



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2016-11-22
Meddelad i Karlstad

Mål nr
1268-16

SÖKANDE

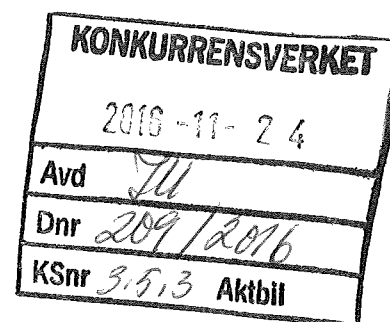
Konkurrensverket (dnr 209/2016)
103 85 Stockholm

MOTPART

Hällefors kommun
712 83 Hällefors

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Hällefors kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 40 000 kronor.

Dok.Id 168521

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se
www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Konkurrensverket yrkar i ansökan att förvaltningsrätten ska besluta att Hällefors kommun ska betala 40 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Som skäl för yrkandet anför Konkurrensverket att Hällefors kommun brutit mot 15 kap. 4 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) genom att den 28 april 2015 ingå avtal om utförande av målnings- och fönsterrenoveringsarbeten med Målerifirma Arne Nilsson AB (bolaget) utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för ett sådant agerande inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Hällefors kommun bestrider bifall till Konkurrensverkets yrkande.

Förvaltningsrätten avgör samtidigt ett likartat mål 1267-16 som rör byggnadsarbeten, som avtalades för samma projekt som de här aktuella målningsarbetena.

PARTERNAS TALAN

Parterna har sammanfattningsvis anfört följande.

Konkurrensverket

I februari 2015 blev Hällefors kommun kontaktad av produktionsbolaget OTW som framförde önskemål om att förlägga 2015 års upplaga av tv-programmet "Sommar med Ernst" vid en gård på den kommunalt ägda fastigheten Hällefors Björskogsås. Syftet med programmet är att renovera, restaurera och modernisera en gammal byggnad så att den går att bo i eller nyttjas på annat sätt. Kommunen accepterade produktionsbolagets förfrågan, och ingick ett nyttjanderättsavtal med OTW, genom vilket kommunen ställ-

de gården till förfogande för inspelningarna av ”Sommar med Ernst” och ”Jul med Ernst”. Med anledning av beslutet att upplåta gården för inspelningarna ingick kommunen den 28 april 2015, utan någon föregående annonsering enligt LOU, avtal med bolaget. Enligt avtalet ska bolaget utföra målnings- och fönsterrenoveringsarbeten åt kommunen på löpande räkning. Bolaget har utfört arbeten på gården i samband med produktionen av tv-programmen och i enlighet med avtalet. Den slutliga kostnaden för det arbete som utfördes i enlighet med avtalet uppgår till 563 091 kr exklusive mervärdesskatt. Avtalet mellan kommunen och bolaget utgör ett byggtreprenadkontrakt enligt 2 kap. 3 § LOU. Enligt huvudregeln ska alla upphandlingar annonseras. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av aktuellt tröskelvärde (direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras. Vid tidpunkten för kommunens ingående av avtalet med bolaget uppgick direktupphandlingsgränsen till 505 800 kr.

Enligt 15 kap. 3 a § LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontaktet. 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 tillämpliga. Något undantag från annonseringsskyldigheten har inte förelegat. Avtalet mellan kommunen och bolaget utgör därmed en otillåten direktupphandling. Vid en otillåten direktupphandling får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan från Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 40 000 kr är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Hällefors kommun

I samband med att kommunen ingick nyttjanderättsavtalet med OTW anmodades kommunen av TV4 att avtala med bolaget om de i tv-programmen avsedda renoveringarna. Kommunen ansåg att möjligheten att vara delaktig

i tv-produktionen skulle medföra ett turist- och reklamvärde för kommunen, och såg samtidigt möjligheten att få den nedgångna gården upprustad till en lägre kostnad än vad som annars hade varit fallet. Det har varit fråga om en unik händelse av engångskaraktär för kommunen som Konkurrensverket valt att fokusera på. Något generellt intresse för ärendet eller något större värde för vägledning kan knappast vara för handen. Kommunen anser därför att Konkurrensverket inte borde ha ansökt om att kommunen ska betala upphandlingsskadeavgift.

LOU gäller inte för kontrakt som avser anskaffning, utveckling eller produktion avsett för tv-program. Av punkt 25 i preambeln till direktiv 2014/18/EG framgår att vid upphandling av vissa audiovisuella tjänster inom radio- och tv-området bör hänsyn kunna tas till kulturella och sociala överväganden som gör att upphandlingsreglerna inte bör tillämpas. Av dessa skäl måste det göras undantag för offentliga tjänstekontrakt som avser anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial som är färdigt för användning samt andra förberedande tjänster vilka behövs för att genomföra programmet samt de kontrakt som gäller sändningstid. TV4 och kommunen har haft ett samarbete, och detta samarbete har medfört att kommunen har köpt in tjänster för att möjliggöra produktionen av de ifrågavarande tv-programmen. Undantaget i LOU är därmed tillämpligt, och kommunens agerande utgör således inte något brott mot LOU.

Konkurrensverket har bemött vad kommunen anfört och bl.a. åberopat EU-domstolens dom den 13 december 2007 i mål C-337/06.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Tillsynsmyndigheten får enligt 17 kap. 2 § andra stycket LOU hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som avses i 17 kap. 1 § 3 LOU.

Enligt 17 kap. 1 § 3 LOU får en allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller, 15 kap. 4 eller 6 §.

Av 17 kap. 4 § LOU framgår att upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga 10 procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 § eller 15 kap. 3 a § LOU.

Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska enligt 17 kap. 5 § LOU särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.

Enligt 1 kap. 6 § 2 LOU gäller inte LOU för kontrakt som avser anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för radio- och TV-program samt upphandling av sändningstid.

Förvaltningsrättens bedömning

Konkurrensverket har ansökt om att förvaltningsrätten ska besluta att Hällefors kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift. Vad kommunen anfört

om Konkurrensverkets prioritering av detta ärende har inte någon betydelse vid förvaltningsrättens prövning.

Av utredningen i målet framgår att det aktuella avtalet avser målningsarbeten, och att Hällefors kommun slutit det aktuella avtalet utan föregående annonsering, trots att värdet av kontraktet överstiger det tröskelvärde under vilket annonsering inte behöver göras. Frågan i målet är därmed om det finns något tillämpligt undantag från den annonseringsskyldighet som framgår av LOU.

Det undantag från upphandlingsreglerna som kommunen hänvisar till finns i artikel 16 b i direktiv 2014/18/EG, och är genomfört i svensk rätt genom 1 kap. 6 § 2 LOU. Undantaget avser förhållandet att den upphandlande myndigheten har ett public service-uppdrag, och det av sociala och kulturella skäl är olämpligt att tillämpa upphandlingsreglerna vid köp av programmaterial m.m. Undantaget syftar till att garantera att sådana aktörer kan uppfylla sitt public service-uppdrag på ett självständigt och opartiskt sätt (se EU-domstolens dom den 13 december 2007 i mål C-337/06).

Hällefors kommun har inte haft något uppdrag att producera public service-tv, och kommunens avtal med bolaget avser i första hand målnings- och fönsterrenoveringsarbeten för kommunens räkning, och inte anskaffning eller produktion av material till ett tv-program. Även om det finns ett visst samband mellan dessa målningsarbeten m.m. och TV-programmet, saknar upphandlingen de moment som motiverat undantaget. Som framgår av EU-domstolens dom ska undantaget tillämpas restriktivt. Det får i detta fall i allt väsentligt anses vara fråga om en sedvanlig upphandling av renoveringsarbeten. Undantaget i 1 kap. 6 § 2 LOU är enligt förvaltningsrättens mening inte tillämpligt.

Det har inte heller framkommit att något annat undantag från upphandlingsreglerna i LOU skulle vara tillämpligt. Av utredningen i målet framgår således att Hällefors kommun genomfört en otillåten direktupphandling. Det har inte framkommit skäl att bedöma den ansökta storleken på upphandlings-skadeavgiften som annat än väl avvägd.

Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas. För information om hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1B).



Joar Berglund
Rådman

I avgörandet har deltagit även nämndemännen Christina Sörman, Frank Törnkvist och Kjell Ulander. Handläggare har varit förvaltningsrättsjuristen Erik Ludvigsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då Ni fick del av domen/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. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.