



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 32

DOM
2015-09-10
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
10872-15

SÖKANDE
Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART
Upplands-Bro Kommunfastigheter AB, 556687-2841
Box 2070
196 02 Kungsängen

SAKEN
Upphandlingsskadeavgift

KONKURRENSVERKET	
2015-09-14	
Avd	70
Dnr	380/2015
KSnr	3.5.3 Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Upplands-Bro Kommunfastigheter AB ska betala en upphandlingsskadeavgift om 200 000 kr.

Dok.Id 637522

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar, i ansökan som inkom till förvaltningsrätten den 22 maj 2015, att förvaltningsrätten ska besluta att Upplands-Bro Kommunfastigheter AB ska betala 200 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Upplands-Bro Kommunfastigheter AB (bolaget) vitsordar de faktiska omständigheter som Konkurrensverket gjort gällande men bestrider att det föreligger skäl för upphandlingsskadeavgift eftersom det förelåg synnerliga skäl för en direktupphandling.

Konkurrensverket anför till stöd för sin talan i huvudsak följande. Upplands-Bro Kommunfastigheter AB har brutit mot 15 kap. 4 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) genom att den 6 augusti 2014 ingå avtal om borring för bergvärme och bergkyla med Mälaröarnas Brunnsboring AB utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för ett sådant agerande inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bolaget har till Konkurrensverket anført bl.a. följande. Avtalet ingicks utan föregående annonsering för att bolaget skulle spara tid och att borrhingsarbetet skulle utföras i anslutning till den redan pågående ombyggnationen. Den tid som sparades har enligt bolaget medfört besparingar i energiförbrukningen flera månader tidigare än om upphandlingen hade annonserats. Den lägre energiförbrukningen medförde även positiva miljöeffekter. Förfrågningsunderlaget skickades till de tre leverantörerna med bäst referenser enligt bolagets konsult och bolaget antog det mest förmånliga anbudet och om ett annonserat förfarande skulle ha genomförts hade samma leverantör tilldelats kontraktet eftersom stor vikt hade lagts vid referenser och referensobjekt. Bolaget insåg i ett sent skede under ombyggnationen fördelen med bergvärme och bergkyla i Brohuset. För att hinna installera bergvärme

och bergkyla under samma period som simhallen redan var stängd och därmed inte störa verksamheten mer än nödvändigt annonserades inte upphandlingen.

Konkurrensverket anför att den omständigheten att bolaget i ett sent skede under ombyggnationen insåg fördelar med bergvärme och bergkyla är av sådan art att den är hänförlig till bolaget och bolagets planering och innebär inte att upphandlingen inte behövde föregås av annonsering enligt LOU. En upphandlande myndighet är skyldig att förutse och planera för sina behov så att ett annonserat förfarande hinner genomföras. Det har inte framkommit några andra skäl som kan motivera att bolaget upphandlat utan föregående annonsering.

Kontraktsvärdet uppgår till 2 700 000 kronor och upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 270 000 kronor. Att Upplands-Bro Kommunfastigheter AB begärt in offerter från tre olika leverantörer utgör inte en konkurrensutsättning som kan ersätta den konkurrensutsättning som en annonserad upphandling enligt LOU utgör. Bolagets agerande har därmed inte möjliggjort en effektiv konkurrens. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 200 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Upplands-Bro Kommunfastigheter AB gör gällande att det förelåg synnerliga skäl för en direktupphandling samtidigt som upphandlingen konkurrensutsatts tillfredsställande och det för bolaget förmånligaste anbudet antagits. Några ytterligare förmildrande omständigheter än det som kan utläsas av Konkurrensverkets ansökan åberopas inte.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bakgrund

Bolaget är ett kommunalt fastighetsbolag i Upplands-Bro kommun. Bolaget har låtit genomföra ombyggnationer av ett kommunalt rekreationscentrum med bl.a. simbassänger, bibliotek och sporthall. Dessa ombyggnationer upphandlades som en totalentreprenad. Upphandlingen omfattade dock inte borring för bergvärme och bergkyla. I slutskedet av ombyggnationen insåg bolaget att det skulle göras stora besparingar om det installerades bergvärme och bergkyla. Förfrågningsunderlaget skickades till de tre leverantörerna som bolagets konsult ansåg hade bäst referenser. Samtliga tre förfrågade företag lämnade anbud, samt ytterligare ett bolag. Bolaget valde Mälarearnas Brunnsboring AB som leverantör för borrhingsarbetet. Avtalet, som utgör ett byggentreprenadskontrakt, undertecknades av parterna den 14 juli 2014 respektive 6 augusti 2014. Den totala kostnaden uppgår enligt beställningskrivelsen till 2 700 000 kr.

Förvaltningsrättens bedömning

Av 17 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att allmän förvaltningsdomstol på ansökan av tillsynsmyndighet får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) t.ex. om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 eller 6 § samma lag.

En direktupphandling får enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU genomföras om kontraktets värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärdet som anges i 3 kap. 1 § LOU första och andra stycket. Direktupphandling kan vidare användas om förutsättningarna enligt 4 kap. 5-9 §§ LOU är uppfyllda eller om det föreligger synnerliga skäl.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att den upphandling som bolaget genomfört omfattas av bestämmelserna i LOU. Upphandlingen skulle därför, för det fall något undantag inte är tillämpligt, annonserats. I målet är ostridigt att det aktuella kontraktets värde överstiger gränsvärdet för tillåtna direktupphandlingar. Bolaget har emellertid uppgett att det förelåg synnerliga skäl för att genomföra direktupphandlingen och att undantagsbestämmelsen därför är tillämplig.

Av förarbetena (prop. 2001/02:142 s. 99) till bestämmelsen framgår vad som åsyftas med "synnerliga skäl". Där anges bl.a. följande. Regeln är främst avsedd för sådana oförutsedda händelser som inte den upphandlande enheten själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling. Extra förmånliga köp vid t.ex. auktioner kan göras genom direktupphandling. Den upphandlande enheten måste dock i sådana fall kunna visa att det varit fråga om ett erbjudande väsentligt under marknadsvärdet. Vidare bör vissa hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänster kunna direktupphandlas.

Bolaget har anfört att de först på ett sent stadium insåg de ekonomiska och miljömässiga fördelarna med bergsvärme och bergskyla och att de därför genomförde direktupphandlingen. Förvaltningsrätten finner, med beaktande av förarbetsuttalandena, att dessa omständigheter inte kan anses utgöra synnerliga skäl. Bolaget har därmed genomfört en otillåten direktupphandling och det finns därmed grund för att besluta om upphandlingsskadeavgift.

Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst tio tusen kr och högst tio miljoner kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek

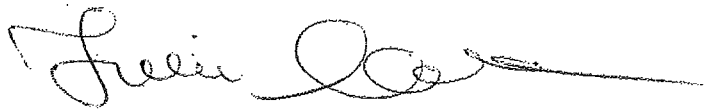
ska enligt 7 kap. 5 § LOU särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl. Av förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 187, 197 f och 369 f) till bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift framgår att otillåten direktupphandling är en av mest allvarliga överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet kan anses vara högt. Beslutande myndighet har betydande utrymme att fastställa avgiftens storlek och ta ställning till alla relevanta omständigheter, bl.a. hur allvarlig överträdelsen är och den upphandlande myndighetens agerande. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Som exempel på försvårande omständigheter nämns fall när det upphandlade avtalet sträcker sig över lång tid eller avser ett högt värde samt när det är fråga om ett upprepat beteende hos myndigheten. Om rättspraxis är oklar huruvida en vara eller tjänst ska upphandlas och någon upphandling inte har skett bör det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Ytterligare förmildrande omständigheter kan vara när den upphandlande myndigheten fortsätter köpa varor eller tjänster från ett avtal som löpt ut när ett nytt avtal förhindras av en pågående överprövningsprocess eller när avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Förvaltningsrätten har funnit att bolagets upphandling är att betrakta som en otillåten direktupphandling. Den omständigheten att bolaget begärt in offerter från tre olika leverantörer kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses utgöra en sådan förmildrande omständighet som avses i 7 kap. 5 § LOU. Med hänsyn härtill och med beaktande av att överträdelsen till sin natur är bland de allvarligaste som finns inom upphandlingsområdet finner förvaltningsrätten att det inte finns skäl att bestämma upphandlingsskadeavgiften till ett lägre belopp än det som Konkurrensverket ansökt om. Beräkningsgrunderna är väl avvägda och innebär inte en opro-

portionerligt hög avgift. Några synnerliga skäl för eftergift bedöms inte föreligga. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Julia Nordgren
Förvaltningsrättsfiskal

Kerstin Sandin har föredragit målet.