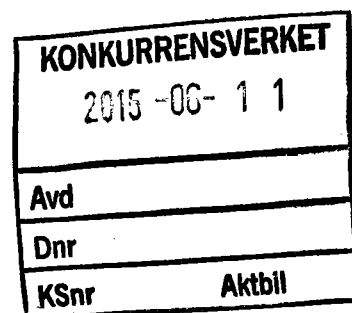




FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 2
 Föredragande Ann Liljedal

DOM
 2015-05-27
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 6075-14



SÖKANDE

Konkurrensverket
 103 85 Stockholm

MOTPART

Kommunalförbundet Inköp Gävleborg
 826 80 Söderhamn

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Kommunalförbundet Inköp Gävleborg ska betala 170 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Dok.Id 137592

Postadress
 Box 45
 S-791 21 Falun

Besöksadress
 Kullen 4

Telefon
 023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se

Telefax
 023-383 00 80

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-12:00
 13:00-16:00

YRKANDE M.M.

Kommunalförbundet Inköp Gävleborg har upphandlat tryckeritjänster genom öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), ärendenummer 2425. Efter tilldelningsbeslut tecknades ramavtal med sex stycken leverantörer, ramavtalsnummer 3413, 3417, 3418, 3419, 3422 respektive 3423.

Avropsberättigade från ramavtalen var Gävle kommun, Hofors kommun, Ockelbo kommun, Älvkarleby kommun - med förvaltningar, stiftelser, bolag och kommunalförbund -, Region Gävleborg, Hjälpmedel SAM, X-Trafik, Future Position X, samt Fiber Optic Valley.

Ramavtalen gällde den 4 maj 2009 - den 31 maj 2012, med möjlighet till tolv månaders förlängning. Efter meddelande om förhandsinsyn förlängdes avtalen till och med den 31 december 2013. Efter ytterligare meddelande om förhandsinsyn förlängdes avtalen till och med den 31 augusti 2014.

Konkurrensverket ansöker om upphandlingsskadeavgift och yrkar att förvaltningsrätten förpliktar Inköp Gävleborg att betala 170 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Detta då Inköp Gävleborg i strid med LOU slutit avtal för perioden den 1 januari – den 31 augusti 2013 utan föregående annonsering.

Kommunalförbundet Inköp Gävleborg (Inköp Gävleborg) bestrider bifall till ansökan och anför som grund för detta att Konkurrensverket vänt sig mot fel part.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Av 2 kap. 9 a § LOU framgår att med inköpscentral avses en upphandlande myndighet som 1. ingår ramavtal om byggtreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter, 2. medverkar vid en offentlig upphandling i egenskap av ombud åt flera upphandlande myndigheter.

Av 17 kap. 1 § 3 och 2 § andra stycket LOU framgår att allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan av tillsynsmyndigheten, får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering, enligt såvitt nu är aktuellt, 7 kap. 1 § samma lag.

Enligt 17 kap. 4 § LOU ska upphandlingsavgiften uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Dessutom gäller att avgiften inte får överstiga tio procent av kontraktsvärdet.

Av 17 kap. 5 § LOU framgår att vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.

Vad parterna anfört

Konkurrensverket har anfört i huvudsak följande. Inköp Gävleborg har brutit mot LOU genom att myndigheten den 16 december 2013, eller strax därefter, har slutit avtal avseende tryckeritjänster för perioden den 1 januari – den 31 augusti 2014 med Arne Backman Information AB, Trycktrean AB, Sandvikens Tryckeri AB, Gävle Offset AB, Arkitektkopia/IT-center i Gävle AB samt S-Tryck AB. Avtalen har slutits utan föregående annonsering trots att förutsättningarna för ett sådant agerande inte var uppfyllda. De ingångna avtalen har således tillkommit genom otillåten direktupphandling.

Inköp Gävleborg har annonserat en upphandling av ramavtal avseende tryckeritjänster. Av förfrågningsunderlaget framgick att avtalstiden var tre år med möjlighet för Inköp Gävleborg att förlänga avtalet med ett år. Inköp Gävleborg tecknade efter tilldelningsbeslut, i eget namn ramavtal avseende tryckeritjänster med sex leverantörer. Under rubriken avtalsparter angavs endast Inköp Gävleborg samt respektive leverantör. I syfte att ingå nya upphandlade ramavtal annonserade Inköp Gävleborg härfter, vid två tillfällen, upphandlingar avseende tryckeritjänster. Vid båda upphandlingarna tillämpades öppet förfarande. Båda upphandlingarna avbröts före sista anbudsdagen och således innan tidpunkten då anbud fick öppnas. Inköp Gävleborg har i två omgångar tecknat nya ramavtal avseende tryckeritjänster utan föregående annonsering. Avtalen har föregåtts av att Inköp Gävleborg har genomfört förhandsinsyner, det vill säga en sådan frivillig annons där den upphandlande myndigheten öppet tillkännager att den anser att den har rätt att upphandla ett kontrakt utan föregående annonsering och därför inte tänker annonsera den aktuella upphandlingen. Inköp Gävleborg tecknade, efter förhandsinsyn och utan föregående annonsering, nya ramavtal för perioden den 1 juni - den 31 december 2013 med de leverantörer som antagits i den ursprungliga upphandlingen. Inköp Gävleborg genomförde ytterligare en förhandsinsyn den 3 december 2013 och tecknade åter, den 16 december 2013, utan föregående annonsering nya ramavtal avseende tryckeritjänster med samma leverantörer som antagits i den ursprungliga upphandlingen. De nya avtalen som enligt ordalydelsen anges utgöra "Förlängning av avtal gällande tryckeritjänster" avsåg perioden den 1 januari – den 31 augusti 2014. Avtalen skulle i övrigt gälla enligt samma villkor som de ursprungliga ramavtalen som upphörde att gälla den 31 maj 2013.

Konkurrensverket menar att Inköp Gävleborg tecknat avtalen i eget namn. Utgångspunkten vid avtalstolkning är att avtalets innehåll motsvarar parternas avsikter. Vad som uttryckligen framgår i avtalen om partsställning

är således en självklar utgångspunkt för att fastställa i vilken egenskap Inköp Gävleborg har agerat i de aktuella avtalen. Det finns också en allmän presumtion att den som avtalar, utan att tydligt ange att det är för annans räkning, handlar i eget namn. Om en inköpscentral skulle kunna undgå ansvar mot bakgrund av egen otydlighet om partsställningen i förhandsinsyner och avtal skulle detta på ett icke önskvärt sätt försvåra möjligheter till överprövning, skadestånd och till en effektiv upphandlingstillsyn. Eftersom inköpscentralens roll bestäms utifrån agerandet i den enskilda upphandlingen åligger det inköpscentralen att i varje enskild upphandling tydligt klargöra i vilken egenskap som inköpscentralen agerar. Eventuella otydligheter vid tolkningen av förhållandena i detta avseende får under alla omständigheter rimligen belasta Inköp Gävleborg. Det ligger i sakens natur att en inköpscentral i alla avseenden, såväl då man ingår avtal som ombud som i eget namn, i någon mån agerar "på uppdrag" av annan myndighet. Det nu aktuella avtalsinnehållet utgör även handlingar i den tidigare annonserade upphandlingen av tryckeritjänster och då agerade Inköp Gävleborg i eget namn. Konkurrensverket har med anledning av invändningen om ombudsförhållandet, varit i kontakt med de leverantörer med vilka Inköp Gävleborg har ingått avtalen och ställt öppna frågor om aktuella ramavtal om tryckeritjänster. Leverantörernas berättelser ger inte stöd för Inköp Gävleborgs invändningar. Härutöver kan nämnas att Inköp Gävleborgs argumentation om avtalsinnehållet med utgångspunkt i allmänna hänvisningar till den egna förbundsordningen och dess påstådda lydelse i viss mån motsägs av informationen på förbundets egen hemsida. På Inköp Gävleborgs hemsida anges endast att viss direktupphandling är undantagen från förbundets verksamhet. Konkurrensverket anser att informationen tyder på att Inköp Gävleborg inte anser sig generellt förhindrat att genomföra direktupphandlingar i eget namn. I sammanhanget noteras vidare att förbundsordningen talar om direktupphandlingar. I juridisk mening har

Inköp Gävleborg inte ansett sig genomföra en direktupphandling när man ingick de i målet aktuella avtalen. Inköp Gävleborg har genomfört ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Vid tecknande av ramavtal i eget namn jämlikt 2 kap. 9 a § LOU fattas tilldelningsbeslutet av inköpscentralen. Vid en ombudssituation jämlikt 2 kap. 9 a § LOU fattas tilldelningsbeslut antingen av respektive ansvarig kommun enligt den allmänna regleringen i kommunallagen, eller av ombudet efter delegation jämlikt 6 kap. 4 § lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter. Om beslut fattas efter delegation till tjänsteman vid inköpscentralen ska beslutet anmälas till ansvarig upphandlande myndighet jämlikt 6 kap. 6 § lagen om vissa kommunala befogenheter. Konkurrensverket anser inte att det är uppdragsinnehållet mellan Inköp Gävleborg och de aktörer som nyttjar inköpscentralen som är det väsentliga i målet. Det är istället avtalsinnehållet, och närmare bestämt partsställningen i de aktuella avtalen mellan Inköp Gävleborg och de berörda leverantörerna, som är det relevanta i målet. Inköp Gävleborg gör gällande att förbundet saknade behörighet att teckna avtal i eget namn och att det därför inte finns några direktupphandlade ramavtal som träffats för egen räkning. Resonemang om Inköp Gävleborgs behörighet ur ett mellanmansrättsligt perspektiv med hänvisningar till vad som framgår av förbundsordningen är inte relevanta för förbundets förutsättningar att ingå avtal såsom inköpscentral i eget namn.

Enligt Inköp Gävleborg har det avropats för cirka 2 300 000 kr från avtalen som ingicks i december 2013 och konkurrensverket finner inte anledning att ifrågasätta detta. Med hänsyn till att det är fråga om en otillåten direktupphandling och vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet är 170 000 kr en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Inköp Gävleborg har i huvudsak anfört följande. Inköp Gävleborg vidgår att det begåtts upphandlingsfel men Inköp Gävleborg har endast agerat som ombud och avtalen har inte ingåtts för egen räkning. Inköp Gävleborg kan bara bli skyldig att betala upphandlingsskadeavgift för upphandlingsfel om Inköp Gävleborg ingått avtalen för egen räkning. Inköp Gävleborg medger att upphandlingsdokumenten formulerats på ett sätt som ger intryck av att Inköp Gävleborg ingått avtalen för egen räkning. Det finns dock skrivningar i upphandlingsdokumenten som talar emot att Inköp Gävleborg skulle ha ingått avtalen för egen räkning. I anbudsförfrågan under rubriken "Bakgrund" sägs till exempel att upphandlingen sker på "uppdrag av kommunerna". Under rubriken 1.1 "Upphandlingens parter" klargörs att Inköp Gävleborg är "... upphandlande myndighet och tecknar avtal för beställaren". Samma uttryckssätt återfinns i avtalen. Dessa skrivningar talar för att Inköp Gävleborg endast agerat som ombud för kommunerna. Oavsett hur skrivningarna i upphandlingsdokumenten ska tolkas, menar Inköp Gävleborg att det är det verkliga uppdragsinnehållet som avgör vem som ska göras ansvarig för begångna upphandlingsfel. Inköp Gävleborg hänvisar här dels till den förbundsordning som bestämmer Inköp Gävleborgs behörighet att upphandla åt de aktuella kommunerna, dels till kommunernas uppfattning i frågan. Enligt förbundsordningen är Inköp Gävleborg ensam behörig att upphandla åt kommunerna. Direktupphandlingar är dock undantagna. För sådana upphandlingar krävs ett uppdrag från kommunerna. I förevarande fall hade Inköp Gävleborg i uppdrag att som ombud upphandla avtalen för kommunernas räkning. Inköp Gävleborg saknade behörighet att träffa ramavtal för egen räkning. Eftersom Inköp Gävleborg saknat behörighet att träffa avtal för egen räkning finns inga direktupphandlade ramavtal som träffats för egen räkning. Det följer av vad som civilrättsligt gäller vid mellanmäns överskridande av behörighet. Inköp Gävleborg och kommunerna anser samstämmt att förlängningen skedde för kommunernas

räkning med Inköp Gävleborg som ombud. Därigenom är det kommunerna som bär ansvaret för den upphandlingsskadeavgift som kan komma ifråga. Inköp Gävleborg har inga synpunkter på upphandlingsskadeavgiftens storlek i och för sig utan överlåter den frågan åt förvaltningsrätten att bedöma.

Förvaltningsrättens bedömning

Av utredningen framgår - och är ostridigt i målet - att upphandlingsfel har begåtts.

Enligt Konkurrensverket har Inköp Gävleborg i eget namn gjort en otillåten direktupphandling medan Inköp Gävleborg menar att de endast har agerat ombud för beställarna när de utfört direktupphandling. Vid bedömningen av den frågan är följande utredning av särskilt intresse.

I det ursprungliga förfrågningsunderlaget (ärendenummer 2008-2425) till ramavtalet anges under rubrik 1.1 Upphandlingens parter, att köpare är Inköp Gävleborg som är upphandlande myndighet och tecknar avtal för beställaren.

I de ursprungliga ramavtalen (ärendenummer 2009-2425, avtalsnummer 3413, 3417, 3418, 3419, 3422 och 3423) anges under rubriken Avtalsparter "Inköp Gävleborg, org. nr. 222000-2311, 826 80 Söderhamn, nedan nämnd Köparen" och respektive leverantör.

I förlängningsavtalen den 3 juni 2013 anges ärendenumret 2425 och respektive avtalsnummer (3413, 3417, 3418, 3419, 3422 och 3423). I samtliga fall finns texten "Vi avser härmed att förlänga avtalet i ovanstående ärende". Därefter anges att avtalsperioden är den 4 maj 2009 – den 31 maj 2012 och att avtalet förlängs till och med den 31 december 2013. Övriga villkor ska enligt förlängningsavtalen vara "enligt gällande avtal". Respektive mottagare uppmanas underteckna handlingarna och returnera ett exemplar till Inköp Gävleborg. Förlängningsavtalen är undertecknade av företrädare för Inköp Gävleborg och respektive leverantör.

I meddelande om frivillig förhandsinsyn daterad den 3 december 2013 anges Inköp Gävleborg som upphandlande myndighet och att upphandlande myndighetens ärendenummer är 2008-2425.

Förlängningsavtalen den 16 december 2013 har samma innehåll som motsvarande avtal den 3 juni samma år, med den skillnaden att förlängningen denna gång är till och med den 31 augusti 2014.

Det kan således konstateras att Inköp Gävleborg anges som part och upphandlande myndighet i det ursprungliga ramavtalet. Förlängningsavtalen och meddelande om frivillig förhandsinsyn är, med angivande av ärendenummer och avtalsnummer, tydligt kopplade till detta ursprungliga ramavtal. Av förlängningsavtalen följer att ramavtalet, utan ändringar av varken partssammansättning eller innehållet i övrigt, har förlängts i två omgångar. Enligt förvaltningsrättens mening är därmed klarlagt att Inköp Gävleborg har tecknat även förlängningsavtalen i eget namn.

Vad gäller Inköp Gävleborgs invändning om mellanmäns överskridande av behörighet beaktar förvaltningsrätten att beslut i en upphandling fattas av respektive kommun alternativt av ett ombud efter delegation. En kommunal nämnd kan, enligt med 6 kap. 4 § lag (2009:47) om vissa kommunala befogenheter, under vissa förutsättningar uppdra åt anställda i en inköpscentral att i en upphandling besluta på nämndens vägnar. Hänvisningar har gjorts till Inköp Gävleborgs förbundsordning men det finns inget material ingivet i målet som stödjer påståendet om att beslut om delegation till en anställd i inköpscentralen, fattats av de kommunala nämnderna.

Av förarbetena till 2 kap. 9 a § LOU framgår att en myndighet som ingår ramavtal ska vara ansvarig och bli motpart vid en eventuell domstolsprövning. Det är alltså den myndighet som ingår ett ramavtal som är ansvarig för att upphandlingen av avtalet har genomförts korrekt (prop. 2009/10:180 s. 265 f.).

I förevarande fall har ramavtalen förlängts och detta har skett utan föregående annonsering. Förlängningen av avtalen utgör otillåten direktopphandling. Ansvarig för att upphandlingarna av avtalen har genomförts korrekt är Inköp Gävleborg. Upphandlingarna har inte genomförts korrekt och förutsättningar för att besluta om upphandlingsskadeavgift gentemot Inköp Gävleborg föreligger därmed.

Konkurrensverket har yrkat att avgiftens storlek, med hänsyn till omständigheterna, ska bestämmas till 170 000 kr. Inköp Gävleborg har lämnat avgiftens storlek till rättens bedömning.

Av förarbetena till 17 kap. 5 § LOU framgår bland annat följande (prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 f. och 369). Domstolen har ett stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Ju allvarigare överträdelsen anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften bestämmas till. Hänsyn ska tas till både försvårande och förmildrande omständigheter. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att till exempel rättsläget är oklart bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Avtalstidens längd och avtalets värde kan också påverka sanktionsvärdet. Sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktopphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller ett högt värde. Vikt kan också läggas vid om avtalet i fråga fortfarande är giltigt. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Omständigheter såsom att det är fråga om till exempel upprepat beteende att inte iaktta avtalsspärren eller att företa otillåtna direktopphandlingar bör ses som försvårande omständigheter. Det förhållandet att de som upphandlar på annat sätt drabbats negativt kan i vissa fall ses som en förmildrande omständighet. (jfr Högsta Förvaltningsdomstolens avgörande i mål HFD 2014 ref. 69).

Det handlar enligt förvaltningsrättens mening i detta mål om en klar överträdelse och rättsläget är på intet sätt oklart. Det är fråga om en otillåten direktupphandling. Detta talar för ett högt sanktionsvärde. Avtalen avsåg en period om åtta månader. Detta kan ses som en kort tidsperiod men det ska även vägas in att det är fråga om sex ramavtal från vilka ett stort antal myndigheter har rätt att avropa. Vad gäller förhållandena hos den upphandlande myndigheten kan konstateras att Inköp Gävleborg är ett förbund som har till syfte att just ha hand om anslutna kommuners upphandlingsverksamhet. Man borde därför kunna förvänta sig att förbundet har specialistkunskaper inom området. Inköp Gävleborg har vid två tillfällen påbörjat upphandling av de aktuella tjänsterna men har med hänvisning till ofullständiga underlag avbrutit båda upphandlingarna. Istället har det ursprungliga ramavtalet förlängts.

Med beaktande av det anförda finner förvaltningsrätten vid en sammantagen bedömning att den av Konkurrensverket yrkade upphandlingsskadeavgiften får anses skälig. Inköp Gävleborg ska således betala en upphandlingsskadeavgift på 170 000 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C LOU).

Lenart Andersson
rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

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.

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.