

**KLAGANDE**

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Landstinget Kronoberg, Upphandlingsavdelningen
Box 1223
351 12 Växjö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Växjö's dom den 8 april 2013 i mål nr 3238-12,
se bilaga A

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och beslutar att Landstinget Kronoberg ska betala 18 000 kr i upphandlings-skadeavgift.

Landstinget Kronoberg motsätter sig ändring av förvaltningsrättens dom.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Konkurrensverket

Rättstillämpningen i förvaltningsrättens dom strider mot ordalydelsen i 17 kap. 1 § 2 LOU. Trots att alla förutsättningar i lagen för att besluta om avgift har förelagat har förvaltningsrätten avslagit ansökan. När förutsättningarna i paragrafen är uppfyllda och det konstaterats att ansökan kommit in i rätt tid, föreligger lagliga förutsättningar för allmän förvaltningsdomstol att besluta om upphandlingsskadeavgift. Detta gäller alldeles oavsett huruvida rätten i målet om upphandlingsskadeavgift anser att det finns felaktigheter i domstolarnas rättstillämpning i det lagakraftvunna målet om överprövning av avtalets giltighet.

Såsom lagen är utformad är det ställningstagandet i den tidigare lagakraftvunna domen som utgör den enda grunden för skyldigheten att betala upphandlingsskadeavgift. Eftersom den underliggande domen i ogiltighetsmålet utgör ett direkt rättsfaktum i det påföljande avgiftsmålet vinner avgörandet i den förstnämnda processen positiv rättskraft i den senare processen.

Landstinget Kronoberg

De avrop som kammarrätten i sin dom i mål nr 1587–1589-11 funnit vara otillåtna direktupphandlingar hade sin grund i ett beslut om tilldelning den 21 maj 2010, d.v.s. före den 15 juli 2010 då bestämmelserna om ogiltighetsförklaring av avtal respektive upphandlingsskadeavgift trädde i kraft. Den tilldelningen hade i sin tur grund i en upphandling som annonserades den 14 november 2008. Av övergångsbestämmelserna till lagändringen framgår att äldre bestämmelser gäller för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Det saknas därmed förutsättningar att påföra landstinget en upphandlingsskadeavgift. I denna del hänvisas till Högsta förvaltningsdomstolens avgörande den 17 maj 2013 i mål nr 5766-12.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att det, med hänsyn till p 2 i övergångsbestämmelserna till reglerna om bl.a. upphandlingsskadeavgift i LOU, saknas lagliga förutsättningar att påföra Landstinget Kronoberg upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverkets överklagande ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Peter Lihuvudh

Bodil Stelzer
referent

Evalotta Grip

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Carin Gunnarsson

DOM
2013-04-08
Meddelad i
Växjö

Mål nr
3238-12

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Landstinget Kronoberg, Upphandlingsavdelningen
Box 1223
351 12 Växjö

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Konkurrensverkets ansökan om upphandlings-
skadeavgift.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket ansöker i en handling som kom in den 5 september 2012 om att Landstinget Kronoberg enligt 17 kap. 1 § 2. LOU ska förpliktas att till staten betala 18 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Till grund för ansökan anges följande. Kammarrätten i Jönköping har i lagakraftvunnen domen den 18 november 2011, mål nr 1587--1589-11, bl.a. angående överprövning av avtals giltighet som ingåtts mellan Landstinget Kronoberg och tre leverantörer, fastställt att avtalen får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 16 § LOU, trots att de ingåtts genom en otillåten direktupphandling.

Landstinget Kronoberg bestrider ansökan och yrkar i första hand att någon avgift inte ska utgå, i andra hand att det föreligger synnerliga skäl för att efterge avgiften och i tredje hand att avgiften i vart fall inte bör bestämmas till högre belopp än minimiavgiften 10 000 kr.

Konkurrensverket utvecklar sin talan och anför följande. Enligt Konkurrensverkets mening bör upphandlingsskadeavgiftens storlek beräknas med utgångspunkt i avtalens värde. Därefter bör det prövas om det föreligger några förmildrande eller försvårande omständigheter i det enskilda fallet. Landstinget Kronoberg, Landstinget Halland och Landstinget Blekinge (Landstingen) annonserade under hösten 2008 en upphandling angående det aktuella kontraktsföremålet och tilldelningsbeslut meddelades drygt sju månader innan befintliga avtal löpte ut. Avseende den aktuella upphandlingen tog det mer än två och ett halvt år från det första annonseringstillfället i november 2008 fram till dess att avtal slutligen kunde tecknas i slutet av juni 2011 på grund av det stora antalet överprövningar upphandlingen blev föremål för. På grund av den tidsutdräkt som uppstod, ingick Landstinget Kronoberg de aktuella avtalen genom avrop utan föregående annonsering. Avtalen synes ha varit tidsbegränsade i så motto att de endast

avsåg att tillgodose Landstingets behov av hörapparater fram till dess att ett nytt kontrakt kunde ingås. Mot denna bakgrund bedömer Konkurrensverket att det i förevarande fall föreligger skäl att bestämma upphandlings-skadeavgiften till ett belopp som väsentligen understiger vad som bör gälla vid en otillåten direktupphandling av normalgraden. Med hänsyn till omständigheterna bör avgiften bestämmas till 18 000 kr. Detta utgör cirka en procent av värdet av de aktuella avtalen. Enligt Konkurrensverkets uppfattning föreligger inte förutsättningar för att bedöma överträdelsen som ett ringa fall. Detta bör vara strikt förbehållet rena undantagssituationer. Även när det gäller eftergift torde utrymmet för tillämpning i princip vara mycket begränsat. Eftergift kräver enligt lagen att synnerliga skäl föreligger. I motiven uttalas att de situationer som åsyftas närmast är sådana där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Det avser främst sådana oförutsedda händelser som inte myndigheten själv kunnat råda över.

Landstinget Kronoberg utvecklar sin talan enligt följande. Landstinget har, genom att påbörja en annonserad konkurrensutsatt upphandling omkring tio månader före det att pågående avtal skulle upphöra och genom att meddela tilldelningsbeslut drygt sju månader före utgången av pågående avtal, visat att Landstinget inte haft för den minsta avsikt att undandra sig att tillämpa LOU. Konkurrensverket synes inte heller påstå att Landstinget haft för avsikt att inte tillämpa LOU. Det kan inte vara lagstiftarens avsikt att upphandlingsskadeavgift ska betalas när det visar sig att en myndighet planerat sin upphandling på ett sätt som överensstämmer med Konkurrensverkets redovisade synpunkter och med domstolars domar. Landstinget menar att det i nu aktuellt ärende föreligger en undantagssituation. Överträdelsen får därför anses som ringa och någon avgift ska därvid inte utgå. På de skäl som redovisats föreligger även synnerliga skäl för eftergift av avgiften. Avgiften bör i vart fall inte bestämmas högre än minimiavgiften 10 000 kr.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet är först om reglerna om upphandlingsskadeavgift ska tillämpas i målet.

Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft den 15 juli 2010. Enligt övergångsbestämmelserna gäller äldre bestämmelser för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Enligt lagens förarbeten anses en upphandling påbörjad när myndigheten eller enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud (prop. 2007/08:128 del I s. 447 och 568). När det gäller otillåten direktupphandling, dvs. när ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU, anses en sådan påbörjad först när avtalet har slutits, om inte myndigheten kan visa att upphandlingsförfarandet enligt bl.a. LOU rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt (prop. 2009/10:180 s. 310 och 374).

Av utredningen i målen framgår följande. Landstinget Kronoberg, Landstinget Halland (nuvarande Region Halland) och Landstinget Blekinge (Landstingen) slöt i juni 2006 avtal avseende leverenser av hörapparater. Avtalstiden för avtalet från 2006, inklusive samtliga optioner om förlängning, omfattade perioden den 1 juli 2006 – 30 september 2009. Landstingen påbörjade en gemensam upphandling av hörapparater och tillbehör betecknad ”Hörapparater m.m.”, dnr B49-08-092, genom annonsering den 14 november 2008. Den 18 februari 2009 meddelades tilldelningsbeslut i upphandlingen. Upphandlingen har därefter varit föremål för flera överprövningsprocesser. Avtal om leverenser av hörapparater m.m. tecknades slutligen den 17 juni 2011 mellan respektive landsting och antagna leverantörer. På grund av de pågående överprövningsprocesserna har Landstingen avropat hörapparater och tillbehör från de leverantörer som enligt

det överprövade tilldelningsbeslutet den 21 maj 2010 skulle tilldelas kontrakt i upphandlingen, i avvaktan på lagakraftvunnen dom. Avropen har skett från slutet av maj 2010 fram till dess ett nytt avtal tecknades och trädde i kraft. Kammarrätten i Jönköping kom den 18 november 2011 i målen (mål nr 1587-1589-11) fram till att de aktuella avtalen ska bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 16 kap. 15 § LOU var uppfyllda.

Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att upphandlingsförfarandet får anses ha påbörjats i vart fall i samband med att upphandlingen annonserades den 14 november 2008 och därmed före de aktuella bestämmelserna trädde i kraft den 15 juli 2010. Med hänsyn härtill saknas det förutsättningar för att tillämpa bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 635-12, meddelad den 13 juni 2012). Konkurrensverkets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1d –LOU)

Elisabeth Lewin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1D LOU

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.