten föreligger.

- 13 Det är således Sigtuna kommun som har att styrka att det aktuella avtalet fick ingås genom en direktupphandling enligt 15 kap. 3 § LOU.
- 14 Sigtuna kommun har uppgett till Konkurrensverket att det aktuella avtalet ingicks utan föregående annonsering av bl.a. följande skäl. Kommunen hade på grund av synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § LOU rätt att genomföra direktupphandlingen. I en tidigare upphandling som genomfördes år 2008 avseende renovering av en vågbrytande betongpir visade endast STHEAB intresse. Den nu aktuella upphandlingen gäller ytterligare leveranser från den ursprungliga leverantören, dvs. tilläggstjänster till tidigare leveranser och ett byte av leverantör skulle medföra oskäliga tekniska eller ekonomiska olägenheter. STHEAB kände redan till hamnen och förutsättningarna. STHEAB var såvitt kommunen kunde bedöma ensamt om att kunna erbjuda den unika kompetens som efterfrågades. Grundförhållandena i hamnen är svåra och kräver specialistkompetens. Arbetet i vattnet måste genomföras tillsammans med arkeologer. Bolaget hade nyligen utfört arbete i hamnen med gott resultat. Bolaget kunde utföra arbetet inom den tid som var ett krav. Bolaget hade redan på ett förtjänstfullt sätt deltagit i framtagandet av de olika tekniska lösningarna i planeringsfasen för hela visionens genomförande.
- 15 Konkurrensverket kan konstatera att upphandlande myndigheter har skyldighet att annonsera och konkurrensutsätta även komplicerade bygg- och anläggningsarbeten. I själva verket torde en inte obetydlig andel av de byggentreprenader som upphandlas enligt LOU innehålla tekniskt komplicerade delar som regelmässigt kräver olika slags specialistkompetenser hos den eller de entreprenörer som tilldelas kontrakten, och som antingen kan tillgodoses genom entreprenörens egen organisation eller genom underentreprenörer. Det får anses uteslutet att det skulle saknas andra byggentreprenadföretag eller sammanslutningar av sådana företag över huvud taget på marknaden som kan genomföra sådana typer av anläggningsarbeten det nu varit fråga om, dvs. renovering och upprustning av kajer, bryggor och angränsande ytor vid en småbåtshamn. Den påstådda komplexiteten i det aktuella projektet kan enligt Konkurrensverket inte medföra att kommunen på grund av tekniska skäl enligt 4 kap. 5 § 2 LOU hade rätt att direkttilldela avtalet.

² Prop. 2001/02:142 s. 99.



- 16 Inte heller fick de anläggningsarbeten som genomfördes i och med det klandrade avtalet direktupphandlas på grund av att de påstås utgöra tilläggsarbeten till tidigare genomförda entreprenadarbeten. Förutsättningarna för direkttilldelning av kompletterande byggentreprenader återfinns i 4 kap. 8 § LOU. Enligt bestämmelsen måste det antingen vara fråga om att kompletteringen krävs på grund av oförutsedda omständigheter (4 kap. 8 § 1), vilket det inte kan vara fråga om i detta fall eftersom det var fråga om att realisera kommunens sedan många år tillbaka offentligen uttryckta visioner för hamnområdet. Därutöver får kompletterande byggentreprenader direktupphandlas om det i samband med den ursprungliga annonserade upphandlingen har angetts att den nu aktuella direktupphandlingen kunde komma att genomföras (4 kap. 8 § 2), vilket inte skett i den urvalsupphandling som genomfördes år 2008 (annonseren återfinns i bilaga 3 till denna ansökan). Utöver dessa två alternativa förutsättningar ställs det i bestämmelsen upp ytterligare förutsättningar och begränsningar för när en direktupphandling får göras på grund av kompletterande byggentreprenader.
- 17 Det kan också konstateras att ett stort antal andra leverantörer och även kommunens egen förvaltning har deltagit i och genomfört olika delar av de uppgifter och arbeten som gjorts för att förbättra hamnområdet. Däribland kan nämnas åtgärder såsom geotekniska undersökningar, omfattande markundersökningar, saneringsåtgärder, hantering av kontakter med tillståndsgivande myndigheter, arkeologisk övervakning, ombyggnad av gator, ytor och plantering av träd och växtlighet i området, installation av latrintömnings-tank, byggleddning, teknisk kontroll och ekonomisk uppföljning samt färdigställande av den så kallade Ångbåtsbryggan.
- 18 Mot bakgrund av det stora antal olika externa och interna genomförare som deltagit i upprustningen av hamnområdet, kan det svårligen hävdas att ett byte av leverantör för att genomföra arbetena avseende just det nu klandrade avtalet skulle medföra stora tekniska eller ekonomiska olägenheter eller att det varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet till STHEAB för att det skulle kunna fullgöras.
- 19 Den aktuella direktupphandlingen har följaktligen inte fått ske med stöd av 4 kap. 8 § LOU.
- 20 Då det var fråga om att realisera kommunens egna visioner för hamnområdet, fick de aktuella anläggningsarbetena inte heller direktupphandlas på grund av synnerlig brådska enligt 4 kap. 5 § 3 LOU, eftersom det undantaget kräver att det ska vara fråga om omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten och att det dessutom är absolut nödvändigt att genomföra arbetet.



- 21 Slutligen utgör inte heller den omständigheten att kommunen i tidigare skeden av projektet haft ett gott samarbete med STHEAB, eller att bolaget var det enda som visade intresse i en upphandling två år tidigare avseende en mindre del av projektet, grund för att få direkttilldela det aktuella avtalet. I en annonserad upphandling av det aktuella avtalet hade det därutöver stått STHEAB fritt att lämna in anbud och konkurrera på lika villkor med andra leverantörer om kontraktet.
- 22 Det har inte framkommit några andra omständigheter som medger rätt till direktupphandling med stöd av någon annan bestämmelse i LOU. Det ingångna avtalet mellan Sigtuna kommun och STHEAB utgör en otillåten direktupphandling.

Övergångsbestämmelsen och upphandlingens påbörjande

- 23 Sigtuna kommun har gjort gällande att upphandlingen har påbörjats före den 15 juli 2010, se bilaga 2.
- 24 Reglerna om upphandlingsskadeavgift i 17 kap. LOU trädde i kraft den 15 juli 2010 (lag 2010:571). Äldre bestämmelser gäller för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.
- 25 En upphandling anses påbörjad när den upphandlande myndigheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud. När det gäller otillåten direktupphandling, det vill säga när ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU, får en sådan anses påbörjad *först när avtalet har slutits* om inte myndigheten kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt.³
- 26 Enligt Konkurrensverkets uppfattning ter det sig svårt att ange någon typsituation där en otillåten direktupphandling skulle kunna anses vara *påbörjad enligt lagen* vid en tidigare tidpunkt än avtalets ingående. Om ett avtal har ingåtts genom en otillåten direktupphandling finns ju rätteligen ingen tidigare påbörjad upphandling enligt LOU för den upphandlande myndigheten att stödja sig på. Om det fanns en sådan påbörjad upphandling skulle det aktuella avtalet inte utgöra en otillåten direktupphandling. Ett påbörjat "förfarande" som leder till att en otillåten direktupphandling i strid med LOU genomförs, kan inte vara ett upphandlingsförfarande *enligt lagen*. Det ligger i sakens natur att ett förfarande inte samtidigt kan vara i strid med och i enlighet med lagen. Det senare ledet i ovan nämnda förarbetsuttalanden att "... om inte myndigheten kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent fak-

³ Prop. 2009/10:180 s. 310 och 374.



tiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt” kan därför, på grund av denna motsägelse, inte rimligen tjäna som ledning för rättstillämpningen i fråga om den aktuella övergångsbestämmelsen.

- 27 Det går med andra ord inte att visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt än avtalets ingående när det är fråga om en otillåten direktupphandling.
- 28 Det bör noteras att det saknas bestämmelser i de bakomliggande upphandlings- och rättsmedelsdirektiven som anger hur övergångsbestämmelser till nationella regler som genomför dessa direktiv ska tillämpas och tolkas. Det är således fråga om en materiell situation som inte omfattas av någon EU-rättslig reglering, varför det är upp till den nationella lagstiftaren att i sin interna rättsordning reglera innebörden av övergångsbestämmelser i upphandlingslagstiftningen. Medlemsstaterna måste emellertid agera lojalt gentemot unionen, så att inte övergångsbestämmelser i praktiken medför en försening av genomförandet av EU-direktiv.
- 29 Ändringsdirektivet (2007/66/EG), som låg till grund för de nya rättsmedelsreglerna i LOU, skulle ha genomförts i medlemsstaterna senast den 20 december 2009. Om någon annan – tidigare – tidpunkt än avtalets ingående skulle anses vara avgörande för vilka otillåtna direktupphandlingar som kan bli föremål för talan i domstol enligt de nya reglerna i LOU (dvs. ogiltighetstalan enligt 16 kap. 15 § respektive ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 §), skulle det innebära en avsevärd fördröjning av genomförandet av ändringsdirektivet, i strid mot Sveriges förpliktelser gentemot unionen. En myndighet som gjort en otillåten direktupphandling skulle då kunna hävda att man innan den 15 juli 2010 bestämde sig för att direkttilldela det aktuella kontraktet, varför överträdelsen inte skulle kunna beivras med de nya sanktionsreglerna. Sådana invändningar skulle kunna göras av myndigheter under en lång tid framöver, vilket skulle motverka de avsedda effekterna med lagstiftningen.
- 30 Någon sådan fördröjning av genomförandet har inte varit den svenska lagstiftarens avsikt med de nya reglerna i LOU. Därför har det uttryckligen angetts i prop. 2009/10:180 s. 310 och 374 att en otillåten direktupphandling anses påbörjad först i och med att avtalet slutits.
- 31 Sigtuna kommun har åberopat EU-domstolens mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 39, till stöd för sin ståndpunkt att den aktuella upphandlingen skulle ha påbörjats före den 15 juli 2010. Kommunen har även åberopat e-postkorrespondens mellan kommunen och STHEAB till styrkande av att avtalsförhandlingar påbörjats i december 2009, se bilaga 4 till denna ansökan.



- 32 Konkurrensverket konstaterar att EU-domstolens uttalanden i *Stadt Halle* rörde frågan om vilka beslut hos en upphandlande myndighet som enligt rättsmedelsdirektiven måste kunna bli föremål för överprövning. Av domen följer att varje åtgärd som vidtas av en upphandlande myndighet i samband med en offentlig upphandling som faller inom det materiella tillämpningsområdet för upphandlingsdirektiven och som kan ha rättslig verkan utgör ett beslut som kan bli föremål för ansökan om överprövning, oberoende av om denna åtgärd vidtas inom ramen för ett formellt upphandlingsförfarande eller inte. EU-domstolen motiverade sitt ställningstagande med rättsmedelsdirektivens effektiva genomslag och deras syfte att undanröja hinder för den fria rörligheten.⁴
- 33 *Stadt Halle* handlar alltså om vilka beslut i samband med en upphandling som måste kunna bli föremål för överprövning av leverantörer. Frågan om ny eller äldre nationell lagstiftning ska tillämpas vid yrkanden om viss åtgärd som hänför sig till ett avtal som ingåtts efter att nya regler trätt i kraft, prövades däremot inte i *Stadt Halle*. Istället följer det av EU-domstolens domar i målen C-337/98 *Kommissionen mot Frankrike* och C-138/08 *Hochtief* att ingripanden med stöd av nya regler får ske mot åtgärder som utförts av en upphandlande myndighet efter att de nya reglerna har trätt i kraft.⁵
- 34 Det följer också av svensk rätt att den avgörande tidpunkten för om en ny lag med straffrättsliga eller straffliknande sanktioner ska kunna tillämpas, är när handlingen som grundar överträdelsen avslutas. Om någon del av handlingen inträffar efter att den nya lagen har trätt i kraft, blir den nya lagen tillämplig på överträdelsen (jfr analogt 5 § lagen [1964:163] om införande av brottsbalken).
- 35 Föremålet för Konkurrensverkets talan är det avtal som ingåtts den 13 september 2010. Det är denna åtgärd som Konkurrensverket lägger Sigtuna kommun till last. Åtgärden har utförts efter att reglerna om upphandlingsskadeavgift har trätt i kraft. I själva verket är ingående av ett avtal den enda aktiva handlingen hos avgiftssubjektet som enligt 17 kap. 1 § 3 LOU krävs för att en upphandlingsskadeavgift ska kunna dömas ut. Reglerna om upphandlingsskadeavgift får således ingen retroaktiv verkan.
- 36 Konkurrensverket vill poängtera att det aktuella avtalet i detta fall inte kan anses ha ingåtts vid någon tidigare tidpunkt än när det skrivits under av båda parter. Det är tidpunkten för den inomkontraktuella bundenheten mellan parterna som är avgörande, inte när avtalsförhandlingar eller liknande moment inleddes. Den e-postkorrespondens som kommunen gett in till Konkurrensverket (bilaga 4 till denna ansökan) saknar således betydelse i målet.

⁴ Mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 29-32 och 36-38.

⁵ Mål C-337/98 *Kommissionen mot Frankrike*, punkt 35-37 och C-138/08 *Hochtief*, punkt 28-29.



- 37 De motiv och skyddsändamål – leverantörers rätt till effektiva rättsmedel för att kunna överpröva beslut i offentliga upphandlingar – som föranledde EU-domstolens uttalanden i *Stadt Halle*, står dessutom i direkt motsats till det intresse som Sigtuna kommun nu gör gällande, nämligen att upphandlande myndigheter som genomfört otillåtna direktupphandlingar efter ikraftträdandet av de nya reglerna i LOU ändå ska kunna undgå ansvar för upphandlingsskadeavgift och ogiltighet av ingångna avtal. Såsom har angetts ovan i punkt 29 skulle en sådan tillämpning leda till en fördröjning av genomförandet av ändringsdirektivet och en betydande försämring av leverantörers rättsmedel gentemot myndigheters otillåtna direktupphandlingar, helt i strid med de skyddsändamål som ligger bakom EU-domstolens avgörande i *Stadt Halle*.
- 38 Det står vidare klart att den svenska övergångsbestämmelsen avseende otillåtna direktupphandlingar till 2010 års lagändringar inte har utformats efter förebild av vad som uttalats i *Stadt Halle*. Istället har lagstiftaren bestämt att det är tidpunkten för avtalets ingående som avgör vilka otillåtna direktupphandlingar som de nya reglerna om upphandlingsskadeavgift och ogiltighet av avtal m.m. kan tillämpas på.
- 39 *Stadt Halle*-avgörandet kan därför under inga omständigheter leda till slutsatsen att den otillåtna direktupphandling som Sigtuna kommun genomfört den 13 september 2010 inte skulle omfattas av de lagändringar som trädde i kraft den 15 juli 2010.

Upphandlingsskadeavgift

- 40 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. Ingen ansökan om överprövning av det aktuella avtalets giltighet har gjorts. Enligt 17 kap. 7 § andra stycket LOU ska en ansökan om upphandlingsskadeavgift i detta fall således ha kommit in till förvaltningsrätten senast inom ett år från det att avtalet slöts, det vill säga senast den 13 september 2011.
- 41 Upphandlingsskadeavgift kan tas ut oberoende av om överträdelsen har skett uppsåtligen eller av oaktsamhet. Strikt ansvar gäller.
- 42 En upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får emellertid inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Enligt 17 kap. 5 § LOU ska vid fast-



ställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.

- 43 Av förarbetena framgår att ett av syftena med upphandlingsskadeavgift 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 sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.⁶
- 44 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.⁷ 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.⁸
- 45 Otillåtna direktupphandlingar anses både av unionslagstiftaren och den svenska lagstiftaren vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt.⁹ En upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling bör således ligga i den högre delen av skalan. Avgiften bör enligt Konkurrensverkets mening i allmänhet kunna bestämmas till mellan fem och tio procent av avtalets värde. Vid otillåtna direktupphandlingar där vare sig några förmildrande eller försvårande omständigheter därutöver är för handen, bör avgiften kunna ligga i mitten av den högre delen av skalan, det vill säga 7-8 procent av avtalets värde.
- 46 Sigtuna kommuns överträdelse är i sin egenskap av en otillåten direktupphandling av ett allvarligt slag. Den omständigheten att kommunen arbetar

⁶ Prop. 2009/10:180 s. 196-197, 370.

⁷ Jfr prop. 2009/10:180 s. 197.

⁸ Se bl.a. prop. 1981/82:142 s. 24-25 och bet. 1981/82:JuU53. Jfr även prop. 2009/10:180 s. 183.

⁹ Prop. 2009/10:180 s. 187 och 197.



med att se över sina upphandlingsrutiner bl.a. i syfte att förebygga förekomsten av otillåtna direktupphandlingar, är visserligen lovvärt men utgör ingen förmildrande omständighet. Utgångspunkten måste naturligtvis vara att myndigheter följer all den lagstiftning som de är skyldiga att iaktta. Att en myndighet avser att se över sina rutiner för att undvika lagbrott på upphandlingsområdet utgör därför inte en omständighet som kan inverka sänkande på upphandlingsskadeavgiften i ett enskilt fall. Det har inte heller i övrigt framkommit några förmildrande omständigheter kring den aktuella överträdelsen.

- 47 En upphandlingsskadeavgift om 850 000 kronor utgör mindre än åtta procent av avtalets värde och är enligt Konkurrensverkets mening en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Sammanfattning

- 48 Avtalet mellan Sigtuna kommun och STHEAB är ett byggentreprenadkontrakt som uppgår till ett värde om 11 000 000 kronor och rätteligen skulle ha föregåtts av en annonserad upphandling enligt 15 kap. LOU. De omständigheter som föregick avtalets ingående medför inte att Sigtuna kommun hade rätt att enligt 15 kap. 3 § LOU ingå avtalet genom direktupphandling. Det ingångna avtalet utgör därför en otillåten direktupphandling.
- 49 Avtalet har ingåtts den 13 september, det vill säga efter att reglerna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft den 15 juli 2010. Enligt övergångsbestämmelsen till 2010 års ändringar i LOU anses en otillåten direktupphandling påbörjad först när avtalet har ingåtts, varför reglerna om upphandlingsskadeavgift är tillämpliga på överträdelsen.
- 50 Upphandlingsskadeavgiften vid otillåten direktupphandling bör beräknas med utgångspunkt i avtalets värde och ligga i den högre delen av tioprocentsskalan. Eftersom det inte har framkommit några förmildrande omständigheter i detta fall utgör en avgift om 850 000 kronor – som motsvarar mindre än åtta procent av avtalets värde – en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.



Skriftlig bevisning som åberopas

- 1 Avtalet den 13 september 2010 mellan Sigtuna kommun och STHEAB.
- 2 Skrivelse den 20 juni 2011 från Sigtuna kommun till Konkurrensverket.
- 3 Annons från Opics databas publicerad den 9 april 2008 avseende urvals-upphandling för reparationer av brygganläggning.
- 4 E-post mellan Sigtuna kommun och STHEAB den 18 december 2009 och den 20 januari 2010.



Per Karlsson



Daniel Johansson