

Juridiska avdelningen
Daniel Johansson
Processråd
08-7001574
daniel.johansson@kkv.se

Förvaltningsrätten i Falun
Box 45
791 21 Falun

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Falu kommun, 791 83 Falun

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 Falu kommun att betala 10 000 000 (tio miljoner kronor) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

- 1 Falu kommun har brutit mot LOU genom att kommunen den 15 december 2010 slutit ett avtal med PEAB Sverige AB ("PEAB") avseende drift och underhåll av kommunens gator och vägar utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU, trots att förutsättningar för detta inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet är att betrakta som en otillåten direktupphandling.

Avtalet

- 1 Falu kommun genomförde under år 2006 en annonserad upphandling avseende underhåll och drift av kommunens gator och vägar. Avtalet i den upphandlingen tilldelades PEAB, som sedan den 1 november 2006 ansvarat för drift och underhåll av kommunens gator och vägar.
- 2 Den 15 december 2010 ingick Falu kommun och PEAB ett nytt avtal betecknat "Utförande entreprenad med funktionsansvar, drift och underhåll av gator och vägar", se bilaga 1. Avtalet innebar en omarbetsning och förlängning av det tidigare avtalet.
- 3 Enligt vad som angetts i avtalet den 15 december 2010 gäller det från den 1 januari 2011 och till och med den 31 december 2013. Avtalet innehåller också en möjlighet till förlängning under två plus två år. Avtalets totala längd uppgår således till sju år, fram till och med den 31 december 2017. Avtalet föregicks inte av någon annonserad upphandling enligt LOU.
- 4 Konkurrensverket gör bedömningen att avtalet mellan kommunen och PEAB avser arbeten som faller inom kategorin "*Reparation, underhåll och tillhörande tjänster avseende vägar och annan utrustning*", med CPV-nummer 50230000-6. Avtal avseende sådana arbeten utgör tjänstekontrakt enligt 2 kap. 18 § LOU. Det är vidare fråga om en så kallad A-tjänst, eftersom den finns uppräknad i Kommissionens förordning (EG) nr 213/2008, bilaga VI, kategori 1. Avtalets värde överstiger tröskelvärdet för tjänster, som för kommuner uppgår till cirka 1,9 miljoner kronor. Upphandlingen av tjänsterna skulle följaktligen rätteligen ha skett enligt LOU:s direktivstyrda regler och annonserats i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i elektronisk form i Tenders Electronic Daily (TED).

Avtalets värde

- 5 Beräkningen av avtalets värde i mål om upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § andra stycket ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ LOU när det är fråga om avtal som skulle ha upphandlats enligt de direktivstyrda delarna i LOU. Av 3 kap. 3 § LOU framgår att värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala



belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

- 6 Utgångspunkten vid beräkningen av kontraktsvärdet är således att det ska beräknas till det maximala belopp som kan komma att betalas på grund av kontraktet. Alla former av optioner, förlängningar och andra rörliga delar av avtalet ska räknas med som om de utnyttjas fullt ut. Av bestämmelserna i 3 kap. 3 och 4 §§ LOU följer att det saknar betydelse om det i efterhand, när den relevanta tidpunkten för beräkningen av kontraktsvärdet har passerat, framkommer att avtalets värde blev lägre än det maximala belopp som kunde komma att utbetalas. Att Falu kommun eventuellt inte kommer att utnyttja optionerna i avtalet saknar således betydelse vid beräkningen av dess värde. Avtalets värde ska i detta mål om upphandlingsskadeavgift alltså beräknas utifrån det maximala beloppet.
- 7 Avtalets totala löptid uppgår till sju år. Inom ramen för det tidigare och det nu gällande avtalet har PEAB fakturerat kommunen enligt följande: 20,7 miljoner kronor år 2008; 22,4 miljoner år 2009; 22,5 miljoner år 2010 samt 16,9 miljoner under perioden den 1 januari – den 20 september år 2011, se bilaga 2. Utifrån den fakturerade kostnaden fram till och med den 20 september uppskattas kostnaden för *hela* år 2011 till cirka 23,5 miljoner kronor.
- 8 Konkurrensverket uppskattar värdet av 2010 års avtal till – lågt räknat – minst 23 miljoner kronor per år och sammanlagt 161 miljoner kronor (23 miljoner kronor per år i sju år). Vid denna beräkning har Konkurrensverket inte beaktat de uppräknade ersättningarna från kommunen till PEAB som kan komma att ske enligt den indexreglering som finns i avtalet.

Det ingångna avtalet är en otillåten direktupphandling

- 9 Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och 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.
- 10 Kommunen har i ett yttrande till Konkurrensverket med anledning av ett utkast till ansökan om upphandlingsskadeavgift, tillstått att avtalet inte har tillkommit på ett sätt som överensstämmer med LOU. Det har inte på annat sätt framkommit några omständigheter som kan utgöra skäl att ingå avtal utan föregående annonsering. Konkurrensverket erinrar i sammanhanget om att undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt och det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet grundar rätt att ingå avtalet utan föregående annonsering. Kommunens avtal med PEAB den 15 december 2010 är att betrakta som en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

- 11 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.
- 12 Reglerna om upphandlingsskadeavgift i LOU trädde i kraft den 15 juli 2010 och ska, när det är fråga om otillåtna direktupphandlingar, tillämpas på avtal som ingåtts efter ikraftträdandet. En ansökan om upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling ska – om ingen överprövning av avtalets giltighet har skett – enligt 17 kap. 7 § andra stycket LOU ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. Någon sådan överprövning har inte skett i detta fall, och den sista dagen att ansöka om upphandlingsskadeavgift i detta fall är således den 15 december 2011.

Sanktionsvärde och avgiftens storlek

- 13 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.
- 14 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.¹
- 15 Enligt Konkurrensverkets mening bör upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten direktupphandling beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde. Därefter bör det provas 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

¹ Prop. 2009/10:180 s. 196-197 och 370.

otillåten direktupphandling typiskt sett är – ju högre avtalsbelopp desto allvarligare överträdelse.² 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.³ I förarbetena till reglerna om upphandlings-skadeavgift har lagstiftaren också hänvisat till dessa allmänna riktlinjer.⁴

- 16 Otillåtna direktupphandlingar anses både av unionslagstiftaren och 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.⁵ 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 av normalgraden, bör avgiften kunna ligga i mitten av den högre delen av skalan, det vill säga 7-8 procent av avtalets värde.
- 17 Avtalet mellan kommunen och PEAB har i övervägande delar (cirka tre fjärdedelar av avtalets värde) konstruktionen som ett ramavtal från vilket kommunen kan avropa olika tjänster. Ett ramavtal får enligt 5 kap. 3 § LOU löpa under mer än fyra år – inklusive eventuella förlängningsoptioner – endast om det finns särskilda skäl. En upphandlande myndighet får inte heller använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Det aktuella avtalet har en total löptid om sju år. Det har inte framkommit några omständigheter kring det aktuella kontraktsföremålet som medför att det finns särskilda skäl att ha en längre avtalstid än fyra år. Avtalets långa löptid strider således mot 5 kap. 3 § LOU och inverkar extra skadligt på marknaden eftersom andra leverantörer utestängs under en längre tid än vad som är tillåtet vid ramavtalsupphandlingar. Detta riskerar också att medföra att konkurrenters möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud vid en framtida upphandling av de aktuella tjänsterna minskar. Konkurrensverket anser att den långa avtalstiden i detta fall utgör en försvärande omständighet som höjer sanktionsvärdet för kommunens överträdelse.
- 18 Kommunen har i sitt yttrande över Konkurrensverkets utkast till ansökan om upphandlingsskadeavgift anfört bland annat följande i fråga om avgiftens storlek. Avtalet har ingåtts av en tjänsteman vid kommunen som enligt

² Jfr prop. 2009/10:180 s. 197.

³ Se bl.a. prop. 1981/82:142 s. 24-25 och bet. 1981/82:JuU53.

⁴ Prop. 2009/10:180 s. 183.

⁵ Prop. 2009/10:180 s. 187 och 197.

kommunens delegationsordning saknade behörighet att ingå det aktuella avtalet. Tjänstemannen har varslats om avsked. Kommunen har kommit överens med PEAB om att avtalets optioner inte kommer utnyttjas utan att en ny annonserad upphandling av ifrågavarande tjänster snarast kommer att genomföras. Kommunen har vidtagit åtgärder för att skärpa den interna kontrollen och upphandlingsrutinerna för att säkra upphandlingsprocessen och därigenom vinnlägga sig om att likartade händelser inte kommer att inträffa igen. Dessa omständigheter medför enligt kommunen att någon upphandlingsskadeavgift inte ska utgå, eller att den i vart fall ska jämkas kraftigt.

- 19 Konkurrensverket erinrar om att ansvaret för upphandlingsskadeavgift enligt LOU är strikt och endast kan åläggas upphandlande myndigheter. Det saknar, för frågan om upphandlingsskadeavgift ska dömas ut, betydelse om någon eller några personer hos den upphandlande myndigheten eventuellt har agerat försumligt eller i strid med interna regler eller instruktioner. Likaså saknar det betydelse vad den upphandlande myndighetens högsta ledning kände till eller borde ha känt till angående den aktuella överträdelsen.
- 20 Upphandlande myndigheter bör enligt Konkurrensverkets mening inte heller kunna åläggas en *lägre avgift* än vad sanktionsvärdet betingar genom att hänvisa till att överträdelsen har utförts av en enskild tjänsteman som agerat i strid med myndighetens interna regler eller instruktioner. Upphandlingsskadeavgiftsreglernas allmänpreventiva funktion skulle då riskera att urholkas.
- 21 Konkurrensverket anser likaså att åtgärder som vidtagits av den upphandlande myndigheten i syfte att begränsa skadeverkningarna av *den specifika överträdelsen*, inte bör utgöra en förmildrande omständighet när åtgärderna har vidtagits först när den misstänkta överträdelsen har uppdagats och blivit känd utanför myndigheten. I annan offentligrättslig sanktionslagstiftning, såsom exempelvis reglerna om skattetillägg i 5 kap. taxeringslagen (1990:324), kan åtgärder hos avgiftssubjektet som vidtagits efter den otillåtna handlingen i syfte att begränsa skadliga effekter av överträdelsen, medföra befrielse från eller inverka sänkande på avgiftens storlek endast om de sker *frivilligt*. Skadebegränsande åtgärder anses inte ske frivilligt om avgiftssubjektet dessförinnan blivit vidtalat i frågan av den ansvariga myndigheten (jfr RÅ79 1:59) eller det på annat sätt kommit till avgiftssubjektets kännedom att en granskning kan komma att ske (jfr prop. 1971:10 s. 271). Ett motsvarande synsätt gäller inom straffrätten (jfr 12 § skattebrottslagen [1971:69] samt 23 kap. 3 § och 29 kap. 5 § 2 brottsbalken).
- 22 I förevarande fall har det inte framkommit att Falu kommun skulle ha vidtagit några särskilda åtgärder i syfte att begränsa verkningarna av avtalet med PEAB *innan* Konkurrensverket tillskrev kommunen i detta ärende den 16

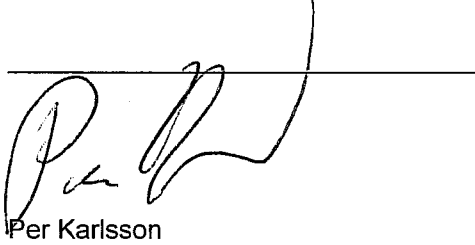
augusti 2011. Avtalet har tillämpats sedan det trädde i kraft och synes fortfarande tillämpas, trots att kommunen numera gjort gällande att en enskild tjänsteman tecknat avtalet i strid med interna regler och rutiner. Först i samband med att kommunen svarat på utkastet till ansökan om upphandlings-skadeavgift från Konkurrensverket, har det framkommit att kommunen *avser* att begränsa skadeverkningarna genom att inte utnyttja avtalets hela löptid om upp till sju år.

- 23 Dessa åtgärder – om de sedermera genomförs och faktiskt får en skadebegränsande effekt – är visserligen lovvärda i och för sig, men har enligt Konkurrensverkets mening vidtagits för sent för att kunna utgöra en förmildrande omständighet vid fastställandet av avgiftens storlek i förevarande mål. Även om förvaltningsrätten skulle finna åtgärderna ska anses utgöra en förmildrande omständighet bör upphandlings-skadeavgiften, med beaktande av överträdelsens allvar och att avtalet uppgår till ett värde om 161 miljoner kronor, ändå inte understiga tio miljoner kronor.
- 24 Konkurrensverket anser vidare att det inte heller bör utgöra en förmildrande omständighet att den upphandlande myndigheten uppger att man avser att vidta åtgärder *på ett generellt plan* i syfte att undvika att begå lagbrott vid framtida inköp. Utgångspunkten måste vara att de lagar och regler som styr myndigheters verksamheter efterföljs. Om domstolarna i avgiftssänkande riktning skulle beakta att en myndighet uppgett att man avser att åtgärda tidigare bristfälliga eller otillräckliga inköpsrutiner, skulle sådana myndigheter premieras framför andra myndigheter som redan har goda inköpsrutiner och därmed inte har samma utrymme att åberopa företagna förbättringar som en förmildrande omständighet.
- 25 Sammanfattningsvis anser Konkurrensverket att upphandlings-skadeavgiften i detta fall ska uppgå till tio miljoner kronor. Med utgångspunkt i att avtalets värde uppgår till 161 miljoner kronor och med beaktande av samtliga omständigheter kring överträdelsen, är en avgift om tio miljoner kronor enligt Konkurrensverkets bedömning den enda som kan komma ifråga för Falu kommuns otillåtna direktupphandling.

Skriftlig bevisning som åberopas

Bilaga 1: Avtalet den 15 december 2010 mellan Falu kommun och PEAB,
"Utförande entreprenad med funktionsansvar, drift och underhåll
av gator och vägar"

Bilaga 2: Yttrande den 12 oktober 2011 från Falu kommun till Konkurrensver-
ket, "Svar på frågor avseende granskning av avtal med PEAB"


Per Karlsson


Daniel Johansson